



REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE

COMITÉ EDITOR

JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA
(PRESIDENTE)

FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY

FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI

PAOLO DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO

CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA
(DIRECTOR EJECUTIVO)

DOCTRINA

¿*Lex mercatoria* rediviva? Primera Parte: De la Edad Media a la Postmodernidad
FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA (PERÚ)

Jurisdiccionalidad del arbitraje

FERNANDO VIDAL RAMÍREZ (PERÚ)

La Sala Constitucional y el arbitraje comercial. Hacia un régimen racional del control judicial del laudo arbitral en el derecho venezolano
ALFREDO DE JESÚS O. (VENEZUELA)

El arbitraje en las sentencias del Tribunal Constitucional y la procedencia del amparo contra laudos arbitrales

JAIME DAVID ABANTO TORRES (PERÚ)

Apuntes sobre arbitraje comercial internacional en la República Popular de China
DYALÁ JIMÉNEZ FIGUERES (COSTA RICA)

El arbitraje en los AII 2005 - 2006. Balance general e innovaciones
FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI (PERÚ)

Protección a los inversionistas: ¿El gobierno podrá parar la música?
Antecedentes del Capítulo XI del TLCAN

MARK A. CYMROT / ELLIOT J. FELDMAN / MICHAEL S. SNARR (EE. UU.)

El sistema arbitral de consumo en España

CARLOS LASARTE ÁLVAREZ (ESPAÑA)

La evolución del arbitraje en Brasil y su aceptación por el Poder Judicial

SILVIA BUENO / LISE DE ALMEIDA (BRASIL)

La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa. A propósito de los contratos administrativos

ALEXANDER CAMPOS MEDINA (PERÚ)

Medidas precautorias en los procedimientos arbitrales
(con especial referencia al derecho argentino)

JULIO CÉSAR RIVERA (ARGENTINA)

Pronunciamiento acerca de los costos del arbitraje en el laudo arbitral

FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY (PERÚ)

La impugnación del laudo en la Ley de Arbitraje española de 2003

RAFAEL HINOJOSA SEGOVIA (ESPAÑA)

Arbitraje no vinculante: Análisis y sugerencias para su implementación como herramienta efectiva en la resolución de conflictos

MARÍA HAYDÉE MIGUEL (ARGENTINA)

LAUDOS ARBITRALES DEL CONSUMODE Y DEL CIADI

DECISIONES CONSTITUCIONALES Y JUDICIALES

PROYECTO DE MODIFICACIONES PARCIALES A LA
LEY GENERAL DE ARBITRAJE DEL PERÚ (LEY N° 26752)

3 / 2006





REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE

COMITÉ EDITOR

JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA

(PRESIDENTE)

FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY

FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI

PAOLO DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO

CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA

(DIRECTOR EJECUTIVO)

KATTY MENDOZA MURGADO

(ASISTENTE)

3 / 2006



DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO N° 822

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

© 2006, REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE

© 2006, Jorge Santistevan de Noriega
Fernando Cantuarias Salaverry
Franz Kundmüller Caminiti
Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio
Carlos Alberto Soto Coaguila
(Comité Editor)

Katty Mendoza Murgado
Sofía Nathalie Tequén Córdova
(Asistentes)

Esteban Alvarado Yanac
(Editor)

© 2006, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

Composición e Impresión *Láser Graf Alvarado*

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

**Hecho el depósito legal en la
Biblioteca Nacional del Perú N° 2005-9159**

ISSN 1819-7019

Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

LIMA

Jr. Lampa 1221 - Cercado de Lima

Tlf: (51-1) 427 3147

Telefax: (51-1) 427 6038

grijley@terra.com.pe

Jr. Azángaro 1077 - Cercado de Lima

Tlf: (51-1) 321 0258

libreria_grijley@speedy.com.pe

TRUJILLO

Jr. Pizarro 540

Telefax: (044) 471640 / Celular: (044) 967 6885

grijley_trujillo@speedy.com.pe

CHICLAYO

San José 1067

Tlf.: (074) 204146

AREQUIPA

Santa Martha 304 - Of. 103

Tlf.: (054) 288 379 / Celular: (054) 929 6700

CONTENIDO

Presentación	9
--------------------	---

DOCTRINA

✧ <i>Lex mercatoria</i> rediviva? Primera Parte: De la Edad Media a la Postmodernidad FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA (<i>Perú</i>)	15
✧ Jurisdiccionalidad del arbitraje FERNANDO VIDAL RAMÍREZ (<i>Perú</i>)	53
✧ La Sala Constitucional y el arbitraje comercial. Hacia un régimen racional del control judicial del laudo arbitral en el derecho venezolano ALFREDO DE JESÚS O. (<i>Venezuela</i>)	63
✧ El arbitraje en las sentencias del Tribunal Constitucional y la procedencia del amparo contra laudos arbitrales JAIME DAVID ABANTO TORRES (<i>Perú</i>)	137
✧ Apuntes sobre arbitraje comercial internacional en la República Popular de China DYALÁ JIMÉNEZ FIGUERES (<i>Costa Rica</i>)	195
✧ El Arbitraje en los AIIs 2005 – 2006. Balance general e innovaciones FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI (<i>Perú</i>)	209

⤴	Protección a los inversionistas: ¿El gobierno podrá parar la música? Antecedentes del Capítulo XI del TLCAN MARK A. CYMROT / ELLIOT J. FELDMAN / MICHAEL S. SNARR (<i>EE.UU.</i>) ..	241
⤴	El sistema arbitral de consumo en España CARLOS LASARTE ÁLVAREZ (<i>España</i>)	261
⤴	La evolución del arbitraje en Brasil y su aceptación por el Poder Judicial SILVIA BUENO / LISE DE ALMEIDA (<i>Brasil</i>)	289
⤴	La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa. A propósito de los contratos administrativos ALEXANDER CAMPOS MEDINA (<i>Perú</i>).....	307
⤴	Medidas precautorias en los procedimientos arbitrales (con especial referencia al derecho argentino) JULIO CÉSAR RIVERA (<i>Argentina</i>)	329
⤴	Pronunciamiento acerca de los costos del arbitraje en el laudo arbitral FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY (<i>Perú</i>)	355
⤴	La impugnación del laudo en la Ley de Arbitraje española de 2003 RAFAEL HINOJOSA SEGOVIA (<i>España</i>)	373
⤴	Arbitraje no vinculante: Análisis y sugerencias para su implementación como herramienta efectiva en la resolución de conflictos MARÍA HAYDÉE MIGUEL (<i>Argentina</i>)	399

LAUDOS ARBITRALES NACIONALES

Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE)

⤴	Caso Arbitral N° 013-2005/SNCA-CONSUCODE Demandante: Point Trading Demandado: Ministerio del Interior Materia: Cumplimiento de pago	415
---	---	-----

<p>⤴ Expediente Arbitral N° 070-2004/SNCA-CONSUCODE Demandante: IBA International Business Association S.R.L. Demandado: Electro Oriente S.A. Tercero: Motoren Und Energietechnick Betrobsgesellschaft Mbh. Materia: Cumplimiento de pago, cesión de derechos e intervención de tercero</p>	439
--	-----

LAUDOS ARBITRALES INTERNACIONALES

Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)

<p>⤴ Caso CIADI Nro. ARB / 02 / 03 Demandante: Aguas de Tunari S.A. Demandado: República de Bolivia</p>	471
<p>⤴ Caso CIADI Nro. ARB / 02 / 10 Demandante: IBM World Trade Corporation, Actor Demandado: República de Ecuador</p>	611

DECISIONES CONSTITUCIONALES Y JUDICIALES

Tribunal Constitucional

<p>⤴ Exp. N° 1567-2006-PA/TC LIMA Compañía de Exploraciones Algamarca</p>	637
<p>Resolución Aclaratoria del Tribunal Constitucional</p>	663

Corte Suprema de Justicia de la República

<p>⤴ Anulación de Laudo Arbitral CAS. N° 1512-2004 LIMA</p>	667
---	-----

Corte Superior de Justicia de Lima - Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial

<p>⤴ Anulación de Laudo Arbitral Expediente: 1174-2005 Demandante: Compañía Minera Antamina S.A. Demandado: JRC Minería y Construcción S.A.C.</p>	673
--	-----

<p>⤴ Anulación de Laudo Arbitral Expediente: 60-2005 Demandante: Gobierno Regional de Piura Demandado: Construction Corporation S.A.C. y otros</p>	691
<p>⤴ Ejecución de Laudo Arbitral Expediente: 300-2006 Demandante: Casoli S.A.C. Demandado: Municipalidad Distrital de Carmen de la Legua Reynoso</p>	697
<p>Corte Superior de Justicia de Lima – Quinta Sala Civil</p>	
<p>⤴ Anulación de Laudo Arbitral Expediente: 570-2005 Demandante: Fuerza Aérea del Perú Demandado: Consorcio conformado por la Planta de Reparación de Aeronaves de Ulan-Ude, Motores Vladimir Klimov-Motor Sich, Oscar Avia Group y Pacific Aerospace Holdings Ltd.</p>	701
<p>PROYECTO DE MODIFICACIONES PARCIALES A LA LEY GENERAL DE ARBITRAJE DEL PERÚ (LEY N° 26752)</p>	713
<p>NOTICIAS ARBITRALES</p>	749
<p>SOBRE LOS AUTORES</p>	759
<p>AGRADECIMIENTOS</p>	765
<p>ÍNDICES HISTÓRICOS</p>	767
<p>⤴ Primer número de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE (1/2005)</p>	769
<p>⤴ Segundo número de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE (2/2006)</p>	771
<p>ÍNDICE GENERAL</p>	775

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

PRESENTACIÓN

Por segunda vez en este año (tercera desde su nacimiento) la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE se hace presente con un número cargado de artículos interesantes, propuestas legislativas, jurisprudencia constitucional y del fuero común sobre temas arbitrales, así como noticias en torno a iniciativas que vienen desarrollándose en el Perú con una clara orientación *pro arbitralis*.

Han tenido muy buena acogida los dos números anteriores de la REVISTA. En alguna oportunidad se ha ponderado el esfuerzo realizado por la REVISTA y se ha destacado la calidad del trabajo de los autores difundidos por iniciativa del Comité Editorial, que por cierto agrupa a árbitros y abogados muy activos en la integración de tribunales arbitrales, en la defensa ante éstos y en la administración de arbitrajes. En este contexto, no ha sido infrecuente que nos señalen algunos extranjeros, que han conocido nuestro trabajo, que no esperaban que en el Perú se produjese una revista como la que en su tercer número llega hoy a las manos de los lectores especializados.

Más allá de inmerecidos aplausos, la sorpresa que pueda causar el esfuerzo de la revista dentro y fuera del Perú tiene que ver con el vigoroso pero silencioso desarrollo del arbitraje en el país. Lamentablemente no ha trascendido lo suficientemente en los países vecinos y en los espacios arbitrales de reflexión mundial, el reconocimiento legal y hasta constitucional del arbitraje en nuestro medio y la habilitación expresa a que el Estado someta las controversias que emanen de contratos a la solución arbitral. No se conoce tampoco que el Estado Peruano ha adelantado su voluntad de llevar a tribunales

arbitrales las controversias que emanen de contratos-ley, de contratos de concesión para hacer viable la inversión privada en obras de infraestructura de uso público y de servicios públicos, así como en todos los contratos de adquisición de bienes y servicios que llevan a cabo las entidades públicas de nivel nacional, regional y municipal. Aquí, junto con una ley de arbitraje que sigue el Modelo CNUDMI y el surgimiento de una comunidad de árbitros dedicada a aplicar los más altos estándares de calidad en su delicada función, se encuentra la fuente de la vigorosa actividad a la que se ha hecho referencia.

Todo lo anterior no hace sino sentar las bases para el desarrollo del arbitraje en el Perú a través de centros creados para administrarlos -vinculados a las cámaras de comercio, universidades, colegios profesionales y otros- y también por medio de arbitrajes *ad hoc* que según se dice tienen mayor presencia cuantitativa que los arbitrajes administrados. No hay cifras suficientes ni metodologías establecidas para medir el impacto del arbitraje, lo que reclama un impostergable diagnóstico a realizarse con los mayores estándares técnicos posibles. Tampoco las hay ni para conocer la asimetría entre la práctica arbitral de Lima con relación a las demás regiones del país, lo que convoca igualmente la atención especial para evitar el fenómeno del centralismo. Pero que el arbitraje crece y se multiplica, no cabe duda; y ante esta constatación, sin base empírica por el momento, tendrá que preverse perspectivas de mayor envergadura en los próximos años, por no decir en los próximos meses. Basta señalar que debemos estar preparados para una nueva ola de arbitrajes en cuanto se utilicen con mayor intensidad los mecanismos previstos en los convenios de protección a la inversión extranjera que el Perú ha suscrito bilateralmente, a lo que se debe sumar -con significativa relevancia- los del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de Norteamérica que, como se sabe, contiene dentro de sí un capítulo de inversiones de largas proyecciones y clara opción a favor del arbitraje.

No hay duda que se viene concitando mayor atención académica, profesional, empresarial y ciudadana en relación al arbitraje, que la realidad no deja de reflejar y que la Revista, en su debida proporción, pone de manifiesto en cada número. Por ello, para este N^o 3 se han escogido trabajos cuya vigencia el lector sabrá valorar debida-

mente. Se parte de un tema de singular relevancia en la discusión sobre el derecho aplicable en los arbitrajes internacionales de inversión, asunto que merece especial atención en un país como el nuestro que permite que, además de la vía arbitral internacional consagrada en convenios suscritos entre los Estados, también los contratos celebrados entre inversionistas privados y el Estado Peruano bajo la Constitución y la ley nacional, pueden ser sometidos a arbitraje en sede internacional. ¿Supone esto que los tribunales dejarán de aplicar el régimen jurídico nacional o que lo interpretarán a la luz del Derecho Internacional?

Se presentan además ensayos relacionados con el arbitraje en el marco del Tratado de Libre Comercio de Norte América puesto que pueden ilustrarnos a la hora de poner en práctica experiencias similares contenidas en el tratado que el Perú ha negociado y ratificado pero que está en vías de sanción final por parte del Senado de los Estados Unidos de Norteamérica. También la REVISTA trae a conocimiento de nuestros lectores, contribuciones sobre el arbitraje en países tan disímiles como el Brasil, España, la República Popular China y Venezuela, con el añadido de una experiencia particular desarrollada en Argentina que puede marcar un derrotero para otros países.

