



# REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE

## COMITÉ EDITOR

JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA  
(PRESIDENTE)

CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA  
(DIRECTOR)

FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY

PAOLO DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO

ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ

CARLOS RUSKA MAGUIÑA

ROGER RUBIO GUERRERO

## DOCTRINA

La Abogacía desde la óptica de un árbitro internacional  
**BERNARDO CREMADES (ESPAÑA) / IGNACIO MADALENA (ESPAÑA)**

Por un regreso al sentido ordinario de la palabra «inversión»  
**EDUARDO SILVA ROMERO (FRANCIA)**

Fraccionamiento jurisdiccional en el arbitraje y la posibilidad  
de su prevención por la vía de cláusulas específicas  
**ELINA MEREMINSKAYA (CHILE)**

Apuntes sobre la ejecución de laudos en el Decreto  
Legislativo N° 1071, nueva Ley de Arbitraje  
**ANA MARÍA ARRARTE ARISNABARRETA (PERÚ)**

## LAUDO ARBITRAL INTERNACIONAL

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)  
Comentarios a la decisión sobre jurisdicción y competencia en el caso planteado  
ante un tribunal CIADI contra la República del Perú por el Sr. Tza Yap Shum  
**MARÍA DEL CARMEN TOVAR GIL (PERÚ)**

## DECISIONES CONSTITUCIONALES Y JUDICIALES

Tribunal Constitucional de la República del Perú  
Comentarios al caso CODISA

**GONZALO GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA (PERÚ)**

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú  
Consecuencia de la anulación de laudo por pronunciamiento sobre materia  
no controvertida

**GUILLERMO LOHMANN LUCA DE TENA (PERÚ)**

Comentario a la Sentencia del Expediente N° 410-2009

**FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY (PERÚ)**

## NOTICIAS ARBITRALES

10/2010









# REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE

## COMITÉ EDITOR

JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA  
PRESIDENTE

CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA  
DIRECTOR

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

KATTY MENDOZA MURGADO  
RIDER ALI VERA MORENO  
MILTON JAVIER SALINAS LÁZARO  
(ASISTENTES)

**10**

---

2010



REVISTA PERUANA DE  
**ARBITRAJE**

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

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

© 2010, REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE

© 2010, Jorge Santistevan de Noriega

PRESIDENTE

Carlos Alberto Soto Coaguila

DIRECTOR

Fernando Cantuarias Salaverry

Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio

Alfredo Bullard González

Carlos Ruska Maguina

Roger Rubio Guerrero

Katty Mendoza Murgado

Rider Ali Vera Moreno

Milton Javier Salinas Lázaro

(ASISTENTES)

**Colaboradores:**

Alexa Estacio Morales

Cindy Periche Hidalgo

Cynthia Ramirez Medina

Eliana Arones Soto

Estefanía Iglesias Bobadilla

Jhon Jara Cano

Orializ Espinoza Soto

Sandy Ramos Salinas

Shirley Calderón Castillo

**Diseño y diagramación:**

Miguel A. La Rosa Y.

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

**Composición e impresión:**

MAGNA ediciones

R.U.C. 10076079078

Telf.: (054) 9995-40968

ediciones.magna@gmail.com

**Distribución:**

T. (00-511) 989342855 / 993631799 / 4038458

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

**Tiraje: 500 ejemplares**

# CONTENIDO

Presentación	VII
<b>▲ Doctrina</b>	
■ La Abogacía desde la óptica de un árbitro internacional BERNARDO M. CREMADES ( <i>España</i> ) / IGNACIO MADALENA ( <i>España</i> )	3
■ Por un regreso al sentido ordinario de la palabra «inversión» EDUARDO SILVA ROMERO ( <i>Francia</i> )	25
■ Fraccionamiento jurisdiccional en el arbitraje y la posibilidad de su prevención por la vía de cláusulas específicas ELINA MEREMINSKAYA ( <i>Chile</i> )	53
■ Apuntes sobre la ejecución de laudos en el Decreto Legislativo N° 1071, nueva Ley de Arbitraje ANA MARÍA ARRARTE ARISNABARRETA ( <i>Perú</i> )	77
<b>▲ Laudos Arbitrales Internacionales</b>	
■ <b>Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)</b> <b>Caso CIADI N° ARB/07/6</b> Demandante: Sr. Tza Yap Shum Demandado: República del Perú	109
<b>Comentarios a la decisión sobre jurisdicción y competencia en el caso planteado ante un tribunal CIADI contra la República del Perú por el Sr. Tza Yap Shum</b> MARÍA DEL CARMEN TOVAR GIL ( <i>Perú</i> )	173
<b>▲ Decisiones Constitucionales y Judiciales</b>	
■ <b>Tribunal Constitucional de la República del Perú</b> <b>Expediente N° 05311-2007-PA/TC</b> Demandante: Compañía Distribuidora S.A. (CODISA) Demandados: Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación Comercial del Perú (CEARCO) y otro	197

<b>Comentarios al caso CODISA</b> GONZALO GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA ( <i>Perú</i> )	217
■ <b>Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente</b> <b>Corte Suprema de Justicia de la República</b>	
<b>Expediente P.A. N° 206-2009</b> Demandante: Sr. HTA Demandados: Jueces Superiores de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima y otros	229
<b>Consecuencia de la anulación de laudo por pronunciamiento sobre materia no controvertida</b> GUILLERMO LOHMANN LUCA DE TENA ( <i>Perú</i> )	235
■ <b>Corte Superior de Justicia de Lima</b> Primera Sala Civil Superior Subespecializada en Materia Comercial	
<b>Expediente N° 410-2009</b> Demandante: Consorcio Sainco Vaisala Demandado: Empresa Eléctrica del Perú S.A.	241
<b>Comentario a la Sentencia del Expediente N° 410-2009</b> FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY ( <i>Perú</i> )	245
▲ <b>Noticias Arbitrales</b>	251
▲ <b>Agradecimientos</b>	265
▲ <b>Índice General</b>	269

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

## Presentación

**H**ace 5 años, Carlos Soto –uno de los miembros del Comité Editor– nos propuso la publicación de la primera Revista de Arbitraje en el Perú. Esta idea fue acogida con entusiasmo por los miembros del Comité Editor de la Revista.

Es el caso, que hoy publicamos el número 10 de nuestra Revista con mucho éxito y, por este medio, reiteramos nuestro compromiso para continuar con su publicación semestral.

La publicación del décimo número de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE constituye un hecho que debemos destacar, ya que muchas veces las revistas jurídicas (por diversas razones) dejan de publicarse luego del primer o segundo número. En nuestro caso, hemos superado largamente esta limitación. Nuestro trabajo editorial no ha sido fácil, pues el arbitraje no es una materia comercial para las editoriales como lo es el derecho civil o el derecho penal. En tal sentido, el trabajo del Comité Editor, de sus asistentes y, por supuesto, el apoyo mediante publicidad que nos brindan las firmas de abogados, han hecho posible que la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE circule semestralmente en el medio peruano e internacional.

Con entusiasmo, podemos decir que la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE (RPA) se ha convertido en un referente de consulta obligatoria por los magistrados del Poder Judicial, abogados, árbitros, profesores y alumnos. Asimismo, sirve como material de trabajo en seminarios nacionales e internacionales, lo que demuestra su valioso contenido.

Teniendo en cuenta las limitaciones de las ediciones en soporte papel, el Comité Editor ha decidido colgar el texto íntegro de todas las ediciones de la Revista en la siguiente página web: [www.peruarbitraje.org](http://www.peruarbitraje.org), con la finalidad de que todos los operadores jurídicos y público interesado pueda consultar e imprimir gratuitamente las Revistas.

La REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE, además de la valiosa doctrina arbitral nacional e internacional, cuenta con una sección donde se realizan comentarios a laudos y a la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial. Dichos comentarios constituyen un valor agregado de la Revista. Cabe resaltar que estos comentarios son realizados por reconocidos juristas y árbitros, lo que conlleva a tener una perspectiva doctrinaria de la más alta calidad.

La edición número 10 de la RPA es un motivo para celebrar entre todos los operadores jurídicos del arbitraje y, por ello, como invitados de honor, encontrarán dos valiosos artículos de los reconocidos árbitros internacionales Bernardo Cremades y Eduardo Silva Romero. Bernardo Cremades nos ilustra sobre el rol de la abogacía desde la óptica de un árbitro, mientras que Eduardo Silva Romero nos ilustra –desde una perspectiva filosófica y funcional–, sobre el concepto de inversión, tema de sumo interés y actualidad en los arbitrajes de inversiones. Asimismo, esta edición cuenta con interesantes artículos de nuestras colegas Elina Mereminskaya (Chile) y Ana María Arrarte (Perú), sobre el fraccionamiento jurisdiccional en el arbitraje y la ejecución de laudos en la nueva Ley de Arbitraje del Perú, vigente a partir del 1º de setiembre de 2008, respectivamente.

A este valioso material, debemos sumar los comentarios a la decisión sobre jurisdicción y competencia en el caso CIADI Tza Yap Shum vs. Perú a cargo de María del Carmen Tovar Gil, el comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional peruano en el caso CODISA a cargo de Gonzalo García Calderón, así como comentarios a dos sentencias judiciales a cargo de Guillermo Lohmann Luca de Tena y Fernando Cantuarias Salaverry, respectivamente.

Editar una revista es un trabajo de equipo, por ello, nuestro agradecimiento a los auspiciadores de la Revista, a los juristas que colaboraron con sus artículos y a nuestro equipo editor que con su esfuerzo, tiempo y dedicación, han hecho posible la décima edición de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE.

Lima, marzo de 2010.

JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA  
Presidente del Comité Editor

---

# Doctrina

---

Doctrina





 BERNARDO M. CREMADES (\*)  
IGNACIO MADALENA (\*\*)

---

## La Abogacía desde la óptica de un árbitro internacional

---

**SUMARIO:** *1. Introducción. 2. Configuración del procedimiento. 3. Argumentación jurídica y alegaciones escritas. 4. Prueba documental. 5. La audiencia. 6. La función del árbitro. 7. Conclusiones.*

### 1. INTRODUCCIÓN

Desde la perspectiva y experiencia de un árbitro internacional, este artículo ofrece un análisis de las diferentes funciones que el abogado lleva a cabo en un arbitraje internacional. No se pretende, sin embargo, ofrecer un análisis exhaustivo de cada uno de los elementos que integran el procedimiento arbitral, sino una aproximación a la misión desempeñada por el árbitro, que se fundamenta en la existencia de un contencioso extrajudicial entre dos o más partes, que la función arbitral ventila mediante un laudo, resolviendo así definitivamente la controversia entre las partes.

A lo largo del presente trabajo nos referiremos, a título de ejemplo, a las reglas elaboradas por diversas instituciones arbitrales –como la Cámara de Comercio Internacional (CCI) o la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA)– y a organizaciones internacionales, como

---

(\*) Socio, B. Cremades y Asociados, Madrid. Presidente de la Corte Española de Arbitraje. Co-Presidente del Consejo de Arbitraje y ADR del International Bar Association. Miembro del International Council of Commercial Arbitration (ICCA). Miembro del Institute of World Business Law of the ICC.

(\*\*) Asociado, B. Cremades y Asociados, Madrid. Georgetown University Law Center (LL.M.).

el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, del Banco Mundial (CIADI) o la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)<sup>(1)</sup>. Sus reglas son relativamente uniformes en cuanto a la estructura básica de un arbitraje, previendo una fase oral y otra escrita. Además, la regla general es permitir que el abogado pueda libremente adaptar la estructura y forma de presentar el caso, especialmente si se compara con la rigidez y formalismo imperante en el proceso judicial. Si el arbitraje incluye una audiencia, ésta se llevará a cabo libre de formalismos innecesarios, pero la intervención del abogado seguirá requiriendo del dominio de una técnica, específica y propia del arbitraje.

Bajo los límites que imponen las normas imperativas de la sede, las partes y los árbitros configuran libremente el procedimiento y lo adaptan a las necesidades del litigio. La libertad y flexibilidad del procedimiento hacen del arbitraje un mecanismo de resolución de controversias mucho menos predecible que el proceso judicial, lo que requiere de una adecuada especialización por parte del abogado y del árbitro.

Desde la perspectiva del árbitro, éste ofrece un servicio a las partes, consistente en resolver las controversias y emitir su decisión mediante un laudo, función que no puede asimilarse a la representación y defensa de los intereses que de las partes efectúan los abogados, pero que indudablemente requiere de un conocimiento jurídico especializado y de una técnica elaborada de argumentación jurídica, además de un comportamiento ético, y de diplomacia. Finalmente, nos referiremos al impacto que la labor del abogado tiene en el propio ejercicio de la función arbitral, aludiendo a las implicaciones que la forma de presentar el caso tendrá en el proceso de elaboración del laudo.

## 2. CONFIGURACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

El arbitraje se justifica en la autonomía de la voluntad, fruto de la libertad. Su piedra angular, el convenio arbitral, es un negocio jurídico

---

(1) Además nos referiremos a los principales tratados internacionales –como la Convención de Nueva York de 1958, sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (el Convenio de NY) o al Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1981 (el Convenio de Ginebra)– y a la labor desempeñada por la *International Bar Association* (IBA).

concebido en el seno de las transacciones comerciales, con claros efectos jurisdiccionales. Pero la posibilidad de configurar libremente el procedimiento distingue al arbitraje de la rigidez del proceso judicial<sup>(2)</sup>, en donde estrictas reglas y formalismos delimitan los mecanismos para hacer valer las pretensiones de las partes, al menos en el ámbito territorial del derecho romano. Pocas cuestiones se dejan en un proceso judicial al arbitrio de las partes o a la discrecionalidad del Juez, ya que uno y otro cuentan con unos cauces normativos, a través de los cuales se desarrollará forzosamente el proceso. En la práctica, enfrentarse a un arbitraje –doméstico o internacional– presenta notables diferencias con respecto a la jurisdicción civil ordinaria.

Cada arbitraje requerirá la aplicación de un procedimiento singular, lejos del modelo encorsetado que prevé la legislación procesal para el procedimiento judicial. La estructura de cada arbitraje será diferente, aunque se trate de procedimientos sustanciados al amparo de las mismas reglas institucionales. Siempre las partes podrán acordar las particularidades del procedimiento, respetando las normas imperativas de la sede. En defecto de acuerdo, los árbitros tendrán plena discrecionalidad para determinar el procedimiento en la forma que estimen oportuna, salvaguardando esas mismas exigencias imperativas y disposiciones del reglamento arbitral<sup>(3)</sup>.

(2) El principio de que las partes tienen la libertad de configurar el procedimiento arbitral se reconoce por: (1) los principales tratados internacionales [Artículos II y V(1)(d) del Convenio de NY; artículos IV(1)(b)(iii) del Convenio de Ginebra]; (2) las leyes de arbitraje de las principales sedes, principalmente aquellas que incorporan el artículo 19(1) de la Ley Modelo; y (3) los reglamentos de diversas instituciones arbitrales, incluyendo la CCI (artículo 11), la LCIA (artículo 14.1) y el CIADI (Regla 20.2 de las Reglas de Arbitraje). *Vid.* BORN, Gary B.. *International Commercial Arbitration*. Vol. II, 2009, pp. 1748-1758.

(3) A falta de acuerdo expreso entre las partes o disposición contraria del reglamento arbitral elegido, y dentro de los límites que exijan las normas imperativas de la sede, el árbitro tiene plena discrecionalidad para configurar el procedimiento. Así lo reconocen: (1) los principales tratados internacionales [Artículos IV(4)(d), V(1)(b) y (d) del Convenio de NY]; (2) las leyes de arbitraje de las principales sedes, principalmente aquellas que incorporan el artículo 19(2) de la Ley Modelo; y (3) los reglamentos de diversas instituciones arbitrales, incluyendo la CCI (artículo 15.1), la LCIA (artículo 14.1) y el CIADI (Regla 20 de las Reglas de Arbitraje). Asimismo, el artículo 15.1 del Reglamento de Arbitraje CNUDMI permite al tribunal arbitral «(...) *dirigir el arbitraje*

En la configuración de un arbitraje la tendencia es establecer un conjunto de parámetros que constituyan un compromiso entre las tradiciones jurídicas de sus participantes. En la práctica, el procedimiento seguirá el esqueleto básico que proporcione el reglamento aplicable, que es sustancialmente idéntico en las principales instituciones. Asimismo, la práctica arbitral es relativamente uniforme en la forma de hacer frente a los problemas que pueda presentar un procedimiento. De hecho, la discrecionalidad con la que cuenta el árbitro es ejercida de forma similar en la toma de decisiones tan importantes como la adopción de medidas cautelares, la admisión de determinada prueba testifical o pericial, las solicitudes de exhibición de documentos, o la práctica del interrogatorio de testigos y peritos<sup>(4)</sup>.

En realidad, la tendencia del arbitraje internacional se orienta hacia el establecimiento de estándares más o menos globalizados que desvinculan el arbitraje de consideraciones puramente locales<sup>(5)</sup>. Este proceso globalizador es el resultado de la propia práctica arbitral y de la codificación de instrumentos de *soft law* en la materia, como son las Reglas de la IBA en materia de práctica de pruebas o de conflicto de intereses o las Notas de la CNUDMI en materia de práctica arbitral.

Esta uniformidad se ha visto acompañada de la utilización de sistemas electrónicos e informáticos, desde el correo electrónico para efectuar válidamente comunicaciones y notificaciones, hasta la presentación de la prueba documental y pericial en formato electrónico mediante CDs o llaves USB, o la práctica de interrogatorios mediante video-conferencia, a través de Internet. Incluso algunas instituciones, como la CCI, han tomado la iniciativa de crear una plataforma *on-line* denominada *NetCase* que permite, si ambas partes lo acuerdan, la tramitación de un arbitraje íntegramente a través de Internet, eliminando la existencia y uso del

---

*del modo que considere apropiado, siempre que se trate a las partes con igualdad y (...) se de a cada una de las partes plena oportunidad de hacer valer sus derechos». Vid. BORN. International Commercial Arbitration. Op. cit., pp. 1758-1765.*

(4) BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz. «Past, Present and Future of Arbitration». En: *Arbitration International*. Vol. 25. N° 3, 2009, p. 298.

(5) Id. Vid. por ejemplo, KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. «The Globalization of Arbitral Procedure». En: *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. Vol. 36. N° 4, 2003, p. 1313.

papel. Sus principales ventajas se encuentran en un ahorro de costes para las partes y en la posibilidad de acceder a la totalidad del expediente desde cualquier lugar y en cualquier momento.

Desde el inicio del procedimiento, todo arbitraje requerirá la participación activa del árbitro<sup>(6)</sup>, que deberá efectuar un análisis previo del caso e identificar los aspectos fácticos y jurídicos esenciales, y de este modo, proponer a las partes un esquema del procedimiento que se ajuste a las necesidades del litigio. En la práctica del arbitraje CCI, los árbitros arman el esqueleto básico del procedimiento en la llamada «Acta de Misión» y en la primera orden de procedimiento<sup>(7)</sup>. Sin embargo, es frecuente que, como al inicio del procedimiento las partes únicamente han formulado una breve solicitud de arbitraje y su contestación, el árbitro no cuente con información suficiente para poder definir con precisión las cuestiones litigiosas.

En otras ocasiones, las partes habrán sometido alegaciones iniciales más detalladas, pero la formulación de las reclamaciones y concreción de las cuestiones controvertidas puede ser confusa. En estos casos, las partes no podrán beneficiarse de la flexibilidad que ofrece el arbitraje y el árbitro estará obligado a recurrir a un modelo de procedimiento más o menos estandarizado, sin atención a las particularidades del caso concreto, que desconoce. Así, el árbitro evitará fijar una lista limitada de puntos

(6) COMISIÓN DE ARBITRAJE DE LA CCI. «Técnicas para Controlar el Tiempo y los Costos en el Arbitraje». Publicación de la CCI. Número 843, 2007, párrafo 46 en relación los párrafos 17, 22 – 23 y 32. Disponible a través de Internet: <[http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/843\\_TiempoCostos%20ESP%2008.pdf](http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/843_TiempoCostos%20ESP%2008.pdf)>. Consulta: 26 de enero de 2010. Entre las propuestas por la CCI, se encuentra precisamente que las partes presenten la totalidad del caso en una etapa temprana del procedimiento, lo que permitirá a éstas y al tribunal comprender las cuestiones principales y adoptar las medidas necesarias. Cuando la solicitud inicial de arbitraje y su contestación se encuentra suficientemente detallada, las partes y el árbitro podrán mantener una sesión preliminar –presencial o mediante conferencia telefónica– para poder configurar eficazmente el arbitraje.

(7) El artículo 18 del Reglamento CCI requiere que «(...) *tan pronto como reciba de la Secretaría el expediente, el Tribunal Arbitral (...) un documento que precise su misión (...)*». Esta «Acta de Misión» identificará a las partes y a sus representantes, confirmará la sede del arbitraje y la ley aplicable, el idioma del procedimiento, la forma en que deban presentarse los escritos y documentos, o la forma en que se considerarán válidamente efectuadas las comunicaciones y notificaciones, así como cualquier otra regla que exija la naturaleza del arbitraje.

litigiosos y recurrirá a una formulación amplia que le permita decidir todas las cuestiones fácticas y jurídicas que vayan desvelándose en el curso del procedimiento<sup>(8)</sup>. El resultado indeseable de todo ello es que las alegaciones de las partes cubrirán un sin fin de argumentos fácticos y jurídicos, y acompañaran numerosos documentos, informes o declaraciones, en muchos casos irrelevantes, con el consecuente impacto dilatorio y en costes, si las partes y los árbitros no logran posteriormente encauzar el procedimiento.

La libertad de las partes para configurar de común acuerdo las reglas del procedimiento y la discrecionalidad del árbitro al respecto, se encuentra limitada por las mínimas exigencias que impone el derecho a un proceso debido, incluyendo la igualdad de tratamiento de las partes y la salvaguarda de los principios de audiencia y contradicción, esencial para una resolución justa de todo litigio<sup>(9)</sup>. Asimismo, la economía procesal y eficacia del procedimiento constituyen principios rectores de todo arbitraje.

El principio de igualdad se materializa antes y durante el procedimiento arbitral. En primer lugar, todo acuerdo de las partes respecto al nombramiento de árbitros debe respetar el citado principio, de la misma manera que la sustanciación de las actuaciones debe conferir a una y otra parte igualdad de oportunidades y de trato, principalmente en la práctica de la prueba, en la posibilidad de formular alegaciones y en la fijación de plazos, de acuerdo con las exigencias del caso.

Los principios de audiencia y contradicción, sustancialmente idénticos en los sistemas anglosajones y continentales (bajo el concepto de *due process* o «proceso debido») implican que cada parte tenga oportunidad suficiente o razonable para exponer su caso, lo que se traduce en la

---

(8) SCHNEIDER, Michael E. «The Terms of Reference». En: *The New 1998 ICC Rules of Arbitration Special Supplement*. The ICC International Court of Arbitration Bulletin, noviembre de 1997, p. 26.

(9) En España, el artículo 24 de la Constitución consagra el derecho de toda persona a la tutela judicial efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses, prohibiendo la indefensión. Se trata de un derecho que la casi totalidad de los Estados democráticos reconocen. En la esfera internacional, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (artículo 10) y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 14) expresamente reconocen la universalidad de este derecho.

necesidad de que las alegaciones escritas sean recibidas dentro del calendario acordado y que se permita a las partes presentar pruebas y medios de defensa, así como acceder a toda la información presentada por la contraparte.

### 3. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y ALEGACIONES ESCRITAS

El objetivo de todo abogado incluye la comunicación persuasiva de las pretensiones al tribunal arbitral<sup>(10)</sup>, lo que requiere de alegaciones que adopten un razonamiento lógico, así como de una estructura adaptada al objetivo de las pretensiones. Todo ello debe acompañarse de un lenguaje claro, preciso y neutro, en la explicación concisa y detallada de los hechos y fundamentos jurídicos primordiales<sup>(11)</sup>.

Un escrito de alegaciones será convincente en la medida en que respete esquemas lógicos. La lógica es el procedimiento más riguroso para llevar a cabo el razonamiento jurídico, mediante el correcto encadenamiento de proposiciones, explicación de los hechos, del derecho y del enlace de hechos y derecho. Este es ciertamente el esquema que sigue el abogado o el árbitro, ya sea en su demanda, contestación a la demanda o en el laudo. El abogado no defiende argumentos, porque lo que se pretende no es el triunfo de sus argumentos, sino la estimación de sus pedidos<sup>(12)</sup>. Por eso, en un arbitraje debe evitarse el debate puramente académico, acerca de cuestiones que no tengan relevancia directa con las pretensiones de las partes.

<sup>(10)</sup> CAIRNS, David J. A. «Advocacy and the Functions of Lawyers in International Arbitration». Próxima publicación, 2010.

<sup>(11)</sup> *Loc. cit.* Id. David Cairns explica que en arbitraje internacional existen diferentes virtudes del abogado en la presentación del caso, que se encuentran interrelacionadas: (i) la pericia jurídica o el conocimiento jurídico de la práctica arbitral en un marco internacional; (ii) la argumentación jurídica y la capacidad de formular proposiciones lógicas; (iii) la técnica en el interrogatorio de testigos y peritos; (iv) la expresión y la capacidad de estructurar adecuadamente las alegaciones orales y escritas; (v) el comportamiento ético; y (vi) el tacto, que afina la presentación del caso.

<sup>(12)</sup> HERNÁNDEZ GIL, Antonio. «Facetas Lógicas en el Razonamiento del Abogado». En: RODRÍGUEZ GARCÍA, Fausto E. (Coordinador). *Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches*. Vol. I. Universidad Nacional Autónoma de México, 1980, pp. 506-524.

Pero el arte jurídico no se agota en la lógica, que no puede aplicarse sin más. En ocasiones, el razonamiento, por lógico que resulte, no permitirá llegar a una conclusión única, sino que ofrecerá diferentes resultados, a veces incluso contradictorios, por lo que será necesario adoptar diferentes decisiones que permitan una aplicación justa de las leyes. Ello implica recurrir a un juicio de inteligencia y voluntad, que no procede exclusivamente de la razón.

Entra entonces en juego la argumentación jurídica, que nos ofrecerá las razones y argumentos a favor de una determinada pretensión. La Filosofía del Derecho se ha ocupado de elaborar diferentes teorías sobre la argumentación jurídica<sup>(13)</sup>, que coinciden en la importancia del auditorio que se pretende convencer. En el caso del arbitraje, ese auditorio será el tribunal arbitral.

Identificado el destinatario (el árbitro) es a él o a ella al que debe transmitirse las razones que sustentan la adhesión o rechazo de una pretensión. Ello se consigue mediante una presentación ordenada de los argumentos que exponga la tesis que se pretende demostrar, los hechos (y pruebas) que sustentan la pretensión, los fundamentos jurídicos aplicables y los argumentos con los que se subsumen los hechos en la norma. Por eso, es imprescindible establecer desde el principio una estructura adecuada, ya que ésta guiará al árbitro a lo largo de toda la presentación del caso, permitiéndole seguir la lógica adoptada por el abogado<sup>(14)</sup>.

En el proceso civil anglosajón, las alegaciones escritas de las partes son por lo general esquemáticas, fijando los hechos esenciales del litigio, sin prácticamente aludir a la prueba y al derecho que fundamente las pretensiones de la parte. Sin embargo, en los países de tradición romana, las alegaciones escritas de parte son mucho más extensas y establecen una relación detallada y cronológica de todos los hechos –en relación

---

(13) PERELMAN, Chaïm. *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*, 1979; ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 1993; ATIENZA, Manuel. *Las Razones del Derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica*, 2003.

(14) CAIRNS. «Advocacy and the Functions of Lawyers in International Arbitration». *Ob. cit.*

constante a la prueba documental o pericial que acompaña al escrito invocando los fundamentos jurídicos aplicables<sup>(15)</sup>.

La práctica arbitral revela que el contenido y extensión de estos escritos se asemeja a la tradición continental en cuanto a la extensión y detalle en la narración de los hechos, descripción de la prueba y su aplicación, y elaboración de los fundamentos jurídicos. La estructura interna del escrito no tiene por qué ajustarse al esquema tradicional de «hechos» y «fundamentos de derecho», y en ocasiones las necesidades del caso aconsejará una estructura interna alternativa. En realidad, la estructura del escrito de alegaciones cobra una gran importancia en el arbitraje y constituye una auténtica herramienta de definición de los hechos y fundamentos jurídicos.

En general, no existen esquemas rígidos en cuanto a la línea de razonamiento y argumentación de las pretensiones, aunque normalmente el análisis de una cuestión litigiosa suele exigir la verificación de si los hechos pueden o no encuadrarse en la norma que se pretende aplicar. Por este motivo, toda argumentación jurídica requerirá la delimitación del contenido fáctico del litigio. Sin éste, resultaría imposible o muy difícil la aplicación de la norma en abstracto. Todo ello no afecta a la libertad para estructurar un escrito de alegaciones conforme a las necesidades del caso. Por ejemplo, en determinados arbitrajes que presentan complejos y extensos supuestos fácticos, de innumerable correspondencia cruzada entre las partes –principalmente, en materia de ingeniería y construcción– es posible que las partes elaboren un escrito troncal de alegaciones, eminentemente jurídico, que se acompaña de uno o varios apéndices, en los que se va explicando de forma separada, detallada y escalonada, los hechos en los que se fundamentan las pretensiones y prueba documental de apoyo. Ello evita que la lectura del razonamiento jurídico quede diluida y el árbitro pierda el hilo argumental en un intento de comprender la totalidad de los hechos.

(15) KARRER, Pierre A. «The Civil Law and Common Law Divide: An International Arbitrator Tells it Like He Sees It». En: *Dispute Resolution Journal*. Vol. 63, Febrero - Abril de 2008, pp. 72-75.

En la exposición de los hechos, el abogado deberá llevar a cabo una labor de síntesis detallada y cronológica. Ni las pruebas ni los argumentos jurídicos captarán la atención del árbitro, si éste no conoce suficientemente los hechos del litigio. En ocasiones, resulta de gran utilidad para el árbitro la inclusión de un apartado preliminar que sintetice la controversia entre las partes, seguido de un sumario de los epígrafes principales.

Finalmente, referirnos a la importancia del uso riguroso del lenguaje, que cobra además una especial relevancia en el arbitraje internacional, en el que frecuentemente sus participantes no comparten la misma lengua materna. Por eso, aunque el árbitro domine el idioma del arbitraje, es aconsejable prestar especial atención a la utilización de un lenguaje lo más neutro y desafectado, es decir, libre de expresiones puramente locales y de artificios innecesarios.

Toda narración jurídica debe ser «breve, clara y verosímil»<sup>(16)</sup>. Es breve la narración que, sin apartarse de la línea argumental, evita la acumulación de detalles innecesarios. Es cierto que existen arbitrajes que por el número de reclamaciones y naturaleza compleja de los hechos requieren una explicación detallada, lo que indudablemente tendrá repercusiones en la extensión de las alegaciones. En estos casos, es aconsejable una explicación previa y sumaria de los hechos. De especial importancia es la concordancia lógica del relato, que dará verosimilitud a los hechos narrados. Ello se consigue mediante el relato cronológico, pero también mediante la recapitulación de hechos al final de cada epígrafe o sección del escrito.

#### 4. PRUEBA DOCUMENTAL

Las legislaciones nacionales y principales reglamentos arbitrales dejan al árbitro un amplio margen de discrecionalidad para admitir determinadas pruebas o rechazar aquellas que el árbitro considere irrelevantes. Esta libertad se justifica en la eficacia del procedimiento y la economía procesal.

---

<sup>(16)</sup> MARTINEAU, François. *Argumentación Judicial del Abogado*, 2008, pp. 24-28.

No hay duda de que la documental constituye el principal medio de prueba, mientras que las declaraciones orales e interrogatorio de testigos y peritos pasan a un terreno secundario, prevaleciendo la fuerza probatoria del documento frente al testimonio<sup>(17)</sup>.

A efectos de organizar la presentación de la documental –y permitir que una y otra parte tenga la oportunidad de réplica– a falta de acuerdo entre las partes o disposición contraria en el reglamento arbitral, el árbitro exigirá que los escritos de alegaciones vayan acompañados de toda la prueba sobre la que se fundamenten los argumentos fácticos y jurídicos allí descritos, incluyendo declaraciones escritas de testigos e informes periciales, y toda otra prueba en cualquier formato. Asimismo, el árbitro podrá acordar que las declaraciones de testigos, informes periciales o cualquier otra prueba que se presente con posterioridad a los escritos iniciales de demanda y contestación, se limiten a responder o refutar la prueba previamente presentada por la contraparte, limitando de este modo la aportación de pruebas innecesarias, redundantes o impertinentes.

En la práctica, pueden producirse circunstancias excepcionales que justifican que el árbitro, en ejercicio de ese poder discrecional, decida admitir pruebas no presentadas con el correspondiente escrito de alegaciones. Estas circunstancias podrían justificar que se admita aquella prueba que no pudo presentarse en el momento procesal oportuno, siempre y cuando se respete la igualdad procesal y la posibilidad de observaciones por la otra parte. En todo caso, el árbitro conservará normalmente ese poder discrecional que indudablemente le permite admitir e incluso solicitar la producción de determinada prueba adicional.

En la casi totalidad de los procedimientos, se permite a las partes presentar documentos fotocopiados, teniéndose por auténticos y completos, siempre y cuando la otra parte no cuestione su autenticidad, en cuyo caso deberá aportarse el correspondiente original, pero la decisión

---

(17) KARRER. «The Civil Law and Common Law Divide: An International Arbitrator Tells it Like He Sees It». *Op. cit.*, explicando cómo los documentos revelan el «esqueleto» del «animal» que se pretende reconstruir, mientras que las declaraciones de testigos y peritos permiten revestir dicho esqueleto.

sobre el valor probatorio de dicho documento será del tribunal, una vez escuchadas las partes.

Son frecuentes en el arbitraje internacional los procedimientos de *discovery* o de exhibición de documentos, normalmente ajenos a la tradición continental pero usuales en la cultura anglosajona. Su aplicación al arbitraje puede suponer una auténtica confrontación cultural<sup>(18)</sup>, por lo que deben preverse las normas aplicables desde el inicio del arbitraje, evitando de este modo que su puesta en marcha dilate el procedimiento u obstaculice el calendario previsto. En este sentido, volvemos a referirnos a las «Técnicas para Controlar el Tiempo y los Costos en el Arbitraje» propuestas por la CCI, que remiten al artículo 3 de las Reglas de la IBA sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional<sup>(19)</sup>.

En general, la práctica arbitral revela un amplio margen de flexibilidad y discrecionalidad por parte del árbitro a la hora de ventilar solicitudes de exhibición de documentos que se encuentren en poder de la contraparte<sup>(20)</sup>. En todo caso, los árbitros suelen exigir que la solicitud de exhibición de documentos identifique con suficiente precisión los documentos o categorías de documentos que se solicitan. Por eso, los documentos solicitados deben delimitarse a un periodo de tiempo determinado, indicando sus autores, remitentes y destinatarios (en el caso de correspondencia) de tal manera que pueda establecerse su eventual relevancia probatoria. Para ello el árbitro llevará a cabo un examen *prima*

(18) CREMADES, Bernardo M. «Managing Discovery in International Arbitration». En: *Dispute Resolution Journal*, Noviembre 2002 - Enero 2003, pp. 73-77.

(19) COMISIÓN DE ARBITRAJE DE LA CCI. «Técnicas para Controlar el Tiempo y los Costos en el Arbitraje». *Ob. cit.*; párrafos 54 y 55.

(20) HANOTIAU, Bernard. «Document Production in International Arbitration: A Tentative Definition of 'Best Practices'». En: *Special Supplement of the ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 2006, p. 114. En el ámbito del arbitraje al amparo del Reglamento CCI, los procedimientos de exhibición de documentos se llevarán a cabo atendiendo a la necesidad de llevar a cabo el arbitraje «en el plazo más breve posible» (artículo 20.1) dejando a los árbitros un amplio margen de discrecionalidad al respecto, siempre y cuando se respeten los principios igualdad, audiencia y contradicción (artículo 15.2). Además, el tribunal conservará en todo momento el poder discrecional «(...) para requerir a cualquiera de las partes para que aporten prueba adicionales».

*facie* de dicha relevancia<sup>(21)</sup>, que es independiente del valor probatorio que se confiera a esos documentos en el momento procesal oportuno.

## 5. LA AUDIENCIA

La celebración de una audiencia no es un requisito indispensable para que las partes vean satisfecho su derecho a un proceso debido. El principio de audiencia y contradicción no exige oralidad de las actuaciones arbitrales. Por eso, muchos reglamentos permiten a las partes y/o al árbitro acordar que el procedimiento se celebre exclusivamente en base a la aportación de pruebas documentales e informes escritos<sup>(22)</sup>. Sin embargo, la regla general imperante en las legislaciones nacionales y reglas arbitrales es que la audiencia se lleve a cabo si una de las partes lo solicita o el árbitro lo estima conveniente<sup>(23)</sup>. Por lo tanto, la exposición oral por el abogado, en defensa de su cliente, sigue siendo considerado como un derecho generalmente aceptado, que debe ser respetado.

La audiencia se celebrará normalmente en la sede del arbitraje, aunque esto no es obligatorio. Los reglamentos de las principales instituciones normalmente permiten que ésta se lleve a cabo en cualquier otro lugar que las partes o el tribunal estimen apropiado, en razón a costos, seguridad y posibilidades logísticas para su celebración<sup>(24)</sup>.

(21) DERAINS, Yves. «Towards Greater Efficiency in Document Production before Arbitral Tribunals-A Continental Viewpoint» En: *Special Supplement of the ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 2006, p. 114.

(22) Por ejemplo, el artículo 24(1) de la Ley Modelo de la CNUDMI prevé la regla general en arbitraje de que «*salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias para la presentación de pruebas o para alegatos orales, o si las actuaciones se sustanciarán sobre la base de documentos y demás pruebas. No obstante, a menos que las partes hubiesen convenido que no se celebrarían audiencias, el tribunal arbitral celebrará dichas audiencias en la fase apropiada de las actuaciones, a petición de una de las partes*». Esta regla coincide con lo dispuesto en el artículo 15.2 del Reglamento CNUDMI.

(23) *Vid.*, por ejemplo, artículos 20.6 Reglamento CCI; 19.1 Reglamento LCIA; 15.2 CNUDMI; 25.4 Reglamento Suizo de Arbitraje; y Regla 29 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, entre otros.

(24) La práctica habitual es que el árbitro, previa consulta con las partes, fije las fechas de la audiencia, su estructura y duración. Su configuración dependerá de diversos factores,

Incluso en aquellos casos en los que una de las partes exija que la audiencia se celebre en el lugar del arbitraje, los árbitros conservarán un amplio margen de discrecionalidad al respecto<sup>(25)</sup>. En algunas ocasiones, la audiencia podrá efectuarse mediante conferencia telefónica o videoconferencia, lo cual es aceptable si el caso lo permite y el árbitro así lo estima.

Uno de los objetivos primordiales de la audiencia, junto a la práctica del interrogatorio de testigos y peritos, es ofrecer al tribunal una explicación convincente de la posición de las partes. Sin duda alguna, ello se consigue a través de la innegable eficacia del informe oral, que permite enfatizar y resaltar los argumentos fáctico-jurídicos de las partes, transmitiendo al tribunal toda la fuerza persuasiva que el informante sea capaz de desarrollar, lo que no siempre se logra con la frialdad de la escritura.

Normalmente, la audiencia abarcará todas las cuestiones litigiosas entre las partes. Varias alternativas son posibles en cuanto a su contenido: que se limite exclusivamente al interrogatorio de testigos y peritos; o que adicionalmente una y otra parte dispongan de varios periodos de tiempo para exponer ante el tribunal arbitral sus pretensiones y transmitir oralmente sus conclusiones. Una u otra opción dependerá de las necesidades del litigio y eficiencia del procedimiento.

Durante la audiencia los árbitros escucharán a testigos y peritos, que pueden ser interrogados por las partes y por el propio tribunal. En los países anglosajones, hay una arraigada creencia en el testimonio de testigos, quizás por la dureza de las penas que comporta el delito de perjurio, ya que históricamente su proceso judicial era íntegramente oral y los documentos se introducían en el proceso por el testigo que los identificaba<sup>(26)</sup>. En los ordenamientos jurídicos de derecho continental,

---

incluyendo: (i) el propio acuerdo de las partes (dentro de los límites fijados por las normas imperativas de la sede) y las disposiciones del reglamento arbitral aplicable; y (ii) la discreción del tribunal arbitral, que también se encuentra limitada, especialmente en lo que se refiere a la igualdad de las partes y respeto al proceso debido.

(25) Por ejemplo, el artículo 14.2 del Reglamento CCI establece que «*salvo que se haya acordado diversamente por las partes, y después de haberles consultado, el tribunal arbitral puede celebrar audiencias y reuniones en cualquier otro entorno que considere oportuno*».

(26) KARRER, Pierre A. «The Civil Law and Common Law Divide: An International Arbitrator Tells it Like He Sees It». *Op. cit.*, p. 76.

en los que tradicionalmente prevalecía la forma escrita, el principio de oralidad, prácticamente postergado en el próximo pasado, se ha revitalizado con las últimas reformas en las legislaciones procesales nacionales<sup>(27)</sup>.

Es cierto sin embargo, que la distinción entre una y otra tradición sigue patente en la forma en que el abogado anglosajón y el letrado de tradición jurídica continental se dirigen al tribunal durante la celebración de una audiencia. Para el primero, la grabación de las manifestaciones expresadas cobra una gran importancia, aunque quizás algunos se excedan en la teatralidad de sus alegatos. El segundo, en cambio, busca la solidez de la argumentación fáctica y jurídica por encima del impacto que pueda causar su intervención. Ello no obstante, ambos supuestos no dejan de ser generalizaciones y como tal debe entenderse este comentario.

La práctica arbitral internacional revela, además, que los tribunales permitirán el testimonio oral de varios testigos, para que éstos sean interrogados por los abogados de ambas partes. Así, durante la audiencia, cada parte interrogará a sus propios testigos (*direct-examination*) pero también a los testigos designados por la contraparte (*cross-examination*). El interrogatorio exige una rigurosa técnica y entrenamiento, que sólo da la experiencia. La esencia de dicho interrogatorio no es sólo el contenido de la declaración, sino poner de manifiesto la credibilidad o no del testigo mediante un interrogatorio que principalmente requiere de una sólida presencia, dominio del lenguaje y velocidad de pensamiento del abogado que interroga<sup>(28)</sup>.

Una de las cuestiones más delicadas para el tribunal es tener que definir el tiempo del que dispondrá cada parte para llevar a cabo sus intervenciones, así como la propia duración de la audiencia. Por otro lado, la fijación de tiempos es precisamente uno de los principales puntos de desencuentro entre las diferentes tradiciones jurídicas. El abogado

<sup>(27)</sup> En España, la Ley de Enjuiciamiento Civil (1/2000, de 7 de enero) impuso la oralidad, frente a la forma escrita imperante hasta entonces, en las diferentes etapas del proceso civil, incluyendo la audiencia previa, el acto del juicio (en el que de forma concentrada se practica todas las pruebas) y el trámite de conclusiones (orales) que se lleva a cabo a continuación.

<sup>(28)</sup> En relación con las diferentes técnicas en materia de interrogatorio de testigos, *Vid.* CREMADES, Bernardo M. y David J. A. CAIRNS. «Cross-Examination and International Arbitration». Próxima publicación, 2010.

procesalista anglosajón, no está acostumbrado a límites estrictos de tiempo para formular oralmente sus alegaciones y realizar interrogatorios, y espera contar con todo el tiempo que resulte razonable para ello<sup>(29)</sup>. Sin embargo, el abogado de tradición jurídica romana, suele enfrentarse en los tribunales de justicia a tiempos mucho más ajustados. En arbitraje, estos tiempos dependerán de la naturaleza del litigio, pero la práctica habitual es la flexibilidad y proporcionalidad por parte del tribunal.

El principio de igualdad no implica que ambas partes dispongan exactamente del mismo periodo de tiempo de intervención durante la audiencia. Puede que una de ellas vaya a interrogar a un testigo, mientras que la otra interroga a varios. En este ejemplo, ambas partes deben contar con la misma oportunidad para obviamente solicitar prueba testifical, pero ello no implica que ambas dispongan de periodos idénticos para llevar a cabo el interrogatorio<sup>(30)</sup>.

En la práctica, el tribunal está investido de un amplio poder discrecional para interrogar a los testigos, peritos y partes, en cualquier momento<sup>(31)</sup>. El impacto mínimo que estas interrupciones del tribunal puedan tener en el curso de la audiencia se compensa con el valor que las preguntas de los árbitros representan para los abogados, si las utilizan como cuestiones a las que necesariamente se deba responder en las conclusiones (orales o escritas) y resumen de prueba. Este trámite de conclusiones ofrece la oportunidad a las partes de aclarar las cuestiones fácticas y jurídicas aludidas por el propio tribunal, por encima del mero resumen de las alegaciones y prueba practicada. Con razón se ha dicho que las mejores conclusiones no son aquellas que repiten las alegaciones de las partes, sino las que recurren a las preguntas formuladas por los árbitros durante la audiencia y colman los interrogantes pendientes de resolver.

<sup>(29)</sup> HOLTZMAN, H. M. «Streamlining Arbitral Proceedings: Some Techniques of the Iran-US Claims Tribunal». En: *Arbitration International*. Vol. 11. N° 1, 1995, pp. 39, 46-47.

<sup>(30)</sup> HANOTIAU, Bernard. «The Conduct of the Hearings». En: NEWMAN, Lawrence W. y Richard D. HILL (Eds.). *The Leading Guide to International Arbitration*, 2004, pp. 269-383.

<sup>(31)</sup> El artículo 21.3 del Reglamento CCI establece que el «(...) Tribunal Arbitral tendrá plena discreción de las audiencias (...)». Ver también el artículo 8(1) de las Reglas de la IBA en material de prueba, que reconocen el pleno poder discrecional del tribunal para organizar las audiencias.

Finalmente, indicar que, salvo autorización expresa del tribunal arbitral, las audiencias no suelen estar abiertas al público o a personas ajenas al arbitraje. De hecho, los reglamentos de las principales instituciones arbitrales se refieren específicamente a la privacidad de las audiencias<sup>(32)</sup>. Por eso, cualquier persona que no participe en el arbitraje no puede, salvo acuerdo de las partes y el tribunal, acceder a la audiencia. Asimismo, el tribunal arbitral puede requerir a los testigos y peritos para que no accedan a la sala hasta el momento de su interrogatorio, evitando que estén presentes en la audiencia durante el interrogatorio de los otros testigos o peritos. La totalidad de reglamentos arbitrales confieren al árbitro un amplio poder discrecional al respecto<sup>(33)</sup>.

## 6. LA FUNCIÓN DEL ÁRBITRO

El árbitro está vinculado al acuerdo de las partes en el convenio arbitral. En virtud de este acuerdo, se encomienda al árbitro único o colegiado, que resuelva definitivamente las controversias previstas en el convenio arbitral. Para ello, el árbitro deberá escuchar a las partes, estudiar los escritos y analizar la prueba, para posteriormente emitir un laudo suficientemente motivado.

El árbitro desarrolla una actividad jurisdiccional, que distingue al arbitraje de otros métodos de resolución de controversias, como son la conciliación y la mediación, aparte de la vía administrativa y judicial. Tampoco es el árbitro un representante de la parte que le ha designado (en el caso de un tribunal colegiado) ni un negociador, ya que con el servicio que presta «zanja una controversia» «(...) en ejercicio de una potestad de *iuris dictio* (...)», pudiendo las partes «(...) obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (...)»<sup>(34)</sup>. Por eso, el ordenamiento

<sup>(32)</sup> Por ejemplo, el artículo 21.3 del Reglamento CCI establece que «(...) salvo autorización del Tribunal arbitral y de las partes, las audiencias no estarán abiertas a personas ajenas al proceso».

<sup>(33)</sup> *Vid.*, por ejemplo, el artículo 21.3 del Reglamento CCI, que de forma implícita prevé ese poder discrecional al establecer que «(...) el Tribunal Arbitral tendrá la plena dirección de las audiencias (...)».

<sup>(34)</sup> Fundamento Jurídico 5º de la Sentencia del Tribunal Constitucional de España 62/1991 y Fundamento Jurídico 3º de la Sentencia del Tribunal Constitucional de España 288/1993.

jurídico reconoce a los árbitros una serie de derechos que les permite llevar a cabo esa potestad decisoria, pero también una serie de obligaciones y responsabilidades, para salvaguardar el derecho de las partes a la tutela judicial efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses<sup>(35)</sup>.

La función primordial del árbitro es dictar un laudo que muestre el razonamiento que ha seguido para llegar a la decisión adoptada en el fallo. Lo normal es que el laudo refleje la estructura típica de cualquier resolución judicial, aplicando al supuesto de hecho concreto la consecuencia jurídica prevista en una norma que contiene un supuesto de hecho genérico<sup>(36)</sup>.

Por ello, el laudo debe explicar con suficiente detalle los hechos probados, a los que deban aplicarse las normas jurídicas relevantes. No es necesario que el laudo efectúe una narración de los hechos con el mismo detalle que los escritos de las partes, ni tienen por qué citarse o explicarse en la decisión todos y cada uno de los documentos aportados durante el

<sup>(35)</sup> Las principales legislaciones nacionales, convenios internacionales, reglamentos arbitrales y códigos de ética en el arbitraje se refieren al deber de los árbitros de: (i) actuar con imparcialidad e independencia; (ii) resolver la controversia y emitir un laudo motivado; (iii) llevar a cabo su misión en plazo, actuar de buena fe y con la diligencia debida; (iv) hasta el final del procedimiento, sin renuncia injustificada; (v) salvaguardando la confidencialidad del arbitraje. Frente al incumplimiento de estos deberes, el árbitro podrá responder civil –ante las partes, la institución arbitral, los abogados, expertos, testigos o terceros, si ha mediado mala fe, temeridad o dolo– o penalmente. Adicionalmente, el propio mercado y las instituciones llevan a cabo una actividad de control, respecto a aquel árbitro que no respete los mencionados deberes.

<sup>(36)</sup> ATIENZA, Manuel. *Las Razones del Derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica*, 2003. Vid. ARISTÓTELES. *Tratados de Lógica (El Organón)*. Trad. Larroyo, Francisco. 10ma. ed. México: Editorial Porrúa S.A., 2001. El razonamiento deductivo expuesto por Aristóteles parte de principios para llegar a las consecuencias, siendo la consecuencia una conclusión lógicamente vinculada al principio del que es consecuencia. Para Aristóteles, el razonamiento deductivo tomaba la forma del silogismo como soporte para la aplicación general del derecho. El silogismo está compuesto por tres proposiciones y tres términos: la primera «proposición» es la «mayor», la segunda proposición es la «asunción» o «menor» y la tercera se denomina la «conclusión» o «consecuencia». Las dos primeras proposiciones (o juicios) se denominan premisas, porque se presentan como las primeras en el orden del razonamiento y llevan aparejada la conclusión después de ellas. La primera de las proposiciones o la mayor establece el principio jurídico; y la segunda, «asunción» o «menor», contiene el «supuesto de hecho» al que puede aplicarse la «consecuencia» jurídica o conclusión.

procedimiento. Es suficiente que el laudo se refiera exclusivamente a los hechos que, de la prueba practicada, en su conjunto, puedan considerarse probados. Indudablemente, esta tarea requerirá de un análisis pormenorizado de la prueba practicada, tarea que indudablemente se verá facilitada por la labor llevada a cabo por abogado durante el arbitraje.

La presentación de documentos conforme a una sistemática ordenada, evitando presentar duplicados u otros documentos innecesarios, ayudará al árbitro en su tarea de esbozar los fundamentos de hecho. El árbitro recurrirá a la estructura ofrecida en los escritos para reconstruir los hechos del litigio, y se servirá de los índices facilitados para identificar los documentos esenciales del caso. Además, el árbitro retendrá mentalmente la estructura de los escritos para reconstruir el esqueleto fáctico del litigio, que completará con el resultado de la prueba practicada. En este sentido, la grabación de la audiencia constituye una herramienta muy efectiva para aclarar cuestiones no resueltas en las alegaciones de las partes.

En cuanto los fundamentos jurídicos del laudo, el árbitro recurrirá a la lógica, aplicando las consecuencias previstas en la norma al supuesto de hecho concreto. Esta tarea requiere del conocimiento de la ley aplicable, pero el abogado debe procurar instruir al árbitro en todas las particularidades jurídicas del caso y facilitar al tribunal los materiales jurídicos relevantes, incluyendo legislación, jurisprudencia y doctrina. No obstante, el tribunal seguirá su propio razonamiento jurídico, que en gran medida se basará en esquemas lógicos en la aplicación de las normas. Por eso, cuanta más lógica haya sido la argumentación jurídica expuesta por las partes, más profundo y conciso será el razonamiento jurídico del laudo, ya que en este caso los árbitros contarán con dos propuestas sólidas que contrastar.

En la práctica arbitral internacional son frecuentes los casos en los que no existe una única consecuencia jurídica prevista al supuesto de hecho concreto. En otros casos, la propia ley aplicable puede llevarnos a resultados aparentemente contradictorios. Por eso, abogados y árbitros frecuentemente recurren, de forma complementaria a la norma aplicable, a principios universalmente aceptados –aunque no expresamente mencionados en el ordenamiento jurídico del caso– como soporte adicional de sus pretensiones. En realidad, el arbitraje requiere de una gran versatilidad de sus participantes y capacidad de adaptación a culturas

jurídicas diversas, pudiendo recurrir a fórmulas que respondan a una concepción globalizada del razonamiento jurídico. Así, la insuficiencia del derecho nacional, en ocasiones, para responder y adaptarse a la especificidad de algunas transacciones internacionales, ha dado lugar al llamado derecho transnacional, incluyendo la *Lex Mercatoria*, el denominado *soft law* y la doctrina internacional<sup>(37)</sup>. Se trata de un conjunto de normas o textos jurídicos de carácter no vinculante, que en realidad ejercen una importante influencia, aunque no decisiva, en el arbitraje internacional.

## 7. CONCLUSIONES

La función primordial del árbitro es dictar un laudo vinculante respecto de aquellas controversias que las partes le han sometido. Su función incluye llevar a cabo el procedimiento de la forma más eficaz y eficiente posible, de conformidad con el acuerdo entre las partes, las disposiciones del reglamento arbitral aplicable o, discrecionalmente, dentro de las facultades y límites establecidos por las normas imperativas de la sede.

El árbitro ofrecerá siempre la oportunidad de acoger las pretensiones de las partes de la forma más rápida y efectiva, sin trámites procesales innecesarios. La elaboración del laudo constituye la esencia del ejercicio de la función arbitral. El árbitro no es ni un mediador ni un conciliador. Su función primordial, eminentemente jurisdiccional, radica en la emisión de un laudo vinculante y con fuerza de cosa juzgada, basado en premisas de argumentación jurídica, sólo impugnables en muy excepcionales supuestos.

El arbitraje constituye un medio privado de resolución de controversias distinto del proceso judicial, y que requiere de una técnica específica tanto por parte del abogado como del árbitro. Dentro de un amplio margen de libertad y flexibilidad, las partes y los árbitros pueden diseñar el procedimiento conforme a la naturaleza del litigio. Esta libertad y flexibilidad del arbitraje es lo que quizás constituye uno de sus máximos atractivos. Además, la neutralidad que este tipo de procedimientos ofrece,

---

<sup>(37)</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. *Ius Mercatorum: Autorregulación y Unificación del Derecho de los Negocios Transnacionales*, 2004.

hacen del arbitraje el mecanismo idóneo para la resolución de controversias de naturaleza internacional.

Esta libertad se ha visto acompañada de la progresiva deriva hacia una creciente globalización y estandarización de los procedimientos. La tradicional distinción entre el abogado de tradición jurídica anglosajona y el de la tradición romana continental europea, es ya un hecho superado, al menos en cuanto al arbitraje se refiere, por cuanto el futuro se orienta en la dirección de una formación jurídica globalizada, como consecuencia de la exigencia de los propios procedimientos arbitrales, lo que ha hecho del arbitraje un vínculo de aproximación creciente entre las diversas tradiciones jurídicas.

En este contexto, el abogado versado en arbitrajes internacionales, recurrirá a la libre argumentación jurídica –en ese marco globalizado del que hablamos– como instrumento de canalización de sus argumentaciones jurídicas, en un contexto de derecho eminentemente internacional que exige amplios conocimientos legales en distintos ordenamientos jurídicos y países diversos, y por supuesto, flexibilidad intelectual y prudencia; tacto y respeto en el marco de la polémica suscitada. Consecuentemente, el ejercicio de la función arbitral es ajeno a las formalidades y esquemas rígidos típicos del proceso judicial continental. Por tanto, el arbitraje está más cercano a la filosofía jurídica del mundo anglosajón que a los rígidos principios legales continentales.

Esta concepción globalizada del arbitraje sigue siendo una de sus características más importantes e innovadoras, superando en mucho a la estricta aplicación normativa de los procedimientos judiciales ordinarios del territorio continental. Al amparo de esta flexibilidad normativa, el tribunal arbitral puede seguir la línea jurídica argumental de legislaciones, decisiones o principios ajenos a la ley formalmente aplicable, si lo considera pertinente, salvaguardando las disposiciones de la ley nacional o internacional aplicable. Todo ello constituye una capacidad «revolucionaria» en el ámbito jurisdiccional, que convierte al arbitraje en un instrumento de singular valor en la resolución de controversias. ▲



 EDUARDO SILVA ROMERO (\*)

## Por un regreso al sentido ordinario de la palabra «inversión» (\*\*)

---

**SUMARIO:** *1. Del nominalismo en la definición de «inversión». 2. Del convencionalismo realista en la noción de «inversión». 2.1. De la limitación de la lista de «inversiones» de los TBIs a través del Convenio de Washington. 2.2. De la limitación de la lista de «inversiones» de los TBIs a través de la naturaleza mercantil de la operación económica en causa. 2.3. De la limitación de la lista de «inversiones» de los TBIs a través del sacrosanto principio de la buena fe (¿principio general del derecho internacional?)*

### Las palabras y su empleo nunca son inocentes

Las palabras jurídicas y su empleo por abogados y árbitros internacionales no son la excepción. El naciente (y todavía confuso) derecho internacional de las inversiones, si en realidad existe, ilustra, quizás más que otras ramas del derecho tradicionales (en donde –como en el derecho civil de las obligaciones y los contratos– el paso de los años –traducido

---

(\*) Socio del equipo de arbitraje internacional de Dechert TLLP, París. Profesor de Teoría General del Derecho y Contratos Internacionales en el Instituto de Estudios Políticos de París (*Sciences Po*), de Arbitraje en la Universidad de París-Dauphine (París IX) y de Derecho Internacional en la Universidad del Rosario (Bogotá).

(\*\*) Este artículo fue publicado también en la Revista Ecuatoriana de Arbitraje de 2009.

en precedentes e historia— ya ha hecho su trabajo y aclarado muchas confusiones), la importancia de las palabras y su empleo en el derecho. Las (increíblemente) inagotables controversias alrededor, por ejemplo, de las nociones de «inversionista», «inversión», «trato justo y equitativo de una inversión» y «expropiación indirecta» constituyen prueba irrefutable de lo anterior<sup>(1)</sup>.

Nos concentraremos en estas páginas a pensar en voz alta y borrador (razón por la cual las observaciones que siguen no deben ser tomadas en serio) sobre las controversias (más o menos recientes) alrededor de la noción de «inversión».

No sobra recordar que la definición de la noción de «inversión» es crucial, antes que nada, para determinar y circunscribir la jurisdicción arbitral resultante de tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones («TBI» en singular y «TBIs» en plural) y del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados suscrito en Washington en 1965 (el «Convenio de Washington»).

(1) YALA, Farouk. «The Notion of “Investment” in ICSID Case Law: A Drifting Jurisdictional Requirement? Some “Un-Conventional” Thoughts on Salini, SGS and Mihaly». En: *Journal of International Arbitration*. Vol. 22, N° 2, 2005, pp. 105-125; LEGUM, Barton. «Defining Investment and Investor: Who is Entitled to Claim?». En: *Arbitration International*. Vol. 22, N° 4, 2006, pp. 521-526; BEN HAMIDA, Walid, «Two Nebulous ICSID Features: The Notion of Investment and the Scope of Annulment Control». En: *Journal of International Arbitration*. Vol. 24, N° 3, 2007, pp. 287-306; ANDREEVA, Yulia. «The Tribunal in Malaysian Historical Salvors v. Malaysia Adopts a Restrictive Interpretation of the Term “Investment”». En: *Journal of International Arbitration*. Vol. 25, N° 4, 2008, pp. 503-506; TURINOV, Anna. «“Investment” and “Investor” in Energy Charter Treaty Arbitration: Uncertain Jurisdiction». En: *Journal of International Arbitration*. Vol. 26, N° 1, 2009, pp. 1-23; FIETTA, Stephen. «Expropriation and the “Fair and Equitable” Standard. The Developing Role of Investors’ “Expectations” in International Investment Arbitration». En: *Journal of International Arbitration*. Vol. 23, N° 5, 2006, pp. 375-399; REED, Lucy y Daina BRAY. «Fair and Equitable Treatment: fairly and equitably applied in Lieu of Unlawful Indirect Expropriation?». En: *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: the Fordham Papers 2007*. Nijhoff, 2008; PICHERAK, J. Roman. «The Expanding Scope of the Fair and Equitable Treatment Standard: Have Recent Tribunals Gone Too Far?». En: *The Journal of World Investment & Trade*. Vol. 9, N° 4, 2008, pp. 255-291; KALICKI, Jean y Suzanna MEDEIROS. «Fair, Equitable and Ambiguous : What is Fair and Equitable Treatment in International Investment Law?». En: *ICSID Review*. Vol. 22, N° 1, 2007, pp. 24-54.

Olvidemos, por unos breves instantes, el lenguaje jurídico y el prisma a través del cual éste nos hace percibir la realidad. ¿Qué sentido podríamos entonces atribuirle a la palabra «inversión» desde el sentido común y su instrumento preferido, esto es, el profano lenguaje ordinario? ¿Qué quiere, por ejemplo, decir un estudiante cuando afirma que «sus estudios de especialización son una inversión para el futuro»? ¿Qué quiere decir, también por ejemplo, aquél que sostiene que «no existe mejor inversión que la que se hace en la piedra» (léase en bienes inmuebles)? ¿Y qué quiere decir el gerente de una empresa multinacional cuando asegura que «dicha empresa ha hecho una inversión gigantesca para modernizar una planta de tratamiento de aguas operada por concesión»?

El fundador de la filosofía del lenguaje, Ludwig Wittgenstein<sup>(2)</sup>, quien, sin lugar a dudas, habría utilizado muchos más ejemplos antes de formular preguntas más abstractas o sugerir conclusiones, se hubiera preguntado, después de describirlos, si los tres personajes de más arriba se refirieron, en sus dichos, a una misma noción o idea de «inversión». Quizás no. Entre los dichos de los tres personajes, sin embargo, parecen existir «aires de familia» o trazos comunes que, de alguna manera, muestran rasgos característicos de lo que alguien podría aventurarse a llamar «inversión». Para los tres personajes, en efecto, la palabra «inversión» parece evocar la conjunción entre un esfuerzo en tiempo y/o dinero y la obtención de un rédito al final de un período más o menos indeterminado.

El «esfuerzo», el paso de cierto tiempo –la «duración»– y la «probable obtención de un beneficio» parecen ser elementos esenciales de la noción de «inversión» en el lenguaje ordinario. Todos, después de todo, parecemos emplear la palabra «inversión» y el verbo «invertir», en el lenguaje de todos los días, percibiendo en ella los inherentes «esfuerzo», «duración» y «probable obtención de un beneficio».

El ejemplo de la inversión gigantesca en la planta de tratamiento de aguas sugeriría, además, que la inversión, cuando el «esfuerzo» lo hace una empresa extranjera en un Estado, debe contribuir al desarrollo económico de este último.

---

<sup>(2)</sup> SILVA ROMERO, Eduardo. *Wittgenstein et la philosophie du droit*. PUF, 2002.

El derecho, sin embargo, parece detener el extraordinario poder de modificar (tenemos la tentación de decir «derogar») el lenguaje ordinario. La palabra «inversión», desde una óptica jurídica, parece ser empleada con alguna regularidad de una forma completamente distinta de aquella en que se usa en el lenguaje ordinario, esto es, de una manera ajena a los criterios del «esfuerzo», la «duración» y la «probable obtención de un beneficio».

Los TBIs, en especial, comprenden un artículo (por lo general el primero) en el que, según se afirma generalmente, se «define», a través de una lista enumerativa (no taxativa), el término de «inversión»<sup>(3)</sup> sin, al menos a primera vista, tomar en cuenta los criterios mencionados.

Varios tribunales arbitrales, por lo general obrando bajo el imperio del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional («CNUDMI»; «UNCITRAL», en inglés), han sostenido en los últimos años, frente a Estados soberanos que han objetado a su competencia arguyendo que la operación económica del caso no constituía una «inversión», que la palabra «inversión» debe ser definida exclusivamente sobre la base de la lista de «inversiones» contenida en el TBI aplicable. Este método de definición de la noción de «inversión» ha sido calificado de «subjetivo»<sup>(4)</sup>. Su aplicación, en nuestra opinión, conduciría a un «nominalismo»<sup>(5)</sup> insoportable.

(3) DOLZER, Rudolf y Margrete STEVENS. *Bilateral investment treaties*. Nijhoff, 1995; SIQUEIROS, Jose Luis. «Bilateral treaties on the reciprocal protection of foreign investment». En: *California Western International Law Journal*. Vol. 24. N° 2, 1994, pp. 255-275; NEWCOMBE, Andrew. *Law and practice of investment treaties: standards of treatment*. Kluwer, 2009; SACERDOTI, Giorgio. «Bilateral treaties and multilateral instruments on investment protection». En: *Recueil des cours*. Vol. 269, 1997, pp. 251-460.

(4) *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malasia*, Caso CIADI N° ARB/05/10, Opinión disidente del Juez SHAHABUDEEN a la decisión de anulación, párrafo 7 (en adelante, «Opinión Shahabuddeen»). En: <<http://ita.law.uvic.ca/documents/MalaysianHistoricalAnnulmentDissent.pdf>>. Consulta: 01 de febrero de 2010.

(5) La posición nominalista sostiene que las especies y géneros no son realidades anteriores a las cosas —«esencias», capaces de ser conocidas por abstracción—, sino que se trata, simplemente, de nómima (nombres) o voces, que utilizamos para designar a grupos de individuos. «Nominalismo». En: *Enciclopedia de la Cultura Española*. T. 4. Editora Nacional, 1967, pp. 519-520.

Otros tribunales arbitrales, obrando –en su gran mayoría– de conformidad con el Convenio de Washington, han preferido, quizás guiados, antes que nada, por el sentido común, corregir dicha lista de «inversiones» (demasiado amplia) comprendida en los TBIs y definir la noción de «inversión» identificando –sobre la base de fuentes externas al TBI aplicable– criterios determinantes más o menos objetivos de lo que sería una «inversión». Este método de definición de la noción de «inversión» ha sido calificado de «objetivo»<sup>(6)</sup>. Su aplicación, en nuestra opinión, conduciría a un «convencionalismo realista»<sup>(7)</sup> más o menos convincente.

## 1. DEL NOMINALISMO EN LA DEFINICIÓN DE «INVERSIÓN»

El artículo 1(1) del TBI celebrado entre la República del Ecuador y Costa Rica, por ejemplo, dispone lo que sigue:

*«(1) El término «inversión» designa de conformidad con las leyes y reglamentos de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, todo tipo de activo invertido por inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante. Incluye en particular, aunque no exclusivamente:*

- (a) La propiedad de bienes muebles e inmuebles, así como los demás derechos reales tales como hipoteca, derechos de prenda, usufructos y derechos similares;*
- (b) Acciones, títulos, obligaciones, cuotas societarias, y cualquier otro tipo de participación en sociedades;*

<sup>(6)</sup> Opinión SHAHABUDEEN, párrafo 8.

<sup>(7)</sup> Las reglas de derecho, como las reglas de gramática, son convencionales en el sentido que pueden ser creadas arbitrariamente por el hombre. Sin embargo, el carácter arbitrario de las reglas de derecho, como de las reglas de gramática, está limitado por la realidad y, en particular, por la realidad humana. El derecho, y el lenguaje jurídico, es entonces una convención humana moderada por las indicaciones de la realidad y de las formas de vida (valores). Eduardo SILVA ROMERO. *Wittgenstein et la philosophie du droit*. PUF, 2002, p. 337.

- (c) *Derechos y obligaciones o créditos directamente vinculados a una inversión específica;*
- (d) *Derechos de propiedad intelectual, incluyendo, en especial, derechos de autor y derechos conexos y derechos de propiedad industrial, tales como: marcas de fábrica o de comercio, indicaciones geográficas, dibujos, patentes, diseños industriales, esquemas de trazado (topografías) de los circuitos integrados, know-how, derecho de obtentores de variedades vegetales y otros derechos similares;*
- (e) *Concesiones económicas conferidas por ley y por contrato incluidas las concesiones para la prospección, cultivo, extracción o explotación de los recursos naturales; y*
- (f) *La reinversión de utilidades».*

Basta con revisar con cuidado la lista de «inversiones» de más arriba para percatarse de que lo allí listado son, más que «inversiones» según el sentido común, «activos».

El título del TBI, sin embargo, se refiere a la promoción y protección de «inversiones» y no a la «promoción» y protección de «activos». La palabra «inversión», en nuestra opinión, no pudo haber sido utilizada en los TBIs como sinónimo de «activo» puesto que, entre otras razones, la frase «promoción de activos» es un sin sentido. Si bien es cierto, en efecto, que tanto «inversiones» como «activos» pueden ser «protegidos», solamente aquellas pueden ser –sin que se abuse del lenguaje– «promovidas».

La considerable violencia que dichas listas de «inversiones» cometen contra el sentido ordinario de la palabra «inversión» nos conduce, por lo tanto, a preguntarnos si lo que allí se lista representa, más que «inversiones», formas jurídicas y económicas que puede revestir una «inversión». La manera (desafortunada) en que los encabezados de dichas listas han sido redactados, sin embargo, parece más bien indicar que los ítems listados son realmente «inversiones».

A esta última conclusión han llegado recientemente tres tribunales arbitrales *ad-hoc* obrando según el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

En el caso *Swembalt v. Lituania*<sup>(8)</sup>, en primer lugar, el tribunal arbitral llegó a la conclusión de que la compraventa de un navío destinado a un centro de negocios flotante era, según el TBI aplicable, una «inversión», desestimó las objeciones a la competencia presentadas por Lituania y decidió, en un laudo final, condenar a Lituania a pagar una suma de dinero. Lituania no cumplió con dicho laudo voluntariamente. Swembalt, empresa sueca, por consiguiente, intentó entonces ejecutar el laudo arbitral de manera forzosa en Dinamarca ante la Corte Marítima y Comercial de Copenhague. Lituania, por su lado, se opuso a la ejecución de dicho laudo arguyendo que un navío comprado con destino a un centro de negocios flotante no constituía una «inversión» de conformidad con el TBI entre Suecia y Lituania. La Corte Marítima y Comercial de Copenhague, sin embargo, confirmó la definición de «inversión» adoptada por el tribunal arbitral y agregó que la palabra «inversión» comprendida en el TBI debía ser interpretada de una manera amplia y no restringida<sup>(9)</sup>.

¿La compraventa de un navío destinado a un centro de negocios flotante es una «inversión»? ¿Una compraventa, en términos generales, supone una «duración» y «la probable obtención de un beneficio» al final de un período más o menos indeterminado?

Un segundo tribunal arbitral, en el caso *Mytilineos Holdings SA v. La Unión de Serbia & Montenegro y la República de Serbia*<sup>(10)</sup>, también decidió desafiar el sentido común y llegó a la conclusión, ante objeciones a su competencia esgrimidas por las demandadas, de que un contrato de sociedad (*partnership*) por medio del cual se le entregaban capital y repuestos a una empresa estatal minera y se asumía la obligación de adquirir parte de su producción constituía una inversión según los términos del TBI aplicable.