En cuanto a la doctrina nacional, este número cuenta con ensayos sobre la jurisdicción arbitral, comentarios adicionales a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, un balance de las innovaciones ocurridas en los últimos diez años, la arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa y reflexiones acerca de los costos arbitrales y su inclusión en el laudo.

Más allá de la doctrina, la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE ha querido, desde sus inicios, difundir la práctica arbitral tanto nacional como internacional. En cuanto a la primera de las nombradas, se incluyen laudos que se han emitido en el ámbito de la contratación con el Estado, gracias a la norma vigente en el reglamento del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones con el Estado (CONSUCODE) que prevé la publicación obligatoria en su página web de los laudos arbitrales que han adquirido plena firmeza. Con respecto a la práctica internacional, se han escogido dos laudos emitidos en el marco del

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) que tienen relación con controversias relacionadas con países vecinos (Bolivia y Ecuador en el presente caso).

La sección de decisiones constitucionales y judiciales sobre el arbitraje, que la REVISTA inauguró en su segundo número, crece en esta oportunidad significativamente para brindarnos sentencias que han sido pronunciadas por el Tribunal Constitucional y, en especial, por la Sala Civil con Subespecialidad Comercial que está destinada a constituirse en la fuente jurisprudencial más importante en materia de decisiones judiciales. Éstas tratan sobre decisiones que se han tomado a propósito de recursos de anulación presentados por las partes en contra de laudos emitidos por los tribunales arbitrales. Hay que mencionar, sin embargo, que en este mismo campo se incluye una interesante pieza jurisprudencial proveniente de la Quinta Sala Civil de Lima que tiene su propio valor. Por esto último ha sido incluida, a pesar de que constituye una muestra de que no está todavía definida la competencia de las Cortes Superiores en materia arbitral. Sería deseable que se haga el deslinde correspondiente, pensamos en la REVISTA que a favor de la Sala Civil con Subespecialidad Comercial, probablemente mediante acto legislativo, con el fin de garantizar la uniformización de las sentencias en materia tan delicada y de contribuir a la predictibilidad de ambos: tanto del arbitraje y las soluciones a los conflictos que se someten a tribunales voluntariamente establecidos, cuando del control de legalidad que están llamados a realizar las Salas de las Cortes Superiores en los casos en que alguna de las partes presenten el recurso de anulación previsto en la ley.

Para la REVISTA tiene especial significación el Proyecto de Ley de modificaciones parciales a la Ley General de Arbitraje del Perú (Nº 26752) cuyo texto se reproduce íntegramente por el valor de las contribuciones legislativas que el proyecto contiene, a partir del cual se está generando un intercambio de pareceres que la REVISTA está dispuesta a recoger en números posteriores.

Como en anteriores oportunidades, la sección de noticias arbitrales da cuenta de eventos fuera del Perú y del creciente interés por los asuntos de nuestra especialidad en el país. La sección refleja

el crecimiento de seminarios, charlas, mesas redondas, diplomados, reuniones de discusión y cursos que vienen multiplicándose para dar a conocer más y mejor el arbitraje en el Perú.

En la sección que se comenta están reportadas dos actividades singulares que la REVISTA ha desarrollado a propósito de la visita de especialistas en arbitraje que han tenido especial acogida, no solamente en términos de difusión y debate sobre las ponencias de los especialistas, sino que estos eventos permiten avizorar cambios significativos para el desarrollo del arbitraje en los países de la Comunidad Andina de Naciones que, a nuestro juicio, pasan por una revisión de las normas comunitarias al respecto. En especial el Protocolo de Cochabamba, unido a una determinación en torno a la competencia arbitral del Tribunal Andino de Justicia que en veinticinco años de vigencia (la competencia arbitral) nunca ha sido ejercida. Todo ello, por supuesto, con el debido respeto a las otras valiosas tareas que cumple el Tribunal Andino en relación a la normativa comunitaria (destacadamente en materia de propiedad intelectual) y vinculado a una necesidad que también debe plantearse en países como el Perú: ante el crecimiento del arbitraje, principalmente en materia de inversiones, ¿no es el momento de ponernos a pensar en una regionalización del CIADI que permita concebir sedes de dicho Centro fuera de Washington? ¿Cabe dinamizar las estructuras comunitarias subregionales en Centroamérica, la Comunidad Andina y el MERCOSUR a favor de arbitrajes expeditivos y menos costosos? ¿Podrá lograrse ello en el marco de la Comunidad Andina de Naciones?

En todo caso, para la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE es un privilegio presentar trabajos doctrinarios y jurisprudenciales que contribuyen al engrandecimiento de la actividad arbitral y hacerlo, con la experiencia corta pero sustanciosa, de este tercer número que nos permite adelantarnos a plantear temas que el Comité Editorial quisiera fuesen desarrollados a lo largo de las actividades del próximo año.

Jorge Santistevan de Noriega
Presidente del Comité Editor

Doctrina

¿LEX MERCATORIA REDIVIVA? PRIMERA PARTE: DE LA EDAD MEDIA A LA POSTMODERNIDAD

FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA (*)

There are found some minds given to an extreme admiration of antiquity, others to an extreme love and appetite for novelty; but few so duly tempered that they can hold the mean, neither carping at what has been well laid down by the ancients, nor despising what is well introduced by the moderns.

FRANCIS BACON, *Novum Organum*, L. I, § LVI.

SUMARIO: I. Introducción. II. Orígenes y características del concepto. III. La modernidad. IV. La era de la globalización. V. Las motivaciones del nuevo derecho comercial transnacional. 1. El extranjero como parte débil. 2. La homogenización del trato legal. VI. Las fuentes del nuevo derecho transnacional. VII. Un nuevo derecho transnacional consuetudinario. 1. La costumbre como parte integrante de Derecho Internacional obligatorio. 2. La flexibilidad de un orden jurídico consuetudinario. 3. El problema de la coerción. 4. Los grandes principios del Derecho Internacional Consuetudinario de los Negocios. a. El trato correcto y equitativo. b. Legítimas expectativas. c. La no confiscación de los bienes de un extranjero. VIII. ¿Lex mercatoria rediviva?

(*) Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

El presente artículo constituyó la participación de su autor al homenaje que le rindió la Universidad de Piura al Dr. Jorge Avendaño Valdez.

1. INTRODUCCIÓN

No cabe duda de que las tendencias sociales y económicas contemporáneas están obligando a una revisión de la identidad y de los alcances del Derecho Civil, vinculándolo cada vez más a las normas sobre las actividades mercantiles. De hecho, algunas legislaciones contemporáneas, como la italiana, han incluido al Derecho Comercial dentro del Código Civil. Más allá de opinar si esta inclusión es correcta o no, no puedo dejar de pronunciarme en el sentido de que –ya sea que existan dos códigos o uno solo– el Derecho Civil y el Derecho Comercial representan, ambos, el punto de vista y las preocupaciones del ciudadano privado.

De esta manera, el Derecho Civil –restringido desde la aparición de los códigos a la aplicación de un texto normativo específico– vuelve a encontrar su sentido dentro de una dimensión más grande que es el Derecho Privado. Por consiguiente, luego de la desmembración efectuada por el Estado liberal del campo de lo privado en diversas plantillas o marcos llamados códigos y del ataque que sufriera por las tendencias socialistas que enarbolaba el pensamiento crítico, el Derecho Privado es impulsado hacia un desarrollo muy importante y se afirma en su identidad privada.

Pero lo más significativo de la época actual es que paralelamente al Derecho Privado nacional está surgiendo otro Derecho Privado que atraviesa las fronteras y que crea nuevas instituciones.

Desde hace algún tiempo hemos vuelto a escuchar con cierta intensidad dentro de la vida económica internacional una expresión acuñada en la Edad Media, *lex mercatoria*, que parece tomar una nueva vitalidad en nuestros días.

Sin embargo, algunos prefieren denominar estas nuevas manifestaciones jurídicas como derecho transnacional (*transnational law*); otros las llaman simplemente derecho internacional (*international law*), aunque esta última denominación puede llevar a una confusión con el derecho que nace de los tratados; y otros insisten en la antigua denominación medieval. Y, como usualmente sucede en estos casos, cada posición reivindica o condena, a través del nombre

especial escogido, algún aspecto de ese derecho emergente, que pugna por precisar sus contornos dentro del hostil medio de los derechos nacionales.

II. ORÍGENES Y CARACTERÍSTICAS DEL CONCEPTO

Para apreciar lo que está sucediendo debemos hacer un poco de historia y preguntarnos sobre lo que era en la Edad Media esa *lex mercatoria* que ahora reaparece cuando menos dentro de la discusión jurídica. Pero, como sucede siempre con el derecho, para comprender la *lex mercatoria* medieval debemos conocer las circunstancias y razones sociales de su aparición, establecer el contenido de este derecho en su origen y precisar los autores o creadores de normas válidas «mercatorias», así como su fuerza de coerción.

Recordemos que el derecho medieval es muy complejo y muy rico. No es, como hoy en día, un derecho rehén del poder político, cuya fuente, legitimidad y vigencia efectiva depende exclusivamente del Estado.⁽¹⁾ Por el contrario, el derecho de la Edad Media es un derecho de juristas atentos a la voz del pueblo, es decir, un sistema jurídico creado por personas que tienen el derecho como ocupación formal, que construyen y organizan el orden jurídico como una cadena de conceptos,⁽²⁾ pero que toman como material no simplemente la norma emanada del poder político, sino sobre todo el Derecho Consuetudinario, vale decir, el derecho que surge de la idiosincrasia de cada pueblo (sin perjuicio, claro está, de una fuerte influencia romana). Y si bien estos juristas se sitúan próximos a la autoridad política en la búsqueda de un respaldo de coerción, es preciso tener en cuenta que en la Edad Media no existen todavía los Estados en el sentido moderno y que la autoridad se encuentra dispersada en un

(1) GROSSI, PAOLO, «La formación del jurista y la exigencia de una reflexión metodológica innovadora», en *Derecho, sociedad, Estado. (Una recuperación para el Derecho)*, Escuela Libre de Derecho de la Universidad Michoacana de San Nicolás Hidalgo, México, 2004, p. 189.

(2) KOSCHAKER, P., *Europa y el Derecho Romano*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953, p. 247.

sinnúmero de centros de poder locales, gremiales y eclesiásticos. Esta falta de control unitario en la producción del derecho da lugar a una efervescencia multipolar que encuentra su coherencia en las tradiciones doctrinarias del Derecho romano, a su vez permanentemente repensadas y renovadas a la luz de las concepciones germánicas.

Por consiguiente, ese derecho medieval es extraordinariamente abierto, creativo y susceptible de adaptarse a los cambios mucho más eficaz y sutilmente que el posterior derecho moderno vinculado a un Estado central.

Por ello no es de llamar la atención que cuando se produce un movimiento extraño en la sociedad medieval, promovido por la reaparición del comercio a distancia que había estado ausente desde el fin del Imperio Romano, tienda también a crearse un derecho apropiado a las nuevas circunstancias.

Es evidente que siempre existió comercio a nivel del mercado local. Pero a veces las circunstancias geográficas pesan enormemente en la configuración de la actividad de los pueblos. El Imperio Carolingio, eje de la vida política de la Alta Edad Media, no estaba cercano a un mar interno que permitiera la fácil comunicación con otros pueblos ribereños, como sucedió con el Mediterráneo durante el Imperio Romano. Sin embargo, desde el siglo XI aparece un marcado interés en vender productos a comunidades ajenas y distantes de los lugares de producción, a pesar de las dificultades geográficas y de los limitados medios de transporte. Quizá los primeros impulsos a esta tendencia son producidos por los comerciantes que traen las nuevas maravillas descubiertas por los cruzados en Oriente, tales como la seda, los perfumes, las especias. Estos bienes van a constituir la base del primer comercio propiamente internacional dentro de la sociedad europea.

En el fondo, es en este renacimiento del comercio, del intercambio por razones onerosas de bienes y servicios, incluso desde zonas muy distintas, que debemos situar el origen remoto de la modernidad. Aun cuando coexisten con formas de la sociedad señorial de la Edad Media, aquellos que se encargan del comercio entre el Medio Oriente y los distintos países europeos –como los comerciantes

marinos de Venecia, la Liga Hanseática y otros- son sin duda los propulsores de un nuevo estilo de vida y de una nueva manera de ver las cosas. Más tarde encontraremos otras formas más complejas de comercio a distancia. Así, los comerciantes ingleses compraban lana de oveja en los feudos británicos y la vendían a los comerciantes flamencos, quienes a su vez la distribuían entre los tejedores de Flandes. Y luego estos comerciantes flamencos llevaban las prendas de vestir hechas en Flandes nuevamente a Inglaterra para venderlas en las ferias.

En un medio en el que el derecho está más ligado al pueblo que al Estado, no es de extrañar que una nueva manera de vivir dentro de un sector del pueblo dé origen a un derecho que surge de la necesidad de solucionar los problemas propios de esta nueva actividad. No es el Estado quien da leyes al respecto, sino que son los propios usuarios del derecho quienes van creando costumbres normativas de acuerdo a sus experiencias. Pero este Derecho Privado en el más pleno sentido de la palabra no se aplica solamente dentro del área de vigencia de los derechos locales. Como el comercio supera los límites de los feudos y de las naciones, la *lex mercatoria* se presentará como una regulación jurídica que sobrepasa los derechos locales y tiende a ser universal dentro de su época y de su especialidad. Y es así como este Derecho Consuetudinario, que nace con gran fuerza, va a reglamentar básicamente el comercio a distancia y todo lo vinculado a la navegación comercial.

Evidentemente, esta *lex mercatoria* medieval recoge elementos de reflexión de muchas fuentes: el Derecho Romano, las costumbres griegas, muy probablemente los desarrollos árabes en materia de regulación del comercio. La creación *ex nihilo* sólo corresponde a Dios. Pero también es cierto que no por el hecho de que el Palazzo Farnesio esté construido con mármoles extraídos del Foro romano, debemos considerarlo como una muestra de la arquitectura latina. Es, sin duda, el producto de una arquitectura nueva, una arquitectura renacentista, a pesar de que los materiales fueron tomados de construcciones anteriores que respondían a otra concepción arquitectónica.

El proceso de creación de este nuevo orden jurídico que llamamos *lex mercatoria* está impulsado por un gran sentido de realidad y es

muy consciente de los problemas con los que se encuentra el comerciante. Pero también tiene una gran imaginación para ir inventando constantemente soluciones razonables y novedosas para esos problemas. Es así como no se limita a regular el contrato comercial básico que es la compra venta, sino que también desarrolla innovaciones en otros campos conexos, como las reglas sobre el transporte de bienes, el seguro y hasta el financiamiento de las mercaderías.⁽³⁾ Y es así como el derecho se pone al servicio de la expansión comercial, siendo un producto de ella pero también su causa; porque esa modernidad y esa expansión comercial hubieran sido inimaginables sin la creación de la letra de cambio, el pagaré y la sociedad de responsabilidad limitada, que fueron resultado de la reflexión jurídica que se dio dentro del contexto de la *lex mercatoria*.⁽⁴⁾

III. LA MODERNIDAD

Sin embargo, a medida que avanzan los procesos históricos emergentes, tanto el pensamiento como la organización política cambian. Frente a la homogeneidad que existía en la Edad Media bajo la forma de Cristiandad, surge con el protestantismo la división de Europa en naciones con religiones diferentes, algunas de las cuales reconocen la autoridad moral del Papa y otras no. Por consiguiente, el lenguaje de las relaciones internacionales se desplaza del plano teológico al plano político y así nace el Derecho Internacional, es decir, el derecho que regula la relación entre Estados.

Por otra parte, la necesidad de ampliar los mercados locales superando los estrechos marcos del feudo o de la parroquia, suponía crear unidades de medida homogéneas, rutas y otras necesidades del comercio a escala ya no local sino nacional. Y tal unificación sólo podía hacerla un Estado central. Es verdad que con las nociones individualistas y liberales que en cierta forma aportó el comercio, ese

(3) BERMAN, Harold J., *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, Cambridge, USA, 1983, p. 334.

(4) BERMAN, Harold J., *op. cit.*, p. 336.

Estado terminará democratizándose; pero, aun así, las transformaciones reforzaron su papel central y su monopolio en la producción y aplicación del derecho.

En adelante, dentro de un mundo formado ya no por comunidades pequeñas tenuemente orquestadas hasta constituir un tejido de autonomías,⁽⁵⁾ sino por Estados-Naciones, sólo existirá: (a) el Derecho Privado constituido por ley, que regula las relaciones entre los particulares pero que es creado e impuesto por el Estado; (b) el Derecho Público que determina la organización del propio Estado; y (c) el Derecho Internacional que es la forma como los Estados, en tanto que tales, se relacionan unos con otros. En otras palabras, todo el derecho –incluso el Privado– ha sido puesto en las manos del Estado. La costumbre es proscrita como fuente normativa o, a lo sumo, se la reconoce como fuente subsidiaria en aquello que no se oponga al derecho positivo y sólo en los casos permitidos por la ley.

A partir de ese momento surge una relación antinómica entre el Estado y el mundo del comercio. De un lado, éste último necesita del Estado para crear las condiciones de generalidad y seguridad del movimiento comercial. Pero, de otro lado, el Estado adquiere un protagonismo que tiende a someter y anular la libertad e independencia de los comerciantes. Aún más, la ley positiva tiene un alcance nacional; pero la actividad comercial no cabe dentro de ella y supera las fronteras.

Esta es la razón por la que los comerciantes se resisten a una absorción de su autonomía y a una sustitución de sus costumbres por la ley positiva creada al margen de ellos. En este sentido, los llamados Tribunales del Consulado constituidos por los comerciantes en las ciudades italianas medievales para resolver sus controversias de acuerdo a la *lex mercatoria*, se prolongan hasta muy entrada la Época Moderna. Si bien es verdad que su existencia posterior está fundada en el Estado y la ley positiva que les otorga vigencia, conservan todavía

(5) GROSSI, Paolo, «Un derecho sin Estado. La noción de autonomía como fundamento de la constitución jurídica medieval», en *Derecho, sociedad, Estado. (Una recuperación para el Derecho)*, ed. cit., p. 32.

suficiente autonomía como para que sus miembros sean comerciantes y la ley aplicable continúe siendo en buena parte la costumbre mercantil.

En el Perú virreinal encontramos el Real Tribunal del Consulado que fue establecido por Real Cédula expedida por Felipe II el 29 de diciembre de 1593, pero que empezó a funcionar recién en 1613, el cual es definido como «Tribunal de Prior y Cónsules, diputado para el conocimiento de las Causas de los Mercaderes, tocantes a su mercancía, según una ley recopilada».⁽⁶⁾ Como puede verse, la autoridad de este tribunal le es otorgada por la Corona; sin embargo, se rige por la *lex mercatoria* (una ley recopilada) y sus miembros son elegidos por los mercaderes.⁽⁷⁾ Es verdad que, estando el comercio exterior peruano limitado a la relación con España, este Tribunal mantiene su carácter mercantil pero pierde, por la fuerza de los hechos, su alcance supranacional. En realidad, es un híbrido que conserva una cierta autonomía de los mercaderes pero sólo por delegación del Estado, como no podía ser de otra forma dentro de un Estado moderno.

Estos tribunales propios de los comerciantes tarde o temprano son barridos por la Modernidad que proclama una sola autoridad estatal, un Derecho igual para todos los ciudadanos y un Poder Judicial como rama del Estado que detenta la hegemonía de la administración de justicia. En el Perú, el Tribunal del Consulado se mantiene hasta 1886. Pero desde entonces los litigios comerciales son vistos por el Poder Judicial común, de acuerdo al Código Civil, al Código de Comercio y a las demás leyes aplicables.

Hacia fines del siglo XIX y comienzos del XX, la *lex mercatoria* tendría que haber desaparecido, los tribunales del consulado desactivados y el mundo tenía que ser organizado desde la perspectiva del Estado: de un lado, el Estado central como responsable del

(6) DE HEVIA BOLAÑOS, Juan, «*Curia Philipica*», en *Oficina de Pedro Marín*, Madrid, 1771, Libro II, Cap. XV, 1, p. 439.

(7) *Op. cit.* Libro II, Cap. XV, 4.

mercado interno y de la organización social de todo aquello que quede inmerso dentro de su territorio; y, de otro lado, la relación entre Estados como responsables del mercado externo y de la paz mundial. Si todavía quedaran algunas costumbres comerciales reacias a desaparecer, éstas no tenían el apoyo del Estado y, por tanto, eran poco menos que clandestinas y no contaban con posibilidades legales de ejecución forzosa.

Es así como la modernidad política asumió un desarrollo relativamente independiente de la modernidad económica, quizá con un punto de vista más ideológico y fundamentalista;⁽⁸⁾ y dentro de esa línea, sacrificó la solución pragmática de la *lex mercatoria* en aras de la noción de soberanía de los Estados y de la seguridad contractual que otorgaba la claridad en cuanto a la norma aplicable, particularmente luego de la adopción de los códigos nacionales y de una perspectiva en mayor o menor grado positivista respecto del derecho.

IV. LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN

Pero este amor-odio entre el mundo de los negocios y el mundo político se hace mucho más complicado a medida que avanza el siglo XX.

Aparecen un gran número de compañías que no operan localmente, sino para clientes de otros países. Y surge así ese mundo cuyos protagonistas son las grandes empresas transnacionales, difícilmente sometibles a un solo ordenamiento jurídico porque realizan actividades en múltiples Estados.

Así, la situación antinómica se agrava considerablemente con la aparición de ese fenómeno insólito –resultante de un desarrollo tecnológico extraordinario en el campo de las comunicaciones y del transporte– que es llamado «globalización».

(8) GROSSI, Paolo, «Las diversas vidas del jacobinismo jurídico (o bien: La Carta de Niza, el proyecto de «Constitución Europea»), y las insatisfacciones de un historiador del Derecho», en GROSSI, Paolo, *Derecho, sociedad, Estado. (Una recuperación para el Derecho)*, ed. cit., p. 127, et passim.

Los comerciantes se encuentran esta vez frente al mundo: tienen que conquistar mercados ahí donde se encuentren o desaparecer. Exportar es la estrategia clave de la economía contemporánea. Para ello los comerciantes requieren de inventiva, de agilidad de movimiento, deben arriesgar grandes capitales y lograr seguridades para sus negocios e inversiones en tierras foráneas. Pero, al mismo tiempo, su conducta comercial está entorpecida por un gran número de compartimentos estancos llamados Estados que sólo permiten dentro de sus respectivos territorios lo que ellos mismos deciden y que establecen, al margen del mundo comercial, acuerdos con los otros Estados que constituyen leyes internacionales positivas.

Paulo Grossi nos dice que la globalización es «un tiempo histórico que se caracteriza por una primacía de la dimensión económica como resultado indiscutible del capitalismo maduro».⁽⁹⁾ Dice también, es «una primacía que da a las fuerzas económicas una virulencia nunca experimentada hasta ahora»; y agrega que este dinamismo tiene «una insuprimible tendencia expansiva»⁽¹⁰⁾ y que «El mercado aparece, como nunca, intolerante a las limitaciones espaciales»:⁽¹¹⁾ se trata de una actividad económica que, con el auxilio de la tele-informática, se ejerce dentro de «un espacio virtual, en el cual es extraña, adversa y antinatural, una demarcación territorial».⁽¹²⁾

El espacio homogéneo –condición de la moderna vida comercial– queda ampliado y al mismo tiempo restringido con el derecho de la modernidad, vale decir, con el derecho que surge con motivo de los grandes cambios políticos y sociales derivados del pensamiento liberal y de la Revolución Francesa; ese espacio alcanza ahora a la nación entera pero todavía es menor que el mundo. Y así los comerciantes, cuya actividad anuncia la Postmodernidad (o la «moderni-

(9) GROSSI, Paolo, «Globalización, derecho, ciencia jurídica», en GROSSI, Paolo, *Derecho, sociedad, Estado. (Una recuperación para el Derecho)*, ed. cit., p. 155.

(10) *Loc. cit.*

(11) GROSSI, Paolo, *op. cit.*, pp. 155-156.

(12) GROSSI, Paolo, *op. cit.*, p. 156.

dad madura», si se prefiere), se ven obligados a sobrepasar el Derecho Moderno de carácter estatal, a fin de buscar -a través de un derecho propio, con pretensión globalizante, especializado y con un fuerte ingrediente consuetudinario- aquella homologación de relaciones jurídicas más allá de las fronteras estatales que el Derecho Moderno no les brinda.

V. LAS MOTIVACIONES DEL NUEVO DERECHO COMERCIAL TRANSNACIONAL

Las nuevas fuerzas económicas pretenden liberarse de eso que Grossi ha llamado «un orden jurídico enjaulado»⁽¹³⁾ por el nacionalismo; y para ello quieren sacudirse de las cortes nacionales para recurrir a tribunales arbitrales internacionales, así como perforar la soberanía de los Estados estableciendo normas, jurisprudencia y doctrina de carácter netamente internacional.

1. El extranjero como parte débil

Notemos, en primer lugar, que este derecho surge como respuesta a necesidades similares –aunque dentro de un contexto radicalmente diferente- a las que dieron origen a la *lex mercatoria* medieval.

Es así como comprobamos que ese antiguo derecho mercantil se propone en el siglo XII proteger al comerciante extranjero frente a la ley local y al abuso de las autoridades del lugar.

La forma usual como operaba el comercio exterior de la Edad Media era que los comerciantes viajaran de localidad en localidad, cargados con todos sus productos, y permanecían por unos días en cada pueblo o ciudad, instalando lo que se denominaba una «feria». Estas ferias eran un acontecimiento importante en la vida del pueblo porque llegaban productos extraños desde lugares lejanos traídos por personas que contaban historias exóticas de lo que habían visto en sus viajes. Por este motivo, el Real de la Feria no era un simple merca-

(13) GROSSI, Paulo, *op. cit.*, p. 158.

do, sino un lugar de atracción donde la gente acudía a comprar pero también a aprender y hasta a divertirse. El término mismo de «feria» conlleva algo de esos elementos no comerciales, por cuanto en latín significa día en que no se trabaja y en el cual se realizan fiestas. Por tanto, los comerciantes foráneos, sus productos e historias eran el centro de interés en los días de la feria.

Pero ese mismo protagonismo del comerciante creaba una cierta envidia en su entorno y alimentaba la codicia de alguno. Por consiguiente, podía suceder muy fácilmente que hubiera quienes quisieran estafarlo, amedrentarlo o encontrar cualquier pretexto para no pagarle los bienes adquiridos. Y en estos casos, era probable que la autoridad local se pusiera del lado del agresor que era habitante del pueblo y le diera la razón contra el comerciante forastero. Por otra parte, incluso la propia autoridad local podía verse tentada de esquilmar al extranjero exigiéndole impuestos o multas injustificadas.

En consecuencia, el comerciante extranjero se sentía en inferioridad de condiciones y necesitaba unas reglas de derecho que pudieran ser aplicadas y garantizadas por el propio gremio antes que por la autoridad local.

Notemos cómo el nuevo Derecho Internacional de la globalización considera también que el comerciante extranjero y particularmente el inversionista que viene a arriesgar sus capitales en un país que no es el suyo, se encuentra en una cierta relación de inferioridad y puede ser objeto de abusos similares –aunque en mayor escala– a los que tenían los comerciantes medievales.

Es así como el profesor Thomas Wälde, de la Universidad de Dundee, Escocia, hace una distinción interesante dentro del moderno Derecho del Arbitraje entre los arbitrajes comerciales y los de inversión. Los primeros, dice, «suponen partes más o menos iguales que llevan a cabo complicadas transacciones comerciales internacionales. El arbitraje en materia de inversiones difiere fundamentalmente del arbitraje comercial internacional: rige la situación de un inversionista extranjero expuesto a la soberanía y a las potestades gubernamentales de un Estado en materia reglamentaria, administrativa y de otro género. Con frecuencia, si es que no en la mayoría de los casos,

el inversionista se encuentra en una situación de debilidad estructural, exacerbada por la experiencia (en especial cuando se trata de inversionistas más pequeños, empresariales)». ⁽¹⁴⁾

2. La homogenización del trato legal

Un segundo tema se encuentra motivado por el hecho de que al comerciante medieval no le era fácil realizar sus actividades dentro de una maraña de leyes que cambiaban de pueblo en pueblo y que eran muchas veces poco prácticas. Hasta las unidades de medida, en lo que se refiere a la dimensión de los textiles o de peso en cuanto a los granos y las especies o de volumen respecto de los perfumes y otras mercancías líquidas, variaba de pueblo en pueblo. Por eso el comerciante necesitaba construir un cuerpo normativo que fuera válido entre los comerciantes de cualquier parte y que estuviera basado en la efectividad antes que en valores abstractos, quizá muy respetables, pero que alejaban la discusión de los aspectos operativos concretos.