<sup>(8)</sup> *Swembalt AB, Sweden v. Lituania*, Laudo (CNUDMI) del 23 de octubre de 2000, párrafo 26-35. En: <<http://ita.law.uvic.ca/documents/Swembalt-Latvia-Award-23Oct2000.pdf>>. Consulta: 01 de febrero de 2010.

<sup>(9)</sup> *República de Lituania v. Swembalt Aktiebolag*, decisión de la Corte Marítima y Comercial de Copenhague, 2003, Caso S-22-01. En: JARVIN, Sigvard y Annette MAGNUSSON. *International Arbitration Court Decisions*. Jure AB, 2008.

<sup>(10)</sup> *Mytilineos Holdings SA v. La Unión de Serbia & Montenegro y la República de Serbia*, laudo parcial (CNUDMI) sobre la competencia del 8 de septiembre de 2006, párrafos 114 y 115 (en adelante «*Mytilineos*»). En: <<http://ita.law.uvic.ca/documents/MytilineosPartialAward.pdf>>. Consulta: 01 de febrero de 2010.

Las demandadas, sin embargo, invocaban los criterios determinantes de una «inversión» desarrollados por la jurisprudencia arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (el «CIADI») para demostrar que la operación económica descrita más arriba no era una «inversión», y el tribunal arbitral, por lo tanto, no era competente para conocer del fondo del asunto.

El tribunal arbitral en *Mytilineos Holdings SA v. La Unión de Serbia & Montenegro y la República de Serbia*, sin embargo, descartó, a través de un manifiesto metodológico, la aplicación de la jurisprudencia CIADI de la siguiente manera:

*«It is the established practice of ICSID tribunals to assess whether a specific transaction qualifies as an «investment» under the ICSID Convention, independently of the definition of investment in a BIT or other applicable investment instrument, in order to fulfill the *ratione materiae* prerequisite of Article 25 of the Convention. This requirement is set out in Article 25(1) of the Convention which confines the jurisdiction of ICSID arbitration tribunals to «legal dispute[s] arising directly out of an investment» without defining «investment».*

[...]

*However, this latter *ratione materiae* test for the existence of an investment in the sense of Article of the 25 ICSID Convention is one specific to the ICSID Convention and does not apply in the context of *ad hoc* arbitration provided for in BITs as an alternative to ICSID.*

*In the present *ad hoc* arbitration under the UNCITRAL Rules one would therefore have to conclude that the only requirements that have to be fulfilled in order to confer *ratione materiae* jurisdiction on this Tribunal are those under the BIT<sup>(11)</sup>».*

¿Reúne dicho contrato de *partnership* las características de la «inversión» según el sentido común y el lenguaje ordinario?

(11) *Ibidem*, párrafos 114, pp. 117-118.

Otro tribunal arbitral CNUDMI, por último, en el caso *Pren Nreka v. la República Checa*<sup>(12)</sup>, decidió, también ante objeciones a su competencia, que un contrato de renovación y arrendamiento de inmueble con el fin de instalar una pizzería celebrado entre un particular y la Administración era una «inversión» según los términos del TBI entre Croacia y la República Checa.

Dado que la sede de dicho arbitraje era París, la República Checa interpuso un recurso de anulación contra dicho laudo arbitral ante la Corte de Apelaciones de París.

La Corte de Apelaciones de París<sup>(13)</sup> rechazó el recurso y confirmó la definición adoptada por el tribunal arbitral afirmando lo que sigue:

*«Considerando que las disposiciones del TBI transcritas no prevén un criterio para caracterizar lo que constituye una inversión sino que dan tan sólo una enumeración, que además no es limitativa, de los casos en los cuales se considera que hay una inversión, que las condiciones enunciadas por la República Checa sobre la definición de la inversión añaden al texto del TBI el cual no prevé que sea una condición de la competencia.»*

(12) *Pren Nreka v. la República Checa*, laudo (CNUDMI) de febrero de 2007, no publicado. La decisión de la Corte de Apelaciones de París (Primera Cámara – Sección C) del 25 de septiembre 2008 resume, sin embargo, dicho laudo, en línea: <<http://ita.law.uvic.ca/documents/Nrekaarret.pdf>>. Consulta: 01 de febrero de 2010.

(13) Traducción del autor: *«Considérant que les dispositions du TBI qui viennent d'être rappelées ne fournissent pas de critère pour caractériser ce qu'est un investissement mais donnent seulement une énumération, et encore de manière non limitative, des cas considérés comme des investissements, que les conditions soulevées par la République tchèque quant à la définition de l'investissement ajoutent au texte du TBI lequel n'en fait pas une question de compétence ; Que le seul test est celui de savoir si l'opération qui sert de base à la demande entre dans le cadre des prévisions du TBI pour vérifier si elle peut effectivement bénéficier de l'offre d'arbitrage du traité, cette exigence étant en l'espèce réalisée pour des locaux cédés à bail pendant 15 ans en contrepartie de l'exécution de travaux de rénovation qui constituent un investissement selon les termes très larges du TBI que l'on a rappelés et qui visent notamment n'importe quel droit contractuel».* Decisión de la Corte de Apelaciones de París (Primera Cámara – Sección C) del 25 de septiembre 2008, párrafo 5. En: <<http://ita.law.uvic.ca/documents/Nrekaarret.pdf>>. Consulta: 01 de febrero de 2010.

*Que el único test que se debe realizar es el de determinar si la operación objeto de la demanda entra o no en el marco de las disposiciones del TBI para verificar si puede efectivamente beneficiarse de la oferta de arbitraje del tratado, esta exigencia siendo satisfecha en lo que concierne los locales cedidos en arrendamiento por 15 años en contraprestación de la realización de trabajos de renovación que constituyen una inversión según los términos muy amplios del TBI que hemos recordado y que incluyen en particular cualquier derecho contractual».*

¿La famosa pizzería constituye realmente una «inversión»?

En los tres casos arriba citados, los Estados demandados buscaban, argumentando, en especial, que las operaciones económicas en causa no «contribuían al desarrollo económico de los Estados receptores de la supuesta “inversión”», que tribunales arbitrales y cortes restringieran la definición de «inversión» que se puede deducir de las listas de «inversiones» –que se traduce en decir que «todo es inversión» o que «inversión» y «activos» son sinónimos– a través de criterios más o menos extrínsecos al TBI aplicable. Los Estados demandados, en suma, defendían la existencia de una noción única de inversión –cuyos elementos constitutivos comprendían, en particular, «la contribución al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión»– que habría sido descrita, en especial, por la jurisprudencia CIADI.

Tribunales arbitrales y cortes, sin embargo, respondieron, explícita o implícitamente, que criterios extrínsecos al TBI –y, en especial, criterios precisados por tribunales arbitrales CIADI– no podían ser aplicados para corregir la noción de «inversión» que se deduce de la lista de «inversiones» comprendida en los TBIs. El método subjetivista, en este sentido, consistiría en que «*the jurisdiction of [the Tribunal] meant to be solely dependent on the will of the parties*»<sup>(14)</sup>.

Un tribunal arbitral CNUDMI responsable de la resolución de una controversia en materia de «inversión», en definitiva, no debería, según dichos tribunales y cortes, aplicar la jurisprudencia CIADI para determinar, entre otras cosas, la noción de «inversión» puesto que las disposiciones del Convenio de Washington no le son aplicables.

<sup>(14)</sup> Opinión de SHAHABUDEEN, párrafo 62.

Parece, sin embargo, totalmente ilógico que –como parece sostenerlo el «subjetivismo»– puedan existir tantas nociones de «inversión» como TBIs han sido concluidos en el mundo.

Es aún más absurdo que se sostenga, explícita o implícitamente, que la noción de «inversión» depende del mecanismo de resolución de litigios previsto en el TBI escogido por el inversionista. No parece, en efecto, lógico que una misma operación económica realizada, por ejemplo, en territorio ecuatoriano pueda ser calificada de «inversión» por un tribunal CNUDMI y no lo sea por un tribunal arbitral CIADI.

Que la definición de «inversión» dependa del mecanismo de resolución de litigios previsto en el TBI escogido por el inversionista supone, además, que, cuando un inversionista sospeche que un tribunal arbitral CIADI (por lo general más «objetivista») pueda considerar que la operación económica en cuestión no es una «inversión», dicho inversionista prefiera comenzar un arbitraje CNUDMI contra el Estado con la esperanza de que, gracias a la aplicación del método «subjetivo», el tribunal arbitral CNUDMI se limite a determinar si la operación económica del caso corresponde con alguno de los ítems de la lista de «inversiones» del TBI.

¿La estrategia anterior no implica un abuso del derecho, esto es, un abuso del proceso de resolución de desavenencias previsto en los TBIs? ¿Dicha estrategia no sería contraria al sacrosanto principio de la buena fe?

Es quizás por lo anterior que varios tribunales, especialmente obrando bajo los auspicios del CIADI, han preferido adoptar y desarrollar –siguiendo en esto una filosofía del lenguaje «convencionalista-realista»– una noción única de «inversión».

## 2. DEL CONVENCIONALISMO REALISTA EN LA NOCIÓN DE «INVERSIÓN»

Detrás de la defensa de una noción única y «objetiva»<sup>(15)</sup> de «inversión» se oculta, sin lugar a dudas, la garantía del valor –fundamental en todas latitudes– de la seguridad jurídica.

<sup>(15)</sup> Por el contrario, el objetivismo, según el Juez SHAHABUDDIEN, significa que la competencia de un tribunal CIADI «(is) meant to be dependent on the will of the parties subject to

Es evidentemente contrario a la seguridad jurídica que la palabra «inversión» pueda revestir múltiples sentidos y que los inversionistas puedan escoger entre ellos para asegurar –con gran facilidad– la protección de sus «activos».

Varios tribunales arbitrales CIADI, dotados de sentido común y conscientes de la importancia del valor de la seguridad jurídica, han limitado la noción de «inversión» que resultaría de las listas de «inversiones» comprendidas en los TBIs a través de tres métodos distintos (2.1, 2.2 y 2.3).

## 2.1. De la limitación de la lista de «inversiones» de los TBIs a través del Convenio de Washington

Fueron en especial los tribunales en los casos *Salini*<sup>(16)</sup> y *Fedax*<sup>(17)</sup> los que, a través del Convenio de Washington, decidieron limitar la amplísima noción de «inversión», contraria al sentido común y el lenguaje ordinario que lo expresa, que resultaría de las listas de «inversiones» de los TBIs.

En el caso *Salini*, en primer lugar, el tribunal arbitral, recurriendo al Convenio de Washington, definió cuatro elementos constitutivos de la noción de inversión de la siguiente manera:

*«La doctrina considera generalmente que una inversión supone aportes, cierta duración de ejecución del mercado y una participación en los riesgos de la operación. A la lectura del preámbulo de la Convención debe añadirse el criterio de la contribución al desarrollo económico del Estado huésped de la inversión»<sup>(18)</sup>.*

---

*conformity with the overriding objectives of ICSID as a body concerned with the economic development of the host State». Opinión de SHAHABUDDIN, párrafo 62.*

(16) *Salini Construttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. v. Marruecos*, Caso CIADI N° ARB/00/4, decisión sobre la jurisdicción del 23 de julio de 2001. En: *Journal de Droit International*, 2002, p. 196 (en adelante «*Salini*»).

(17) *Fedax N.V. v. Venezuela*, Caso CIADI N° ARB/96/3, decisión sobre la jurisdicción del 11 de julio de 1997, párrafos 22-32. En: <<http://ita.law.uvic.ca/documents/Fedax-1997-Last.pdf>>. Consulta: 01 de febrero de 2010.

(18) Traducción del autor: «*La doctrine considère généralement que l'investissement suppose des apports, une certaine durée d'exécution du marché et une participation aux risques de*

Dado que el Convenio de Washington no comprende una definición (al menos explícita) de «inversión», el método utilizado por el tribunal arbitral *Salini* para limitar la noción de «inversión» del TBI entre Italia y Marruecos no deja de causar, desde un punto de vista jurídico, sorpresa. ¿De qué fuente, en efecto, provienen los cuatro elementos constitutivos de la noción de «inversión» identificados por el tribunal arbitral *Salini*? ¿Dichos elementos provienen realmente del Convenio de Washington?

En realidad, dichos elementos parecen, más bien, provenir del sentido común y su lenguaje ordinario. No podemos resistir la tentación de subrayar que al menos los tres primeros elementos identificados por el tribunal *Salini* nos parecen formar evidentemente parte de la noción de «inversión». Dichos elementos, en efecto, coinciden con los trazos comunes del «esfuerzo», la «duración» y «la probable obtención de un beneficio» –este último elemento recogería el elemento del «riesgo»– mencionados más arriba.

El método utilizado en el caso *Salini*, quizás porque el sentido común es, como escribiera Descartes<sup>(19)</sup>, una de las cosas del mundo mejor compartida, se ha vuelto famoso. Otros tribunales no han dudado en erigir dicho método en «test» y aplicarlo en múltiples casos<sup>(20)</sup>. El caso *Jan de Nul*, quizás, constituye el ejemplo más ilustrativo.

---

*l'opération. La lecture du Préambule de la Convention permet d'y ajouter le critère de la contribution au développement économique de l'Etat d'accueil de l'investissement». Salini Construtorri S.p.A. e Italstrade S.p.A. v. Marruecos, párrafo 53.*

(19) «El buen sentido es lo que mejor repartido está entre todo el mundo, pues cada cual piensa que posee tan buena provisión de él, que aun los más descontentadizos respecto a cualquier otra cosa, no suelen apetecer más del que ya tienen. En lo cual no es verosímil que todos se engañen, sino que más bien esto demuestra que la facultad de juzgar y distinguir lo verdadero de lo falso, que es propiamente lo que llamamos buen sentido o razón, es naturalmente igual en todos los hombres; y, por lo tanto, que la diversidad de nuestras opiniones no proviene de que unos sean más razonables que otros, sino tan sólo de que dirigimos nuestros pensamientos por derroteros diferentes y no consideramos las mismas cosas». René DESCARTES. *Discurso del método*. Primera Parte. Edaf S.A., 2001, p. 2.

(20) Por ejemplo: *Saipem S.p.A. v. Bangladesh*, Caso CIADI N° ARB/05/07, decisión sobre la competencia del 21 de marzo de 2007, párrafo 99. En: <<http://ita.law.uvic.ca/documents/Saipem-Bangladesh-Jurisdiction.pdf>>. Consulta: 01 de febrero de 2010; *Phoenix Action, Ltd. v. República Checa*, Caso CIADI N° ARB/06/5, laudo del 15 de

El tribunal arbitral *Jan de Nul*, en segundo lugar, confirmó el método *Salini* de la siguiente manera:

«*The ICSID Convention contains no definition of the term “investment”. The Tribunal concurs with ICSID precedents which, subject to minor variations, have relied on the so-called “Salini test”. Such test identifies the following elements as indicative of an “investment” for purposes of the ICSID Convention: (i) a contribution, (ii) a certain duration over which the project is implemented, (iii) a sharing of operational risks, and (iv) a contribution to the host State’s development, being understood that these elements may be closely interrelated, should be examined in their totality and will normally depend on the circumstances of each case*<sup>(21)</sup>».

Parecería, sin embargo, que (solamente) uno de los elementos identificados por el tribunal *Salini* –el cuarto– ha dado lugar a controversia y debate. Emmanuel Gaillard<sup>(22)</sup>, por ejemplo, sostiene que «la contribución al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión» no es un elemento de la noción de «inversión» o, a lo sumo, se halla comprendida implícitamente en los tres primeros elementos identificados por el tribunal arbitral *Salini*. ¿Qué tan intensa, se preguntan Gaillard y otros, debe ser «la contribución al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión»?

---

abril de 2009, párrafo 81, (en adelante «*Phoenix*»). En: <<http://ita.law.uvic.ca/documents/PhoenixAward.pdf>>. Consulta: 01 de febrero de 2010; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Pakistán*, Caso CIADI N° ARB/03/29, decisión sobre la competencia del 14 de noviembre de 2005, párrafo 130. En: <<http://ita.law.uvic.ca/documents/Bayindir-jurisdiction.pdf>>. Consulta: 01 de febrero de 2010.

(21) *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Egipto*, Caso CIADI N° ARB/04/13, decisión sobre la competencia del 16 de junio de 2006, párrafo 91. En: <<http://ita.law.uvic.ca/documents/JandeNuljurisdiction061606.pdf>>. Consulta: 01 de febrero de 2010.

(22) GAILLARD, Emmanuel. «Chronique des sentences arbitrales». En: *Journal de droit International*, 2008, p. 313.

Controversia y debate alrededor del cuarto elemento de la «inversión» según *Salini* dieron recientemente lugar a la decisión de un Comité CIADI *ad-hoc* de anulación de anular un laudo arbitral en el que un tribunal concluyó que una operación económica que no contribuye intensamente al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión no puede ser calificada de inversión. Para el Comité CIADI *ad-hoc* del caso *Malaysian Historical Salvors SDN BHD v. el Gobierno de Malasia*<sup>(23)</sup>, en efecto, «la contribución al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión» no es un elemento de la noción de «inversión».

La decisión del Comité CIADI *ad-hoc* del caso *Malaysian Historical Salvors SDN BHD v. el Gobierno de Malasia* puede ser criticable. Si bien es cierto que la finalidad de los TBIs es, antes que nada, la promoción y la protección de «inversiones» y que, desde cierta óptica, dichos tratados deben ser interpretados a favor de los inversionistas, también es verdad que, si los Estados aceptaron proteger la inversión extranjera a través de los TBIs, fue bajo la clara expectativa de atraerla y así impulsar el desarrollo económico de sus pueblos y territorios.

La decisión del Comité CIADI *ad-hoc* del caso *Malaysian Historical Salvors SDN BHD v. el Gobierno de Malasia* de todas formas debería, en nuestra opinión, ser aprobada en la medida en que, en nuestra opinión, no es absolutamente claro que «la contribución al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión» constituya un elemento esencial de la noción de «inversión».

No deja, sin embargo, de ser sorprendente que el Comité CIADI *ad-hoc* del caso *Malaysian Historical Salvors SDN BHD v. el Gobierno de Malasia* haya concluido que un contrato celebrado entre una empresa privada de salvamento de buques y sus cargamentos y un Estado para el salvamento de un cargamento de un buque zozobrado constituye, a pesar de la naturaleza eminentemente mercantil de dicho negocio jurídico, una «inversión».

---

(23) *Malaysian Historical Salvors SDN BHD v. el Gobierno de Malasia*, Caso CIADI N° ARB/05/10, decisión de anulación del 16 de abril de 2009, par. 56 a 82, en línea: <<http://ita.law.uvic.ca/documents/MalaysianHistoricalAnnulment.pdf>>.

## 2.2. De la limitación de la lista de «inversiones» de los TBIs a través de la naturaleza mercantil de la operación económica en causa

Los límites entre las nociones de «inversión» y «operación mercantil» no parecen ser totalmente claros en derecho internacional.

La Ley Modelo de la CNUDMI sobre el arbitraje comercial internacional, por ejemplo, provee, en su nota de pie de página, una amplísima lista de actividades que serían calificables de «operaciones mercantiles»:

*«Debe darse una interpretación amplia a la expresión “comercial” para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de índole comercial comprenden las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro (“factoring”), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (“leasing”), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera».*

De la lectura de la lista contenida en el párrafo precedente se desprendería que varias actividades que podrían ser calificadas, según el sentido común y su lenguaje ordinario, de «inversiones» serían, según la Ley Modelo de la CNUDMI, «operaciones mercantiles».

Será, sin embargo, evidente para aquellos juristas que conocen la distinción romano-germánica entre el derecho civil y el derecho comercial<sup>(24)</sup> que el criterio de «comercialidad» adoptado en la Ley

<sup>(24)</sup> La distinción entre el derecho civil (derecho común) y el derecho comercial (derecho especial y derogatorio del derecho común) existe en varios países: Alemania, Bélgica, Brasil, Colombia, España, Francia, Uruguay, etc.

Modelo de la CNUDMI no coincide con aquél adoptado en los derechos internos de varios países. La «comercialidad» de la Ley Modelo de la CNUDMI es mucho más amplia que aquélla normalmente adoptada en los derechos nacionales que establecen la distinción entre derecho civil y derecho comercial.

La «comercialidad» de una operación económica, a pesar de lo anterior, ha sido utilizada por un tribunal arbitral CIADI para determinar que la controversia que le fuera confiada por las partes no era una «inversión». En el caso *Joy Mining Machinery Limited v. Egipto*<sup>(25)</sup>, en efecto, un tribunal arbitral CIADI se declaró incompetente para conocer del fondo del asunto al concluir que un contrato de compraventa, por complejo que éste sea, no puede ser una «inversión» ya que es, más bien, una operación mercantil. El análisis del tribunal arbitral en *Joy Mining Machinery Limited v. Egipto* es muy interesante:

*«The Tribunal is also mindful that if a distinction is not drawn between ordinary sales contracts, even if complex, and an investment, the result would be that any sales or procurement contract involving a State agency would qualify as an investment. International contracts are today a central feature of international trade and have stimulated far reaching developments in the governing law, among them the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, and significant conceptual contributions. Yet, those contracts are not investment contracts, except in exceptional circumstances, and are to be kept separate and distinct for the sake of a stable legal order. Otherwise, what difference would there be with the many State contracts that are submitted every day to international arbitration in connection with contractual performance, at such bodies as the International Chamber of Commerce and the London Court of International Arbitration?»<sup>(26)</sup>*

---

<sup>(25)</sup> *Joy Mining Machinery Limited v. Egipto*, Caso CIADI N° ARB/03/11, laudo del 6 de agosto de 2004. En: <[http://ita.law.uvic.ca/documents/JoyMining\\_Egypt.pdf](http://ita.law.uvic.ca/documents/JoyMining_Egypt.pdf)>. Consulta: 01 de febrero de 2010.

<sup>(26)</sup> *Ibidem*; párrafo 58.

Los *travaux préparatoires* del Convenio de Washington relatan cómo los arquitectos del mismo entendieron que operaciones mercantiles tales como contratos de compraventa no podían constituir «inversiones» y no entraban por ende dentro del ámbito del Convenio. Christoph H. Schreurer<sup>(27)</sup> expresa esta idea como sigue:

*«[...] Transactions whose characterization as investment has been cast into doubt include programmes of work such as construction contracts, training programmes, technical assistance programmes, consultants' contracts and suppliers' credits. Depending on the overall circumstances, there may or may not amount to investments. Non-recurring transactions such as simple sales and purchases of goods or short-term Commercial credits clearly do not qualify as investments».*

Los «subjetivistas» criticarán el recurso a dichos trabajos preparatorios sobre dos bases distintas.

El artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, por una parte, específicamente estatuye que el recurso a trabajos preparatorios es subsidiario y solamente está abierto para confirmar la interpretación del tratado a la que se llegue según el método previsto en el artículo 31 o cuando la aplicación de éste conduzca a resultados ambiguos, oscuros o irrazonables.

¿No es irrazonable concluir que la venta de un navío destinado a un centro de negocios flotante es una «inversión»?

¿No es también irrazonable sostener que el salvamento de un navío y su cargamento es una «inversión»?

Los «subjetivistas», por otra parte, pueden aducir, según lo ya dicho, que un tribunal arbitral CNUDMI no podría referirse a los trabajos preparatorios del Convenio de Washington dado que las disposiciones de éste no le son aplicables.

---

<sup>(27)</sup> SCHREURER, Christoph. *The ICSID Convention: A Commentary*. Cambridge, 2001, p. 139.

El criterio extrínseco a los TBIs de la «comercialidad», sin embargo, nos parece fundamental para moderar las listas de «inversiones» en éstos e impedir abusos del derecho. Salta, en este orden de ideas, a la vista que, de haber sido utilizado por abogados, árbitros internacionales y cortes, las operaciones económicas en causa en los casos *Swembalt v. Lituania*, *Mytilneos Holdings SA v. La Unión de Serbia & Montenegro* y *la República de Serbia*, *Pren Nreka v. la República Checa* y *Malaysian Historical Salvors SDN BHD v. el Gobierno de Malasia* nunca habrían podido ser calificadas de «inversiones» al ser esencialmente operaciones mercantiles.

El lector notará, sin embargo, que hemos caído en la trampa que denunciábamos al principio de este texto. Hemos (quizás) caído en la trampa de derogar el lenguaje ordinario a través del lenguaje jurídico. No parece, en efecto, muy claro que la «comercialidad» de una operación económica sea un elemento del sentido común y el lenguaje ordinario que permita excluir ciertas actividades de la categoría de «inversión». ¿La compraventa de un inmueble para la reventa, por ejemplo –operación mercantil por excelencia–, no sería, desde el sentido común y su lenguaje ordinario, una «inversión»?

Es tal vez por lo anterior que, entre otras razones, tribunales arbitrales CIADI han decidido moderar las listas de «inversiones» en los TBIs a través del sacrosanto principio de la buena fe.

### **2.3. De la limitación de la lista de «inversiones» de los TBIs a través del sacrosanto principio de la buena fe (¿principio general del derecho internacional?)**

No parece aventurado afirmar que el propio sentido común indica que solamente quien obra de buena fe (y no de mala fe) puede ser protegido por las normas que rigen a una sociedad y que conocemos, en su conjunto, como «derecho».

*One must come to equity with clean hands*<sup>(28)</sup>.

<sup>(28)</sup> Ver las reflexiones de la Comisión de Derecho Internacional sobre este requisito de admisibilidad de las reclamaciones internacionales: DUGARD, J. «Sexto informe sobre protección diplomática», En: *Doc. A/CN.4/546*, 11 de agosto de 2004. *Friedrich and*

Ningún inversionista podría invocar las protecciones de un TBI –y, en especial, aquella del trato justo y equitativo de la inversión– si no ha obrado, con relación a su inversión, de buena fe.

Este principio ha sido aplicado por tribunales arbitrales CIADI de dos maneras diferentes para limitar la amplitud de la lista de «inversiones» de los TBIs.

Varios tribunales, en primer lugar, han decidido declararse incompetentes en casos en los cuales los supuestos inversionistas han elaborado montajes societarios con el único objeto de tener acceso a las protecciones del TBI aplicable y al arbitraje CIADI. Los casos *TSA Spectrum de Argentina S.A. v. La República Argentina*<sup>(29)</sup>, *Phoenix Action, Ltd. v. La República Checa* y *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. La República de Filipinas*<sup>(30)</sup> constituyen un buen ejemplo de lo anterior.

El tribunal arbitral del caso *Phoenix Action, Ltd. v. La República Checa*, en especial, erigió la buena fe –que, según el tribunal, sería un principio general del derecho internacional– como criterio determinante de la noción de «inversión» de la siguiente manera:

*«In the instant case, no question of violation of a national principle of good faith or of international public policy related with corruption or deceitful conduct is at stake. The Tribunal is concerned here with the international principle of good faith as applied to the international arbitration mechanism of ICSID.»*

---

Co. *Case (Francia v. Venezuela)*, Comisión Mixta Francia/Venezuela, laudo del 31 de julio de 1905. *Recueil des sentences arbitrales*. Vol. 10, p. 54 ; *Jarvis (Estados Unidos v. Venezuela)*, Comisión Mixta Estados-Unidos/Venezuela, laudo de 1905. *Recueil des sentences arbitrales*. Vol. 9, p. 213. SALMON, J. «Des “Mains Propres” comme condition de recevabilité des réclamations internacionales». En: *Annuaire français de droit International*. Vol. 10, 1964, p. 225.

<sup>(29)</sup> *TSA Spectrum de Argentina S.A. v. la República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/05/5, laudo del 19 de diciembre de 2008, párrafos 133-162. En: <<http://ita.law.uvic.ca/documents/TSAAwardSp.pdf>>. Consulta: 01 de febrero de 2010.

<sup>(30)</sup> *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. La República de Filipinas*, Caso CIADI N° ARB/03/25, laudo del 16 de agosto de 2007, párrafos 383-404. En: <<http://ita.law.uvic.ca/documents/FraportAward.pdf>> Consulta: 01 de febrero de 2010.

*The Tribunal has to prevent an abuse of the system of international investment protection under the ICSID Convention, in ensuring that only investments that are made in compliance with the international principle of good faith and do not attempt to misuse the system are protected<sup>(31)</sup>».*

Los especialistas en derecho internacional privado no dejarán de entrever la similitud entre la aplicación del principio de la buena fe por los tribunales arbitrales en los casos *TSA Spectrum de Argentina S.A. v. La República Argentina*, *Phoenix Action, Ltd. v. La República Checa* y *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. La República de Filipinas* y el correctivo del «fraude a la ley normalmente competente»<sup>(32)</sup>. El abuso del sistema de resolución de desavenencias del CIADI equivaldría, en suma, a un fraude a la ley normalmente competente que designa a las cortes nacionales del Estado receptor de la inversión como las únicas con jurisdicción para conocer del fondo de un litigio.

En segundo lugar, algunos tribunales arbitrales CIADI han decidido declararse incompetentes ante supuestas inversiones realizadas en violación del derecho del Estado receptor de la inversión. Los casos *Inceysa Vallisoletana, S.L. v. La República de El Salvador*<sup>(33)</sup>, *World Duty Free v. Kenia*<sup>(34)</sup> y *Plama Consortium Limited v. La República de Bulgaria*<sup>(35)</sup> ilustran este segundo tipo de limitación a la lista de «inversiones» protegidas según los TBIs.

<sup>(31)</sup> *Phoenix*, párrafo 113.

<sup>(32)</sup> MAYER, P. y V. HEUZÉ. *Droit international privé*. Montchrestien, 2007, pp. 189-195.

<sup>(33)</sup> *Inceysa Vallisoletana, S.L. v. La República de El Salvador*, Caso CIADI N° ARB/03/26, laudo del 2 de agosto de 2006, párrafo 208-337. En: <[http://ita.law.uvic.ca/documents/Inceysa\\_Vallisoletana\\_pdf](http://ita.law.uvic.ca/documents/Inceysa_Vallisoletana_pdf)>. Consulta: 01 de febrero de 2010.

<sup>(34)</sup> *World Duty Free Company Limited v. Kenya*, Caso CIADI N° ARB/00/7, laudo del 4 de octubre de 2006, (en adelante «*World Duty Free*»). En: <<http://ita.law.uvic.ca/documents/WDFv.KenyaAward.pdf>>. Consulta: 01 de febrero de 2010.

<sup>(35)</sup> *Plama Consortium Limited v. La República de Bulgaria*, Caso CIADI N° ARB/03/24, laudo del 27 de agosto de 2008, párrafos 194-305. En: <<http://ita.law.uvic.ca/documents/PlamaBulgariaAward.pdf>>. Consulta: 01 de febrero de 2010.

Los dos primeros casos citados más arriba dejan en claro, en especial, que supuestas inversiones realizadas mediante corrupción no pueden ser protegidas. El tribunal arbitral del caso *World Duty Free v. Kenia* sostuvo, en particular, lo que sigue:

*«In light of domestic laws and international conventions relating to corruption, and in light of the decisions taken in this matter by courts and arbitral tribunals, this Tribunal is convinced that bribery is contrary to the international public policy of most, if not all, States or, to use another formula, to transnational public policy. Thus, claims based on contracts of corruption or on contracts obtained by corruption cannot be upheld by this Arbitral Tribunal<sup>(36)</sup>».*

Parece ser que el sacrosanto y vago principio de la buena fe se traduce, en los casos citados, en la condena del abuso del derecho y la corrupción, y el respeto debido a las leyes y los reglamentos de los Estados receptores de la inversión.

Dichos casos nos recuerdan la decisión del árbitro Lagergren en el famoso caso CCI N° 1110. En dicho caso, Lagergren, ante una clara situación de corrupción, decidió declararse incompetente para conocer del fondo del asunto en los siguientes términos:

*«After weighing all the evidence I am convinced that a case such as this, involving such gross violations of good morals and international public policy, can have no countenance in any court either in the Argentine or in France, or, for that matter, in any other civilised country, nor in any arbitral tribunal. Thus, jurisdiction must be declined in this case. It follows from the foregoing, that in concluding that I have no jurisdiction, guidance has been sought from general principles denying arbitrators to entertain disputes of this nature rather than from any national rules on arbitrability. Parties who ally themselves in an enterprise of the present nature must realise that they have forfeited any right to ask for assistance*

<sup>(36)</sup> *World Duty Free*, párrafo 157.

*of the machinery of justice (national courts or arbitral tribunals) in settling their disputes*<sup>(37)</sup>».

La decisión de Lagergren fue criticada y, según se enseña, superada. Se dijo que Lagergren, en lugar de declararse incompetente, ha debido decidir el fondo y anular el contrato en cuestión por objeto ilícito.

¿Los tribunales CIADI que han aplicado el principio de la buena fe han debido declararse competentes y luego rechazar las pretensiones del inversionista en razón de su mala fe? ¿La mala fe del inversionista, en otras palabras, plantea un problema de jurisdicción o de fondo?

Los especialistas en «derecho internacional de las inversiones» quizás sugerirían que la respuesta dependerá de cómo estén escritos los TBIs aplicables (subjetivismo). Lo que, como quiera que esto sea, es cierto es que un tribunal arbitral en materia de inversión no puede anular el TBI y que es más económico para las partes (por razones obvias) que la mala fe del inversionista sea tratada como un tema de jurisdicción que como un problema de fondo.

Nosotros queremos creer, en voz alta y borrador, como lo afirma el tribunal arbitral del caso *Phoenix Action, Ltd. v. La República Checa*, que existe un principio general de derecho internacional según el cual un inversionista de mala fe no puede ser protegido.

Los comentarios anteriores ponen de manifiesto que los problemas fundamentales del naciente derecho internacional de las inversiones se hallan en la incertidumbre en cuanto a sus fuentes y al método de interpretación de los TBIs.

Abogados y árbitros, de un lado, se sienten incómodos al fundar argumentos y decisiones sobre el sentido común, los principios generales o, en general, todo elemento extrínseco a los TBIs y otros tratados (como el Convenio de Washington) aplicables. El positivismo imperante en la materia es apabullante. Abogados y árbitros, en suma, parecerían temer la censura y el ridículo al no fundamentar y motivar sus posiciones sobre la base de normas jurídicas escritas (tratados, leyes o precedentes).

---

<sup>(37)</sup> Laudo de 1963 en el Caso CCI N° 1110. *Arbitration International*. Vol. 10. N° 3, 1994, p. 294, párrafo 24.

¿El nasiente derecho internacional de las inversiones es alérgico al sentido común y a los principios generales?

¿No hemos olvidado, a fin de cuentas, lo prescrito en el artículo 38<sup>(38)</sup> del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia?

Abogados y árbitros, de otro lado, se sienten obligados, en materia de inversión, a seguir los métodos de interpretación de los tratados prescritos en los artículos 31<sup>(39)</sup> y 32<sup>(40)</sup> de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

<sup>(38)</sup> «1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

- a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
- b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
- c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
- d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren».

<sup>(39)</sup> «Regla general de interpretación.

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

- a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
- b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

- a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;
- b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;
- c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes».

<sup>(40)</sup> «Medios de interpretación complementarios. Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del

¿Estas normas, sin embargo, describen los únicos métodos disponibles (y el orden de su aplicación) para interpretar los TBIs y por ende definir, entre muchas otras, la noción de «inversión»? ¿Una definición de «inversión» resultante de una interpretación de un TBI de conformidad con dichas normas que sea contraria a aquella del sentido común y el lenguaje ordinario no sería irrazonable?

Una opinión disidente reciente<sup>(41)</sup> da luces interesantes sobre los principios que deben ser seguidos en materia de interpretación de tratados:

*«Incidental divergences with fellow arbitrators do not, in my view, necessarily require written expression. I have never before felt impelled to dissent. In this instance, I unfortunately find myself in disagreement with respect to the decisive proposition advanced by my two esteemed colleagues, which as far as I can see could be obtained only by an impermissible rewriting of the Treaty we are bound to apply. [...]*

*HEP, a Croatian Government-owned joint stock company, has brought this arbitration against Slovenia under an agreement signed by Ministers representing Slovenia and Croatia on 19 December 2001. HEP properly refers to this instrument as a treaty, and indeed invokes the Vienna Convention on the Law of Treaties (“the VCLT”) as applicable to its interpretation. It therefore seems appropriate to refer to it as “the Treaty”. HEP claims damages on account of non-delivery of electricity as from 1 July 2002 to 19 April 2003. And yet:*

- (i) HEP is not a signatory of the Treaty;*
- (ii) the Government of Slovenia does not produce or market electricity; and*

*artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:*

- a) deje ambiguo u oscuro el sentido;*
- b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable».*

<sup>(41)</sup> Opinión individual de Jan PAULSSON en el Caso CIADI N° ARB/05/24 entre *Hrvatska Elektroprivreda D.D. v. la República de Eslovenia*, decisión sobre la interpretación del tratado del 12 de junio de 2009. En: <<http://ita.law.uvic.ca/documents/Hrvatska-Interpretation-Paulsson.pdf>>. Consulta: 01 de febrero de 2010.

*(iii) above all, the Treaty simply does not contain an undertaking to deliver electricity as from 1 July 2002.*

*The first two problems would perhaps not have sufficed to cause me to part ways with the majority; with some legal footwork they could have been sidestepped. (Whether the majority have indeed succeeded in finding a solid path remains, however, a matter of doubt; see Paragraph 75 below.) But to conclude that a treaty which does not establish an obligation of delivery nevertheless creates liability for non-delivery is one long bridge too far. I find no words in the Treaty that support such an extraordinary outcome.*

*I have naturally sought an overriding cause for this sharp divergence. It appears to me that there are in fact two related causes.*

*The first is a basic difference of approach, in which the majority's natural desire to reach a result that they consider fair and reasonable leads them to imply terms that are not in the Treaty, to ignore terms that are in the Treaty, and to give retroactive effect to a Treaty when neither its express terms nor its object require retroactivity. I would have great faith in my colleagues, whom I know well and whose views I often share, if they were entrusted with a mission of determining matters of fairness and reasonableness. Yet this Tribunal has not been authorised to decide the dispute *ex aequo bono* (as would have been required under Article 42(3) of the ICSID Convention). Even if the contrary were true, we would not be in a position to exercise that discretion at this stage of the case. The transformations attendant on the breakup of Yugoslavia gave rise to complex disputes that, as of the signing of the Treaty, had been ongoing for a decade. Originally, nuclear plants had been envisaged to be built in Croatia as well as in Slovenia. The plan for a Croatian plant was abandoned; Croatia became a customer of the plant in Slovenia, but no longer as a fellow federated State within Yugoslavia. This led to predictable divergences. Slovenia invoked international obligations requiring significant investments for Krsko NPP ("the Plant"). (This factor is conspicuously absent from the majority's account under the*

*rubric “The Nature of the Dispute”, paras. 6-15.) HEP objected that the expenses had been budgeted unilaterally, and were therefore not opposable to it. On the Slovenian side, it was said that HEP’s unjustified interruption of off-take threatened the Plant’s financial ruin. HEP retorted that the cause for these difficulties was a failure to respect its right of participation in matters of governance. The list goes on, and the complications are endless. I simply do not see how we could at this stage assess the equities of a long narrative where sharply opposed theses have not been fully presented or examined.*

*The second cause of my disagreement is a difference in our understanding of the bargain set out in Exhibit 3 to the Treaty. For the majority, that bargain includes a “critical date” of 30 June 2002. If electricity did not begin to flow to HEP on that date, they apparently believe, it became inequitable to enforce the other terms of the bargain which, in their view, were all to take effect as of that purportedly “critical date” without compensating HEP. The problem with this analysis is not only that it is incorrect in principle to rewrite the Treaty to comport with post hoc notions of equity, but that it is unnecessary to do so. The Treaty does not say that the other elements of Exhibit 3 take effect on 30 June 2002. The perceived unfairness to HEP simply does not arise. [...] The majority apparently believe that it would be inequitable for HEP not to receive electricity on the same date that it assumed 50% responsibility for modernisation costs and exchanged mutual waivers of claims with NEK. But there is no need to imply terms or to introduce retroactivity to achieve that result: the Treaty’s text already provides for all of those elements to take effect on the same date. The fact that date is the Treaty’s entry into force, rather than 30 June 2002, does not change the essence of the Exhibit 3 bargain; nor does it render it less equitable. On a proper reading of the Treaty, HEP starts sharing responsibility for costs as of the day electricity deliveries commence, after the Treaty’s entry into force.*

*I moreover feel constrained to express my disappointment upon reading paras. 11-12 of the majority’s Decision, which appears in what one would expect to be an objective introductory section*

*of the Decision (“The Nature of the Dispute”). These passages are, in my view, anything but neutral; they read like pleadings on behalf of HEP and seem intended to induce the reader into a strong intuitive sense of the essential fairness of HEP’s position, and thus to lay the groundwork for a section of the Decision, commencing with para. 191, entitled “Good Faith”. The fact is that these two paragraphs express views of great controversy. Naturally arbitrators have the authority to resolve controversies, but only after examining both sides of the debate and giving reasons for their findings. Here the majority seem to reverse-engineer from their desired outcome, which becomes clear when one reaches para. 191 and its remarkable statement that in treaty interpretation good faith is “the core principle about which all else resolves”. This follows the even more curious affirmation in para. 176 that the degree of clarity of a treaty term does not give it “greater or lesser force”. I shall revert to this matter in due course (see Paragraphs 23 and 39-51 below)».*

¿No podría llegarse a una definición de «inversión» cercana a la que provee el sentido común interpretando la lista de «inversiones» de un TBI de conformidad con la finalidad y el contexto de dicho tratado?

Nosotros, como quiera que sea, estamos convencidos, dada la manera en que funcionan las comunidades humanas, que la justicia se halla más cerca del sentido común y del lenguaje ordinario (jusnaturalismo moderado) que de las tecnicidades, muchas veces confusas y artificiales, del lenguaje jurídico. ▲

 ELINA MEREMINSKAYA (\*)

## Fraccionamiento jurisdiccional en el arbitraje y la posibilidad de su prevención por la vía de cláusulas específicas (\*\*)

---

**SUMARIO:** *1. Introducción. 2. Fraccionamiento a nivel de jurisdicciones nacionales. 2.1. Fraccionamiento jurisdiccional y su restricción vía anti suit injunctions. 2.2. Asistencia judicial en la práctica de las pruebas. 2.3. Discreción del tribunal encargado de la ejecución de la sentencia arbitral extranjera. 3. Arbitraje comercial y el derecho internacional público. 3.1. Fraccionamiento jurisdiccional bajo la cláusula paraguas. 3.2. Interferencia con el procedimiento de arbitraje y de ejecución del laudo como fundamento de demanda ante un tribunal del tratado. 4. Conclusión.*

### 1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad se observan ciertas tendencias que permiten hablar de un fraccionamiento jurisdiccional en relación con el arbitraje. La expresión fraccionamiento jurisdiccional no alude a una situación de *litis pendencia* ni pretende sostener que exista más de una jurisdicción que resuelva acerca del fondo de la disputa sometida al arbitraje. El término

---

(\*) Doctora y Magíster en Derecho (Alemania), Abogada (Rusia). Consejera Especial para el Arbitraje Internacional del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago. Profesora de la Escuela de Graduados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

(\*\*) La ponencia original fue presentada en la 1ra. Conferencia Anual del Instituto Peruano de Arbitraje, 26 de noviembre de 2009, Lima, Perú.

más bien sugiere que los diversos aspectos de una sola controversia se ventilan en jurisdicciones diferentes. Tal proceso se lleva a cabo en dos planos normativos diferentes: el de las jurisdicciones nacionales y el del derecho internacional.

En el plano del derecho nacional, el marco más propicio para la condensación de este fenómeno ha sido el arbitraje comercial internacional y su relación con la justicia ordinaria local. Es innegable que el arbitraje comercial internacional mantiene, dentro de los sistemas jurídicos nacionales, los rasgos normativos que le son característicos y goza de un alto nivel de autonomía con respecto al poder judicial. Sin embargo, lo anterior no obsta para que tenga algún grado de localización. La intensidad de ésta varía dependiendo de las posibilidades que tienen las partes del arbitraje para recurrir a la justicia ordinaria con el objeto de solicitarle apoyo y supervisión. Tal localización puede llegar a ser ínfima y hasta desaparecer cuando el recurso a los tribunales es inadmisibile por ley, por ejemplo, porque ninguna de las partes tiene su establecimiento en el país sede del arbitraje, o éste ha sido renunciado voluntariamente por ellas. Sin embargo, el grado de vinculación existente entre el arbitraje internacional y el sistema jurídico nacional, depende íntegramente de los términos establecidos en la ley local. Como es bien sabido, no existe ninguna normativa global que localice el arbitraje dentro de una sola jurisdicción, por ejemplo, la del país sede. Con ello, distintos aspectos de un arbitraje, en la medida en que tengan puntos de conexión con jurisdicciones diferentes, podrían verse afectados por sus leyes domésticas. Algunos de los síntomas de esos procesos serán tratados en el capítulo 2.

El arbitraje comercial internacional tradicionalmente ha sido dominio del derecho nacional, específicamente de las disciplinas del derecho procesal, comercial o internacional privado. Su regulación en el plano del derecho internacional público ha sido hecha a través de una serie de convenciones internacionales, fruto del esfuerzo de unificación del derecho. Aunque dichos tratados internacionales poseen relevancia superior para la consolidación del régimen jurídico del arbitraje, las materias reguladas por ellos están limitadas al reconocimiento del carácter vinculante de los acuerdos de arbitraje y de las sentencias arbitrales. Frente a este escenario, incipientemente el arbitraje comercial internacional comienza a incidir en la solución de controversias enmarcadas en

el contexto del derecho internacional. Lo anterior se observa, principalmente, en el ámbito de protección de la inversión extranjera, el que ha adquirido mucha visibilidad gracias al creciente uso de sistemas de solución de disputas entre el inversionista y el Estado. El capítulo 3 se dedica a explorar los casos característicos para esos procesos.

El fraccionamiento jurisdiccional objeto del presente estudio puede considerarse un fenómeno de alto interés teórico, pero también trae consecuencias prácticas que podrían considerarse negativas. Un arbitraje fraccionado en términos jurisdiccionales significa una carga adicional para las partes en términos de tener que contar con una asesoría jurídica globalizada, un incremento de costos y la extensión de plazos que se requieren para ponerle término a una controversia comercial.

La pregunta que surge es si el fraccionamiento jurisdiccional puede o –antes que eso– debe ser controlado y restringido con el objeto de concentrar el arbitraje dentro de una sola jurisdicción<sup>(1)</sup>. A primera vista, surgen tres vías posibles para lograr aquello. La primera de ellas es la cooperación interestatal que apunte a la negociación de tratados específicos que busquen consolidar el arbitraje en un solo contexto normativo. Considerando que la negociación de los tratados es uno de los caminos de unificación más difíciles de recorrer, ésta sería una solución tan sólo a largo plazo. La segunda vía que se vislumbra consiste en la creación de redes y alianzas de estudios jurídicos que faciliten la respuesta a las necesidades de las empresas cuando el arbitraje haya pasado a ser un litigio fraccionado. Si bien esta solución permite canalizar la asesoría legal y entregarla al cliente de manera más expedita y profesional, no resuelve el problema de plazos extendidos y gastos elevados. Una tercera alternativa que se desarrollará a lo largo de estas páginas de manera más extensa, apunta a elaborar cláusulas específicas que las partes puedan incorporar en sus contratos con el fin de limitar un posible fraccionamiento jurisdiccional de sus eventuales arbitrajes. Las cláusulas aquí formuladas no se conciben como soluciones definitivas aprobadas por la práctica jurídica. Más bien, constituyen un primer esbozo, que requerirá indagaciones futuras en cuanto a su viabilidad, legalidad y eficacia.

<sup>(1)</sup> CREMADES, Bernardo y Ignacio MAGDALENA. «Parallel Proceedings in International Arbitration». En: *Arbitration International*. Vol. 24. N° 4, 2008, pp. 507-540.

## 2. FRACCIONAMIENTO A NIVEL DE JURISDICCIONES NACIONALES

El presente capítulo analiza situaciones de fraccionamiento jurisdiccional, que se producen en el marco del arbitraje comercial internacional, abarcando dos situaciones emergentes, no legitimadas aún a través de convenciones internacionales. En primer lugar, se refiere a la situación causada por un eventual recurso a la justicia ordinaria de un país distinto al país de la sede de arbitraje, y el empleo, frente a esta situación, de las llamadas *anti suit injunctions* destinadas a impedir que dicho juicio prosiga, características del *Common Law*. Asimismo, se analiza un aspecto del fraccionamiento jurisdiccional, cuya emergencia puede ser explicada únicamente por el creciente respeto que los sistemas jurídicos nacionales muestran frente al arbitraje comercial internacional. Se trata de los casos en los cuales la justicia ordinaria de un país, que no es sede del arbitraje, se encuentra facultada para prestar asistencia judicial en la práctica de las pruebas. Por último, una sentencia arbitral dictada en un país, puede ser ejecutada en otro. En ese escenario inevitablemente intervendrá más de un ordenamiento jurídico: el del país sede de arbitraje y el del país de ejecución del laudo. Dicha situación se encuentra amparada, en el plano global, a través de la Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Convención de Nueva York) y, en el contexto regional, a través de la Convención Interamericana de Panamá sobre arbitraje comercial internacional. Los textos convencionales admiten un cierto margen de discrecionalidad en la aplicación de sus criterios, lo que, asimismo, potencia el fraccionamiento jurisdiccional. En particular, la pregunta es en qué medida la decisión de un tribunal del país sede del arbitraje, que anula o confirma la sentencia arbitral, es vinculante para los tribunales del país de ejecución del laudo.

### 2.1. Fraccionamiento jurisdiccional y su restricción vía *anti suit injunctions*

El uso de las *anti suit injunctions* es característico para las jurisdicciones de tradición jurídica del *Common Law*. Una *anti suit injunction* consiste en una orden dirigida a una de las partes de un juicio a la cual se le exige no iniciar o no proseguir actuaciones litigiosas ante un tribunal extranjero; de lo contrario, se expone a sanciones de índole patrimonial

o incluso a un arresto<sup>(2)</sup>. Las jurisdicciones de Nueva York, Bermudas o Singapur son conocidas por otorgar *anti suit injunctions* en relación con el arbitraje<sup>(3)</sup>. Pero fue la práctica de los tribunales ingleses la que ha desatado una importante discusión internacional sobre el asunto. Los tribunales de ese país suelen otorgar el recurso de las *anti suit injunctions* cuando una de las partes no respeta el pacto a favor del arbitraje con sede en Inglaterra, e interpone acciones ante los tribunales ordinarios de otro país, por ejemplo, alegando la nulidad o inexistencia del acuerdo de arbitraje.

En el año 2009, la Corte Europea de Justicia declaró tal práctica incompatible con el Reglamento N° 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil<sup>(4)</sup>. El Reglamento no autoriza el control de la competencia de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro por un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro. Sin embargo, la aplicación de las *anti suit injunctions* tendría ese efecto y, asimismo, atentaría contra «la confianza que los Estados miembros otorgan mutuamente a sus sistemas jurídicos y a sus instituciones judiciales y sobre la cual se sustenta el sistema de competencias del Reglamento», y finalmente truncaría el derecho de una parte a que un tribunal ordinario resuelva acerca de la eventual nulidad o inexistencia de un acuerdo de arbitraje<sup>(5)</sup>.

La jurisprudencia inglesa se ha mostrado dispuesta a acatar esta decisión de la Corte<sup>(6)</sup>. A partir de dicha decisión, en el contexto de la Unión Europea, las *anti suit injunction* del derecho inglés comienzan a perder su relevancia y el fraccionamiento jurisdiccional se torna más viable. Al limitar el uso de las *anti suit injunctions*, destinadas a prevenir

(2) MOSES, Margaret L. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*. Cambridge University Press, 2008, pp. 92 y ss.

(3) KESSLER, Claude y James HOPE. «Case Note – The ECJ Reference in The Front Comor: Much Ado About Nothing?». En: *Arbitration International*. Vol. 24. N° 2, 2008, pp. 331-335.

(4) Allianz SpA, formerly Riunione Adriatica di Sicurta SpA, Generali Assicurazioni Generali SpA v. West Tankers Inc., 10.02.2009.

(5) *Ibidem*.

(6) Corte de Apelaciones, National Navigation Co. v. Endesa Generacion S.A. [2009] EWCA Civ 1397 (Comm), 17.12.2009.

acciones estratégicas de una parte interesada en obstaculizar la solución de la controversia por la vía arbitral, la decisión de la Corte tiene el efecto de fortalecer un potencial fraccionamiento jurisdiccional dentro del espacio europeo<sup>(7)</sup>.

La decisión de la Corte Europea se sostenía en los términos de la normativa comunitaria, basada en el principio de confianza mutua entre los países miembros. A falta de una normativa semejante a nivel global, los tribunales ingleses no se verían impedidos de pronunciar las *anti suit injunctions* cuando el juicio ordinario que infrinja una cláusula arbitral pactada en el contrato, se inicie ante los tribunales ordinarios que no sean de un país miembro de la Unión Europea<sup>(8)</sup>. En términos prácticos ello significa que si una parte domiciliada en un país latinoamericano opta por recurrir a la justicia doméstica para cuestionar, por ejemplo, la validez del acuerdo arbitral, no obstante que el contrato prevé un arbitraje con sede en Londres, se expone a la posibilidad de recibir desde ese país una *anti suit injunction*. Con ello, tendrá que escoger entre abstenerse de seguir el juicio ante la justicia nacional o continuar con éste bajo la amenaza de sanciones monetarias que podrían ser impuestas por los tribunales británicos. En el primer caso, el fraccionamiento jurisdiccional se mantiene.

Frente a los escenarios descritos, surge la pregunta si los efectos nocivos de tal fraccionamiento podrían ser prevenidos a través de un pacto explícito de las partes expresado en una cláusula contractual. El propósito de esta cláusula sería resaltar la algo evidente idea de querer concentrar todos los aspectos del procedimiento arbitral en una sola jurisdicción, la de la sede: *Las partes renuncian a su derecho de recurrir, antes o durante el proceso arbitral, a la justicia ordinaria de cualquier otro país que no sea el país sede del arbitraje, en asuntos relacionados con el objeto de la controversia sometida al arbitraje. Lo anterior, no se aplica con*

(7) NOUSSIA, Kyriaky. «Antisuit Injunctions and Arbitration Proceedings: What Does the Future Hold?». En: *Journal of International Arbitration*. Vol. 26. N° 3, 2009, pp. 311-336; BELOHLÁVEK, Alexander. «West Tankers as a Trojan Horse with Respect to the Autonomy of Arbitration Proceedings and New York Convention 1958». En: *ASA Bulletin*. Vol. 27. N° 4, 2009, pp. 646-670.

(8) Roger Shashoua Rodemadan Holdings Limited Stancroft Trust Limited v. Mukesh Sharma [2009], EWHC 957 (Comm), 07.05.2009, párrafos 36-39.

*respecto a la posibilidad de solicitar medidas cautelares o precautorias tendientes a asegurar el resultado del juicio.*

Una cláusula de esta índole apunta, a lo menos, a restringir la posibilidad de cuestionar la validez del acuerdo de arbitraje en jurisdicciones distintas a la de la sede, reduciendo el eventual fraccionamiento jurisdiccional. Tal restricción, sin embargo, no equivale a la indefensión de las partes, especialmente si han fijado la sede arbitral en una jurisdicción que cuenta con una regulación favorable al arbitraje y una justicia ordinaria dispuesta a apoyar este mecanismo de solución de disputas. Las normas contemporáneas, especialmente aquellas basadas en la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional (LMA), prevén diversas instancias en las cuales existe la posibilidad de cuestionar la validez o existencia del acuerdo arbitral: ante el tribunal arbitral mismo (artículo 16.1 de la LMA), ante un órgano jurisdiccional en el caso de un pronunciamiento positivo del tribunal arbitral acerca de su competencia (artículo 16.3 de la LMA), y en el proceso de impugnación del laudo vía petición de nulidad (artículo 34° de la LMA).

## **2.2. Asistencia judicial en la práctica de las pruebas**

Las partes de un arbitraje internacional son libres para diseñar el procedimiento arbitral, asimismo, pueden adoptar la forma de producción y presentación de las pruebas a sus expectativas y preferencias. En silencio de las partes, el tribunal arbitral tiene una amplia discreción al momento de solicitar de las partes la producción y presentación de pruebas<sup>(9)</sup>. Para lidiar con la complejidad del asunto y con el ánimo de darle mayor previsibilidad a la práctica de las pruebas, el recurso a las reglas elaboradas por la *International Bar Association (IBA)* conocidas como *Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration*, constituye un estándar generalizado. En la medida en que las partes del arbitraje cumplen con la obligación de producir determinadas pruebas a solicitud de la parte contraria, el procedimiento se mantendrá en el contexto del juicio arbitral, sin necesidad de recurrir a la justicia ordinaria.

<sup>(9)</sup> Véanse, por ejemplo, el artículo 24.3 del Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago y el artículo 22.1.e) del Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres.

Sin embargo, si una de las partes o terceros ajenos al proceso arbitral no están dispuestos a producir las pruebas requeridas, el recurso a la justicia ordinaria constituye la única salida.

El artículo 27° de la LMA regula la posibilidad de solicitar el apoyo de los tribunales nacionales en la práctica de las pruebas y, de conformidad con el artículo 1.2 de la LMA, se aplica cuando el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio nacional. Sin embargo, algunas legislaciones más recientes, por ejemplo, la peruana<sup>(10)</sup>, la austriaca<sup>(11)</sup> y la irlandesa<sup>(12)</sup> contemplan la asistencia judicial, asimismo, con respecto a los arbitrajes desarrollados en el extranjero. Junto con lo anterior, la producción más completa del material probatorio se puede lograr dentro de la jurisdicción norteamericana, conocida por el uso de diversas modalidades de obtención de la prueba, denominadas generalmente como *discovery*<sup>(13)</sup>.

La base normativa de un tribunal ordinario norteamericano que le permite ordenar la producción obligatoria de las pruebas en el contexto de un arbitraje desarrollado en el extranjero, es la sección 1782(a) de las Reglas del Procedimiento Civil<sup>(14)</sup>. En el año 2004, la Corte Suprema de ese país resolvió, en el caso *Intel Corporation v. Advanced Micro Devices, Inc.*, que la norma citada no obligaba, pero facultaba a los tribunales estadounidenses a prestar asistencia judicial a organismos jurisdiccionales extranjeros<sup>(15)</sup>. La discreción judicial contemplada en la sección 1782(a) y reforzada por la Corte Suprema ha sido usada con generosidad por los tribunales federales. Aunque el caso *Intel* no se refería al arbitraje con

(10) Artículos 45° (Colaboración judicial) y 1.2 (Ámbito de aplicación) del Decreto Legislativo N° 1071.

(11) Artículos 577° (Ámbito de aplicación) y 602° (Asistencia judicial) del Código de Procedimiento Civil.

(12) Artículo 15° de la ley Arbitration Bill.

(13) NEWMAN, Laurence y Hanessian, GRANT. *International Arbitration Checklists*. New York: Juris Publishing, 2004, pp. 7-14, 91-106.

(14) Sección 1782(a) de las Reglas: «*The district court of the district in which a person resides or is found may order him to give his testimony or statement or to produce a document or other thing for use in a proceeding in a foreign or international tribunal, including criminal investigations conducted before formal accusation. (...)*».

(15) *Intel Corporation v. Advanced Micro Devices, Inc.*, N° 02-572, 21 de junio de 2004.

sede en el extranjero, más bien se trataba de una investigación efectuada por la Dirección General de Libre Competencia de la Comisión Europea, los tribunales de algunos circuitos federales optaron por extender la sección 1782 al arbitraje<sup>(16)</sup>. Sin embargo, esta postura no es mayoritaria entre los distintos circuitos federales, existiendo una serie de decisiones que estiman que la sección 1782(a) no se aplica a la asistencia judicial a los tribunales arbitrales situados en el extranjero<sup>(17)</sup>.

Ahora bien, el recurso a un tribunal ordinario situado fuera del país sede de arbitraje, ayuda a una de las partes a reunir el material probatorio no proporcionado por la contraria, con lo cual constituye una herramienta de apoyo al arbitraje. Sin embargo, los mecanismos de una *pre-trial discovery* disponibles en un sistema jurídico de tradición del *Civil Law* son significativamente más limitados que aquellos previstos por un sistema del *Common Law*, y en particular, por el derecho norteamericano<sup>(18)</sup>. Lo anterior podría constituir un incentivo para solicitar el apoyo de la justicia ordinaria norteamericana, bien con el fin de mejorar las perspectivas de vencer en el juicio arbitral o bien como parte de una estrategia destinada al agotamiento de la parte contraria a través de un fraccionamiento jurisdiccional intencionado. La situación descrita puede afectar a una parte signataria del acuerdo de arbitraje con establecimiento en los EE.UU., o también a una empresa subsidiaria de capitales norteamericanos. En este último caso, puede existir el interés de probar, por intermedio del *pre-trial discovery*, la participación de la casa matriz en el perfeccionamiento o ejecución del contrato, con el fin de incorporarla al juicio arbitral en calidad de demandada.

Con el fin de aclarar la situación jurídica y limitar un posible futuro fraccionamiento jurisdiccional en materia probatoria, las partes pueden

<sup>(16)</sup> ILLMER, Martin y Ben STEINBRÜCK. «U.S. *Discovery* and Foreign Private Arbitration: The Foreign Lawyer's Perspective». En: *Journal of International Arbitration*. Vol. 25. N° 3, pp. 329-343, pp. 329-330.

<sup>(17)</sup> SCHANER, Lawrence. «Recent Decisions of U.S. Courts Concerning 28 U.S.C. § 1782». En: *ABA Section of International Law*, 2009, pp. 1-5, <www.abanet.org>. Consulta: 04 de febrero de 2010.

<sup>(18)</sup> MÜLLER-CHEN, Markus. «The Use of Evidence Obtained in US-American *Discovery* in International Civil Procedure Law and Arbitration in Switzerland». En: *ASA Bulletin*. Vol. 27. N° 2, 2009, pp. 196-212.

renunciar a la aplicación de la sección 1782. En esa situación, los tribunales norteamericanos seguramente optarán por ejercer su discreción y no darán lugar a la solicitud de *discovery* presentada en el marco de un procedimiento arbitral foráneo<sup>(19)</sup>. Ahora bien, para que aquel pacto no signifique una renuncia de las partes a su opción de hacer valer sus derechos a través de la presentación de las pruebas, tienen que asumir el compromiso de acatar las órdenes de producción de pruebas que emita el tribunal arbitral. Especialmente, si las partes han pactado la aplicación de las *Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration* de la IBA, existirá un fuerte incentivo a que acaten las órdenes del tribunal. Acorde al artículo 9.4 de las Reglas, el tribunal arbitral se encuentra facultado para efectuar una “inferencia negativa” en el caso de desacato de sus órdenes de producción de pruebas. Asimismo, en el caso de una empresa subsidiaria, podría ser deseable restringir la posibilidad de involucrar a la casa matriz en el pleito por la vía de *discovery*. Lo anterior, sin perjuicio de que su involucramiento pueda estar justificado a la luz de una doctrina específica, como la del levantamiento del velo societario o del grupo de las compañías<sup>(20)</sup>.

En ese escenario del fraccionamiento jurisdiccional, los problemas analizados en relación a la producción de pruebas, pueden ser simplificados mediante la introducción de una cláusula contractual que regule este escenario. La cláusula aquí propuesta no es una invitación a renunciar a los derechos de las partes, sino más bien, una llamada dirigida a las partes sofisticadas, a fijar anticipadamente los límites del eventual fraccionamiento jurisdiccional: *Los medios probatorios se producirán de acuerdo a la ley del país sede del arbitraje, con exclusión de cualquier otra jurisdicción. Lo anterior no se aplica ante la necesidad de obtener la producción de las pruebas de terceros, no relacionados con las partes. Las partes firmantes están conscientes que son las únicas personas vinculadas por el acuerdo arbitral y éste no les es oponible a sus casas matrices y filiales. Las partes reiteran su compromiso de cumplir con los llamados del tribunal arbitral a producir las pruebas por éste requeridas.*

(19) ILLMER, Martin y Ben STEINBRÜCK. «U.S. *Discovery* and Foreign Private Arbitration: The Foreign Lawyer's Perspective». *Op. cit.*, p. 341.

(20) Véase, por ejemplo, FERRARIO, Pietro. «The Group of Companies Doctrine in International Commercial Arbitration: Is There any Reason for this Doctrine to Exist?». En: *Journal of International Arbitration*. Vol. 26. N° 5, 2009, pp. 647-673.

### 2.3. Discreción del tribunal encargado de la ejecución de la sentencia arbitral extranjera

El tema de este apartado tiene relación con el fraccionamiento jurisdiccional que se produce en el contexto de una duplicidad de juicios destinados a impugnar la eficacia del laudo. En otras palabras, la sentencia arbitral es objeto de un recurso de nulidad en el país en que se dicta, y con posterioridad, la parte demandada se opone al reconocimiento y ejecución de la sentencia en un foro distinto. En estas circunstancias surge la pregunta en qué medida la decisión del tribunal ordinario del país sede del arbitraje que declara la nulidad o la validez del laudo es vinculante para el tribunal que resuelva sobre su reconocimiento y ejecución.

El fraccionamiento jurisdiccional se torna particularmente visible, cuando la sede de arbitraje se encuentra en una jurisdicción que sigue los criterios de nulidad de un laudo consagrados en el artículo 34 de la LMA. Dichos requisitos son prácticamente idénticos a aquellos establecidos en el artículo V de la Convención de Nueva York. Ahora bien, las causales de la inarbitrabilidad y la violación del orden público (artículo 34.2.b de la LMA y artículo V.2 de la Convención) serán aplicados por el tribunal de la sede y por el de ejecución desde la perspectiva de la *lex fori* de cada uno de ellos. Sin embargo, el resto de las causales tienen relación con el desarrollo del proceso arbitral y finalmente deberán ser referidas al contexto normativo del país sede del arbitraje. En otras palabras, los foros involucrados aplican causales idénticas, con la salvedad que cada uno de ellos interpreta las causales señaladas con criterios propios. Surge la pregunta si puede ser interesante para las partes restringir, a través de una cláusula específica, la eventualidad de que se produzca una duplicidad de juicios tendientes a analizar la eficacia del laudo.

Una de las dimensiones del problema anunciado –el reconocimiento de un laudo anulado en el país sede del arbitraje– por lo general, es consecuencia de la práctica de los tribunales franceses y de ciertas tendencias aisladas en los EE.UU.<sup>(21)</sup>. El año 2009, Holanda, a través del fallo *Yukos*

(21) SMITH, Erica. «Vacated Arbitral Awards: Recognition and Enforcement Outside the Country of Origin». En: *Boston University International Law Journal*. Vol. 20, 2002, pp. 334-392; SLATER, Matthew. «On Annulled Arbitral Awards and the Death of Chromalloy». En: *Arbitration International*. Vol. 25. N° 2, 2009, pp. 271-292.

*Capital SARL v OAO Rosneft*<sup>(22)</sup>, amplió la lista de los países potencialmente dispuestos a reconocer un laudo anulado. Ese mismo año se dio a conocer una decisión que ilustra otra dimensión de la problemática. Así, en el caso inglés *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, se discutió la pregunta acerca de si la inactividad de la parte vencida en el país sede de arbitraje constituye una renuncia al derecho de impugnar la posterior ejecución del laudo.

En el caso *Yukos*, la Corte de Apelaciones de Amsterdam tuvo que pronunciarse sobre la ejecución de cuatro laudos arbitrales previamente anulados en Rusia<sup>(23)</sup>. La Corte sostuvo que si bien los tribunales rusos eran los competentes para decidir acerca de la eventual nulidad del laudo, de acuerdo al artículo V de la Convención de Nueva York, su decisión no era necesariamente vinculante para los tribunales holandeses y menos aún si el fallo extranjero hubiera sido alcanzado sin observar las garantías del debido proceso. A continuación, la Corte citó numerosas entrevistas con personas familiarizadas con el sistema judicial ruso, invocó reportes preparados por organismos internacionales y europeos desfavorables para la institucionalidad de ese país. Lo anterior implicaba que el actuar de la justicia ordinaria rusa, en general y en relación con el caso *Yukos* –empresa de propiedad de Michael Jodorkovsky, quien poseía aspiraciones políticas propias– estaba marcado por parcialidad y falta de transparencia. La Corte concluyó que la empresa demandada en este caso era una subsidiaria del Estado de Rusia y representaba sus intereses. Por las razones expuestas, la decisión de los tribunales rusos «debería ser ignorada» ordenándose la ejecución de la sentencia arbitral<sup>(24)</sup>.

Sin embargo la ejecución fue imposible, dado que la empresa demandada logró retirar sus activos más valiosos de Holanda. Con fecha 14 de septiembre de 2009, la ejecución de los cuatro laudos fue solicitada

(22) Corte de Apelaciones de Amsterdam, N° 200.005.269/01, 28 de 04 abril de 2009.

(23) Tribunal Comercial de Moscú, N° 40-4577/07-8-46, N° 40-4582/07-8-47, 23 de mayo de 2007; Tribunal Comercial del Circuito Federal de Moscú, N° 40-4577/07-8-46, N° 40-4582/07-8-47, 13 de agosto de 2007. Corte Suprema de la Federación Rusa, N° 14955/07, 10 de diciembre de 2007.

(24) Corte de Apelaciones de Amsterdam. *Op. cit.*, párrafos 3.4-3.6 y 3.8-3.10.

ante la Corte de Distrito Federal 12 (Distrito Sur de Nueva York, Manhattan)<sup>(25)</sup>, cuya decisión se encuentra aún pendiente.

El caso anterior puede parecer extremo dado que las interferencias políticas obligan a la parte vencedora a extender la búsqueda de la solución definitiva de la disputa a más de una jurisdicción extranjera. El fraccionamiento jurisdiccional se constituye como única alternativa en búsqueda de justicia material. Al mismo tiempo, el caso ilustra la libertad con la cual un tribunal extranjero emprende el análisis de la petición de exequátur de un laudo anulado, incorporando en sus deliberaciones incluso elementos no jurídicos.

La segunda dimensión del asunto en análisis se vio tratada en el caso *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*<sup>(26)</sup>. En esta ocasión, la Corte inglesa falló que el derecho de la parte vencida a impugnar un laudo arbitral durante su ejecución, no caduca si ella no intenta interponer recursos en el país sede del arbitraje. Esa inactividad de la parte no afecta las facultades del tribunal de ejecución de aplicar las causales del artículo V de la Convención de Nueva York. En particular, la Corte confirmó la decisión del juez de primera instancia y sostuvo que el gobierno de Pakistán no estaba vinculado por la cláusula arbitral, a pesar que el tribunal arbitral había concluido lo contrario.

Este caso refuerza la idea que el análisis del tribunal de ejecución no consiste en una mera revisión de la sentencia arbitral, sino que requiere que el tribunal realmente resuelva con respecto a las causales de nulidad invocadas por la parte contraria a la ejecución del laudo. El tribunal de ejecución falla en base al material probatorio disponible, sobre la concurrencia de dichas causales, sin estar facultado para pronunciarse sobre el fondo del asunto: «*The exercise is, to that extent, a rehearing, not a*

(25) Yukos Capital SARL v. OJSC Oil Company Rosneft, N° 09-7905. Véase el texto de la solicitud en <[www.pravo.ru/store/interdoc/doc/131/Yukos.pdf](http://www.pravo.ru/store/interdoc/doc/131/Yukos.pdf)>. Consulta: 04 de febrero de 2010.

(26) Corte Superior de Inglaterra (High Court), *Dallah Estate and Tourism Holding Company and The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, [2009] EWCA Civ 755, 20 de julio de 2009.

*review*»<sup>(27)</sup>. El gobierno de Pakistán, asimismo, no estaba impedido de oponerse a la ejecución del laudo en Inglaterra en virtud del principio de *estoppel*. En particular, se rechazó el argumento de la parte solicitante dado que el gobierno no impugnó el laudo ante la justicia ordinaria de Francia, país sede del arbitraje, éste se habría tornado firme y obligatorio para las partes. El propósito del artículo V.1 de la Convención de Nueva York consistía en preservar el derecho de la parte de una sentencia arbitral extranjera a oponerse a la ejecución atacando la validez e integridad jurídica de éste. El hecho que la sentencia no fuera impugnada ante el tribunal de la sede o si tal impugnación no fue exitosa, no afectaba ese principio<sup>(28)</sup>.