Es así como, por ejemplo, al Tribunal del Consulado del Virreinato se le tenía mandado que no admitiera peticiones de abogados que dilaten el proceso, ya que éste debe ser resuelto en forma «breve, sumariamente, sin dilaciones». ⁽¹⁵⁾ Y a continuación se subraya que se entiende por «breve y sumariamente» que hay que «abreviar la causa con toda brevedad [*sic*], sin dilación, ni observancia de las solemnidades que por derecho positivo se requieren en la causa ordinaria», ⁽¹⁶⁾ dando predominio a la buena fe. Y agrega que: «Síguese asimismo de lo dicho que en las demandas que se pusieren en el Consulado no es necesaria forma ni solemnidades de libelo, sino que basta cualquiera simple petición», ⁽¹⁷⁾ los términos deben

⁽¹⁴⁾ WÄLDE, Thomas, Opinión independiente de 26 de enero de 2006, en el arbitraje realizado conforme al Capítulo XI del TLCAN y a las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI: *International Thunderbird Gaming v. los Estados Unidos Mexicanos*. Párrafo 12.

⁽¹⁵⁾ DE HEVIA BOLAÑOS, Juan, «*Curia Philippica*», en *Oficina de Pedro Marín*, Madrid, 1771, Libro II, Cap. XV, 36, p. 445.

⁽¹⁶⁾ *Op. cit.*, Libro II, Cap. 25, 37, p. 445.

⁽¹⁷⁾ *Op. cit.*, Libro II, Cap. 25, 39, p. 446.

ser breves⁽¹⁸⁾ y no se admiten excepciones de carácter procesal «por ser sutilezas del Derecho».⁽¹⁹⁾

Cualquiera que lee hoy en día estas recomendaciones y reglamentaciones del siglo XVIII no puede menos que pensar que todo ello es lo que se estila actualmente en los arbitrajes comerciales u que diferencian los procesos arbitrales de los judiciales.

Por consiguiente, estas mismas preocupaciones aparecen en el derecho contemporáneo de los negocios internacionales, donde la empresa con actividades transnacionales debe operar en diferentes países con leyes distintas y donde muchas veces el formalismo legal aleja también la solución adecuada –vale decir, efectiva– del razonamiento judicial común. Es por ello que, a través de sus diferentes fuentes e instancias, ese Derecho Internacional busca uniformizar criterios más allá de las fronteras y de los códigos nacionales, encontrar principios aplicables incluso sobre los derechos nacionales y tribunales arbitrales que se encuentren al margen de toda influencia estatal.

VI. LAS FUENTES DEL NUEVO DERECHO TRANSNACIONAL

No cabe duda de que muchas de las fuentes de ese derecho que se aplica en las relaciones comerciales internacionales son de origen nacional.

Una de las primeras respuestas frente a los problemas que nacían con la internacionalización de las relaciones jurídicas privadas fue el desarrollo de un Derecho Internacional Privado que pretendía establecer normas que determinaran en cada caso cuál derecho nacional era aplicable si la situación implicaba la confluencia de varios derechos nacionales, teniendo en cuenta que no existe una estructura jerárquicamente superior que pueda establecer las reglas y dirimir las contiendas sobre ley aplicable.

(18) *Op. cit.*, Libro II, Cap. 25, 40, p. 447.

(19) *Op. cit.*, Libro II, Cap. 25, 41, p. 447.

Claro está que el problema complicado en este método de determinación de la ley del caso es que esas normas llamadas de Derecho Internacional Privado son también ley nacional y, por consiguiente, van a tener un contenido diferente o cuando menos sus principios serán interpretados en forma distinta, según la jurisdicción nacional ante quien se plantee el caso.

Con el avance de la contratación comercial y de la inversión transnacional, se hizo usual que los contratos internacionales contengan una cláusula sobre ley aplicable. Esta ley es la de un país determinado, pero no necesariamente la ley nacional de alguna de las partes. De esta manera, en algunos casos y muy particularmente en los contratos entre empresas privadas, sin intervención del Estado, se busca la aplicación de una ley de un tercer país a fin de evitar que alguna de las partes pueda sentirse en inferioridad de condiciones en caso de que surja una controversia. Usualmente se procura determinar una ley nacional que sea particularmente competente en el área de la relación entre las partes. Es así como muchas veces las partes escogen la ley inglesa si se trata de seguros o las leyes del Estado de New York cuando se trata de relaciones comerciales.

En realidad, esta manera de transnacionalizar contractualmente la ley aplicable es muy interesante, pero no siempre soluciona adecuadamente el problema. Si la controversia es entre dos grandes compañías transnacionales, indudablemente que ambas se encuentran en aptitud de contratar los abogados más capaces en relación a la ley escogida. Sin embargo, esta solución puede representar una desventaja considerable para la parte constituida por una pequeña o mediana empresa de un país en desarrollo que tiene que litigar contra una gran compañía transnacional a un costo enorme en un país que no es el suyo.

Paralelamente a estos esfuerzos privados por regular las relaciones comerciales internacionales, los Estados a su vez han suscrito tratados con el objeto de facilitar el comercio uniformando las reglas aplicables. Es así como existen tanto tratados multilaterales como bilaterales que se aplican a las relaciones comerciales y a la solución de conflictos transnacionales.

Entre los primeros encontramos, *exempli gratia*, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional o la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos para la Venta Internacional de Mercancías (CISG). Es muy interesante observar que, entre los países que forman zonas de libre comercio, se tiende a establecer leyes uniformes respecto de ciertos aspectos básicos de la relación comercial. Quizá la región que más ha avanzado en este campo es la europea, donde existe una sola Ley de Sociedades Mercantiles para toda la Unión Europea, normas comunes sobre libre competencia y una Corte Europea encargada de solucionar los conflictos entre individuos y Estados desde una perspectiva comunitaria, cuando la ley de la Unión Europea es aplicable.

Entre los tratados bilaterales que establecen reglas comunes para las relaciones de empresas de dos países cabe destacar los tratados de libre comercio que usualmente señalan ciertas reglas comunes, los principios aplicables a las relaciones transnacionales de comerciantes e inversionistas de los dos países y posiblemente también establecen una jurisdicción arbitral. En este sentido, el llamado NAFTA entre Estados Unidos, Canadá y México es muy representativo.

Una consideración especial es necesaria para las normas que regulan la inversión extranjera por cuanto, como hemos señalado antes, el espíritu y condiciones de aplicación de éstas no es necesariamente similar al de las operaciones meramente comerciales.

Una peculiaridad de las relaciones de inversión es que generalmente involucran al Estado del país que recibe la inversión. En unos casos, ello se da a través de Convenios de Estabilidad Jurídica (LSA, según sus siglas en inglés) que celebra el Estado receptor con el inversionista extranjero, otorgándole garantías que lo protejan de un cambio arbitrario de las condiciones legales dentro de las que se produce la inversión. Sin embargo, en la actualidad se ha desarrollado una nueva modalidad de protección en la que, en vez de establecer un convenio directamente entre el inversionista privado y el Estado receptor, se celebra un tratado internacional entre el Estado receptor y otro Estado cuyos inversionistas nacionales tienen interés en invertir en el Estado receptor. Estos acuerdos entre Estados denomi-

nados Tratados Bilaterales de Inversión (BIT, según sus siglas en inglés) han proliferado en los últimos años formando un tejido normativo muy extendido de protecciones a la inversión transnacional sobre una base bilateral. Es interesante destacar que en el siglo XII, también las Ciudades-Estado de Italia celebraban tratados bilaterales garantizándose recíprocamente que sus ciudadanos serían tratados en igualdad de condiciones en una u otra ciudad, que podrían ejercer libremente el comercio o la industria, que tendrían el mismo acceso que los locales a jueces y cortes y, en muchos casos, establecían Tribunales de comerciantes en los que debía resolverse con rapidez y de conformidad con la costumbre mercantil los conflictos que pudieran surgir, sin perderse en las sutilezas de la ley; y si no hubiera una costumbre aplicable, se aplicaría la buena consciencia.⁽²⁰⁾

Siempre en materia vinculada a la inversión, se han creado, mediante tratados entre Estados, ciertos organismos internacionales con el objeto de resolver los conflictos en materia de inversión extranjera que puedan darse entre un inversionista extranjero y un Estado. Este es el caso del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) del Banco Mundial.

VII. UN NUEVO DERECHO TRANSNACIONAL CONSUETUDINARIO

1. La costumbre como parte integrante de Derecho Internacional obligatorio

El fenómeno más interesante que nos encontramos en esta materia es que, detrás de ese conjunto de normas de Derecho Internacional Privado, de estipulaciones contractuales, de tratados multilaterales y bilaterales, está surgiendo un nuevo Derecho –podemos llamarlo Internacional de los Negocios o Transnacional– de carácter consuetudinario que empieza a ser reconocido por las instancias internacionales.

⁽²⁰⁾ BERMAN, Harold J., *op. cit.*, pp. 343-344.

Así, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece que: «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.»⁽²¹⁾

Como se puede ver, esta definición incorpora definitivamente la costumbre internacional admitiéndola como parte del Derecho Internacional. Ahora bien, aun cuando dicho Estatuto limita el calificativo de «costumbre» a la práctica de los Estados generalmente aceptada como derecho por la *opinio iuris*, incluye también como fuentes a los principios generales de derecho, así como a las decisiones judiciales y a la doctrina. Sin embargo –y aun cuando este punto pudiera ser materia de discusión–, dado que éstas últimas no son tampoco convenciones internacionales, su acogimiento puede ser justificado asimilándolas a una suerte de costumbre jurídica internacional en sentido amplio. La alusión a las naciones civilizadas –basada en una distinción objetable– como elemento que califica los principios generales que deben considerarse válidos, parece reconocer que se trata de principios que son culturalmente aceptables en las naciones occidentales y que, por tanto, su fuerza radica en esta aceptación común; pero este criterio es precisamente la base de la costumbre.

Esta misma definición amplia de Derecho Internacional ha sido acogida por el artículo 42 de la Convención CIADI, la que establece que los arbitrajes se regirán por la ley pactada por las partes. Si no existe tal pacto, se regirán por la ley del Estado involucrado incluyendo sus normas de Derecho Internacional Privado, y «aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables». Tanto la ju-

(21) *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*, artículo 38 (1).

risprudencia como la doctrina ha discutido cuáles son estas normas de Derecho Internacional que pudieran ser aplicables y si lo son incluso contra las normas del derecho nacional del Estado que es una de las partes de la controversia.

En lo que se refiere a qué se entiende por Derecho Internacional, el CIADI ha acogido sin lugar a dudas la definición de la Corte Internacional de Justicia, como expresamente lo señala el informe de la comisión conformada por sus directores ejecutivo.⁽²²⁾ Por consiguiente, no cabe duda de que la costumbre entendida en su sentido restringido, como también la costumbre en su sentido amplio –que incluye los principios generales del derecho así como la jurisprudencia y la doctrina, en tanto que son reconocidos por los tribunales internacionales-, son aplicables adicionalmente a la ley del Estado involucrado cuando las partes no han pactado la ley aplicable. Y es así como, aunque las decisiones arbitrales anteriores no constituyen precedente obligatorio, los tribunales arbitrales CIADI las utilizan frecuentemente en casos posteriores.⁽²³⁾ De la misma forma, dichos tribunales utilizan las publicaciones académicas.⁽²⁴⁾ Y todo ello forma parte del Derecho Internacional aplicable en los tribunales CIADI porque refleja el Derecho Consuetudinario Internacional.⁽²⁵⁾

Sin embargo, la jurisprudencia y doctrina han ido todavía más lejos: los tribunales CIADI y los tratadistas han considerado que el Derecho Internacional no sólo se aplica cuando no hay pacto expreso entre las partes, sino que también interviene aun cuando las partes hayan pactado someterse a una determinada ley nacional.⁽²⁶⁾

(22) *Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados*. Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento. 18 de marzo de 1965.

(23) SCHREUER, Christoph H., *The ICSID Convention: A Commentary. A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. Cambridge University Press. par. 110, pp. 616 - 617.

(24) SCHREUER, Christoph H., *op. cit.*, Par. 118, p. 617.

(25) SCHREUER, Christoph H., *op. cit.*, Par. 123, p. 618.

(26) *Cfr.* el caso llamado del Oasis de la Pirámide: SPP v. Egipto. Laudo de 20 mayo 1992, 3 ICSID Reports, 189.

Es así como el Derecho Internacional, entendido de una forma no positivista, sino más bien en su producción consuetudinaria, pasa a constituir un *standard* mínimo de protección al extranjero y a sus propiedades, que no puede ser obviado en ningún caso. Guido Tawil lo dice de una manera muy tajante: «deben preservarse ciertos *standards* internacionales mínimos, aun en ausencia de una referencia al Derecho Internacional en una cláusula de opción de ley aplicable. Las normas mandatorias del Derecho Internacional que proveen un *standard* internacional mínimo de protección al extranjero, existen independientemente de cualquier elección de ley. Su naturaleza obligatoria no está abierta a la voluntad de las partes. El contrato o convenio permanece sujeto al sistema jurídico doméstico escogido por las partes. Sin embargo, esta elección es verificada por un cierto número de reglas internacionales mandatarias...».⁽²⁷⁾

Por su parte, Christoph Schreuer advierte que si el pacto de ley municipal aplicable excluyera la aplicación del Derecho Internacional, «Esto significaría que un inversionista extranjero, simplemente por el hecho de pactar una ley aplicable, estaría renunciando a los mínimos *standards* de protección a los extranjeros y a sus propiedades desarrollados en el Derecho Internacional Consuetudinario».

2. La flexibilidad de un orden jurídico consuetudinario

Es interesante notar que dado que estamos ante el surgimiento de un derecho no estatal –es decir, que no es la consecuencia del *imperium* de un Estado ni tampoco es necesariamente un acuerdo entre Estados–, los productores de este nuevo derecho son muy variados.

En realidad, los generadores de las prescripciones de este Derecho Internacional Consuetudinario no son legisladores (cuya existencia es sólo posible tomando como referencia un Estado con su potestad de dar leyes), sino que sus autores resultan ser los propios

⁽²⁷⁾ TAWIL, Guido Santiago, «Applicable Law», en *Dispute Settlement. Module 2.6. International Centre for Settlement of Investment Disputes. United Nations Conference on Trade and Development. United Nations*, 2003, p. 10.

usuarios de este orden jurídico *sui generis*: redactores de contratos cuyos textos se van haciendo generalmente aceptados; instituciones financieras que van desarrollando instrumentos de pago o de crédito aceptables por los operadores de diferentes países, independientemente del derecho municipal; sentencias expedidas por tribunales constituidos directamente por los gremios que operan en el área comercial cuyo contenido es asimilado como precedente para los casos futuros.

Este nuevo derecho tiene un fuerte ingrediente técnico que proviene del mundo de los negocios y que, por tanto, ello permite una participación muy importante de quienes conocen y utilizan esas técnicas. Es así como podemos ver acuerdos internacionales ajenos a los Estados que surgen dentro del medio mercantil, como los INCOTERMS o los Usos y Reglas Uniformes relativos a los Créditos Documentarios, ambos desarrollados por la Cámara de Comercio Internacional de París.

Pero también el carácter no legislativo –no político– de este derecho permite una revaloración del jurista y de su papel social.

En realidad, los juristas habían sido oprobiosamente postergados por el Estado moderno debido a que no se les permitía tener participación en la creación del derecho: sólo el Estado es creador porque sólo el Estado tiene el poder político para hacerlo y sólo el Estado tiene el poder coercitivo para obligar que se cumpla lo que él manda.

En esta forma, la ley no era ya creada necesariamente por juristas, sino por políticos en el Congreso, sean éstos juristas o no; ya la condición de ser jurista no era relevante para producir normas obligatorias.

Por su parte, los jueces tenían por función ser simplemente los megáfonos de la ley; debían encargarse únicamente de «decir» el derecho frente a un caso concreto, esto es, de aplicar el mandato del Estado *ad pedem litteram*, evitando toda interpretación. Interpretar era considerado una suerte de mal inevitable dada la flaqueza intelectual de algunos legisladores que no dejaban las cosas claras. Y por eso se esgrimía agresivamente ese brocardo aberrante que dice *in claris non*

fit interpretatio. ¿Cómo se puede hablar de claridad en derecho cuando dos litigantes de buena fe entienden la aplicación a su caso de la misma norma legal en sentido exactamente contrario?

Y los juristas académicos, los tratadistas, quedaban relegados a practicar solamente la exégesis, es decir, a extraer el significado intrínseco de la ley políticamente impuesta sin permitirse interpretación alguna, a poner de relieve lo que la norma ya dice sin atreverse a tocar en lo menor el texto sagrado aprobado por los nuevos sacerdotes del derecho que eran ahora los políticos.

Sin embargo, hoy aparece en las relaciones transnacionales un nuevo derecho, más a tono con la globalización, que precisamente cuestiona toda la arquitectura política del Derecho Moderno, desvinculando la noción de orden jurídico del poder político.

Ya no son los Estados quienes crean la ley internacional, sino la actividad efervescente de los propios actores privados. Es la actividad económica que asume la responsabilidad de regularse a sí misma bajo la guía de los abogados. Porque no cabe duda de que los juristas tienen un papel preponderante en este proceso de rejuvenecimiento del derecho, ya sea actuando como árbitros, como abogados ante tribunales arbitrales o como académicos que analizan, expanden, afinan y hacen concordar la producción jurídica no estatal.

3. El problema de la coerción

Una pregunta importante es: ¿qué fuerza coercitiva pueden tener estas normas heterodoxas, que no se apoyan en una organización estatal?

La idea central es que nos conviene vivir en un mundo donde en general las cosas funcionan, las promesas se cumplen y se vive dentro de un orden.

No estoy presuponiendo aquí una civilización «buena», en la que el hombre actúa en razón de ciertos valores quizá hasta religiosos que habrían sido internalizados en la mayor parte de los seres humanos. ¡Nada de eso!

Me refiero a una civilización «mala» –dicho en categorías moralizantes; quizá es más neutro llamarla realista– donde los hombres actúan en función de sus intereses personales, pero al mismo tiempo constituyen una civilización «racional», en la que los individuos tienen consciencia de que el desorden y la obtención brutal del interés privado, aunque parezca convenir a los más fuertes, termina reduciendo el provecho de todos y cada uno. De esta manera, la sociedad más libre – más desordenada, para decirlo de manera propia- en la que cada individuo busca irracionalmente su propio interés, es también la sociedad en la que cada hombre obtiene menos provecho, es decir, logra menos de lo que quiere; por tanto, es aquella en la que el hombre es menos libre.

Por ese motivo, el hombre racional toma consciencia de que el orden es requerido en función de su propio interés: no de un ideal altruista o moralista, no en nombre de una solidaridad humana (que siempre es deseable por otras razones), sino como un instrumento de la libertad individual y del interés propio, instrumento exigido no por el sentimiento sino por la razón que nos enseña a maximizar, a través del orden, nuestro propio provecho individual.

Esto lo explicó muy bien Hobbes hace casi doscientos años. Pero fue muy mal entendido. Tanto los moralistas como los cínicos distorsionaron sus ideas y las llevaron sea al totalitarismo, sea a una apología del egoísmo inaceptable moralmente, pero además –como el propio Hobbes lo demuestra- absolutamente irracional, contradictoria en sí misma y conducente a una anarquía suicida. Simplemente, no entendieron las virtudes del realismo hobbesiano. Según Hobbes, el hombre natural –es decir, quien todavía no ha sido organizado por el derecho- actúa en función de sus apetitos que lo atraen hacia ciertos bienes y circunstancias y sobre la base de sus aversiones que lo alejan de otros. El apetito fundamental es el deseo de obtener cada vez más poder, es decir, más capacidad de acción. De ellos sus detractores concluyen que el hombre sería, según Hobbes, un egoísta supremo. Pero sucede que el mismo Hobbes indica que si el hombre no tuviera otra facultad natural adicional que es la razón –que se encarga de crear un orden y de liberar a la humanidad de Leviatán,

es decir, del caos- cualquier interés individual sería destruido debido al desorden del estado natural. Por consiguiente, no puede entenderse el apetito de poder sin contar paralelamente con esa facultad terapéutica que sería la razón.

Por consiguiente, el mundo hobbesiano no está poblado de monstruos egoístas que persiguen ciegamente su interés aplastando a quien se encuentre en su camino, sino de seres racionales que tienen ciertos objetivos individuales y que comprenden que para lograrlos deben organizarse en un orden. Sin ese orden, decía Hobbes, la libertad (el apetito de poder) se encuentra perjudicada porque al tratar todos a la vez de conseguir la mismas cosas terminan simplemente peleando al más bajo nivel y, lejos de aumentar sus posibilidades de elección, éstas disminuyen. Si dejamos actuar a la libertad sin ningún tipo de regulación «no habrá propiedad, no habrá dominio, no habrá distinción entre lo tuyo y lo mío».⁽²⁸⁾ Y en tal condición, agrega «no hay lugar para la industria porque no se tiene seguridad sobre el fruto del trabajo; y, consecuentemente, no hay cultura [...]; no hay conocimiento sobre la faz de la tierra; no hay una toma de consciencia del tiempo; no hay artes; no hay letras; y, lo que es peor de todo, hay solamente miedo permanente y peligro de muerte violenta; y la vida del hombre es solitaria, pobre, sucia, brutal y corta».⁽²⁹⁾

Paradójicamente entonces, según Hobbes, la regulación y el orden no recortan la libertad y la capacidad sino más bien la liberan de trabas y la posibilitan a niveles superiores de la acción humana.

Es de esta manera que la auto-regulación y el orden social pueden ser entendidos como manifestaciones inteligentes de la libertad. La coerción estatal es un elemento todavía fundamental –¡no cabe duda!– para todo orden jurídico. Pero también es cierto que paralelamente se organiza un orden jurídico no estatal, con alcances transnacionales, que trae una fuerza propia. Esta fuerza independiente

(28) HOBBS, *Leviathan*, Parte primera, Cap. XIII, párrafo 13.

(29) HOBBS, *Leviathan*, Parte primera, Cap. XIII, párrafo 9.

tiene su base tanto en la racionalidad de la acción humana como también en el costo político y económico que representa el desprestigio de un Estado que no cumple con los principios, convicciones comunes y compromisos que forman parte de la vida económica moderna.

4. Los grandes principios del Derecho Internacional Consuetudinario de los Negocios

Este nuevo Derecho Internacional (o Transnacional) ha ido desarrollando una serie de temas específicos, como puede apreciarse en la jurisprudencia del CIADI y en la jurisprudencia de la Cámara de Comercio Internacional de París.

Sin embargo, más allá de los aspectos puntuales, ambos organismos internacionales dan cuenta de ciertas bases o principios que serían comunes a toda controversia transnacional.

La idea de que el derecho contiene, ante todo, ciertos principios organizadores que permiten sugerir las grandes vías por donde deben encontrarse las soluciones de cada caso concreto, es probablemente una conquista del Derecho Romano, en tanto que primer sistema jurídico que, sin perjuicio de su carácter práctico, intenta encontrar ciertos principios que respalden su casuística.

Es conocida la frase de Paulo, quien afirma que *non ex regula ius summatur sed ex iure quod est regula fiat*.⁽³⁰⁾ Esto es, el orden jurídico no es una mera sumatoria de reglas imperativas (*regula summatur*), sino que surge del derecho (*ex iure*) que es lo que legitima y da nacimiento a las normas. De esta forma, los principios generales que conforman el derecho dan nacimiento y justifican el cuerpo normativo; no al revés.

Es indudable, sin embargo, que muchas veces las reglas creadas por la autoridad política a su arbitrio no toman en cuenta los principios del derecho. Pero entonces corresponde a la comunidad jurídica

⁽³⁰⁾ PAULUS, *Digesto*, 50, 17, 1.

ca estudiar sus posibles puntos de conexión con tales principios e interpretarlas de manera que no colisionen esos elementos constructivos básicos sino que, por el contrario, contribuyan a reforzarlos a fin de conservar la sistematicidad del orden normativo que constituye la base de lo que denominamos derecho desde la época romana. Dar leyes es quizá (no estoy tan seguro) labor de los políticos; pero organizarlas con un sentido coherente, concordando unas con otras a la luz de los principios generales del derecho es la labor de los juristas, sean éstos ocasionalmente legisladores, sean jueces o árbitros, sean juristas académicos.

Además de este orden jurídico organizado «*top-to-bottom*»,⁽³¹⁾ para usar la expresión de H.L.A. Hart, encontramos un sistema diferente de establecer normas obligatorias que podríamos denominar «*bottom-to-top*». Este es el caso cuando la creación de la norma se da por los jueces a través de los precedentes, como en el *Common Law*. Una vez establecido un precedente, éste tiene el mismo carácter de norma que una ley en razón del principio *stare decisis*; y, por tanto, recibe el apoyo del aparato político para ponerlo en práctica. Pero aquí, una vez más, los juristas (jueces, árbitros, abogados) que deben utilizar posteriormente las reglas así creadas, en la argumentación que realizan con ellas tendrán que organizarlas lógicamente, confrontarlas con los principios generales del derecho y darles luego un sentido aceptable, procurando encontrar una concordancia entre todo ello.

Los principios generales del derecho no son, pues, figuras celestiales que brillan eternamente desde el Paraíso de los juristas. Son, más bien, construcciones históricas que responden a los valores, intereses y necesidades de una determinada cultura. Asimismo, esos principios acentúan más unos aspectos que otros según los tipos de relación jurídica a los que se aplican. De esta manera, los principios generales del Derecho Transnacional pueden incluir criterios que no están presentes en el derecho nacional.

Quizá el elemento central de los principios generales aplicables en Derecho Transnacional es el de la buena fe, el cual aparece

(31) HART, H.L.A., *The Concept of Law*, At Clarendon Press, Oxford, 1961, p. 42.

claramente establecido por la Convención de Viena sobre los tratados, donde se prescribe que un tratado debe ser interpretado en buena fe, de acuerdo al sentido ordinario de los términos, teniendo en cuenta su objeto y su propósito.

Si bien la regla citada se aplica al Derecho Internacional Público –esto es, al que rige las relaciones entre dos o más Estados a través de tratados–, no cabe duda de que esas normas promueven muchas reflexiones en otros campos de la relación transnacional y dan así lugar al nacimiento de instituciones o *standards* de carácter insoslayable para la correcta interpretación de los contratos internacionales entre partes privadas o entre un Estado y una parte privada extranjera.

Asimismo, la distinción antes indicada entre el Derecho Internacional Comercial Común y el Derecho Internacional de la Inversión crea variantes y desarrollos del principio de la buena fe que pueden ser aplicados al segundo pero no necesariamente al primero. Y ello obedece a que, mientras el Derecho Internacional Comercial coloca uno frente a otro a dos comerciantes que quieren hacer negocios y se seducen recíprocamente, en el caso del Derecho de la Inversión Extranjera es un Estado quien seduce a los particulares para que inviertan dentro de sus fronteras, ofreciéndoles toda clase de seguridades. Como dice Walde, «En el arbitraje comercial no está en juego el abuso de potestades gubernamentales, que constituye, en cambio, un aspecto medular de las normas sobre adecuada gestión previstas en los tratados de protección de inversiones. De lo que se trata es de impedir que un gobierno abuse de su papel como soberano y regulador».⁽³²⁾ Esto da lugar a que en el arbitraje internacional comercial, por ejemplo, el principio de la buena fe, se expresa a través del criterio de *caveat emptor* y exige la debida diligencia del comprador, a fin de evitar perturbaciones del mercado sobre la base de continuas reclamaciones por parte de los compradores una vez que tienen en su poder el bien adquirido. En el arbitraje transnacional de inversión,

(32) WÄLDE, Thomas, Opinión independiente de 26 de enero de 2006, en el arbitraje realizado conforme al Capítulo XI del TLCAN y a las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI: *International Thunderbird Gaming v. los Estados Unidos Mexicanos*. Párrafo 13.

ese principio de buena fe se manifiesta fundamentalmente en el respeto del Estado receptor de las promesas que realizó para atraer la inversión extranjera y se plasma en los *standards* del trato correcto y equitativo (*fair and equitable treatment*), el respeto a las expectativas legítimas (*legitimate expectations*), el rechazo a la confiscación de bienes y, muy particularmente, a la confiscación indirecta (*creeping expropriation*).