En síntesis, la decisión de la Corte holandesa en *Yukos*, niega que la supervisión de los tribunales ordinarios del país sede de arbitraje posea la primacía con respecto a los tribunales de ejecución. En cambio, la decisión de *Dallah*, declina la idea que los tribunales ordinarios del país sede tengan la primacía en el caso de que la parte se abstenga o renuncie a su derecho de impugnar el laudo<sup>(29)</sup>. Se observa la existencia de un vínculo más estrecho entre un laudo arbitral internacional y una jurisdiccional nacional del país de ejecución del laudo, que aquel que existe entre el laudo y el país sede de arbitraje<sup>(30)</sup>.

Dado que no hay garantías de comunicación entre los distintos sistemas jurídicos con respecto a la eficacia de la sentencia arbitral, la situación equivale a una invitación dirigida a la parte disconforme con la sentencia arbitral, a impugnarla tanto en el país sede como en el país de ejecución. Por lo anterior, surge la pregunta si las partes pueden regular

(27) Corte Comercial de Inglaterra, *Dallah Estate and Tourism Holding Company and The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, [2008] APPL.R. 08/01, 1 de agosto de 2008, párrafo 84.

(28) Corte Superior de Inglaterra (High Court), *Dallah Estate and Tourism Holding Company and The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, [2009] EWCA Civ 755. *Ob. cit.*; párrafos 51 y 56.

(29) ANGÉNIEUX, Patrick y Andrew SAVAGE. «Primacy of the Seat: First and Last Tango in Paris? *Dallah v Government of Pakistan*». En: *The European & Middle Eastern Arbitration Review 2010*, <<http://www.globalarbitrationreview.com/>>. Consulta: 04 de febrero de 2010.

(30) GRIERSON, Jacob y Mireille TAOK. «Comment on *Dallah v. Pakistan*». En: *Journal of International Arbitration*. Vol. 26. N° 6, 2009, pp. 903-907.

algunos aspectos del fraccionamiento jurisdiccional que se produce por esta vía y con ello, por lo menos, influir dentro del marco discrecional que poseen los tribunales a la luz del artículo V de la Convención de Nueva York. Una opción consiste en renunciar al recurso de nulidad, reservando la totalidad de la discusión para la etapa de ejecución. Sin embargo, una renuncia de ese tipo no siempre sería válida ante la ley nacional aplicable al arbitraje<sup>(31)</sup>. Las dos cláusulas que se proponen a continuación tienen una función más modesta, buscan expresar las preferencias de las partes con el fin de influir en la decisión de los tribunales ordinarios competentes dentro de las facultades discrecionales que poseen:

- a) El laudo será obligatorio para las partes, a menos que se configuraran las circunstancias previstas en el artículo V de la Convención de Nueva York, las que podrán ser invocadas en la etapa de su ejecución.
- b) En caso de interponer el recurso de nulidad contra el laudo, las partes renuncian a su derecho de invocar las causales del artículo V.1 de la Convención de Nueva York durante la etapa de ejecución del mismo.

La cláusula presentada bajo la letra a) se refiere a la situación del caso *Yukos* y señala al tribunal de ejecución que, no obstante que el laudo haya sido anulado en el país sede del arbitraje, las partes facultaron al tribunal de ejecución para resolver, en forma definitiva, acerca de las causales susceptibles de afectar la eficacia del laudo. En cambio, la cláusula presentada bajo la letra b) alude a una situación cercana a la del caso *Dallab*, y expresa la intención de las partes de no someter a revisión del tribunal de ejecución, aquellos aspectos de validez del laudo que fuesen resueltos por los tribunales del país sede de arbitraje. Las causales del artículo V.1 de la Convención que impiden el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales, se aplican únicamente al ser probadas por la parte que las invoque. En eso la disposición difiere del artículo V.2 de la Convención, que contempla las causales de arbitrabilidad y del orden

<sup>(31)</sup> La tendencia general consiste en admitir la renuncia únicamente ante el tenor literal explícito de la ley. Véase JIMÉNEZ FIGUERES, Dyalá. «Renuncia al recurso de anulación contra el laudo: Alcances y análisis comparativo». En: *Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje - IPA, 2008, pp. 531-537.

público, cuya observancia se encomienda a la autoridad competente del país de ejecución. La decisión de invocar las causales del artículo V.1 de la Convención está puesta en las manos de la parte vencida, la que podría prescindir de invocar una o varias de ellas. En otras palabras, si la aplicación del artículo V.1 de la Convención se efectúa a instancia y discreción de la parte vencida, ésta debería estar en condiciones de restringir su aplicabilidad ante el tribunal de ejecución, concentrando la discusión en los procedimientos ante los tribunales de la sede del arbitraje.

### **3. ARBITRAJE COMERCIAL Y EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO**

El presente capítulo aborda los efectos que el arbitraje comercial internacional ha tenido a nivel del derecho internacional de inversión extranjera, con el efecto de provocar situaciones del fraccionamiento jurisdiccional. La primera dimensión de este fenómeno dice relación con la aplicación de la llamada cláusula paraguas. Más allá de la extensa discusión acerca del alcance material y subjetivo de la cláusula paraguas, surge la pregunta acerca de la relación que existe entre una cláusula de solución de controversias pactada en el contrato celebrado entre el Estado y el inversionista, por una parte, y la disposición sobre la solución de controversias incluida en el tratado de protección de inversión extranjera, por otra. La segunda dimensión de la problemática invoca la protección garantizada a través de los tratados de protección de inversión extranjera, con el objetivo de sancionar una interferencia parcial de los tribunales locales con el arbitraje.

#### **3.1. Fraccionamiento jurisdiccional bajo la cláusula paraguas**

Se denomina cláusula paraguas a aquella disposición de un tratado internacional que consagra la obligación del Estado de cumplir los compromisos contraídos con respecto al inversionista o a la inversión<sup>(32)</sup>. Existe un número minoritario de sentencias arbitrales que niegan a la cláusula paraguas el efecto de consagrar la responsabilidad internacional

---

<sup>(32)</sup> Para un estudio más detallado de la cláusula paraguas véase MEREMINSKAYA, Elina. «La cláusula paraguas: Lecciones de convivencia para los sistemas jurídicos». En: *Revista Internacional de Arbitraje*. N° 11, 2009, pp. 13-60.

del Estado por incumplimiento contractual<sup>(33)</sup>. Otro grupo excepcional de sentencias arbitrales, acepta la responsabilidad internacional del Estado bajo la cláusula paraguas, pero sólo con respecto a las obligaciones y actos realizados en el ejercicio de sus funciones soberanas<sup>(34)</sup>. Sin embargo, una importante parte de la jurisprudencia arbitral sigue el tenor literal ordinario de la cláusula paraguas<sup>(35)</sup>, concluyendo que dicha disposición estipula un excepcional deber del Estado de asumir la responsabilidad internacional por violaciones contractuales de cualquier índole<sup>(36)</sup>.

En este contexto, una de las preguntas más polémicas es la constituida por la relación entre la cláusula paraguas y la estipulación sobre la solución de controversias establecida en el contrato celebrado entre el inversionista y el Estado. Por lo general, este tipo de estipulaciones no se transforma en un impedimento para someter una demanda relativa al contrato a la jurisdicción de un tribunal creado en virtud del tratado<sup>(37)</sup>. Lo anterior es válido en la medida en que la demanda invoque los estándares sustantivos del TBI como base jurídica de sus pretensiones. Sin embargo, la demanda bajo la cláusula paraguas invoca justamente una violación contractual. Con ello, podría sostenerse que el foro más apropiado para conocer de esas disputas es aquel consagrado en el contrato.

En el caso *Eureko B.V. v. Republic of Poland*, el tribunal arbitral ejerció la jurisdicción con respecto a la demanda basada en la cláusula

(33) *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, CIADI ARB/01/13, Decisión sobre jurisdicción, 6 de agosto de 2003; *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A., v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, CIADI ARB/02/13, Decisión sobre jurisdicción, 29 de noviembre de 2004.

(34) *El Paso Energy International Company v. República de Argentina*, CIADI ARB/03/15, Decisión sobre jurisdicción, 27 de abril de 2006; *Pan American Energy LLC, BP Argentina Exploration Company v. República de Argentina*, CIADI ARB/03/13, Decisión sobre las excepciones preliminares, 27 de julio de 2006.

(35) SCHILL, Stephan. «Enabling Private Ordering – Function, Scope and Effect of Umbrella Clauses in International Investment Treaties». En: *IILJ Working Paper 2008/09*, <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>. Consulta: 04 de febrero de 2010.

(36) *Noble Ventura Inc. v. Rumania*, CIADI ARB/01/11, Laudo, 12 de octubre de 2005, párrafos 38, 50-55, 62.

(37) *Lanco International Inc. v. Argentina*, CIADI ARB 97/6, Decisión sobre jurisdicción, 8 de diciembre de 1998; *Compa a de Aguas del Aconquija y Vivendi Universal v. Argentina*, CIADI ARB 97/3. Comité ad hoc de anulación, 3 de julio de 2002.

paraguas, no obstante que el contrato incluía una cláusula de solución de disputas a favor de los tribunales polacos<sup>(38)</sup>. La decisión del tribunal en el caso *Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines* fue la contraria<sup>(39)</sup>. Ese tribunal declaró la demanda inadmisibile dado que el contrato contenía una cláusula de solución de disputas a favor de la justicia ordinaria del país receptor de la inversión. Ante la posibilidad de que el conflicto fuese resuelto en ese foro, la demanda fue considerada prematura y el procedimiento arbitral fue suspendido<sup>(40)</sup>. Una conclusión semejante fue alcanzada por el tribunal arbitral en el caso *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control v. Republic of Paraguay*. El tribunal sostuvo que la cláusula paraguas tenía el efecto de importar todas las obligaciones contractuales al tratado, incluyendo aquella estipulación sobre la solución de controversias ante los tribunales locales del Estado receptor de la inversión<sup>(41)</sup>.

De acuerdo a esta oscilación de los tribunales, puede acontecer que un procedimiento arbitral se lleve a cabo ante el tribunal del contrato y otro ante el tribunal del tratado, sin perjuicio de lo cual este último estaría derivando su mandato de la norma internacional de la cláusula paraguas y no del contrato mismo. Esta situación, plenamente acorde a la separación conceptual existente entre el derecho internacional y el derecho nacional, puede conducir a resultados onerosos en términos de consumo de tiempo y de recursos financieros, siendo también inevitable que se puedan emitir sentencias contradictorias relativas al incumplimiento contractual.

Algunos tratados internacionales más recientes buscan paliar esta situación, exigiendo del inversionista renunciar a su derecho de iniciar o

(38) *Eureka B.V. v. Republic of Poland*, Arbitraje ad hoc, Laudo parcial, 19 de agosto de 2005, párrafos 258-259.

(39) *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, CIADI ARB/02/6, Decisión sobre la jurisdicción, 29 de enero de 2004.

(40) *Ibid.*; párrafo 155. El procedimiento fue reanudado por la decisión del tribunal de fecha 17 de diciembre de 2007.

(41) Caso sin publicar, PETERSON, Luke. *IA Reporter*. Vol. 2. N° 10, 2009, <[www.iareporter.com](http://www.iareporter.com)>. Consulta: 04 de febrero de 2010.

continuar «cualquier procedimiento ante cualquier tribunal administrativo o judicial conforme a la ley, de una Parte, u otros procedimientos de solución de controversias» con respecto a los hechos causa de la controversia<sup>(42)</sup>. A falta de una regulación específica surge la pregunta si las partes, previendo el posible fraccionamiento jurisdiccional y en aras de lograr una mayor eficiencia, puedan controlar la situación a través de una cláusula contractual apropiada. Para esos efectos se propone incorporar en el contrato celebrado entre el inversionista y el Estado, el siguiente complemento al acuerdo de arbitraje: *En el evento que la empresa extranjera inicie el arbitraje en los términos previstos por el TBI que le es aplicable, no podrá valerse del presente acuerdo de arbitraje para iniciar un arbitraje bajo el contrato del que forma parte. Si el arbitraje se hubiere iniciado a instancia de la empresa, este acuerdo de arbitraje se considerará ineficaz a partir del momento en que se constituya el tribunal bajo el TBI y el juicio arbitral deberá darse por terminado, a menos que el Estado manifieste su expreso interés en que prosiga. El recurso del inversionista al tribunal arbitral bajo el TBI no privará al Estado de su facultad para hacer valer el presente acuerdo de arbitraje.*

Con esta cláusula, el inversionista no renuncia al acceso a la justicia internacional garantizada por el tratado de inversión extranjera. Un tribunal arbitral que conozca del asunto derivado de la controversia basada en el contrato, debería cumplir el mandato de las partes y abstenerse de seguir conociendo el caso. La estipulación evita procedimientos paralelos, aunque no cubre el escenario en el cual el inversionista, primero, obtenga la decisión arbitral del tribunal previsto en el contrato y, con posterioridad, recurra al tribunal creado en virtud del tratado. Al mismo tiempo, una cláusula de esta índole protege el interés del Estado de poder iniciar un juicio arbitral a causa del incumplimiento contractual por parte del inversionista. Lo anterior es necesario, dado que el tribunal del tratado, que conocerá de la supuesta violación de la cláusula paraguas, deriva su competencia del tratado y no tiene facultades para pronunciarse acerca del incumplimiento del contrato.

<sup>(42)</sup> Tratado de Libre Comercio (TLC) Chile-Canadá: inciso 2 del artículo G-22; TLC Chile-EE.UU.: inciso 2 del artículo 10.17; TLC Chile-Perú: inciso 2 del artículo 11.18.

### 3.2. Interferencia con el procedimiento de arbitraje y de ejecución del laudo como fundamento de demanda ante un tribunal del tratado

En el caso *Saipem S.P.A. Claimant v. The People's Republic of Bangladesh*, una interferencia por parte de la justicia ordinaria del país sede en el proceso arbitral fue considerada una expropiación bajo un tratado bilateral de inversión extranjera<sup>(43)</sup>. En particular, los tribunales ordinarios del Estado demandado revocaron el mandato de un tribunal arbitral constituido bajo el alero de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y con posterioridad, anularon el laudo dictado por éste. Los derechos contractuales residuales de *Saipem*, plasmados en un laudo arbitral de la CCI, fueron considerados la propiedad del inversionista objeto de las medidas expropiatorias<sup>(44)</sup>. La empresa de propiedad del Estado, contra la cual el laudo arbitral fue emitido, no tenía propiedad fuera de Bangladesh, con lo cual la ejecución del laudo sólo era posible en esta jurisdicción<sup>(45)</sup>.

Para corroborar la existencia de una expropiación, el tribunal arbitral analizó diversos argumentos relativos al carácter ilícito de la conducta del Estado. En primer lugar, el tribunal arbitral concluyó que las cortes de Bangladesh abusaron de sus poderes de supervisión con respecto al procedimiento arbitral. La forma y la sustancia bajo las cuales los tribunales de Bangladesh atacaron el mandato del tribunal arbitral, constituían un abuso de derecho<sup>(46)</sup>. Dicha conducta de los tribunales de Bangladesh, asimismo, equivalía a una violación de la Convención de Nueva York. Al adoptar las medidas tendientes a frustrar el arbitraje, el Estado de Bangladesh, a través de sus tribunales, incurrió en una violación del artículo II de la Convención de Nueva York, que obliga a respetar el carácter vinculante de un acuerdo arbitral<sup>(47)</sup>.

---

(43) *Saipem S.P.A. v. Bangladesh*, CIADI Arb/05/7, Laudo, 30 de junio de 2009.

(44) *Saipem S.P.A. v. Bangladesh*, CIADI Arb/05/7, Decisión sobre jurisdicción, 21 de marzo de 2007, párrafo 127.

(45) *Ibidem*; párrafo 131.

(46) *Ibidem*; párrafo 159.

(47) *Ibidem*; párrafos 163-169.

Por último, para justificar la legalidad de la anulación del laudo arbitral, Bangladesh argumentaba que, al situar la sede del arbitraje dentro de su jurisdicción, las partes debían haber asumido el riesgo de una posible intervención judicial. El tribunal arbitral bajo el TBI sostuvo que si bien la supervisión por parte de la justicia local era perfectamente lícita, ésta no podía abusar de sus facultades<sup>(48)</sup>.

Ahora bien, parece interesante hacer un contrapunto entre la decisión recién descrita cotejándola con una decisión arbitral relativa a una problemática relacionada<sup>(49)</sup>. Se trata de un laudo pronunciado en un arbitraje ante la Corte de Arbitraje Internacional de Londres en contra del gobierno de una región de Rusia. El procedimiento de ejecución del laudo fue iniciado en el territorio de Lituania, un Estado fronterizo con la región señalada. Los tribunales lituanos, ordenaron la ejecución del fallo, en base a lo cual se procedió a embargar un edificio de propiedad regional. El gobierno regional lo calificó como «expropiación» en términos del TBI entre Rusia y Lituania e inició el arbitraje ante la CCI. Este último tribunal arbitral se declaró sin jurisdicción. Sostuvo que si emitiera un juicio respecto de la legalidad de la ejecución del laudo en Lituania a la luz del TBI, eventualmente crearía un conflicto entre las obligaciones internacionales asumidas por los Estados parte en el marco del TBI versus aquellas que les incumben de acuerdo a la Convención de Nueva York.

Llama la atención el contraste metodológico entre las dos decisiones citadas. La primera, expresamente recurre a la Convención de Nueva York, cuya inobservancia se declara equivalente a la expropiación bajo el TBI. La segunda, muestra la preocupación de no poder determinar la relación de jerarquía entre los dos instrumentos internacionales y evita buscar una relación sistémica entre ambos, negando tener jurisdicción sobre el caso. El primer caso es un potente ejemplo del fraccionamiento jurisdiccional, mientras que el segundo parece tender a evitar esa situación. La pregunta acerca de cuál de estas dos posturas es la preferible, es compleja y requerirá de un análisis separado<sup>(50)</sup>. Dentro de los límites del

<sup>(48)</sup> *Ibidem*, párrafos 185-187.

<sup>(49)</sup> PETERSON, Luke. *IA Reporter*. Vol. 2. N° 5, 2009, <www.iareporter.com>. Consulta: 04 de febrero de 2010.

<sup>(50)</sup> MASCAREÑO, Aldo. «Regímenes jurídicos en la constitución de la sociedad mundial». En: *Política Criminal*. N° 4, 2007, pp. 1-39.

presente estudio, sólo cabe preguntar si ese escenario podría ser controlado a través de las estipulaciones de las partes.

El fraccionamiento jurisdiccional en este tipo de casos se produce a causa de hechos secuenciales en el tiempo. Se recurre al tribunal del tratado después del término del arbitraje comercial. La única forma de restringir aquel fraccionamiento, pareciera plasmarse en la renuncia de las partes a su derecho de invocar el TBI en el evento que la conducta del Estado receptor de inversión pudiera calificarse como un ilícito internacional. Una renuncia de esta índole tiene efectos jurídicos cuestionables<sup>(51)</sup>. El pacto se efectúa en el plano contractual, esto es, el del derecho nacional. Con ello parece dudoso que pudiera producir efectos con respecto a una obligación que el Estado receptor de la inversión asumió frente a su par (el Estado nacional del inversionista) a través del tratado internacional. Junto con lo anterior, es difícil imaginar una negociación del contrato en la cual una de las partes declara que no respetará el fallo arbitral a favor de la contraria y le sugiere renunciar a su derecho de exigir su cumplimiento de conformidad con un TBI. Finalmente, una restricción de esta naturaleza debilitaría la posición de la parte afectada y la congruencia de la protección que brinda el derecho internacional en materia de inversión extranjera. En otras palabras, el fraccionamiento jurisdiccional tiene que persistir.

#### 4. CONCLUSIÓN

La realidad del arbitraje internacional hoy día puede ser descrita como multifacética. Una disputa arbitral presenta conexiones con múltiples jurisdicciones nacionales y atraviesa también la frontera que separa el derecho nacional del internacional. De conformidad con lo anterior, el fraccionamiento jurisdiccional podría concebirse como un proceso de localización de distintos aspectos de arbitraje dentro de aquellas jurisdicciones nacionales e internacionales que guarden la relación más estrecha con cada uno de ellos. Este proceso fortalece el sistema de justicia arbitral, al ofrecer soluciones especializadas a los aspectos singulares de

---

<sup>(51)</sup> Véase SPIERMANN, Ole. «Individual Rights, State Interests and the Power to Waive ICSID Jurisdiction under Bilateral Investment Treaties». En: *Arbitration International*. Vol. 20. N° 2, 2004, pp. 179-211.

arbitraje. No obstante, correspondería sopesar ese efecto positivo con las cargas que el fraccionamiento impondría a las partes de la controversia.

El auge de la jurisprudencia arbitral permite advertir algunos de los escenarios probables a causa de esta situación. El texto propone que durante la etapa del diseño del contrato se realice una negociación informada acerca del impacto jurídico, temporal y financiero del eventual fraccionamiento jurisdiccional con la posibilidad de controlar sus efectos por la vía de las cláusulas específicas.

El proceso de fraccionamiento jurisdiccional se caracteriza por su naturaleza universal. Se puede cuestionar la viabilidad de la propuesta que sugiere tratar de controlar los procesos universales por el intermedio de pactos individuales. Sin embargo, uno de los principios fundamentales del arbitraje es el principio de la autonomía de la voluntad de las partes. En virtud de ese principio, deben tener derecho de gozar de las oportunidades que les ofrezca el fraccionamiento jurisdiccional en el arbitraje o de abstenerse de ello. ▲



 ANA MARÍA ARRARTE ARISNABARRETA (\*)

## Apuntes sobre la ejecución de laudos en el Decreto Legislativo N° 1071, nueva Ley de Arbitraje

*«El arbitraje no debe ser, pues, un modelo que opere a medias ni que ha de estar expuesto a la ortopedia que le suministran los magistrados. En lo suyo son jueces plenos, se les reconoce mayor libertad y espontaneidad aunque siempre subordinados a las exigencias –constitucionales– del proceso justo».*

Augusto M. Morello

---

**SUMARIO:** 1. Cuestiones previas. 2. Análisis de los aspectos principales de la ejecución de laudos arbitrales. 2.1. La jurisdicción arbitral y su limitación en la ejecución de laudos. 2.2. Actos de ejecución que pueden realizar los árbitros. 2.3. Ejecución judicial de laudos arbitrales. 2.4. Sobre el procedimiento de ejecución judicial del laudo. 2.5. Sobre la posibilidad de ejecutar laudos parciales. 3. Conclusiones.

### 1. CUESTIONES PREVIAS

El arbitraje, como medio alternativo de solución de conflictos, cuyo eje central es la voluntad de las partes de no recurrir al Estado y de someterse a este mecanismo privado, en el que tienen la libertad de elegir a la persona que resolverá su controversia, establecer el procedimiento

---

(\*) Socia del Estudio Echeopar Abogados. Profesora de Derecho Procesal en la Universidad de Lima, en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Procesal.

que consideren más adecuado, respetando preceptos mínimos que eviten situaciones de indefensión<sup>(1)</sup>, y limitando al máximo la intervención estatal.

Sin embargo, esta finalidad sólo se logrará en la medida que se cumplan tres objetivos: *i)* que el tiempo que dure el arbitraje sea corto, al punto que la solución a la que se arribe, sea eficiente; *ii)* que el costo del mismo sea accesible; y *iii)* que se satisfagan las expectativas de cumplimiento o ejecución del laudo<sup>(2)</sup>.

Para ello debemos tener en cuenta que si bien por un lado la sumisión al arbitraje implica contar con un procedimiento esencialmente dispositivo, en el que la flexibilidad y voluntad de las partes, prima; por otro, una vez emitida la decisión (o laudo), será necesario que se cuente con mecanismos que permitan su ejecución, cuando la parte obligada no esté de acuerdo con lo resuelto, y en consecuencia, no esté dispuesta a cumplirla espontáneamente. Es aquí cuando se vuelve necesaria la interacción con la actividad judicial.

---

(1) Fazzalari indica, refiriéndose a la naturaleza del arbitraje: «La disciplina de tales procesos impone opinar acerca de su naturaleza privada, distinta de aquella, pública, de los procesos jurisdiccionales.

En efecto. Tanto las partes como el árbitro están relacionadas por el vínculo contractual establecido en el compromiso arbitral (...) y desarrollan su papel en el plano privatístico (...). En particular, el árbitro no está por encima de los litigantes, como sucede en cambio, con el juez, en razón de la soberanía del Estado, de la cual él es un órgano: el árbitro ostenta, en el curso del arbitraje y al finalizarlo, unos deberes, pero se trata de deberes que se derivan no de una investidura del Estado, sino del contrato de «locatio operis» que lo vincula a las partes.

Correlativamente, la actividad procesal de las partes envuelve facultades, poderes y deberes, cuyo contenido puede incluso reproducir las posiciones de las partes en el proceso jurisdiccional, pero también se distinguen porque no están insertas en un proceso estatal y por no estar sujetas a los poderes coercitivos del juez». FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1989, p. 323 (Traducción libre).

(2) Como enseña Fazzalari: «el arbitraje como proceso de naturaleza privatística, procura obviamente menos control y revisión judicial». FAZZALARI, Elio. *L'arbitrato*. Torino: UTET, 1997, p. 15.

En efecto, si bien nuestra Constitución Política, en su artículo 139, ha optado por recoger la tesis del carácter jurisdiccional del arbitraje<sup>(3)</sup>, contradictoriamente le ha privado de uno de sus atributos esenciales: su carácter coercitivo –potestad de hacer cumplir sus decisiones, aún haciendo uso de la fuerza–, determinando que para la ejecución forzada del mandato arbitral, se deberá recurrir al Poder Judicial<sup>(4)</sup> (5).

Advertida la necesidad de interacción entre la función arbitral y la judicial, podemos sostener –siguiendo a Chocrón Giráldez<sup>(6)</sup>– que, en la gama de formas de intervención jurisdiccional (entiéndase, judicial), resulta trascendente aquella de naturaleza complementaria, en la que la obtención de un resultado requiere, necesariamente, tanto de la intervención arbitral como de la judicial.

Así, en tales casos, es necesario primero que el tribunal arbitral haya dictado la decisión, para luego solicitar su ejecución forzada con el

<sup>(3)</sup> «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 (...)* (Subrayado agregado).

<sup>(4)</sup> Prieto, señala: «¿Qué conviene más a aquellos que se benefician del apogeo del arbitraje, un arbitraje “contractual/civil” o un arbitraje “jurisdiccional/procesal”? (...) un arbitraje lo más contractual civil posible (esto es, lo más informal y dispositivo posible) por lo que respecta al convenio arbitral, la designación de los árbitros y el procedimiento arbitral en general; y lo más jurisdiccional/procesal posible en materia de ejecutoriedad y eficacia de cosa juzgada del laudo arbitral, pero sin un sistema de recursos contra éste, propio de una sentencia judicial». PRIETO, J. *Notas sobre la nueva Ley de Arbitraje*. Tomo I. Madrid: La Ley, 1989, p. 131.

<sup>(5)</sup> Amaral Santos indica: «La jurisdicción comprende tres poderes: el de decisión, el de coerción y el de documentación (...).

El poder de coerción se manifiesta flagrantemente en el proceso de ejecución, cuando se trata de compeler al vencido al cumplimiento de la decisión. Asimismo la ejerce el juez en los procesos de conocimiento y cautelares, como cuando ordena a las partes prestar testimonio, determina la exhibición de documentos, conmina o aplica sanciones». AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Directo Processual Civil*. Vol. I. 2da. edición. Sao Paulo: Saraiva, 1999, p. 71 (Traducción libre).

<sup>(6)</sup> CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. *Los Principios Procesales en el Arbitraje*. Barcelona: Bosch, 1998, p. 197.

auxilio del Poder Judicial; evidentemente, ante la negativa de la parte obligada a darle cumplimiento.

Ahora bien, en lo que respecta a nuestra legislación, tenemos que desde setiembre de 2008 entró en vigencia el Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje (en adelante, LA), cuyo rasgo esencial es deslindar la actividad arbitral, evitando en la mayor medida posible, la intervención judicial, bajo la lógica de evitar situaciones de interferencia que lamentablemente se dieron con frecuencia mientras estuvo vigente la legislación anterior.

En materia de ejecución de laudos arbitrales, por ejemplo, son dos los rasgos principales que van a marcar la pauta de cómo deben interpretarse las normas contenidas en la LA:

- A diferencia de lo que ocurría bajo la vigencia de la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje, actualmente derogada (en adelante, LGA), la nueva legislación establece claramente que los árbitros pueden estar facultados para ejecutar sus laudos, en la medida que medie un acuerdo de las partes en ese sentido, y evidentemente, en tanto no sea necesario el uso de la fuerza pública<sup>(7)</sup>.
- La regla respecto de la intervención válida del Poder Judicial en materia arbitral –como es el caso de la ejecución de laudos– es el carácter residual, esto es, el Poder Judicial sólo podrá realizar aquellos actos que expresamente autorice la Ley de Arbitraje<sup>(8)</sup>.

---

<sup>(7)</sup> «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 numeral 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 actuados correspondientes para que recurra a la autoridad judicial competente a efectos de la ejecución.»

<sup>(8)</sup> «Artículo 3.- 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.

(...)

A continuación desarrollaremos los aspectos que estimamos más relevantes en materia de ejecución de laudos arbitrales.

## 2. ANÁLISIS DE LOS ASPECTOS PRINCIPALES DE LA EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES

### 2.1. La jurisdicción arbitral y su limitación en la ejecución de laudos

Acercas del momento en que cesa la jurisdicción de los árbitros, a diferencia de la LGA –que no regulaba este tema–, la LA es clara al señalar en el artículo 60<sup>o</sup>(9) que las funciones del tribunal arbitral cesan al resolver definitivamente la controversia, esto es, al emitirse el laudo, así como las resoluciones que lo rectifican, interpretan, integran o excluyen, de ser necesarias(10).

Por lo indicado, podemos afirmar que, en principio, los árbitros no tendrían potestad para ejecutar el laudo que total o parcialmente pone fin a la controversia.

El sustento de esta posición se encuentra en la exclusividad que el Estado se ha reservado en el ejercicio de las facultades de *imperium*,

(9) «Artículo 60.- 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, integraciones y exclusiones del laudo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 67».

(10) Nuestra legislación recoge una posición clara de la doctrina, en este sentido. Así, refiriéndose a la conclusión de la función arbitral, Fazzalari indica: «A su vez, el árbitro ritual (refiriéndose a lo que en nuestro sistema sería el equivalente a un árbitro de derecho), agota su propia labor mediante el acto de disposición plasmado en su propio juicio, pero emitido gracias al poder que las partes le han conferido» (Traducción libre). FAZZALARI, Elio. *Instituzioni Di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1989, p. 324.

De igual manera, Caivano –comentando el artículo 53 de la Ley General de Arbitraje peruana, actualmente derogada– señala: «Si bien en principio con el dictado del laudo se agota la jurisdicción de los árbitros, existen ciertas actuaciones seguidas por éstos con posterioridad. Por lo pronto, deberán notificarlo a las partes, para lo cual se establece un plazo de 5 días de haber sido emitido». CAIVANO, Roque. *Negociación, Conciliación y Arbitraje*. Lima: APENAC, 1998, p. 298.

inherentes a la función jurisdiccional; encontrándose vedado el uso de la fuerza por los particulares, entre ellos, los árbitros.

Al respecto, Lohmann sostiene: «(...) Tanto por la naturaleza del arbitraje como por el alcance de la misión que las partes encomiendan a los árbitros, éstos no gozan ni del poder real ni del poder jurídico para imponer con carácter forzoso la ejecución de su decisión como sentencia. La misión de ellos termina al pronunciar y notificar el laudo, salvo las aclaraciones que las partes puedan pedirles<sup>(11)</sup>».

En esta misma línea, Cremades refiriéndose a la potestad de ejecución de los árbitros afirma que «es una actividad inexpropiable de la autoridad judicial, precisamente porque los árbitros llegan hasta donde alcanza la voluntad de las partes: más allá escapa a su competencia y solo el juez puede forzar a alguien, si fuera necesario en forma coactiva, a cumplir lo establecido en la sentencia<sup>(12)</sup>».

Sin embargo, y a propósito de la cita de Cremades, estimamos importante rescatar lo siguiente: *los árbitros llegan hasta donde alcanza la voluntad de las partes: más allá escapa a su competencia*. En consecuencia, nada obsta a que las partes atribuyan a los árbitros facultades de ejecución, siempre que éstas no sean contrarias a la Ley, es decir, no impliquen el uso de la fuerza pública.

Esta es precisamente la posición adoptada tanto por nuestro ordenamiento arbitral derogado, concretamente en el artículo 83 de la LGA<sup>(13)</sup>, como por la nueva legislación, en el artículo 67 de la

(11) LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El Arbitraje*. Volumen V. 4ta. edición. Lima: Biblioteca Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, p. 167.

(12) CREMADES, Bernardo. *Estudios sobre arbitraje*. Madrid: Pons, 1977, p. 196.

(13) «Artículo 84.- El laudo arbitral consentido o ejecutoriado tiene valor equivalente al de una sentencia y es eficaz y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes. Si lo ordenado en el laudo no se cumple por la parte o partes a quienes corresponda hacerlo, el interesado podrá solicitar su ejecución forzosa ante el Juez Especializado en lo Civil del lugar de la sede del arbitraje que corresponda en la fecha de la solicitud, cuando no hubiera podido ser ejecutado por los propios árbitros o por la institución organizadora en rebeldía del obligado, con las facultades que aquéllos o a ésta se les hubiesen otorgado en el convenio.» (Subrayado agregado).

LA<sup>(14)</sup>, que han reconocido que si bien los árbitros carecen de soberanía para realizar actos de *imperium*, ello no obsta a que puedan realizar actos destinados a lograr el cumplimiento de los mandatos contenidos en su laudo, siempre que esta potestad de ejecución haya sido conferida por las partes, y se encuentre dentro de los márgenes que autoriza la ley.

Así, atendiendo a que la competencia arbitral proviene de la voluntad de las partes, las potestades del tribunal arbitral serán precisamente aquellas atribuidas por las primeras en el respectivo convenio arbitral o en el procedimiento al que se sometieron para la tramitación del arbitraje, el cual puede estar contenido en el Convenio Arbitral, en el Acta de Instalación, o en el Reglamento de la institución que administra el proceso, si así las partes lo han acordado.

Ahora bien, una posición con la cual discrepamos, es lo dispuesto en el artículo 67 de la LA, al exceptuar de la potestad de los árbitros, incluso el «dictar» mandatos que impliquen el uso de la fuerza pública, y haber establecido que en el supuesto que ésta sea necesaria, el tribunal arbitral «cesará en sus funciones sin responsabilidad»<sup>(15)</sup>.

En efecto, estimamos que el hecho que los árbitros no puedan realizar directamente actos que impliquen el uso de la fuerza para el cumplimiento del laudo, no obsta a que puedan ordenar las medidas de

(14) «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 numeral 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 actuados correspondientes para que recurra a la autoridad judicial competente a efectos de la ejecución».

(15) «Artículo 67.- Ejecución arbitral

(...)

2. Se exceptúa de lo dispuesto en el numeral 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 esta, copia de los actuados correspondientes para que recurra a la autoridad judicial competente a efectos de la ejecución».

ejecución que correspondan, oficiando al Poder Judicial para que las haga efectivas, precisamente en el ejercicio del *imperium* que le está reservado con carácter exclusivo. Es más, no encontramos ninguna razón válida que impida que la ejecución pueda llevarse a cabo de acuerdo a estos términos.

Por lo indicado, compartimos la opinión de Caivano, de quien refiriéndose a los actos que requieren el ejercicio de la fuerza para lograr su cumplimiento debido a la reticencia de las partes, señala: «Entendemos que debe tener igual tratamiento al de un oficio proveniente de un juez ordinario de otra jurisdicción. (...) Si bien las razones por las cuales ambos carecen de *imperium* son diferentes (el juez porque su jurisdicción está limitada a un territorio diferente; el árbitro porque la suya está privada de este atributo), la situación resulta desde todo punto de vista, equiparable, ya que las normas generales prevén el auxilio de los jueces que gozan de *imperium* para suplir esta carencia<sup>(16)</sup>».

En estricto, no estimamos que exista una razón que justifique que en nuestro sistema arbitral los árbitros puedan dictar mandatos que impliquen el uso de la fuerza para dar cumplimiento a las decisiones que emitan durante el proceso arbitral –como es el caso de la asistencia judicial para la actuación de medios de prueba<sup>(17)</sup> o la ejecución de medidas cautelares<sup>(18)</sup>– y no respecto del laudo mismo.

Más aún, en nuestra opinión, si las partes han atribuido al tribunal arbitral la potestad de ejecución, lo que corresponde es que continúe

(16) CAIVANO, Roque. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000, p. 231.

(17) «Artículo 45.- Colaboración judicial.

(...)

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 alguna contra la resolución que a dichos efectos dicte».

(18) «Artículo 48°.- Ejecución de medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral.

(...)

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, 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».

teniendo el control respecto del cumplimiento de una decisión que él mismo dictó y que obedece a hechos que conoce perfectamente, estando además en aptitud de disponer las medidas que sean necesarias para lograr su ejecución, sin que para ello se requiera del inicio de un proceso judicial.

No parece razonable ni jurídicamente sustentable que, pese a que expresamente las partes atribuyeron al tribunal arbitral la potestad de ejecución, éste, «a su sola discreción» pueda dejar de ser competente si considera necesario dictar una medida que implique un pedido de asistencia judicial para el uso de la fuerza pública.

## 2.2. Actos de ejecución que pueden realizar los árbitros

Los actos de ejecución que puede realizar el tribunal arbitral, en la medida que no implican el uso de la fuerza, pueden ser clasificados en dos (02) grandes rubros:

- Mandatos cuya ejecución alcanza únicamente a las partes que celebraron el convenio arbitral y otorgaron esta potestad al tribunal, bastando para ello la notificación a la parte obligada.
- Mandatos cuya ejecución involucra a terceros que no se sometieron a la autoridad arbitral.

En el primer supuesto (mandatos cuya ejecución se limita a la notificación a la parte obligada), queda claro que no existiría impedimento alguno para que estas decisiones puedan ser ejecutadas por los árbitros.

Por ejemplo, la orden de no ejecución o de constitución de una carta fianza destinada a garantizar la ejecución de un contrato.

En el segundo supuesto (mandatos cuya ejecución involucra la actividad de terceros), la conclusión es menos obvia, pues estamos frente a sujetos que no se sometieron a la jurisdicción arbitral, pese a lo cual reciben un mandato del tribunal arbitral.

En nuestra opinión, los árbitros sí están en aptitud de dirigir mandatos hacia terceros, los mismos que deben proceder a su cumplimiento.

Así por ejemplo, la inscripción de una transferencia de propiedad en Registros Públicos, no debe requerir de la expedición de partes judi-

ciales, siendo suficiente que éstos sean expedidos por el propio tribunal arbitral que dictó el laudo, pues el mandato dirigido a la autoridad registral, proviene de un órgano con competencia legalmente establecida para ello, más aún si la propia Constitución ha atribuido al arbitraje la calidad de «jurisdicción».

Lo mismo ocurriría con la ejecución de mandatos de retención por las instituciones bancarias y financieras, quienes deben retener y posteriormente entregar los fondos del obligado a dar cumplimiento al laudo arbitral que lo condena.

Ahora bien, lo que sí es evidente es que si estos terceros se niegan a dar cumplimiento al mandato arbitral, los árbitros no están en aptitud de aplicarles medidas coercitivas. En este supuesto, será necesario recurrir a la vía judicial, para que actuando en su rol complementario, haga uso del *imperium* y determine la ejecución forzada del mandato arbitral.

Precisamente para evitar situaciones como la descrita, en las que la inejecución de un mandato arbitral podría no tener ninguna consecuencia, lo que determina su total ineficacia –salvo que se recurra al Poder Judicial, claro está– la LA ha previsto en su Segunda Disposición Complementaria, la existencia de «Convenios de Ejecución», que son aquellos que *«las instituciones arbitrales podrán celebrar (...) con instituciones públicas o privadas a efectos de facilitar la ejecución de medidas cautelares o laudos a cargo de tribunales arbitrales»*.

Hasta la fecha no tenemos conocimiento de la celebración de algún «Convenio de Ejecución»; sin embargo, es evidente que el éxito de la ejecución arbitral de los laudos, y con ello de la institución del arbitraje en sí misma, depende en gran medida de que instituciones no vinculadas directamente por un acuerdo entre las partes, como es el caso de las bancos y financieras, Registros Públicos, CONASEV, etc., ejecuten como obligatorias, las decisiones arbitrales, sin necesidad de recibir para ello un mandato judicial que las obligue.

### **2.3. Ejecución judicial de laudos arbitrales**

Inicialmente, es de señalar que nuestra legislación arbitral vigente, si bien no equipara el laudo con una sentencia judicial, denominándole

título ejecutivo –a diferencia de lo que establecía la LGA<sup>(19)</sup>–, le atribuye la misma eficacia jurídica y práctica, al establecer en el artículo 59 de la LA que todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes, atribuyéndole el carácter inmutable y coercitivo propio de la autoridad de cosa juzgada.

Sin embargo, una modificación realmente importante incorporada por la LA, es que para la ejecución del laudo, no requiere que éste tenga la calidad de firme, esto es, que haya transcurrido el plazo para su impugnación –arbitral o judicial–<sup>(20)</sup>, sin que la parte perjudicada haya interpuesto contra él, recurso de anulación, o cuando habiéndolo hecho, el Poder Judicial haya desestimado la pretensión impugnatoria, confirmando la validez del laudo<sup>(21)</sup>.

Así, la calidad de «definitivo» y ejecutable que la LA atribuye al laudo una vez notificado, no implica que esta decisión sea también firme, pues la misma norma –aún cuando de manera excepcional– permite su impugnación paralela a través del recurso de anulación ante el Poder Judicial<sup>(22)</sup>.

(19) En efecto, la LGA establecía en su artículo 83 que el laudo arbitral «tiene valor equivalente al de una sentencia y es eficaz y de obligatorio cumplimiento (...)».

(20) Recordemos que la LGA derogada, preveía la posibilidad de que un laudo sea impugnado vía recurso de apelación, que podía tramitarse ante una segunda instancia arbitral o judicial, o vía recurso de anulación, que sólo cabía interponerse ante el Poder Judicial.

(21) Al respecto estimamos pertinente citar la opinión de Álvarez Rodríguez recogida por CANTUARIAS SALAVERRY, en los siguientes términos: «(...) la eficacia del laudo está subordinada a que este pueda considerarse como firme. La firmeza del mismo se produce bien porque contra el mismo no se ha interpuesto el recurso de anulación, o bien porque interpuesto el mencionado recurso este haya sido desestimado. El efecto que produce, como hemos apuntado, es de cosa juzgada, la cual debe ser contemplada en una doble vertiente: como cosa juzgada formal, suponiendo que no se es susceptible de ser atacada; y como cosa juzgada material, que impide que se abra un nuevo proceso sobre lo que ya ha sido juzgado por el árbitro/s con tal que exista identidad de sujetos, objeto y actividad arbitral concluida». Álvarez Rodríguez, Aurelia. «Formación, contenido y efectos del laudo arbitral en la Ley Española de Arbitraje». En: *Revista de la Corte Española de Arbitraje*. Vol. V. Madrid: Civitas, 1998-1989, citada por CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*. Lima: UPC, 2007, p. 410.

(22) «Artículo 62.- 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 63.*

En efecto, como sabemos, si bien la decisión arbitral sobre el fondo de la controversia, no podrá ser materia de revisión por el Poder Judicial, sí podrá serlo la validez misma del laudo, para lo cual se verificarán aspectos formales pero esenciales como: *i*) Si existe un convenio arbitral por el cual las partes atribuyeron a los árbitros «jurisdicción» para resolver su caso concreto; *ii*) si el ordenamiento jurídico permite someter a arbitraje la materia objeto del convenio; *iii*) si el tribunal arbitral ha sido conformado de la forma acordada por las partes; *iv*) si las partes han podido hacer valer sus derechos en el arbitraje; y *v*) si los árbitros han resuelto dentro del plazo acordado por las partes, esto es, dentro del plazo en el que éstas les atribuyeron «jurisdicción» para decidir su controversia.

En consecuencia, podría ocurrir perfectamente que un laudo se ejecute, pese a no ser firme, pero que luego sea anulado como consecuencia de la decisión judicial recaída en el recurso de anulación interpuesto por la parte desfavorecida, lo cual sería sumamente grave, y en muchos casos, generaría situaciones de muy difícil reversión.

Entendemos que esta es una opción legislativa riesgosa pero conscientemente adoptada, en base a una evaluación de «costo-beneficio». En efecto, si bien el peligro antes mencionado existe, los casos de laudos anulados judicialmente son excepcionales, por lo que esta posibilidad real, se reduce al mínimo, frente a la ventaja que tiene la ejecución inmediata, ante la posibilidad de que la interposición del recurso de anulación, sólo tenga como propósito evitar que el laudo pueda ser ejecutado.

Ahora bien, la única manera de suspender la ejecución, es que ello sea ordenado por el Poder Judicial, para lo cual será imprescindible que quien lo solicita otorgue una «garantía de cumplimiento»<sup>(23)</sup> equivalente al monto ordenado en el laudo –de contener un mandato de condena– o

---

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».*

(23) La garantía de cumplimiento se encuentra regulada en el artículo 66 de la LA, como único mecanismo contemplado para suspender la obligación de cumplimiento del laudo y su ejecución arbitral o judicial.

a aquél determinado por el tribunal arbitral o por la Corte Superior, para estos efectos.

Cabe citar aquí la parte pertinente de la Exposición de Motivos del Proyecto Modificadorio de la LGA, elaborado por la Comisión Técnica creada por Resolución Ministerial N° 027-2006-JUS de fecha 25 de enero de 2006, que en gran parte dio lugar a la LA vigente.

Así, entre una de las reformas urgentes propuestas por la Comisión se señala:

*«f. Establecer una mejor regulación de la ejecución de laudo y, en particular, de la posibilidad de suspender los efectos, para lo cual deberá por regla general garantizarse el cumplimiento de lo ordenado como requisito previo para solicitar su anulación».*

Por otro lado, refiriéndose a esta propuesta, precisa:

*«Se pretende de esta manera desincentivar la interposición maliciosa de los recursos de anulación. El laudo es vinculante y ejecutable aún cuando se encuentre pendiente el recurso de anulación. Sólo podrá suspenderse su ejecución ofreciendo la garantía de cumplimiento respectiva»<sup>(24)</sup>.*

<sup>(24)</sup> Sin duda, la Comisión Técnica recogió la posición ya expresada con anterioridad por CANTUARIAS SALAVERRY, quien refiriéndose a este tema señaló: «Nos enfrentamos pues a una situación en la que el vencedor en un arbitraje tiene que esperar no menos de seis meses para que, recién después de que el Poder Judicial confirme la validez del laudo arbitral, pueda proceder a su ejecución.

Al mismo tiempo, todos sabemos que la gran mayoría de veces los recursos de anulación son planteados sin que exista una causal de anulación válida y con el único objetivo de demorar, indebidamente, la ejecución de los laudos arbitrales. En efecto, si bien no existen estadísticas oficiales, se conoce que el Poder Judicial peruano solo en contadas oportunidades ha anulado laudos arbitrales. Esto se debe, entre otros, a la correcta actitud que viene mostrando la gran mayoría de magistrados frente al arbitraje y, además, al limitado número de las causas de anulación.

Ante esta situación, consideramos que de manera urgente debe reformarse la LGA, con la finalidad de que la interposición y pendencia del recurso de anulación, no suspenda la ejecución de un laudo arbitral, salvo que la Corte que conoce de esa causa dicte

Habiendo definido que el laudo arbitral es ejecutable, aún cuando esté siendo materia de impugnación en la vía judicial –salvo que los efectos de la decisión cuestionada hayan sido suspendidos–, es de precisar cuál es el rol que debe cumplir el juez encargado de la ejecución.

Al respecto, debemos señalar que la función del Poder Judicial en este caso, no es la de emitir una sentencia, ni la de revisar la actividad realizada en el proceso arbitral, se trata simplemente de cumplir un rol complementario, que consiste en proveer al laudo de la fuerza coercitiva de la que carece, en tanto, como hemos señalado reiteradamente, ésta ha sido reservada al Estado<sup>(25)</sup>.

El propósito de la intervención judicial será contribuir a que el mandato arbitral logre su eficacia a través de la satisfacción práctica de los derechos en discusión, ante la resistencia de la parte obligada a cumplirlo, más no generar certeza alguna respecto de lo decidido, pues ésta ya fue conferida por el laudo.

Así, el juez no se encuentra en aptitud de realizar un análisis respecto de la decisión materia de ejecución, por lo que carece de competencia para pronunciarse sobre su justicia, razonabilidad o legalidad, y con mayor razón está impedido de modificarla, aclararla o analizar los hechos o los medios de prueba ofrecidos para demostrar la certeza de las afirmaciones que sirvieron de sustento para la emisión del laudo<sup>(26)</sup>.

Los únicos aspectos que el Órgano Jurisdiccional (entiéndase, el Poder Judicial) podrá verificar una vez presentada la solicitud de ejecución del laudo arbitral, será: *i*) Que se adjunte copia completa del laudo

---

una medida cautelar expresa de suspensión de la ejecución, en cuyo caso se deberá ordenar, necesariamente el otorgamiento de las garantías respectivas».

CANTUARIAS SALAVERRY, *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*. *Op. cit.*, p. 418.

(25) Ver CAIVANO, Roque. *Arbitraje*. *Op. cit.*, p. 241.

(26) «Aquél que voluntariamente aceptó ser juzgado por éstos no puede luego desconocer la fuerza vinculante del pronunciamiento dictado por las personas a quienes encomendó esa función, ni volver a proponerlas ante ningún otro tribunal judicial ni arbitral. Pero tal limitación también alcanza a los jueces ya que más allá de la competencia que pueda surgir a favor de ellos a través de los recursos que el convenio arbitral o la ley de arbitraje autoricen, carecen de potestad para revisar el contenido del laudo consentido».

CAIVANO, Roque. *Negociación, Conciliación y Arbitraje (...)*, pp. 298-299.

arbitral y de las resoluciones que lo rectifican, interpretan, integran y/o excluyen, de ser el caso, en tanto constituyen el título ejecutivo; *ii*) que, en los casos en que las partes hayan conferido a los árbitros potestad de ejecución, el tribunal arbitral haya emitido la resolución por la cual determine que es necesaria la asistencia de la fuerza pública; *iii*) que la obligación sea exigible de acuerdo a los términos del propio laudo; *iv*) que el ejecutado no haya cumplido con el pago; y *v*) que los efectos del laudo no se encuentren suspendidos. Cabe indicar que, si bien la norma no lo indica de manera expresa, es claro que la ejecución de laudo debe ser suspendida en cualquier momento, si se acredita la declaración de suspensión de los efectos del laudo, emitida por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación.

Ahora bien, un aspecto que genera discusión –ciertamente en doctrina, pues en la práctica hasta el momento no se conoce de ningún caso al respecto– es si el juez se encuentra en aptitud de rechazar la ejecución debido a que lo resuelto no era arbitrable de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, o lo decidido es contrario al orden público.

Al respecto CAIVANO, refiriéndose a la necesidad de limitar al máximo la intervención judicial en lo que respecta a la ejecución del laudo arbitral, señala: «*Esta premisa debe ser comprendida por el tribunal judicial a fin de evitar que se desvirtúe el sentido y la razón de su intervención. La única excepción admisible a esta regla deberá ser el supuesto en que el juez advierta que la medida decretada por los árbitros atenta de manera ostensible contra una norma de orden público*<sup>(27)</sup>».

Por otro lado, CHOCRÓN GIRÁLDEZ, comentando el artículo 55 de la Ley de Arbitraje española, sostiene: «*En consecuencia, puede concluirse que el control de oficio por el juez respecto del fondo, se reduce al caso en que no se hubiera interpuesto recurso de anulación contra el laudo y, en ese caso, sólo se ciñe a los casos de haber resuelto en el arbitraje un objeto que no podía serlo y a los casos en que el laudo fuera contrario al orden público*<sup>(28)</sup>».

Sobre el particular es de indicar que la LA no ha previsto este tema, sin embargo, consideramos que la posición del legislador nacional puede

<sup>(27)</sup> *Ibidem*, p. 241.

<sup>(28)</sup> CHOCRÓN GIRÁLDEZ, *Los Principios Procesales en el Arbitraje*, *Op. cit.*, p. 207.

desprenderse de una interpretación de los principios que fija la Ley respecto de la intervención judicial.

Así, el inciso 1 del artículo 3 establece: «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». En consecuencia, del texto de la norma se desprende que, en lo que respecta a la actividad judicial vinculada a un proceso arbitral, nuestros jueces solo podrán realizar aquello que se encuentre autorizado por la LA.

En esta línea tenemos que la LA ha autorizado el control judicial de oficio de la validez del laudo, cuando la materia no es arbitrable o afecta el orden público, pero únicamente en un caso concreto: en la revisión posterior que puede realizar el Poder Judicial al resolver el recurso de anulación.

Específicamente, los incisos 3 y 6 del artículo 63 de la LA, determinan que estos aspectos pueden ser invocados por el juez –en este caso, por la Corte Superior– para declarar inválido el laudo, aún cuando la parte impugnante no los haya propuesto como causal de anulación.

En consecuencia, el juez sólo podrá actuar de oficio en el supuesto mencionado, más no está autorizado a rechazar la ejecución del laudo invocando la afectación al orden público o el carácter no arbitrable de la materia resuelta.

#### **2.4. Sobre el procedimiento de ejecución judicial del laudo**

Veamos ahora aspectos puntuales del procedimiento aplicable a la ejecución del laudo arbitral por parte del Órgano Jurisdiccional.

Un primer punto, es dejar claro que nuestros jueces deberán aplicar la LA, en todos los casos en los que las disposiciones previstas en el Código Procesal Civil (en adelante, CPC) para el proceso de ejecución (nos referimos al Proceso Único de Ejecución), sean incompatibles con lo regulado en el ordenamiento arbitral.

Así, la Décima Disposición Complementaria de la LA ha previsto expresamente que, en caso de conflictos normativos –esto es, cuando la misma materia está regulada de manera distinta e incompatible en dos ordenamientos–, sus disposiciones priman sobre aquellas contenidas en el CPC.

Por lo indicado, los jueces deberán aplicar el procedimiento previsto para la ejecución de laudos en el artículo 68 de la LA<sup>(29)</sup>, y sólo en aquello no regulado, podrán aplicar los aspectos del procedimiento de ejecución contemplados en el CPC; sin embargo, si alguna disposición de este cuerpo legal, contraría la normatividad arbitral, no podrá ser aplicada.

Veamos entonces, cómo se encuentra regulado el procedimiento de ejecución judicial de los laudos en la LA, advirtiendo las modificaciones incorporadas, así como las particularidades propias, en relación a lo previsto en el Proceso Único de Ejecución regulado en el CPC.

**Título ejecutivo:** La LA establece que una vez notificado el laudo, y de ser el caso, las resoluciones que lo interpretan, rectifican, integran o excluyen, es ejecutable, con lo cual prevé la ejecución del laudo arbitral, aún cuando no sea firme, pues –como sabemos– existe la posibilidad de solicitar su revisión en la vía judicial, a través del recurso de anulación.

Como mencionamos previamente, en este tema, se presenta una diferencia importante en relación a lo que se encontraba previsto en la LGA. Dicha norma disponía que la sola interposición del recurso de anulación, suspendía la ejecución del laudo, por lo que éste sólo tenía la calidad de título ejecutivo, cuando había adquirido la calidad de firme, sea por consentido o ejecutoriado.

(29) «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, integridades y exclusiones y, en su caso, de las actuaciones de ejecución efectuadas por el tribunal arbitral.
2. La autoridad judicial, por el solo mérito de los documentos referidos en el numeral anterior, dictará mandato de ejecución para que la parte ejecutada cumpla con su obligación dentro de un plazo de cinco (05) días siguientes, 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».

Ahora bien, el CPC (artículo 688) ha regulado el denominado Proceso Único de Ejecución, el cual se inicia en mérito de determinados instrumentos a los que les ha atribuido la calidad de título ejecutivo, entre ellos tenemos los «laudos judiciales firmes»<sup>(30)</sup>.

Sin embargo, debemos tener en cuenta que la LA entró en vigencia con posterioridad al D. Leg. N° 1069, norma que modificó el CPC en materia comercial, ello implicaría –en nuestra opinión– que esta disposición, en el extremo que establece que los laudos que constituyen títulos ejecutivos son aquellos que tienen la calidad de «firmes», habría sido modificada por la norma posterior y especial en materia arbitral, en tanto contiene una regulación incompatible, y en ese supuesto, las disposiciones procesales de la LA, priman sobre cualquier otro ordenamiento.

**Competencia:** El inciso 3 del artículo 8 de la LA ha dispuesto que la competencia por la materia corresponderá al juez especializado en lo comercial o en su defecto –de no haberlo– al juez civil, y en función al territorio, será competente el juez del lugar del arbitraje (sede del tribunal) o el del lugar donde el laudo debe producir su eficacia.

Cabe señalar que con la legislación anterior, la competencia para conocer este tipo de procesos era la del juez comercial, pero sólo del lugar de la sede del arbitraje.

El CPC (artículo 690-B<sup>(31)</sup>) señala, en cambio, que son los jueces especializados en lo civil, o los jueces de paz letrados –dependiendo de la

<sup>(30)</sup> «Artículo 688.- *Títulos ejecutivos*

*Sólo se puede promover ejecución en virtud de títulos ejecutivos de naturaleza judicial o extrajudicial, según sea el caso. Son título ejecutivos los siguientes:*

1. *Las resoluciones judiciales firmes;*
2. *Los laudos arbitrales firmes;*
3. *Las Actas de Conciliación de acuerdo a ley;*

*(...).*».

<sup>(31)</sup> «Artículo 690-B.- *Competencia*

*Es competente para conocer los procesos con título ejecutivo de naturaleza extrajudicial el Juez Civil y el de Paz Letrado. El Juez de Paz Letrado se competente cuando la cuantía de la pretensión no sea mayor de cien Unidades de Referencia Procesal. Las pretensiones que superen dicho monto son de competencia del Juez Civil.*

*(...).*».

cuantía de lo pretendido— los competentes para conocer del Proceso Único de Ejecución, por lo que nos encontramos frente a una disposición procesal que resulta inaplicable para efectos de la ejecución judicial de un laudo arbitral.

**Contradictorio:** La LA ha establecido en su artículo 68 que el derecho de contradicción al mandato de ejecución (al que denomina oposición) sólo podrá ejercerse en la medida que se invoque: i) El cumplimiento de lo ordenado en el laudo; o ii) haberse interpuesto recurso de anulación de laudo ante el Poder Judicial, otorgándose la «garantía de cumplimiento» que permite suspender sus efectos, hasta que el laudo quede firme.

En definitiva, esta regulación es bastante más precisa que aquella contenida en la LGA, que establecía que se podían admitir oposiciones basadas en la interposición de los recursos de apelación o de anulación ante el Poder Judicial —en cuyo caso se suspendía la ejecución—, o en «razones de cumplimiento», con lo cual el margen de las oposiciones era sumamente amplio<sup>(32)</sup>, entorpeciendo con ello el sentido de este proceso.

Por otro lado, el CPC (artículo 690-D<sup>(33)</sup>) dispone que, la contradicción para títulos ejecutivos distintos a los judiciales, podrá fundarse en:

<sup>(32)</sup> «Artículo 84.- El laudo se ejecutará como una sentencia, sin admitir otra oposición que la que se fundamenta acreditando documentalmente la interposición y pendency de la apelación ante una segunda instancia arbitral o de la apelación o anulación ante el Poder Judicial, en cuyo caso el Juez suspenderá la ejecución. El juez, bajo responsabilidad, sin trámite alguno, declarará improcedente de plano cualquier oposición, basada en razones distintas al cumplimiento».

<sup>(33)</sup> «Artículo 690-D.- Contradicción  
Dentro de cinco días de notificado el mandato ejecutivo, el ejecutado puede contradecir la ejecución y proponer excepciones procesales o defensas previas.  
En el mismo escrito se presentarán los medios probatorios pertinentes; de lo contrario, el pedido será declarado inadmisibile. Sólo son admisibles la declaración de parte, los documentos y la pericia.

La contradicción sólo podrá fundarse según la naturaleza del título en:

1. Inexigibilidad o iliquidez de la obligación contenida en el título;
2. Nulidad formal o falsedad del título; (...)
3. La extinción de la obligación exigida.

Cuando el mandato se sustente en título ejecutivo de naturaleza judicial, sólo podrá formularse contradicción, dentro del tercer día, si se alega el cumplimiento de lo ordenado o la extinción de la obligación, que se acredite con prueba instrumental,

i) Inexigibilidad o iliquidez de la obligación contenida en el título; ii) nulidad formal o falsead del título; y iii) extinción de la obligación exigida.

Como podemos advertir, la segunda causal de contradicción no es aplicable a los procesos de ejecución de laudo, pues para ello se ha previsto la revisión judicial a través del recurso de anulación.

**Impugnación:** El inciso 3 del artículo 86 de la LA, establece que la decisión que declara infundada una oposición al mandato de ejecución de laudo, y que en consecuencia, manda continuar con su ejecución forzada, no es impugnabile, habiéndose prohibido al juez toda posibilidad de conceder algún tipo de recurso que pueda dilatar o entorpecer la ejecución.

Sólo cabe impugnación –vía apelación– cuando se declare fundada la oposición, esto es, cuando la decisión judicial es por no continuar con la ejecución, sea porque la obligación contenida en el laudo ha sido cumplida, o porque se ha demostrado la interposición de recurso de anulación contra el laudo, habiéndose además suspendido su eficacia con la garantía de cumplimiento correspondiente.

En este punto, la LA ha incorporado cambios trascendentes respecto de lo que contemplaba la LGA. En efecto, la norma derogada, en el ánimo de garantizar la eficacia y celeridad en la ejecución, disponía en su artículo 86<sup>(34)</sup> que todos los autos expedidos en el proceso de ejecución, no era susceptibles de impugnación alguna.

De este modo, la norma era tan clara como absurda, pues en los casos en los que no se amparaba la contradicción, con lo cual no había lugar a la ejecución del laudo, tampoco se podía impugnar, lo que nos llevaba al despropósito de encontrarnos frente a un mandato arbitral que si bien era firme, obligatorio e inmutable, también era perfectamente inútil, en tanto no tenía posibilidad alguna de hacerse efectivo, lo que afectaba el derecho a la tutela jurisdiccional y determinaba la inconstitucionalidad de la norma.

---

*La contradicción que se sustente en otras causales será rechazada liminarmente por el juez, siendo esta decisión apelable sin efecto suspensivo».*

(34) «Artículo 86.- Los autos en la etapa de ejecución no son susceptibles de medio impugnatorio alguno. Está prohibido al juez executor, bajo responsabilidad, admitir apelaciones o articulaciones que entorpezcan la ejecución del laudo, siendo nula la resolución respectiva».

En nuestra opinión, esta limitación a la capacidad impugnatoria, al extremo en el que se encontraba prevista en la LGA, vulneraba el debido proceso, lo que determinaba que algunos jueces –haciendo uso del control difuso de la constitucionalidad de las leyes– optarán por no aplicarla y conceder impugnaciones contra las decisiones emitidas en ejecución, invocando para ello la garantía de la doble instancia prevista en nuestra Constitución.

Sin embargo, la falta de criterios jurisdiccionales uniformes respecto de la aplicación o no de la norma, determinó la ausencia de previsibilidad sobre este tema, por lo que la duración de los procesos de ejecución de laudo era tan incierta como el trámite que tendría.

Con la LA, la capacidad impugnatoria, ha sido restringida (a los casos en los que se declare fundada la oposición) más no eliminada, sin embargo, existen problemas en la aplicación práctica de la norma, que requieren algún tipo de solución normativa, o de pleno jurisdiccional que determine su correcta aplicación.

Así tenemos, los siguientes:

- La ejecución de laudos en el extremo referido al pago de costas y costos.

Suele ocurrir que los laudos arbitrales ordenan el pago de costas y costos, sin embargo éstos no son liquidados en la vía arbitral, de este modo, la decisión arbitral recae sobre el concepto «costas y costos» más no sobre un monto específico.

Ello determina que sea el Órgano Jurisdiccional que tiene a su cargo la ejecución del laudo, quien deba aprobar la liquidación correspondiente, para luego disponer su pago. Ahora bien, es frecuente que las partes no estén conformes con el monto fijado judicialmente por este concepto, por lo que surge la pregunta de si el auto que aprueba la liquidación de costas y costos puede ser o no impugnado, más aún si tenemos en cuenta que la impugnación también podría entorpecer la ejecución laudo, con lo cual la autoridad judicial se encuentra prohibida de concederla.

En nuestra opinión, es claro que existe un vacío en este extremo de la LA, por lo indicado consideramos que una opción legalmente

válida, sería que nuestros jueces concedan la apelación que puede ser interpuesta tanto por el ejecutante como por el ejecutado, sin efecto suspensivo<sup>(35)</sup>, de modo que sin perjuicio de que este recurso sea resuelto por el superior jerárquico, la resolución tiene eficacia y se ejecuta. De este modo, se protege el derecho de las partes a una doble instancia sobre un tema que no fue objeto de decisión arbitral, y por otro lado, no se dilata ni entorpece la ejecución de laudo, que es lo que prohíbe la LA.

Otra alternativa para solucionar este tema, sería que cuando se remita el laudo al Poder Judicial para ser ejecutado, se adjunte además la resolución arbitral que liquida el monto a ser pagado por concepto de costas y costos, y que será materia de ejecución forzada; sin embargo, siendo esta decisión arbitral un acto de ejecución, requerirá de un tribunal arbitral facultado por las partes para ello.

- La necesidad de que se dicten decisiones complementarias para ejecutar el laudo arbitral.

No cabe duda, que los supuestos que se presentan en la realidad, trascienden a la capacidad de previsión del legislador, por ello, puede ocurrir que la decisión arbitral tenga un contenido que, si bien no puede ser materia de modificación por el Poder Judicial, requiera de la adopción de medidas complementarias para una adecuada ejecución.

Así por ejemplo, puede haberse ordenado la demolición de un bien, sin embargo, para la ejecución del mandato arbitral será necesario que se tomen una serie de medidas que garanticen no sólo una ejecución eficaz sino además segura, en la medida que no cause otro tipo de daños. Por ejemplo, podría ser necesario que previamente un perito verifique cómo corresponde llevar adelante la ejecución forzada.

<sup>(35)</sup> El CPC regula los efectos del recurso de apelación en estos términos:

«Art. 368.- Efectos

*El recurso de apelación se concede:*

1. *Con efecto suspensivo, por lo que la eficacia de la resolución recurrida queda suspendida hasta la notificación de la que orden se cumpla lo dispuesto por el superior. (...)*
2. *Sin efecto suspensivo, por lo que la eficacia de la resolución impugnada se mantiene, incluso para el cumplimiento de ésta. (...)*».

Otro caso se podría presentar si el mandato arbitral ordena la desocupación de un inmueble cuya identificación obra en una memoria descriptiva que señala: «Inmueble con un área total de 250 hectáreas, ubicado en el Sector xxx, distrito de xxx, Provincia y departamento de Lima, avanzando por la carretera Panamericana Sur, al lado izquierdo de la vía, dejando una separación de 50 mts, del kilómetro 40-42.50».

Evidentemente, el conocimiento del derecho que se presume en el juez no le permite conocer con exactitud el área sobre la que recae el mandato arbitral, y respecto de la cual debe ordenar medidas de ejecución forzada, por lo indicado, es claro que requiere dictar medidas previas para la ejecución del laudo.

En nuestra opinión, en ningún caso podría entenderse que estas medidas se encuentran prohibidas por la LA, pues no se trata de actos que entorpecen la ejecución, sino todo lo contrario, son imprescindibles para llevarla adelante, más aún si tenemos en cuenta que la responsabilidad por los daños que pudieran irrogarse a terceros, recaerá sobre el juez y no sobre el tribunal arbitral.

Finalmente, y para concluir con el análisis, debemos señalar que la regulación prevista en materia de impugnación en el CPC (artículo 691), no resulta aplicable a los procesos de ejecución de laudos, en tanto difiere sustancialmente de la legislación arbitral. Así, por ejemplo, el CPC dispone que el auto que resuelve la contradicción al mandato de ejecución, es apelable y este recurso será concedido con efecto suspensivo, lo que implica que la decisión impugnada no se ejecutará hasta que sea revisada por el superior jerárquico<sup>(36)</sup>.

<sup>(36)</sup> «Artículo 691.- Auto y apelación

*El plazo para interponer apelación contra el auto, que resuelve las contradicciones de tres días contados, desde el día siguiente a su notificación. El auto que resuelve la contradicción, poniendo fin al proceso único de ejecución es apelable con efecto suspensivo. En todos los casos que en este Título se conceda apelación con efecto suspensivo, es de aplicación el trámite previsto en el artículo 376. Si la apelación es concedida sin efecto suspensivo, tendrá la calidad de diferida, siendo de aplicación el artículo 369 en lo referente a su trámite».*

## 2.5. Sobre la posibilidad de ejecutar laudos parciales

Nuestra LA ha previsto en el artículo 6 que cuando dicho Decreto Legislativo «(s)e refiere a laudo, significa entre otros, tanto un laudo parcial como el que resuelve de manera definitiva la controversia», asimismo el artículo 54 dispone que: «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». Así el legislador nacional, ha contemplado la posibilidad de emitir laudos parciales, en el ánimo de dotar al procedimiento arbitral de una flexibilidad que estimamos saludable<sup>(37)</sup>.

Ahora bien, pese a lo mencionado en el punto precedente, la LA no contiene disposiciones específicas respecto de la oportunidad de impugnación y de ejecución de los laudos parciales, limitándose a precisar el plazo para la interposición del recurso de anulación contra «el laudo» y a establecer que en los casos en los que el tribunal arbitral no cuente con potestad de ejecución, la parte interesada podrá solicitar al Poder Judicial la ejecución de «el laudo»<sup>(38)</sup>, sin hacer alusión a la posibilidad de que se impugnen o ejecuten laudos parciales.

<sup>(37)</sup> La posibilidad de emitir laudos parciales, ha sido recogida en diversas legislaciones arbitrales, como es el caso de la Ley de Arbitraje española que establece que, salvo acuerdo de las partes, los árbitros pueden resolver la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estimen necesarios. La legislación brasileña también contempla la posibilidad de que se emitan laudos parciales, pero, a diferencia de lo regulado en España, establece que esta opción está sujeta a la previa autorización de las partes.

<sup>(38)</sup> «Artículo 59.- Efectos del laudo

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

(...)

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 renotificada con el laudo, con las rectificaciones, interpretaciones, integraciones, y exclusiones del laudo, cuando corresponda, la parte interesada podrá pedir la ejecución del laudo a la autoridad competente, salvo que resulte aplicable el artículo 67».

«Artículo 62.- Recurso de anulación

1. Contra el laudo solo podrá interponerse recurso de anulación. (...).

No obstante, conviene preguntarnos si ello significa que la posibilidad de impugnar o ejecutar un laudo, sólo puede darse una vez que se haya resuelto toda la controversia sometida a arbitraje, lo que ocurrirá con la conclusión del procedimiento arbitral, entendiéndose que «el laudo» puede estar conformado por la suma de laudos parciales.

Al respecto, no existe una posición pacífica en la doctrina ni en la legislación arbitral comparada; no obstante, debemos admitir que de alguna manera la posición antes referida, es la que predomina en nuestro país<sup>(39)</sup>.

Sin embargo, consideramos pertinente detenernos en el tema, y analizar en qué casos es posible emitir un laudo parcial.