Una consecuencia fundamental de que estos conceptos constituyan principios generales del Derecho Internacional, basados en la costumbre, es que pueden ser aplicados aun cuando no hayan sido expresamente pactados en un convenio de estabilidad jurídica o en un tratado bilateral de inversiones. Tienen fuerza normativa propia. Y es también por ello que constituyen parte de un «*standard* mínimo» en las relaciones entre un Estado y un particular de otra nación en lo relativo a inversión.

Revisaré brevemente los tres *standards* fundamentales del Derecho Internacional de la Inversión, a fin de situar de manera más concreta el campo al que se refiere este ensayo.

a. El trato correcto y equitativo

Esta institución o *standard* se deriva de la buena fe y tiene una historia dentro del Derecho Internacional consuetudinario e incluso dentro de ciertos Derechos nacionales.⁽³³⁾ Pero en los últimos años ha tenido un importante desarrollo sobre todo dentro del Derecho Internacional de la Inversión

El principio prescribe un trato correcto y equitativo –la palabra del inglés «*fair*» no tiene una traducción precisa en español–, lo que implica que el inversionista reciba, a lo largo de las relaciones establecidas con el Estado receptor en el marco de su inversión, un tratamiento imparcial, honesto, sin arbitrariedad ni discriminación, pro-

⁽³³⁾ KREINDLER, Richard R., «*Fair and Equitable Treatment – A Comparative International Approach*», *Transnational Dispute Management (TDM)*, www.transnational-dispute-management.com, junio 2006, p. 1.

porcionado a lo pactado y a las legítimas expectativas, regido por un criterio de justicia amplio (equidad).

Con el desarrollo del Derecho Internacional de los Negocios, este principio ha pasado a constituir «el *standard* más importante en las controversias sobre inversión». ⁽³⁴⁾ Uno de sus aspectos supone la estabilidad jurídica, *i.e.*, el mantenimiento de un entorno jurídico para la inversión fundado en la seguridad jurídica, que permita una predicción racional, sin sobresaltos ni *impromptus*. Por ejemplo, se atenta con este principio cuando el Estado receptor de la inversión vacía las vísceras de un convenio de inversión a fin de darle al texto un sentido completamente contrario al normalmente esperado.

Dicho *standard*, si bien es por naturaleza uno de los principios generales del Derecho Internacional usualmente aceptados y, por tanto, tiene un origen consuetudinario, ha sido incorporado también en muchos tratados bilaterales de inversión, ya sea como parte del preámbulo, ya sea como parte de las estipulaciones mismas del tratado. Este hecho no «positiviza» el *standard* –vale decir, no cambia su naturaleza principista, otorgándole valor sólo en tanto que norma positiva–, sino que simplemente lo reconoce como principio y garantiza su uso en el razonamiento entre las partes y por los tribunales arbitrales. Es por ello que usualmente no se lo define, sino que su mención positiva es sólo una referencia obligatoria a un principio de Derecho Internacional cuya definición se encuentra en esa costumbre formada por las prácticas y usos internacionales, la jurisprudencia y las opiniones de los tratadistas.

La expresión «*fair and equitable treatment*» tiene un sentido amplio. Sin embargo, como señala Ioana Tudor, algunos tratados bilaterales de inversión intentan no definir el concepto pero cuando menos ejemplificarlo con ciertos casos que sin duda constituyen una violación, tales como las restricciones de hecho o de derecho a la compra o transporte de materias primas o materiales auxiliares, de

⁽³⁴⁾ SCHREUER, Christoph, «*Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice*», 6 JWIT 357, june 2005, p. 357.

energía y de combustibles, así como de medios de producción o de explotación de toda clase, toda traba a la venta y al transporte del productos al interior del país o al extranjero, y todas las demás medidas que tengan un efecto análogo.⁽³⁵⁾

Un elemento sin duda especial de este *standard* es la prohibición de toda discriminación entre nacionales y extranjeros, así como entre nacionales de un país extranjero y los de otro país extranjero.

No cabe duda –y si la hubo antes, ésta ha sido descartada por la jurisprudencia internacional– que la palabra «equitativo» en la definición de este *standard* no significa que se autoriza al juzgador a decidir las controversias *ex aequo et bono*; particularmente, en el caso de los arbitrajes, si éste ha sido pactado de derecho no puede ser resuelto en vía de equidad aduciendo el *standard* mencionado. En realidad, el adjetivo «equitativo» (*equitable*) es utilizado en este caso en un sentido menos técnico, a partir de su derivación directa del latín donde evocaba la idea de «igual, en igualdad de condiciones».⁽³⁶⁾

¿Significa esto, entonces que las calificaciones de «correcto» (*fair*) y «equitativo» (*equitable*) son redundantes? Ioana Tudor hace una interesante distinción que salva el uso de ambas calificaciones como determinantes del *standard*. La expresión «*fair*», nos dice, tiene un sentido fundamentalmente descriptivo, que indica el tipo de conducta que debe primar en el trato entre el Estado receptor y el inversionista y cuya desviación implica una infracción jurídica. La expresión «*equitable*» va más lejos, porque tiene además una finalidad correctiva: orienta al juzgador en el sentido de restablecer el equilibrio, lo emplaza a volver a colocar la relación entre las partes en condiciones de igualdad.⁽³⁷⁾

(35) TUDOR, Ioana, *Great Expectations. The fair and equitable treatment's standard in the International Law of Foreign Investment*, tesis doctoral bajo la supervisión del Prof. Pierre-Marie Dupuy. European University Institute, Departamento de Derecho. Florencia, 2006, p. 168.

(36) DE MIGUEL, Raimundo, *Nuevo Diccionario Latino-español Etimológico*, 9ª ed. Agustín Jubera. Madrid, 1889. «*Aequus: llano, igual, plano*». Cfr. LUCRECIO, «*ex aequo: de la misma manera*»; y SÉNECA, «*in aequo esse*» o «*in aequo stare*» por «*ser igual, estar en las mismas condiciones*».

(37) TUDOR, Ioana, *op. cit.*, p. 173.

b. Legítimas expectativas

El respeto por las expectativas legítimas del inversionista se basa en que el Estado receptor hace normalmente declaraciones sobre las condiciones de la inversión extranjera, las que pueden ser formalmente vinculantes (como en el caso de las normas legales que expide al respecto o de los convenios que suscribe con los inversionistas), como pueden también ser declaraciones formalmente no vinculantes pero que crean la atmósfera de entendimiento con el inversionista extranjero. Y es como consecuencia de tales declaraciones que el inversionista puede calcular su interés de realizar la inversión y que se hace expectativas legítimas sobre la forma como será tratado y sobre lo que obtendrá como resultado.

Por lo tanto, dice el Prof. Wälde, «los textos jurídicos y la situación fáctica pertinentes deben verse a la luz del estrecho vínculo existente entre promoción de inversiones –tendiente a lograr que los empresarios extranjeros aporten su capital y sus esfuerzos a una situación nueva, extraña e intrínsecamente difícil y de alto riesgo– y protección de inversiones, es decir, la protección contra el riesgo gubernamental que ofrecen los tratados de inversiones, para hacer más atractiva a la economía del Estado receptor».⁽³⁸⁾

De esta manera, en el arbitraje de inversión, la buena fe exige que la interpretación se realice *in dubio pro inversore*, considerándolo como la parte más débil de la relación, sometida a las actitudes cambiantes del Gobierno que hizo las promesas o celebró los contratos que alentaron la inversión. En buena cuenta, interpretar en caso de duda contra el Estado receptor es una forma contemporánea de aplicar el principio *in dubio contra proferentem*.

No cabe duda de que, derivado este principio del más genérico de la buena fe, tiene estrecho parentesco con el *standard* del tratamiento correcto y equitativo, constituyendo parte de ese *standard*

⁽³⁸⁾ WÄLDE, Thomas, Opinión independiente de 26 de enero de 2006, en el arbitraje realizado conforme al Capítulo XI del TLCAN y a las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI: *Internacional Thunderbird Gaming v. los Estados Unidos Mexicanos*. Párrafo 13, citando al Banco Mundial, *Informe sobre el desarrollo mundial 2005*, 175-185.

mínimo que exige el Derecho Internacional al Estado receptor de la inversión. Francesco Costamagna, comentando el laudo del Tribunal de CIADI en el caso *CMS v. Argentina*, señala que el tribunal fue tan lejos que llegó a afirmar que la conexión entre tratamiento correcto y equitativo y la estabilidad, *i.e.*, el respeto por las legítimas expectativas del inversionista, «no es diferente del *standard* mínimo del Derecho Internacional» y que así podía decirse que había adquirido una naturaleza consuetudinaria.⁽³⁹⁾

Es interesante destacar que las legítimas expectativas son importantes para calcular la compensación por daños y perjuicios en los casos de violación de los acuerdos de inversión o del *standard mínimo* de protección que otorga el Derecho Internacional.

Claro está que, como subrayan los Prof. Thomas Wälde y Borzu Sabahi, el principio de la expectativa legítima no puede tomarse como una sustitución de un compromiso formal legalmente válido. Este principio no conduce al «interés positivo» que podría haber existido en un futuro contrato que nunca tuvo lugar, sino más bien a cubrir el «interés negativo» constituido por lo que dejó de ganar debido a una conducta no razonable y muchas veces directamente contraria a lo prometido por el Estado receptor.⁽⁴⁰⁾

Sin embargo, agrega el Prof. Wälde, los tribunales deben prestar gran atención a los factores que pudieran llevar a una reducción de la compensación, tales como las posibilidades que tenía el inversionista de reducir el daño o el riesgo.⁽⁴¹⁾

⁽³⁹⁾ COSTAMAGNA, FRANCESCO, «*Investor's Rights and State Regulatory Autonomus: the Role of the Legitimate Expectation Principle in the CMS v. Argentina Case*», *Transnational Dispute Management (TDM)*, www.transnational-dispute-management.com, marzo 2006, p. 8. *Cfr. CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case N° ARB/01/8, Laudo de 12 de mayo 2005, 44 ILM 1205 (2005). párrafo 284.

⁽⁴⁰⁾ WÄLDE, THOMAS y SABAH, BORZU, «*Compensation, Damages and Valuation in International Investment Law*», *Transnational Dispute Management (TDM)*, www.transnational-dispute-management.com, junio 2006, p. 36.

⁽⁴¹⁾ *Loc. cit.*

c. La no confiscación de los bienes de un extranjero

El tercer principio internacional que debemos mencionar como parte del Derecho Internacional Consuetudinario relativo a las inversiones es el que se refiere a la prohibición de confiscar los bienes de los extranjeros, entendiendo por este concepto la toma de los bienes arbitrariamente, discriminatoriamente y/o sin compensación o con una compensación minimizada.

En general, la doctrina internacional utiliza más bien la palabra «expropiación», pero –para incurrir en la violación del principio– la condiciona a que la propiedad haya sido tomada sin debido proceso, sin causa justificatoria o en razón de una causa que no hubiera sido válida frente a un nacional del país (discriminación) y/o que la compensación ofrecida no sea justa. Dentro de la terminología jurídica que utilizamos en el Perú, esto constituye una confiscación y tiene un carácter anticonstitucional, a diferencia de la expropiación que es un procedimiento legal sujeto a ciertas formalidades y circunstancias.

Esta regla internacional de la no expropiación (confiscación) de los bienes de extranjeros, dice George M. von Mehren,⁽⁴²⁾ es tan antigua como el Derecho Internacional. Sin embargo, recientemente se ha expandido en forma considerable para seguir de cerca los modernos sistemas de apropiación por parte de los Estados de los bienes de los inversionistas extranjeros.

Una condición básica para entender que se ha infringido el principio internacional aún si se ha seguido un debido proceso y se ha previsto una compensación adecuada, es que el inversionista ex-

(42) VON MEHREN, George M., «*Expropriation in Complex Cases Pursuant to Generally-Applicable Laws and Regulations*», *Transnational Dispute Management (TDM)*, www.transnational-dispute-management.com, junio 2006, p. 36. Al hacer esta cita, hoy 30 de diciembre de 2006, quiero rendir homenaje al padre del autor del ensayo citado, el eminente Prof. Arthur Taylor von Mehren de la Universidad de Harvard, de cuyo fallecimiento acabo de enterarme, a quien tuve el honor de conocer personalmente y escuchar algunas de sus brillantes clases cuando estuve de *visiting scholar* en Harvard Law School en 1972.

tranjero haya sido tratado diferentemente del nacional sólo por el hecho de ser extranjero. En otras palabras, en tal hipótesis, si las leyes de expropiación aplicadas al caso o el proceso de facto o si por interpretación de una ley se discrimina entre extranjeros y nacionales aplicando la expropiación sólo los extranjeros por ser tales, la reclamación internacional es posible.

Sin embargo, aún si la expropiación fuera común a extranjeros y nacionales, el extranjero todavía podría recurrir a las garantías del Derecho Internacional, si se han burlado los derechos y procedimientos reconocidos por «las naciones civilizadas»,⁽⁴³⁾ lo que es parte del *standard mínimo* a nivel internacional.

Hay un caso más complicado de expropiación-confiscación que merece una mención especial y es lo que en inglés se conoce como «*creeping expropriation*». Algunos han traducido esta expresión como «*expropiación sigilosa*», pero su traducción literal –bastante más gráfica– sería más bien «expropiación rastreadora», es decir, una apropiación por el Estado que no se presenta directamente como expropiación sino que viene arrastrándose para pasar desapercibida, utilizando mecanismos que no son directamente una expropiación pero que indirectamente tienen los mismos efectos.

Esta expropiación indirecta puede darse en forma inmediata; por ejemplo, mediante una acotación descomunal de impuestos que lleva al embargo de los activos más importantes de la empresa, en forma desproporcionada e infundada, con infracción de los convenios de estabilidad suscritos entre el inversionista y el Estado receptor o de los tratados bilaterales de inversión. Pero también puede tratarse de una expropiación progresiva en la que, a través de medidas administrativas o tributarias o de cualquier otro tipo, se va poco a poco debilitando a la empresa extranjera (o a su filial nacional) hasta obligarla a rendir sus activos básicos, esto es, una expropiación (o mejor, confiscación) que no se produce con una sola puñalada sino mediante mil pequeños cortes.

(43) Expresión utilizada por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 38.

Algunos han llamado «descremación» a este tipo de expropiación o confiscación, por cuanto le quitan «la crema» a la inversión: se trata de uno o varios actos sucesivos que afectan el valor de la empresa y la posibilidad de operación normal, tales como la obligación de obtener unas licencias cuyas condiciones son imposibles o extraordinariamente onerosas o la aplicación de impuestos existentes pero en forma contraria a los convenios de estabilidad jurídica (la violación del convenio puede aquí también ser directa o indirecta).

Un ejemplo de esta *creeping expropriation* lo encontramos en el caso *Metalclad Corporation v. Los Estados Unidos Mexicanos* donde el Tribunal Arbitral en su laudo de 30 de Agosto de 2000, define la expropiación no solamente como una abierta apropiación de bienes, sino que incluye «las interferencias, aún encubiertas e incidentales en el uso de la propiedad, que tienen el efecto de privar a su dueño, en todo o en una parte significativa, de uso o del beneficio económico de la propiedad razonablemente esperado, aún si no es necesario [para considerar estos hechos como una expropiación] el beneficio obvio del Estado receptor».⁽⁴⁴⁾

VIII. ¿LEX MERCATORIA REDIVIVA?

Esta presencia tan notable de la costumbre dentro del actual Derecho Internacional de los Negocios ¿permite hablar de una resurrección de la *lex mercatoria*? ¿Estamos ante el caso de un tipo de derecho que, habiendo sido proscrito y sustituido por el orden jurídico moderno, ha salido de la tumba y, levantando la lápida textual, codificada, positivista, regresa para reclamar sus derechos a la existencia?

La respuesta no puede ser categórica. De alguna manera, estamos ante un renacer de la *lex mercatoria*; de otra manera, estamos ante un Derecho nuevo.

Y ello en parte obedece a que quienes hablan de *lex mercatoria*, sea para apoyarla, sea para rechazarla, no están siempre hablando de

(44) CIADI: *Metalclad Corporation v. los Estados Unidos Mexicanos*. Caso No. ARB(AF)/97/1. Laudo de 30 agosto 2000, párrafo 103.

lo mismo.⁽⁴⁵⁾ Por ello se hace necesario precisar en cuál de los sentidos que se aplican a este término podemos encontrar una continuidad con el derecho medieval y en cuál de esos sentidos la *lex mercatoria* contemporánea no existe o, cuando menos, tiene una naturaleza enteramente distinta de la medieval.

Si por *lex mercatoria* entendemos el uso, en la solución de conflictos transnacionales en materia comercial, de una costumbre internacional que surge de diversas fuentes (usos, jurisprudencia, doctrina) y que los tribunales arbitrales internacionales aplican, podríamos decir que estamos efectivamente ante una *lex mercatoria*.

Podemos incluso encontrar ciertas semejanzas en el espíritu de esta *lex* contemporánea con la *lex* medieval. En este sentido, puede decirse que ambas surgen de forma relativamente independiente del poder político, ambas pretenden ordenar las relaciones de los comerciantes (en el sentido amplio del término, como persona o empresa que hace negocios, efectúa inversiones, etc.) tanto entre sí como con los Estados en los que actúan, ambas se proponen proteger al comerciante extranjero frente al abuso del poder político local, ambas desarrollan conceptos e instituciones para manejar de manera más adecuada las relaciones comerciales a distancia.

Sin embargo, una y otra son el producto de un medio económico y social fundamentalmente diferente.

Mientras que la *lex mercatoria* medieval es el producto de una manifestación temprana del comercio internacional, cuando se encontraba todavía *in cunis involutus*, el desarrollo de la costumbre comercial transnacional de nuestros tiempos es el resultado de la necesidad de soluciones jurídicas nuevas que provienen de ese fenómeno único que es la globalización. No es posible comparar las relaciones económicas de la Edad Media con las del mundo contemporáneo, ni

⁽⁴⁵⁾ CRAIG, W. Laurence, PARK, William W. y PAULSSON, Jan, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3a. ed., Oceana Publications. Dobbs Ferry, NY., 2000, § 35.01, p. 623.

en el volumen de las operaciones ni en la naturaleza de éstas ni en los medios técnicos para financiarlas y realizarlas. El mundo económico internacional de nuestros días no se limita a ferias ambulantes que traen un limitado número de mercancías y cuyo objeto de comercio consiste básicamente en productos superfluos (sedas, perfumes, especias, etc.). En la actualidad, el mundo se encuentra entrelazado económicamente a través de la producción y distribución de todos los productos necesarios para la vida humana: la economía de autoconsumo e incluso el mercado local no significan gran cosa dentro de este contexto. Basta con tomar un objeto cualquiera en la mano y pensar en todos los países que de alguna manera han contribuido a su fabricación (tanto en sus materias primas como en su tecnología y en las máquinas e instrumentos necesarios para producirlo) para comprender que el mundo entero está presente en cada artículo que usamos en cada momento de nuestra vida.

Por consiguiente, si pensamos –como creo que es inevitable– que el derecho es el resultado de la Historia, la que lo va modelando y transformando conforme evolucionan las culturas, los valores en los que creen los pueblos y las necesidades que éstos tienen de un tipo de orden determinado para un sistema social y económico determinado, tenemos que llegar a la conclusión de que estamos ante un nuevo Derecho Consuetudinario con características propias. En este caso, tendríamos que abandonar la tesis de una resurrección de la *lex mercatoria* medieval. Y si, por una cuestión de romanticismo, no queremos perder un nombre con tanta tradición, tendríamos que redefinir lo que es la *lex mercatoria*, dejando solamente unos elementos muy genéricos de identificación a fin de que tal denominación pueda comprender tanto el pasado como el presente sin sacrificar uno al otro.

Sin embargo, siguiendo el consejo clásico «*Res, non verba*», debemos preocuparnos antes por el concepto del cual estamos tratando que por el nombre con el cual lo reconoceremos si es antiguo o lo bautizaremos si es nuevo. Esta amena discusión sobre la *lex mercatoria* sólo será aceptada como un tema importante para el arbitraje internacional si para estudiarla comenzamos por sumergirnos *in media res*.

JURISDICCIONALIDAD DEL ARBITRAJE

FERNANDO VIDAL RAMÍREZ (*)

La jurisdicción, del latín *iurisdictio*, vocablo compuesto por las locuciones *iuris*, «derecho», y *dictio*, «decir», «dictar», tiene el significado etimológico de *decir* o *dictar el derecho* y de este significado, que es el propio, deviene su aplicación a la idea de juzgar y declarar el derecho al resolverse una controversia.

La *iurisdictio* en el Derecho Romano era desempeñada por los magistrados en representación del Estado pero, dentro de la peculiar organización judicial romana, podía ser delegada a un particular, a un *arbiter*, quien entonces asumía por un tiempo determinado las funciones del magistrado. De este modo, el ejercicio de la *iurisdictio* no era de exclusividad del Estado a través de los magistrados nombrados para el ejercicio de esta función, por lo que su significado estricto continuaba siendo el de dictar el derecho al resolverse una controversia, fuera magistrado o *arbiter* el que la resolviera.

Pero el arbitraje no ha sido creación romana, pues puede sostenerse que ha existido desde la más remota antigüedad. Se origina

(*) Ex Presidente y Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho.

Ponencia presentada en el Segundo Congreso Internacional de Métodos Alternos: Arbitraje, Mediación y Evaluación Neutral, realizado en San Juan, Puerto Rico, en el mes de mayo del año 2006.

con el sedentarismo de los seres humanos y la toma de conciencia de organizar su vida de relación dentro del grupo y también en la necesidad de confiar en un tercero la solución de sus conflictos.

Es así, entonces, que en aquellas organizaciones sociales primitivas, secularmente anteriores a la formación del Estado y a la creación de sus órganos jurisdiccionales, se confiaba en el anciano, en el sacerdote o en el poderoso la función de arbitrar los conflictos de intereses y solucionarlos, comprometiéndose los contendientes en aceptar su decisión. Puede afirmarse, por ello, sin hesitación alguna, que el arbitraje es anterior a la organización formal de la administración de justicia y que en su origen no constituyó una alternativa, sino que fue un medio de solución de controversias anterior a la autoridad estatal.

El carácter rudimentario del arbitraje se mantuvo por largos siglos hasta asomarse en el Derecho Romano y perfilarse a su institucionalización.

Los romanistas le atribuyen al arbitraje una aparición remota en Roma, y consideran que las antiguas *legis actiones* tuvieron sus lejanas raíces en una *praxis* arbitral privada entre romanos y extranjeros y también entre *cives* que incluso modeló el procedimiento formulario.⁽¹⁾ Así, pues, se da noticia del arbitraje desde la época que los romanistas denominan clásica, que va desde la fundación de Roma hasta los inicios del Imperio. Los mismos romanistas, exponiendo el régimen procesal de la época clásica, hacen referencia al arbitraje como una función juzgadora, como un *iudicium*, ajena a un *imperium magistratual* y basado únicamente en el *officium* de particulares llamados a desempeñarse como árbitros según un contrato, un *compromisium*, en virtud del cual se acordaba someter la cuestión controvertida a la decisión de un *arbiter*.⁽²⁾

(1) MARRONE, Matteo, «Sobre el arbitraje privado en la experiencia jurídica romana», en *Rivista de Diritto Dell'integrazione e Unificazione in Europa y América Latina*, Roma, 1999, p. 57 y ss.

(2) IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, Ariel, Madrid, 1983, pp. 200-201.

La función del *arbiter* llegó a incorporarse a la organización judicial de Roma, que planteó una diferenciación entre los magistrados y los *arbiters*. Las funciones de ambos fueron distintas según los períodos que caracterizan a la historia de Roma. Los magistrados estaban dotados de *imperium* y ejercían la *iurisdictio* en representación del Estado romano de manera permanente. Los *arbiter* asumían la *iurisdictio* por delegación y eran nominados por las partes o escogidos de las listas confeccionadas por los mismos magistrados para cada litigio.⁽³⁾

La *iurisdictio* desempeñada por los *arbiters* no era permanente. Pero los *arbiters* tenían amplia discrecionalidad, tanto para la apreciación de los hechos como para la declaración del derecho que los litigantes invocaban y pretendían hacer valer, pues resolvían con base a la buena fe. Su sentencia no era obligatoria, salvo que las partes lo hubieren estipulado en el *compromisium*.⁽⁴⁾

Con estos antecedentes y al producirse el fenómeno de la recepción del Derecho Romano y su penetración en los ordenamientos jurídicos de la Europa medieval, el arbitraje se orientó a la regulación de las relaciones jurídicas entre los particulares, pues en lo relativo a la organización del Estado y de sus instituciones no tuvo acogimiento, ya que se recepcionó el derecho pero no la organización judicial de Roma.

Al no recepcionarse la organización judicial romana y en la medida en que los pueblos fueron convirtiéndose en naciones y se organizaba el Estado, el arbitraje se fue desvaneciendo, pues fue el Estado el que asumió la función de administrar justicia. De este modo, el arbitraje fue pasando a desempeñar una mera función conciliadora.

Sin embargo, en los pueblos de la península ibérica, particularmente en Castilla, el Derecho Romano, yuxtapuesto a su *Ius Proprium*, se dió lugar a la recepción de los *arbiters*. En el Fuero Juzgo se reconoció como jueces a los que nombraban las partes de común acuer-

⁽³⁾ PETIT, Eugène, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Selectas, México, 1982, p. 614.

⁽⁴⁾ *Ibidem*, p. 615.

do, lo que fue continuado en *El Espéculo* y en *Las Partidas*, en las que se hizo referencia a los árbitros con el advocativo de jueces avenidores, los que eran escogidos por las partes para resolver sus contiendas, distinguiéndolos en árbitros arbitradores y en amigables componedores. Este es un antecedente relevante en las naciones hispanoamericanas, pues fue el derecho castellano el de mayor influencia al formarse el Derecho Indiano, hasta la ruptura con la metrópoli española y advenir los regímenes republicanos.

La formación de los Estados a partir del siglo XVI trajo como resultado la organización de la administración de justicia y la función jurisdiccional pasó a ser de exclusividad del mismo Estado, aún cuando para algunos historiadores la Revolución Francesa alentó el arbitraje pese a la concepción tricotómica de las funciones del Estado que proyectaron sus ideólogos desde fines del siglo XVIII.

En realidad, históricamente el arbitraje nunca perdió vigencia sino que pasó a un plano estrictamente privado, delegando el Estado la solución de determinadas controversias en caso que los particulares lo concertaran. De este modo, el arbitraje fue siendo llevado, fundamentalmente, a la solución de controversias de naturaleza comercial.

La legislación hispanoamericana entroncada a la española, bajo la influencia de la codificación napoleónica, pero tomando como modelo el Código de Enjuiciamientos en Materia Civil de España, y con el ancestro del derecho de Castilla, introdujo el arbitraje distinguiendo a los árbitros *de jure* de los árbitros componedores.

El arbitraje nunca perdió el interés de los Estados en cuanto a su permanencia y reconocimiento, particularmente en lo que respecta a la ejecutabilidad de los laudos. Este interés se puso de manifiesto en las legislaciones internas y en tratados internacionales, como el Tratado de Montevideo de 1899, sobre Derecho Procesal Internacional, que estableció los requisitos y formalidades para la ejecución de los laudos arbitrales en territorio distinto al del Estado en el que habían sido dictados.

El arbitraje llegó al siglo XX como respuesta a las exigencias de la actividad comercial y se ratificó el interés de los Estados para la

solución de conflictos, allende las fronteras. La Convención de La Haya de 1899 sentó las bases del arbitraje internacional, y la Convención Complementaria de 1907 reconoció en el arbitraje un medio idóneo para resolver litigios entre los Estados.

Ya avanzado el siglo XX, el arbitraje continuó recibiendo la atención de los Estados. La Convención de la Habana de 1928, conocida como Código Bustamante, puso nuevamente de actualidad la necesidad de preservar la ejecución de los laudos, lo que se puso de manifiesto nuevamente con el Tratado de Montevideo de 1940, también sobre Derecho Procesal Internacional.

Pero, además, el arbitraje concitó el interés de la Organización de las Naciones Unidas, que aprobó la Convención de Nueva York de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de los laudos, y en 1966 dió creación a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional-CNUDMI, que ha promovido leyes modelos sobre arbitraje y cuyo reglamento es sumamente difundido y aplicado.