Un laudo parcial, en sentido amplio, es el que resuelve una parte de la materia controvertida sometida a decisión del tribunal, decidiendo sobre alguna de las pretensiones de la demanda, o sobre algún aspecto de forma que podría poner fin al proceso, como es el caso de la competencia arbitral, inexistencia del convenio arbitral o el carácter arbitrable de la materia propuesta.

Regularmente, se utiliza esta institución en la medida que el órgano arbitral aprecie que la definición de un tema previo podría evitar la continuación inútil del proceso, así como el gasto que significará la realización de actividad procesal –por ejemplo, probatoria– sobre aspectos

---

*«Artículo 67.- Ejecución arbitral*

*1. A solicitud de parte, el tribunal está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones (...).*»

*«Artículo 68.- Ejecución judicial*

*La parte interesada podrá solicitar la ejecución del laudo ante la autoridad judicial competente acompañando copia de éste (...).*»

<sup>(39)</sup> Así, por ejemplo, PEREZ ROSAS-PONS y MOLERO RENTERIA, se pronuncian al respecto indicando: «(...) A efectos de no vulnerar el derecho de defensa de la parte impugnante, consideramos necesario precisar que el Juez deberá dejar en suspenso la tramitación del recurso interpuesto, hasta que el Tribunal Arbitral emita pronunciamiento respecto de las controversias subsistentes al momento de la interposición del recurso de anulación parcial». PEREZ ROSAS-PONS, Juan José y MOLERO RENTERIA, Alberto. «¿Lo Anulamos o no lo Anulamos? Reflexiones acerca de la Anulación de un Laudo Parcial». En: *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación - SERVILEX*. Estudio Chabaneix y Asociados.

que no llegarán a ser materia de análisis y pronunciamiento del tribunal arbitral. Este es el caso de los procesos en los que se plantean diferentes pretensiones, algunas con carácter de principal y otras accesorias o condicionadas a la primera, y que por ende requieren de un pronunciamiento previo respecto de aquella denominada principal.

Evidentemente, también resulta de suma utilidad, cuando la materia sometida a arbitraje plantea distintas controversias originadas en una misma relación jurídica, pero que tienen independencia entre sí (por ejemplo, el cumplimiento de diferentes obligaciones contractuales), de este modo se obliga a los árbitros y a las partes, a enfocar el debate en un tema específico, dejando para el momento oportuno –y sólo en la medida que sea necesario– la discusión y decisión sobre las consecuencias de lo que vengan a disponer.

Así, un supuesto típico en el que cabría un laudo parcial sobre el fondo sería el proceso en el que se ha solicitado como pretensión principal que se defina si un contrato estuvo bien o mal resuelto, y como pretensiones condicionales a la anterior, que se ordene una indemnización por los daños ocasionados por la indebida resolución.

En este caso, la materia sometida a arbitraje encierra varios aspectos que pueden ser definidos de manera previa y a través de sendos laudos parciales, por ejemplo, podrá emitirse un laudo parcial sobre la validez de la resolución de contrato, de modo que sólo se continuará con el proceso y con el pronunciamiento respecto de las demás pretensiones, si se establece que dicho acto no es válido.

De determinarse que el contrato estuvo mal resuelto, entonces el proceso continuará respecto de la pretensión indemnizatoria, pudiendo emitirse incluso un laudo parcial respecto de si existe o no responsabilidad, para luego –y de ser el caso– continuar el arbitraje respecto de la determinación del quantum de la indemnización.

Ahora bien, habiendo precisado qué es un laudo parcial y cuál es su utilidad, veamos si éste es pasible de ser ejecutado una vez emitido. Al respecto, el artículo 59 de la LA dispone claramente «*todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación*» (resaltado agregado).

El texto es claro, en consecuencia, los laudos parciales, aún cuando versan sobre aspectos específicos de la materia sometida a arbitraje, tienen la calidad de definitivos; sin embargo, debemos admitir que el artículo 6 de la LA, cuyo propósito es determinar las reglas para la interpretación de la Ley, no precisamente contribuye a reafirmar la claridad de la norma transcrita en el párrafo precedente.

En efecto, el artículo 6 señala que el término «laudo» significa tanto un laudo parcial *como el que resuelve de manera definitiva la controversia*, con lo cual puede llevar a algún lector poco cuidadoso a entender que los laudos parciales no tienen la calidad de definitivos, lo que no es exacto.

Para definir el sentido de la norma, debemos interpretar sus alcances –lo que resulta curioso si tenemos en cuenta que es el artículo 6 el que proporciona las «reglas de interpretación» de la Ley– recurriendo al método de la interpretación sistemática.

Así, el artículo 60 de la LA, que regula la terminación de las actuaciones arbitrales, dispone: «1. *Las actuaciones arbitrales terminarán y el tribunal cesará en sus funciones con el laudo por el que se resuelva definitivamente la controversia*».

En nuestra opinión, es claro que cuando el artículo 6 menciona el término «laudo definitivo», lo hace para referirse a aquél que concluye la actividad arbitral, de modo que la controversia queda íntegra o definitivamente resuelta, pues luego no habrá algún pronunciamiento adicional sobre el fondo, más no para hacer el distingo en el sentido que existen laudos definitivos y otros que no lo son.

Habiendo llegado a esta conclusión, la pregunta que se suscita es ¿pueden los laudos parciales ser ejecutados, tan pronto son notificados, en el supuesto que contengan un mandato de condena?

Permitida la emisión de laudos parciales, y no existiendo una limitación al respecto en nuestra legislación, cabría la aplicación del principio jurídico «no cabe distinguir donde la ley no distingue», más aún si la norma que regula los efectos del laudo establece que *todos* los laudos son definitivos y *de obligatorio cumplimiento desde su notificación*, por lo que si hubiese querido diferir la posibilidad de impugnación y de ejecución de los laudos parciales, tendría que haberlo señalado expresa y claramente.

Lo mencionado anteriormente se ratifica, en nuestra opinión, con lo dispuesto por la LA respecto a la ejecución arbitral, al señalar en el artículo 67 que: «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». En efecto, carecería de sentido la redacción en plural «sus laudos», si la posición del legislador hubiese sido que todos los laudos parciales integran una sola decisión final que es el laudo que será ejecutado al concluir el proceso arbitral.

En conclusión, consideramos que los laudos parciales, no sólo son eficaces y obligatorios desde su notificación a las partes, sino que son pasibles de ejecución judicial si el mandato arbitral lo amerita y la parte obligada a darle cumplimiento, no lo hace en el lapso de 15 días desde su notificación, previsto en el artículo 59 de la LA.

### 3. CONCLUSIONES

- 3.1. La jurisdicción de los árbitros concluye con la emisión del laudo arbitral o de las resoluciones que lo interpretan, rectifican, integran o excluyen, en la medida que las partes no les hayan atribuido potestad de ejecución.
- 3.2. Las partes pueden otorgar a los árbitros facultades de ejecución, en este último caso, siempre que éstas no impliquen el ejercicio directo de la fuerza pública.
- 3.3. Proponemos que en los casos en los que las partes confieran la potestad de ejecución a los árbitros, éstos puedan llevar adelante esta etapa, dictando incluso las medidas destinadas al cumplimiento forzado de lo ordenado, debiendo officiar al juez para que éste preste el *imperium* que le faculta al uso de la fuerza, potestad reservada de manera exclusiva y excluyente, al Estado.
- 3.4. En los casos de la ejecución judicial del laudo, nuestros jueces realizan una labor de carácter estrictamente complementario, por lo que su actuación se rige y limita por lo dispuesto en la LA.

En consecuencia, aspectos como la limitación de las causales de contradicción del mandato de ejecución, así como el carácter inimpugnable de la decisión que ordena se proceda a la ejecución

forzada del laudo arbitral, deben ser lineamientos esenciales a respetar, para evitar su desnaturalización.

- 3.5. La impugnación de un laudo arbitral, a través del recurso de anulación no suspende la ejecución, por sí misma, siendo imprescindible para ello una decisión de la Corte Superior (órgano que conoce del procedimiento de impugnación) que así lo determine previo otorgamiento de la garantía de cumplimiento (carta fianza bancaria por el monto materia de ejecución o aquél dispuesto en el laudo o en la resolución judicial). Por lo indicado, los laudos arbitrales son ejecutables, aún cuando no tengan la calidad de firmes.
- 3.6. En los casos de laudos parciales estimamos que no existe restricción legal alguna que impida que pueden ser ejecutados una vez notificados, aún cuando el proceso arbitral continúe en trámite. Evidentemente, ello no obsta a que las partes puedan acordar una limitación al respecto. ▲

Laudo  
Arbitral  
Internacional





**CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS  
RELATIVAS A INVERSIONES**

CIUDAD DE WASHINGTON D.C.

Procedimiento de arbitraje entre

SEÑOR TZA YAP SHUM  
(DEMANDANTE)

y

LA REPÚBLICA DEL PERÚ  
(DEMANDADA)

Caso N° ARB/07/6

---

**DECISIÓN SOBRE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA**

---

***Miembros del Tribunal***

Sr. Judd Kessler, Presidente  
Sr. Hernando Otero, Árbitro  
Profesor Juan Fernández-Armesto, Árbitro

***Secretario del Tribunal***

Sr. Tomás Solís

***En representación del Demandante***

Sres. Orlando Siu;  
Carlos Paitán y  
Christian Carbajal  
Estudio Paitán y Abogados  
Calle Martir Olaya N° 129,  
oficina 1604 Torre «A»  
Centro Empresarial José Pardo  
Lima 18, Perú

***En representación de la Demandada***

Sr. Louis B. Kimmelman, Sr. Stephen  
Jagusch, Sra. Nicole R. Duclos y Sr. Anthony  
Sinclair  
Allen & Overy LLP  
1221 Avenue of the Americas  
New York, NY 10020  
Estados Unidos de América

Fecha de envío: 19 de junio de 2009

## ÍNDICE

- I. HISTORIA PROCESAL
- II. RESUMEN DE LOS HECHOS Y LAS ALEGACIONES
- III. CONSIDERACIONES PRELIMINARES
  - A. DERECHO APLICABLE
  - B. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL A LOS EFECTOS DE LA DETERMINACIÓN DE SU PROPIA JURISDICCIÓN
  - C. CARGA DE LA PRUEBA
  - D. REGLAS GENERALES RESPECTO DE LA INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS
- IV. OBJECIONES A LA JURISDICCIÓN
  - A. EL DEMANDANTE NO ES UN INVERSIONISTA BAJO EL APPRI
    - (1) ARGUMENTOS DE LA PARTE DEMANDADA
    - (2) ARGUMENTOS DE LA PARTE DEMANDANTE
    - (3) ANÁLISIS DEL TRIBUNAL
      - (a) El Demandante ha demostrado gozar de la nacionalidad china
      - (b) El Demandante está amparado por el APPRI
  - B. EL DEMANDANTE NO LLEVÓ A CABO UNA INVERSIÓN CON ANTERIORIDAD AL SURGIMIENTO DE LA DISPUTA
    - (1) ARGUMENTOS DE LA PARTE DEMANDADA
    - (2) ARGUMENTOS DE LA PARTE DEMANDANTE
    - (3) ANÁLISIS DEL TRIBUNAL
      - (a) El Demandante sí tenía una inversión en Perú al surgir la disputa
      - (b) El APPRI sí ampara las inversiones indirectas de inversionistas chinos en Perú
      - (c) Antecedentes relevantes
      - (d) Interpretación del APPRI en cuestión
  - C. EL DEMANDANTE NO HA PRESENTADO UN RECLAMO *PRIMA FACIE* DE EXPROPIACIÓN
    - (1) ARGUMENTOS DE LA PARTE DEMANDADA

- (2) ARGUMENTOS DE LA PARTE DEMANDANTE
  - (3) CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL
  - D. LOS RECLAMOS DEL DEMANDANTE RESPECTO DE LA EXPROPIACIÓN NO SE ENCUENTRAN COMPRENDIDOS DENTRO DE LA DISPOSICIÓN SOBRE RESOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DEL APPRI – ARTÍCULO 8
    - (1) ARGUMENTOS DE LA PARTE DEMANDADA
    - (2) ARGUMENTOS DE LA PARTE DEMANDANTE
    - (3) ANÁLISIS DEL TRIBUNAL
      - (a) Consideraciones Preliminares
      - (b) Interpretación del Artículo 8 de conformidad con el Artículo 31 de la Convención de Viena
      - (c) Interpretación del Artículo 32 de conformidad con el Artículo 31 de la Convención de Viena
      - (d) Interpretación del Artículo 8 en base a otras decisiones y laudos arbitrales
    - (4) DECISIÓN DEL TRIBUNAL SOBRE LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 8
  - E. LA CLÁUSULA DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA DEL APPRI NO PUEDE UTILIZARSE PARA AMPLIAR EL ALCANCE DEL ARBITRAJE ANTE EL CIADI ACORDADO EN VIRTUD DEL TRATADO
    - (1) LA POSICIÓN DE LAS PARTES
    - (2) CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL
      - (a) Comentarios Preliminares
      - (b) Análisis del Tribunal
      - (c) Análisis de las decisiones adoptadas en otros arbitrajes
- V. DECISIÓN

## I. HISTORIA PROCESAL

1. El día 29 de septiembre de 2006, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI o el Centro) recibió del señor Tza Yap Shum, un nacional de la República Popular China (el Demandante), y de TSG Perú S.A.C., una compañía constituida bajo las leyes de Perú, una Solicitud de Arbitraje de fecha 14 de septiembre de 2006 (la Solicitud), en contra de la República del Perú (la Demandada).
2. El día 5 de octubre de 2006, el Centro acusó recibo de la Solicitud y envió copias de la misma a la República del Perú, a nombre de S.E. Presidente Dr. Alan García Pérez, y a la Embajada de la República del Perú en Washington D.C.
3. Por medio de cartas de fecha 20 de octubre de 2006, 21 de noviembre de 2006 y 11 de enero de 2007, el Centro solicitó a los representantes del señor Tza Yap Shum y TSG Perú S.A.C. aclaraciones sobre el contenido de la Solicitud de Arbitraje a la luz del Artículo 25 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Convenio CIADI) y la Regla 6 (1)(b) de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje (Reglas de Iniciación).
4. Por medio de cartas de fecha 8 de noviembre de 2006, 30 de noviembre de 2006 y 26 de enero de 2007, los representantes del señor Tza Yap Shum y TSG Perú S.A.C. respondieron a las solicitudes de aclaración del Centro. En su carta de 26 de enero de 2007, los representantes de los solicitantes decidieron «retirar de la petición de registro a la empresa TSG Perú S.A.C [...]».
5. El 12 de febrero de 2007, la Secretaría General del Centro, registró la Solicitud de Arbitraje del señor Tza Yap Shum en contra de la República del Perú.
6. Por medio de carta de fecha 22 de febrero de 2007, el Demandante envió una propuesta sobre el método para la constitución del Tribunal de Arbitraje de conformidad con la Regla 2 del Reglamento de Arbitraje del Centro (Reglas de Arbitraje). De conformidad con la propuesta del Demandante, el Tribunal de Arbitraje estaría constituido por tres árbitros de nacionalidades distintas a las de las Partes, cada Parte nombrando un árbitro dentro de un plazo de 15 días de aceptada dicha propuesta. Una vez los Árbitros nombrados hubiesen aceptado sus nombramientos, estos procederían a nombrar, en un plazo de 15 días, al presidente del Tribunal de Arbitraje. En caso de incumplimiento, cualquier Parte podría recurrir al Centro para que éste realizase los nombramientos que no se hubiesen efectuado de conformidad con el método propuesto.
7. Por medio de carta de fecha 22 de septiembre de 2007, el Centro acusó recibo de la propuesta del Demandante e invitó a la Demandada a formular cualquier observación que tuviera al respecto.
8. Por medio de cartas de fecha 27 de febrero y 9 de marzo de 2007, la Demandada solicitó dejar sin efecto la notificación del acto de registro de la Solicitud. En sus cartas, la Demandada argumentó que el registro de la Solicitud, al haberse hecho solamente con respecto al señor Tza Yap Shum como resultado del retiro de TSG Perú S.A.C. como demandante, vulneraba la Regla 2 de las Reglas de Iniciación.

9. Por medio de carta de fecha 6 de marzo de 2007, el Demandante expresó su desacuerdo con lo expuesto por la Demandada con respecto al registro de la Solicitud.
10. Por medio de carta de fecha 9 de marzo de 2007, la Demandada realizó, a su vez, comentarios a lo expuesto por el Demandante en su carta de 6 de marzo de 2007.
11. Por medio de carta de fecha 13 de marzo de 2007, el Centro, por medio de la Secretario General, comunicó a las Partes que de conformidad con el Artículo 36 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Convenio CIADI), el Secretario General debe proceder al registro de la Solicitud «salvo que, de la información contenida en dicha solicitud, encuentre que la diferencia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro.» La Secretaría General explicó a las Partes que sobre esa base había registrado la Solicitud sin perjuicio de los poderes y funciones del Tribunal de Arbitraje para determinar a la jurisdicción del Centro, su propia competencia y para resolver el fondo de la materia.
12. Por medio de carta de fecha 14 de marzo de 2007, la Demandada aceptó, parcialmente, la propuesta del Demandante sobre la constitución del Tribunal. La Demandada manifestó estar de acuerdo en cuanto al número de Árbitros y su nacionalidad, mas no así en el método para nombrar al Presidente del Tribunal. Según la Demandada, el Presidente debía de ser nombrado por acuerdo entre las Partes.
13. Por medio de carta de fecha 20 de marzo de 2007, el Demandante expresó, entre otras cosas, su desacuerdo a que fueran las Partes las que nombraran de común acuerdo al Presidente del Tribunal.
14. Por medio de carta de fecha 18 de abril de 2007, el Demandante invocó la fórmula contenida en el Artículo 37(2)(b) del Convenio para la constitución del Tribunal. De acuerdo con la fórmula ahí contenida, el Tribunal se constituiría con tres Árbitros designados, uno por cada parte, y el tercero, que presidiría al Tribunal, de común acuerdo de las Partes. En esta misma carta el Demandante nombró, al señor Hernando Otero, nacional de Colombia, como Árbitro.
15. Por medio de carta de fecha 11 de mayo de 2007, la Demandada nombró al Profesor Juan Fernández-Armesto, nacional de España, como Árbitro.
16. Por medio de carta de 9 de julio de 2007, habiendo transcurrido el plazo de 90 días contenido en el Artículo 38 del Convenio sin haberse constituido el Tribunal de Arbitraje, el Demandante solicitó que el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI nombrase al Presidente del Tribunal de conformidad con la Regla 4 de las Reglas de Arbitraje.
17. El 28 de septiembre de 2007, el Presidente del Consejo Administrativo designó, con la anuencia de las partes, al señor Judd Kessler, nacional de los Estados Unidos de América, como Presidente del Tribunal de Arbitraje.
18. El 1 de octubre de 2007, una vez recibidas las aceptaciones y Declaraciones de los Árbitros nombrados por las Partes así como del Árbitro designado por el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI como Presidente del Tribunal, de conformidad con la Regla de Arbitraje 6(2), se constituyó el Tribunal de Arbitraje de la siguiente

manera: señor Judd Kessler, Presidente; señor Hernando Otero, Árbitro; Profesor Juan Fernández-Armesto, Árbitro.

19. El día 26 de noviembre de 2007 el Tribunal de Arbitraje, junto con las Partes, celebró su primera sesión en la sede del Centro en Washington D.C. Durante la primera sesión, se discutieron y decidieron cuestiones de procedimiento, incluido el calendario para la presentación de escritos. El Secretario del Tribunal preparó un Acta Resumida conteniendo los acuerdos alcanzados por las Partes durante la primera sesión. En la primera sesión estuvieron presentes, por el Tribunal: el señor Judd Kessler, Presidente, el señor Hernando Otero, Árbitro; el Profesor Juan Fernández-Armesto, Árbitro; el señor Tomás Solís, Secretario del Tribunal. En representación del Demandante comparecieron los señores Orlando Siu; Carlos Paitán y Christian Carbajal, Estudio Paitán y Abogados. En representación de la Demandada comparecieron los señores Carlos Ramírez, Presidente de la Comisión Especial Caso CIADI No. ARB/07/6, Manuel Talavera, Jefe de Misión adjunto Embajada de Perú en Washington D.C., señorita Yesenia Cabezas, Primera Secretaria, Departamento Económico de la Embajada de Perú en Washington D.C., señor Louis Kimmelman, Allen & Overy LLP y la señora Nicole Duclos, Allen & Overy LLP.

20. Durante la primera sesión, el Tribunal tomó nota de que por medio de carta de fecha 19 de noviembre de 2007, la Demandada solicitó la bifurcación del procedimiento, y que el Demandante, por medio de carta de fecha 22 de noviembre de 2007, había dado su consentimiento a la bifurcación.

21. En vista de lo anterior, las Partes acordaron un calendario incluyendo un solo intercambio de escritos en materia de jurisdicción y competencia, seguido de una audiencia del Tribunal con las Partes sobre dichas materias.

22. El calendario quedó así acordado de la siguiente manera: la Demandada presentaría su Memorial sobre Jurisdicción a más tardar el día 28 de marzo de 2008, y el Demandante presentaría su Memorial de Contestación a más tardar el día 25 de julio de 2008. Asimismo, las Partes acordaron que la audiencia sobre jurisdicción y admisibilidad se celebraría los días 15, 16 y 17 de octubre en la sede del Centro en Washington D.C.

23. El día 17 de diciembre de 2007, el Tribunal emitió su Resolución Procesal No.1. En su Resolución, el Tribunal resolvió desacuerdos menores entre las Partes en lo concerniente a la presentación de testigos durante la audiencia sobre jurisdicción, y a las limitaciones y/o protecciones aplicables a solicitudes de documentos.

24. El 25 de febrero de 2008, el Tribunal emitió su Resolución Procesal No. 2., concerniente a la producción de documentos, invitando a las partes a alcanzar acuerdo sobre sus diferencias al respecto.

25. El día 28 de marzo de 2008, la Demandada presentó su Memorial de Objeciones a la Jurisdicción y Admisibilidad. Un desacuerdo menor surgió entre las Partes en cuanto a la hora en la que el Centro recibió de la Demandada su Memorial. Dicho desacuerdo fue resuelto por el Tribunal por medio de carta de fecha 10 de abril de 2008.

26. El 12 de mayo de 2008, el Tribunal emitió su Resolución Procesal No. 3., resolviendo las diferencias de las Partes en lo concerniente a la producción de documentos.
27. El 24 de julio de 2008, el Demandante presentó su Memorial de Contestación al Memorial de las Objeciones Presentadas por la Demandada Contra la Jurisdicción del Centro, la Competencia del Tribunal y la Admisibilidad de la Demanda.
28. La audiencia sobre jurisdicción se celebró los días 15 y 16 de octubre de 2008 en la sede del Centro en Washington D.C. Presentes en la audiencia estuvieron el Tribunal: señor Judd Kessler, Presidente del Tribunal de Arbitraje; señor Hernando Otero, Árbitro; Profesor Juan Fernández-Armesto, Árbitro y el, señor Tomás Solís, Secretario del Tribunal. En representación del Demandante el señor Orlando Siu y los señores; Carlos Paitán Contreras y Christian Carbajal del Estudio Paitán & Asociados. En Representación de la Demandada asistieron S.E. Embajador Don Felipe Ortiz de Zevallos, Embajador de la República del Perú en Washington D.C.; señor Manuel Talavera, Jefe de Misión adjunto Embajada de Perú en Washington D.C.; señorita Yesenia Cabezas, Primera Secretaria, Departamento Económico de la Embajada de Perú en Washington D.C.; señor Louis Kimmelman, Allen & Overy LLP; señora Nicole Duclos, Allen & Overy LLP y señores Owen Alterman and Brandon O'Neil, Allen & Overy LLP.
29. El 18 de noviembre de 2008 las partes presentaron sus Escritos Post-Audiencia.

## II. RESUMEN DE LOS HECHOS Y LAS ALEGACIONES

30. La presente disputa surge de supuestas violaciones al Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Popular China sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones («APPRI» o el «Tratado») que afectaron la inversión del Sr. Tza Yap Shum (o Demandante), en una empresa peruana denominada TSG Perú SAC (o «TSG»), dedicada a la fabricación de productos alimenticios derivados del pescado y su exportación a mercados asiáticos. La Parte Demandante manifiesta que TSG era una empresa exitosa y en expansión.
31. En el año 2004, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria de Perú (SUNAT) comenzó a llevar a cabo una serie de acciones que, según el Demandante, destruyeron las operaciones comerciales y la viabilidad económica de TSG. Según se alegó, la causa inmediata de este impacto en la empresa habría sido el embargo ilegal y arbitrario de las cuentas de la empresa que le impidió operar sin interrupciones. En virtud de las circunstancias descritas, el Demandante manifestó que sus derechos, según se han vulnerados los siguientes artículos del APPRI Perú-China:

- «Obligación de tratar de manera justa y equitativa a las inversiones»;
- «Obligación de protección con relación a las inversiones»;
- «Obligación de compensar en caso de adoptar medidas expropiatorias, o medidas similares»;

- «Obligación de permitir la transferencia de capital y utilidades.»

32. La República del Perú negó los hechos alegados por el Demandante y presentó objeciones a la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal. La Demandada presentó las siguientes objeciones:

- a. La Parte Demandante no está protegida bajo el APPRI;
- b. La controversia no surge de una inversión que califique como tal;
- c. El Gobierno de Perú no ha otorgado su consentimiento para someter la cuestión a arbitraje; y
- d. El Demandante no ha hecho valer una demanda de expropiación.

33. El Tribunal procederá a examinar cada una de estas objeciones.

### III. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

#### A. DERECHO APLICABLE

34. El derecho aplicable a la presente disputa no ha sido objeto de controversia entre las Partes. El presente arbitraje se ha presentado ante este Tribunal de conformidad con una solicitud de arbitraje amparada en el APPRI. Dicho Tratado dispone, en las partes pertinentes, el arbitraje ante el Centro (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones – CIADI), establecido por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio CIADI), el cual entró en vigor el 14 de octubre de 1966. Asimismo, el APPRI establece que el derecho aplicable abarcará la legislación vigente de la Parte Contratante en la controversia que acepta la inversión incluyendo las reglas sobre conflicto de leyes, las disposiciones del APPRI, así como también los principios generalmente reconocidos del derecho internacional aceptados por ambas Partes Contratantes<sup>(1)</sup>.

35. Finalmente, se reconoce que la jurisdicción del Centro se rige por el Artículo 25(1) del Convenio CIADI, que establece lo siguiente:

(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

---

(1) APPRI, Artículo 8(4)

## B. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL A LOS EFECTOS DE LA DETERMINACIÓN DE SU PROPIA COMPETENCIA

36. Según lo establece el punto 17 de la Resolución Procesal No.1, las Partes y el Tribunal acordaron que primero existiría una etapa de Jurisdicción al final de la cual, el Tribunal debía pronunciarse respecto de su Jurisdicción, de conformidad con el artículo 41 del Convenio y la Regla 41 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, así como también con los principios generalmente aceptados en el arbitraje internacional.

## C. CARGA DE LA PRUEBA

37. La amplia aceptación del arbitraje como un medio de resolución de diferencias entre inversionistas estados no elimina el requisito básico previo del arbitraje: un acuerdo de las partes de arbitrar<sup>(2)</sup>. Según lo estableció la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso de la *Fábrica Chorzow*, se debe probar el consentimiento mediante la preponderancia de la prueba<sup>(3)</sup>. Mientras que la Demandada y cierta jurisprudencia calificada en la materia han sugerido que la carga de la prueba respecto de la existencia de un acuerdo sobre temas de jurisdicción particular debería ser «clara y no ambigua»<sup>(4)</sup>, el Tribunal considera que la mejor opción consiste en considerar que las disposiciones de los tratados que versen sobre cuestiones jurisdiccionales, constituyen elementos del acuerdo total entre las partes. Toda disposición de un tratado y específicamente del APPRI en cuestión en la presente causa, representa el compromiso legal y solemne de un gobierno soberano. El Tribunal considera que el único modo apropiado de respetar adecuadamente dichas expresiones consiste en analizar la formulación de las palabras acordadas objetivamente y en su totalidad<sup>(5)</sup>. En este proceso, la postura adoptada por la jurisprudencia nos lleva a concluir que el estándar apropiado para interpretar las normas sobre resolución de diferencias y demás disposiciones de un tratado sobre temas jurisdiccionales es idéntico al que se aplica a otras disposiciones del APPRI, ni más restrictivo ni más liberal<sup>(6)</sup>.

(2) *Plama Consortium Ltd. v. Republic of Bulgaria*, (Caso CIADI No. ARB/03/24), Decisión sobre Jurisdicción, de febrero de 2005, párrafo 198.

(3) Ver *Chorzów Factory Case (Germany. v. Poland)*, C.P.J.I, Series A, No. 9, 1927, Claim for Indemnity (Jurisdicción), página 32. También ver, *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Objeciones Preliminares. Fallo del 12 de diciembre de 1996, Opinión Separada de la Juez Higgins, C.I.J. Informes 1996, página 857, párrafo 35.

(4) *Plama Consortium Ltd. v. Republic of Bulgaria*, (Caso CIADI No. ARB/03/24), Decisión sobre Jurisdicción, 8 de Febrero de 2005, párrafo 198, c.f.; *Wintershall v. Argentine Republic*, (Caso CIADI No. ARB/04/14), Laudo Arbitral, 8 de Diciembre de 2008, párrafos 105 y 167.

(5) Ver *Amco Asia Corporation and Others v. The Republic of Indonesia*, (Caso CIADI No. ARB/81/1), Laudo Arbitral sobre Jurisdicción del 25 de septiembre de 1983, párrafo 14(i), 23 I.L.M. 351, 359 (1984).

(6) *Siemens A.G. c. Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/8), Decisión sobre Jurisdicción, 3 de agosto de 2004; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. Argentina*, Caso (CIADI No. ARB/03/17), Decisión sobre

**D. REGLAS GENERALES RESPECTO DE LA INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS**

38. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante, la «Convención de Viena») constituye la principal guía para la interpretación de tratados en virtud del derecho internacional, en particular, en sus Artículos 31 y 32, que rezan de la siguiente manera:

*Artículo 31 Regla general de interpretación*

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.
2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:
  - (a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
  - (b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.
3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:
  - (a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;
  - (b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;
  - (c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes
4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

*Artículo 32 Medios de Interpretación Complementarios*

Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

- a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o
- b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

---

Jurisdicción, 6 de mayo de 2006; y, *National Gris P.L.C. v. Argentine Republic*, Caso UNCITRAL No. 1:09-cv-00248-RBW, Laudo Arbitral del 3 de noviembre de 2008.

39. Todas las objeciones a la jurisdicción y asuntos relacionados, ya sean explícitos o implícitos, han sido decididos por el Tribunal como sigue a continuación:

#### IV. OBJECIONES A LA JURISDICCIÓN

40. En su Memorial de Objeciones a Jurisdicción y Admisibilidad del 28 de marzo de 2008, la Parte Demandada presentó las siguientes objeciones a la jurisdicción del CIADI y competencia del Tribunal:

- a. El Demandante no es un inversionista bajo el APPRI.
- b. El Demandante no llevó a cabo una inversión con anterioridad al surgimiento de la disputa.
- c. El Demandante no ha presentado un reclamo prima *facie* de expropiación.
- d. El Perú no prestó su consentimiento para arbitrar esta disputa.

41. A continuación se resumen los principales argumentos de las Partes respecto de las mismas, seguidos por el análisis respectivo del Tribunal.

##### A. EL DEMANDANTE NO ES UN INVERSIONISTA BAJO EL APPRI

42. El Memorial de Objeciones a Jurisdicción y Admisibilidad presentado por la Parte Demandada contiene los siguientes argumentos:

- El Demandante no ha demostrado tener nacionalidad china de acuerdo con las leyes de la República Popular China.
- Aún cuando el Demandante fuere de nacionalidad china, como residente de la Región Administrativa Especial de Hong Kong no está en capacidad de ampararse bajo el APPRI.

##### (1) Argumentos de la Parte Demandada

43. La Parte Demandada argumentó que el Demandante no ha probado que ostenta la nacionalidad china de acuerdo con las leyes de dicha nación. De acuerdo con la Demandada, el Demandante tiene la carga de la prueba respecto a este requisito esencial para la jurisdicción bajo el Convenio CIADI y la Competencia del Tribunal<sup>(7)</sup>.

<sup>(7)</sup> Memorial de Objeciones a Jurisdicción y Admisibilidad, párrafos 32-45, citando en otras fuentes los laudos en *Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania* (Caso CIAD No. ARB/94/2) laudo de 29 abril, 1999, párrafo 74, *Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka* Caso CIAD No. ARB/87/3) laudo de 27 junio, 1990, párrafo 56, *Hussein Nuaman Soufraki v. United Arab Emirates* (Caso CAID No. ARB/02/7) laudo de julio 7, 2004, párrafo 58 y la decisión del Comité de Anulación en *Industria Nacional de Alimentos S.A. and Indalia Perú S.A. v. Republic of Perú* (Caso CIAD No. ARB/03/4) de 5 septiembre, 2007, párrafos 60 y 119 de la Decisión y párrafo 17 de la Opinión Disidente.

44. A su parecer, el Demandante no ha presentado la prueba necesaria para establecer definitivamente su nacionalidad de acuerdo a la Ley de Nacionalidad de la República Popular China. Argumenta que el Demandante no ha proporcionado una copia certificada de su certificado de nacimiento no obstante habersele solicitado durante la etapa de producción de documentos. Considera además que la copia del pasaporte emitido por la Región Administrativa Especial de Hong Kong y las declaraciones del Demandante sobre su nacionalidad china no son pruebas suficientes de su nacionalidad<sup>(8)</sup>.

45. Adicionalmente, la Parte Demandada argumenta que aun cuando el Demandante goce de la nacionalidad China, bajo la leyes de esa nación, los residentes de Hong Kong no pueden valerse del APPRI. A su parecer, el aparte del Artículo 1(2)(a) que establece que se entenderán como inversionistas de la República Popular China a las personas naturales que tengan la nacionalidad de la República Popular China *de conformidad con sus leyes*, no hace referencia únicamente a la leyes de nacionalidad sino que incluye todo el ordenamiento jurídico chino.

46. En su Memorial de Objeciones, le Demandada relata como en el año de 1984 el Reino Unido y la República Popular China suscribieron una Declaración Conjunta en la que acordaron que cuando ésta última recuperara la soberanía sobre Hong Kong, se respetaría la autonomía de la misma incluyendo su capacidad de suscribir sus propios tratados internacionales en materia de promoción y protección de las inversiones.

47. La Parte Demandada explica que de acuerdo con la Ley Básica de la Región Administrativa Especial de Hong Kong de 1990, a Hong Kong sólo le son aplicables aquellas leyes y tratados internacionales suscritos por la República Popular China incluidos bajo el Anexo III de la misma. Según lo informan los expertos de la Parte Demandada, a la fecha de sus declaraciones el APPRI no está relacionado en dicho Anexo.

48. Las Declaraciones de los expertos presentados por la Parte Demandada afirman entonces que, en virtud de lo anterior, existiría una categoría especial de nacionales chinos: aquéllos que no obstante gozar de la nacionalidad china, no tendrían la capacidad de valerse de los Acuerdos de Promoción y Protección Recíprocos de Inversión (AAPPRI) suscritos por la China en virtud de su residencia en Hong Kong. A su parecer, los numerosos AAPPRI suscritos por Hong Kong con terceros países con sus propias definiciones de lo que constituye un «inversionista» así lo confirmarían. Agrega además que esta situación habría sido evidente en la fecha en que Perú y China suscribieron su APPRI (1994) y por lo tanto no habría requerido hacerse explícita en el texto del mismo<sup>(9)</sup>.

<sup>(8)</sup> Memorial de Objeciones de Jurisdicción y Admisibilidad, párrafos 46-63, citando los laudos en *Hussein Nuaman Soufraki v. United Arab Emirates* (Caso CAID No. ARB/02/7) laudo de 7 julio, 2004, párrafo 55) y *In the Matter of the Contested Property in Portugal* (Laudo de 2 septiembre, 1990, párrafos 118-119. Ver también Escrito Post-Audiencia de la Parte Demandada, párrafos 14-19. En apoyo a sus argumentos a este respecto, la Parte Demandante presentó la Declaración escrita del experto Prof. An Chen.

<sup>(9)</sup> Memorial de Objeciones a Jurisdicción y Admisibilidad de la Demandada, párrafos 64-92. Para estos efectos, el Prof. Chen obtuvo confirmación escrita del Departamento de Justicia

## (2) Argumentos de la Parte Demandante

49. En respuesta a los argumentos de la Parte Demandada, el Demandante afirma haber acreditado su nacionalidad china. Explica que el pasaporte expedido por la Región Administrativa Especial de Hong Kong junto con la copia de su documento de identidad indicando como lugar de nacimiento la provincia de Fujian y las declaraciones sobre su nacionalidad china y que afirman que no ostenta otra nacionalidad son pruebas suficientes de su nacionalidad<sup>(10)</sup>. Explica además que, ha sido imposible obtener copia de su certificado de nacimiento pues copia del mismo fue destruido junto con las dependencias gubernamentales chinas que lo albergaban durante el año de 1948<sup>(11)</sup>.

50. Respecto al argumento de la aplicabilidad del APPRI a los residentes de Hong Kong, argumenta que la controversia en cuestión no concierne una inversión en Hong Kong sino la inversión de un nacional chino en el Perú. Explica además que los tratados de protección y promoción de las inversiones que ha ratificado Hong Kong pueden válidamente coexistir con aquellos que ha firmado la China y que en este caso particular, el Demandante puede ampararse bajo el APPRI pues al hacerlo no vulneraría la diversidad de nacionalidad que subyace al derecho internacional en materia de protección de las inversiones<sup>(12)</sup>. Finalmente, el Demandante indica también que el APPRI no contiene limitaciones en materia territorial y que la República Popular China no ha presentado la notificación escrita que exigiría el Artículo 70 del Convenio CIADI para limitar la aplicación territorial del mismo en la China<sup>(13)</sup>.

51. Por último, el Demandante argumenta que la definición de inversionista en el APPRI con respecto a la República Popular China se limita a exigir nacionalidad china sin entrar a hacer distinciones con base en su domicilio o residencia. Señala adicionalmente que no existen indicios que indiquen que en este caso el inversionista ostente una nacionalidad dominante o efectiva distinta a la china<sup>(14)</sup>.

---

de Hong Kong que el APPRI entre la República Popular China y la República del Perú no es aplicable en esa jurisdicción. En apoyo a sus argumentos a este respecto, la Parte Demandada también presentó la Declaración escrita del testigo Jianghong Fan, negociador del APPRI por parte la República Popular China.

(10) Memorial de Contestación de la Demandante (en adelante Memorial de Contestación), párrafos 38-46. En apoyo a sus argumentos, la Parte Demandante presentó las Declaraciones de los expertos Prof. Dayuan Han y Prof. Jiao Hongchang.

(11) Memorial de Contestación, párrafo 41, pie de página 4. Ver también las Declaraciones de los expertos Hongchang Jiao, página 6 y Prof. Dayuan Han, párrafo 31.

(12) Memorial de Contestación, párrafos 51-68.

(13) Memorial de Contestación, párrafos 69-86.

(14) Memorial de Contestación, párrafos 89-109.

**(3) Análisis del Tribunal****(a) El Demandante ha demostrado gozar de la nacionalidad china**

52. El Tribunal debe en primer lugar verificar que se cumplan los presupuestos de nacionalidad exigidos por el Artículo 25 del Convenio CIADI. Dicho Artículo requiere que el Demandante como persona natural tenga, en la fecha en que las Partes consintieron someter su diferencia a arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud de arbitraje respectiva, la nacionalidad de un Estado Contratante distinta a la del Estado parte en la diferencia.

53. Para ello es necesario que el Tribunal recurra al texto del Tratado bajo el cual el Demandante ha presentado su solicitud de arbitraje. La disposición 1(2) del APPRI establece que «El término ‘inversionistas’ significa: Con respecto a la República Popular China: (a) Personas naturales que tengan la nacionalidad de la República Popular China de conformidad con sus leyes...»

54. No está en disputa que bajo el derecho internacional, le corresponde a cada Estado determinar de acuerdo con sus leyes las personas que son sus nacionales. Las Partes y sus respectivos expertos a este respecto están de acuerdo que la Ley de Nacionalidad de la República Popular China es la ley que gobierna la adquisición y pérdida de la nacionalidad china y que la misma tiene vigencia en la Región Administrativa Especial de Hong Kong (Hong Kong)<sup>(15)</sup>.

55. Como prueba de su nacionalidad de acuerdo con lo anterior, el Demandante presentó la siguiente prueba:

- Copia de su pasaporte emitido por la Región Administrativa Especial de Hong Kong de la República Popular China en el cual se afirma en dos apartes diferentes que ostenta la nacionalidad china y en el cual se indica que su lugar de nacimiento es la provincia de Fujian<sup>(16)</sup>;
- Copia de su documento de identidad nacional expedido por la Región Administrativa Especial de Hong Kong en el que se indica que su lugar de nacimiento es la China continental y el cual fue originalmente expedido en el año de 1972<sup>(17)</sup>;
- Declaración jurada ante un notario público de la provincia de Fujian afirmando haber nacido en esa provincia de padres chinos y no gozar de nacionalidad distinta a la China<sup>(18)</sup>;

---

(15) Declaración del Prof. An Chen, párrafo 26, Declaración del Prof. Han, párrafos 14-15 y Declaración del Prof. Jiao página 1.

(16) Anexo II-2 al Memorial de Contestación.

(17) Anexo II-3 al Memorial de Contestación.

(18) Anexo II-4 al Memorial de Contestación.

- Certificado expedido por un notario público de la provincia de Fujian afirmando que el Demandante nació en la Provincia<sup>(19)</sup>.

56. La Parte Demandada argumenta que estos documentos meramente constituyen prueba *prima facie* de la nacionalidad del Demandante<sup>(20)</sup>. Según explicó su experto en esta materia, sólo el certificado de nacimiento del Demandante puede probar en forma definitiva la nacionalidad china del Demandante<sup>(21)</sup>. La naturaleza de los argumentos de la Parte Demandada parecen entonces girar en torno a si el Demandante ha demostrado con absoluta certeza que goza de la nacionalidad china.

57. El Tribunal observa que de los argumentos de las Partes se advierte lo siguiente:

- No se cuestiona la veracidad de los documentos aportados por el Demandante;
- No se afirma ni se adjunta prueba que el Demandante haya adquirido nacionalidad china de forma fraudulenta o por error;
- No se afirma ni se adjunta prueba que el Demandante goce de una segunda nacionalidad o de nacionalidad diferente a la china;
- No se afirma ni se adjunta prueba que el Demandante gozando de la nacionalidad china haya incurrido en causales que den lugar a su pérdida.

58. En opinión del Tribunal, la prueba presentada por el Demandante en su conjunto es suficiente para demostrar que el Demandante goza de la nacionalidad china. Al Tribunal le corresponde considerar y analizar la prueba presentada y determinar si el Demandante ha demostrado que goza de la nacionalidad china. El Tribunal llega a su conclusión en ejercicio de las facultades que le asisten bajo la Regla 34 de las Reglas de Arbitraje que determinan que el mismo decidirá sobre la admisibilidad de cualquier prueba rendida y de su valor probatorio.

59. Tal como lo explican los expertos en la materia presentados por las Partes, la Ley de Nacionalidad le confiere nacionalidad china a las personas naturales de des-

<sup>(19)</sup> Anexo II-5 al Memorial de Contestación.

<sup>(20)</sup> Es su Escrito Post-Audiencia sobre Objeciones a la Jurisdicción la Parte Demandada afirma: «Claimant produced a copy of his HKSAR passport, which states that he has Chinese nationality. [...] The experts on Chinese law agree that Claimant's HKSAR passport constitutes *prima facie* evidence of his Chinese nationality [...] Although Claimant has offered *prima facie* evidence of his Chinese nationality, that is not sufficient to qualify for protection under the treaty.» Párrafos 14-19.

<sup>(21)</sup> Memorial de Objeciones de Jurisdicción y Admisibilidad, párrafos 55, 60, 63 y Declaración del Prof. An Chen, párrafo 38.

endencia china nacidas en territorio chino y prohíbe a su vez, que los nacionales chinos gocen de una nacionalidad distinta a la china<sup>(22)</sup>.

60. Los expertos también explican que la Ley de Nacionalidad tiene vigencia en la Región Administrativa Especial de Hong Kong (Hong Kong) y que para su implementación en la misma fue objeto de interpretación por parte del Comité Permanente de la Asamblea Nacional Popular. En sus explicaciones a algunas preguntas sobre la implementación de la Ley de Nacionalidad en Hong Kong, el Comité dispuso que los residentes de Hong Kong de descendencia china y nacidos en territorios chinos (incluyendo Hong Kong) son nacionales de China<sup>(23)</sup>.

61. En los documentos aportados por la Parte Demandante se indica que el Demandante nació en la Provincia China de Fujian de padres chinos y que es residente de Hong Kong desde el año de 1972. Estos hechos no han sido cuestionados por la Parte Demandada. Entonces, de acuerdo con la Ley de Nacionalidad y la interpretación que de la misma hizo el Comité Permanente de la Asamblea Nacional Popular para su aplicación en Hong Kong, parecería quedar claro en primera instancia que el Demandante goza válidamente de la nacionalidad china.

62. Estos factores serían los que presumiblemente habrían llevado al Departamento de Inmigración de Hong Kong a expedirle al Demandante un pasaporte en cuya copia se indica que su nacionalidad es china y en el que adicionalmente se advierte en dos apartes que su portador es un ciudadano chino<sup>(24)</sup>. Según lo explicó la Parte Demandada, el Departamento de Inmigración de Hong Kong expide pasaportes a los nacionales chinos residentes en Hong Kong. Para ello, el Demandante habría tenido que indicar en su aplicación su lugar de nacimiento y declarar que era ciudadano chino<sup>(25)</sup>.

63. En opinión del Tribunal, la nacionalidad que le confiere un Estado a una persona en aplicación de sus leyes goza de una fuerte presunción de validez<sup>(26)</sup>. El Tribunal arbitral puede atender razones que desvirtúen esta presunción<sup>(27)</sup>. Sin embargo, es la

---

(22) Ver por ejemplo la Declaración del Prof. An Chen, párrafos 27 y 28, sobre los Artículos 3 y 4 de la Ley de Nacionalidad.

(23) Declaración del Prof. An Chen, párrafos 35 y 36. Ver también la Declaración del Prof. Jiao Hongchang, página 4 y la Declaración del Prof. Dayuan Han, párrafo 29.

(24) Copia del pasaporte del Demandante, Anexo II-2 del Memorial de Contestación.

(25) Memorial de Objeciones a Jurisdicción y Admisibilidad, párrafo 59.

(26) El Tribunal está de acuerdo con la posición de la Parte Demandada a este respecto cuando afirma, «In deciding the issue of nationality, Tribunals must accord great weight to the nationality law of the State in question and to *the interpretation and application of that law by its authorities.*» Escrito Post-Audiencia, párrafo 14. El énfasis sobre el anterior aparte es obra del Tribunal.

(27) Comentarios al texto del artículo 4 del proyecto de artículos sobre la protección diplomática (2006) página 34. Adicionalmente, el tribunal de arbitraje en *Hussein Nuaman Soufraki v. United Arab Emirates* (Caso CIADI N° ARB/02/7), expresó: «It is accepted in international

Parte Demandada la que tiene una onerosa carga de la prueba para desvirtuar dicha presunción. Así lo ha confirmado recientemente la decisión en *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20 al afirmar lo siguiente:

[L]a carga de probar que la nacionalidad fue adquirida de un modo inconsistente con el derecho internacional recae sobre la parte que objeta la nacionalidad. En tal respecto, existe una presunción a favor de la validez del otorgamiento de la nacionalidad por parte del Estado. **Desvirtuar dicha presunción constituye una ardua tarea**<sup>(28)</sup>. (Traducción del Tribunal)

64. El Tribunal no pretende desatender el argumento central de la Parte Demandada al explicar que sólo el certificado de nacimiento del Demandante es prueba suficiente de su nacionalidad china. El Tribunal sin embargo, no ha encontrado que dicha exigencia esté expresamente prescrita ni en la Ley de Nacionalidad, ni en la Ordenanza de Pasaportes de Hong Kong, ni en ninguna otra disposición legal que haya sido puesta a su consideración por la Parte Demandada y su experto en esta materia.

65. La intención del Tribunal entonces no es la de imprimirle su propia interpretación a los medios probatorios que bajo derecho chino serían suficientes para demostrar con certeza la nacionalidad china de la Parte Demandante. Simplemente, pretende resaltar que para efectos de su análisis, la ausencia de prueba fehaciente al respecto, no le permite relevar a la Parte Demandada de la onerosa carga de la prueba que pesa sobre ella.

66. En este orden de ideas, el Tribunal encuentra que el Demandante ha demostrado que gozaba de la nacionalidad china en la fecha en que las Partes consintieron someter su diferencia a arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud de

---

law that nationality is within the domestic jurisdiction of the State, which settles, by its own legislation, the rules relating to the acquisition (and loss) of its nationality [...] But it is no less accepted that when, in international arbitral or judicial proceedings, the nationality of a person is challenged, the international tribunal is competent to pass upon that challenge. It Hill accord great weight to the nationality law of the State in question and to the interpretation and application of that law by its authorities. But it will in the end decide for itself whether, on the facts and law before it, the person whose nationality is at issue was or was not a national of the State in question and when, and what follows from that finding. Where, as in the instant case, the jurisdiction of an international tribunal turns on an issue of nationality, the international tribunal is empowered, indeed bound, to decide that issue.» Laudo de julio 7, 2004, párrafo 55; citado por la Parte Demandada en su Memorial de Objeciones a Jurisdicción y Admisibilidad, párrafo 46.

(28) Decisión sobre jurisdicción y admisibilidad en *Ioan Micula et. al. v. Rumania*, (Caso CIADI N° ARB/05/20), de 24 de septiembre de 2008, párrafo 87, citando los comentarios al texto del artículo 4 del proyecto de artículos sobre la protección diplomática (2006), página 34. El énfasis sobre el aparte citado es obra del tribunal.

arbitraje respectiva. Con ello, el Demandante satisface para efectos de este proceso arbitral las exigencias en materia de nacionalidad del Convenio CIADI y del APPRI.

**(b) El Demandante está amparado por el APPRI**

67. En segunda instancia, la Parte Demandada ha argumentado que aún cuando el Demandante hubiese probado gozar de la nacionalidad china, su condición de residente en la Región Administrativa Especial de Hong Kong no le permitiría ampararse bajo el APPRI. Para ello hace énfasis en que la definición de inversionistas con respecto a la República Popular China cobija sólo a aquellas «personas naturales que tengan la nacionalidad de la República Popular China de conformidad con sus leyes...» En su opinión, el conjunto de leyes que gobiernan la relación de la República Popular China con Hong Kong, le conceden a la región un alto grado de autonomía que excluiría a sus residentes del ámbito de aplicación del APPRI.

68. Antes que todo, no sobra reiterar que lo que el Tribunal debe determinar a estas alturas del procedimiento es si el Demandante en este caso tiene la capacidad requerida para someter su disputa con respecto a su inversión en la República del Perú a arbitraje internacional bajo el Convenio CIADI y el APPRI. A estos efectos la determinación de la aplicabilidad del APPRI en la región de Hong Kong es innecesaria y no es objeto del análisis del Tribunal<sup>(29)</sup>.

69. En este entendido, el Tribunal está llamado a verificar que se cumplan los requisitos de jurisdicción bajo el Convenio CIADI y el APPRI. De acuerdo con lo anterior, el Tribunal es de la opinión que ni en el Convenio CIADI ni en el APPRI se advierte que los nacionales de China con residencia en Hong Kong no estén amparados por los mismos.

70. En primer lugar, el Tribunal toma nota que el Artículo 25 del Convenio CIADI solamente establece que la jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. La labor del Tribunal entonces bajo el Convenio CIADI se circunscribe a verificar que el Demandante tenga la nacionalidad de un Estado Contratante<sup>(30)</sup>. Tal como ha quedado establecido por el Tribunal con anterioridad, el Demandante ha demostrado gozar de la nacionalidad de la República Popular China. Por lo tanto, todos los nacionales

<sup>(29)</sup> En todo caso, el Tribunal toma nota que de acuerdo con el artículo 70 del Convenio CIADI, la República Popular China no ha notificado su deseo de excluir a Hong Kong de la aplicación del Convenio, no obstante ser responsable de sus relaciones exteriores de acuerdo con la Declaración Conjunta de los Gobiernos del Reino Unido de la Gran Bretaña y de Irlanda del Norte y de la República Popular China sobre Hong Kong de diciembre de 1984.

<sup>(30)</sup> La Parte Demandada declaró estar de acuerdo a este respecto en su escrito Post-Audiencia, párrafo 40, afirmando: «If this Tribunal finds that Claimant's *prima facie* showing of Chinese nationality is sufficient to prove that he is a national of China under Article 25(2)(a) of the ICSID Convention, then this particular requirement of Article 25(1) would be met (a dispute between Peru, a Contracting State, and a national of China, another Contracting State).»

chinos, incluyendo aquellos con residencia en Hong Kong, están comprendidos dentro del ámbito del Artículo 25 del Convenio CIADI.

71. De forma similar, el Tribunal no observa que del texto del APPRI se advierta que de su ámbito de aplicabilidad estén excluidos aquellos nacionales chinos con residencia en Hong Kong. De acuerdo con lo prescrito por el Artículo 31 de la Convención de Viena, el Tribunal debe interpretar los apartes relevantes del APPRI de buena fe y de acuerdo al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del Tratado en el contexto de este y teniendo en cuenta su objeto y fin.

72. Así, el Tribunal observa que el aparte 1(2) del APPRI meramente establece que «El término «inversionistas» significa: Con respecto a la República Popular China: (a) Personas naturales que tengan la nacionalidad de la República Popular China de conformidad con sus leyes...» El Tribunal es de la opinión que debe dársele efecto a la intención de las partes al APPRI tal como quedó expresado en los términos del tratado<sup>(31)</sup>.

73. Para el Tribunal queda claro entonces que el acápite anterior circunscribe las mencionadas leyes a aquellas que gobiernan la adquisición y pérdida de la nacionalidad china. Por lo tanto y en aras de discusión, aun cuando el APPRI pudiese no ser aplicable a las inversiones de nacionales peruanos en Hong Kong, no existiría correlación necesaria que impidiese que las inversiones de nacionales chinos con residencia en Hong Kong o en una tercera jurisdicción estuviesen amparados por el APPRI.

74. Adicionalmente, en opinión del Tribunal, la Parte Demandada no ha demostrado convincentemente que la intención de las Partes al APPRI era la de excluir de su aplicación a los residentes de Hong Kong. Aun si se hubiese demostrado que esa era la intención de las Partes al APPRI, era necesario que dicha excepción a la regla (i.e. nacionales chinos) constara explícitamente en el Tratado. Contrario a lo que se ha sugerido, la suscripción del APPRI en fecha tan cercana a la del traspaso de soberanía sobre Hong Kong, lo hubiese ameritado.

75. Establecido lo anterior, el análisis de las disposiciones legales que regulan otras particularidades en la región administrativa especial de Hong Kong, fuera de aquellas que estrictamente determinen la nacionalidad de sus residentes, no son relevantes para establecer si los nacionales chinos con residencia en esa región están amparados bajo el APPRI.

76. Aun así, la capacidad de Hong Kong de celebrar sus propios tratados de promoción y protección de inversiones con países con los cuales la China también tiene un APPRI no es necesariamente redundante<sup>(32)</sup>. Hong Kong históricamente ha albergado a

<sup>(31)</sup> Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, Artículo 31. Ver a este respecto la decisiones en *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic*, (Caso CIADI No. ARB/03/17). Decisión de Jurisdicción de 16 de mayo de 2006, párrafo 54; *Nacional Grid PLC v. The Argentine Republic*, UNCITRAL, Decisión de Jurisdicción de 20 de junio de 2006, párrafo 80.

<sup>(32)</sup> A este respecto, el Tribunal advierte por si acaso que entiende que la República del Perú y Hong Kong no han suscrito un APPRI.

personas de múltiples nacionalidades. Por ello, es posible que el gobierno regional haya desarrollado una política que buscara promover y proteger las inversiones en terceros países en beneficio de todos sus residentes, cualquiera que fuera su nacionalidad. En conclusión, tal como ha sido explicado anteriormente, el Tribunal ha determinado que el Demandante ha demostrado gozar de la nacionalidad china bajo las disposiciones legales relevantes en el tema de nacionalidad y que gobiernan la adquisición y pérdida de la misma incluso para las personas residentes en Hong Kong.

77. Así, al no existir limitación expresa a la capacidad de los nacionales chinos con residencia en Hong Kong ni en el Convenio CIADI ni en el APPRI, el Tribunal no puede desconocer la legitimación en la causa del Demandante para someter su disputa con la República del Perú a arbitraje internacional del CIADI.

## **B. EL DEMANDANTE NO LLEVÓ A CABO UNA INVERSIÓN CON ANTERIORIDAD AL SURGIMIENTO DE LA DISPUTA**

### **(1) Argumentos de la Parte Demandada**

78. La Parte Demandada argumenta que el Demandante no tenía una inversión en el Perú al momento de surgir la disputa de TSG con el Estado peruano. Afirma que el APPRI protege únicamente a los inversionistas que ostenten dicha calidad al momento de presentarse la controversia con el Estado receptor<sup>(33)</sup>.

79. En su Memorial de Objeciones la parte Demandada explica que una disputa se presenta cuando las partes están en desacuerdo sobre los hechos o derechos o de la existencia o ámbito de un derecho o una obligación. A su parecer, la disputa se presentó a más tardar en septiembre de 2004 cuando la SUNAT emitió el informe de auditoría fiscal de TSG en el cual además resolvió las quejas que había presentado TSG en el curso de la misma. Agrega que en todo caso el Demandante reconoce que la disputa surgió en diciembre de 2004 cuando la SUNAT notificó a TSG de su deuda tributaria y TSG a su vez, presentó un «Recurso de Reclamación» contra la misma. Señala entonces que el Demandante solo adquirió las acciones de la empresa intermediaria y matriz de TSG (Linkvest) hasta el 3 de enero de 2005 y directamente las acciones de TSG el 27 de febrero de 2005<sup>(34)</sup>.

<sup>(33)</sup> Memorial de Objeciones a Jurisdicción y Admisibilidad, párrafos 209-214, citando entre otras fuentes el Laudo en *Saluka Investments BV v. The Czech Republic* UNCITRAL, Laudo Parcial de 17 de marzo de 2006, párrafos 196 y 244; y la Decisión del Comité de Anulación en *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic* (Caso CIADI No. ARB/97/3) de 3 julio de, 2002, párrafo 50.

<sup>(34)</sup> Memorial de Objeciones a Jurisdicción y Admisibilidad, párrafos 215-221, citando entre otras fuentes el Laudo en *Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Peru, S.A. v. Republic of Peru* (Caso CIADI No. ARB/03/4) de 7 de febrero de 2005, párrafo 48) y la Decisión en *El Paso Energy Internacional Company v. The Argentine Republic* Caso CIADI No. ARB/03/15) de 27 de abril de 2006, párrafos 61-62. Ver también escrito Post- Audiencia de la Parte Demandada, párrafos 64-71.

80. La Parte Demandada también argumenta que la compra de Linkvest, empresa intermediaria y matriz de TSG, tampoco constituyó una inversión del Demandante en el territorio del Perú. Explica que el APPRI no ampara las inversiones indirectas de nacionales chinos en el Perú y que el país ha suscrito otros tratados en los que expresamente protege las inversiones indirectas. Agrega además que el Demandante no ha demostrado su adquisición de las acciones de la empresa o que ejerce control sobre la misma<sup>(35)</sup>.

81. Por último, indica que el Demandante no ha proporcionado los documentos que evidencien su compra directa del 90% de las acciones de TSG en febrero 27 de 2005<sup>(36)</sup>. Agrega que en todo caso esta adquisición, si hubiese ocurrido, no puede permitirle al Demandante valerse del APPRI por razones de conveniencia y equivaldría además a darle un mejor derecho del que le asistía a Linkvest, una compañía de las Islas Vírgenes Británicas<sup>(37)</sup>.

## (2) Argumentos de la Parte Demandante

82. En su Memorial de Contestación, el Demandante explica que sus reclamos versan sobre la imposición de «Medidas Preventivas de Embargo» por la SUNAT el 28 de enero de 2005 y su negativa a levantarlas el 2 de marzo de 2005. Alega el Demandante que los hechos acaecidos con anterioridad a esa fecha meramente ilustran el contexto en el cual la SUNAT adoptó las medidas en cuestión pero no se encuentran en disputa<sup>(38)</sup>.

83. La Parte Demandante indica además que en todo caso ha proporcionado los documentos que demuestran su control de la empresa intermediaria Linkvest y su inversión indirecta en el Perú a través de la misma a partir del mes de febrero de 2002. Argumenta que el APPRI ampara las inversiones indirectas en el Perú a través del Protocolo del mismo en el cual se le conceden a inversionistas y sus inversiones en el territorio del Perú trato no menos favorable que aquel otorgado a inversionistas de la República del Perú. Agrega por último, que en todo caso, otros laudos confirman un mismo resultado bajo el derecho internacional de las inversiones<sup>(39)</sup>.

<sup>(35)</sup> Memorial de Objeciones a Jurisdicción y Admisibilidad, párrafos 93-98. Ver también escrito Post-Audiencia de la Parte Demandada, párrafos 56-60.

<sup>(36)</sup> Memorial de Objeciones a Jurisdicción y Admisibilidad, párrafos 93-98.

<sup>(37)</sup> Memorial de Objeciones a Jurisdicción y Admisibilidad, párrafos 222-234, citando entre otras fuentes, el laudo en *Mibaly Internacional Corp. v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* (Caso CIADI No. ARB/00/2) Laudo de 15 de marzo de 2002, párrafo 24; y *Banro American Resources Inc. and Société Aurifère du Kivi et du Maniema SARL v. Democratic Republic of the Congo* (Caso CIADI No. ARB/98/7) Laudo (extractos) de 1 de octubre de 2000, párrafos 5 y 6. Ver también escrito Post-Audiencia de la Parte Demandada, párrafos 72-74.

<sup>(38)</sup> Memorial de Contestación, párrafos 261-266. Ver también escrito Post-Audiencia de la Parte Demandante, párrafos 25-34.

<sup>(39)</sup> Memorial de Contestación, párrafos 110-112 y 267-285, citando entre otras fuentes: el Laudo en *Mr. Franz Sedelmayer vs. The Russian Federation* de 7 de julio de 1998 y la Decisión en

**(3) Análisis del Tribunal**

84. El Memorial de objeciones de jurisdicción y admisibilidad presentado por la Parte Demandada contiene los siguientes argumentos:

- El Demandante no ha demostrado que llevó a cabo una inversión en el Perú al momento de surgir la disputa.
- El APPRI no protege las inversiones indirectas de inversionistas chinos en el Perú.

**(a) El Demandante sí tenía una inversión en Perú al surgir la disputa**

85. La Parte Demandada argumenta que el Demandante no ha demostrado que llevó a cabo inversiones en territorio peruano con anterioridad al surgimiento de la disputa. En primer lugar explica que la constitución de Linkvest en enero del 2002, a su vez, no constituyó una inversión en territorio peruano y que la adquisición de TSG por Linkvest en mayo de 2002 no fue la inversión directa de un nacional chino. En segundo lugar, agrega, que la adquisición directa de acciones de TSG en el Perú por parte del Demandante en febrero de 2005, habría ocurrido con posterioridad al surgimiento de la disputa.

86. A estos efectos, al Tribunal le corresponde confirmar bajo el Convenio CIADI y el APPRI lo siguiente:

- Que la controversia se presenta entre un inversionista de un Estado o Parte Contratante y otro Estado o Parte Contratante.
- Que la controversia surge directamente de, y es relativa a, una inversión del inversionista en el territorio del otro Estado o Parte Contratante.

87. La labor del Tribunal en este caso entonces es la de verificar que el Demandante haya llevado a cabo una inversión en territorio peruano con anterioridad al surgimiento de la disputa. La disputa entre las Partes surge de una auditoría de la SUNAT a la compañía TSG que comenzó en mayo de 2004 y que dio lugar al embargo de las cuentas bancarias del Demandante el 28 de enero de 2005.

88. Para el Tribunal, es evidente que el Demandante llevó a cabo una inversión en el Perú mucho antes que siquiera se iniciara la auditoría de la SUNAT. Así lo demuestran en su conjunto los documentos presentados por el Demandante y cuya veracidad no ha sido cuestionada por la Parte Demandada:

- 20 Noviembre, 2001: El Demandante, Sr. Tza Yap Shum, le solicita al Sr. Orlando Siu incorporar una compañía en el Perú como parte

---

*Siemens A.G. y República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/8) de 3 de agosto de 2004, párrafo 137. Ver también escrito Post- Audiencia de la Parte Demandante, párrafos 17-24.

de un proyecto pesquero y sugiere entre otros que lleve el nombre de TGS Perú<sup>(40)</sup>.

- 7 Diciembre, 2001: El Sr. Siu constituye la empresa TSG Perú S.A.C. (TSG) en el Perú declarando como objeto social entre otros la elaboración y fabricación de harina de pescado<sup>(41)</sup>.
- Diciembre 2002: El Sr. Shum suscribe tres acuerdos con terceras personas en lo que se declara que es dueño de un proyecto de inversión en la industria de harina de pescado en el Perú y que controla el mismo a través de TSG y de una segunda compañía que incorporará *offshore*<sup>(42)</sup>.
- 31 Enero, 2002: Se constituye la empresa Linkvest Internacional Ltd. en las Islas Vírgenes Británicas cuyo accionista y beneficiario único es el Sr. Tza Yap Shum<sup>(43)</sup>.
- 7 Febrero, 2002: Se enmiendan los acuerdos del mes de diciembre de 2002 para indicar que el nombre de la compañía *offshore* a través de la cual el Sr. Shum canalizará su inversión en el Perú es Linkvest<sup>(44)</sup>.
- 6 Mayo, 2002: Linkvest adquiere el 90% de las acciones de la compañía TSG<sup>(45)</sup>.
- 27 Febrero, 2005: El Sr. Shum adquiere directamente el 90% de las acciones de TSG de parte de Linkvest<sup>(46)</sup>.

89. De los documentos aportados por el Demandante se advierte que el Sr. Shum actuó desde un principio como gestor de un proyecto de inversión en la industria de harina de pescado en el Perú. Para ello primero gestionó la constitución de TSG en el Perú para ejercer la actividad productiva y posteriormente la de Linkvest en las Islas Vírgenes como medio a través del cual canalizar su control y su flujos financieros hacia TSG. Adicionalmente a lo anterior también es evidente que el Demandante ejerció derechos de propiedad y el control sobre TSG en su calidad de promotor de TSG y accionista mayoritario de Linkvest.

(40) Carta del Demandante a la Secretaría del 30 de mayo de 2008 anexando su producción documental (última página de la misma) y Anexo II-10 del Memorial de Contestación.

(41) Anexo D a la solicitud de arbitraje.

(42) Carta del Demandante a la Secretaría del 30 de mayo de 2008 anexando su producción documental.

(43) Anexo M a la solicitud de arbitraje y Anexo II-10 del Memorial de Contestación.

(44) Carta del Demandante a la Secretaría del 30 de mayo de 2008 anexando su producción documental y Anexo II- 10 del Memorial de Contestación.

(45) Anexo L a la solicitud de arbitraje y Anexo II-10 del Memorial de Contestación.

(46) Anexo L a la solicitud de arbitraje y Anexo II-10 del Memorial de Contestación.

90. Por esta razón, no es necesario entrar a determinar el impacto de la adquisición directa de TSG por parte del Demandante en 27 febrero de 2005. Si bien es cierto que dicha adquisición ocurrió con posterioridad a los hechos que dieron origen a la disputa y a las medidas cautelares sobre las cuales reclama el Demandante, en virtud de lo anterior la misma no afecta la capacidad del Demandante de reclamar bajo el APPRI.

**(b) El APPRI sí ampara las inversiones indirectas de inversionistas chinos en Perú**

91. De acuerdo con sus presentaciones escritas y orales, la Parte Demandada también argumenta que el APPRI no ampara las inversiones indirectas de nacionales chinos en el Perú. A este respecto es importante hacer unas aclaraciones preliminares.

92. En primer lugar no sobra aclarar que la objeción de la Parte Demandada a este respecto no gira en torno a la capacidad del inversionista de reclamar en su calidad de accionista indirecto de TSG<sup>(47)</sup>. Más bien, su objeción está enfocada a cuestionar si la decisión del inversionista de canalizar su inversión a través de Linkvest, una compañía de las Islas Vírgenes Británicas, lo excluye del ámbito de aplicación del Convenio CIADI y el APPRI.

93. En segundo lugar, se observa que habiéndose establecido que el Demandante goza de la nacionalidad china y que ejerce la propiedad y el control último sobre la inversión (TSG), no estamos frente a una situación en la que el Demandante esté asumiendo una nacionalidad de conveniencia para valerse de las protecciones que le asisten a los ciudadanos chinos bajo el Convenio CIADI y el APPRI<sup>(48)</sup>.

94. Por último, en las presentaciones escritas y orales de la Parte Demandada, no se ha demostrado que bajo el derecho internacional de las inversiones existe por principio una prohibición o exclusión a las inversiones indirectas. Al contrario, existen fuentes que indican lo contrario tanto respecto del Convenio CIADI como del derecho internacional de las inversiones.

**(c) Antecedentes relevantes**

95. El párrafo primero del Artículo 25 del Convenio CIADI simplemente establece que: «la jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica

---

<sup>(47)</sup> Objeción que por cierto ha sido objeto de varios laudos recientes sobre reclamos presentados en contra de la República Argentina y en los cuales se ha reconocido la capacidad de accionistas indirectos y minoritarios de presentar reclamos bajo el Convenio CIADI y los APPRI respectivos.

<sup>(48)</sup> Por lo tanto, no es una situación afín a la que han tratado otros tribunales arbitrales y en los que se ha discutido las condiciones bajo las cuales procedería levantar el velo corporativo de una persona jurídica demandante para dilucidar las personas que en última instancia controlan y se benefician de la inversión.

que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro....»

96. De lo anterior no se advierte que el Convenio establezca diferencia alguna entre las inversiones directas e indirectas. Por lo tanto, verificado el requisito de que existe una inversión, al Tribunal no le corresponde entrar a hacerla y menos atribuirle efectos jurídicos a la misma. La conclusión del Tribunal a este respecto se ve apoyada por el caso *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels v. Senegal* en el cual el Tribunal arbitral no vio obstáculo alguno para afirmar su jurisdicción no obstante los inversionistas Belgas habían canalizado su inversión en Senegal a través de una sociedad de un tercer país no contratante del Convenio CIADI<sup>(49)</sup>.

97. Por parte del derecho internacional en materia de arbitraje internacional de inversiones, existen también precedentes en los que no se han identificado obstáculos a la jurisdicción de los tribunales ya sea bajo el Convenio CIADI o los AAPRI respectivos al amparo de los cuales se presentaron los reclamos<sup>(50)</sup>.

98. Por ejemplo, el Tribunal en *Waste Management Inc. v. Estados Unidos Mexicanos* apoyándose en una definición amplia del término «inversión» en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte concluyó que «cuando un tratado consigna en detalle y con precisión los requisitos necesarios para hacer una reclamación, no cabe la implicación de que el tratado incorpora otros requisitos, ya sea con base en supuestos requisitos de derecho internacional general en el campo de la protección diplomática o de otro tipo. *Si las Partes del TLCAN hubiesen deseado restringir sus obligaciones en materia de conducta a empresas o inversiones que tuviesen la nacionalidad de una de las otras Partes, habrían podido hacerlo...La nacionalidad de una compañía controladora intermediaria no es pertinente a esta reclamación*» (énfasis es obra del Tribunal)<sup>(51)</sup>.

99. Más recientemente otro tribunal, en el caso *Société Générale v. The Dominican Republic* llegó a una conclusión similar. Valiéndose de una definición amplia del término «inversión» en el APPRI subyacente entre Francia y la República Dominicana afirmó lo siguiente: «*El Tribunal también constató que el Tratado, al definir inversión de la manera amplia explicada, incluyendo las formas minoritarias o indirectas de par-*

(49) *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels v. Senegal*, (Caso CIADI No. ARB/82/1), Laudo del 25 de febrero de 1988, párrafos 35-38. Ver también la nota introductoria de la Secretaría del CIADI al Laudo, disponible en la página de Internet de la misma.

(50) Adicionalmente, a los casos que se anotan a continuación, un ejemplo de ello es el caso en *AIG Capital Partners, Inc. and CJSC Tema Real Estate Company v. Republic of Kazakhstan*, (Caso CIADI No. ARB/01/6) Laudo del 7 de Octubre del 2007, sección 9.4.8.

(51) *Waste Management Inc. v. Estados Unidos Mexicanos*, (Caso CIADI No. ARB(AF)/98/2), Laudo de 30 de abril 30 de 2004, párrafo 85.

*tipificaciones accionarias, necesariamente implica que pueden existir una o más capas de empresas intermedias con interés que intervengan entre el demandante y la inversión»*<sup>(52)</sup>. (Traducción del Tribunal)

100. Los ejemplos anteriores bien pueden diferenciarse del caso que nos ocupa partiendo del lenguaje particular empleado en cada uno de los AAPPRI que ampararon esas controversias y que sí hicieron distinción entre inversiones directas e indirectas. Sin embargo, una lectura pausada de estos casos, permite advertir que la preocupación principal de los tribunales era la de dilucidar la nacionalidad de los inversionistas y no la de vehículos societarios a través de los cuales se había canalizado la inversión. En otras palabras, para efectos de afirmar su jurisdicción en razón a su materia, esos tribunales han entendido como su labor primaria la de identificar la inversión, no en cuanto a la forma en que fue canalizada, sino a su vínculo efectivo con inversionistas que cumplen con los requisitos de nacionalidad bajo el Convenio CIADI y los AAPPRI respectivos<sup>(53)</sup>.

101. Esto lo ha explicado de forma muy clara el Tribunal en el caso de *Siemens A.G. c. República Argentina* al afirmar lo siguiente:

El Tribunal ha realizado un análisis detallado de las referencias que se hacen en el Tratado con respecto a los términos «inversión» e «inversor.» *El Tribunal observa que no hay ninguna referencia explícita a inversiones directas o indirectas como tales en el Tratado.* La definición de «inversión» es muy general. Una inversión es cualquier clase de bien considerado así en virtud de la ley de la Parte Contratante donde la inversión haya sido hecha. Las categorías específicas de inversión incluidas en la definición son incluidas como ejemplos y no con el propósito de excluir aquellas no mencionadas. Los redactores tuvieron la precaución de utilizar las palabras «no exclusivamente» antes de referirse a las categorías de inversiones «particularmente» incluidas. Una de las categorías consiste en «acciones, derechos de participación en sociedades y otro tipo de participaciones en sociedades.» El sentido claro de esta disposición es que las acciones pertenecientes a un accionista alemán están protegidas por el Tratado. El Tratado no dispone que no haya sociedades interpuestas entre la inversión y quien sea el propietario en última instancia de la sociedad. Por tanto, una lectura literal del Tratado

<sup>(52)</sup> *Société Générale In respect of DR Energy Holdings Limited and Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, S.A. v. The Dominican Republic*, Laudo de Objeciones Preliminares a la Jurisdicción, de 19 de septiembre de 2008, párrafo 52 y Anexo 1. Es importante que tal como lo ilustra el Anexo, varias de las compañías intermedias entre el inversionista y su inversión estaban incorporadas en terceros países.

<sup>(53)</sup> Ver en términos generales es escrito de Cristoph Schreuer, «Shareholder Protection in international investment Law.»

no apoya la alegación de que la definición de inversión excluya inversiones indirectas (el subrayado es del Tribunal)<sup>(54)</sup>.

**(d) Interpretación del APPRI en cuestión**

102. Con las anotaciones anteriores en mente, al Tribunal procede a interpretar el APPRI de acuerdo con las reglas que al respecto establece la Convención de Viena. De acuerdo con el Artículo 31 de la Convención de Viena «un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.» Para ello el Tribunal recurrirá principalmente al texto mismo del APPRI como fuente de la intención común de las Partes Contratantes<sup>(55)</sup>.

103. El Tribunal opina que del texto del APPRI en su conjunto, incluyendo su Preámbulo y su Protocolo, se advierte la intención de las Partes Contratantes de promover y proteger las inversiones, y para el caso particular de la República del Perú, la de promover y proteger las inversiones de nacionales chinos en su territorio.

104. Tal como ha sido descrito anteriormente, el aparte 1(2) del APPRI simplemente establece que «El término «inversionistas» significa: Con respecto a la República Popular China: (a) Personas naturales que tengan la nacionalidad de la República Popular China de conformidad con sus leyes...» Por lo tanto, el Tribunal no puede imponerle al Demandante más requisitos que los que expresamente establece el APPRI.

105. Por su parte, el aparte 1(1) del APPRI establece que «[E]l término inversión significa *todo tipo de activo invertido* por los inversionistas de una Parte Contratante de

<sup>(54)</sup> *Siemens A.G. v. República Argentina*, Decisión sobre jurisdicción, de 3 agosto de 2004, párrafo 137. El Tribunal es conciente que existe la preocupación en casos como *Enron Corporation et. al. v. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/3) sobre el impacto que un número plural de sociedades interpuestas puedan tener sobre el vínculo efectivo entre la inversión con los inversionistas. No sobra recordar que en el caso que nos ocupa, el inversionista es de lejos el accionista mayoritario en la única sociedad interpuesta que lo separa de la inversión.

<sup>(55)</sup> Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, Artículo 31. Ver a este respecto las Decisiones en *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic*, (Caso CIADI No. ARB/03/17) Decisión de Jurisdicción de 16 de mayo de 2006, párrafo 54; *Nacional Grid PLC v. The Argentine Republic*, UNCITRAL, Decisión de Jurisdicción de 20 de junio de 2006), párrafo 80. El Tribunal toma nota de la Declaración de la Dra. María del Carmen Vega, negociadora del APPRI, sobre las diferencias en las definiciones de personas jurídicas o entidades económicas respecto de la República del Perú y de la República Popular China. En este caso, el Demandante es una persona natural y el Tribunal se ajusta a las definiciones que respecto de esta categoría establece el APPRI. El Tribunal advierte, sin embargo, que las definiciones de personas jurídicas en el APPRI tampoco limitan la capacidad de las mismas de canalizar sus inversiones a través de terceros países y en todo caso limitan la capacidad de personas jurídicas del Perú que invierten en China (y no la de personas jurídicas Chinas invirtiendo en el Perú) a aquellas controladas directa o indirectamente por nacionales del Perú.

conformidad con las leyes y reglamentos de la otra Parte Contratante en el territorio de esta última, y en particular, *aunque no exclusivamente*, incluye:

- a. Bienes muebles, inmuebles y otros derechos reales tales como hipotecas y prendas;
- b. Acciones, capital y cualquier otra clase de participación en compañías;
- c. Derechos sobre dinero o cualquier otra obligación que tenga valor económico;
- d. *Concesiones conferidas mediante ley o bajo contrato, incluyendo concesiones para la prospección o explotación de recursos naturales*<sup>(56)</sup>.

106. De lo anterior, el Tribunal interpreta, que las Partes Contratantes en su intención de promover y proteger las inversiones, optaron por definir las a través de una formulación amplia que por regla general amparara todo tipo de inversiones. Adicionalmente, a consideración del Tribunal no se ha presentado prueba que las inversiones indirectas no estén «*de conformidad con las leyes y reglamentos*» de la República del Perú<sup>(57)</sup>. Por lo tanto, el Tribunal no encuentra indicaciones en el APPRI que lo lleven por principio a excluir del ámbito de aplicación del Tratado las inversiones indirectas de nacionales chinos en territorio Peruano particularmente cuando se prueba que ejercen la propiedad y en control sobre las mismas.

107. El Tribunal esperaría que una limitación en este sentido hubiese sido plasmada de forma expresa en el APPRI. Por ejemplo, las Partes Contratantes al APPRI bien pudieron acordar un artículo por medio del cual le denegarían los beneficios del Tratado a aquellos inversionistas calificados bajo el mismo pero con inversiones canalizadas a través de terceros países.

108. De lo contrario, el Tribunal estaría arbitrariamente en este caso excluyendo de antemano una categoría de personas naturales del ámbito de aplicación del APPRI y para efectos prácticos estaría enmendando la definición de «inversionistas» con la que el Tratado cubre a todas las personas naturales que tengan nacionalidad de la República Popular China de acuerdo con sus leyes. Esto a su vez resultaría en un ejercicio hermenéutico inusual, en la medida en que el Tribunal estaría infiriendo conclusiones no de los objetivos expresos del APPRI de promover y proteger las inversiones, sino de excepciones implícitas a los mismos.

109. El análisis del Tribunal no se ve alterado por las advertencias sobre otros tratados de inversiones suscritos por las partes al APPRI con terceros países en los que

---

<sup>(56)</sup> El énfasis en ciertos apartes del texto de Artículo 1 del APPRI son obra del Tribunal.

<sup>(57)</sup> Al contrario, ambas Partes han explicado que la Constitución de la República del Perú consagra la igualdad de condiciones para inversionistas nacionales y extranjeros. Ver Memorial de Contestación, párrafos 268-269, y Declaración de María del Carmen Vega, párrafos 40-42 y Anexos 8 y 10.

aparentemente y a diferencia del APPRI sí protegerían de forma expresa las inversiones indirectas. El Tribunal no advierte en ellos razones determinantes sobre el tema en consideración. Por esta razón, el Tribunal no ve mayor utilidad en valerse de otros tratados, particularmente cuando a su consideración no ha sido sometido el universo de tratados de inversión suscritos por las partes al APPRI.

110. El Tribunal sin embargo toma nota que el lenguaje utilizado en los tratados mencionados para referirse a las inversiones indirectas parecería en algunos casos tener propósitos meramente aclarativos o ilustrativos. Incluso en otros casos, el propósito principal del lenguaje utilizado estaría más enfocado a extender la protección de los tratados respectivos a los accionistas indirectos de una compañía que constituye en sí la inversión, y no a diferenciar si la inversión fue canalizada a través de un tercer país<sup>(58)</sup>.

111. De acuerdo con lo expuesto con anterioridad, el Tribunal considera que el APPRI protege las inversiones indirectas de las personas naturales de nacionalidad china en el territorio del Perú. Tal como ha quedado explicado con anterioridad en ausencia de lenguaje expreso en el APPRI, no se puede presumir sin más que la intención del mismo es excluir las inversiones indirectas de personas naturales cuando estas ejercen la propiedad y en control de las mismas.

### C. EL DEMANDANTE NO HA PRESENTADO UN RECLAMO *PRIMA FACIE* DE EXPROPIACIÓN

#### (1) Argumentos de la Parte Demandada

112. La Parte Demandada argumenta en su Memorial de Objeciones que el Demandante no presentó un reclamo que *prima facie* califique como una expropiación bajo el Artículo 4 del APPRI. Argumentó que este es un requisito de carácter objetivo y su evaluación puede requerir una interpretación definitiva de la cláusula respectiva del APPRI. De acuerdo con la Parte Demandada, el Tribunal debe determinar si las violaciones alegadas por el Demandante encajan dentro de las cláusulas del Tratado y le permiten por lo tanto ejercer jurisdicción *rationae materiae*<sup>(59)</sup>.

<sup>(58)</sup> Específicamente, se hizo referencia a los siguientes apartes de tratados suscritos por la República del Perú: el Artículo 1(1)b del Tratado entre la República del Perú y el gobierno de la República en el que se establece:

«[E]l término «inversión designa todos los activos tales como bienes, derechos e intereses de toda naturaleza y, en particular, aunque no exclusivamente: [...] (b) Las acciones, primas en emisión y otras formas de participación, sean minoritarias o indirectas, en las sociedades constituidas en el territorio de una de las partes contratantes; y el Artículo 1(2) del Tratado entre la República del Perú y la Unión Económica Belgo- Luxemburguesa «[T]he term «investment» shall mean every kind of asset and any direct or indirect contribution in cash, in kind or in services, invested or reinvested in any sector of economic activity.»

<sup>(59)</sup> Memorial de Objeciones a Jurisdicción y Admisibilidad, párrafos 183-194, citando entre otras fuentes *SGS Société Générale de Surveillance v. Republic of the Philippines* (Case CIADI ARB/02/6) Decision de Jurisdicción de 29 de enero de 2004, párrafos 26 y 157; *Methanex Corp. v. United States of America* UNCITRAL Laudo Parcial de 7 de agosto de 2002, párrafos

113. La Parte Demandada también argumenta que el Demandante debe probar que el Perú interfirió con su inversión de manera que haya privado sustancialmente a la misma de su valor económico, uso o goce. Agregó que dicha interferencia debe ser de una magnitud tal que sea equivalente a una toma efectiva de la propiedad. De acuerdo a su parecer, la inversión no fue llevada a la bancarrota como resultado de las medidas de la SUNAT, ni la viabilidad económica y las actividades de la compañía resultaron destruidas o paralizadas. Al contrario, afirma que TSG llevó acabo exportaciones tras las medidas de la SUNAT y en su solicitud ante la INDECOPI acogiéndose a un «*Procedimiento Concursal Preventivo*» claramente afirmó conservar su viabilidad económica<sup>(60)</sup>.

### (2) Argumentos de la Parte Demandante

114. La Parte Demandante explica en su escrito que a su parecer el Tribunal debe pronunciarse sobre este tema en una etapa de fondo. Sin embargo, procedió a presentar argumentos que explican en su opinión el impacto expropiatorio de las medidas de la SUNAT. En primer lugar, afirma que las operaciones de producción de TSG sí resultaron paralizadas como resultado de las medidas de la SUNAT. El Demandante explica que las exportaciones realizadas con posterioridad fueron de inventarios existentes y para el cumplimiento de compromisos contractuales. En segundo lugar explica que las manifestaciones de TSG respecto de la viabilidad económica de su negocio eran requisitos de ley en la presentación de su solicitud de *Procedimiento Concursal Preventivo* y que en todo caso giraron en torno a la habilidad de la empresa de cumplir sus obligaciones existentes a esa fecha<sup>(61)</sup>.

115. La Parte Demandante explica que las medidas de embargo por la SUNAT fueron tomadas arbitrariamente con base en una deuda tributaria presunta cuya exigibilidad se ha impugnado. El Demandante explica que el impacto de las medidas de la SUNAT consistió en impedir que TSG prosiguiera con su actividad productiva incluyendo su habilidad de utilizar normalmente el sistema financiero<sup>(62)</sup>.

### (3) Consideraciones del Tribunal

116. El Tribunal toma nota inicialmente de la posición de la parte Demandada. A su parecer, para que el Tribunal pueda asumir jurisdicción, el reclamo de expropiación

---

117-118; *Salini Costruttori S.p.A and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan* (Caso CIADI No. ARB/02/13) Decisión de Jurisdicción de 9 de noviembre de 2004, párrafo 151.

<sup>(60)</sup> Memorial de Objeciones a Jurisdicción y Admisibilidad, párrafos 195-207, citando entre otras las siguientes fuentes: *Telenor Mobile Communications A.S. v. The Republic of Hungary* (Caso CIADI ARB/04/15) Laudo de 13 de septiembre de 2006, párrafo 65; *Sempra Energy Internacional v. The Argentine Republic* (Caso CIADI No. ARB/02/16), Laudo de 28 de septiembre de 2007, párrafo 285) y *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic* (Caso CIADI No. ARB/01/8) Laudo de 12 de mayo de 2005, párrafos 262 y 468-69.

<sup>(61)</sup> Memorial de Contestación, párrafos 225-239.

<sup>(62)</sup> Memorial de Contestación, párrafos 239-257.

debe – por lo menos a prima vista (i.e. *prima facie*) – encajar dentro de la tipología que a estos efectos establece el Artículo 4 del APPRI.

117. El Artículo 4 del APPRI en su numeral primero establece lo siguiente:

a. Ninguna de las Partes Contratantes expropiará, nacionalizará o tomará medidas similares (en adelante denominadas « expropiación») en contra de inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante en su territorio, a menos que se reúnan las siguientes condiciones:

- (1) Por el interés público;
- (2) En virtud de un procedimiento legal interno;
- (3) Sin discriminación;
- (4) A cambio de compensación.

118. La Parte Demandada enfatiza que el Artículo es una norma de carácter objetivo y su evaluación puede requerir una interpretación definitiva de la misma. El Tribunal observa que ni el APPRI, ni el Convenio CIADI junto con sus Reglas de Arbitraje requieren en esta etapa preliminar que el Tribunal entre a interpretar de forma definitiva los alcances del Artículo 4. Al contrario, el Artículo 41 del Convenio establece lo siguiente:

- a. El Tribunal resolverá sobre su propia competencia.
- b. Toda alegación de una parte que la diferencia cae fuera de los límites de la jurisdicción del Centro, o que por otras razones el Tribunal no es competente para oírla, se considerará por el Tribunal, el que determinará si ha de resolverla como cuestión previa o conjuntamente con el fondo de la cuestión.

119. De forma similar, el numeral 4 de la Regla 4 de las Reglas de Arbitraje también dispone que el Tribunal «podrá pronunciarse sobre la excepción como una cuestión preliminar o conjuntamente con el fondo de la diferencia.»

120. Establecido esto y para efectos de la objeción de la Parte Demandada con respecto al Artículo 4, el Tribunal entiende que su labor se limita a cumplir lo exigido por el Artículo 25 del Convenio CIADI, al verificar en cuanto a la materia del reclamo que se trata de una diferencia de naturaleza jurídica que surge directamente de una inversión.

121. Para ello, de acuerdo con el Artículo 44 del Convenio CIADI, el Tribunal tiene la facultad de resolver cualquier cuestión de procedimiento no prevista. El Tribunal no es ajeno a la aproximación que han adoptado numerosos tribunales siguiendo la opinión sentada por la Juez Rosalyn Higgins en su voto particular a la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el *Caso Relativo a las Plataformas Petrolíferas* del 12 de diciembre de 1996.

122. De acuerdo con dicha opinión, el Tribunal puede provisionalmente aceptar como verdaderos los hechos tal como los ha descrito la Parte Demandante y evaluar sí los

mismos razonablemente vulnerarían el Artículo 4 del APPRI. Con esto en mente y para efectos de esta etapa preliminar, el Tribunal opina que a primera impresión los hechos tal como han sido descritos por la Parte Demandante podrían en razón a su materia vulnerar el Artículo 4 del APPRI. Restará ver si en la etapa de fondo, la Parte Demandante presenta prueba suficiente de los mismos y demuestra como efectivamente vulneran la anotada disposición<sup>(63)</sup>.

123. Aun cuando está claro que las conductas del Estado Peruano a través de la SUNAT no constituyeron una expropiación formal y directa de la inversión del inversionista, no se puede rechazar a primera vista, que en su conjunto las mismas sí constituyan una expropiación indirecta amparada por el Artículo 4 del APPRI. Precisamente esta es la forma en que la Parte Demandante ha presentado su reclamo bajo el Artículo 4.

124. Sin entrar a hacer mención de casos específicos, no sería este el primer caso en el que se discutiría si se ha presentado una expropiación indirecta con ocasión de la conducta de una autoridad en materia de impuestos o por el embargo de cuentas bancarias. Tampoco sería la primera ocasión en que se discute si los efectos de la conducta estatal, tanto en valor económico como en su duración, pueden dar lugar a una expropiación indirecta.

125. Con esto el Tribunal no quiere sugerir que existan o no antecedentes afines los cuales ameriten voluminosas disquisiciones sobre sus similitudes o diferencias con el caso que nos ocupa. La intención del Tribunal simplemente es la de explicar por que, a primera impresión y para efectos de esta etapa procedimental, el reclamo de la Parte Demandante no puede ser descartado *a priori*. Más allá de esto, el Tribunal no quiere entrar a caracterizar los hechos que subyacen al reclamo de la Parte Demandante. Varias razones le asisten al Tribunal en esta intención.

126. En primer lugar, independientemente de haber recibido detalladas las presentaciones escritas y orales de las Partes, el Tribunal no ha tenido oportunidad de estudiar la prueba allegada al expediente en todos sus efectos. Como se explicó anteriormente, en esta etapa procesal, el Tribunal ha estudiado la prueba únicamente en la medida que le permite satisfacer los requisitos mínimos de jurisdicción exigidos por el Convenio CIADI y el APPRI.

127. En segundo lugar, las Partes no han tenido la oportunidad de presentar todos los medios probatorios que les asistirían en sus argumentos. De acuerdo con la Resolución Procesal No. 3 del Tribunal, la etapa inicial de producción de documentos quedo restringida exclusivamente al tema de jurisdicción. En una segunda etapa entonces, las Partes podrán ampliar sus solicitudes de producción de documentos a temas de fondo. Razón por la cual, el Tribunal no considera apropiado a estas alturas, entrar a tomar posiciones definitivas sobre los hechos alegados frente al Artículo 4 del APPRI.

---

(63) El Tribunal es consciente de precedentes en los que se ha considerado necesario constatar objetivamente la conducta objeto del reclamo. En este caso, sin embargo, la Parte Demandada, de buena fe por cierto, no controvertió la existencia objetiva de los hechos sino su caracterización legal.

128. En virtud de lo anterior, y bajo los derechos que le asisten bajo los Artículos 41 y 44 del Convenio CIADI, el Tribunal concluye que la Parte Demandante sí ha presentado un reclamo *prima facie* de expropiación.

**D. LOS RECLAMOS DEL DEMANDANTE RESPECTO DE LA EXPROPIACIÓN NO SE ENCUENTRAN COMPRENDIDOS DENTRO DE LA DISPOSICIÓN SOBRE RESOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DEL APPRI – ARTÍCULO 8**

**(1) Argumentos de la Parte Demandada**

129. La Demandada manifiesta que la oferta de arbitraje de Perú está prevista en una cláusula de resolución de diferencias específica, el Artículo 8(3) del APPRI. Dicha disposición tiene un alcance limitado – haciendo referencia solamente a controversias «que involucren el monto de la compensación por la expropiación.» La Demandada sostiene que la controversia planteada por el Demandante no se encuentra comprendida dentro del alcance del ofrecimiento de Perú de someterse a arbitraje, de conformidad con el Artículo 8(3)<sup>(64)</sup>. Por ende, la supuesta aceptación del Demandante de la oferta de arbitraje de Perú es nula y no puede constituir la base del ejercicio de la jurisdicción. La carga de la prueba de tal consentimiento, según la Demandada, claramente recae sobre el Demandante.

130. En su interpretación general del APPRI, y del Artículo 8(3) en particular, la Demandada señala que la guía del Tribunal debe ser la Convención de Viena y, en particular, los Artículos 31 y 32. La Demandada sostiene que la letra del Artículo 8(3) del APPRI es clara y no adolece de ambigüedad, y que dicho artículo debería ser interpretado y aplicado como tal. Asimismo, la Demandada indica que el trabajo preparatorio del APPRI confirma el significado simple y claro de sus disposiciones.

131. En apoyo a su posición, la Demandada presentó Declaraciones Testimoniales y documentos de soporte del Profesor An Chen a los efectos de que, tal como en docenas de tratados celebrados por China entre los años 1993 y 1998, el APPRI Perú-China dispone que las controversias que surjan de las inversiones protegidas por el Tratado deben primero ser objeto de negociaciones entre el inversionista y el Estado receptor con el propósito de alcanzar una resolución amigable. En el caso de que, luego de seis meses, las negociaciones directas no fueran exitosas, entonces, cualquiera de ellos podrá someter la controversia ante una corte competente en el Estado que recibe la inversión. Sólo si el inversionista alega que el Estado receptor expropió su inversión y las cortes locales determinan que la inversión fue, efectivamente expropiada y si aun persiste la disputa respecto de la compensación, el inversionista puede someter a arbitraje internacional cualquier disputa que involucre el monto de la compensación por expropiación debida al inversionista<sup>(65)</sup>. La única excepción a este consentimiento

<sup>(64)</sup> Memorial de Objeciones a Jurisdicción y Admisibilidad, páginas 105-145.

<sup>(65)</sup> Opinión Legal de, Prof. An Chen, 26 de marzo de 2008, página 137.

específico y limitado al arbitraje se daría en una circunstancia en la que *ambas* partes de la controversia lo acordasen<sup>(66)</sup>.

132. La Demandada hace referencia de manera específica a los términos de la solicitud de arbitraje del Demandante, que incluye las siguientes violaciones del Tratado alegadas por Perú:

133. En su solicitud, el Demandante alega que el Perú violó las siguientes obligaciones bajo el TBI Perú-China:

- (i) Obligación de tratar de manera justa y equitativa a las inversiones bajo el Artículo 3(1);
- (ii) Obligación de otorgar protección con relación a las inversiones bajo el Artículo 3(1);
- (iii) Obligación de compensar en el evento de expropiación o medidas similares bajo el Artículo 4; y
- (iv) Obligación de permitir la transferencia de capital y utilidades bajo el Artículo 6 (Solicitud sección 6.19)<sup>(67)</sup>.

134. Según la Demandada, ninguna de dichas violaciones alegadas involucran el «monto de compensación por expropiación.» Por ello afirma que el Perú no ha prestado su consentimiento para arbitrar dichas controversias y el Tribunal no es competente para resolverlas<sup>(68)</sup>. De acuerdo con el argumento de la Demandada, la única clase de controversia que puede ser decidida de conformidad con el arbitraje del CIADI es aquella que involucre el monto de la compensación debida al inversionista habiéndose confirmado con anterioridad una expropiación indebida<sup>(69)</sup>.

135. Para fundamentar aún más su postura, la Demandada presentó el testimonio de María del Carmen Vega, una negociadora principal del APPRI en nombre y representación del Gobierno de Perú, junto con la Declaración Testimonial del Sr. Jianghong Fan, quien había estado involucrado en la negociación del Tratado por ser funcionario del Ministerio de Comercio chino entre los años 1992 y 1994. Estos testigos coincidieron en que las negociaciones entre Perú y China se encontraban esencialmente basadas en el borrador chino del APPRI<sup>(70)</sup>. Asimismo coincidieron en que en las primeras negociaciones, el borrador estipulaba que, en caso de que una controversia no pudiera

<sup>(66)</sup> La Opinión del Prof. Chen, página 138; APPRI, Artículo 8(3).

<sup>(67)</sup> Memorial de Objeciones a Jurisdicción y Admisibilidad de la Demandada; solicitud de arbitraje, sección 6.19.

<sup>(68)</sup> Ver Memorial de Objeciones a Jurisdicción y Admisibilidad de la Demandada párrafo 122.

<sup>(69)</sup> Ver Escrito Post-Audiencia de la Demandada párrafo 85.

<sup>(70)</sup> Ver Escrito Post-Audiencia de la Demandada, párrafo 87.

resolverse a través de negociaciones directas, el inversionista o el Estado Contratante podían recurrir a la corte competente del Estado receptor.

136. La Demandada señala que en 1993, con posterioridad a que el Convenio CIADI entrara en vigencia para Perú, el país modificó su propuesta y sugirió que se permitiera a las partes elegir entre una corte local del Estado receptor y el arbitraje del CIADI. Nuevamente, sin embargo, estos testigos declararon que, a pesar de que el Convenio CIADI también hubiera entrado en vigencia para China en 1993, China insistía en mantener su postura inicial. La Demandada también enfatiza la notificación de China al CIADI luego de acceder al Convenio en la que estableció que:

[D]e conformidad con el artículo 25, inciso 4 del Convenio, el Gobierno chino considera someter las controversias respecto de la compensación que resulte de la expropiación y la nacionalización a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones<sup>(71)</sup>.

137. Finalmente, la Demandada ha presentado el testimonio y documentos en apoyo a su posición de que las cortes peruanas tienen plena capacidad para expedirse respecto de la legalidad de toda expropiación de la inversión del Demandante en Perú, así como también respecto de todo otro derecho del inversionista que supuestamente se hubiere violado en la presente controversia.

## (2) Argumentos de la Parte Demandante

138. La apreciación del Demandante respecto de la situación jurídica y letra del APPRI es muy diferente. El Demandante sostiene que el lenguaje utilizado en el Artículo 8 incluye tanto la expropiación directa como la indirecta. El Demandante toma las palabras «nacionalizar» y «o tomar medidas similares» en el Artículo 4(1) del APPRI en apoyo a su postura de que el APPRI incluye protecciones contra la expropiación indirecta o progresiva<sup>(72)</sup>. Las acciones tomadas por el Gobierno peruano en esta causa,

(71) El Sr. Fan estuvo involucrado en el borrador de la notificación de China y confirmó su significado (Fan página 23): «En la notificación, China claramente estableció que solamente sometería a la jurisdicción del CIADI controversias sobre la compensación que resulte de la expropiación y de la nacionalización. Esto era consistente con el enfoque de China de la negociación de sus BIT.» Declaración Testimonial del Sr. Jianghong Fan del 10 de septiembre de 2009, página 24.

(72) Memorial de Contestación párrafos 125-140. Mientras que el Demandante emplea un esfuerzo considerable para argumentar que el lenguaje del APPRI involucra la expropiación «indirecta» (Memorial de Contestación, párrafos 125-140), parece no existir disputa real respecto de este punto entre las Partes. Ver Transcripción de la Audiencia de Jurisdicción celebrada el 16 de octubre de 2008, página 31, volumen 2. La Demandada en su Escrito Post-Audiencia acepta este punto.

según el Demandante, resultan en una expropiación indirecta, *de facto*, o progresiva. De acuerdo con el Demandante, el APPRI dispone la resolución de controversias que surjan de las alegadas acciones y el Gobierno de Perú, por ende, se encuentra obligado en virtud de su consentimiento por escrito al arbitraje del CIADI por las consecuencias legales de dichas acciones.

139. La Demandada sostiene que la interpretación restrictiva que Perú realiza del lenguaje del APPRI esencialmente deja a los inversionistas en una posición de total vulnerabilidad legal que resultaría perjudicial para sus intereses<sup>(73)</sup>.

140. El Demandante hace énfasis sobre el contexto y el propósito del APPRI. Sostiene que los argumentos de la Demandada representan una interpretación literal y formalista. El enfoque apropiado, de acuerdo con el Demandante, enfatizaría aún más el contexto global del sistema de protecciones establecido para fomentar la inversión extranjera y la necesidad de proteger los derechos de dichos inversionistas en el Estado receptor<sup>(74)</sup>. El Demandante llama la atención al Preámbulo del APPRI que indica la intención de las Partes Contratantes de crear condiciones favorables para la inversión de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte y a que se reconozca el deseo del fomento, de la promoción y de la protección recíproca de tales inversiones como un medio conducente a estimular los negocios e incrementar la prosperidad en ambos Estados<sup>(75)</sup>. Asimismo, el Demandante sostiene que el acceso al arbitraje internacional es reconocido por la doctrina y ciertos laudos arbitrales importantes del CIADI, como una parte integral del principio de protección reconocido por el derecho internacional<sup>(76)</sup>.

141. El Demandante objeta enfáticamente también el argumento presentado por el Gobierno de Perú respecto de la notificación de China al CIADI en virtud del Artículo 25(4) del Convenio. El Demandante sostiene que dicha notificación tiene únicamente fines informativos y carece de consecuencias legales directas<sup>(77)</sup>.

142. Finalmente, el Demandante manifiesta que resultaría inapropiado interpretar el APPRI a los efectos de requerir una determinación preliminar de las cortes peruanas respecto de la legalidad de una alegada expropiación, especialmente ya que, de acuerdo con el análisis de la Demandante, la legislación peruana no reconoce ni dispone acciones legales en casos de expropiación indirecta<sup>(78)</sup>.

---

(73) Ver Memorial de Contestación párrafo 116.

(74) Ver Memorial de Contestación párrafo 152.

(75) Ver Memorial de Contestación párrafo 154. Ver asimismo Preámbulo del APPRI.

(76) Ver Memorial de Contestación párrafo, cita *Emilio Agustín Maffezini v. Spain*, (Caso CIADI No. ARB/97/7), Decisión sobre Jurisdicción de 25 de enero de 2000.

(77) Ver Escrito Post-Audiencia del Demandante párrafo II.6.

(78) Ver Memorial de Contestación párrafos 167-186.

### (3) Análisis del Tribunal

#### (a) Consideraciones Preliminares

143. En todo sistema legal, árbitros y jueces generalmente confrontan el desafío de interpretar documentos negociados para crear obligaciones legales en un determinado lugar y momento, pero a las que se les debe otorgar un sentido en un momento posterior y, quizás, en un contexto significativamente diferente. En particular, la doctrina ha mostrado un interés considerable en las disposiciones de ciertos tratados de inversión bilateral celebrados en las décadas de los años '80 y '90, como lo es el caso del APPRI en la presente causa, en los cuales uno de los signatarios era un gobierno comunista. Desde entonces, muchas de estas naciones se han vuelto importantes destinos de inversiones directas y, en algunos casos, han llevado a cabo inversiones considerables en otros países. China, por ejemplo, ha incrementado ampliamente su participación en la economía mundial, en primer lugar, como un imán de volúmenes impresionantes de inversiones extranjeras directas y más recientemente como una fuente de financiamiento e inversión extranjera directa en muchos otros países<sup>(79)</sup>.

144. La cláusula del APPRI que se dirige específicamente a la resolución de controversias es el Artículo 8 y reza de la siguiente manera:

1. Cualquier controversia entre un inversionista de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante relativa a una inversión en el territorio de la otra Parte Contratante será, en la medida de lo posible, resuelta amigablemente a través de negociaciones entre las partes de la controversia.
2. Si la controversia no puede resolverse a través de negociaciones dentro de un plazo de seis meses, cualquier parte de la controversia podrá someter la misma al tribunal competente de la Parte Contratante que acepta la inversión.
3. Si una controversia que involucra el monto de compensación por la expropiación no puede ser resuelta dentro de un plazo de seis meses después de recurrir a negociaciones según se especifica en el párrafo 1 de este artículo, ésta puede ser sometida, a solicitud de cualquiera de las partes, al arbitraje internacional del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), establecido por la Convención sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, suscrita en Washington D.C. el 18 de marzo de 1965. Cualquier controversia relativa a otros asuntos entre un inversionista de cualquier Parte Contratante y la otra Parte Contratante puede ser sometida al Centro si las partes en la controversia así lo acuerdan. Las disposiciones del pre-

<sup>(79)</sup> Andrew Newcombe y Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties*, Kluwer *Law International* 2009, página 56.

sente párrafo no se aplicarán si el inversionista implicado ha recurrido al procedimiento especificado en el párrafo 2 de este artículo.

4. El Centro resolverá de conformidad con la legislación de la Parte Contratante en la controversia que acepta la inversión, incluyendo sus reglas sobre conflictos de leyes, las disposiciones de este Convenio y los principios generalmente reconocidos del derecho internacional aceptados por ambas Partes Contratantes.

145. Las diferentes posturas de las Partes respecto del alcance del Artículo 8 se han focalizado principalmente en la frase «que involucra el monto de la compensación por la expropiación» en el inciso tercero del Artículo 8. Variaciones de esta frase aparecen en las disposiciones sobre resolución de controversias de una gran cantidad de tratados a partir de los años '80. En general, la doctrina ha entendido que dicha frase refleja cierto grado de desconfianza o disconformidad ideológica de parte de los regímenes comunistas respecto de la inversión de capital privado, así como también, tal vez, cierta preocupación entendible, también normal en muchos otros gobiernos, respecto de la exposición a las decisiones de tribunales internacionales respecto de cuestiones sobre las que no tenían mucha experiencia y sobre las que no tenían control. Dicho lenguaje buscaba, aparentemente, crear ciertas limitaciones. Sin embargo, el alcance preciso de dichas limitaciones constituye una cuestión central que debe determinarse.

**(b) Interpretación del Artículo 8 de conformidad con el Artículo 31 de la Convención de Viena**

146. El Artículo 31 de la Convención de Viena establece que un tratado debe interpretarse de buena fe «conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.» El inciso primero del Artículo 8 del APPRI establece el primer paso en la resolución de una controversia entre un inversionista y una de las Partes Contratantes. Dicho artículo establece lo siguiente:

Cualquier controversia entre un inversionista de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante relativa a una inversión en el territorio de la otra Parte Contratante será, en la medida de lo posible, resuelta amigablemente a través de negociaciones entre las partes de la controversia.

147. De conformidad con el inciso 2 del Artículo 8, en caso de que las partes no pudieran resolver su controversia dentro de un período de 6 meses:

[...] cualquier parte de la controversia podrá someter la misma al tribunal competente de la Parte Contratante que acepta la inversión.

148. El inciso tercero del Artículo 8 estipula que si una controversia no puede ser resuelta, una parte puede solicitar que se someta al arbitraje del CIADI en circunstancias particulares:

Si una controversia que involucra el monto de compensación por la expropiación no puede ser resuelta [...] ésta puede ser sometida, a solicitud de cualquiera de las partes, al arbitraje internacional del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI...) [...] Cualquier controversia relativa a otros asuntos entre un inversionista de cualquier Parte Contratante y la otra Parte Contratante puede ser sometida al Centro si las partes en la controversia así lo acuerdan. Las disposiciones del presente párrafo no se aplicarán si el inversionista implicado ha recurrido al procedimiento especificado en el párrafo 2 de este artículo (énfasis agregado).

149. El alcance de las frases subrayadas y en particular de la frase «controversia que involucra el monto de compensación por la expropiación» presenta el problema central de interpretación para el Tribunal. A simple vista, el Artículo 8(3) parece presentar una excepción al procedimiento establecido en el Artículo 8(2) – a saber, la determinación de una controversia de expropiación por las cortes del Estado receptor. El Tribunal debe determinar cuándo y para qué fines las Partes Contratantes tuvieron la intención de que este procedimiento estuviera disponible.

150. El Tribunal considera que la frase «involucra el monto de compensación por la expropiación» es susceptible de una gran variedad de significados posibles. En caso de que, según lo solicita la Demandada, se diera énfasis a las palabras «monto de la compensación.» Esto sugeriría una interpretación restrictiva, una en la que se incluyen solamente las disputas relativas a la determinación del valor de la inversión. Presumiblemente, en caso de que ésta fuese la interpretación correcta, cuestiones referentes a si la expropiación ha ocurrido o si se debe pagar compensación alguna, entre otros asuntos potencialmente importantes, se decidirán entonces de otra manera. Al otro lado del espectro interpretativo, la frase podría incluir, además del monto de la compensación, una determinación de otras cuestiones importantes relativas a la alegada expropiación. Ésta es la interpretación solicitada por el Demandante. Por diversas razones, el Tribunal decide que la última interpretación, la más amplia, resulta ser la más apropiada.

151. El Tribunal hace referencia, primero, a las palabras específicas utilizadas por el inciso tercero del Artículo 8. El APPRI utiliza la palabra «involucra» que, de acuerdo con la definición que da el Diccionario de la Real Academia Española, significa «abarcar, incluir, comprender»<sup>(80)</sup>. Una interpretación de buena fe de estas palabras indica que el único requisito establecido en el APPRI reside en que la controversia debe «incluir» la determinación de un monto de la compensación y no en que la controversia deba estar restringida a este elemento. Obviamente se encontraban otras formulaciones disponibles tales como: «limitado a» o «exclusivamente», pero el lenguaje utilizado de esta disposición dice «involucra.»

152. El Tribunal constata que la disposición sustantiva clave del APPRI que trata la expropiación, claramente visualiza más de un área potencial de controversia a raíz de

<sup>(80)</sup> De igual manera, el Diccionario Oxford *Online* (disponible en <http://dictionary.oed.com>) define la palabra «involve» como «to enfold, envelope, entangle, include.»

una expropiación. De acuerdo con los sub-elementos enumerados del Artículo 4 del APPRI, un inversionista que hubiese sido expropiado podría presentar una demanda «que involucra el monto de compensación por la expropiación» que podría también, naturalmente, implicar aspectos tales como (i) si realmente ha ocurrido una expropiación, nacionalización, o medida similar, (ii) si la misma se ha cumplido el requisito de haberse llevado a cabo en el interés público, (iii) si la misma se ha llevado a cabo bajo un procedimiento legal interno apropiado, (iv) si ha habido discriminación, (v) si se pagará compensación (vi) si dicha compensación ha sido equivalente al valor de las inversiones expropiadas, pagadas en moneda convertible y libremente transferible y efectuada sin demora injustificada.

153. Asimismo, el contexto del Artículo 8(3) apoya esta interpretación. De conformidad con el Artículo 31 de la Convención de Viena, el Tribunal debe interpretar los términos del APPRI de buena fe y conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del Tratado en el contexto del mismo y teniendo en cuenta su objeto y fin<sup>(81)</sup>. Presumiblemente, de conformidad con el lenguaje del preámbulo del APPRI, el objetivo buscado al incluir el derecho a someter ciertas controversias al arbitraje del CIADI es el de conferir ciertos beneficios para promover las inversiones. En caso que las Partes Contratantes hubieran realmente tenido la intención de excluir las cuestiones importantes enumeradas en el Artículo 4 del proceso arbitral, el Tribunal por supuesto así lo determinaría, aunque con un cierto nivel de escepticismo respecto de si dicho mecanismo podría posiblemente ayudar a atraer inversionistas extranjeros.

154. Sin embargo, fuera de los posibles efectos de dicha disposición, el Tribunal considera que si aceptara la interpretación que la Demandada realiza del Artículo 8(3), una interpretación contextual del APPRI lo llevaría a una conclusión incoherente – a saber, que el inversionista nunca podría de hecho tener acceso al arbitraje.

155. Esta situación ocurre en virtud de que la oración final del Artículo 8(3) reza de la siguiente manera:

Las disposiciones del presente párrafo no se aplicarán si el inversionista implicado ha recurrido al procedimiento especificado en el párrafo 2 de este artículo.

156. El Artículo 8(2) del Tratado, tal como se hizo notar anteriormente, dispone lo siguiente:

Si la controversia no puede resolver a través de negociaciones dentro de un plazo de seis meses, cualquier parte de la controversia podrá someter la misma al tribunal competente de la Parte Contratante que acepta la inversión.

157. Estas disposiciones, leídas conjuntamente, parecen indicar que si un inversionista somete una controversia ante un tribunal competente de la Parte Contratante, se encuentra totalmente impedido de tener acceso al arbitraje del CIADI.

---

<sup>(81)</sup> Convención de Viena, Artículo 31.

158. Al examinar estas disposiciones, el Tribunal ha prestado especial atención a los argumentos y a los testimonios presentados por la Demandada en el sentido de que el APPRI establece un proceso que consiste de tres pasos<sup>(82)</sup> y mencionado anteriormente, a saber: (1) la negociación durante un período de seis meses; (2) en caso de que la controversia no se resolviese, la opción del inversionista de dirigirse a las cortes del Estado receptor; y luego (3) solamente con posterioridad a que dicha corte hubiere decidido, en caso de que continuara una controversia respecto del monto de la compensación otorgada, la posibilidad del inversionista de tener acceso al arbitraje internacional<sup>(83)</sup>. Del mismo modo, la Demandada ha planteado que «la única clase de controversia que puede ser sometida a arbitraje es aquella que involucre el monto de compensación debida a un inversionista, con posterioridad a que se establezca que ha ocurrido una expropiación indebida»<sup>(84)</sup>.

159. El Tribunal encuentra que dicha interpretación es directamente contraria a la última oración del Artículo 8(3). De hecho, la última oración despeja toda duda de que un inversionista (de cualquier Parte Contratante), al intentar elegir una línea de acción para resolver una controversia de conformidad con el Artículo 8, se encuentra con una cláusula de elección de foro irrevocable, conocido también por la frase en inglés «*fork in the road*.» El inversionista «tendrá derecho someter la controversia a una corte competente de la Parte Contratante» (énfasis agregado) de conformidad con el párrafo 8(2), pero si el inversionista lo hace, en virtud del párrafo 8(3), no podrá por ningún motivo aprovechar el arbitraje del CIADI para resolver una «controversia que involucre el monto de compensación por la expropiación.» Así de acuerdo con la interpretación planteada por la Demandada, en caso de que una parte solicitase someterse al arbitraje del CIADI a los efectos de la resolución de controversias que «involucren el monto de la compensación por la expropiación», se le informaría que las partes no han prestado su consentimiento para someterse a dicho arbitraje dado que se le ha solicitado al inversionista que primero someta la controversia a las cortes de la respectiva Parte Contratante<sup>(85)</sup>.

160. El Tribunal reconoce que la Opinión del Prof. Chen discute e intenta tratar el problema presentado en la oración final del Artículo 8(3). El Prof. Chen dice lo siguiente:

Si una controversia no pudiera dirimirse amigablemente, tanto el inversionista como el Estado receptor podrán someterla a una corte competente en el Estado receptor de la inversión. Si, luego de que dicha corte concluyera que la inversión ha sido expropiada, surgiera una controversia entre el inversionista y el Estado respecto del *monto de la*

(82) Ver, por ejemplo, párrafo 117 del Memorial de la Demandada.

(83) Escrito Post-Audiencia de la Demandada, párrafo 82.

(84) Escrito Post-Audiencia de la Demandada, párrafo 85.

(85) El Tribunal toma nota que el lenguaje «podrá someter» encontrado en el Artículo 8(2) parece ser permisivo en lugar de obligatorio. La lógica del proceso obligatorio de tres pasos sugerido parecería más débil.

*compensación* debido al inversionista por el valor de la inversión expropiada, ambas partes podrán someter dicha controversia al arbitraje del CIADI. Sin embargo, el Tratado advierte que las partes no podrán recurrir al arbitraje internacional si, con anterioridad, sometieron la controversia que involucra el monto de la compensación por la expropiación a las cortes locales. (Énfasis agregado)<sup>(86)</sup>.

161. El Tribunal desafortunadamente no considera que el lenguaje utilizado en la oración final del Artículo 8(3) del APPRI justifique diferenciar las demandas «que involucren el monto de compensación por la expropiación» de otras demandas. La oración es categórica. Hace referencia a toda demanda sometida a «un tribunal competente de la Parte Contratante». Así entonces, este argumento no persuade al Tribunal.

(c) **Interpretación del Artículo 8 de conformidad con el Artículo 32 de la Convención de Viena**

162. Para evitar dudas, el Tribunal también ha buscado guía en los medios de interpretación complementarios autorizados por el Artículo 32, incluidos los trabajos preparatorios del APPRI y las circunstancias de su conclusión. El Tribunal ha encontrado pruebas suficientes en el expediente que consisten principalmente en declaraciones de negociadores de ambas Partes Contratantes del APPRI.

163. Como una cuestión preliminar, el Tribunal también reconoce las pruebas presentadas por la Demandada en la Opinión del Profesor Chen<sup>(87)</sup> y el testimonio de la Sra. Vega<sup>(88)</sup> en las que se señaló que la China al depositar los instrumentos de ratificación del Convenio CIADI en enero 7 de 1993, notificó al Centro la clase o clases de diferencias que aceptaría someter a su jurisdicción. Dicha notificación reza de la siguiente manera:

De conformidad con el artículo 25(4) del Convenio, el Gobierno chino solamente consideraría someterse a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones respecto de controversias surgidas en relación con la compensación que resulta de la expropiación y la nacionalización<sup>(89)</sup>.

164. El Artículo 25(4) del Convenio CIADI dispone lo siguiente:

(4) Los Estados Contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o

<sup>(86)</sup> Opinión del Prof. Chen, párrafo 137.

<sup>(87)</sup> Párrafos 110-112, 131 de la Opinión.

<sup>(88)</sup> Declaración de la Señora Vega páginas 114-4, 8.

<sup>(89)</sup> Opinión del Prof. Chen, Ex. 30.

clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. El Secretario General transmitirá inmediatamente dicha notificación a todos los Estados Contratantes. Esta notificación no se entenderá que constituye el consentimiento a que se refiere el apartado (1) anterior.

165. El Tribunal constata que el mismo inciso cuarto del Artículo 25 del Convenio CIADI aclara que las notificaciones a estos efectos no condicionan el consentimiento de las partes al Convenio CIADI. El Tribunal también ha considerado debidamente si esta notificación ayuda a dilucidar la intención de las partes Contratantes al firmar posteriormente en junio de 1994 el APPRI Perú-China. A este respecto el Tribunal considera que sería cuestionable interpretar el consentimiento de las partes al APPRI en el artículo 8 del mismo, a partir de notificación que versa sobre un tratado completamente distinto como lo es el Convenio CIADI y cuyo tenor no condiciona siquiera el consentimiento de la República Popular China en el Convenio<sup>(90)</sup>. Por estas razones, el Tribunal no considera que la notificación de la República China bajo el inciso cuarto del artículo 25 del Convenio, desvirtúe el alcance del artículo 8 del APPRI cuando es interpretado de acuerdo con el artículo 31 de la Convención de Viena.

166. Respecto de los trabajos preparatorios del APPRI, el Tribunal ha resumido anteriormente el testimonio presentado por la Demandada en la Declaración Testimonial del Sr. Fan<sup>(91)</sup>. El Sr. Fan estuvo involucrado en la negociación del APPRI con el Perú, así como también en la preparación de un borrador de la notificación de China al CIADI de acuerdo con Artículo 25(4) del Convenio<sup>(92)</sup>.

167. En su Declaración Testimonial, el Sr. Fan, quien fue uno de los negociadores chinos, proporciona un ejemplo específico de la negociación. El Sr. Fan afirmó lo siguiente: «Asimismo, explicamos a nuestras contrapartes que la disposición de arreglo de diferencias en el tratado debía tener una interpretación restringida».<sup>(93)</sup> El Sr. Fan luego continuó:

Recuerdo que les dimos un ejemplo claro y simple, que utilizamos para varias negociaciones: 'ustedes pueden someter una controversia a arbitraje sin nuestro consentimiento en el caso de que nuestros tribunales decidan

<sup>(90)</sup> Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge Univ. Press, 2001, páginas 340-343.

<sup>(91)</sup> Párrafo 137, *supra*.

<sup>(92)</sup> El Profesor Chen, en su Opinión Legal también proporcionó un informe sobre la participación China en tratados relacionados con el comercio internacional y le dio un énfasis especial al alcance de la disposición de arbitraje en el APPRI Perú-China. Distinguido profesor de derecho, quien ha sido consejero del Gobierno de China respecto de ciertos asuntos del CIADI. Sin embargo, según lo reflejaron los antecedentes y las credenciales (Opinión del Prof. Chen, páginas 3-5), no estuvo involucrado en la negociación del APPRI Perú-China.

<sup>(93)</sup> Declaración del señor Fan, párrafo. 28.

que ha habido una expropiación de su inversión y que se le adeudan \$6 pero ustedes creen que la deuda es de \$10'. Este ejemplo refleja el límite externo del consentimiento de la República de China respecto del arbitraje internacional<sup>(94)</sup>.

168. Del lado peruano, la Demandada presentó el testimonio de María Del Carmen Vega, una negociadora principal del APPRI, quien actuó en nombre y representación del Gobierno de Perú, y a quien los abogados del Demandante dirigieron preguntas durante la audiencia. La Sra. Vega declaró que las negociaciones básicamente comenzaban y finalizaban sobre la base del lenguaje utilizado en la propuesta china<sup>(95)</sup>. La Demandada indica que las negociaciones se llevaron a cabo en inglés con la ayuda de intérpretes. El APPRI se formalizó en inglés y luego se tradujo al español, e incluyó una cláusula en la que se establecía que el texto en inglés prevalecería en el caso de divergencias de interpretación<sup>(96)</sup>.

169. Según el testimonio de la Sra. Vega, Perú consideraba que los tribunales del Estado receptor eran los más adecuados para la resolución de controversias con relación a la legalidad de una expropiación. Por este motivo, el modelo de APPRI peruano inicialmente establecía que «la legalidad de la expropiación, nacionalización o medida equivalente; el monto de la compensación, así como otras medidas relacionadas, deben poder someterse a un proceso judicial normal con arreglo a las leyes y los reglamentos de la Parte Contratante del lugar en el que se adoptó la medida»<sup>(97)</sup>.

170. Sin embargo, luego de ratificar el Convenio CIADI, Perú presentó una nueva propuesta con dos características importantes: (1) el alcance de la cláusula de resolución de controversias en virtud del Tratado incluiría «cualquier controversia» entre un inversor y la otra Parte Contratante; y (2) luego del período inicial de negociaciones bajo términos amistosos, se debía dar a las partes la libertad de escoger ventilar la controversia no resuelta ante los tribunales competentes de la Parte Contratante o de someterla a arbitraje ante el CIADI<sup>(98)</sup>. El texto de la propuesta peruana también dejaba en claro que tanto la elección del tribunal competente de la Parte Contratante como la del arbitraje ante el CIADI serían de carácter irrevocable. El subpárrafo 3 del Artículo 9 propuesto por Perú establecía lo siguiente:

---

<sup>(94)</sup> *Ibid.*

<sup>(95)</sup> El Tribunal destaca, sin embargo, que China aparentemente no contaba con un modelo de APPRI consistente, ni siquiera en 1988. Ver Anexo 29 de la Declaración del Prof. An Chen, páginas 2-3.

<sup>(96)</sup> Escrito Post-Audiencia de la Demandada, párrafo 87.

<sup>(97)</sup> Declaración de María Del Carmen Vega del 25 de marzo de 2008, Anexo 2, Artículo 5; ver también el Testimonio de la señora Vega durante la audiencia: Transcripción 135:22-136:5, 121:15-19; Declaración de la señora Vega, párrafo 24.

<sup>(98)</sup> Anexos 8-9 a la Declaración de la señora Vega.

Una vez que un inversor haya sometido la controversia a las jurisdicciones de la Parte Contratante involucrada o al arbitraje internacional, la elección de uno u otro de esos procedimientos será definitiva<sup>(99)</sup>.

La respuesta de los funcionarios chinos a cargo de la negociación fue:

Lamentamos informarle que no pudimos aceptar su propuesta. Honestamente, aunque China es signataria de Convenio CIADI, la realidad es que en este momento no está en condiciones de acordar someter todas las controversias entre un inversor extranjero y el gobierno chino de conformidad con sus leyes y consideramos que ustedes pueden comprender nuestra postura<sup>(100)</sup>.

171. Aunque este intercambio demuestra que China no estaba dispuesta a aceptar la propuesta de Perú sobre el arbitraje ante el CIADI respecto de la totalidad de los asuntos que podrían haber surgido entre un inversor extranjero y el gobierno de China (y claramente, la posición de China era, en este sentido, era más restrictiva que la de Perú), no es tampoco prueba concluyente del alcance del párrafo tercero del Artículo 8 de APPRI. En particular, no establece con claridad si el consentimiento de China se limitaba únicamente a controversias sobre el monto de compensación por expropiación o si de acuerdo al lenguaje que terminó plasmado en el APPRI comprendería controversias que involucrarán además otros temas objeto del artículo 4 del APPRI..

172. Finalmente, el Tribunal también se ha comprometido a revisar cuidadosamente los AAPPRI celebrados por China antes del APPRI Perú-China<sup>(101)</sup> y ha analizado minuciosamente la Declaración del Prof. Chen con relación a estos tratados<sup>(102)</sup>. Como se indica en el párrafo 115 de la Declaración del Prof. Chen, algunos de los primeros AAPPRI chinos no contenían disposición alguna sobre la resolución de controversias, mientras que en otros la resolución de controversias se limitaba solamente a aquellas que surgían entre los Estados Contratantes. Los Tratados que sí contenían cláusulas relativas a controversias con inversores generalmente parecen contener un lenguaje similar al del APPRI. El Tribunal no considera, sin embargo, que la Declaración del Prof. Chen (o las citas que hace de otros doctrinarios chinos) contenga lineamientos determinantes o convincentes sobre el significado de las palabras «relativas al monto de la compensación por expropiación» o de la frase «otros asuntos» con respecto a otras controversias que podrían someterse a arbitraje sólo en caso de que ambas partes estén de acuerdo.

<sup>(99)</sup> *Ibid.* Si bien no se aceptó la propuesta peruana en su totalidad, este sentido de la propuesta fue incluido en el APPRI final.

<sup>(100)</sup> Declaración de la señora Vega Anexo 10, página 3.

<sup>(101)</sup> Los abogados de Perú han basado gran parte de sus argumentos en las intenciones y las políticas de China. Esto resulta apropiado para intentar explicar cualquier acuerdo al que finalmente se haya llegado.

<sup>(102)</sup> Declaración del Prof. Chen, párrafos 114-143.

(d) **Interpretación del Artículo 8 en base a otras decisiones y laudos arbitrales**

173. Si bien el Tribunal no está formalmente obligado a tener en cuenta fallos de otros tribunales, considera que debe tomar en cuenta las decisiones de tribunales anteriores y explicar en qué medida nuestro análisis sigue su razonamiento o los encuentra distinguibles o donde estamos, respetuosamente, en desacuerdo. Cabe destacar que a pesar de la existencia de cientos de tratados que contienen cláusulas similares de resolución de controversias, el número de decisiones arbitrales que intenta interpretarlas ha sido escasa. Asimismo, los tribunales que han examinado dichas disposiciones similares han llegado a resultados disímiles. Por ejemplo, en *Saipem S.p.A. v. Bangladesh* (Caso CIADI No. ARB/05/07), Decisión sobre Jurisdicción, de 21 de marzo de 2007, y *Telenor Mobile Communications A.S. v. Hungary* (Caso CIADI No. ARB/04/15), Decisión sobre Jurisdicción, de 13 de septiembre de 2006, los tribunales decidieron que tenían jurisdicción para conocer de controversias respecto a la existencia y/o la legalidad de una expropiación, así como de los asuntos relativos al monto apropiado de compensación<sup>(103)</sup>. Se llegó a una conclusión similar en el caso *Franz Sedelmayer v. The Russian Federation*, Laudo *Ad Hoc*, de 7 de julio de 1998 (Estocolmo, Suecia). Pero los tribunales de *Berschader v. The Russian Federation*, Caso SCC No. 080/2004, Laudo, de 21 de abril de 2006 (*Berschader v. Russia*), así como el tribunal en *RosInvest UK Ltd. v. The Russian Federation*, Caso SCC No. V079/2005, Laudo, octubre de 2007 («*RosInvest*»), arribaron a la conclusión contraria y, aparentemente, no tuvieron grandes dificultades para concluir que una disposición similar restringía su jurisdicción y únicamente le permitía determinar el monto de la compensación adeudada. Finalmente, en el caso *Czech Republic v. European Media Ventures S.A.*, [2007] APP.L.R. 12/05 (Tribunal Comercial), el Tribunal Civil Superior inglés, *Queen's Bench Division* (en una decisión respecto de la ejecución de un laudo arbitral), llevó a cabo una nueva revisión del laudo emitido por un tribunal que operaba bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. El tribunal concluyó, luego de un meticuloso análisis, que la cláusula de resolución de controversias «relativa a la compensación por expropiación» del tratado entre la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa y la República Socialista de Checoslovaquia apropiadamente confería jurisdicción en razón de la materia al tribunal arbitral para que éste determinara no sólo el monto de la compensación, sino también otras cuestiones preliminares varias relacionadas con la expropiación en cuestión<sup>(104)</sup>.

174. Este Tribunal se apresta a admitir que su entendimiento de los casos mencionados anteriormente se encuentra limitado al lenguaje respectivo de los laudos y decisiones. El Tribunal también reconoce que si bien las cláusulas de resolución de controversias y los tratados involucrados son similares, pueden variar en alguna medida desde la

<sup>(103)</sup> El Tribunal en *Telenor*, no obstante, declaró la falta de jurisdicción por otros motivos que el Demandante no demostró tener *prima facie* un caso de expropiación suficiente dentro del significado del APPRI en cuestión.

<sup>(104)</sup> *Czech Republic v. European Media Ventures S.A.* Ver también, Martina Polasek, *Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh* (Caso CIADI No. ARB/O5/07) - *Introductory Note*, *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, Vol. 22, No. 1 (Spring 2007), página 95.

perspectiva de la situación operativa en el caso que nos ocupa. Aun así, el Tribunal considera que las decisiones de estos distinguidos tribunales comparten dos elementos importantes que merecen comentarios aparte. En primer lugar, como se indica anteriormente (párrafo 146), se dice comúnmente que las cláusulas de resolución de controversias que incluyen expresiones tales como «relativa a la compensación por expropiación» o «relativa al monto de la compensación por expropiación» reflejan una «política nacional» claramente establecida, en especial por los gobiernos comunistas de la década de los años '80 y '90. No obstante, este Tribunal no ha encontrado, en laudos anteriores, nada que respalde sólidamente esta postura. Por ejemplo, el tribunal del caso *Berschader* sostuvo que «el lenguaje restrictivo (del Artículo 10) emerge de la intención deliberada de las Partes Contratantes de limitar el alcance del arbitraje con arreglo al Tratado» (el subrayado es nuestro)<sup>(105)</sup>. El tribunal parece llegar a esta conclusión mediante la comparación del lenguaje del APPRI en cuestión con el de tratados posteriores y, de esa manera, deduce el objetivo del lenguaje en el APPRI Bélgica/Luxemburgo- U.R.S.S. No encontramos en el laudo ningún otro indicio de que las partes tuvieran tal intención, o ninguna declaración clara de política de ninguna de las partes que demuestre la misma<sup>(106)</sup>.

175. De manera similar, en el caso *RosInvest*<sup>(107)</sup>, la Demandada había argumentado aparentemente que ciertos aspectos de la política nacional de la antigua Unión Soviética debían considerarse como factores determinantes de lo que ésta podría acordar o no en tratados bilaterales particulares. El Laudo, sin embargo, no demuestra que la Demandada haya proporcionado prueba tangible de estas políticas nacionales. De cualquier manera, el tribunal parece haberle dado poca importancia a estos argumentos:

El Tribunal no considera, sin embargo, que este sea más que un interés descriptivo incidental teniendo en cuenta que el enfoque principal de su atención no deben ser las políticas que tanto una Parte Contratante como la otra presentaron en la mesa de negociaciones (y que por supuesto podrían haber sido muy diferentes una de otras) sino lo que han acordado, como se ha consagrado en los términos de su tratado<sup>(108)</sup>. (Traducción es del tribunal)

176. El Tribunal encuentra más relevantes los laudos de los casos *Saipem v. Bangladesh* (Caso CIADI No. ARB/05/07), *Telenor Mobile Communications v. Republic of Hungary* (Caso CIADI No. ARB/04/15) y *Sedlmayer v. The Russian Federation* en los que los tribunales interpretaron variaciones del mismo tipo de cláusula «restrictiva» de

<sup>(105)</sup> *Berschader v. Russia*, párrafo 155.

<sup>(106)</sup> El Tribunal también cuestiona si corresponde comparar el lenguaje de los AAPPRI más recientes para determinar la intención de las Partes Contratantes con respecto al significado del lenguaje particular en cuestión. Ver párrafo 208, *infra*.

<sup>(107)</sup> *RosInvest v. Russia*, párrafo 42.

<sup>(108)</sup> *Ibid.*

resolución de controversias. En todos estos casos, no fue difícil para los tribunales resolver que la Parte Contratante había acordado someterse a procesos de arbitraje internacional, no sólo a fin de determinar la «compensación», sino también para todas las cuestiones relacionadas, entre otras, la existencia y legalidad de la expropiación. Sorprendentemente, ninguno de estos laudos analiza estos supuestos argumentos de política nacional. Por el contrario, como en el famoso relato de misterio que se resolvía con la pista de «el perro que no ladraba»,<sup>(109)</sup> pareciera que ninguno de los gobiernos demandados (dos de los cuales, Hungría y Rusia, eran estados comunistas) han siquiera intentado argumentar que las expresiones «relativa a la compensación» o «relativa al monto de la compensación» establecían políticas públicas y la intención de las partes de excluir el consentimiento al arbitraje internacional sobre la totalidad de los asuntos legales relacionados con la expropiación. Si tal interpretación restrictiva hubiera sido de hecho el resultado de una política profundamente arraigada (y presumiblemente de difíciles negociaciones), habría sido poco probable que los gobiernos involucrados hubiesen optado no discutirlo. Pero hasta el momento, como se puede apreciar del análisis de los tres Laudos (que incluyen los tradicionales resúmenes de las posturas de las partes) eso es precisamente lo que sucedió.

177. Si nos alejamos de los argumentos centrados en políticas públicas y nos concentramos en la interpretación de cláusulas similares de resolución de controversias por otros tribunales, este Tribunal no está convencido de que la lectura más restringida del lenguaje del tratado por parte de los distinguidos tribunales de *Berschader* o *RosInvest* esté justificada por el material disponible en esos Laudos. En el caso *Berschader*, por ejemplo, el tribunal sostuvo que tenía la obligación de considerar las palabras del tratado «dentro de su contexto y a la luz del objetivo y el propósito del Tratado,» y concluye que «la redacción expresamente restringe el tipo de controversia, que puede someterse a arbitraje en virtud del Tratado, a una controversia relativa al monto o modo de compensación pagadera en el caso de una expropiación que se produzca en los términos del artículo 5. Para el tribunal basta con que el significado corriente de la disposición excluya del alcance de la cláusula de arbitraje [. . .] a las controversias respecto de si un acto de expropiación ocurrió realmente o no en virtud del artículo 5»<sup>(110)</sup>. (Traducción del Tribunal)

178. El laudo no analiza cómo, en el mundo real, una controversia sobre expropiación puede llegar a la instancia en que el arbitraje entre las Partes «relativo al monto o modo de compensación» pueda efectivamente ocurrir. El tribunal indica que «sólo puede concluirse que las Partes Contratantes tenían la intención de que las controversias respecto de si realmente se produjo o no un acto de expropiación se sometían a procedimientos de resolución de controversias estipulados en el contrato en cuestión o, en su defecto, se ventilen ante los tribunales nacionales de la Parte Contratante en donde se realiza la inversión»<sup>(111)</sup>. (Traducción del Tribunal)

<sup>(109)</sup> Arthur Conan Doyle, «*Silver Blaze*» en *1 Sherlock Holmes: The Complete Novels and Stories*, 455, 475 (1986).

<sup>(110)</sup> *Berschader v. Russia*, párrafos 152-153.

<sup>(111)</sup> *Berschader v. Russia*, párrafo 153.

179. El tribunal, entonces, apunta a AAPPRI negociados posteriormente por la Federación Rusa y que contienen cláusulas de arbitraje mucho más amplias. Por ejemplo, uno de los AAPPRI citados por el tribunal es el APPRI firmado con Egipto en septiembre de 1997<sup>(112)</sup>, cuyo Artículo 10 establece:

En caso de cualquier controversia entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante que surja con relación a una inversión de capital, incluyendo controversias en cuanto al monto, las condiciones o el procedimiento para el pago de la compensación de conformidad con el artículo 6 del presente contrato [ . . . ]

180. Si bien el lenguaje de este tratado posterior claramente comprende «cualquier controversia» (lo que presumiblemente incluye una variedad de asuntos que no se limita a cuestiones de expropiación), este Tribunal no estima que dicha referencia (y su comparación retroactiva) sean prueba legítima de la intención de las Partes respecto del significado de las palabras «relativa al monto o modo de compensación» en el tratado que se analiza en el caso *Berschader*<sup>(113)</sup>.

181. Este Tribunal considera que, a este respecto, son más persuasivas las observaciones del árbitro Weiler en su opinión adjunta en la que indicó lo siguiente:

Si bien mis colegas enfocan gran parte de sus análisis en identificar la intención de las partes que redactaron el Tratado a la fecha de su celebración, yo prefiero concentrarme en los términos del Tratado en sí mismos como los mejores indicios para determinar tal intención.<sup>(114)</sup> (traducción del Tribunal)

182. En la nota al pie 3, respecto de los argumentos sobre la intención, sostiene:

Soy reacio a adoptar este enfoque porque considero que cuando un abogado basa sus argumentos ante un Tribunal como éste en 'la intención de quienes redactaron [el Tratado]' normalmente se trata del uso diestro de un eufemismo para justificar los argumentos del abogado de cómo deberían interpretarse los términos del Tratado cuando se carecen de pruebas reales al respecto. (traducción del Tribunal)

183. En su siguiente nota al pie (4), el árbitro Weiler confirma que no existían pruebas en el caso *Berschader* con relación a la negociación y ratificación del Tratado.

184. De forma similar, el distinguido Tribunal de *RosInvest* confirma que no se han presentado documentos sobre la negociación del TBI. El tribunal relata:

<sup>(112)</sup> *Berschader v. Russia*, párrafo 155, nota al pie 40.

<sup>(113)</sup> *Berschader v. Russia*, párrafo 155.

<sup>(114)</sup> *Berschader v. Russia*, Opinión Separada del Árbitro Weiler, párrafo 4.

Aunque no se han presentado documentos sobre la negociación del TBI, el artículo 8, con una redacción un tanto complicada, establece un término medio entre la intención del Reino Unido de contar con una cláusula de arbitraje amplia y la intención de la Unión Soviética de tener una limitada. Si ese es el caso, de todas formas es difícil llegar a una interpretación que indique que la cláusula es tan amplia como para incluir todos los aspectos de una expropiación<sup>(115)</sup> (traducción del Tribunal).

185. Como en el caso *Berschader*, el tribunal hizo referencia a otros AAPPRI rusos y, en particular, al lenguaje del APPRI Dinamarca-Rusia. Este APPRI nuevamente contiene una cláusula de resolución de controversias que está completamente abierta a «cualquier controversia». Según el tribunal, estos ejemplos demuestran «cómo es posible indicar fácilmente, utilizando términos claros y precisos, que todos los aspectos de una expropiación están comprendidos dentro de la jurisdicción de un tribunal arbitral»<sup>(116)</sup> (traducción y subrayado del tribunal). Nuevamente, sin embargo, el lenguaje de estos tratados posteriores hace referencia a posibles controversias que no sólo incluyen «expropiaciones» sino también todos los otros tipos de posibles controversias en virtud de un APPRI<sup>(117)</sup>.

186. De las decisiones previas sobre este tema en general, el Tribunal considera que la más cuidadosa y detallada fue la del Tribunal Civil Superior inglés, *Queen's Bench Division* (Simon J.) en el caso *Czech Republic v. European Media Ventures S.A.*<sup>(118)</sup>. En opinión del Tribunal esta decisión, entre otras cosas, correctamente cuestiona si es apropiado utilizar tratados posteriores (o de suposiciones de cómo se podría haber sido más preciso) como técnica para determinar el significado del lenguaje del texto de un tratado anterior.

#### (4) DECISIÓN DEL TRIBUNAL SOBRE LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 8

187. En resumen, luego de haber examinado los argumentos y las pruebas, se requiere que la decisión de este Tribunal establezca el significado objetivo del Artículo 8 dentro del contexto del APPRI en forma global. Como se indica en el Preámbulo, y como lo destacó el Demandante, el objetivo del APPRI consiste en incrementar el flujo de inversión privada entre las dos Partes Contratantes. En este contexto, el lenguaje del Artículo 8(2), que indica que cualquier parte tendrá derecho a someter [cualquier] controversia «al tribunal competente de la Parte Contratante» puede considerarse innecesario debido a que el derecho de un inversor de cualquiera de los dos países de acudir a los tribunales del Estado receptor aparentemente ya existía tanto en China como en Perú. Si la parte agraviada sólo estuviera interesada en establecer sus derechos

<sup>(115)</sup> *RosInvest v. Russia*, párrafo 110.

<sup>(116)</sup> *RosInvest v. Russia*, párrafo 113.

<sup>(117)</sup> La expresión corresponde a *RosInvest v. Russia*, párrafo 24.

<sup>(118)</sup> *Czech Republic v. European Media Ventures S.A.*, párrafo. 175 *supra*

en virtud de las leyes del Estado receptor, parecería que el lenguaje del tratado no habría sido necesario. No obstante, se ha extendido el uso de los tratados bilaterales de inversión dado que, en mayor o menor medida, éstos amplían los derechos y las protecciones de los inversores, tanto de fondo como de forma, mediante la incorporación de protecciones de derecho internacional.

188. El Tribunal concluye que para dar significado a todos los elementos del artículo, se debe interpretar que las palabras «que involucra el monto de la compensación por la expropiación» incluye no sólo la mera determinación del monto sino también las demás cuestiones normalmente inherentes a una expropiación, entre otras, si la propiedad fue realmente expropiada con arreglo a las normas y los requisitos del APPRI, así como la determinación del monto de compensación adeudada, si correspondiere<sup>(119)</sup>. En opinión del Tribunal, una conclusión contraria desvirtuaría la disposición relativa al arbitraje ante el CIADI puesto que de acuerdo con la oración final del Artículo 8(3), recurrir a los tribunales del Estado receptor de la inversión precluiría definitivamente la posibilidad de acceder al arbitraje bajo el Convenio CIADI. Por lo tanto, dado que el Demandante ha presentado un reclamo *prima facie* de expropiación, el Tribunal, de conformidad con los Artículos 25 y 41 del Convenio CIADI y la Regla 41 de las Reglas de Arbitraje, considera que tiene la competencia para conocer sobre el fondo del reclamo de expropiación presentado por el Demandante.

**E. LA CLÁUSULA DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA DEL APPRI NO PUEDE UTILIZARSE PARA AMPLIAR EL ALCANCE DEL ARBITRAJE ANTE EL CIADI ACORDADO EN VIRTUD DEL TRATADO**

**(1) La posición de las Partes**

189. El Demandante ha argumentado que la jurisdicción del Tribunal Arbitral proviene de dos fuentes<sup>(120)</sup>:

- por un lado el Artículo 8 del APPRI Perú-China, que permite que el Tribunal decida controversias relacionadas con la expropiación de inversiones; y
- por otro lado, el Artículo 3.1 del APPRI, que enuncia el principio que los inversores de las Partes Contratantes deben ser objeto de un trato justo y equitativo, en conjunción con la cláusula de nación más favorecida («NMF») contenida en su Artículo 3.2.

190. En relación a esta segunda fuente jurisdiccional, lo que el Demandante en resúmenes alega, es que Perú ha firmado otros AAPPRI permitiendo que todas las

<sup>(119)</sup> El Tribunal destaca que debido a que el Artículo 8(3) hace referencia a controversias «que introducía al monto de la compensación», nuestra decisión no otorgaría al Tribunal jurisdicción para atender asuntos tales como la restitución, o la declaración judicial sobre quién debería tener el derecho de propiedad. Cf. *Czech Republic v. European Media Ventures*, párrafos 50-51.

<sup>(120)</sup> Memorial de Contestación párrafo 187.

controversias entre el inversor y el Estado receptor se sometan a arbitraje CIADI<sup>(121)</sup>. En opinión del Demandante, ese mismo tratamiento debe también ser extendido a controversias que versen sobre violaciones del estándar de trato justo y equitativo, así como de protección en el territorio en favor de un inversor chino, por así exigirlo la cláusula de NMF en el APPRI entre China y Perú.

191. El Demandante para ello invoca concretamente el Artículo 12 del APPRI Perú-Colombia<sup>(122)</sup>. En su opinión, esta norma brinda un tratamiento más favorable a los inversores colombianos, ya que en controversias sobre trato justo y equitativo, protección y otros estándares de responsabilidad internacional les permite demandar directamente al Estado peruano interponiendo un arbitraje de inversión ante el CIADI<sup>(123)</sup>. Prosigue el Demandante alegando que, por aplicación del Artículo 3.2 del APPRI, la norma del APPRI Perú-Colombia debe ser extendida a un inversor chino que reclame en base al APPRI China-Perú, con la consecuencia de que está facultado para someter al Tribunal Arbitral no solo controversias relacionadas con expropiación, sino también controversias sobre trato justo y equitativo y protección.

192. La Demandada se ha opuesto a la pretensión del Demandante<sup>(124)</sup>. En esencia, la Demandada argumenta que el APPRI continúa plenamente en vigor, sin modificación alguna, y que el compromiso alcanzado entre China y Perú para someter controversias a arbitraje está limitado a los temas relacionados a expropiación mencionados en el Artículo 8(3) de APPRI<sup>(125)</sup>. En la medida en que la disputa planteada por el Demandante caiga fuera del ámbito definido por esta norma, no existe acuerdo entre las Partes Contratantes para que la disputa se resuelva por vía arbitral, y en consecuencia, el CIADI carece de jurisdicción y el Tribunal de competencia<sup>(126)</sup>.

## (2) Consideraciones del Tribunal

### (a) Comentarios Preliminares

193. El efecto y alcance de las cláusulas de NMF en los AAPPRI se ha convertido en una de las *quaestiones vexatae* (o quizá la *quaestio vexata*) del arbitraje de inversión. El tema ha sido objeto de numerosos laudos arbitrales, que han alcanzado soluciones disímiles, que han sido a su vez objeto de intenso análisis por la doctrina. El Tribunal agradece a las Partes el importante esfuerzo que han realizado en sus alegaciones para sintetizar el *status quaestionis*, y las extensas citas de decisiones y autores con las que

<sup>(121)</sup> Memorial de Contestación párrafo 213.

<sup>(122)</sup> APPRI Perú-Colombia, 7 Mayo 2001.

<sup>(123)</sup> Escrito Post-Audiencia del Demandante, párrafo 40.

<sup>(124)</sup> Memorial de Objeciones a Jurisdicción y Admisibilidad, párrafo 147.

<sup>(125)</sup> Memorial de Objeciones a Jurisdicción y Admisibilidad Sección B (2).

<sup>(126)</sup> Memorial de Objeciones a Jurisdicción y Admisibilidad, párrafo 182 y Escrito Post-Audiencia de la Demandada, párrafo 136.

han cimentado sus conclusiones. Dada la intensidad de los debates sobre la interpretación adecuada de las cláusulas de la NMF en los AAPPRI es útil realizar algunas observaciones preliminares.

194. En primer lugar, como bien se sabe, las disposiciones en tratados conocidas como cláusulas de la NMF tienen una larga historia en el ámbito del derecho internacional, la cual se remonta al siglo XI o XII<sup>(127)</sup>. En un primer momento, las ciudades comerciales medievales intentaron, infructuosamente, monopolizar el acceso a ciertos mercados extranjeros. Luego, comenzaron a celebrar acuerdos para asegurar a los mercaderes de las ciudades comerciales italianas, francesas y españolas que tendrían «oportunidades al menos iguales a aquéllas otorgadas a sus rivales»<sup>(128)</sup>. Con la expansión del comercio internacional en los siglos XV y XVI, estas cláusulas comenzaron a utilizarse con frecuencia. La frase «nación más favorecida» aparentemente se utilizó por primera vez a fines del siglo XVII<sup>(129)</sup>. Más tarde, se incluyeron las cláusulas de la NMF como elementos estándar de los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación, los precursores de los AAPPRI modernos<sup>(130)</sup>. De esta manera, aunque es correcto decir que la evolución del derecho sobre la interpretación de las disposiciones sobre NMF en el contexto de inversiones internacionales data de mediados del siglo XX<sup>(131)</sup>, las cláusulas de la NMF han sido elementos característicos de tratados y otros acuerdos internacionales, bien conocidos y ampliamente aceptados desde hace tiempo.

195. El objeto y la mecánica de una cláusula de la NMF, al menos desde un enfoque conceptual, son simples y claros. Como fuera descrito por la Corte Internacional de Justicia, el objeto de una cláusula de la NMF consiste en «establecer y mantener en todo momento la ecuanimidad fundamental sin discriminación de los países involucrados»<sup>(132)</sup>. En el contexto del derecho internacional de inversión, también se ha definido al objeto como el «dar a los inversores una garantía respecto de ciertas formas de

<sup>(127)</sup> Endre Ustor, *First Report on the Most-Favoured Nation Clause*, [1969] 2 Y.B. Int'l L. Comm'n 157, 159, U.N. Doc A/CN. 4/213; Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. [OCDE], *Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law 3* (Directorado de Asuntos Financieros y Empresariales, *Working Paper on International Investment* No. 2004/2, 2004) (preparado por Marie-France Houde), <http://www.oecd.org/dataoecd/21/37/33773085.pdf> (última visita, 25 de enero de 2008).

<sup>(128)</sup> Scott Vesel, *Clearing a Path Through a Tangled Jurisprudence: Most-Favoured Nation Clauses and Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties*, 32 Yale J. Int'l L. 125, 129.

<sup>(129)</sup> *Ibid.*, cita de Stanley K. Hornbeck, *The Most-Favoured Nation Clause* (pt. 1), 3 Am. J. Int'l L. 395, 400 (1909).

<sup>(130)</sup> Jarrod Wong, *The Application of Most-Favoured-Nation Clauses to Dispute Resolution Provisions in Bilateral Investment Treaties*, 3 Asian J. WTO & Int. Health L. & Pol'y 171, 174.

<sup>(131)</sup> Ver, por ejemplo, *Wintershall v. Argentine Republic* (Caso CIADI No. ARB/04/14), Laudo de 8 de diciembre de 2008, párrafos 92, 96.

<sup>(132)</sup> *Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France v. U.S.)*, 1952 I.C.J. 176, 192 (27 de agosto). (Traducción del Tribunal)

discriminación por Parte de estados receptores y [establecer] un estándar de calidad de oportunidades competitivas entre inversores de diferentes países»<sup>(133)</sup>. El tribunal del caso *Siemens* sostuvo: «el propósito de la CNMF es eliminar el efecto de disposiciones específicamente acordadas a menos que hayan sido exceptuadas. Complementa el compromiso de cada Estado Parte del tratado de no implementar medidas discriminatorias a las inversiones en virtud del Artículo 2»<sup>(134)</sup>.

196. Por naturaleza, el mecanismo de una cláusula de la NMF siempre implica incrementar más la protección y otorgar un *status* más favorable; a menos, por supuesto, que una nación desee renegociar tratados existentes o establecer excepciones específicas a los beneficios otorgados por un nuevo tratado. Debido a su larga historia y amplio uso, no pueden existir dudas en cuanto a la legitimidad del mecanismo de la NMF. Se presume que cuando una nación incluye una o más disposiciones sobre la NMF en un tratado, lo hace intencionalmente y a fin de reconocer (así como a otras naciones cuyos tratados contienen cláusulas de la NMF) tratamiento y protección más favorables acordados en virtud de tratados futuros. En consecuencia, como con cualquier otra disposición importante, las naciones que negocian cláusulas de la NMF deben hacerlo consciente y diligentemente, y expresar de la manera más clara posible el alcance y las limitaciones que se pretenden del compromiso sobre NMF. Cuando surge una controversia, es responsabilidad de los tribunales como éste analizar el lenguaje específico de cada disposición de un tratado con arreglo a las normas de derecho internacional establecidas, para lo que deben procurar interpretar lo mejor posible la intención expresada por las partes.

197. En segundo lugar, ningún tribunal arbitral que deba resolver una controversia sobre inversiones internacionales puede hacerlo adecuadamente sin tener en cuenta, ya sea en forma implícita o explícita, la historia y el objeto de los tratados bilaterales de inversión que se han convertido en moneda corriente en el ámbito del derecho internacional de inversión. Los AAPPRI surgieron a fines de la década de 1950, y Alemania fue aparentemente el primer Estado en desarrollar un programa de APPRI. Alemania celebró el primer APPRI con Pakistán en 1959<sup>(135)</sup>. En 1961, Suiza siguió rápidamente los pasos de Alemania y, posteriormente, lo hicieron los Países Bajos en 1963, Italia y Bélgica/Luxemburgo en 1964, y muchas otras naciones. El ritmo de los AAPPRI, que comenzó modestamente con esfuerzos para proporcionar ciertas protecciones esenciales contra expropiaciones, discriminación y derechos de transferencia de capital y utilidades, creció rápidamente luego de que el Convenio CIADI entró en vigencia en 1966. La negociación de nuevos tratados ha continuado a pasos agigantados. Actualmente, el número total de AAPPRI vigentes se acerca a 3.000. En sus comienzos, los AAPPRI eran instrumentos diseñados principalmente para fomentar el flujo de capita-

---

<sup>(133)</sup> *Supra*, Nota 127, *OECD, Most Favoured Nation Treatment*, en 1. (Traducción del Tribunal)

<sup>(134)</sup> *Siemens A.G. c. Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/8) párrafo 106.

<sup>(135)</sup> Newcombe y Paradell, *op. cit.*, página 42.

les desde países tradicionalmente exportadores de capital a países importadores de capital. Pero esto ha cambiado ya que desde hace más de un año, se han celebrado aproximadamente 650 AAPPRI entre países en vías de desarrollo, algunos de los cuales se han convertido ahora en importantes exportadores de capital<sup>(136)</sup>. El APPRI Perú-China que nos ocupa es un tratado de esas características<sup>(137)</sup>.

198. Aunque los antecedentes arriba mencionados son obviamente de importancia, los laudos, como las sentencias judiciales, deben decidir el caso concreto, aplicando al supuesto de hecho la norma jurídica aplicable. En nuestro caso, esta norma viene impuesta por el Artículo 8.4 del APPRI, que ordena que la decisión se fundamente en<sup>(138)</sup> «las disposiciones de este Convenio y los principios generalmente reconocidos del derecho internacional aceptados por ambas Partes Contratantes.» En consecuencia, la labor encomendada al Tribunal exige en primer lugar interpretar el APPRI, tomando en consideración los principios generalmente reconocidos del derecho internacional y una vez depurado el significado de la norma, decidir cuál es el ámbito de su competencia (al amparo del Artículo 41.1 del Convenio CIADI). El Tribunal considera que no cabe una solución apriorística, es decir, no es posible decidir en general que las cláusulas de NMF son eficaces en una clase de situaciones, mientras que no lo son en otro caso. Cada cláusula de la NMF es un mundo, que exige una interpretación individualizada, para determinar cuál es su ámbito de aplicación<sup>(139)</sup>. A esta tarea, está dedicada la sección siguiente. Mas adelante, procederemos al análisis de los laudos de más relevancia sobre el tema y su «jurisprudencia arbitral.»

#### (b) Análisis del Tribunal

199. En este caso, Perú y China acordaron en el Artículo 8 del APPRI Perú-China, resolver ciertas controversias mediante procesos de arbitraje ante el CIADI. Ya hemos determinado que el alcance del acuerdo de las Partes Contratantes establecido en el Artículo 8 resulta suficiente para respaldar la jurisdicción del Centro y competencia del Tribunal para conocer de un reclamo de expropiación. Por este motivo, podemos considerar innecesario un pronunciamiento sobre el alcance de la cláusula de la NMF a este respecto. Sin embargo, puesto que es el Demandante quien trae el asunto a colación

<sup>(136)</sup> UNCTAD *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking* (introducción).

<sup>(137)</sup> China, por ejemplo, cuenta con vasta experiencia en negociaciones sobre AAPPRI. Aunque China no celebró su primer APPRI hasta el año 1982, ha formalizado más de 120 AAPPRI durante los últimos 25 años, lo que la convierte en el segundo país después de Alemania en cuanto al número de AAPPRI celebrados. Muchos de estos tratados incluyen cláusulas de NMF. Newcombe y Paradell, *op. cit.*, página 43.

<sup>(138)</sup> En ausencia de norma nacional aplicable – como es nuestro caso.

<sup>(139)</sup> M. Valenti: «*The Most Favoured Nation Clause in BIT's as a Basis for Jurisdiction in Foreign Investor – Host state Arbitration*» en *Arbitration International*, 24, (2008), página 448.

y dado que los asuntos en cuestión son importantes, procederemos a analizar también el alcance del Artículo 3 del Tratado entre Perú y China<sup>(140)</sup>.

200. El Artículo 3 del APPRI, dispone lo siguiente:

1. Las inversiones y actividades relacionadas con inversiones de cualquiera de las partes contratantes gozarán de un tratamiento justo y equitativo, así como de protección en el territorio de la otra Parte Contratante.
2. El tratamiento y protección mencionados en el párrafo 1 del presente artículo no serán menos favorables que los acordados a inversiones de inversionistas de un tercer Estado y a actividades relacionadas con tales inversiones.
3. El tratamiento y protección, mencionados en los párrafos 1 y 2 del presente artículo, no incluirán ningún tratamiento preferencial acordado por la otra Parte Contratante a las inversiones de inversionistas de un tercer Estado en base a uniones aduaneras, zonas de libre comercio, uniones económicas, acuerdos relativos a evitar la doble tributación o para facilitar el comercio fronterizo<sup>(141)</sup>.

El Adendo al artículo 3 del APPRI contenido en su protocolo establece que:

Deberá concederse a las inversiones efectuadas en el territorio de la República del Perú, además de las disposiciones de los párrafos 1 y 2 de este artículo, un trato no menos favorable que aquel otorgado a las inversiones de la República del Perú.

201. Con base de los términos de Artículo 3 del APPRI, el Demandante pretende invocar el APPRI entre Perú y Colombia que contiene una cláusula de resolución de controversias que cubre «cualquier controversia de naturaleza jurídica» para superar las limitaciones al consentimiento en el Artículo 8 del APPRI PERU-China.. El Artículo 12 del APPRI Perú- Colombia<sup>(142)</sup> establece lo siguiente:

Las controversias de naturaleza jurídica que surjan entre una Parte Contratante y un nacional o empresa de la otra Parte Contratante en relación

---

(140) El Tribunal reconoce que el APPRI contiene una cláusula de la NMF separada en el Artículo 5, aunque esta disposición no está relacionada con la controversia que nos ocupa.

(141) Debe destacarse que el Artículo 3 no es la única cláusula de nación más favorecida del APPRI Perú-China. Ver, por ejemplo, una disposición similar en el Artículo 5 sobre las pérdidas sufridas por causa de guerra, estado de emergencia nacional, insurrección, revueltas u eventos similares.

(142) Doc. J adjunto a la solicitud de arbitraje

con las inversiones de que trata el presente Convenio deberán, en lo posible, ser amigablemente dirimidas entre las partes en la controversia.

Si una controversia no pudiera dirimirse de manera amigable por las partes dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la notificación escrita del reclamo, podrá someterse al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se hubiera realizado la inversión, o al arbitraje internacional del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (en adelante denominado «el Centro»).

Cada Parte Contratante por este Convenio consiente en someter al Centro cualquier controversia de naturaleza jurídica que surja entre esa Parte Contratante y un nacional o empresa de la otra Parte Contratante relacionada con una inversión de ésta en el territorio de la primera para su arreglo por medio de conciliación o arbitraje, según lo dispuesto en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados abierto para firma en Washington el 18 de marzo de 1965.

Una empresa que esté incorporada o constituida bajo la ley vigente en el territorio de una Parte Contratante y en la cual antes de que surja la controversia, la mayoría de las acciones eran de propiedad de los nacionales o empresas de la otra Parte Contratante se tratará, de acuerdo con el artículo 25 (2) (b) del Convenio, como una empresa de la otra Parte Contratante para efectos de lo dispuesto en el mencionado Convenio.

Si el nacional o empresa afectado también consiente por escrito en someter la controversia al Centro para la resolución de ésta mediante conciliación o arbitraje de acuerdo con el Convenio, cualquiera de las partes puede iniciar el procedimiento dirigiendo una solicitud a tal efecto al Secretario General del Centro conforme a lo previsto en los artículos 28 y 36 del Convenio. En caso de desacuerdo respecto de si la conciliación o el arbitraje es el procedimiento más apropiado, el nacional o empresa que es parte en la diferencia tendrá el derecho a elegir. La Parte Contratante que es parte en la controversia no presentará como objeción en cualquier etapa del proceso o del cumplimiento del laudo, el hecho de que el nacional o empresa, que es la otra parte en la controversia, haya recibido una indemnización total o parcial de sus pérdidas, en cumplimiento de un contrato de seguro.

No obstante las disposiciones anteriores, el Centro no tendrá jurisdicción si la parte que inicia el procedimiento ha acordado, acuerda someter o somete la controversia a los Tribunales Administrativos o Judiciales de la parte Contratante que es parte en la controversia.

202. Perú y China también han celebrado y ratificado muchos otros AAPPRI que incluyen el compromiso de dispensar un trato justo y equitativo y el proteger la inver-

sión, que contienen también disposiciones sobre resolución de controversias que comprenden «cualquier controversia» que se pueda suscitar bajo los mismos<sup>(143)</sup>.

203. El inciso primero del Artículo 3 del Tratado China-Perú específicamente confiere a los inversores de ambas Partes Contratantes los beneficios del «tratamiento justo y equitativo» y «protección» dentro del territorio de la otra Parte Contratante. El inciso segundo del Artículo 3, a su vez establece que «el tratamiento y la protección mencionados en el párrafo 1 del presente artículo no serán menos favorables que los acordados a inversiones de inversionistas de un tercer Estado y actividades relacionadas con tales inversiones».

204. Estas circunstancias y las posturas de la Demandada y el Demandante dan lugar a las siguientes cuestiones: las reglas de interpretación de las cláusulas de la NMF, la interpretación de la cláusula para determinar la intención de las Partes Contratantes según lo que refleja el texto de la cláusula y, en particular, si se puede interpretar que el «tratamiento» de inversores extranjeros mencionado en el Artículo 3 de este APPRI respecto de la supuesta violación del estándar de tratamiento justo y equitativo, incluye las disposiciones más amplias sobre arbitrajes ante el CIADI que se establecieron en AAPPRI posteriores. Seguidamente, el Tribunal analizará cada una de estas cuestiones.

205. Como primer paso, el Tribunal nuevamente recurre al Artículo 31 de la Convención de Viena, que establece que un tratado internacional deberá:

interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

206. Como se indicó anteriormente, tanto la Convención de Viena como los pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia hacen hincapié en que «lo que importa es la intención de las partes expresada en el texto, que es el mejor indicador de la intención común más reciente de las partes»<sup>(144)</sup>. Asimismo, como ya se mencionó, el Tribunal entiende que la Convención de Viena no establece una regla de interpretación distinta para las diferentes cláusulas de los tratados<sup>(145)</sup>.

207. El Artículo 3 del APPRI no incluye ni excluye expresamente la resolución de controversias. El Artículo 3(3), sin embargo, enumera varias excepciones específicas del tratamiento estipulado en los Artículos 3(1) y (3)(2), es decir, cualquier tratamiento preferencial acordado en base a «uniones aduaneras, zonas de libre comercio, uniones económicas, [o] relativos a evitar la doble tributación o para facilitar el comercio fronterizo.» Un aspecto general de interpretación es que la enumeración específica de

---

(143) Con respecto a China, ver, por ejemplo, el APPRI China-Países Bajos (2001) y el APPRI China-Alemania (2003) en los que China acuerda someterse a arbitraje ante el CIADI respecto de todas las controversias relativas al APPRI.

(144) I. Brownlie, «*Principles of Public International Law*» (6ta edición. 2003), página 602. (Traducción del Tribunal).

(145) Párrafo 36, *supra*.

excepciones particulares, por implicación sugiere que hay otros asuntos que no se han excluido específicamente «*expressio unius est exclusio alterius*»<sup>(146)</sup>. Esta regla brinda alguna claridad al Tribunal, aunque es apenas el comienzo de la historia.

208. Al examinar los términos de este APPRI «en el contexto [de éste]» y «teniendo en cuenta su objeto y fin», el Tribunal ha hecho referencia al Preámbulo del mismo, el cual deja en claro los objetivos acordados de estímulo de inversión e incremento de prosperidad buscados por ambas Partes Contratantes. El término «contexto», de conformidad con la Convención de Viena, incluye, además del preámbulo y los anexos:

- (a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
- (b) todo instrumento formulado por una o más Partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado<sup>(147)</sup>.

209. El Tribunal no ha encontrado en el expediente ninguno de los instrumentos mencionados en el Artículo 31(3).

210. En busca de una mejor orientación con respecto a la adecuada interpretación del Artículo 3 y el significado de «tratamiento», el Tribunal, de acuerdo con las instrucciones del Artículo 32 de la Convención de Viena, ha examinado pruebas presentadas por la Demandada mediante las cuales ésta intenta demostrar que los trabajos preparatorios y las circunstancias de la celebración del APPRI Perú-China confirman que en la intención de las Partes Contratantes consistía en que el alcance de la cláusula de la NMF debía restringirse a protecciones no estaba la de extender el alcance de la cláusula de resolución de controversias. Por ejemplo, el Sr. Fan, que como se apuntó anteriormente fue uno de los representantes chinos a cargo de la negociación, declaró:

Como persona a cargo de la negociación del TBI, entendí que el alcance de la cláusula de la NMF se limitaba a los derechos de fondo que se enumeran en la cláusula: tratamiento justo y equitativo y protección de la inversión en el territorio del otro estado contratante<sup>(148)</sup>.

211. De forma similar, la Sra. Vega, una de las personas más importantes a cargo de la negociación por parte de Perú, declaró que: «[...] las partes no analizaron la posible

<sup>(146)</sup> Ver *National Grid v. Argentina*, UNCITRAL Decisión de Competencia de 20 de junio de 2006, párrafo 82 (referencia a la Enciclopedia de Derecho Internacional Público).

<sup>(147)</sup> Convención de Viena, Artículo 31.

<sup>(148)</sup> Declaración del señor Fan, párrafo 31.

aplicación de la cláusula de la NMF a fin de invocar disposiciones de resolución de controversias incluidas en tratados con terceros [. . .]»<sup>(149)</sup>.

212. La Sra. Vega además declaró que consideraba que sería ilógico tener un debate en este sentido con los representantes de China debido a: (1) los esfuerzos realizados por Perú y China en las negociaciones sobre la cláusula de resolución de controversias; y (2) la postura categórica del Gobierno Chino con relación a los tipos de controversias que podrían someterse a arbitraje internacional<sup>(150)</sup>. Si bien el Tribunal comprende la lógica de la opinión de la Sra. Vega sobre el asunto, el Tribunal no considera que este testimonio sea una manifestación convincente de un acuerdo común sobre el tema, o de la intención de las Partes Contratantes con respecto al alcance de esta cláusula de la NMF.

213. El análisis del Tribunal indica, preliminarmente, que el lenguaje de los Artículos 3(1) y 3(2), dado su significado corriente y habiéndolos considerado «en el contexto» y a la luz del objeto y el fin del APPRI, no parecen restringir el alcance de la palabra «tratamiento» a asuntos comerciales sustantivos tales como la explotación y la gestión de la inversión. Además, el Tribunal no ha encontrado en el expediente prueba alguna de que las Partes Contratantes hayan tenido la intención de que el término «tratamiento» tuviera un «significado especial»<sup>(151)</sup>. Las palabras de la cláusula de la NMF en sí misma parecen estar abiertas a una interpretación más amplia, lo que puede incluir el dar acceso a protecciones procesales más favorables (que potencialmente incluirían al arbitraje ante el CIADI) para supuestas violaciones del estándar de tratamiento justo y equitativo.

214. Sin embargo, en este punto, el Tribunal se enfrenta al problema de interpretar el lenguaje general del Artículo 3 con relación al lenguaje del Artículo 8(3), que directamente trata sobre el alcance de las controversias que un inversor chino o peruano puede someter a arbitraje ante el CIADI. Aquí, el Tribunal se pone cara a cara con una dificultad importante. Como se indicó anteriormente, el Artículo 8(3) establece lo siguiente:

Si una controversia que involucra el monto de compensación por la expropiación no puede ser resuelta dentro de un plazo de seis meses después de recurrir a negociaciones ... , ésta puede ser sometida, a solicitud de cualquiera de las partes al arbitraje internacional del CIADI, establecido por la Convención ... de Washington. Cualquier controversia relativa a otros asuntos entre un inversionista de cualquier Parte Contratante y la otra Parte Contratante puede ser sometido al Centro si las partes en la controversia así lo acuerdan<sup>(152)</sup>. (El énfasis es obra del Tribunal)

(149) Declaración de la señora Vega, párrafo 49

(150) Declaración de la señora Vega, párrafo 49.

(151) Convención de Viena, Artículo 31(4).

(152) El subrayado es nuestro.

215. Como se aprecia de su simple lectura, el Artículo 8.3 del APPRI es una norma más bien restrictiva, que solo permite el acceso al arbitraje internacional para controversias que, por simplicidad, nos referiremos como «controversias de expropiación»<sup>(153)</sup> o, en otro caso, que sean expresamente aceptadas por las partes («[...] si las partes en la controversia así lo acuerdan»), por ejemplo como elemento de un nuevo acuerdo entre el Estado receptor y el inversor.

216. El Tribunal considera que el tenor literal del Artículo 8 refleja que las Partes Contratantes alcanzaron un acuerdo sobre dos puntos fundamentales. En primer lugar, como se indicó anteriormente, acordaron someter las controversias sobre expropiación a procesos de arbitraje ante el CIADI. En segundo lugar, consideraron específicamente la posibilidad de someter otros tipos de controversias al arbitraje del CIADI y se han reservado específicamente el derecho de hacerlo sólo «si las partes en la controversia así lo acuerdan»<sup>(154)</sup>. Dado que las Partes Contratantes dispusieron específicamente la posibilidad de someter «otros asuntos» a arbitraje ante el CIADI y puesto que han dispuesto específicamente dicha eventualidad en el lenguaje del APPRI, el Tribunal concluye que está obligado, de conformidad con los principios del Artículo 31 de la Convención de Viena, a darle sentido al lenguaje del APPRI en la forma en que éste fue realmente concebido. De esta manera, el Tribunal determina que el lenguaje específico del Artículo 8(3) debe prevalecer sobre el lenguaje general de la cláusula de la NMF del Artículo 3, y los argumentos en contrario del Demandante deben de ser rechazados.

### (c) Análisis de las decisiones adoptadas en otros arbitrajes

217. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal ha considerado cuidadosamente varios laudos minuciosamente razonados en controversias anteriores en los cuales fue necesario interpretar cláusulas de la NMF. Ambas Partes presentaron extensos argumentos con respecto al significado y la relevancia de dichos laudos y, en menor medida, el significado de pronunciamientos anteriores de la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia. La Demandada basa sus fundamentos principalmente en los fallos de los casos *Plama* y *Salini*<sup>(155)</sup>, mientras que el Demandante cita el laudo del caso *Maffezini* y los que derivaron del mismo<sup>(156)</sup>. Estos casos son bien conocidos y han sido analizados en detalle en laudos previos. Por este motivo, el Tribunal se limitará a analizar diferencias y puntos conceptuales clave particularmente relevantes para el caso que nos ocupa. En su análisis del caso *Ma-*

<sup>(153)</sup> Qué se ha de entender por controversias que involucren el monto de compensación es analizado en otro capítulo de este Laudo.

<sup>(154)</sup> Artículo 8(3).

<sup>(155)</sup> *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom Jordan*, (Caso CIADI No. ARB/02/13), Decisión sobre Jurisdicción, 15 de noviembre de 2004.

<sup>(156)</sup> Ver, por ejemplo, *Siemens v. Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/8), *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic*, (Caso CIADI No. ARB/03/17), *Gas Natural v. Argentina* (Caso CIADI No. ARB/0310), *National Grid v. Argentina* UNCITRAL.

*ffezini* y los laudos más recientes que generalmente siguen su línea de razonamiento, el Tribunal destaca que en ellos la cláusula de resolución de controversias aplicable hace referencia a «cualquier controversia» en forma amplia. A diferencia de este caso, ninguna de estas cláusulas de resolución de controversias estipulan limitaciones a las categorías sustantivas de las controversias incluidas<sup>(157)</sup>. Lógicamente se deduce, debido a la amplitud del tipo de controversias incluidas en estas cláusulas, que aparentemente tampoco había necesidad de que las partes agregaran un lenguaje específico sobre la posibilidad de acordar en el futuro someter «otras controversias» a arbitraje ante el CIADI. Por lo tanto, el Tribunal estima que todos estos casos son fácilmente distinguibles del presente caso<sup>(158)</sup>.

218. Con respecto a los laudos de *Salini* y *Plama*, el Tribunal considera que *Salini* sólo es indirectamente relevante a las circunstancias que aquí se presentan, por dos razones: primero, como en los casos mencionados anteriormente, el Artículo 9 del APPRI entre Italia y Jordania hace referencia a «cualquier controversia». Pero fundamentalmente, el Artículo 9(2) establece lo siguiente:

En caso de que el inversor y una de las Partes Contratantes hayan celebrado un Acuerdo de inversión, resultará aplicable el procedimiento contemplado en dicho acuerdo. (Traducción del Tribunal)

219. El pronunciamiento del tribunal del caso *Salini* sobre esta disposición clave tuvo dos efectos. En primer lugar, se determinó que la controversia en cuestión, efectivamente, constituía una controversia de naturaleza contractual entre las partes, es decir, una controversia que no se suscitó a causa de una violación del tratado. En segundo lugar, el tribunal concluyó que dado que el tratado había establecido específicamente la aplicabilidad de otro procedimiento para la resolución de controversias en virtud del Artículo 9(2), era ese procedimiento el que correspondía aplicar. Este último fundamento estaba implícito, y el caso efectivamente se decidió con base en el primer razonamiento. Estas circunstancias representan diferencias críticas con el presente caso.

220. El Tribunal considera que la situación del presente caso se asemeja más al caso *Plama v. Bulgaria*, en el que el Demandante había argumentado que la cláusula de la NMF del Artículo 3 de ese APPRI debía de interpretarse de forma que permitiese que el Demandante primero evitara dos pasos preliminares acordadas para la resolución de controversias, para luego reemplazar el mecanismo arbitral acordado (arbitraje ad hoc bajo las reglas de arbitraje del CNUDMI) mediante un arbitraje ante el CIADI. El Tribunal se negó a permitir el uso de la cláusula de la NMF para importar un mecanismo de resolución de controversias completamente nuevo en lugar de un «tribunal de arbitraje

(157) Ver el APPRI Argentina-España, Artículo X.

(158) El Tribunal reconoce que la disposición sobre resolución de controversias en el caso *RosInvest* sí incluye restricciones sobre la materia. No obstante, pareciera que los términos específicos de la cláusula de NMF en ese caso (Artículo 3(2) del APPRI Rusia-Reino Unido) dan cuenta del resultado diferente.

internacional 'ad hoc'. Al hacer esto, podría decirse que el tribunal del caso *Plama* en realidad tomó en cuenta las advertencias contenidas en párrafo 63 del laudo en *Maffezini*<sup>(159)</sup>. De cualquier forma, si se sigue un razonamiento similar, este Tribunal concluye que no puede permitir que la cláusula de la NMF del tratado sea interpretada de forma que invalide el lenguaje más específico del Artículo 8(3). Por las razones arriba indicadas, el Tribunal no acepta los argumentos presentados por el Demandante relativos a la interpretación de la cláusula NMF del APPRI (Artículo 3). El Tribunal encuentra que el Artículo 3 no puede interpretarse a manera de extender la jurisdicción del Centro o que sirva de base como una fuente independiente de competencia para el Tribunal.

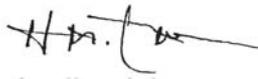
## V. DECISIÓN

221. Con base a las razones expuestas, el Tribunal decide unánimemente lo siguiente:

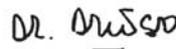
- A. Que el Centro tiene jurisdicción y el Tribunal competencia para conocer sobre la diferencia sobre expropiación planteada por el Demandante bajo el APPRI;
- B. De conformidad con la Regla de Arbitraje 41(4) fijara plazos para las actuaciones procesales siguientes tras oír a las Partes;
- C. Pospone una decisión sobre costas y gastos para un momento procesal posterior.



Señor Judd Kessler  
Presidente  
Fecha: 19-06-09



Señor Hernando Otero  
Arbitro  
Fecha: 17-06-09



Profesor Juan Fernández-Armesto  
Arbitro  
Fecha: 15-06-09

<sup>(159)</sup> *Maffezini v. Spain*, párrafo 63.



 MARÍA DEL CARMEN TOVAR GIL(\*)

## **Comentarios a la decisión sobre jurisdicción y competencia en el caso planteado ante un tribunal CIADI contra la República del Perú por el Sr. Tza Yap Shum**

---

**SUMARIO:** *1. El caso presentado contra la República del Perú. 2. El análisis propuesto por el tribunal. 3. Competencia del tribunal respecto de reclamos no relacionados a una expropiación. 4. Competencia en el reclamo relacionado a expropiación. 5. ¿En dónde estamos después de esta decisión?*

### **1. EL CASO PRESENTADO CONTRA LA REPÚBLICA DEL PERÚ**

Un ciudadano nacional de la República Popular China, el Señor Tza Yap Shum, demanda a la República del Perú, invocando supuestas violaciones al Convenio sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones vigente entre el Gobierno de la República Popular China y el Gobierno de la República del Perú (en adelante El Convenio). El tribunal estuvo compuesto por los Señores Hernán Otero y Juan Fernández-Armesto y presidido por el Sr. Judd Kessler.

Según el demandante, a partir del año 2004, su inversión en una empresa constituida en el Perú, denominada TSG Perú SAC, dedicada a

---

(\*) Socia integrante del Grupo Arbitral del Estudio Echeconar. Profesora de Derecho Internacional Privado en la Maestría de Derecho Internacional Económico de la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima.

la fabricación de productos alimenticios derivados del pescado y a su exportación a mercados asiáticos, se habría visto afectada por actos llevados adelante por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria de Perú (SUNAT).

El Demandante alega que se le habrían violado los siguientes derechos:

- Obligación de tratar de manera justa y equitativa.
- Obligación de protección con relación a las inversiones.
- Obligación de compensar en caso de medidas expropiatorias o medidas similares.
- Obligación de permitir la transferencia de capital y utilidades.

La República del Perú negó los hechos alegados y presentó objeciones a la jurisdicción. Las objeciones presentadas fueron las siguientes:

- El Demandante no es un inversionista bajo el Convenio.
- El Demandante no llevó a cabo una inversión con anterioridad al surgimiento de la disputa.
- El Demandante no ha presentado un reclamo *prima facie* de expropiación.
- El Perú no ha otorgado su consentimiento para someter la cuestión a arbitraje.

## 2. EL ANÁLISIS PROPUESTO POR EL TRIBUNAL

Para efectos de definir su jurisdicción, el tribunal analiza los dos primeros temas planteados y concluye que el Demandante sí debe ser considerado como un inversionista al amparo del Convenio y del CIADI y que la inversión sí es una inversión efectuada antes del surgimiento de la disputa y como tal una inversión protegida por el Convenio.

Establecido esto, el tribunal pasa a definir los otros dos temas, que suponen pronunciarse sobre si puede considerarse que ha habido

un sometimiento del Perú a la jurisdicción CIADI para los reclamos específicos que se formulan. Es en estos dos temas en los que vamos a centrar nuestro comentario.

Para tal efecto lo relevante es el texto de la cláusula del Convenio en la que se establece la jurisdicción CIADI.

El artículo 8 del Convenio Perú-China señala lo siguiente:

- «1. *Cualquier controversia entre un inversionista de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante relativa a una inversión en el territorio de la otra Parte Contratante será, en la medida de lo posible, resuelta amigablemente a través de negociaciones entre las partes de la controversia.*
2. *Si la controversia no puede resolver a través de negociaciones dentro de un plazo de seis meses, cualquier parte de la controversia podrá someter la misma al tribunal competente de la Parte Contratante que acepta la inversión.*
3. *Si una controversia que involucra el monto de compensación por la expropiación no puede ser resuelta dentro de un plazo de seis meses después de recurrir a negociaciones según se especifica en el párrafo 1 de este Artículo, ésta puede ser sometida, a solicitud de cualquiera de las partes, al arbitraje internacional del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), establecido por la Convención sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, suscrita en Washington D.C. el 18 de marzo de 1965. Cualquier controversia relativa a otros asuntos entre un inversionista de cualquier Parte Contratante y la otra Parte Contratante puede ser sometida al Centro si las partes en la controversia así lo acuerdan. Las disposiciones del presente párrafo no se aplicarán si el inversionista implicado ha recurrido al procedimiento especificado en el párrafo 2 de este Artículo.*

*El Centro resolverá de conformidad con la legislación de la Parte Contratante en la controversia que acepta la inversión, incluyendo sus reglas sobre conflictos de leyes, las disposiciones de este Convenio y los principios generalmente reconocidos del derecho internacional aceptados por ambas Partes Contratantes (...).*

A partir de esta cláusula el tribunal pasa a analizar los alcances del sometimiento de los Estados. Es decir, pasa a ver para qué casos los Estados miembros del Convenio se han sometido a la jurisdicción del CIADI.

De la lectura del Artículo 8º del Convenio, podemos ver que es en el numeral 3 del mismo donde se encuentra contenido el sometimiento al CIADI. Dicho numeral establece textualmente como supuesto en el que se consiente acudir a arbitraje al caso de «una controversia que involucra el monto de compensación por la expropiación».

### **3. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL RESPECTO DE RECLAMOS NO RELACIONADOS A UNA EXPROPIACIÓN**

Lo primero que surge entonces es, que si bien entre los reclamos del Demandante, se incluye uno en el que se pide compensación por medidas expropiatorias, tenemos otros reclamos sustantivos que no están relacionados a una expropiación.

¿En base a qué argumento es que el Demandante presenta ante el CIADI reclamos que nada tienen que ver con un tema de expropiación?

Lo que el Demandante alega para tal efecto es la Cláusula de Nación Más Favorecida (NMF) incluida en el Artículo 3 del Convenio. Pretende que el Convenio contenga la cláusula de NMF, conlleva que se pueda importar a favor del inversionista, no sólo los tratos más favorables que en materia sustantiva hayan sido concedidos a inversionistas de terceros estados, sino también el alcance a las cláusulas de solución de controversias de otros tratados.

El Artículo 3 del Convenio efectivamente confiere a los inversionistas de las partes contratantes los beneficios de trato justo y equitativo y protección dentro del Estado contratante y señala que el tratamiento

y protección invocados, no serán menores que los acordados a inversiones de inversionistas de un tercer Estado. Nada dice sin embargo de la cláusula de solución de controversias.

Si revisamos el análisis preliminar del tribunal en el laudo, este se mostró abierto a la posibilidad de que a través de la cláusula de NMF se pudieran importar, no sólo beneficios de carácter sustantivo, sino incluso ventajas procesales<sup>(1)</sup>.

Pese a ello, el tribunal finalmente afirma que no puede concluir en extender la cláusula de jurisdicción a materias distintas de la expropiación. El motivo que señala es que no puede permitir en este caso que la cláusula de NMF (Artículo 3º del Convenio) sea interpretada de forma que invalide el lenguaje más específico del Artículo 8(3) (Cláusula de Sometimiento de Jurisdicción). En consecuencia, descarta la jurisdicción del tribunal para casos distintos a los relacionados con el reclamo de expropiación.

El tribunal indica que, lo que importa es la intensión de las partes expresada en el texto, que es el mejor indicador de la voluntad común de las partes<sup>(2)</sup>. En base a esto, el tribunal considera que, si bien el lenguaje del Artículo 3 es abierto y no cierra la posibilidad de una lectura amplia de la cláusula de NMF, debe enfrentar el problema de interpretarlo con relación al lenguaje del Artículo 8(3) del Convenio. El tribunal dice que, como se aprecia de su propia lectura, el Artículo 8(3) es una norma más bien restrictiva, que sólo permite el acceso a arbitraje internacional para las controversias que llama «controversias de expropiación» o que sean aceptadas por las partes.

Tenemos entonces, que la piedra de toque que lleva al tribunal a considerar que no es posible extender la jurisdicción, consiste en que el Artículo 8(3), tras señalar jurisdicción para una «*controversia que involucra el monto de compensación por la expropiación*», indica que:

(1) Véase que, en ese sentido, el tribunal en el punto 213, página 168, dice expresamente: «*Las palabras de la cláusula de la NMF en sí misma parecen estar abiertas a una interpretación más amplia, lo que puede incluir el dar acceso a protecciones procesales más favorables (que potencialmente incluirían al arbitraje ante el CIADI) para supuestas violaciones del estándar de tratamiento justo y equitativo*».

(2) Véase punto 206 del laudo, p. 166.

«(...) *cualquier controversia relativa a otros asuntos, entre un inversionista de cualquier Parte Contratante y la otra Parte Contratante puede ser sometida al Centro si las partes en la controversia así lo acuerdan*». (El resaltado es nuestro).

Para el tribunal este texto impide que a través de la cláusula de NMF se pueda ampliar la jurisdicción a casos que no tienen que ver con expropiación, pues el texto expreso del Convenio establece la necesidad, para cualquier «otro asunto», de un sometimiento expreso de las partes.

Con este análisis quedan pues descartados en forma definitiva cualesquiera reclamos distintos a los que expresamente se indican en el Artículo 8(3). En consecuencia, el tribunal ha rechazado avocarse a los reclamos del Demandante, respecto de la obligación de tratar de manera justa y equitativa, de la obligación de permitir la transferencia de capital y utilidades y de otras obligaciones de protección con relación a las inversiones distintas a la obligación de compensar en caso de medidas expropiatorias o medidas similares.

#### 4. COMPETENCIA EN EL RECLAMO RELACIONADO A EXPROPIACIÓN

Queda pues por comentar lo que el tribunal decide con respecto a un último tema. Este es cuál es el alcance de la jurisdicción del tribunal de conformidad con el Artículo 8(3), cuyo texto, como he indicado, señala jurisdicción CIADI para «*una controversia que involucra el monto de compensación por la expropiación*».

El tribunal analiza primero el argumento de la República del Perú relativo a que la Demandante no habría presentado *prima facie* un reclamo que califique como una expropiación bajo el Artículo 4 del Convenio.

Según el laudo, la Demandada alega que el tribunal debe determinar si las violaciones encajan dentro de las cláusulas del Convenio y permiten ejercer jurisdicción *ratione materiae*. Se indica en el laudo, que la Demandada también argumenta que el Demandante debe probar que el Perú interfirió con su inversión, de tal manera que haya privado sustancialmente a la misma de su valor económico, uso o goce y que la

interferencia debe ser de tal magnitud, que sea equivalente a una toma efectiva de propiedad<sup>(3)</sup>.

Para tal efecto el tribunal analiza, en primer lugar, el Artículo 4 del Convenio. El Artículo 4 a) del Convenio establece que:

*«Ninguna de las Partes Contratantes expropiará, nacionalizará o tomará medidas similares (en adelante denominadas expropiación) en contra de inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante en su territorio a menos que se reúnan las siguientes condiciones:*

- (1) Por el interés público;*
- (2) En virtud de un procedimiento legal interno;*
- (3) Sin discriminación;*
- (4) A cambio de compensación».*

En este punto el tribunal señala que entiende que la posición de la Demandada es que el reclamo de expropiación debe, por lo menos a primera vista, encajar en la tipología del Artículo 4.

El tribunal concluye que en esta etapa procesal, su labor se debe limitar a cumplir con lo exigido en el Artículo 25 del CIADI<sup>(4)</sup>, es decir, verificar si el reclamo se trata de una diferencia de naturaleza jurídica que surge directamente de una inversión<sup>(5)</sup>.

Señala en consecuencia, que puede provisionalmente aceptar como verdaderos los hechos descritos por la Demandante y evaluar si razona-

<sup>(3)</sup> Véase punto 113 del laudo, p. 138.

<sup>(4)</sup> *Artículo 25(1).*- «La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado. (...)».

<sup>(5)</sup> Véase punto 120 del laudo, p. 139.

blemente vulnerarían el Artículo 4 del Convenio<sup>(6)</sup> y que la determinación de si hubo o no expropiación corresponde hacerla en la etapa de méritos. Se basa en que ello está permitido por el Artículo 41 del Convenio CIADI<sup>(7)</sup> y el Artículo 4 de las Reglas de Arbitraje.

Es importante ver que el tribunal considera que los hechos alegados, si fueran verdaderos (con cargo a verificar la prueba en la etapa de méritos), si bien no son expropiación formal y directa de la inversión, podrían llegar a calificar como expropiación indirecta. El tribunal señala que no sería la primera vez que se discutiría una expropiación indirecta con ocasión de la conducta de una autoridad en materia de impuestos o por el embargo de cuentas bancarias. Acota, sin embargo, que esto no supone sugerir que existan o no antecedentes afines. Aclara que la intención del tribunal en este momento es simplemente la de explicar porqué, a primera impresión y para efectos de la etapa procedimental, el reclamo no puede ser descartado *a priori*.

En este punto la apreciación del Tribunal parece razonable. Si se consideran protegidas por el Convenio medidas similares a la expropiación y se concluye que el tribunal es competente, es lógico que pueda y hasta deba reservar la evaluación de si hay o no expropiación para la etapa del méritos.

Sin embargo, el tema de la competencia del tribunal no se agota ahí. Más allá de si el derecho sustantivo reconocido en el Convenio, pueda

(6) «Ninguna de las Partes Contratantes expropiará, nacionalizará o tomará medidas similares (en adelante denominadas expropiación) en contra de inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante en su territorio a menos que se reúnan las siguientes condiciones:

- (1) Por el interés público;
- (2) En virtud de un procedimiento legal interno;
- (3) Sin discriminación;
- (4) A cambio de compensación.

La compensación mencionada en el párrafo 1(d) de este artículo deberá ser equivalente al valor de las inversiones expropiadas en el momento en que se declare la expropiación, ser convertible y libremente transferible. La compensación deberá ser pagada sin demoras injustificadas».

(7) «Artículo 41.- (1) El Tribunal resolverá sobre su propia competencia. (2) Toda alegación de una parte que la diferencia cae fuera de los límites de la jurisdicción del Centro, o que por otras razones el Tribunal no es competente para oírlo, se considerará por el Tribunal, el que determinará si ha de resolverla como cuestión previa o conjuntamente con el fondo de la cuestión».

suponer que las partes hayan dado protección respecto no sólo de expropiaciones directas, sino de medidas similares, el cuestionamiento es el alcance mismo del sometimiento de controversias al CIADI. La Demandada alega, no sólo que no hay expropiación, sino que la controversia no se encuentra comprendida dentro de los alcances del ofrecimiento de Perú de someterse a arbitraje, de conformidad con el Artículo 8(3) en materia de expropiación<sup>(8)</sup>.

Lo que la República del Perú afirma, es que el texto del Artículo 8(3) no le permite al tribunal avocarse al caso. Ello porque no tiene competencia para definir si hay o no expropiación. Y que sólo tiene competencia para pronunciarse cuando está establecido que hay expropiación y surge controversia sobre el monto de la compensación.

La discusión es pues, cuál es el alcance del Convenio, cuando éste señala que puede someterse a un tribunal CIADI la: «*controversia que involucra el monto de compensación por la expropiación*».

Para el tribunal del caso Tza Yap Shum, la palabra «involucra» significa, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, «abarcar, incluir, comprender». Esto implica, según su análisis, que una interpretación de buena fe, debe llevar a la conclusión de que el único requisito que el BIT establece, es que la controversia deba «incluir» la determinación de un monto de compensación y no que la controversia deba estar restringida a ella.

Con esta lógica, el tribunal concluye que el texto del Artículo 8(3) le faculta para conocer cualquier aspecto de una expropiación, siempre que, dentro del reclamo, este «incluida» una controversia relativa al monto a pagarse por ella. Para sustentar esta tesis, el tribunal usa dos argumentos. El primero es que una cláusula de solución de controversias demasiado restrictiva, sería contraria al fin de promoción de inversiones del Convenio, por lo que su existencia no puede presumirse fácilmente<sup>(9)</sup>.

<sup>(8)</sup> Véase punto 192 del laudo, p. 160.

<sup>(9)</sup> Específicamente, el tribunal señaló que «*de conformidad con el preámbulo del APPRI, el objetivo buscado al incluir el derecho a someter ciertas controversias al arbitraje del CIADI es el de conferir ciertos beneficios para promover las inversiones. En caso que las Partes Contratantes hubieran realmente tenido la intención de excluir las cuestiones importantes enumeradas en el Artículo 4 del proceso arbitral, el tribunal por supuesto así*

El segundo es que, interpretar restrictivamente el Artículo, llevaría a la conclusión incoherente de que el inversionista jamás podría ir a arbitraje.

Voy a señalar las razones por las que no comparto los argumentos del tribunal.

Veamos el primero. El tribunal afirma que interpretar restrictivamente el Artículo 8 (3), es ir en contra del contexto del Tratado, que busca promover inversiones. Bajo esa premisa, el tribunal inició su análisis con cierta parcialidad hacia intentar brindarle un sentido amplio a la cláusula.

El tribunal señala que los Artículos 31<sup>(10)</sup> y 32<sup>(11)</sup> de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados avalan sus conclusiones sobre el significado del Artículo 8 del Convenio.

---

*lo determinaría, aunque con un cierto nivel de escepticismo respecto de si dicho mecanismo podría posiblemente ayudar a atraer inversionistas extranjeros».*

<sup>(10)</sup> «**31. Regla general de interpretación.**

1. *Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.*
2. *Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:*
  - a) *todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;*
  - b) *todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;*
3. *Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:*
  - a) *todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;*
  - b) *toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;*
  - c) *toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.*
4. *Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes».*

<sup>(11)</sup> «**32. Medios de interpretación complementarios.** *Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:*

- a) *deje ambiguo u oscuro el sentido; o*
- b) *conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable».*

Es correcto que el Diccionario de la Real Academia define el verbo «involucrar» como «abarcarse» o «incluir», pero como el propio tribunal lo acepta, el Artículo 31 ordena entender esta palabra «en el contexto» del Tratado y teniendo en cuenta «su objeto y fin».

El problema es entonces cómo aborda el tribunal lo que es el objeto y fin y el contexto del Tratado. El objeto del Tratado no es el otorgar acceso a arbitraje internacional. El objeto del Tratado es promover las inversiones. La promoción de las inversiones se hace en la forma como los estados parte mejor lo consideren y como lo establezcan en el Tratado. Varía pues de tratado en tratado. Es cierto que en la práctica internacional actual, la posibilidad que se otorga a los inversionistas de demandar directamente al Estado, basada en la existencia de su sometimiento al arbitraje, ha dado potencia a los derechos sustantivos garantizados en ellos. Coincido con que al incluir el arbitraje en los convenios, se constituye en un derecho que da mayor valor a los otros derechos. Pero esto no nos puede llevar a desconocer que no todos los estados han decidido incluir este derecho en todos sus tratados, o que el no incluir este beneficio, pueda significar que el tratado no cumple un fin de promover inversiones.

Entonces, sin restar valor a la importancia que tiene la posibilidad de remitir las disputas a arbitraje internacional, esta es sólo una facilidad que puede o no ser concedida a los inversionistas extranjeros para promover las inversiones.

Recordemos que cuando el tribunal rechazó en este mismo caso el uso de la cláusula NMF para ampliar jurisdicción, rescató el sentido restrictivo del Artículo 8(3) y sostuvo lo siguiente:

*«Como se aprecia de su simple lectura el Artículo 8(3) del APRI es una norma más bien restrictiva, que solo permite el acceso a arbitraje internacional para controversias que, por simplicidad, referiremos como 'controversias de expropiación' o, en otro caso, que sean aceptadas expresamente por las partes (...).» (Resaltado es nuestro).*

El tribunal debe atenerse al convenio que tiene frente a sí. Y no puede dar a los acuerdos que se incluyeron en el Tratado un sentido que no tuvieron en el contexto en que se negociaron. Menos aún cuando el

propio tribunal había señalado en el laudo que lo que importa es la intención de las partes<sup>(12)</sup>.

Si vamos al contexto del Convenio, lo que tendremos más bien es que la práctica de negociación de la República China revelaba una clara vocación a restringir el acceso al arbitraje. Esto se ve corroborado por las afirmaciones de las partes que estuvieron involucradas en su negociación, que confirman que podía claramente inferirse que la intención de las partes era no abrir plenamente la jurisdicción del CIADI.

El tribunal no toma en consideración para entender el contexto del Convenio algo tan objetivo y comprobable como la política de inversiones de la China. Si hacemos un análisis de esta política podemos identificar que ella ha tenido dos etapas claramente diferenciadas, antes y después de 1998.

El primero de estos periodos está caracterizado por una marcada desconfianza de la China hacia el arbitraje internacional, mientras el segundo, por una actitud más liberal y tolerante frente a esta institución.

Si se estudia los convenios suscritos por la China en el primer periodo podemos ubicar dos tipos básicos de mecanismos de solución de controversias. El primero, que fuera mayoritariamente utilizado hasta 1985, es aquél en donde simplemente no existe la posibilidad de arbitrar internacionalmente una disputa, como en el caso de los BITs con Suecia (1982) y Tailandia (1985). En el segundo, en cambio, sí existe una cláusula de solución de controversias pero de alcances sumamente limitados.

Las cláusulas arbitrales que China admite incluir en este periodo, limitan el acceso a la jurisdicción arbitral internacional de dos formas. En algunos casos limitan los tipos de controversias que pueden arbitrarse (por lo general lo restringen al monto de una expropiación) y, en otros, omiten brindar un sometimiento a la jurisdicción, obligando, por lo tanto, a que se firme un segundo compromiso antes de poder acudir al arbitraje<sup>(13)</sup>.

---

(12) Véase punto 206 del laudo, p. 166.

(13) La limitación de jurisdicción por la materia puede verse, por ejemplo, en el BIT con Croacia, de 1993, en donde el artículo 8 señala lo siguiente:

«(1) *Any dispute between an investor of one Contracting State and the other Contracting State in connection with an investment in the territory of the other Contracting State shall, as far as possible, be settled amicably through negotiations between the parties to the dispute.*

Esta fórmula se repite casi sin cambios en gran parte de los BITs revisados: Dinamarca (1985), Albania (1993), Ecuador (1996), Egipto (1994), Estonia (1993), Georgia (1993), Indonesia (1994), Laos (1993), Líbano (N/A), Nueva Zelanda (1988), Singapur (1985), Qatar (1999), Eslovenia (1993), Uruguay (1993), Vietnam (1992), Bolivia (1992), Cuba (1995), Jamaica (1994), Mongolia (1991), Sri Lanka (1986), Camboya (1996), etc.

En cambio, la limitación por consentimiento, puede verse en los BITs con Etiopía (1998) y Chile (1999), entre otros<sup>(14)</sup>.

El Convenio Perú-China pertenece a la primera etapa de la política China y están presentes ambas limitaciones. Por un lado, se otorga al CIADI jurisdicción únicamente para controversias que involucran el

- 
- (2) *If the dispute cannot be settled through negotiations within six months, either party to the dispute shall be entitled to submit the dispute to the competent court of the Contracting State accepting the investment.*
  - (3) *If a dispute involving the amount of compensation for expropriation cannot be settled within six months after resort to negotiations as specified in Paragraph 1 of this Article, it may be submitted at the request of either party to an ad hoc arbitral tribunal. The provisions of this Paragraph shall not apply if the investor concerned has resorted to the procedure specified in the Paragraph 2 of this Article.*
  - (4) *Such an arbitral tribunal shall be constituted for each individual case in the following way (...).*

(14) Este último, por ejemplo, señalaba lo siguiente:

- «(1) *Any dispute between an investor of one Contracting Party and the other Contracting Party in connection with an investment in the territory of the other Contracting Party shall, as far as possible, be settled amicably through negotiations between the parties to the dispute.*
- (2) *If the dispute cannot be settled through negotiations within six months, either party to the dispute shall be entitled to submit the dispute to the competent court of the Contracting Party accepting the investment.*
- (3) *If a dispute involving the amount of compensation for expropriation cannot be settled within six months after resort to negotiations as specified in Paragraph 1 of this Article, it may be submitted at the request of either party to an international arbitration of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID), created by the Convention on the settlement of investment disputes between States and Nationals of other States, opened for signature at Washington on March 18, 1965. Any dispute concerning other matters between an investor of either Contracting Party and the other Contracting Party may be submitted by mutual agreement to an ad-hoc arbitral tribunal. The provisions of this Paragraph shall not apply if the investor concerned has resorted to the procedure specified in Paragraph 2 of this Article.*
- (4) *Such an ad-hoc arbitral tribunal shall be constituted for each individual case in the following way (...).*

monto de compensación por una expropiación y, de otro, se señala que cualquier otra controversia puede ser sometida a arbitraje únicamente por mutuo acuerdo.

Durante este periodo, sólo ciertos socios comerciales, especialmente europeos, lograron que China ampliara el ámbito de aplicación de sus BITs. Este es el caso, por ejemplo, de los BITs con el Reino Unido (1988), Grecia (1992) y España (1992). Pero no fue el caso de Perú<sup>(15)</sup>.

Es sólo después de 1998, que se identifica mayor apertura hacia la inversión por parte de la China y mayor apertura al arbitraje internacional. De acuerdo con algunos autores, este cambio se debe a la intención de Pekín de proteger a sus cada vez más numerosos inversionistas en el extranjero<sup>(16)</sup>. Así, el primer Estado que firmó un BIT de segunda generación con China fue la isla caribeña de Barbados, en julio de 1998. China también ha firmado BITs de segunda generación con Finlandia y Alemania<sup>(17)</sup>.

(15) En el caso del BIT con el Reino Unido, se establece que cualquier controversia que concierna (*concerning*) una compensación, sea producto de una expropiación o no, sería sometida a arbitraje internacional. En el caso griego, las partes brindan su consentimiento para someter a arbitraje cualquier disputa en la que el Estado receptor incumpla sus obligaciones de acuerdo con el tratado. Finalmente, en el caso de España, se brinda consentimiento para someter las compensaciones por expropiación a arbitraje internacional, incluido el CIADI.

(16) BERGER, Alex. «China's new bilateral treaty programme». En: *Paper prepared for the ASIL International Economic Law Interest Group 2008 biennial conference*, p. 11. «*The essence of China's new BIT policy, however, is that comprehensive investor-state dispute settlement procedures have been introduced first and foremost in treaties signed with developing countries which, as a group, are the main destination of Chinese outward FDI*».

(17) Un ejemplo de este nuevo tipo de enfoque puede verse en el BIT con Túnez (2004), que en su artículo 9 señala lo siguiente:

«(1) *Any dispute between a Contracting Party and an investor of the other Contracting Party, related to an investment, shall be as far as possible settled amicably through negotiations.*

(2) *If the dispute cannot be settled amicably through negotiations within six months from the date it has been raised by either party to the dispute, it shall be submitted:*

(3) *- to the competent court of the Contracting Party that is party to the dispute; or*

(4) *- to the International Center for Settlement of Investment Disputes (the Center) under the Convention on the Settlement of Disputes between States and Nationals of Other States, done at Washington on March 18, 1965; Once the investor has submitted the dispute to the jurisdiction of the concerned Contracting Party or to the Center, the choice of one of the two procedures shall be final (...).*».

De otro lado, durante el arbitraje mismo, tanto el Profesor Fan como la Dra. Vega, negociadores del convenio, estuvieron de acuerdo en que lo que se buscaba era un enfoque restrictivo de la cláusula. Incluso, en su Declaración Testimonial, el Prof. Fan señaló lo siguiente:

*«Asimismo, explicamos a nuestras contrapartes que la disposición de arreglo de diferencias en el tratado debía tener una interpretación restringida (...) Recuerdo que les dimos un ejemplo claro y simple, que utilizamos para varias negociaciones: ‘ustedes pueden someter una controversia a arbitraje sin nuestro consentimiento en el caso de que nuestros tribunales decidan que ha habido una expropiación de su inversión y que se le adeudan \$6 pero ustedes creen que la deuda es de \$10’. Este ejemplo refleja el límite externo del consentimiento de la República de China respecto del arbitraje internacional»<sup>(18)</sup>.*

La práctica china hasta 1998, que he expuesto, sumado a estas declaraciones, permiten claramente concluir que es de aplicación el inciso 4 del Artículo 31 de la Convención de Viena, que señala que puede dársele un sentido especial a un término, si consta que tal fue la intención de las partes.

En todo caso, si el tribunal consideraba que la interpretación a la luz del Artículo 31 era «manifiestamente irrazonable» (pues supuestamente llevaba a la conclusión de que el inversionista no podría ir jamás a arbitraje internacional), debía aplicar el Artículo 32 de la Convención y acudir a los trabajos preparatorios y las circunstancias de la celebración del BIT.

El tribunal alega que una interpretación conforme al Artículo 32, únicamente revela que China quería limitar el ámbito de aplicación del Artículo 8, pero que no aclara si esta limitación se reduce a todo lo concerniente a una expropiación o únicamente al monto de la compensación.

---

*Cláusulas similares pueden encontrarse en los BITs con Myanmar (2001), Benin (2004), Djibouti (2003), Botswana (2000), Brunei Darussalam (2000) y Uganda (2004), entre otros.*

<sup>(18)</sup> Véase punto 167 del laudo, p. 159.

Señala que el intercambio de palabras durante las negociaciones entre China y Perú «no establece con claridad si el consentimiento de China se limitaba únicamente a controversias sobre el monto de compensación por expropiación o si de acuerdo al lenguaje que terminó plasmado en el [BIT] comprendería controversias que involucraran además otros temas objeto del Artículo 4 del [BIT]»<sup>(19)</sup>.

De igual forma, con respecto a los demás BITs firmados por China, el tribunal no consideró que «la Declaración del Prof. Chen (o las citas que hace de otros doctrinarios chinos) [sobre estos BITs] contenga lineamientos determinantes o convincentes sobre el significado de las palabras ‘relativas al monto de la compensación por expropiación’ o de la frase ‘otros asuntos’ con respecto a otras controversias que podrían someterse a arbitraje sólo en el caso de que ambas partes estén de acuerdo»<sup>(20)</sup>.

Resulta extraño cómo el tribunal, luego de admitir que existe una conocida resistencia por parte de los Estados comunistas hacia el arbitraje internacional, decide aplicar, ante la duda, la alternativa más amplia. Considero que era pertinente aplicar el inciso 4 del Artículo 31 de la Convención de Viena para darle al término «involucra» un significado más restrictivo y que debía tomarse en cuenta la opinión de los negociadores y la práctica y actitud china en materia de BITs como elemento que aclarar la voluntad de las partes.

Como ya he dicho, China ha firmado una serie de BITs que no incluyen una cláusula de solución de controversias inversionista-Estado (Suecia, Austria, Tailandia, etc.). Es más, en muchos BITs chinos de la primera generación, ni siquiera se incluye una cláusula de trato nacional que cubra adecuadamente al inversionista<sup>(21)</sup>.

Como señala BERGER, «*most Chinese BITs throughout the 1980s and 1990s guaranteed most-favoured-nation treatment only*». Esto, empero,

---

(19) Véase punto 171 del laudo, p. 153.

(20) Véase punto 172 del laudo, p. 153.

(21) Por ejemplo, en el BIT con el Reino Unido, el artículo referido al trato nacional dice: «*either Contracting Party shall to the extent possible, accord treatment in accordance with the stipulations of its laws and regulations to the investments of nacional or companies of the other Contracting Party the same as that accorded to its own nationals or companies*» (subrayado agregado).

no significa que los mismos sean contradictorios en sí mismos. Simplemente significa que las partes han acordado otros mecanismos (como el estándar de Nación Más Favorecida y protección contra Expropiación) que consideran adecuados para promover las inversiones.

Se podrá debatir sobre su efectividad, pero eso no da pie para inferir pistas que permitan a los árbitros adecuar el texto del tratado a concepciones particulares sobre qué atrae y qué no atrae inversiones. Sería incorrecto pues afirmar que *todo* tratado de inversiones debe *necesariamente* incluir todas las garantías ofrecidas por el derecho internacional.

En todo caso, darle una interpretación restrictiva al término «involucra», es en nuestra opinión más congruente que no hacerlo. Lo que el texto menciona es «controversia que involucra el monto de las compensación por expropiación». Si el tribunal considera, como lo dice, que en lugar de «involucra», pudo usarse un lenguaje más claro para restringir, como «*limitado a*» o «*exclusivamente*», también es cierto de que tratándose de una cláusula restrictiva, como ellos mismos reconocen, para darle un significado amplio debió usar otro texto que revelara tal propósito. Debiéramos esperar que el texto señalara como materia de arbitraje las controversias relacionadas «a la expropiación» o «al Artículo 4 de convenio» y no como se señala las controversias que involucran el monto de compensación por la expropiación.

Así pues, si bien el tribunal dice que «involucra» debe leerse como «incluye», en su análisis termina interpretándolo, sin explicar por qué, como «incluye y está relacionado con el Artículo 4».

La interpretación que realiza el tribunal de indicar que «incluye» permite que la controversia no sólo sea sobre el monto, siempre que incluya el monto de la expropiación, podría hasta llevar a no limitar estos aspectos al Artículo 4, como el tribunal lo hace, lo que sería totalmente contradictorio con la argumentación expuesta para descartar la ampliación de su competencia vía cláusula de NMF.

El segundo argumento con el que el tribunal sustenta su interpretación, es una aparente contradicción de la argumentación peruana, en el sentido de que su posición implicaría que el inversionista no podría jamás acudir al arbitraje, porque el procedimiento para hacerlo sería contradictorio.

El tribunal llega a esta conclusión como resultado de leer conjuntamente el Artículo 8(2)<sup>(22)</sup> con el último párrafo del Artículo 8(3)<sup>(23)</sup> del BIT.

Así, señala que:

*«la última oración [del Artículo 8(3)] despeja toda duda de que un inversionista (de cualquier Parte Contratante), al intentar elegir una línea de acción para resolver una controversia de conformidad con el Artículo 8, se encuentra con una (sic.) cláusula de elección de foro irrevocable, conocido también por la frase en inglés ‘fork on the road’. El inversionista ‘tendrá derecho a someter la controversia a una corte competente de la Parte Contratante’ (énfasis agregado) de conformidad con el párrafo 8(2), pero si el inversionista lo hace, en virtud del párrafo 8(3), no podrá por ningún motivo aprovechar el arbitraje del CIADI para resolver una ‘controversia que involucre el monto de compensación por la expropiación’. Así, de acuerdo con la interpretación planteada por la Demandada, en caso de que una parte solicitase someterse al arbitraje del CIADI a los efectos de la resolución de controversias que involucren el monto de la compensación por la expropiación’, se le informaría que las partes no han prestado su consentimiento para someterse a dicho arbitraje dado que se le ha solicitado al inversionista que primero someta la controversia a las cortes de la respectiva Parte Contratante»<sup>(24)</sup>. (El resaltado es original).*

De acuerdo a lo que se dice en el laudo, lo que alegó el Perú en el arbitraje, es que el Artículo 8 establece un proceso de tres pasos: «(1) la negociación durante un periodo de seis meses; (2) en caso de que la contro-

<sup>(22)</sup> «Si la controversia no puede resolverse a través de negociaciones dentro de un plazo de seis meses, cualquier parte de la controversia podrá someter la misma al tribunal competente de la Parte Contratante que acepta la inversión».

<sup>(23)</sup> «Las disposiciones del presente párrafo no se aplicarán si el inversionista implicado ha recurrido al procedimiento especificado en el párrafo 2 de este artículo».

<sup>(24)</sup> Véase punto 159 del laudo, pp. 49-50.

*versia no se resolviese, la opción del inversionista de dirigirse a las cortes del Estado receptor; y luego (3) solamente con posterioridad a que dicha corte hubiere decidido, en caso de que continuara una controversia respecto del monto de la compensación otorgada, la posibilidad del inversionista de tener acceso al arbitraje internacional»<sup>(25)</sup>.*

El tribunal encuentra esta afirmación contradictoria porque «de acuerdo con la interpretación planteada por la Demandada, en caso de que una parte solicitase someterse al arbitraje del CIADI a los efectos de la resolución de controversias que ‘involucren el monto de la compensación por la expropiación’ se le informaría que las partes no han prestado su consentimiento para someterse a dicho arbitraje dado que se le ha solicitado al inversionista que primero someta la controversia a las cortes de la respectiva Parte Contratante»<sup>(26)</sup>.

La crítica que hace el tribunal a la posición peruana, es que ella implica que el inversionista tendría que acudir a un Juez y alegar que le han expropiado indebidamente su inversión pero que, por efecto del Convenio, al haber tomado jurisdicción el Juez, quedaría vetada la jurisdicción del CIADI.

La distorsión en el análisis, que lleva a señalar que la posición de la República del Perú conllevaría que no haya espacio para que un caso pueda llegar al CIADI, es el abordar el Artículo 4 exclusivamente desde la óptica de la expropiación indirecta. No podemos obviar que el Artículo 4 tiene como supuesto principal el de la expropiación clásica. Y la expropiación es primero la expropiación directa. Abarca es cierto medidas similares (que pueden incluir la expropiación directa) pero lo razonable es primero enfocar el tema hacia lo que es lo regular en materia de expropiación, es decir, a la expropiación directa.

Si se aplica la cláusula a un supuesto de expropiación directa la supuesta contradicción desaparece. Veamos.

Supongamos por ejemplo que el Estado Peruano decide expropiar (directamente) la inversión de un inversionista chino, alegando que, de

<sup>(25)</sup> Véase punto 158 del laudo, p. 49.

<sup>(26)</sup> Véase punto 159 del laudo, pp. 49 y 50.

acuerdo con el Artículo 4 del BIT, se cumplen todas las condiciones para hacerlo. Es decir, hay un interés público en juego, se cumple con el procedimiento legal de la Constitución, se hace sin discriminación de por medio y se compromete a pagar una compensación al inversionista.

Aquí, si el inversionista está en desacuerdo con la expropiación puede considerar que el procedimiento de expropiación cumple con los requisitos e iniciar negociaciones con relación a la compensación y si no llega a un acuerdo acudir al CIADI. Si considera que la expropiación no cumple los requisitos para efectuarse puede acudir a las cortes peruanas para alegar que es ilegal. Puede por ejemplo objetar que la expropiación (directa) no cumple con el requisito de interés público, o que se ha hecho de forma discriminatoria o que no ha seguido el procedimiento legal. Si el Juez determina que la expropiación es conforme a ley, el inversionista podrá entonces iniciar negociaciones con el Estado sobre el monto y luego acudir al CIADI. Si el Juez determina que no es conforme a Ley ordenará que se deje sin efecto.

En ambos casos es perfectamente posible para un inversionista que ha sido expropiado y que discrepa del monto de la expropiación, discutir la expropiación en el CIADI. Lo que no podrá hacer el inversionista, de acuerdo con el Artículo 8(3) del BIT, es acudir a las cortes para reclamar el monto de la inversión y durante o después de este proceso, acudir nuevamente ante el CIADI para discutir nuevamente el monto de compensación.

De otro lado la cláusula de solución de controversias del BIT, no sólo es aplicable para expropiaciones directas. En el caso de una expropiación indirecta, el inversionista podrá también acudir a las Cortes Peruanas para que estas declaren que ha sido ilegalmente expropiado y que las Cortes ordenen al Estado o dejar sin efecto las medidas expropiatorias, o compensar al inversionista. En este segundo caso, puede pedir que se le fije la compensación, pero puede también, al igual que en el caso de la expropiación directa, reservarse el negociar el monto y en caso discrepe con el monto que se le ofrece, ir a discutir el tema al CIADI.

No es correcto pues concluir que el acudir al Poder Judicial para declarar la existencia de una expropiación indirecta obliga al Juez a fijar una indemnización. El juez se pronunciará respecto del pedido que el inversionista le formule. Si le pide sólo declarar que un acto constituye una medida similar a una expropiación conforme a lo establecido en el

Convenio y como tal que corresponde que el estado indemnice, eso hará. No está obligado a fijar él la indemnización aunque puede perfectamente hacerlo si así se le pide.

No veo pues que existe la alegada contradicción y por ello el tribunal debió considerarse incompetente para pronunciarse sobre la alegada expropiación y debió limitar su competencia a los casos en que la existencia de la expropiación no está en discusión sino que lo que es materia de desacuerdo es el monto de la indemnización.

## 5. ¿EN DÓNDE ESTAMOS DESPUÉS DE ESTA DECISIÓN?

Lo cierto es que hoy por hoy el tribunal ya se ha pronunciado sobre su competencia en este caso y es claro que se ha declarado competente para ver el reclamo sobre expropiación y sólo sobre expropiación.

También es claro que el tribunal ha adelantado que no puede descartar que hechos como los que el Demandante alega podrían llegar a ser considerados expropiación indirecta. Pero ha dejado claramente establecido, que no se puede pronunciar sobre ello en la etapa preliminar, que no ha evaluado pruebas y que esto será materia de la etapa de méritos.

Un nuevo partido se inicia. El partido es bastante más limitado que el que planteaba inicialmente el inversionista. El tribunal sólo evaluará si el Demandante presenta y prueba hechos que pueden calificarse como haber sido similares a una expropiación. Queda fuera de juego la posible evaluación de si tales hechos constituyen una contravención al trato justo y equitativo o a otras garantías. Una expropiación indirecta implica una violación del estándar de trato justo y equitativo, pero no toda violación de este último supone una expropiación.

La doctrina considera que la expropiación requiere un estándar de prueba mucho más alto y exigente que el del Trato Justo y Equitativo. En efecto, de acuerdo con el caso *Neer (México v. Estados Unidos)*, la violación a este estándar requiere que las autoridades se comporten de una forma escandalosa, con mala fe o con un abandono doloso de sus obligaciones<sup>(27)</sup>. De la

<sup>(27)</sup> L. F. H. *Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States*, R.I.A.A. Vol. IV, 1926, p. 62, parr. 5. «*outrageous way, in bad faith, in willful neglect of their duties*».

misma forma, en el caso ELSI, la Corte Internacional de Justicia se refirió a él como un trato que sorprende el sentido de decoro judicial<sup>(28)</sup>.

Para que exista expropiación, debe cumplirse con los requisitos establecidos en cada tratado (interés público, sin discriminación y de acuerdo a ley) y tendrá que evaluarse, posteriormente, la interferencia estatal para ver si cumple con una conducta que pueda ser descrita como expropiación<sup>(29)</sup>.

Veamos como discurre esta nueva etapa. La controversia va más allá de lo que su monto pueda significar para la República del Perú. Ella deberá defender su récord, pues a casi 30 años de haber optado por un régimen de apertura a la inversión privada nacional y extranjera, no ha tenido que enfrentar el ser acusado de expropiar sin seguir el trámite de Ley. Mucho queda todavía por ver en este caso que debe marcar una nueva etapa en la experiencia peruana en arbitraje de inversiones. ▲

(28) Corte Internacional de Justicia, Electrónica Sicula S.p.A., (ELSI), (Estados Unidos v. Italia) «*shocks and surprises sense of judicial propriety*».

(29) Esto fue estudiado por el tribunal del caso Pope & Talbot. En dicho asunto, el tribunal concluyó que no existía una expropiación porque «*there is no allegation that the Investment has been nationalized or that the Regime is confiscatory. The investor's (and the Investment's) Operations Controller testified at the hearing that the Investor remains in control of the Investment, it directs the day to day operations of the Investment, and no officers or employees of the Investment have been detained by virtue of the Regime. Canada does not supervise the work of the officers or employees of the Investment, does not take any of the proceeds of company sales (apart from taxation), does not interfere with management or shareholders' activities, does not prevent the Investment from paying dividends to its shareholders, does not interfere with the appointment of directors or management and does not take any other actions ousting the Investor from full ownership and control of the Investment*».

# Decisiones Constitucionales y Judiciales





## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

EXP. N° 05311-2007-PA/TC

**Demandante** : Compañía Distribuidora S.A.  
**Demandados** : Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y  
Conciliación Comercial del Perú (CEARCO) y otro

### RAZÓN DE RELATORÍA

En la causa 05311-2007-AA/TC, seguida por la Compañía Distribuidora S.A. contra el Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación Comercial del Perú y otro, se ha conformado sentencia con los votos de los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, quienes han fallado declarando **fundada** la demanda y ordenando un nuevo procedimiento de arbitraje para determinar, de manera preliminar, si se cumplió el trámite previo, a fin de establecer, luego de interpretado el cuarto párrafo de la cláusula 8.1.7. del contrato de compraventa, quién es el sujeto legitimado para interponer la demanda arbitral. Se adjuntan los votos de los magistrados firmantes, así como el voto singular del magistrado Landa Arroyo.

### SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 5 días del mes de octubre de 2009, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, pronuncia sentencia.

#### ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Compañía Distribuidora S.A. –CODISA–, representada por Rogelio Grados García, contra la resolución de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 1152, su fecha 4 de abril de 2007, que revocando la apelada, declaró improcedente la demanda de amparo interpuesta.

## VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS RICARDO BEAUMONT CALLIRGOS Y GERARDO ETO CRUZ

En el proceso constitucional de amparo interpuesto por Compañía Distribuidora S.A. (CODISA) contra el Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación Comercial del Perú (CEARCO) conformado por los árbitros Jacobo Rey Elmore, Rafael Villegas Cerro y Ulises Montoya Alberti y con conocimiento de la Corporación Financiera de Desarrollo (COFIDE), estimamos pertinente precisar las razones por las que a nuestro juicio, consideramos que la demanda interpuesta debe ser declarada fundada en parte y en consecuencia inaplicable el Laudo de Derecho, expedido con fecha 12 de agosto de 2004, y corregido por Resolución N° 20, de fecha 20 de agosto de 2004.

Las razones que sustentan nuestra posición se resumen en lo siguiente:

### ANTECEDENTES DEL CASO

1) Con fecha 13 de setiembre de 2004 la Compañía Distribuidora S.A. (CODISA), interpone demanda de amparo contra el Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación Comercial del Perú (CEARCO) conformado por los árbitros Jacobo Rey Elmore, Rafael Villegas Cerro y Ulises Montoya Alberti y con conocimiento de la Corporación Financiera de Desarrollo (COFIDE). Solicita se declare inaplicable o se deje sin efecto el Laudo de Derecho, expedido con fecha 12 de agosto de 2004, y corregido por Resolución N° 20, de fecha 20 de agosto de 2004, mediante el cual se declara fundada la demanda arbitral, y se dispone que la empresa recurrente pague a favor de Corporación Financiera de Desarrollo (COFIDE) la suma de US\$/. 36'000 000.00 (Treinta y seis Millones de Dólares Americanos) por concepto de penalidad, pues habría incumplido con lo establecido en la cláusula octava de los cuatro contratos de compra venta que suscribió con dicha entidad, esto es, promover la inversión de las unidades hoteleras de Chimbote, Huaraz-Monterrey, Ica e Iquitos, en su calidad de compradora de las mismas.

2) Según refiere la demandante, el procedimiento arbitral se habría desarrollado de manera irregular, vulnerándose sus derechos constitucionales al debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva, toda vez que no se habrían observado las acciones y requisitos señalados en el convenio arbitral, pues no se efectuó la negociación a la que las partes debían acudir antes de aplicar la cláusula penal. Refiere asimismo que no se habría saneado el procedimiento arbitral y se habría consentido la actuación de COFIDE sin tener ésta legitimidad activa para obrar, puesto que a su criterio la única facultada para exigir la penalidad, sería en cualquier caso, la Dirección Nacional de Turismo mas no así la primera de las señaladas. Igualmente, se habría aplicado indebidamente el derogado Decreto Ley 25935 por encima de la vigente ley General de Arbitraje -Ley 26572-; se habría impuesto una penalidad «draconiana», que resulta desde su origen nula *ipso iure*; y, finalmente, no se habrían meritado las pruebas aportadas por CODISA con relación a la falta de legitimidad para obrar activa de COFIDE y aquellas que demuestran fehacientemente que no existe incumplimiento de inversión en las unidades hoteleras.

3) Corporación Financiera de Desarrollo contesta la demanda solicitando que la misma sea declarada improcedente o infundada en su oportunidad en aplicación del inciso 3 del artículo 6º de la Ley N° 23506, al considerar que la empresa demandante habría optado por la vía ordinaria al haber interpuesto recurso de anulación del laudo. Por su parte, los árbitros Rafael Villegas Cerro y Ulises Montoya Alberti de manera conjunta, así como el árbitro Jacobo Rey Elmore, por separado, contestan la demanda manifestando en esencia, que el procedimiento arbitral cumplió con todos los requisitos necesarios desde su instalación hasta la expedición del Laudo. Asimismo manifiestan que existe un procedimiento idóneo para la defensa del derecho invocado el mismo que está constituido por el recurso de anulación del laudo, por lo que solicitan que la demanda sea declarada improcedente.

4) Mediante Resolución de fecha 24 de marzo de 2006, el 38º Juzgado Civil de Lima declara infundada la demanda de amparo, estableciendo que los argumentos de la recurrente carecen de veracidad puesto que el Tribunal Arbitral sí se ha pronunciado respecto a la etapa negocial a la que deben recurrir las partes antes de ir a la vía arbitral; que al ser COFIDE el vendedor de las unidades hoteleras y por tanto el acreedor de la obligación requerida (cumplimiento del compromiso de inversión), es esta entidad quien tiene derecho para exigir la penalidad de acuerdo al artículo 1342º del Código Civil. Así mismo, con relación a la aplicación del derogado Decreto Ley, ello se habría producido debido a que el Tribunal Arbitral al momento de instalarse señaló que las disposiciones aplicables al convenio arbitral serían las dispuestas en la ley ahora derogada, por ser la vigente a la fecha de celebración del contrato mencionado. Finalmente, con relación al cuestionamiento sobre la supuesta falta de valoración probatoria, el órgano judicial estableció que ello no puede cuestionarse en la vía del proceso de amparo.

5) Mediante Resolución de fecha 04 de abril de 2007, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, sin entrar a analizar el fondo del asunto, revoca la sentencia y reformándola, la declara improcedente, tras considerar que no se habría cumplido con la exigencia de agotar la vía previa para la procedencia del amparo conforme al artículo 45º del Código Procesal Constitucional, y que la empresa recurrente carecería de interés para obrar, al haber interpuesto, en forma paralela a la demanda de amparo, un recurso de anulación de laudo arbitral en la vía ordinaria, el mismo que ha sido admitido por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.

## CONSIDERACIONES DE LOS MAGISTRADOS QUE SUSCRIBEN

### Petitorio

6) Conforme aparece del petitorio de la demanda, el objeto del presente proceso constitucional se dirige a que se declare inaplicable o se deje sin efecto el Laudo de Derecho expedido con fecha 12 de agosto de 2004, y corregido por Resolución N° 20, de fecha 20 de agosto de 2004, mediante el cual se declara fundada la demanda arbitral, disponiendo que la empresa hoy recurrente pague a favor de Corporación

Financiera de Desarrollo –COFIDE– la suma de US\$ 36 000 000.00 (treintiséis millones de dólares norteamericanos) por concepto de penalidad, pues habría incumplido con lo establecido en la cláusula octava de los cuatro contratos de compra venta que suscribió con dicha entidad, esto es, promover la inversión de las unidades hoteleras de Chimbote, Huaraz-Monterrey, Ica e Iquitos, en su calidad de compradora de las mismas.

### **Sobre el agotamiento de la vía previa en el ámbito arbitral y la presunción a favor de la continuidad del proceso**

7) De manera preliminar a la dilucidación de la controversia y en tanto la recurrida ha invocado como argumento desestimatorio central, un supuesto incumplimiento en la regla de agotamiento de la vía previa, estimamos pertinente pronunciarnos sobre dicho extremo. A este respecto, consideramos que la aseveración de la cual parte la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el sentido de que no se agotaron los recursos judiciales resulta incorrecta habida cuenta que la presente demanda de amparo fue interpuesta con fecha 13 de Septiembre del 2004, esto es, antes de la entrada en vigor del Código Procesal Constitucional, momento en el cual, no existía regla alguna que desde la perspectiva del proceso constitucional impusiera a la demandante el agotamiento de alguna variable o modalidad de vía previa. Tampoco y por otra parte resultaría pertinente invocar las reglas desarrolladas en Sentencias como las recaídas en los Expedientes N° 06167-2005-HC/TC o N° 4195-2006-AA/TC pues las mismas fueron instituidas con fecha muy posterior a la interposición de la presente demanda, lo que supone que si antecedentes jurisprudenciales o legislativos se trata sólo existiría como referencia, la Sentencia recaída en el Expediente N° 189-1999-AA/TC y lo previsto en su día por el Artículo 6° inciso 2 de la Ley N° 23506 modificada por la Ley N° 27053, debiéndose apreciar que en ninguno de los citados supuestos resultaba procedente exigir agotamiento de vía previa o recurso judicial alguno. En otras palabras, quien cuestionara una decisión arbitral emitida como consecuencia de un proceso irregular podía hacerlo de modo directo o inmediato como en efecto, ha ocurrido en el presente caso.

8) La respuesta por tanto, más allá de la fórmula actualmente existente en materia de control constitucional sobre las decisiones arbitrales, no puede ser otra que una de carácter permisivo, es decir tendiente a eximir a la entidad recurrente del consabido agotamiento, ello en atención no sólo al principio de temporalidad, sino en aplicación de la regla *pro actione* que obliga a presumir a favor de la continuidad del proceso en caso de duda o incertidumbre sobre el cumplimiento de las condiciones de procedibilidad de la demanda.

### **Aspectos a dilucidar en el presente caso**

9) De acuerdo con lo que aparece en el petitorio de la demanda es el Laudo de Derecho, expedido con fecha 12 de agosto de 2004 así como su corrección realizada mediante Resolución N° 20, de fecha 20 de agosto de 2004, los que resultan vulneratorios de sus derechos constitucionales. A este respecto y en la medida en que han sido argumentadas una serie de observaciones respecto de la forma y modo en que dicho

laudo ha sido emitido procede analizar por separado cada uno de dichos extremos, consistentes en **a)** No se ha dado observancia a las acciones y requisitos preprocedimentales señalados en el convenio arbitral, **b)** Se ha permitido la actuación de COFIDE sin tener dicha entidad legitimidad para obrar activa, **c)** Se ha procedido a aplicar indebidamente al procedimiento arbitral un Decreto Ley derogado, y **d)** Se ha procedido a imponer una penalidad draconiana sin tomar en cuenta el carácter nulo ipso iure de la cláusula penal.

### **Los requisitos previos al procedimiento arbitral**

10) Respecto de la primera de las observaciones efectuadas por la demandante, consta en efecto, que de conformidad con la previsión contemplada en la Cláusula Décimo Octava del Contrato de Compraventa realizado con fecha 05 de Julio de 1995 entre la Empresa Nacional de Turismo S.A. (ENTURPERU S.A.) y la Compañía Distribuidora S.A. (CODISA), obrante de fojas 35 a 91 de los autos, cualquier controversia o discrepancia respecto de la ejecución, interpretación o cumplimiento del citado contrato requería como paso previo a cualquier opción o alternativa arbitral, una negociación de buena fe entre las partes a llevarse a cabo durante el lapso máximo de 30 días calendario.

11) De los autos y sobre todo del raciocinio utilizado por el laudo objeto de cuestionamiento no se aprecia sin embargo respuesta o merituación alguna en torno de la presente observación. Pretender en medio de dicho contexto que porque COFIDE (en su condición de interesada en la resolución de una eventual controversia) le remite a CODISA una Carta Notarial con fecha 24 de Julio de 1998, por ese motivo ya se habría cumplido con el trámite pre procesal antes señalado, resulta a todas luces insuficiente, pues la idea de la negociación preliminar no es la de una simple advertencia frente a un hipotético incumplimiento de lo acordado contractualmente, sino un imperativo vital a los efectos de prevenir una futura controversia.

12) Debe quedar plenamente establecido que no por tratarse de una etapa de carácter pre procesal, quiere ello significar que las reglas incorporadas a un contrato tengan un carácter meramente indicativo. Aquellas son ley para las partes y si por consiguiente y de acuerdo con estas últimas, existe una etapa de previas negociaciones, aquellas asumen un efecto plenamente vinculante respecto de las partes que generaron dicha relación. Su inobservancia por tanto es analogable a la vulneración que opera cuando se desacata el llamado procedimiento preestablecido por la ley en cuanto variante del debido proceso.

### **La participación de COFIDE en el proceso arbitral**

13) En relación con la segunda de las observaciones formuladas, consideramos los suscritos que la participación de COFIDE en el proceso arbitral materia de la presente demanda no resulta en principio cuestionable. En efecto, aún cuando se puede argumentar que la presentación de un reclamo requiere una serie de formalidades de orden legal (las que en todo caso y examinadas desde una perspectiva estrictamente constitucional, tampoco justificarían per se la intervención de la judicatura constitucional mientras

no se vulnere en forma directa algún derecho fundamental) no deja de ser menos cierto que conforme aparece de la Cláusula Décimo Séptima del ya citado Contrato de Compraventa, se estableció que con expreso consentimiento del comprador (es decir, de la hoy demandante) y de los propietarios de los inmuebles otorgados en hipoteca (en este caso, de la Empresa Nacional de Turismo) se procede a una cesión de posición contractual en favor de COFIDE. En tales circunstancias, resulta perfectamente razonable que quien haya impulsado el proceso arbitral sea la entidad descrita y no como lo pretende la demandante de amparo, necesariamente la Empresa Nacional de Turismo. Optar por lo demás, por una tésis en contrario supondría colocar a COFIDE en una posición absolutamente nominal o irrelevante a todas luces incompatible con los roles asignados por el Contrato de Compra Venta.

### **Sobre la Ley aplicable al proceso arbitral**

14) El tercer aspecto que ha originado cuestionamientos por parte de la demandante se circunscribe a considerar que dentro del proceso arbitral se habría procedido a aplicar un Decreto Ley derogado. Dicha objeción sin embargo y al igual que la precedente tampoco genera convicción. En efecto, más allá de la discusión sobre el momento en que se inicia el proceso arbitral (sea que se contabilice desde la instalación del Tribunal Arbitral o desde el momento de la suscripción del Convenio Arbitral), lo real e indiscutible es que con sujeción estricta a lo previsto en el Tercer Apartado de la Cláusula Décimo Octava del tantas veces citado Contrato de Compraventa, las partes convinieron que de iniciarse un proceso arbitral éste quedaría sujeto a las estipulaciones que los árbitros puedan considerar conveniente o en su defecto, a lo previsto en la Ley General de Arbitraje N° 25935, vigente al momento de celebrarse dicho acuerdo.

15) La justificación del proceder descrito no resulta por lo demás irrazonable o arbitraria pues al suscribirse un determinado contrato, las partes intervinientes juzgan pertinente someterse a determinadas reglas de juego en el caso de que sea necesario someterse a un eventual arbitraje. Dichas reglas son las que en el momento del contrato se conocen y se aceptan como fórmula de solución de conflictos, resultando por el contrario absurdo pretender que tales reglas puedan alterarse so pretexto de una futura modificación (como ocurrió en el presente caso con la Nueva Ley de Arbitraje N° 26572) y que las incidencias de la misma (de tal modificación) tengan que necesariamente aplicarse sobre quienes suscribieron un contrato bajo otro tipo de criterios.

16) Los Magistrados que suscriben no consideran por tanto, que por haberse aplicado el Decreto Ley N° 25935 (anterior Ley de Arbitraje) y no la Ley N° 26572 (nueva Ley de arbitraje) puedan haberse visto afectados los derechos fundamentales de la parte quejosa.

### **La aplicación de una penalidad excesiva. El abuso del derecho en el ámbito constitucional**

17) La última observación que realiza la entidad demandante sí merece especial atención. En efecto, de acuerdo con la misma, el contrato de Compraventa habría previsto una Cláusula Penal absolutamente draconiana o de imposible cumplimiento en la práctica.

18) Conforme se aprecia de la Cláusula Octava del tantas veces citado Contrato de Compra Venta, la entidad recurrente se comprometió al cumplimiento de una serie de obligaciones. Por otra parte y como garantía frente a una eventual inobservancia de las mismas, se estableció expresamente, una penalidad o fórmula de tipo sancionador con implicancias de tipo económico.

19) Que se encuentre incorporada una cláusula de carácter penal como previsión sancionadora frente a eventuales incumplimientos de las obligaciones asumidas por las partes, no es algo que por principio pueda considerarse arbitrario. Lo arbitrario o lesivo resultaría si quedasen acreditadas eventuales implicancias sobre derechos fundamentales, sea por que estas resultan irrazonables, sea porque las mismas devienen en desproporcionadas.

20) Los suscritos Magistrados estamos plenamente convencidos que aún cuando las partes que participan de una relación contractual tienen la plena y absoluta capacidad para negociar de la forma más adecuada a sus intereses, ello no significa que dicho proceso de negociación resulte lesivo a los derechos fundamentales o a los bienes jurídicos de relevancia. Ni por la forma en que se negocia ni por el resultado en que se concluye, es pues aceptable que una relación contractual devenga en contraria a las finalidades u objetivos que persigue la Constitución.

21) Tampoco ni mucho menos puede aceptarse que porque una de las partes haya convenido en forma tácita o expresa que una determinada obligación le resulta plenamente vinculante, aquella se torne absolutamente indiscutible, pues al margen de que su contenido incida o no en temas de estricta constitucionalidad, no puede convalidarse que el ejercicio de un derecho fundamental (en este caso la libertad de contratación) se instrumentalice de tal manera que se convierta en una fuente legitimadora de los excesos. Nuestra Constitución ha sido terminante en proscribir el abuso del derecho de acuerdo con la previsión contenida en el último párrafo de su Artículo 103º, tesis que como es obvio, no solo debe entenderse como proyectada sobre el ámbito de los derechos subjetivos de orden legal, sino incluso sobre el de los propios derechos fundamentales, los que para ser correcta o legítimamente ejercidos no pueden desvirtuar las finalidades previstas para ellos desde la propia Constitución.

22) En el caso de autos y según se observa de la antes citada cláusula penal, el eventual atraso en la inversión correspondiente a cada unidad hotelera (eran cuatro en total) por parte de la compradora (actual demandante) se cuantifica en el orden de los US\$/. 100,000.00 (Cien mil Dólares Americanos) mensuales, que operan en forma acumulativa y sin el establecimiento de tope alguno. Consecuencia de dicho temperamento y estando a la fecha en que se suscribe el contrato (05 de Julio de 1995) y la fecha en que es emitido el laudo arbitral objeto de cuestionamiento (12 de Agosto del 2004) la cifra a pagarse por parte de la demandante ascendería a los US\$/. 36'000,000.00 Millones de Dólares Americanos, cifra esta última que incluso tendría que ser mucho más actualizada (y por supuesto, mucho más ampliada) por efectos del transcurso del tiempo.

23) Pretender que una desproporción de la naturaleza señalada (desproporción tomando en cuenta el precio real y conjunto de los cuatro hoteles) pueda pasar por inadvertida y que incluso, se torne en ilimitada, es algo que no puede de ninguna manera legitimarse. En dicho contexto, el argumento utilizado en el laudo y que gira

en torno la existencia de un proceso judicial (cuatro en total) destinado a debatir la validez de la cláusula penal (Fundamento Decimocuarto del Laudo), resulta a todas luces impertinente, cuando lo importante no es la determinación de dicha validez sino el monto arbitrario establecido en la misma. La jurisdicción arbitral ha sido instituida precisamente para servir como mecanismo de resolución de incidencias como las descritas, pero si por el contrario y como ocurre en el caso de autos, dicha jurisdicción renuncia al análisis de algo tan elemental, so pretexto a consideraciones como las mencionadas, resulta plenamente legítima como necesaria, la revisión de su contenido por conducto de la jurisdicción constitucional. En tales circunstancias, no se trata pues y vale la pena precisarlo, de una desvirtuación de las facultades reconocidas sobre la jurisdicción arbitral sino de una necesaria concurrencia tutelar como la dispensada por conducto del amparo arbitral.

24) Nuestro Colegiado a lo largo de su jurisprudencia ha sido muy cuidadoso de no entrometerse en las esferas de la autonomía de la voluntad, tanto más cuando estas cuentan con el aval de una jurisdicción especializada como la arbitral, empero, ello no quiere significar que en amparo de tal modalidad de resolución de conflictos, puedan asumirse posiciones manifiestamente contrarias a los derechos fundamentales, como las que se acreditan con el extremo del laudo objeto de cuestionamiento.

#### **Tratamiento de la prueba en el proceso arbitral cuestionado**

25) Un aspecto final que tampoco ha sido tomado en cuenta por el laudo, pero que debe rescatarse con especial énfasis es el relativo a los medios probatorios actuados en el proceso arbitral. Si bien COFIDE presentó un Informe Pericial emitido por Páñez, Chacaliaza, Barreda S.C., de acuerdo con el cual la demandante no habría invertido lo necesario en las cuatro unidades hoteleras que le fueron adjudicadas, esta última ofreció un Informe contrapuesto evacuado por Roldan & Ramirez Contadores según el cual se habría invertido por parte de CODISA la cantidad de US\$/. 2'118,890.00 Dólares Americanos, restando únicamente por abonar un monto mínimo de US\$/. 201,111.11 Dólares Americanos. En dicho contexto y siendo evidente no solo el contraste entre las conclusiones de ambas pericias de parte sino la notoria incidencia que ante un supuesto incumplimiento se generaría tras la aplicación de la anteriormente citada cláusula penal, lo razonable o compatible con el sentido común era exigir una pericia dirimente, opción que sin embargo y en ningún momento fue tomada en cuenta por el Tribunal Arbitral, denotándose por el contrario y con el citado comportamiento un notorio proceder parcializado.

26). Los suscritos Magistrados hemos de reiterar que el proceso arbitral no puede ser un pretexto para desvincularse de los derechos que la Constitución reconoce. Evidentemente, una cosa es que se tenga la capacidad para decidir las controversias derivadas de relaciones estrictamente privadas y otra distinta que so pretexto de las mismas y del fuero especializado en el que se les dilucida, puedan convalidarse criterios opuestos a los que la Constitución y su cuadro de valores materiales, postulan. En tales circunstancias es pues, como ocurre en el presente caso, el juzgador constitucional quien tiene la última palabra.

SS  
BEAUMONT CALLIRGOS  
ETO CRUZ

## VOTO DIRIMENTE DEL MAGISTRADO MESÍA RAMÍREZ

Llamado por ley a dirimir la discordia producida en el presente caso, debo señalar que me adhiero al voto de los magistrados Beaumont Callirgos y Eto Cruz; no obstante, sin perjuicio de ello, manifiesto, a través de este voto, mi parecer sobre la cuestión planteada por la demanda, la que sustentó en las siguientes razones:

### 1. §. Delimitación del petitorio y de la controversia

1. La Sociedad demandante pretende que se declare nulo el Laudo de Derecho, de fecha 12 de agosto de 2004, expedido por el Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación Comercial del Perú (en adelante, el Tribunal Arbitral), que le ordena abonar la suma de treinta seis millones de dólares americanos por concepto de penalidad; así como el procedimiento arbitral que le inició la Corporación Financiera de Desarrollo S.A. (en adelante, la Corporación) y que concluyó con el laudo referido, por considerar que dichos actos vulneran sus derechos al debido proceso, a la tutela jurisdiccional efectiva y de defensa.

Refiere que el Tribunal Arbitral ha afectado su derecho al debido proceso porque admitió a trámite la demanda arbitral interpuesta por la Corporación sin tener en cuenta que, conforme a la cláusula décimo octava del contrato de compraventa suscrito con la Empresa Nacional de Turismo S.A., antes de iniciarse el procedimiento arbitral las partes, por un plazo no mayor de treinta días calendarios, debían negociar de buena fe cualquier controversia o discrepancia respecto a la ejecución, interpretación o aplicación de los contratos, lo que no se ha hecho, y que a pesar de que tal omisión fue oportunamente puesta en conocimiento del Tribunal Arbitral, éste no hizo caso de ello.

Asimismo, señala que se han vulnerado sus derechos al debido proceso y de defensa, debido a que el Tribunal Arbitral admitió a trámite la demanda arbitral interpuesta por la Corporación cuando ésta no se encontraba legitimada para postularla, toda vez que en la sub-cláusula 8.1.7 del contrato de compraventa se establece que la legitimada para exigir la penalidad convenida es la Dirección Nacional de Turismo, y no la Corporación.

En sentido similar, manifiesta que el Tribunal Arbitral también ha vulnerado su derecho al debido proceso porque no ha valorado debidamente las pruebas aportadas al procedimiento arbitral, toda vez que a pesar de que ha demostrado que en cumplimiento del contrato de compraventa referido realizó las inversiones pactadas en las unidades hoteleras, éste consideró que no había cumplido con dicha obligación.

Finalmente, manifiesta que la cláusula penal del contrato de compraventa amenaza con vulnerar su derecho de propiedad debido a que establece una penalidad ascendente a cien mil dólares americanos mensuales en caso de que no cumpla los compromisos de inversión, lo cual resulta irrazonable y jurídicamente imposible de cumplir, además de constituir un abuso del derecho.

2. Así planteado el objeto del presente proceso, considero que la dilucidación de la exige determinar si la actuación del Tribunal Arbitral ha afectado el derecho al debido proceso de la Sociedad demandante; concretamente:

- a. Si antes de admitir a trámite la demanda arbitral, el Tribunal Arbitral debió exigir que se acreditara que previamente entre las partes se negoció de buena fe lo peticionado en la demanda.
- b. Si la demanda arbitral fue interpuesta por un sujeto que no se encontraba legitimado para ello.
- c. Si el Tribunal Arbitral omitió valorar las pruebas que demostraban que la Sociedad demandante había cumplido con sus compromisos de inversión.

De otra parte, también corresponde establecer si la cláusula penal contenida en el contrato de compraventa referido, en efecto, amenaza con vulnerar el derecho de propiedad de la Sociedad demandante, y por ende, si dicha cláusula es el resultado del ejercicio abusivo del derecho a la libertad de contratación.

## §.2. Trámites previos al proceso arbitral

3. En el ámbito judicial, el derecho al debido proceso garantiza, entre otras cosas, que los órganos judiciales, al momento de resolver una controversia, sigan el procedimiento preestablecido por la ley, pues caso contrario este derecho se vería afectado.

Dicha situación en el ámbito judicial, si bien resulta imperativa debido a que viene impuesta no sólo por la ley sino también por el derecho al debido proceso, en el ámbito arbitral adquiere una particularidad, consistente en que las partes, antes de someter la controversia al juez o tribunal arbitral, pueden pactar válidamente la realización de algún trámite previo, siempre que no resulte arbitrario, irrazonable o imposible de efectuar.

En este contexto, los trámites previos al proceso arbitral, al ser producto de la autonomía de la voluntad de las partes, devienen exigibles por el juez o tribunal arbitral antes de admitir a trámite la demanda arbitral e iniciar el proceso, toda vez que se constituyen en requisitos de procedibilidad, que si no resultan arbitrarios, irrazonables o imposibles de realizar, tienen que cumplirse por formar parte del procedimiento preestablecido por las partes, que de una manera particular estaría tutelado por el derecho al debido proceso.

4. Pues bien, teniendo presente ello estimo pertinente precisar que en la cláusula décimo octava del contrato de compraventa, obrante de fojas 35 a 89, se pactó lo siguiente:

«18.1 Toda controversia o discrepancia respecto a la ejecución, interpretación o cumplimiento del presente contrato que no pueda ser resuelta

por las partes después de su negociación en buena fe por un periodo no mayor de treinta (30) días calendarios será llevada a un arbitraje con la notificación escrita por una parte a la otra para acogerse a la presente».

5. Del tenor literal de la cláusula transcrita puede concluirse que las partes del contrato de compraventa pactaron que debían cumplir un trámite previo antes de iniciar un proceso arbitral para exigir la ejecución, interpretación o cumplimiento del contrato referido.

Al respecto, debo señalar que de la valoración de las pruebas obrantes en autos que se refieren al proceso arbitral no se advierte que la parte que considera incumplido el contrato de compraventa haya realizado el trámite previo que fue pactado en la cláusula décimo octava del mismo contrato, razón por la cual resulta válido concluir que por este hecho se ha afectado el derecho al debido proceso de la Sociedad demandante.

Es más, en el acta de instalación del Tribunal Arbitral, de fecha 21 de abril de 2004, obrante de fojas 8 a 12, no se menciona que la parte supuestamente afectada por el incumplimiento del contrato efectuó el trámite previo referido. En sentido similar, tengo que señalar que en ninguno de los fundamentos del Laudo de Derecho, de fecha 12 de agosto de 2004, obrante de fojas 282 a 300, se indica, al menos de manera tangencial, que se hubiese cumplido el trámite previo pactado en el contrato de compraventa referido.

### §.3. Legitimación activa y debido proceso

6. Por otra parte, y con relación a la legitimación activa, debo precisar que aunque la apreciación de cuándo concurre un interés legítimo, y por ende la legitimación activa para recurrir, es, en principio, cuestión de legalidad ordinaria que compete a los órganos judiciales, la justicia constitucional debe determinar ello siempre que se alegue la afectación del derecho al debido proceso, bien porque la demanda podría ser interpuesta por un sujeto que no tiene legitimación activa, bien porque podría ser rechazada bajo el argumento de la falta de legitimación activa.

7. Para resolver este punto considero pertinente reseñar el cuarto párrafo de la cláusula 8.1.7 del contrato de compraventa, cuyo texto dice:

«En caso de incumplimiento en los alcances propuestos en la Oferta Económica respecto de los Compromisos de Inversión, la Dirección Nacional de Turismo aplicará al **COMPRADOR** la penalidad a cargo de este que será de US\$ 100,000 mensuales hasta el total cumplimiento del compromiso de inversión».

8. Teniendo presente el tenor literal de la cláusula transcrita, considero que en el presente proceso no puede determinarse ni concluirse, de manera irrefutable, que la Dirección Nacional de Turismo sea el sujeto legitimado para demandar, vía arbitraje, el pago de la penalidad o que la Corporación no sea el sujeto legitimado para interponer la demanda arbitral, pues, a mi consideración, todo va a depender de la interpretación que se realice de la frase «la Dirección Nacional de Turismo aplicará al **COMPRADOR** la penalidad», lo cual, estimo, debe efectuarse en el mismo proceso arbitral.

#### §.4. Prueba y debido proceso

9. La utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa o resolución del caso constituye una de las manifestaciones del ejercicio de los derechos a la prueba y de defensa, ambos derechos integrantes del debido proceso, que resulta vulnerado cuando los órganos judiciales no actúan o practican la prueba admitida oportunamente, o cuando inmotivadamente no admiten pruebas relevantes para la decisión final, o cuando, con una interpretación y aplicación arbitraria e irrazonable de la legalidad la rechazan.

10. En sentido similar, considero que el derecho a la prueba se vulnera cuando se demuestra que entre los hechos que se quisieron probar y no se puede hacerlo y las pruebas inadmitidas, existe la probabilidad razonable de que la resolución final del proceso podía haber sido favorable a las pretensiones de haberse aceptado y practicado la prueba propuesta.

11. Por este motivo, no le corresponde a los órganos que forman parte de la jurisdicción constitucional revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que enlaza la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta, porque el proceso de amparo no es un recurso de apelación, ni el Tribunal Constitucional una tercera instancia.

12. Sobre la base de lo precisado y luego de revisados los fundamentos del Laudo de Derecho, estimo que éste ha vulnerado el derecho a la prueba de la Sociedad demandante y le ha generado una situación de indefensión, debido a que el Tribunal Arbitral acogió la demanda arbitral interpuesta teniendo presente sólo el informe pericial presentado por la Corporación, lo cual resulta arbitrario, si se tiene en cuenta que la Sociedad demandante presentó un informe que contradecía y rebatía lo señalado por el informe pericial de la Corporación.

En efecto, en el informe pericial presentado por la Sociedad demandante se menciona que ésta habría cumplido con sus compromisos de inversión. Por tanto, teniendo presente ello, considero que el Tribunal Arbitral actuó de manera parcializada, pues en el laudo referido no argumenta ni explica porqué valoró únicamente el informe pericial presentado por la Corporación para estimar la demanda, pues pudo haber hecho todo lo contrario si es que hubiera desestimado la demanda valorando únicamente el informe pericial presentado por la Sociedad demandante.

Así, si el Tribunal Arbitral tenía dos pericias contradictorias, por sentido común, racional e imparcializado, debió haber mandado a actuar una pericia dirimente a efectos de tener la suficiente certeza y convicción al momento de fallar, lo cual no sucedió en el presente caso. Es más, el Tribunal Arbitral pudo haber realizado una inspección en los hoteles para verificar si el compromiso de inversión había sido, o no, cumplido.

#### §.5. Cláusula penal y abuso del derecho

13. Finalmente, corresponde evaluar la constitucionalidad del cuarto párrafo de la cláusula 8.1.7 del contrato de compraventa, reseñada en el fundamento 7, *supra*.

Para determinar si la cláusula penal pactada amenaza con vulnerar el derecho de propiedad, estimo pertinente hacer dos precisiones; la primera referida al contrato como producto-resultado de la autonomía de la voluntad y la segunda referida al abuso del derecho.

14. La celebración de un contrato presupone un acuerdo o concierto de voluntades entre las partes que lo suscriben en su condición de seres libres y dignos, las cuales, se presume, actúan con plena capacidad, en ejercicio de su autonomía y en igualdad de condiciones.

No obstante ello, en materia contractual se pueden presentar supuestos en los cuales una parte abusando de su posición dominante, ejerza abusivamente su derecho a la libertad de configuración interna del contrato, al momento de redactar cláusulas penales excesivamente onerosas en su monto o que redundan en daño para la parte que se vio precisada a adherir a sus condiciones.

En dichos casos, el artículo 1346º del Código Civil, aplicable también al proceso arbitral, prevé que el juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida.

15. Por lo tanto, teniendo presente el monto que se pactó como cláusula penal, estimo que éste resulta excesivamente oneroso y que, por ello, constituye una amenaza cierta e inminente de vulneración del derecho de propiedad de la Sociedad demandante en caso se exija, supuesto que ha sucedido en el proceso arbitral. Por dicha razón, considero que la exigencia del monto de la cláusula penal constituye una confiscación encubierta que no debe ser permitida ni avalada, toda vez que el artículo 103º de la Constitución prescribe que no se ampara el abuso del derecho y, en el caso de autos, se demuestra claramente que la redacción de la cláusula constituye un ejercicio abusivo e ilegítimo del derecho a la libertad de configuración interna del contrato.

Consecuentemente, estimo que en el nuevo proceso de arbitraje que se lleve a cabo, el Tribunal Arbitral deberá evaluar, como uno de los puntos a resolver, la reducción del monto de la cláusula penal conforme al artículo 1346º del Código Civil.

Por las razones detalladas, considero que debe estimarse la demanda y ordenarse que en el nuevo procedimiento de arbitraje que se realice se determine de manera preliminar si se cumplió el trámite previo, pues en caso contrario no se podrá admitir a trámite la demanda. En segundo término, y estimando que la primera cuestión sea satisfecha, tendrá que establecerse, luego de interpretado el cuarto párrafo de la cláusula 8.1.7 del contrato de compraventa, quién es el sujeto legitimado para interponer la demanda arbitral. En tercer término, considero que el monto de la cláusula penal debe ser reducido conforme al artículo 1346º del Código Civil. Finalmente, soy de la opinión que el Tribunal Arbitral actué todos los medios de prueba pertinentes para dilucidar el incumplimiento alegado por la Corporación, y no sólo valerse de los informes periciales que las partes presenten.

Sr.  
MESÍA RAMÍREZ

## VOTO DEL MAGISTRADO LANDA ARROYO

Mediante el presente voto y con el debido respeto dejo constancia que considero debe declararse **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo; señalando como fundamentos los motivos que a continuación expreso:

### I. FUNDAMENTOS

1. Con fecha 13 de setiembre de 2004 la Compañía Distribuidora S.A. –CODISA–, interpone demanda de amparo contra el Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación Comercial del Perú contra –CEARCO–, solicitando se declare inaplicable o se deje sin efecto el Laudo de Derecho, expedido con fecha 12 de agosto de 2004, y corregido por Resolución N° 20, de fecha 20 de agosto de 2004, el cual declara fundada la demanda arbitral, disponiendo que la empresa recurrente pague a favor de Corporación Financiera de Desarrollo –COFIDE– la suma de US\$ 36 000 000.00 (trentiséis millones de dólares norteamericanos) por concepto de penalidad, pues habría incumplido con lo establecido en la cláusula octava de los cuatro contratos de compra venta que suscribió con dicha empresa, esto es, promover la inversión de las unidades hoteleras de Chimbote, Huaraz-Monterrey, Ica e Iquitos, en su calidad de compradora de las mismas.

Según refiere, dicho procedimiento arbitral se habría desarrollado de manera irregular, violándose sus derechos constitucionales al debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva, toda vez que, no se habrían observado las acciones y requisitos señalados en el convenio arbitral, pues no se efectuó la negociación a la que las partes debían acudir antes de aplicar la cláusula penal. Refiere asimismo que no se habría saneado el procedimiento arbitral y se habría consentido la actuación de COFIDE sin tener ésta legitimidad activa para obrar, puesto que a su criterio la única facultada para exigir la penalidad, sería en cualquier caso, la Dirección Nacional de Turismo y no la vendedora de las unidades hoteleras. Igualmente, se habría aplicado indebidamente el derogado Decreto Ley 25935 por encima de la vigente Ley General de Arbitraje –Ley 26572–; se habría impuesto una penalidad «draconiana», que resulta desde su origen nulo *ipso iure*; y, finalmente, no se habrían meritado las pruebas aportadas por CODISA con relación a la falta de legitimidad para obrar activa de COFIDE y aquellas que demuestran fehacientemente que no existe incumplimiento de inversión en las unidades hoteleras.

2. A fojas 512, COFIDE contesta la demanda solicitando que la misma sea declarada improcedente o infundada en su oportunidad en aplicación del inciso 3 del artículo 6° de la Ley N° 23506, al considerar que la empresa demandante habría optado por la vía ordinaria al haber interpuesto recurso de anulación del laudo. Por su parte, a

fojas 557 los árbitros Rafael Villegas Cerro y Ulises Montoya Alberti contestan la demanda manifestando que el procedimiento arbitral cumplió con todos los requisitos necesarios desde su instalación hasta la expedición del Laudo. Asimismo manifiesta que existe un procedimiento idóneo para la defensa del derecho invocado el mismo que está constituido por el recurso de anulación del laudo, por lo que solicitan que la demanda sea declarada improcedente.

3. Mediante Resolución de fecha 24 de marzo de 2006, el 38 Juzgado Civil de Lima declara infundada la demanda de amparo, estableciendo que los argumentos de la recurrente carecen de veracidad puesto que el Tribunal Arbitral sí se ha pronunciado respecto a la etapa negocial a la que deben recurrir las partes antes de ir a la vía arbitral; que al ser COFIDE el vendedor de las unidades hoteleras y por tanto el acreedor de la obligación requerida (cumplimiento del compromiso de inversión), es aquella entidad quien tiene derecho para exigir la penalidad de acuerdo al artículo 1342º del Código Civil. Así mismo, con relación a la aplicación del derogado Decreto Ley, ello se habría producido debido a que el Tribunal Arbitral al momento de instalarse señaló que las disposiciones aplicables al convenio arbitral serían las dispuestas en la ley ahora derogada, por ser la vigente a la fecha de celebración del contrato mencionado. Finalmente, con relación al cuestionamiento sobre la supuesta falta de valoración probatoria, el órgano judicial estableció que ello puede cuestionarse en la vía del proceso de amparo.

4. Mediante Resolución de fecha 04 de abril de 2007, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, sin entrar a analizar el fondo del asunto, revoca la sentencia y reformándola, la declara improcedente, tras considerar que no se habría cumplido con la exigencia de agotar la vía previa para la procedencia del amparo conforme al artículo 45º del Código Procesal Constitucional, y que la empresa recurrente carecería de interés para obrar, al haber interpuesto, en forma paralela a la demanda de amparo, un recurso de anulación de laudo arbitral en la vía ordinaria, el mismo que ha sido admitido por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.

5. El objeto de la presente demanda de amparo es que se declare inaplicable o se deje sin efecto el Laudo de Derecho, expedido con fecha 12 de agosto de 2004, y corregido por Resolución N° 20, de fecha 20 de agosto de 2004, en el procedimiento arbitral seguido por Corporación Financiera de Desarrollo –COFIDE– contra la recurrente. El referido laudo declaró fundada la demanda arbitral, disponiendo que la empresa recurrente pague a favor de COFIDE, la suma de US\$ 36 000 000.00 por concepto de penalidad, pues habría incumplido con lo establecido en la cláusula octava de los cuatro contratos de compra venta, esto es, promover la inversión en estas unidades hoteleras de Chimbote, Huaraz-Monterrey, Ica e Iquitos, en calidad de compradora de éstas. La empresa recurrente alega la afectación de sus derechos al debido proceso y a la tutela procesal efectiva.

6. Tal como se advierte, el presente proceso fue iniciado en el marco de la legislación procesal anterior a la vigencia del Código Procesal Constitucional, por lo que conviene establecer, antes de responder a las cuestiones planteadas, el marco normati-

vo procesal aplicable al presente caso. Sobre el particular, este Colegiado ha establecido que las normas del Código Procesal Constitucional son aplicables incluso a procesos en trámite, conforme a su Segunda Disposición Final, siempre que de su aplicación no se desprenda afectación a la tutela jurisdiccional efectiva (STC N° 3771-2004-HC/TC). En consecuencia, el presente proceso se registrará, en esta instancia, por la reglas del referido Código Procesal Constitucional.

7. Con relación al cuestionamiento de un laudo arbitral a través del proceso constitucional de amparo, este Colegiado ha establecido una serie de restricciones procesales a efectos de no convertir el proceso de amparo en una instancia de simple apelación del laudo arbitral. En tal sentido, en la STC N° 4195-2006-AA/TC, FJ 4º este Colegiado precisó algunas reglas para el control constitucional de un Laudo Arbitral, el cual es extraordinario y subsidiario, estableciendo que la demanda de amparo contra un laudo arbitral resulta improcedente:

- a) «(..) cuando se cuestione actuaciones previas a la expedición del laudo. En tales casos, se deberá esperar la culminación del proceso arbitral.;
- b) Aun habiendo culminado el proceso arbitral, conforme al literal anterior, el amparo será improcedente cuando no se agote la vía previa, de ser pertinente la interposición de los recursos respectivos (apelación o anulación), de acuerdo a lo establecido en los fundamentos 2 y 3 supra.
- c) (...) cuando se cuestione la interpretación realizada por el Tribunal Arbitral respecto a normas legales, siempre que de tales interpretaciones no se desprenda un agravio manifiesto a la tutela procesal o al debido proceso.  
En todo caso, frente a la duda razonable de dos posibles interpretaciones de un mismo dispositivo legal, el juez constitucional debe asumir que la propuesta por los árbitros es la más conveniente tanto para la solución del conflicto como para fortalecer la institución del arbitraje.
- d) La valoración y calificación de los hechos y circunstancias sometidas a arbitraje son de exclusiva competencia de los árbitros, los que deben resolver conforme a las reglas del arbitraje, salvo que se advierta una arbitrariedad manifiesta en dicha valoración o calificación que pueda constatarse de la simple lectura de las piezas que se adjuntan al proceso, sin que sea necesaria una actividad probatoria adicional que no es posible en el proceso de amparo.
- e) Quien alega la violación de un derecho constitucional que resulte de una arbitraria interpretación de normas o hechos producidos en el trámite del arbitraje, deberá acreditarlos de manera objetiva y específica, precisando en qué ha consistido dicha irregularidad, así como el documento o pieza procesal en el que se constata dicha vulneración.»

8. En el caso materia de análisis, conforme se desprende de la demanda, los hechos en los que la empresa recurrente sustenta la violación de sus derechos, se encuentran referidas a las causales de improcedencia contenidas en los puntos c) y d). En efecto, cuando la demandante cuestiona la aplicación indebida de un Decreto Ley derogado está cuestionando la interpretación realizada por el Tribunal Arbitral respecto a normas legales; por su parte, cuando aduce que las pruebas aportadas por ésta no han sido meritadas en el procedimiento arbitral, está cuestionando la valoración y calificación de los hechos y circunstancias sometidas a arbitraje, lo cual conforme se ha mencionado, es competencia exclusiva de los árbitros y no puede ser materia de revisión mediante el proceso de amparo. Respecto a la alegación de que no se habría observado los requisitos procedimentales previos al arbitraje ni se habría saneado válidamente el procedimiento arbitral y que se habría admitido la participación de COFIDE en el proceso como demandante, sin tener legitimidad para obrar activa, se puede concluir que tales hechos, si bien no se subsumen en ninguna de las causales establecidas *supra*, al ser aspectos meramente procedimentales, no inciden sobre el contenido constitucionalmente protegido de ningún derecho fundamental por lo cual tampoco, estos supuestos serían revisables a través del proceso de amparo.

9. Siendo así, la demanda resulta improcedente, toda vez que los hechos que se denuncian como agravio a los derechos de la empresa recurrente, no constituyen objeto de un proceso de amparo contra laudo arbitral al no estar referidos al ámbito constitucionalmente protegido de los derechos que han sido invocados, tal como lo precisa el artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional.

10. Valga añadir, con el debido respeto por la opinión de los Magistrados de este Tribunal, que consideramos que resulta inadecuada la precisión referida en el fundamento 7 del voto singular que se acompaña a la presente resolución, en la que se determina que no resulta pertinente invocar las reglas desarrolladas en Sentencias como las recaídas en los Expedientes N° 06167-2005-HC/TC o N° 4195-2006-AA/TC *«pues las mismas fueron instituidas con fecha muy posterior a la interposición de la presente demanda, lo que supone que si antecedentes jurisprudenciales o legislativos se trata sólo existiría como referencia, la sentencia recaída en el Expediente N° 189-1999-AA/TC y lo previsto en su día por el artículo 6 inciso 2 de la Ley N° 23506 modificada por la Ley N° 27053, debiéndose apreciar que en ninguno de los citados supuestos resultaba procedente exigir agotamiento de vía previa o recurso judicial alguno. En otras palabras, quien cuestionara una decisión arbitral emitida como consecuencia de un proceso irregular podía hacerlo de modo directo o inmediato como en efecto, ha ocurrido en el presente caso»*.

11. De tal manera, cabe recordar que conforme se ha establecido expresamente en la Segunda Disposición Final del Código Procesal Constitucional que *«Las normas procesales previstas por el presente Código son de aplicación inmediata, incluso a los procesos en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado»*.

12. En tal sentido se ha pronunciado este Tribunal en doctrina jurisprudencial, como es el caso de la STC del Exp. N° 02982-2007-PA/TC, donde se dispone que:

**«Con relación a la vigencia de las normas**

9. Que en cuanto a la vigencia de las normas, sin lugar a dudas el recurrente incurre en error al considerar que a su caso concreto debía aplicarse el segundo párrafo de la Segunda Disposición Transitoria y Derogatoria del Código Procesal Constitucional, que literalmente expresa: «Las normas procesales previstas por el presente Código son de aplicación inmediata, incluso a los procesos en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior las reglas de competencia y los plazos que hubieren empezado».

La primera parte dispone una regla general: «Las normas procesales previstas por el presente Código son de aplicación inmediata». Así pues, a partir del 1 de diciembre de 2004 todo el Código Procesal Constitucional entró en vigencia, de manera que los justiciables debían adecuar su conducta a sus normas. Es evidente que el legislador quiso restringir el acceso del amparo para el cuestionamiento de resoluciones judiciales, estableciendo un plazo de treinta días hábiles, menor al normal de sesenta días hábiles. Tal limitación impuesta por el legislador es total y plenamente legítima.

El recurrente se encontraba en este primer supuesto ya que quería interponer una demanda de amparo contra una resolución judicial. Durante el tiempo en que podía hacerlo la ley fue derogada y se estableció un plazo menor. En el mismo primer párrafo citado también se establece una regla especial que reitera la aplicación inmediata de las normas del Código Procesal Constitucional «incluso a los procesos en trámite».

10. Que en el presente caso el 28 de diciembre de 2004, fecha en que el recurrente interpone la demanda, no existía ningún proceso en trámite, de manera que la norma aplicable sigue siendo la norma vigente desde el 1 de diciembre de 2004 que es el Código Procesal Constitucional.

Ahora bien, la segunda parte de la norma en comentario establece una regla de excepción pero referida evidentemente a la aplicación de las normas del Código Procesal Constitucional a los procesos en trámite, es decir, a los procesos iniciados cuando estaba vigente la Ley N° 23506 (esto es, a las demandas interpuestas con anterioridad al 1 de diciembre de 2004). El presente caso no se había iniciado bajo la vigencia de la antigua Ley de Hábeas Corpus y Amparo sino cuando el Código Procesal Constitucional ya estaba en vigencia. Y el Código establece: «Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieren empezado».

11. Que esta norma se refiere a la aplicación ultractiva de las normas de la Ley N° 23506 a los procesos ya iniciados en supuestos puntuales y específicos, toda vez que conforme a la regla de la segunda disposición final del Código Procesal Constitucional, sus normas se aplican «incluso a los procesos en trámite». Tales supuestos específicos son:

- a) Reglas de competencia de procesos iniciados con la Ley N° 23506.
- b) Medios impugnatorios interpuestos. Evidentemente, se refiere a un proceso ya iniciado cuando el Código Procesal Constitucional entró en vigencia. Al momento de interposición de la demanda, 28 de diciembre de 2004, no existía el proceso.
- c) Los actos procesales con principio de ejecución. Al momento de interposición de la demanda no había proceso.
- d) Los plazos que hubieran empezado. ¿Qué plazos? Evidentemente los plazos del proceso previo, que en el presente caso no existía.

*12. Que entonces el plazo que antes establecía la Ley N° 23506 para interponer una demanda de amparo contra una resolución judicial era de 60 días hábiles. Tal plazo fue reducido a 30 días hábiles por el nuevo Código Procesal Constitucional. El accionante interpuso la demanda el 28 de diciembre de 2004, cuando estaba plenamente vigente la nueva norma procesal constitucional. Por ello la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima y la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República aplicaron correctamente el texto de la Ley».*

## II. CONCLUSIÓN

Por lo expuesto, el suscrito es de la opinión que se declare **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo de autos.

S.  
LANDA ARROYO



 GONZALO GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA(\*)

## Comentarios al caso CODISA

---

**SUMARIO:** *1. Argumentos de la demanda de amparo. 2. Argumentos de COFIDE y de los árbitros. 3. Proceso de amparo. 4. Características de la acción de amparo. 5. Características de la anulación del laudo. 6. Análisis del fondo de la decisión. 7. Sobre la actual Ley de Arbitraje y el amparo.*

Mediante publicación del 31 de octubre de 2009 en el Diario Oficial El Peruano, de la resolución expedida por el Tribunal Constitucional referida al expediente N° 05311-2007-PA/TC seguida por la Compañía Distribuidora S.A. (en adelante CODISA), contra el tribunal arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación Comercial del Perú (CEARCO), se ha generado una polémica en el mundo académico al haberse declarado fundada una demanda de amparo y ordenando un nuevo procedimiento arbitral. Se trata de la primera sentencia del Tribunal Constitucional, que en más de 14 años de vigencia del arbitraje moderno en el Perú (desde la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje expedida en el año 1996 y el Decreto Legislativo N° 1071 promulgado en el año 2008), que el Tribunal Constitucional ha procedido a anular un laudo y el consecuente procedimiento arbitral vía demanda de amparo, a pesar de existir un procedimiento de anulación de laudo interpuesto ante la Corte Superior por los mismos hechos.

---

(\*) Socio de García Calderón, Vidal, Montero & Asociados Abogados. Miembro de la Comisión Revisora de la Ley General de Arbitraje. Profesor de Arbitraje en la Universidad de Lima.

Los hechos son los siguientes:

Se trató de una compraventa de inmuebles realizada por CODISA; de cuatro hoteles de los denominados Hoteles de Turistas en Ica, Huaraz, Huarmey, Iquitos y Chimbote, que formaban parte de la Empresa Nacional de Turismo S.A. (ENTURPERU S.A.) cuyo accionista era el Estado Peruano, el mismo que procedió a «privatizarlo». De conformidad con lo señalado en la cláusula décimo octava del contrato de compraventa realizado el día 05 de julio de 1995, las discrepancias respecto a la ejecución, interpretación o cumplimiento deberían ser resueltas por la vía arbitral, requiriendo como paso previo una negociación de buena fe entre las partes, a llevarse a cabo durante un lapso máximo de 30 días.

El Estado Peruano por intermedio de la Corporación Financiera de Desarrollo S.A. (COFIDE S.A.) demandó en la vía arbitral a CODISA argumentando que éste habría incumplido el compromiso de realizar una determinada inversión en cada uno de los hoteles antes mencionados. El tribunal arbitral luego de llevar adelante el proceso arbitral respectivo, falló declarando fundada la demanda en favor de la empresa estatal de derecho privado, ordenando que CODISA cumpla con pagar la penalidad demandada ascendente a US\$ 36'000,000.00 (Treinta y Seis Millones de Dólares Americanos). Contra este laudo arbitral CODISA interpone una demanda de anulación de laudo de derecho ante la Corte Superior de Justicia así como interpone una demanda de amparo contra el tribunal arbitral solicitando se declare inaplicable o se deje sin efecto el Laudo expedido el 12 de agosto de 2004.

## **1. ARGUMENTOS DE LA DEMANDA DE AMPARO**

CODISA argumentó que el procedimiento arbitral vulneró el «debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva» al no haberse llevado a cabo las negociaciones previas al arbitraje, señaladas en la cláusula décimo octava del contrato. Asimismo objetó la participación de COFIDE al sustentar que este carecía de legitimidad para obrar activa y que no se habría saneado el procedimiento arbitral.

Por último, señala que se habría aplicado indebidamente el Decreto Ley N° 25935 por encima de la Ley de Arbitraje N° 26572, y se habría impuesto una penalidad excesiva.

## 2. ARGUMENTOS DE COFIDE Y DE LOS ÁRBITROS

Indicaron que existiendo un procedimiento en la vía ordinaria, mediante la interposición del recurso de anulación, debería declararse improcedente o infundada la demanda de acuerdo a lo señalado por la Ley de Amparo N° 23506.

Asimismo los árbitros señalan que el procedimiento arbitral cumplió con todas las garantías y requisitos desde su instalación hasta la expedición del Laudo.

## 3. PROCESO DE AMPARO

El 38° Juzgado Civil de Lima, el 24 de marzo de 2006, declaró infundada la demanda de amparo indicando que el tribunal arbitral sí se había pronunciado respecto a la etapa negocial a la que debían recurrir las partes antes de acudir al arbitraje, que COFIDE era el acreedor de la obligación requerida y que el tribunal arbitral se había pronunciado respecto a la aplicación de la Ley en el tiempo, por lo que –al igual que con la valoración probatoria– el Juzgado señaló que ello no era posible de discutirse en la vía de amparo.

La Primera Sala de la Corte Superior, un año después (04 de abril de 2007), señaló que el amparo no es la vía idónea, al no haberse agotado la vía de anulación de Laudo para la procedencia del amparo conforme a lo establecido en el artículo 45 del Código Procesal Constitucional y que además existía un procedimiento paralelo admitido por la 5° Sala Civil de Lima, por lo que declaró improcedente la acción de amparo.

## 4. CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN DE AMPARO

La vía del amparo tiene un carácter excepcional y residual; reservado para las extremas situaciones que por falta de otros remedios legales pone en peligro los derechos fundamentales.

El proceso constitucional de amparo, al decir del artículo 200 de la Constitución Política del Perú, en concordancia con el artículo 1 del Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237, es una acción de garantía constitucional que tiene por finalidad asegurar a los ciudadanos el

goce efectivo de sus derechos constitucionales, protegiéndolos de toda restricción o amenaza ilegal o arbitraria; resultando procedente contra resoluciones judiciales sólo en caso de que éstas sean firmes y se hayan expedido con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso; lo que guarda relación con los principios de la función jurisdiccional consagrados en el artículo 139° de la Constitución Política.

Por otro lado, la tutela procesal efectiva es definida por nuestro Código Procesal Constitucional como aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal.

Asimismo, el amparo tiene un carácter excepcional y residual a falta de otras vías judiciales específicas, igualmente protectivas y satisfactorias. Es claro que deben ventilarse derechos constitucionales y no ordinarios, ni aspectos secundarios o de naturaleza legal o de motivación o de interpretación.

## 5. CARACTERÍSTICAS DE LA ANULACIÓN DEL LAUDO

Respecto a las causales de anulación de laudo arbitral, el artículo 63 de la Nueva Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071, es similar al artículo 73 de la Ley derogada N° 26572 y a la derogada Ley N° 25935, señala expresamente que dicho recurso procederá cuando:

- a. (...) *el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.*
- b. *nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.* (Este artículo toma como referente el artículo

Nº 34.2 a) ii) de la Ley UNCITRAL. Este inciso es el que permite de manera amplia incorporar que todo lo relativo al debido proceso sea visto mediante el recurso de anulación y no se utilice el amparo como puerta de ingreso para cuestionar laudos arbitrales o procedimientos arbitrales).

- 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 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.»*

Durante la vigencia de la derogada Ley General de Arbitraje (Ley Nº 26572), se suscitaron varios conflictos doctrinarios respecto a la validez del convenio arbitral y al procedimiento llevado a cabo por los árbitros, lo que derivó en demandas de amparo por serios cuestionamientos al debido proceso:

- Exp. Nº 6167-2005-PHC/TC de fecha 28 de febrero de 2006, Exp. Nº 1567-2006-PA/TC de fecha 30 de abril de 2006 y su aclaratoria de fecha 21 de junio de 2006; y los expedientes acumulados Nº 6149-2006-PA/TC y Nº 6662-2006-PA/TC de fecha 11 de di-

ciembre de 2006, vinculados todos ellos a los casos ALGAMARCA y COMPAÑÍA DE EXPLORACIONES ALGAMARCA *v.* MINERA SULLIDEN SHAHUINDO S.A.C.

- Exp. N° 4972-20069-PA/TC, en el que CORPORACION MEIER S.A.C. y PERSOLAR S.A.C. interpusieron una acción de amparo contra la Segunda Sala Civil de La Libertad, que declara improcedente la demanda contra ARISTOCRAT TECHNOLOGIES INC.
- Exp. N° 189-99-AA/TC, de PESQUERA RODGA S.A. contra la Sala Corporativa Transitoria, especializada en Derecho Público de Lima. En este fallo llevado a cabo bajo la Ley N° 23506 se señaló que no cabía el amparo contra resoluciones judiciales emanadas de proceso regular, señalando que sí se respetan los derechos procesales con el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, no procede el amparo (Posición abiertamente contradictoria al fallo CODISA).
- Exp. N° 1609-2002-AA/TC, de TELECOMUNICACIONES E INFORMACIÓN (TELEINFOR) contra la sentencia de la Sexta Sala Civil de Lima que declaró infundado el amparo contra los miembros de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.
- Exp. N° 3261-2005-PA/TC, COMPAÑÍA DE RADIODIFUSIÓN AREQUIPA.
- Exp. N° 2127-2007-PA/TC, COFIDE, solicitó se declare sin efecto legal un Laudo emitido en el proceso seguido por PESQUERA MILAGRO y MEDITERRANEO FISH.
- Exp. N° 5771-2007-PA/TC, B&B GESSA PROIME ASOCIADOS contra la Octava Sala Civil de Lima.
- Exp. N° 7532-2006-PA/TC, LIDER GROUP E.I.R.L. contra la Segunda Sala Civil de Lima.
- Exp. N° 4195-2006-PA/TC, PROIME CONTRATISTAS GENERALES contra la Resolución de la Sexta Sala Civil, respecto a la solicitud de ineficacia de un Laudo, emitido en el proceso PROIME *v.* ENAPU.

En este último expediente, el Tribunal Constitucional precisó las restricciones a efectos de evitar que el amparo se convierta en una instancia de apelación contra los laudos arbitrales y señaló reglas para el control constitucional, resultando improcedentes las acciones de amparo:

- «a) (...) cuando se cuestione actuaciones previas a la expedición del Laudo. En tales casos, se deberá esperar la culminación del proceso arbitral;
- b) Aún habiendo culminado el proceso arbitral, conforme al literal anterior, el amparo será improcedente cuando no se agote la vía previa, de ser pertinente la interposición de los recursos respectivos (apelación o anulación), de acuerdo a lo establecido en los fundamentos 2 y 3 supra.
- c) (...) cuando se cuestione la interpretación realizada por el Tribunal Arbitral respecto a normas legales, siempre que de tales interpretaciones no se desprende un agravio manifiesto a la tutela procesal o al debido proceso.

En todo caso, frente a la duda razonable de dos posibles interpretaciones de un mismo dispositivo legal, el juez constitucional debe asumir que la propuesta por los árbitros es la más conveniente tanto para la solución del conflicto como para fortalecer la institución del arbitraje.

- d) La valoración y calificación de los hechos y circunstancias sometidas a arbitraje son de exclusiva competencia de los árbitros, los que deben resolver conforme a las reglas de arbitraje, salvo que se advierta una arbitrariedad manifiesta en dicha valoración o calificación que pueda constatarse de la simple lectura de las piezas que se adjuntan al proceso, sin que sea necesaria una actividad probatoria adicional que no es posible en el proceso de amparo.
- e) Quien alega la violación de un derecho constitucional que resulte de una arbitraria interpretación de normas o hechos producidos en el trámite del arbitraje, deberá acreditarlos de manera objetiva y específica, precisando

en que ha consistido dicha irregularidad, así como el documento o pieza procesal en el que se constata dicha vulneración.»

*En todos los casos sin excepción, el Tribunal Constitucional declaró que no procedía el amparo y que en todo caso, primero debía agotarse la vía del recurso de anulación prevista en la Ley.*

¿Qué ha cambiado para que el Tribunal Constitucional dé un vuelco a su posición?

## 6. ANÁLISIS DEL FONDO DE LA DECISIÓN

El Tribunal Constitucional cuestiona la interpretación, valoración y calificación de los hechos y pruebas efectuada por los árbitros, lo cual implica revisar el fondo de la decisión.

En efecto, discutir si el tribunal arbitral debió llevar a cabo otra pericia es un error grave que atentó contra la línea de flotación del arbitraje. Asimismo el hecho de señalar que debe volver a revisarse el tema respecto al sujeto legitimado para obrar activa en el arbitraje es un tema resuelto por los árbitros, que no corresponde ser revisado en sede constitucional.

La no finalización de la vía previa, por parte del Tribunal Constitucional es absolutamente contradictoria con su posición expresada en diversas y reiteradas resoluciones.

El cuestionamiento que realiza el Tribunal sobre la «Inobservancia» de la negociación previa y que ello violaría el debido proceso es de una consistencia feble, ya que no toma en consideración lo señalado por las partes durante el sometimiento al proceso arbitral, en donde existe una audiencia de conciliación llevada a cabo entre las partes con participación de los árbitros, no vulnerándose derecho constitucional alguno.

Tampoco es correcto el criterio señalado, en el sentido de la aplicación de la norma, al entrar a la decisión de los árbitros, que como hemos manifestado, es absolutamente improcedente, no sólo en el derecho nacional sino unánimemente en la doctrina internacional.

Mediante sentencia expedida por el Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 4972-2006-PA/TC en los seguidos por COR-

PORACION MEIER S.A. y PERSOLAR S.A.C. contra la resolución emitida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, el Tribunal Constitucional ha señalado en sus Considerandos 16 y 17 lo siguiente:

*«Este colegiado considera pertinente reiterar que resulta perfectamente legítimo acudir al proceso constitucional a efectos de cuestionar el carácter lesivo de los actos expedidos por la jurisdicción arbitral, tal cual se puso de manifiesto, entre otros, en el fundamento 23 de la sentencia recaída en el expediente N° 6167-2005-PHC/TC (caso Fernando Cantuarias), ello sólo es posible cuando allí se obre de modo arbitrario, y por demás inconstitucional. Así también el control constitucional sólo procederá a posteriori» (El resaltado es nuestro).*

*«En el contexto descrito y en la lógica de concretizar de un modo más aproximativo los supuestos en que se habilitaría el control constitucional sobre la jurisdicción arbitral. Este tribunal estima oportuno enfatizar que, desde un punto de vista casuístico, serían, entre otras, tres la situaciones o hipótesis principales en las que podría configurarse la citada variable fiscalizadora: A). Cuando la jurisdicción arbitral vulnera o amenaza cualquiera de los componentes formales o sustantivos de la tutela procesal efectiva (debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva, etc.). Esta causal sólo puede ser incoada una vez que se haya agotado la vía previa; B). Cuando la jurisdicción arbitral resulta impuesta ilícitamente, de modo compulsivo o unilateral sobre una persona (esto es, sin su autorización), como fórmula de solución de sus conflictos o de las situaciones que le incumben; C). Cuando, a pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, ésta verse sobre materias absolutamente indisponibles (derechos fundamentales, temas penales, etc.)».*

Este criterio, dice el Tribunal, constituye parte de su doctrina constitucional vinculante y debe ser tomada en cuenta por todos los jueces y tribunales de la República. El único supuesto posible para este caso particular es el inciso A), el mismo que deberá ser incoado una vez agotada la vía previa, hecho que no ocurrió en el presente caso.

Tal como precisa el voto singular –el cual comparto plenamente– del Dr. César Landa Arroyo «*En el caso materia de análisis, conforme se desprende de la demanda, los hechos en los que la empresa recurrente sustenta la violación de sus derechos, se encuentran referidas a las causales de improcedencia contenidas en los puntos c) y d). En efecto, cuando la demandante cuestiona la aplicación indebida de un Decreto Ley derogado está cuestionando la interpretación realizada por el Tribunal Arbitral respecto a normas legales, por su parte, cuando aduce que las pruebas aportadas por ésta no han sido meritadas en el proceso de amparo. Respecto a la alegación de que no se habría saneado válidamente el procedimiento arbitral y que se habría admitido la participación de COFIDE en el proceso como demandante, sin tener legitimidad para obrar activa, se puede concluir que tales hechos, si bien no se subsumen en ninguna de las causales establecidas supra, al ser aspectos meramente procedimentales, no inciden sobre el contenido constitucionalmente protegido de ningún derecho fundamental por lo cual tampoco, estos supuestos serían revisables a través del proceso de amparo.*».

## 7. SOBRE LA ACTUAL LEY DE ARBITRAJE Y EL AMPARO

La nueva Ley de Arbitraje señala en su disposición complementaria décimo segunda que «*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.*».

Siendo la anulación de laudo la vía específica igualmente satisfactoria para la protección de los derechos fundamentales que las del amparo, carece de objeto ir a esta vía por los involucrados en un proceso arbitral. No es vía previa el proceso de anulación a las acciones de amparo, por lo que desde la vigencia de la nueva Ley, deberán declararse inadmisibles las acciones de amparo luego del proceso de anulación del laudo, así el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 05427-2008-PA/TC ha señalado que la vía contencioso administrativa, es la vía específica igualmente satisfactoria que el amparo para cuestionar la legitimidad constitucional de una resolución administrativa (Tribunal Fiscal,

INDECOPI, etc.). Sólo quedaría expedita la vía de amparo para aquellos que no participaron en el proceso arbitral y que el resultado los afectó. Ejemplo, un desalojo que afecte a un tercero como consecuencia de un proceso entre A y B. Existe un precedente y es el Exp. N° 02127-2007-PA/TC, en donde COFIDE interpone un recurso de agravio constitucional contra la Resolución de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Lima, que declaró improcedente la demanda de amparo en la cual solicitó que se declare ilegal y sin efecto legal alguno el Laudo emitido en el proceso seguido entre PESQUERA MILAGRO y MEDITERRANEO FISH, teniendo como árbitro único al señor Raúl Villegas Vives, considerando que se había afectado su derecho a la tutela procesal efectiva, a la defensa y al debido proceso.

COFIDE argumenta que no había podido participar como parte en el proceso arbitral a pesar de tener legítimo interés por ser acreedor de la primera, encontrándose ésta en estado de insolvencia. El Tribunal Constitucional señaló que no se trataba de un tercero legitimado para amparar este caso.

Actualmente conozco de un caso en donde dos partes, una de ellas propietarios de una parte de un lote indiviso pretenden desalojar a un poseedor que tiene Título (Escritura Pública) no inscrito en los Registros Públicos sobre otra parte del lote indiviso.

Es decir que A y B iniciaron un proceso arbitral en donde A le compra el terreno a B y le exige la entrega del total del inmueble, emitiéndose el Laudo en ese sentido. Al momento de la ejecución del Laudo el Juzgado Comercial ha declarado –correctamente– la improcedencia de dicha ejecución, de no hacerlo, el tercero tiene expedito su derecho de iniciar la acción de amparo para resguardar su propiedad.

La vigencia de la nueva Ley de Arbitraje, en concordancia con el Código Procesal Constitucional, supone un cambio en el régimen legal del amparo ya que establece la subsidiariedad para los procedimientos de los derechos de amparo, modificando el régimen anterior procesal de sistema alternativo, por ello no proceden las demandas constitucionales cuando existen vías específicas, igualmente satisfactorias, para la protección de derechos constitucionales amenazados o vulnerados.

La jurisdicción constitucional comparada es pacífica al asumir que el primer nivel de protección de los derechos fundamentales le corresponde a los jueces del Poder Judicial a través de los procesos judiciales ordinarios. Conforme al artículo 138 de la Constitución, los jueces administran justicia con arreglo a la Constitución y las leyes, puesto que ellos también garantizan una adecuada protección de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Sostener lo contrario significaría afirmar que sólo el amparo es el único medio para salvaguardar los derechos constitucionales, a pesar de que a través de otros procesos judiciales también es posible obtener el mismo resultado. De igual modo, debe tenerse presente que todos los jueces se encuentran vinculados por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos; *más aún, la Constitución los habilita a efectuar el control difuso conforme a su artículo 138.*

Consecuentemente, sólo en los casos en que tales vías ordinarias no sean idóneas, satisfactorias o eficaces para la cautela del derecho, o por la necesidad de protección urgente, *será posible acudir a la vía extraordinaria del amparo, correspondiendo al demandante la carga de la prueba para demostrar que el proceso de amparo es la vía idónea y eficaz para reestablecer el ejercicio de su derecho constitucional vulnerado, y no el proceso judicial ordinario de que se trate.* ▲

**SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL  
Y SOCIAL PERMANENTE**

**Corte Suprema de Justicia de la República**

**SENTENCIA  
P.A. 206- 2009  
LIMA**

Lima, doce de agosto  
de dos mil nueve.-

**VISTOS;** por sus fundamentos; y, **CONSIDERANDO además:**

**PRIMERO:** Es materia de grado la resolución obrante a fojas novecientos sesentidos, su fecha catorce de julio de dos mil ocho, que declara improcedente la demanda de amparo incoada por don Pablo Hugo Torres Arana.

**SEGUNDO:** De conformidad con lo establecido en el inciso 2 del artículo 200º de la Constitución Política del Estado, la demanda de amparo procede contra los actos de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos reconocidos por la Constitución, que sean distintos a la libertad individual; sin embargo, esta misma norma ha previsto que no procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento regular; coherente con lo establecido en la norma constitucional, el artículo 4º del Código Procesal Constitucional ha establecido que el amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, la cual comprende el acceso a la justicia y el debido proceso.

**TERCERO:** Del análisis de las normas citadas, queda claro que resulta factible promover amparo contra resoluciones judiciales expedidas en la tramitación de un proceso judicial irregular, o cuando, en términos del Código Procesal Constitucional, se ha vulnerado la tutela procesal efectiva; sin embargo, tal regulación normativa, no implica el uso indiscriminado del amparo contra resoluciones expedidas en la tramitación de procesos judiciales, pues ello afectaría gravemente la inmutabilidad de la cosa juzgada prevista en el artículo 139º inciso 2 de la Constitución Política del Estado, sino

por el contrario, el ordenamiento jurídico únicamente concede tal posibilidad cuando la vulneración de los derechos constitucionales sea manifestada.

**CUARTO:** De autos se advierte que el demandante pretende se declare la nulidad de la resolución de fecha diecisiete de abril de dos mil seis, expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema y de las resoluciones de fechas doce de enero y tres de marzo de dos mil seis, expedidas por la Cuarta Sala de Lima y, se ordene que la referida Sala Superior cumpla con emitir nueva resolución debidamente motivada sobre la petición contenida en su escrito del veintidós de noviembre de dos mil cinco, por el que se solicita: a) se ordene el cumplimiento de lo ejecutoriado; b) el avocamiento al conocimiento de la causa; c) se señale fecha para la vista de la causa; y d) se expida sentencia respecto a las pretensiones contenidas en la demanda arbitral y sobre la base de un proceso tramitado ante el Tribunal Arbitral. Argumenta que las acotadas resoluciones transgreden sus derechos al debido proceso, a la tutela procesal efectiva, a la motivación escrita de las resoluciones judiciales, pluralidad de instancias y no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.

**QUINTO:** Tal pretensión la sustenta en el hecho que el veintinueve de diciembre de dos mil, interpuso demanda arbitral contra Marina Internacional Holding Sociedad Anónima, Mia Melia Inversiones Americanas N V y la intervención de Corporación Hotelera Metor Sociedad Anónima; luego de tramitarse conforme correspondía el proceso arbitral, mediante resolución N° 27 de fecha quince de febrero de dos mil dos, el Tribunal Arbitral expidió el laudo arbitral declarando fundada en parte la demanda; sin embargo, el recurrente, alegando que el mismo incurría en la causal señalada en el artículo 73° inciso 6 de la Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572, interpuso demanda de anulación de laudo arbitral, el mismo que fue conocido por la Cuarta Sala Civil de Lima. La referida Sala Superior expidió sentencia el veinte de octubre de dos mil tres, declarando fundada la demanda; en consecuencia, nulo y sin efecto el laudo arbitral. Dentro del plazo respectivo, las demandadas Corporación Hotelera Metor Sociedad Anónima, Marina Internacional Holding Sociedad Anónima y Mia Melia Inversiones Americanas N V interpusieron recurso de casación contra dicha decisión, que fue resuelto mediante resolución de fecha doce de julio de dos mil cinco, emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema declarando infundado el recurso de casación y, en consecuencia, no casa la resolución de vista del veinte de octubre de dos mil tres. Una vez que los autos fueron devueltos a la Cuarta Sala Civil de Lima, el demandante presenta un escrito el veintidós de noviembre de dos mil cinco, solicitando que como el laudo arbitral había sido anulado por la causal prevista en el artículo 73° inciso 6 de la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 78° inciso 6° de la citada Ley, la competencia del Poder Judicial había quedado restablecida, por lo que la Cuarta Sala Civil de Lima resultaba competente para emitir una nueva sentencia sobre la base de las pretensiones y lo actuado en el proceso arbitral.

Refiere el demandante que ha quedado restablecida la competencia del Poder Judicial porque se ha determinado la nulidad del laudo, no del proceso arbitral, por lo que el Poder Judicial debe emitir un nuevo pronunciamiento sobre la base de lo actua-

do y los puntos controvertidos establecidos en el proceso arbitral, pedido que fue reiterado el veintiocho de noviembre de dos mil cinco; sin embargo, la Cuarta Sala Civil de Lima por resolución de fecha doce de enero de dos mil seis declaró improcedente el pedido, sin explicar los fundamentos de la decisión, lo cual vulnera su derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, pues se limitó a resumir lo peticionado y a citar las normas de la Ley General de Arbitraje, sin realizar una interpretación de las normas ni fundamentar las razones de la improcedencia de la solicitud; ante lo cual, el demandante con fecha tres de febrero de dos mil seis interpuso recurso de apelación contra la acotada resolución, siendo que la Cuarta Sala Civil de Lima mediante resolución del tres de marzo de dos mil seis, amparándose en lo dispuesto por el artículo 77º de la Ley General de Arbitraje declaró improcedente el recurso de apelación, vulnerándose de esta forma el derecho constitucional de la doble instancia. Contra esta resolución, el demandante con fecha cinco de abril de dos mil seis interpuso recurso de queja ante la Mesa de Partes Única de las Salas Civiles de la Corte Suprema, siendo que mediante resolución de fecha diecisiete de abril de dos mil seis, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema declaró improcedente el recurso de queja por denegatoria de apelación, argumentando que la Sala Superior había aplicado acertadamente el artículo 77º de la Ley General de Arbitraje y que no resultaba factible que una cuestión incidental, que debe ser ventilado en otra vía, sea susceptible de revisión vía recurso de apelación, por lo cual, según el demandante, la resolución de la Corte Suprema vulnera su derecho a la pluralidad de instancias. Añade que esta resolución de la Corte Suprema también infringe su derecho al debido proceso y a la tutela procesal efectiva, porque a pesar de haber declarado improcedente el recurso de queja, en su considerando segundo, establece el objeto de la apelación, así como su derecho a no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.

**SEXTO:** Del análisis de las resoluciones materia de amparo no se advierte la lesión del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales alegada por el recurrente, por cuanto la resolución del doce de enero de dos mil seis, expedida por la Cuarta Sala Civil de Lima, presenta una motivación suficiente, ya que declaró improcedente el pedido del recurrente en aplicación del artículo 78º inciso 6 de la Ley General de Arbitraje entonces vigente; criterio jurisdiccional reafirmado en la resolución del diecisiete de abril de dos mil seis, expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, que explicó que cuando se declara nulo el laudo arbitral y el Poder Judicial recobra competencia, las partes pueden demandar su pretensión en un nuevo proceso ante la instancia judicial respectiva, esgrimiendo que: *«cuando la Ley de Arbitraje señala que queda restablecida la competencia del Poder Judicial (artículo 78 inciso 6), se refiere a que la competencia del asunto en litis queda restablecida para que los justiciables sometan su controversia a los organismos jurisdiccionales, no que se continúe con el procedimiento arbitral cuyo laudo arbitral inválido ha sido declarado nulo, tal como ha ocurrido en autos»*; por lo que el recurrente tiene expedito su derecho para interponer la demanda correspondiente para hacer valer sus pretensiones. Criterio interpretativo que ha sido recogido por el artículo 65º inciso d. numeral 1 del Decreto Legislativo N° 1071 que norma el arbitraje, que establece: *«Anulado el laudo, se procederá de la siguiente manera: Si el laudo, o parte de él, se anula por la causal prevista*

en el inciso d. del numeral 1 del artículo 63, 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». De lo que se advierte que, el recurrente lo que hace es discrepar de la interpretación de la norma propuesta por el órgano jurisdiccional y pretende que en la vía del amparo ese criterio sea revisado, lo que no es posible en un proceso constitucional subsidiario como es el amparo.

**SÉTIMO:** Por otro lado, se alega que la resolución del tres de marzo de dos mil seis, expedida por la Cuarta Sala Civil de Lima, que denegó el recurso de apelación y la resolución del diecisiete de abril de dos mil seis, expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema que declaró infundado el recurso de queja por denegatoria de apelación, han vulnerado el derecho de recurrente a la pluralidad de instancia.

Para examinar la vulneración del derecho constitucional alegado, debemos tener en cuenta lo establecido por el Tribunal Constitucional: «*el derecho a la pluralidad de instancias, reconocido en el inciso 6) artículo 139º de la Constitución, tiene por objeto garantizar que las personas que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por el órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes(...)*» (RTC Exp. 05041-2008-PA/TC, FJ 4).

**OCTAVO:** Ambas resoluciones judiciales sustentaron su decisión de denegar la apelación interpuesta por el demandante contra la resolución del doce de enero de dos mil seis, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 77º de la Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572, vigente al momento de los hechos, que precisa: «*Contra lo resuelto por la Corte Superior solo procede recurso de casación cuando el laudo hubiera sido anulado total o parcialmente*», por tanto no cabía recurso de apelación contra resoluciones interlocutorias. El Tribunal Constitucional ha sostenido que no se transgrede el derecho a la pluralidad de instancias cuando el legislador, a través del artículo 77º de la Ley General de Arbitraje, otorga el recurso de casación solo cuando el laudo ha sido anulado total o parcialmente (RTC EXP. N° 3261-2005-PA/TC, FJ 5).

**NOVENO:** En consecuencia, se le ha garantizado al recurrente su derecho a la pluralidad de instancias, pues el Poder Judicial se constituye en la instancia revisora de lo decidido por el Tribunal Arbitral, además el cuestionamiento formulado por el recurrente respecto a que la misma Sala Civil que conoció del proceso de anulación del laudo arbitral debe conocer la pretensión derivada de ella, ya ha sido resuelto por la jurisdicción ordinaria, quedando expedito el derecho del amparista de hacer valer sus pretensiones en la vía correspondiente. Siendo así, conforme el artículo 5º inciso 1 del Código Procesal Constitucional, atendiendo a que los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado, debe confirmarse la recurrida que declara improcedente la demanda de amparo.

**DECISION:**

Por tales consideraciones: **CONFIRMARON** la sentencia apelada obrante a fojas novecientos setentidos, su fecha catorce de julio de dos mil ocho, que declara **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo incoada por don Pablo Hugo Torres Arana: en los seguidos contra los Jueces Superiores de la Cuarta Sala Civil de Lima y otros; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial «El Peruano» conforme a la ley; y los devolvieron.- **VOCAL PONENTE: VINATEA MEDINA.**

S.S.  
MENDOZA RAMIREZ  
ACAEVEDO MENA  
VINATEA MEDINA  
ARAUJO SANCHEZ  
CHUMPITAZ RIVERA



 GUILLERMO LOHMANN LUCA DE TENA(\*)

## Consecuencia de la anulación de laudo por pronunciamiento sobre materia no controvertida

---

SUMARIO: *1. Resumen general del caso. 2. Antecedentes de hecho relevantes. 3. Las repercusiones del caso en materia arbitral.*

### 1. RESUMEN GENERAL DEL CASO

La sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema expedida el 12 de agosto de 2009 en el expediente P.A. N° 206-2009/Lima, se pronunció sobre la demanda de amparo constitucional interpuesta por el Sr. HTA contra Vocales de la Corte Suprema y de la Corte Superior. El demandante alegó lesión a sus derechos constitucionales a un debido proceso por dos motivos: (a) porque consideró afectados sus derechos por la resolución de la Corte Superior que rechazó su solicitud de que el Poder Judicial conociera y resolviera la materia controvertida en un arbitraje cuyo laudo fue anulado; (b) porque reputó falta de motivación en resoluciones judiciales de la Corte Superior y de la Corte Suprema vinculadas al rechazo.

---

(\*) Socio de Rodrigo, Elías & Medrano Abogados. Presidente del Capítulo Peruano del Club Español del Arbitraje. Miembro de número de la Academia Peruana de Derecho. Profesor en la Universidad de Lima y en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Este comentario se circunscribe a los aspectos referidos en el literal (a) precitado, o sea, a las repercusiones que interesan y conciernen a cuestiones arbitrales.

Si bien el caso concierne a disposiciones de la anterior Ley General de Arbitraje, Ley 26572 (LGA), contiene razonamientos pertinentes también para la nueva legislación arbitral vigente por el Decreto Legislativo 1071.

## 2. ANTECEDENTES DE HECHO RELEVANTES

Sustentado en un convenio arbitral contenido tanto en el pacto social como el estatuto de una empresa, el demandante Sr. HTA demandó varias pretensiones a sus socios y a la empresa que constituyó con ellos.

El laudo fue consentido por las partes demandadas en el arbitraje. Sin embargo, el Sr. HTA presentó recurso de anulación del laudo alegando que incurría en la causal prevista en el inciso 6 del artículo 73 de la LGA, esto es, que se había pronunciado sobre una materia que no había sido sometida expresa o implícitamente al conocimiento de los árbitros y que esta materia era inseparable de todas las demás acerca de las cuales el tribunal se había pronunciado.

Luego de varias discordias, la Sala Superior competente expidió sentencia declarando fundado el recurso y anulando el laudo. Contra esta sentencia las demandadas interpusieron recurso de casación, que fue declarado infundado, disponiendo, en consecuencia, no casar la recurrida que anuló el laudo cuestionado.

Devuelto el proceso a la Sala Superior de origen, el Sr. HTA solicitó que en vía de ejecución de la anulación, la misma Sala Superior procediera a: (1) avocarse al conocimiento de la controversia arbitral; (2) señalar fecha para la vista de la causa; (3) expedir sentencia respecto de las pretensiones contenidas en su demanda arbitral y sobre la base del proceso arbitral tramitado.

Argumentó al efecto, en síntesis: (a) que como el laudo había sido anulado por la causal del artículo 73.6 de la LGA, en aplicación

del artículo 78.6<sup>(1)</sup> de la misma LGA, la competencia del Poder Judicial había quedado restablecida, por lo que la Sala Superior resultaba competente para emitir una sentencia sobre la base de las pretensiones y lo actuado en el arbitraje; y (b) que la anulación había sido del laudo, no del proceso arbitral mismo.

La Sala Superior rechazó la solicitud declarándola improcedente mediante resolución del 12 de enero de 2006. Sustentó su decisión en el artículo 61<sup>(2)</sup> de la LGA. Contra esta resolución de improcedencia, el Sr. HTA interpuso recurso de apelación ante la Corte Suprema. Sostuvo como fundamento de apelación que la resolución superior que impugnaba no explicaba los fundamentos de su decisión, pues se limitó a resumir el objeto de la solicitud rechazada y a citar el artículo 61 de la LGA, sin realizar una interpretación sistemática de las normas.

La Sala Superior declaró improcedente la apelación en aplicación del artículo 77<sup>(3)</sup> de la LGA. Contra esta decisión, el Sr. HTA interpuso recurso de queja ante la Corte Suprema manifestando que la declaración de improcedencia de la apelación vulneraba su derecho constitucional a la doble instancia.

La Corte Suprema declaró infundada la queja sustentándose también en el artículo 77 citado y en que una decisión de la naturaleza de la cuestionada no era susceptible de recurso de apelación.

(1) «Artículo 78º.- Consecuencias de la anulación.- Anulado el laudo arbitral, se procederá de la siguiente manera:

(...)

6. Si el laudo arbitral ha sido anulado por la causal establecida en el inciso 6) del Artículo 73º, la competencia del Poder Judicial quedará restablecida, salvo acuerdo distinto de las partes».

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

(3) «Artículo 77º.- Recurso de casación.- Contra lo resuelto por la Corte Superior sólo procede recurso de casación cuando el laudo hubiera sido anulado total o parcialmente».

Ante los hechos expuestos el Sr. HTA interpuso acción de amparo contra los Vocales Supremos y Superiores que habían emitido los pronunciamientos reseñados. Sostuvo, en esencia, que se había vulnerado su derecho a un debido proceso, a la tutela procesal efectiva, a la debida motivación de las decisiones judiciales y a no dejar de recibir justicia por vacío o deficiencia de la ley. Esta acción de amparo ha sido declarada improcedente por la Corte Superior y por la Corte Suprema.

### 3. LAS REPERCUSIONES DEL CASO EN MATERIA ARBITRAL

No interesan singularmente en este caso los planteamientos de orden estrictamente constitucional invocados por el accionante Sr. HTA, sino más bien el análisis de la normativa arbitral traída a colación.

Lo gravitante del asunto era la interpretación del inciso 6 del artículo 78 de la LGA, según el cual si el laudo fuera anulado por haber resuelto sobre materia no sometida a la decisión arbitral, «(...) *la competencia del Poder Judicial quedará restablecida, salvo acuerdo distinto de las partes*».

En el caso bajo examen, la resolución de enero de 2006 de la Corte Superior se basó escuetamente en el artículo 61 de la LGA, conforme al cual el recurso de anulación tiene por objeto la revisión de la validez del laudo respecto de alguna de las causales legales de anulación «(...) *sin entrar al fondo de la controversia y se resuelve declarando su validez o su nulidad*», agregando el precepto que está prohibido revisar el fondo de la controversia, bajo responsabilidad del órgano judicial. No había manera, pues, de que con tan explícito texto normativo pudiera prosperar la tesis del Sr. HTA, enfocada a obtener que el órgano judicial asumiera jurisdicción sobre las materias que fueron controvertidas en el arbitraje.

No obstante haber sido suficiente esta razón para desestimar el intento de transferir el caso a la jurisdicción estatal, hubiera sido útil que la resolución agregara que también resultaba imposible acceder a ella, porque en estado de ejecución de un pronunciamiento acerca de una pretensión que únicamente perseguía la anulación –y que por lo tanto fue lo único discutido en el trámite del recurso–, no se podía ampliar el mandamiento de ejecución para que, actuando como primera instancia de mérito, la Sala Superior del Poder Judicial se avocara a resolver lo que las

partes habían convenido que se resolviera por arbitraje. Además de un visible exceso entre lo resuelto (la anulación) y lo que se pretendía que adicionalmente se hiciera, se hubiera llegado al absurdo de que un órgano del Poder Judicial –cuyo único cometido (y competencia especial) fue revisar la validez del laudo–, asumiera también conocimiento de la disputa arbitral y la resolviera no en revisión sino como primera instancia de fondo respecto de los derechos materiales arbitrariamente controvertidos. Con lo cual, si bien se mira, se le hubiera privado a las demandadas de la instancia judicial a la que, si no hubiera habido convenio arbitral, ordinariamente hubieran tenido derecho por la naturaleza del caso, esto es, la del juez ordinario de primera instancia.

Había además en el caso concreto otra poderosa y visible razón que la resolución de la Sala Superior pudo expresar. Y es que, como ya se ha dejado dicho más arriba al relatar los antecedentes, existía un convenio arbitral entre las partes contenido en el pacto social fundacional y reproducido en el estatuto de la sociedad. Consiguientemente, era aplicable el supuesto de la última frase del inciso 6 del artículo 48º: las partes ya estaban vinculadas por un acuerdo de arbitraje que, por su naturaleza, es excluyente del sometimiento a competencia judicial.

Si bien es cierto que al examinar la Corte Suprema el recurso de queja del Sr. HTA contra la denegatoria de apelación de la resolución superior que acabamos de comentar, no entró al núcleo del asunto, sino que se limitó a un pronunciamiento de procedibilidad, sí ha aprovechado para hacerlo con ocasión y motivo de conocer la apelación en el proceso de amparo.

En efecto, en su resolución del 12 de agosto de 2009 la Sala Civil Permanente de la Suprema tomó el toro por las astas y expresa que la resolución de la Sala Superior del 12 de enero de 2006 (la que denegó el pedido de conocer y pronunciarse sobre el fondo de lo discutido en el arbitraje) interpretó y aplicó correctamente la normativa. Agrega la Sala Suprema que este criterio fue posteriormente reafirmado por la misma Corte Suprema el 17 de abril de 2006 (en un caso ante la Sala Civil Transitoria) al disponer que «cuando la Ley de Arbitraje señala que queda restablecida la competencia del Poder Judicial (artículo 78, inciso 6), se refiere a que la competencia del asunto *sub litis* queda restablecida para

que los justiciables sometan su controversia a los organismos jurisdiccionales (...)», concluyendo que el recurrente [se refiere al Sr. HTA] tiene expedito su derecho para interponer la demanda correspondiente.

Lo trascendente, además, es que la Sala Civil Permanente redondea y actualiza el razonamiento, añadiendo que este «criterio interpretativo (...) ha sido recogido por el artículo 65 inciso d. del numeral 1 del Decreto Legislativo 1071» que, como sabemos, finaliza su texto disponiendo que la materia controvertida en el arbitraje del laudo anulado podrá ser objeto de nuevo arbitraje si así estuviera pactado y que en caso contrario podrá ser demandada judicialmente, salvo acuerdo distinto de las partes.

En definitiva, debe ser bienvenida esta reciente decisión de la Corte Suprema de la que resulta, en resumen, que: (i) existiendo acuerdo arbitral vigente, la materia que fue controvertida en el laudo anulado tendrá que ser objeto de nuevo arbitraje; (ii) si no hubiera acuerdo arbitral vigente y las partes no lo convienen o pactan otra cosa, la materia de fondo podrá ser objeto de demanda judicial siguiendo el proceso regular, pero no podrá ser analizada en el proceso en el que se conoció el recurso de anulación. ▲

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA  
PRIMERA SALA CIVIL SUPERIOR SUBESPECIALIZADA  
EN MATERIA COMERCIAL**

**Expediente Número: 410-2009**

S.S. Soller Rodriguez  
Niño Neira Ramos  
La Rosa Guillen

**Resolución Número: Quince**

Lima, diecinueve de octubre del año dos mil nueve.

**DADO CUENTA:** Proveyendo con arreglo a ley la nulidad deducida por la parte demandada; **ATENDIENDO: PRIMERO.-** Que por escrito de fecha nueve de julio de dos mil nueve obrante a fojas mil seiscientos sesenta y dos, el Consorcio Sainco Vaisala solicita se declare la nulidad de todo lo actuado por un ilegal e indebido avocamiento al conocimiento de un Proceso Arbitral que a la fecha no ha culminado de manera definitiva; basando su argumento señalando que: i) No es posible interponer impugnación alguna contra dicho laudo por cuanto no nos encontramos ante un proceso arbitral que haya finalizado en forma completa o totalmente ya que no se ha resuelto la totalidad de los puntos que el tribunal arbitral fijara como puntos controvertidos; ii) Revisando el tenor del laudo objeto de anulación, se verifica que un punto que ha sido objeto de pronunciamiento del Tribunal Arbitral es precisamente el relacionado a cuál de las partes le es imputable el retraso en el proyecto que es la materia de conflicto, y tomándose además en cuenta que el mismo Tribunal Arbitral ha señalado, al no pronunciarse todavía sobre aspecto de la reconvenición de Electroperú que, en el segundo laudo se tendrá que resolver, a manera de ejemplo a quién le corresponde el mantenimiento debido a los retrasos, si se ha cumplido la etapa de operación experimental y si se debe de proceder a la aceptación provisional del Contrato; por lo que es indudable por lo tanto la vinculación directa entre ambos laudos (el primero materia de anulación y el segundo pendiente de ser expedido); por lo que es evidente que esta Sala Comercial no puede ingresar por el momento a analizar una materia que todavía se encuentra en la jurisdicción arbitral; iii) El caso arbitral 1101-022-2006, como se ha demostrado, sigue en trámite, por lo tanto es de plena aplicación la última parte de la segunda disposición transitoria la cual señala que, «*Los arbitrajes que al 1 de septiembre de 2008 se encuentren en trámite, se girarán por las disposiciones establecidas en el*

*Reglamento Procesal de Arbitraje, vigente al momento de interposición de la petición de arbitraje, y por el presente Reglamento de manera supletoria, en todo lo que previsto por aquel...»*; consecuentemente resulta de aplicación lo expresado en el punto 2) del artículo 54 del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima el cual establece que la oportunidad para impugnarse un laudo parcial es indefectiblemente con la expedición del laudo final; **SEGUNDO.-** Que, habiéndose puesto a conocimiento de la nulidad planteada por la parte contraria, ELEC-TROPERÚ la absuelve señalando lo siguiente: **i)** La demandada pretende sustentar su nulidad en que a la fecha no existiría un Laudo que pudiera ser objeto de todo sustento dado que si existe un Laudo Final, y; **ii)** En el presente proceso no se ha incurrido en ningún vicio o error que acarree la nulidad del proceso, existe un Laudo que es materia de este recurso de anulación y que ha resuelto en forma integral y definitiva la controversia, en las materias fijadas en la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos de fecha cinco de febrero dos mil ocho y que concluyeron en el Laudo final; **TERCERO.-** Que, la nulidad procesal tiene lugar cuando el acto impugnado vulnera gravemente la sustanciación regular del procedimiento, o cuando carece de algún requisito que le impide lograr la finalidad a la que está destinado, sea en su aspecto formal, a los sujetos o el objeto del acto; **CUARTO.-** -Que, de los argumentos expresados por ambas partes se deduce que el objeto en el que se circunscribe la nulidad planteada radica en dos puntos importantes: el primero de ellos referidos a que si resulta aplicable el Reglamento actual del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima o si por el contrario se debe continuar con el Reglamento vigente al momento de la iniciación del proceso arbitral; **QUINTO.-** Que, en caso de que se opte con la aplicación del reglamento anterior vigente al momento de la iniciación del proceso arbitral, recién se entraría a detallar el segundo punto importante referido a que si es posible o no la admisión de un recurso de Anulación contra un laudo parcial; **SEXTO.-** Que, una vez detallados los temas en el cual va a versar la presente resolución es preciso señalar, en principio, que analizado el reglamento vigente al momento de la interposición de la solicitud de arbitraje, se advierte que no había una normatividad específica la cual se refiera a la interposición de un Recurso de Anulación contra Laudo Arbitral Parcial, regulado recién con el nuevo reglamento del Centro de Arbitraje; **SÉTIMO.-** Que, en consecuencia, no habiéndose regulado una norma para el caso en concreto es de aplicación lo establecido en la Segunda Disposición Transitoria del Reglamento Actual del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, la cual precisa que: *«Los arbitrajes que al 1 de setiembre de 2008 se encuentren en trámite, se regirán por las disposiciones establecidas en el Reglamento Procesal de Arbitraje vigente al momento de Interposición de la petición de arbitraje y por el presente Reglamento de manera supletoria, en todo lo no previsto por aquel»*; **OCTAVO.-** Que, de lo señalado anteriormente se infiere que al caso en concreto, se debe regular con el Nuevo Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, puesto que a comparación del Anterior, éste si regula los casos en que se interponga el Recurso de Anulación contra un laudo parcial; **NOVENO.-** Que, habiéndose precisado el reglamento aplicable al caso en concreto, resulta fundada la nulidad planteada por la parte demandada puesto que existe una formalidad previa señalada en el punto dos del artículo 54º del Reglamento señalado anteriormente, la cual establece que: *«El Tribunal*

*Arbitral está facultado para emitir laudos parciales sobre cualquier cuestión que se haya determinado como materia sujeta a su pronunciamiento, si así lo estima conveniente, continuándose con el arbitraje respecto al resto de ella. Estos laudos podrán ser recurridos en anulación luego de haber sido emitido el laudo final y sus rectificaciones, interpretaciones, integraciones o exclusiones, de ser el caso»);* **DÉCIMO.-** Que, siendo ello así, resulta válida la nulidad planteada por la parte demandada, ello en razón a la interpretación literal expresada en el Reglamento antes mencionado, no cabiendo la posibilidad de la admisión a trámite del presente recurso de Anulación de Laudo Arbitral; por estas consideraciones y de conformidad con lo estipulado en el artículo 171º y 177º del Código Procesal Civil; **DECLARARON: FUNDADA** la nulidad planteada por el CONSORCIO SAINCO VAISALA; en consecuencia, **NULO TODO LO ACTUADO EN ESTA INSTANCIA E IMPROCEDENTE EL RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL** planteado por **EMPRESA ELÉCTRICA DEL PERÚ S.A.**; **MANDARON** que por Intermedio del Área de Secretaría se proceda al **Archivo Definitivo** de los presentes autos, con conocimiento de las partes; devolviéndose la carta fianza obrante en copia certificada a fojas uno a la parte recurrente en su debida oportunidad. Notificándose.-



 FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY (\*)

## Comentario a la Sentencia del Expediente N° 410-2009

---

SUMARIO: 1. *Antecedentes*. 2. *Comentario*.

### 1. ANTECEDENTES

De los antecedentes del caso aparece que el Consorcio Sainco Vaisala y la Empresa Eléctrica del Perú S.A. llevaron adelante un arbitraje administrado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y que el tribunal arbitral emitió un laudo parcial, dejando para un segundo laudo (laudo final) los aspectos referidos a la reconvencción de Electroperú.

Recurrido el laudo parcial en anulación, la Sala Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante la resolución que es materia de comentario, dispuso declarar improcedente la anulación, debido a que conforme al artículo 54 <sup>(1)</sup> del Reglamento de Arbitraje de la

---

(\*) Árbitro nacional e internacional. Miembro del Comité Editor de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE, del Board of Reporters del Institute of Transnational Arbitration (ITA), del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y del Comité Argentino de Arbitraje Nacional y Transnacional.

(1) Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima  
«Artículo 54.- *Formalidad del laudo*  
1. *El laudo debe constar por escrito y ser firmado por los árbitros. Tratándose de un Tribunal Arbitral colegiado, basta que sea firmado por la mayoría requerida para adoptar la*

Cámara de Comercio de Lima, únicamente cabe recurrir en anulación de un laudo parcial, conjuntamente con el laudo final.

## 2. COMENTARIO

Es cierto que para el Perú es una novedad la existencia de laudos parciales (recién el artículo 54<sup>(2)</sup> de la Ley de Arbitraje de 2008<sup>(3)</sup> los reconoce) y que, por lo tanto, éste probablemente sea la primera decisión emitida por el Poder Judicial sobre esta materia.

Sin embargo, la decisión del Poder Judicial es equivocada, por lo siguiente:

- i) El Artículo 59.1 de la Ley de Arbitraje establece que *«todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes»*. En consecuencia, el laudo parcial es plenamente ejecutable. Sin embargo, la Corte Superior afirma que no cabe recurrir en anulación hasta que se expida el laudo final, dejando así en indefensión a la parte contra quien el laudo es obligatorio, ya que no puede demandar su anulación.
- ii) La Corte Superior al momento de analizar la procedencia del recurso de anulación del laudo parcial no se ha pronunciado aplicando la Ley de Arbitraje, sino que ha aplicado el artículo 54 del

---

*decisión. Los árbitros podrán expresar su opinión discrepante. Se entiende que el árbitro que no firma ni emite su opinión discrepante, se adhiere a la decisión de la mayoría o a la del presidente, según corresponda.*

2. *El Tribunal Arbitral está facultado para emitir laudos parciales sobre cualquier cuestión que se haya determinado como materia sujeta a su pronunciamiento, si así lo estima conveniente, continuándose con el arbitraje respecto al resto de ellas. Estos laudos podrán ser recurridos en anulación luego de haber sido emitido el laudo final y sus rectificaciones, interpretaciones, integraciones o exclusiones, de ser el caso».*

(2) Decreto Legislativo N° 1071

*«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».*

(3) La nueva Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo N° 1071) fue publicada el 28 de junio de 2008, y entró en vigor el 1 de setiembre de 2008.

Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, lo que es un grave error, por lo siguiente:

- a. Las normas que regulan la procedencia del recurso de anulación contra un laudo no pueden derivar de acuerdos privados (contenidos en convenios arbitrales o en reglamentos de centros de arbitraje, como es el caso de la Cámara de Comercio de Lima), sino de la Ley de Arbitraje, al tratarse de normas de orden público. En otras palabras, es la Ley de Arbitraje la que determina los requisitos y condiciones para interponer el recurso de anulación.
- b. Además, el artículo 54 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima es una norma equivocada, que inobserva las reglas que sobre laudos dispone la Ley de Arbitraje.

En conclusión, la manera correcta de cómo se debe interpretar, y teniendo en cuenta la intención de sus autores, la nueva Ley Peruana de Arbitraje de 2008 en materia de laudos parciales es la siguiente:

- Los laudos parciales son laudos definitivos, que tienen el mismo valor que un laudo final, con la diferencia que se dictan dentro de un procedimiento arbitral.
- Los laudos parciales son laudos plenamente ejecutables e impugnables.
- Contra los laudos parciales puede interponerse el recurso de rectificación, interpretación, integración y exclusión, conforme lo previsto en el artículo 58<sup>(4)</sup> de la Ley de Arbitraje de 2008.

(4) Decreto Legislativo N° 1071

*«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.*

- Contra los laudos parciales procede el recurso de anulación de laudo, conforme lo previsto en el artículo 62 y siguientes de la Ley de Arbitraje de 2008.
- El recurso de anulación es de orden público, regulado en la Ley de Arbitraje y, por ende, no puede ser modificado por el Reglamento Arbitral del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. ▲

- 
- 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».*

---

# Noticias Arbitrales

---

Noticias  
Arbitrales





## NOTICIAS ARBITRALES

### **Congreso Nacional de Arbitraje: «Balance de la Ley Peruana de Arbitraje al año de su vigencia» (Lima – setiembre 2009)**

Los días 21 y 22 de setiembre de 2009, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y el INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE – IPA organizaron el Congreso Nacional de Arbitraje: «Balance de la Ley Peruana de Arbitraje al año de su vigencia».

Los temas desarrollados en el Congreso fueron: Disposiciones Generales de la Ley de Arbitraje, Convenio Arbitral, Tribunal Arbitral, Actuaciones Arbitrales, Laudo Arbitral y Costos Arbitrales y Anulación y Ejecución de Laudo.

El Congreso contó con la presencia de los expositores extranjeros: Cristian Conejero Roos (Francia), Christian Albanesi (Francia), Ignacio Suárez Anzorena (EE.UU.), Marco Schnabl (EE.UU.) y Raúl Mañón (EE.UU.). Además, se contó con la presencia de los expositores nacionales: Adrián Simons, Alex Campos, Alfredo Bullard – Miembro de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE, Ana María Arrarte, Anibal Quiroga, Bruno Marchese, Carlos A. Soto – Director de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE, Enrique Palacios, Fernando Cantuarias – Miembro de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE, Fernando de Trazegnies, Guillermo Lohmann, Gustavo Rivera, Italo Carrano, Javier de Belaunde, Jorge Muñiz, Jorge Santistevan – Presidente de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE, Jorge Vega, José Daniel Amado, Luciano Barchi, Manuel Diego Aramburú, Manuel Villa-García, Martín Oré, Natale Amprimo, Paolo del Aguila – Miembro de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE y Raúl Barrios Fernández-Concha.

➔ **Seminario: «Tendencias actuales en Arbitraje: Designación, recusación y facultades de los árbitros» (Buenos Aires – setiembre 2009)**

La Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional – CCI, el Capítulo Latinoamericano del Grupo de Jóvenes Árbitros de la ICC YAF y la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires organizaron el Seminario: «Tendencias actuales en Arbitraje: Designación, recusación y facultades de los árbitros», que se desarrolló en las instalaciones de la Universidad de Buenos Aires el 24 de setiembre de 2009.

En el Seminario se tocaron temas como: Desarrollos recientes y nuevos desafíos de la CCI en América Latina y del Capítulo Latino-Americano del *Young Arbitrators Forum*, la función de los árbitros en los procedimientos Arbitrales y la designación, recusación y confirmación de árbitros en el arbitraje CCI.

Algunos de los expositores del Seminario fueron: Cecilia Flores Rueda (México), Christian Albanesi (Francia), Dyalá Jiménez-Figueroa (Chile), José Martínez de Hoz (Argentina), Katherine González-Arrocha (Panamá), Marco Schnabl (EE.UU.), Roberto Aguirre Luzzi (EE.UU.), entre otros. Asimismo, debemos resaltar la participación del Director de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE, doctor Carlos A. Soto Coaguila.

➔ **II Jornada Internacional de Arbitraje: «Temas Actuales en Arbitraje» (Buenos Aires – setiembre 2009)**

En el marco de la II edición de la Competencia Internacional de Arbitraje, organizada por las Facultades de Derecho de las Universidades de Buenos Aires y del Rosario de Bogotá, el lunes 28 de setiembre de 2009 se desarrolló la II Jornada Internacional de Arbitraje: «Temas Actuales en Arbitraje», en la cual destacados expositores abordaron temas de actualidad en la materia.

Entre los temas de la Jornada se destacan: Interacción entre arbitraje y otros métodos alternativos de resolución de conflictos, la elección de árbitros por las partes, Medidas cautelares en el arbitraje, el uso del arbitraje por parte de agencias estatales, relevancia y contenidos del acuerdo arbitral internacional, arbitraje e insolvencia, y los avatares de la buena fe en el arbitraje internacional.

Entre los expositores, podemos mencionar a: Carlos I. Guaia (Argentina), Cristián Conejero Roos (Francia), Eduardo Silva Romero (Francia), Guido S. Tawil (Argentina), Ignacio Suárez Anzorena (EE.UU.), José Rosell (Francia), Juan Carlos Esguerra (Colombia), Katherine González Arrocha (Panamá), Pedro Batista Martins (Brasil), Selma Maria Ferreira Lemes (Brasil).

Asimismo, debemos destacar la participación del Presidente de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE, doctor Jorge Santistevan de Noriega.

**➔ I Seminario Internacional. Arbitraje Comercial y de las Inversiones: «Arbitraje: una solución segura para las inversiones y transacciones comerciales» (Lima – octubre 2009)**

La Universidad Autónoma de Madrid, la Universidad de Lima y el INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE – IPA organizaron en Lima, del 27 al 29 de octubre de 2009, el I Seminario Internacional sobre Arbitraje Comercial y de las Inversiones, bajo el lema: «Arbitraje: una solución segura para las inversiones y transacciones comerciales».

El Seminario, que se desarrolló en las instalaciones de la Universidad de Lima, tuvo por objetivo contribuir a crear conciencia sobre las bondades del arbitraje como alternativa a la justicia estatal en el ámbito comercial internacional, y ofrecer una aproximación comparada, desde las perspectivas peruana y española, a aquellas cuestiones que por su complejidad o novedad presentan mayor interés en ambos ordenamientos.

El Congreso contó con la presencia de los expositores extranjeros: Iván Heredia Cervantes (España), Javier Díez-Hochleitner (España), José Antonio Caínzos Fernández (España), José María Alonso (España), Juan Fernández-Armesto (España) y Miguel Gómez Jene (España).

Además, se contó con la presencia de los siguientes expositores nacionales: Adrián Simons, Alonso Morales, Carlos Matheus, Eduardo Ferrero, Elvira Martínez, Fernando de Trazegnies, Fernando Vidal, Gastón Fernández, Gonzalo García-Calderón, Guillermo Lohmann, Hernando Montoya, Javier de Belaunde, José Daniel Amado, Juan Luis Avendaño, Luciano Barchi, Manuel Diego Aramburú, Natale Amprimo, Nelson Ramírez, Oswaldo Hundskopf y Ricardo Beaumont. Asimismo, entre los ponentes nacionales, merece destacar la presencia de los miembros del Comité Editor de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE, doctores Alfredo Bullard, Carlos Soto, Fernando Cantuarias, Jorge Santistevan y Paolo del Aguila.

**➔ 7<sup>ma</sup> Conferencia Anual de Miami de la ICC. Arbitraje Comercial Internacional en América Latina: La perspectiva de la ICC (Miami – noviembre 2009)**

Del 1 al 3 de noviembre de 2009 se desarrolló la 7<sup>ma</sup> Conferencia Anual de Miami de la ICC. Arbitraje Comercial Internacional en América Latina, que abordó el tema: «La perspectiva de la ICC».

La conferencia tuvo como finalidad comprender el arbitraje comercial internacional en Latinoamérica y brindar precisiones sobre las novedades salientes de la región.

Los temas abordados en la Conferencia fueron: El arbitraje en los tiempos de crisis; reporte de las prácticas actuales y novedades legislativas y jurisprudenciales; la violación del acuerdo arbitral: estudio de un caso práctico; arbitrajes sobre recursos naturales; desarrollo del arbitraje comercial internacional en Latinoamérica: la experiencia brasileña y Mexicana; el laudo ICC, arbitraje comercial internacional en Latinoamérica en la era del «Arbitraje de Tratados»; y, sesión interactiva sobre «Ética»: estándares internacionales v. locales en arbitraje internacional.

En este importante Congreso participaron destacadas figuras del arbitraje internacional, por ello resaltamos la participación del doctor Fernando Cantuarias Salaverry, miembro de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE.

➔ **Foro Internacional con el ICDR y la Asociación Americana de Arbitraje: «El Arbitraje en el Perú y en Los Estados Unidos: Desarrollo y Perspectivas» (Lima – noviembre 2009)**

Como parte de la Serie del Programa de Informes sobre Métodos Alternativos para la Solución de Controversias (ADR) de ICDR International, el 5 de noviembre de 2009, la International Centre for Dispute Resolution – ICDR, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y la Asociación Americana de Arbitraje organizaron en Lima la Conferencia: «El Arbitraje en el Perú y en los Estados Unidos: Desarrollo y Perspectivas».

En la Conferencia se analizaron los problemas regionales más recientes a los que hacen frente los profesionales de este campo en la actualidad y, durante la conferencia, darán a conocer sus reflexiones y experiencias sobre la forma en que enfocan la ADR a nivel internacional en las Américas.

Los expositores extranjeros fueron: Adriana Polania (EE.UU.), Alberto Zuleta (Colombia), Anibal Savater (EE.UU.), Claudia Frutos-Peterson (EE.UU.), Daniel Vielleville (EE.UU.), David Lindsey (EE.UU.), David Orta (EE.UU.), Donald Donovan (EE.UU.), Georgina Fabian (EE.UU.), Ignacio Suárez Anzorena (EE.UU.), Luis Manuel Martínez (EE.UU.), Nicolas Gamboa (Colombia), Noiana Marigo (EE.UU.), Rafael Bernal (Colombia), Roberto Illingworth (Ecuador) y Tim Martín (Canadá).

Entre los expositores nacionales merece destacar la participación de todos los miembros del Comité Editor de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE,

doctores Alfredo Bullard, Carlos Soto, Fernando Cantuarias, Jorge Santistevan de Noriega, Paolo del Aguila y Roger Rubio. Asimismo, destacamos la presencia del Dr. Guillermo Lohmann, presidente del Capítulo Peruano del Club Español del Arbitraje.

### **III Jornadas ASADIP 2009: «El Derecho de los negocios internacionales en un tiempo de cambios» (Venezuela – noviembre 2009)**

Los días 12, 13 y 14 de noviembre de 2009, en Isla Margarita – Venezuela, se llevaron a cabo las III Jornadas ASADIP 2009, bajo el lema: «El Derecho de los negocios internacionales en un tiempo de cambios», organizadas por la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado – ASADIP, el Centro de Estudios de Derecho Internacional Privado y Comparado de Venezuela – CEDE y el Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política – CEDEP.

Los temas abordados en las Jornadas fueron: Contratos bancarios y garantías mobiliarias, problemas prácticos de la contratación comercial internacional, la empresa frente a los negocios internacionales y resolución de litigios en los negocios internacionales.

Entre los ponentes que participaron en las Jornadas podemos mencionar a: Bernard Audit (Francia), Diego P. Fernández Arroyo (Paraguay), Eugenio Hernández-Bretón (Venezuela), George Bermann (EE.UU.), Jorge Oviedo Albán (Colombia), María Blanca Noodt Taquela (Argentina), Sonia Rodríguez Jiménez (México), entre otros. Asimismo, debemos resaltar la participación del doctor Fernando Cantuarias Salaverry, miembro de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE.

### **11<sup>vo</sup> Desayuno Arbitral 2009 – Capítulo Peruano del Club Español del Arbitraje (Lima – noviembre 2009)**

El día miércoles 25 de noviembre de 2009 se desarrolló el 11<sup>vo</sup> Desayuno Arbitral 2009 del Capítulo Peruano del Club Español del Arbitraje, que preside el Dr. Guillermo Lohmann Luca de Tena y cuyo secretario es el Dr. Carlos A. Soto Coaguila (director de la Revista Peruana de Arbitraje).

Los invitados en esta ocasión fueron los doctores: Samuel Abad Yupanqui (Socio del Estudio Eche copar Abogados), Alfredo Bullard González (Socio de Bullard, Falla & Ezcurra Abogados - Presidente de la Comisión Redactora de la Ley de Arbitraje Peruana), Javier de Belaunde López de Romaña (Socio del Estudio Eche copar Abogados - Miembro del Capítulo Peruano del CEA)

y Nelson Ramírez Jiménez (Socio de Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Olaya Abogados), quienes analizaron en detalle la «Sentencia del Tribunal Constitucional en el Caso CODISA».

➔ **1ª Conferencia Anual del INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE - IPA: «Ley aplicable y Sede en el arbitraje. Buena fe en los litigios arbitrales. Motivación de los laudos arbitrales» (Lima –noviembre 2009)**

El día 26 de noviembre de 2009 se desarrolló en Lima la Conferencia Anual de Arbitraje, organizada por el Instituto Peruano de Arbitraje - IPA y el Capítulo Peruano del Club Español del Arbitraje, bajo el lema «Ley aplicable y Sede en el arbitraje. Buena fe en los litigios arbitrales. Motivación de los laudos arbitrales»

La Conferencia contó con la participación de los connotados árbitros extranjeros: Diego Brian Gosis (Argentina), Elina Mereminskaya (Chile), Javier Robalino-Orellana (Ecuador) y Julio César Rivera (Argentina).

Asimismo, fueron expositores los árbitros nacionales: Adrián Simons (Perú), Alfredo Bullard (Perú), Carlos A. Soto – director de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE (Perú), Fernando Cantuarias – miembro de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE (Perú), Fernando Meléndez (Perú), Guillermo Lohmann (Perú), Italo Carrano (Perú) y María del Carmen Tovar (Perú).

➔ **1er Desayuno Arbitral 2010 – Capítulo Peruano del Club Español del Arbitraje (Lima – febrero 2010)**

Fiel a su tarea de difundir el arbitraje en el Perú, el martes 9 de Febrero del 2010, el Capítulo Peruano del Club Español del Arbitraje y el Instituto Peruano de Arbitraje desarrolló su 1er Desayuno Arbitral del año 2010, en las instalaciones del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Olaya Abogados.

El invitado en esta ocasión fue el reconocido árbitro internacional Bernardo Cremades, quien abordó el interesante tema: «La Abogacía en el Arbitraje Internacional».

➔ **Congreso Internacional: Presente y futuro del Arbitraje Comercial Internacional en Costa Rica (San José, CR - febrero 2010)**

Los días 24 y 25 de febrero de 2010 se llevó a cabo en San José de Costa Rica el Congreso Internacional: «Presente y futuro del Arbitraje Comercial

Internacional en Costa Rica, organizado por la Comisión de Arbitraje Internacional CCI –Costa Rica».

El Congreso tuvo por finalidad abrir un espacio de análisis y estudio de la situación del Arbitraje Comercial Internacional y de la posición y expectativas de Costa Rica frente al mismo. Asimismo, contó con la participación de destacados árbitros, entre los que podemos destacar a: Cristian Conejero (Chile), Fernando Mora (Costa Rica), Hernando Paris (Costa Rica), Jose Maria Alonso (España), Katherine Gonzalez (Panamá), Luis Enrique Graham (México), Rodrigo Oreanumo (Costa Rica). Cabe destacar la participación del doctor Carlos Soto Coaguila, director de la Revista Peruana de Arbitraje.

### **Curso Especializado en Arbitraje Internacional del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (París – abril 2010)**

La Cámara de Comercio de Bogotá, con la colaboración de la Fundación Solventia y el financiamiento de la Corporación Andina de Fomento - CAF, organizará el Primer Curso en Arbitraje Internacional.

El Curso ha adoptado la metodología *B – Learning*, con la combinación de estrategias de formación virtual y presencial. La fase virtual se desarrollará del viernes 19 de marzo al sábado 17 de abril del 2010, y la fase presencial se desarrollará en Bogotá, del lunes 19 al sábado 24 de abril de 2010, en las instalaciones de la Cámara de Comercio de Bogotá.

El Curso se presenta como una oportunidad única para que los abogados latinoamericanos afiancen sus conocimientos, desarrollen sus habilidades y proyecten las actitudes que les permitirán actuar con éxito como árbitros internacionales.

Los temas que se tratarán en el Curso son: El Arbitraje; El Árbitro; Derecho Internacional aplicado al Arbitraje Internacional; La Intervención del Juez Ordinario en los Arbitrajes Internacionales; El Convenio Arbitral en el Arbitraje Internacional; El Procedimiento Arbitral; Medidas Cautelares; El Centro de Arbitraje; El Laudo; Anulación del Laudo; Reconocimiento y Ejecución; y, Diversas Clases de Arbitraje.

Los docentes del Curso, especialistas en Arbitraje Internacional, son: Eduardo Zuleta (Colombia), Fernando Mantilla-Serrano (Francia), Javier Íscar (España), John Savage (EE.UU.), José Fernando Merino Merchán (España), José Maria Davo (España), Katherine González Arrocha (Panamá),

Marta Gonzalo Quiroga (España), Pierre Tercier (Suiza), Rafael Bernal (Colombia) e Yves Derain (Francia). Asimismo, entre los docentes, debemos destacar la participación del director de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE, Carlos A. Soto Coaguila.

Cabe agregar que el día miércoles 21 de abril se desarrollará el Primer Panel Internacional sobre Arbitraje: «Uniformidad de los Sistemas Arbitrales Latinoamericanos», con la presencia de los docentes del Curso.

#### **IV Congreso Peruano Internacional de Arbitraje: «Latinoamérica: Sede de Arbitrajes Internacionales» (Lima – abril 2010)**

Como cada año, el 29 y 30 de abril de 2010, se llevará a cabo en Lima el IV Congreso Peruano Internacional de Arbitraje, organizado por la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE y el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Bajo el lema: «Latinoamérica: Sede de Arbitrajes Internacionales». El Congreso tiene como objetivo analizar los requisitos necesarios para ser una sede amigable de arbitrajes internacionales y las acciones que debe tomar el Perú para convertirse en sede de arbitrajes internacionales. Cabe agregar que posteriormente, del 1 al 3 de mayo de 2010, tendrán lugar algunas actividades sociales en Cusco.

En el Congreso se desarrollarán los siguientes temas: ¿De la hostilidad a la aceptabilidad? ¿Cuál es el estado actual de la actitud de los Estados Latinoamericanos frente al Arbitraje Internacional?; ¿Qué requisitos son necesarios para ser una sede amigable de arbitrajes internacionales? ¿Se cumple en Latinoamérica con estos requisitos?; ¿Qué acciones debe tomar el Perú para convertirse en una sede de arbitrajes internacionales?; Desarrollo práctico de un arbitraje internacional; La Constitucionalización del arbitraje en América Latina: Balance crítico; El arbitraje de inversión en América Latina. Incremento de los BITs, TLCs. Balance del Arbitraje CIADI; ¿Es posible que en Latinoamérica se constituyan sedes idóneas para la solución de conflictos en materia de inversiones?; y, Controversias de inversiones en el Perú.

Como ya es costumbre, se ha convocado a árbitros extranjeros reconocidos a nivel mundial, como los doctores Alejandro Ponce (Ecuador), Andrés Mezgravis (Venezuela), Armando Serrano (Ecuador), Carlos de los Santos (España), César Coronel (Ecuador), Daniel Posse (Colombia), Fernando Mantilla-Serrano (Francia), Henry Burnett (EE.UU.), Jaime Roca (República Dominicana), José Astirraga (EE.UU.), José María Alonso (España), José María Alonso, José Martínez (Argentina), José Tomás Errázuriz (Chile), Juan Basombrio (EE.UU.), Katherine González Arrocha (Panamá), Lluís Paradell

(EE.UU.), Marco Schnabl (EE.UU.), Margrete Stevens (EE.UU.), Miguel Tembory (España), Nicole Duclos (EE.UU.), Paolo di Rosa (EE.UU.), Pedro J. Martínez-Fraga (EE.UU.), Ramiro Moreno (Bolivia), Roberto Aguirre (EE.UU.), Rodrigo Jijón (Ecuador), Tomás Solís (EE.UU.) y Walter Wigderowitz (Brasil).

El Congreso contará también con la presencia de los destacados expertos nacionales: Adrian Simons, Alberto Montezuma, Alexander Campos, Carlos Ruska, Eduardo Ferrero, Enrique Palacios, Gonzalo García-Calderón, Jorge Vega, José Daniel Amado, Manuel Diego Aramburú, Natale Amprimo, Raúl Barrios y Ricardo Luque. Asimismo, los miembros del Consejo Editorial de nuestra revista, doctores Alfredo Bullard, Carlos A. Soto, Jorge Santistevan, Paolo del Aguila y Roger Rubio.

Asimismo, como preámbulo del Congreso, el miércoles 28 de abril de 2010 se desarrollará una Mesa Redonda CCI - YAF, bajo los auspicios de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI y el INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE - IPA.

### **ICCA Rio 2010 (Rio de Janeiro – mayo 2010)**

Del 23 al 26 de mayo del 2010, se desarrollará en Rio de Janeiro el ICCA Rio 2010, organizada por el International Council for Commercial Arbitration - ICCA.

Los temas que se tocarán en esta versión del ICCA, son los siguientes: Abogacía eficaz en arbitraje, Gestión Estratégica al iniciar un arbitraje, Abogacía eficaz en las fases escrita y procedimental del arbitraje, Expertos: ¿Neutrales o abogados?, La Audiencia, Abogacía tras el pronunciamiento del laudo arbitral, Práctica arbitral y Derecho Constitucional y Abogacía y ética en el arbitraje internacional.

Los conferencistas que se darán cita en este evento serán: Alejandro Escobar, Antonio Crivellaro, Arthur Marriott, Audley Sheppard, Bernard Hanotiau, Carlos Alberto Carmona, Carlos Nehring, Claus von Wobeser, David Cairns, Dan Price, Diana C. Droulers, Doak Bishop, Dushyant Dave, Donald Donovan, Eduardo Zuleta, Emmanuel Gaillard, Francisco Orrego Vicuña, Gabriela Álvarez-Ávila, Guido Tawil, Guillermo Aguilar Álvarez, Jalal El Ahdab, John L. Gardiner, John Townsend, Josefa Sicard-Mirabal, Karim Hafez, Klaus Michael Sachs, Laurence Boisson de Chazournes, Luiz Olavo Baptista, Michael Pryles, Meg Kinnear, Mohamed Abdel Raouf, Nigel Blackaby, Paul Friedland, Teresa Cheng, V.V. Veeder Q.C. e Yves Derains.

Asimismo, el día miércoles 26 de mayo, el Young Arbitration Practitioners («YAP») y el Comité Brasileño de Arbitraje organizarán el Coloquio: «Arbitraje en tiempos de cambio», inmediatamente después del ICCA Rio 2010.

➔ **Conferencia Internacional: «Arbitraje en Chile y en Perú: Pasado, Presente, Futuro» (Santiago de Chile – junio 2010)**

El día 9 de junio de 2010 se llevará a cabo en Santiago de Chile la Conferencia Internacional: «Arbitraje en Chile y en Perú: Pasado, Presente, Futuro», organizada por el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago y el INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE - IPA.

La Conferencia tiene como objetivo dar a conocer a Perú y Chile como posibles sedes de arbitraje internacional, asimismo se analizarán diversos aspectos afines, desde la perspectiva de árbitros chilenos y peruanos.

El encuentro reunirá a destacados árbitros chilenos y peruanos, quienes intercambiarán y difundirán los conocimientos y experiencias adquiridos a lo largo de su desempeño profesional, en materia de arbitraje.

➔ **V Congreso Internacional del Club Español del Arbitraje (CEA): «Los Árbitros. Una visión global» (Madrid – junio 2010)**

El V Congreso Internacional del Club Español del Arbitraje (CEA), se desarrollará del 20 al 22 de junio de 2010, bajo el lema: «Los Árbitros. Una visión global».

Los temas que se tocarán en este importante Congreso serán:

Los diversos sistemas de designación de árbitros. Ventajas e inconvenientes; Las facultades de ordenación de los árbitros en el procedimiento. Case Management; Imparcialidad e independencia de los árbitros. Abstención y recusación; Deberes y facultades de los árbitros para con el colegio arbitral y las partes; y, ¿Puede el árbitro propiciar transacciones y acuerdos?

Mayores detalles se pueden encontrar en la Web del CEA ([www.clubarbitraje.com](http://www.clubarbitraje.com)).

➔ **4<sup>to</sup> Programa de Alta Especialización en Arbitraje Internacional – 2010: «Nuevas tendencias en el Arbitraje de Inversión» (Lima – julio 2010)**

Los días sábados 3, 10, 17 y 24 de julio de 2010, la Universidad del Pacífico y el INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE – IPA organizarán en Lima el

4<sup>to</sup> Programa de Alta Especialización en Arbitraje Internacional – 2010, bajo el lema: «Nuevas Tendencias en el Arbitraje de Inversión». El Programa de este año tendrá como objetivo analizar las nuevas tendencias en materia de Arbitraje de Inversión, como la situación actual del arbitraje de inversión en Latinoamérica, el conflicto de leyes en arbitrajes de inversión, el *treaty shopping* y el control extranjero de los vehículos de inversión, entre otros.

El Programa contará con la participación de los reconocidos árbitros internacionales: Andrés Mezgravis (Venezuela), C. Ryan Reetz (EE.UU.), Claudia Frutos-Peterson (EE.UU.), Diego Brian Gosis (Argentina), Eduardo Silva Romero (París), Ignacio Torterola (Washington), José Rosell (París), Marco E. Schnabl (EE.UU.), Paolo Di Rosa (EE. UU.), Pedro J. Martínez-Fraga (EE.UU.), Valeria Macchia (Argentina) e Yves Derains (París).

Los Coordinadores del Programa son los doctores Fernando Cantuarias Salaverry (Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico) y Carlos Soto Coaguila (Presidente del INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE – IPA).

 **I Encuentro de los Capítulos Internacionales del Club Español del Arbitraje (CEA): «El Arbitraje Comercial y de Inversión en América Latina» y «I Encuentro del CEA-40 en Latinoamérica» (Lima – noviembre 2010)**

Los días 4 y 5 de noviembre de 2010, bajo el título «El Arbitraje Comercial y de Inversión en América Latina», tendrá lugar en Lima el I Encuentro de los Capítulos Internacionales del Club Español del Arbitraje (CEA).

El Encuentro, organizado por el Club Español del Arbitraje, el Capítulo Peruano del Club Español del Arbitraje y el INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE – IPA, tiene por objetivo fortalecer los lazos de amistad y colaboración profesional entre los miembros del CEA. Para la conferencia se espera contar con la presencia importante de abogados y árbitros latinoamericanos y por supuesto de los miembros de los Capítulos Internacionales y del CEA.

Previamente, del 31 de octubre al 2 de noviembre de 2010 tendrán lugar las actividades sociales en Cuzco y el 3 de noviembre se celebrará en Lima el «I Encuentro del CEA-40 en Latinoamérica».



---

# 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 décimo número de nuestra revista:

Amprimo Abogados	Estudio Sparrow, Hundskopf, Villanueva & Asociados, Abogados
Balbi Consultores Asociados	Gallegos, Valarezo & Neira (Ecuador)
Cámara de Comercio Americana del Perú – AmCham Perú	Instituto Peruano de Arbitraje - IPA
Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima	Jorge Avendaño Forsyth & Arbe Abogados
Estudio Belaunde & Musayon Abogados	Lazo, de Romaña & Gagliuffi Abogados
Estudio De La Flor, García Montúfar, Arata & Asociados Abogados	Julio César Rivera Abogados (Argentina)
Estudio Echeopar Abogados	Lex Asesores S.A.C.
Estudio Hernández & Cía.	Linares Prado & Asociados
Estudio Lourdes Flores Nano Abogados	Marc Perú
Estudio Oré & Abogados	Mario Manuel Silva López
Estudio Paitán & Asociados	Miranda & Amado Abogados
Estudio Rubio, Leguía, Normand y Asociados	Montezuma Abogados
	Muñiz, Ramírez, Pérez- Taiman & Olaya Abogados

AGRADECIMIENTO

---

Navarro Sologuren, Paredes,  
Gray Abogados

Payet, Rey, Cauvi Abogados

Pizarro, Botto & Escobar Abogados

PLMJ A. M. Pereira, Sáragga Leal, Oliveira  
Martins, Júdice e Associados (Portugal)

Rebaza, Alcazar & De Las Casas  
Abogados Financieros

Richard Martin Tirado

Rodrigo, Elías & Medrano Abogados

Rosselló Abogados

Squire, Sanders & Dempsey LLP (EEUU)

Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez  
Abogados (Venezuela)

Vega & Sologuren Abogados

Villavicencio, Meza & Rivera - Abogados

Zuzunaga y Assereto Abogados

---

# Índice General

---

Índice  
General





## ÍNDICE GENERAL

<i>Contenido</i> .....	V
<i>Presentación</i> .....	VII

## DOCTRINA

### **La Abogacía desde la óptica de un árbitro internacional**

BERNARDO M. CREMADES (*España*)

IGNACIO MADALENA (*España*)

1. Introducción .....	3
2. Configuración del procedimiento .....	4
3. Argumentación jurídica y alegaciones escritas .....	9
4. Prueba documental .....	12
5. La audiencia .....	15
6. La función del árbitro .....	19
7. Conclusiones .....	22

### **Por un regreso al sentido ordinario de la palabra «inversión»**

EDUARDO SILVA ROMERO (*Francia*)

Las palabras y su empleo nunca son inocentes .....	25
--	----

1.	Del nominalismo en la definición de «inversión» .....	29
2.	Del convencionalismo realista en la noción de «inversión» .....	35
2.1.	De la limitación de la lista de «inversiones» de los TBIs a través del Convenio de Washington .....	36
2.2.	De la limitación de la lista de «inversiones» de los TBIs a través de la naturaleza mercantil de la operación económica en causa .....	40
2.3.	De la limitación de la lista de «inversiones» de los TBIs a través del sacrosanto principio de la buena fe (¿principio general del derecho internacional?) .....	43

**Fraccionamiento jurisdiccional en el arbitraje y la posibilidad de su prevención por la vía de cláusulas específicas**

ELINA MEREMINSKAYA (*Chile*)

1.	Introducción .....	53
2.	Fraccionamiento a nivel de jurisdicciones nacionales .....	56
2.1.	Fraccionamiento jurisdiccional y su restricción vía <i>anti suit injunctions</i> .....	56
2.2.	Asistencia judicial en la práctica de las pruebas .....	59
2.3.	Discreción del tribunal encargado de la ejecución de la sentencia arbitral extranjera .....	63
3.	Arbitraje comercial y el Derecho Internacional Público .....	68
3.1.	Fraccionamiento jurisdiccional bajo la cláusula paraguas .....	68
3.2.	Interferencia con el procedimiento de arbitraje y de ejecución del laudo como fundamento de demanda ante un tribunal del tratado .....	72
4.	Conclusión .....	74

**Apuntes sobre la ejecución  
de laudos en el Decreto Legislativo N° 1071,  
nueva Ley de Arbitraje**

ANA MARÍA ARRARTE ARISNABARRETA (Perú)

1.	Cuestiones previas .....	77
2.	Análisis de los aspectos principales de la ejecución de laudos arbitrales .....	81
2.1.	La jurisdicción arbitral y su limitación en la ejecución de laudos .....	81
2.2.	Actos de ejecución que pueden realizar los árbitros .....	85
2.3.	Ejecución judicial de laudos arbitrales .....	86
2.4.	Sobre el procedimiento de ejecución judicial del laudo .....	92
2.5.	Sobre la posibilidad de ejecutar laudos parciales .....	100
3.	Conclusiones .....	104

**LAUDO ARBITRAL  
INTERNACIONAL**

▲	<b>Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)</b> Caso CIADI N° ARB/07/6 Demandante: Sr. Tza Yap Shum Demandado: República del Perú .....	109
	<b>Comentarios a la decisión sobre jurisdicción y competencia en el caso planteado ante un tribunal CIADI contra la República del Perú por el Sr. Tza Yap Shum</b> MARÍA DEL CARMEN TOVAR GIL (Perú) .....	173
1.	El caso presentado contra la República del Perú .....	173

2. El análisis propuesto por el tribunal.....	174
3. Competencia del tribunal respecto de reclamos no relacionados a una expropiación .....	176
4. Competencia en el reclamo relacionado a expropiación .....	178
5. ¿En dónde estamos después de esta decisión? .....	193

## DECISIONES CONSTITUCIONALES Y JUDICIALES

### ▲ Tribunal Constitucional de la República del Perú

#### Expediente N° 05311-2007-PA/TC

Demandante : Compañía Distribuidora S.A. (CODISA)	
Demandados : Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación Comercial del Perú (CEARCO) y otro .....	197

#### Comentarios al caso CODISA

GONZALO GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA ( <i>Perú</i> ) .....	217
1. Argumentos de la demanda de amparo .....	218
2. Argumentos de COFIDE y de los árbitros .....	219
3. Proceso de amparo .....	219
4. Características de la acción de amparo .....	219
5. Características de la anulación del laudo .....	220
6. Análisis del fondo de la decisión .....	224
7. Sobre la actual Ley de Arbitraje y el amparo .....	226

### ▲ Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente Corte Suprema de Justicia de la República

#### Expediente P.A. N° 206-2009

Demandante : Sr. Hugo Torres Arana	
Demandados : Jueces Superiores de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima y otros .....	229

<b>Consecuencia de la anulación de laudo por pronunciamiento sobre materia no controvertida</b>	
GUILLERMO LOHMANN LUCA DE TENA ( <i>Perú</i> ) .....	235
1. Resumen general del caso .....	235
2. Antecedentes de hecho relevantes .....	236
3. Las repercusiones del caso en materia arbitral .....	238
<b>▲ Corte Superior de Justicia de Lima</b>	
Primera Sala Civil Superior Subespecializada en Materia Comercial	
<b>Expediente N° 410-2009</b>	
Demandante : Consorcio Sainco Vaisala	
Demandado : Empresa Eléctrica del Perú S.A. ....	241
<b>Comentario a la Sentencia del Expediente N° 410-2009</b>	
FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY ( <i>Perú</i> ) .....	245
1. Antecedentes .....	245
2. Comentario .....	246
NOTICIAS ARBITRALES .....	251
AGRADECIMIENTOS .....	265
ÍNDICE GENERAL .....	269



*Notas*



*Notas*



Esta revista se terminó de imprimir en Magna Ediciones  
en el mes de abril de 2010





ISSN 1819-7019



9 771819 701006 >