La Organización de los Estados Americanos también ha promovido el arbitraje, y mediante las Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado-CIDIP se han concretado las Convenciones de Panamá de 1975 y de Montevideo de 1979. En nuestro continente, además, los programas de integración regionales y subregionales vienen considerando el arbitraje como una herramienta coadyuvante.

Con la visión histórica que queda resumida he querido destacar la relevancia del arbitraje que, creo, no admite discusión, máxime si como alternativa de solución de controversias en nuestros países, como en el Perú, es sumamente viable. El arbitraje no sólo alivia la carga procesal que aqueja a la jurisdicción ordinaria y genera crisis en el Poder Judicial, sino que constituye un medio eficiente para contribuir a la seguridad jurídica.

La legislación interna de nuestros países, se puede afirmar con certeza, ha dotado al arbitraje de una ley que lo regula y que ha promovido la creación de instituciones que lo administran en paralelo a los arbitrajes *ad hoc*. Sin embargo, hasta donde llega mi información,

sólo en los textos constitucionales de Ecuador, Paraguay y Perú se hace una mención explícita al arbitraje.

Debo advertir que en la Constitución peruana no sólo se le menciona, sino que se reconoce la función jurisdiccional del arbitraje. Su artículo 139, que enumera los principios y derechos de la función jurisdiccional, en su inciso 1, al declarar la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional a cargo del Poder Judicial y preceptuar que no puede existir ni establecerse jurisdicción alguna independiente, reconoce como excepciones a la militar y a la arbitral. De ahí, entonces, que pueda yo sostener, como jurista peruano y atendiendo al tenor de nuestra Carta Política, que el arbitraje es una función jurisdiccional reconocida pero, debo aclarar, no sólo en razón de su presencia en el texto constitucional, sino por la esencia misma de la función arbitral.

Pero las cartas políticas que mencionan al arbitraje no le dan ese reconocimiento tan claro y definitorio.

La Constitución de Ecuador, al enunciar los principios generales de la función judicial, en el tercer párrafo de su artículo 191, tan sólo declara que se reconoce el arbitraje como procedimiento alternativo para la resolución de conflictos.

Por su parte, la Constitución de Paraguay, al preceptuar sobre el Poder Judicial, en el tercer párrafo de su artículo 248, al declarar la nulidad insanable de los actos pretendidamente jurisdiccionales de quienes se hayan arrogado funciones judiciales, deja a salvo las decisiones arbitrales en el ámbito del Derecho Privado, pero condicionándolas a las modalidades que la ley determine para asegurar el derecho de defensa y las soluciones equitativas.

Ahora bien, cualquiera que sea el tenor de los textos constitucionales que hacen referencia al arbitraje, y aún cuando su mención sea omitida, pero esté autorizado y regulado legalmente, más allá de los textos, considero que puede y debe sostenerse que el arbitraje constituye una función jurisdiccional, desde que los árbitros deben declarar el derecho que asiste a una de las partes al resolver la controversia que han sometido a su conocimiento.

Debo admitir, entonces, que la jurisdiccionalidad del arbitraje, aunque sea materia ajena a los textos constitucionales, y las leyes que lo regulan se cuiden de no decirlo, puede afectar el principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional a cargo del Estado. Ello explica, tal vez, que en sólo tres de las constituciones de los países hispanoamericanos se haga referencia al arbitraje. En la Constitución peruana como una jurisdicción de excepción, en la Constitución ecuatoriana como un procedimiento alternativo y en la Constitución paraguaya como la aceptación de la existencia de soluciones arbitrales a conflictos planteados en el ámbito del *Ius Privatum*.

Algunos constitucionalistas peruanos han criticado el precepto constitucional que admite la jurisdicción arbitral señalando lo contradictorio que resulta con el principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional que la misma Carta Política proclama. Aunque el debate ha sido doméstico, considero oportuno explicar que el acotado principio se interpreta referido a la función jurisdiccional del Estado ejercida a través del Poder Judicial, puesto que, por razón de la materia, la Carta Política peruana reconoce la existencia de la jurisdicción constitucional a cargo del Tribunal Constitucional, de la jurisdicción electoral a cargo del Jurado Nacional de Elecciones y de la jurisdicción militar a cargo de los Tribunales Militares, todas ellas ejercidas por magistrados que reciben el nombramiento del Estado. Además, el propio Tribunal Constitucional ha reconocido la existencia de la jurisdicción arbitral.

Obviamente, el ejercicio de la función jurisdiccional por el Estado no abarca a la jurisdicción arbitral, que tiene características muy propias y distintas y se origina en la autonomía de la voluntad privada que determina la decisión de las partes en conflicto de sustraer el conocimiento de su controversia de la jurisdicción ordinaria, invistiendo a los árbitros de autoridad para resolverla, esto es, para ejercer jurisdicción en el sentido de declarar el derecho que asiste a una de ellas en el conflicto. En este caso, la intervención de la jurisdicción estatal se limita a conocer y resolver los recursos de anulación de los laudos arbitrales, que tienen requisitos y causales sumamente estrictas para su interposición y sin permitirse que los magistrados de la jurisdicción ordinaria puedan entrar a la revisión del

fondo de la controversia ni el criterio que ha llevado a los árbitros a dictar el laudo.

El arbitraje no es, pues, consecuencia de una comisión ni de una delegación de la jurisdicción ordinaria, sino de la autonomía de la voluntad privada que origina una jurisdicción independiente, si se quiere de excepción, que no afecta el principio constitucional de la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional ejercida por los órganos del Estado. La jurisdiccionalidad del arbitraje se origina en lo que en el Perú hemos resumido con el *nomen iuris* de convenio arbitral, dejando de lado la vieja fórmula de la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral. El convenio arbitral es, simplemente, la fuente jurídica del arbitraje y tiene plena eficacia jurídica y oponibilidad.

En este artículo pretendo sostener y sustentar la jurisdiccionalidad del arbitraje. Su finalidad determina, entonces, que sea necesario confrontar, aunque resumidamente, los fundamentos que se esgrimen para negar la jurisdicción arbitral y según los cuales:

- a) La función jurisdiccional corresponde al Estado y, por tanto, es una función pública, mientras que el arbitraje es privado;
- b) Los magistrados jurisdiccionales reciben el nombramiento a nombre de la nación, integran órganos jerarquizados y tienen permanencia en la función, mientras que los árbitros son nombrados por las partes que entran en conflicto o por la institución arbitral a la que se le encarga el nombramiento, no están jerarquizados ni tienen permanencia en la función;
- c) Los magistrados jurisdiccionales están obligados a resolver conforme a derecho, mientras que los árbitros deben resolver según la facultad que reciban de las partes, pudiendo hacerlo con arreglo a derecho o a su leal saber y entender, según las partes hayan decidido que el arbitraje sea de derecho o de conciencia;
- d) Los magistrados jurisdiccionales están dotados, además de la *notio* (facultad de conocer el conflicto que se les plantea), de la *vocatio*

(facultad de ordenar la comparecencia de las partes y de continuar el proceso en rebeldía de una de ellas) y de la *iuditio* (facultad de resolver mediante una sentencia), así como de la *coercio* y de la *executio* (que vienen a ser las facultades coercitivas y de ejecución de sus fallos), mientras que los árbitros sólo de la *notio*, de la *vocatio* y de la *iuditio*, que tiene su expresión en el laudo.

Los fundamentos negatorios así resumidos tienen fuerza y serían irrefutables si no se le diera a la jurisdicción arbitral un cariz diferente y se le considerara también como la función de dirimir y solucionar conflictos y controversias dictando o declarando el derecho negado por una de las partes a la otra.

El proceso que se desarrolla en el ámbito de la jurisdicción arbitral nace de la autonomía de la voluntad de las partes expresada y plasmada en el convenio arbitral, lo que no debe llevar a considerar que la naturaleza jurídica del arbitraje se explique con un sustento contractualista. Los árbitros ejercitan una función jurisdiccional y el laudo, que la resume, es el ejercicio de una *iudicium*, de un genuino acto jurisdiccional.

La jurisdicción arbitral, es obvio, no forma parte de la organización judicial, y siendo una función privada el proceso está revestido de reserva. Los árbitros, en efecto, son nombrados para cada caso por las partes en conflicto y constituyen un órgano jurisdiccional independiente y privado, sin permanencia en la función, lo que determina que no pueda existir una jurisprudencia arbitral ni invocarse laudos ejecutoriados sin solicitarse previamente el levantamiento de la reserva.

La autoridad con la que las partes han investido a los árbitros les confiere automáticamente la *notio*, la *vocatio* y la *iuditio* en un ejercicio directo. La *coercio* y la *executio* la ejercen indirectamente, recurriendo a la jurisdicción ordinaria, salvo que las partes se las hayan conferido para su ejercicio directo.

El laudo, una vez que queda firme, causa ejecutoria y, al igual que una sentencia judicial, pasa a adquirir la autoridad de cosa juzgada, sea que haya sido dictado en conciencia o aplicando el derecho.

Concluyo, entonces, por los fundamentos que quedan expuestos, en que es incuestionable la jurisdiccionalidad del arbitraje.

LA SALA CONSTITUCIONAL Y EL ARBITRAJE COMERCIAL. HACIA UN RÉGIMEN RACIONAL DEL CONTROL JUDICIAL DEL LAUDO ARBITRAL EN EL DERECHO VENEZOLANO

ALFREDO DE JESÚS O. (*)

SUMARIO: *Introducción. A. Evolución del sistema: Del caso Venezolana de Televisión C.A. c/ Electronica Industriale S.P.A., al caso Corporación Todosabor C.A. c/ Haagen Dazs International Shoppe Company INC. 1. Del caso Venezolana de Televisión C.A. c/ Electronica Industriale S.P.A., y el uso irracional del derecho constitucional. a. Los árbitros no están llamados a asegurar la integridad de la Constitución. b. Los laudos arbitrales no pueden ser objeto de amparo constitucional aunque su ejecución eventualmente tenga lugar en el país. 2. Al caso Corporación Todosabor C.A. c/ Haagen Dazs International Shoppe Company INC, y el uso racional del derecho constitucional. a. Intentar evitar la ejecución de un laudo arbitral por un medio distinto a los previstos por los instrumentos del arbitraje comercial constituye una violación constitucional (Nokia de Venezuela S.A. c/ Digicel C.A.) b. Intentar la anulación de un laudo arbitral por un medio distinto a los previstos por los instrumentos del arbitraje comercial constituye una violación constitucional (Corporación Todosabor C.A. c/ Haagen Dazs International Shoppe Company INC) B. Futuro del sistema: Más allá del caso Corporación Todosabor C.A. c/ Haagen Dazs International Shoppe*

(*) Secretario General Adjunto del Comité Venezolano de Arbitraje.

Las opiniones expresadas en este trabajo son propias del autor y en ningún momento constituyen un criterio de las organizaciones de las cuales forma parte.

Company INC. 1. El rechazo absoluto de las ideas sobre el control constitucional del laudo arbitral. a. El pretendido control constitucional del laudo arbitral es contrario a nuestro ordenamiento jurídico. b. El pretendido control constitucional del laudo arbitral no se sostiene en fundamentos jurídicos. 2. El rechazo absoluto del recurso de amparo constitucional contra el laudo arbitral a. Es necesario superar los temores relativos a la eliminación absoluta del recurso de amparo constitucional contra los laudos arbitrales. b. La superación de los temores relativos a la eliminación absoluta del recurso de amparo constitucional es imprescindible para garantizar la eficacia de la justicia arbitral. Conclusión general.

INTRODUCCIÓN

1. Las relaciones entre el derecho constitucional y el arbitraje comercial son complejas. En este sentido, la experiencia judicial en materia de protección constitucional y arbitraje comercial es reveladora de grandes conflictos y contradicciones. Numerosas decisiones hostiles al arbitraje comercial son dictadas en respuesta a alguna solicitud de amparo constitucional.⁽¹⁾ Generalmente este recurso, especial y extraordinario, es utilizado con el fin de obstaculizar el desarrollo y los resultados de los procedimientos arbitrales, es decir, en contra del desarrollo de la instancia arbitral y los laudos arbitrales.

Conflictivo, pero sobretodo, contradictorio. En los últimos años, varios países latinoamericanos, aparte de reformar su derecho interno en materia de arbitraje comercial y de haber ratificado las princi-

(1) Actualmente el régimen del amparo constitucional en el sistema venezolano se encuentra regulado en el artículo 27 de la Constitución de 1999 y en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (LOA).

«Artículo 27: Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos».

De acuerdo con la LOA, el recurso de amparo constitucional puede intentarse contra cualquier hecho, acto u omisión de los órganos del Poder Público (Artículos 2 y 5) o de personas privadas (Artículo 2), contra actos normativos (Artículo 3) y contra decisiones judiciales (Artículo 4).

pales convenciones internacionales del arbitraje comercial, también han constitucionalizado el arbitraje. Esta constitucionalización se ha manifestado de diversas formas en nuestra región a través de la inclusión de artículos específicos al arbitraje dentro de nuestros textos constitucionales o a través de decisiones de los altos tribunales estatales validando y aceptando el arbitraje como una opción constitucional o, al menos, como una opción que no contraría el espíritu de la Constitución. Paradójicamente, y dependiendo del grado de importancia de los contenidos específicos de esta constitucionalización del arbitraje en los diversos países latinoamericanos, el desarrollo de este fenómeno en lugar de favorecer el acceso efectivo y la eficacia plena de la justicia arbitral, se ha presentado en muchos casos como un obstáculo al ejercicio de esos derechos por la falta de comprensión de las relaciones, las fronteras y los equilibrios necesarios entre el derecho del arbitraje comercial y sus mecanismos específicos y el derecho constitucional y los mecanismos específicos de la protección constitucional. Esto ha hecho que el recurso de amparo constitucional, mecanismo por excelencia de la protección de los derechos constitucionales, esté siendo utilizado, en contra de su propia naturaleza, para menoscabar el ejercicio pleno de derechos constitucionales: el derecho al acceso y a la eficacia de la justicia arbitral.

2. En esta contribución pretendemos reseñar lo que ha sido la experiencia de la constitucionalización del arbitraje en Venezuela, a través del estudio de nuestro ordenamiento jurídico y, naturalmente, de las sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre la materia, haciendo especial énfasis en lo relativo al control judicial del laudo arbitral.⁽²⁾ Es en este último aspecto en el

(2) La doctrina ha producido interesantes estudios sobre las relaciones entre el derecho constitucional y el arbitraje comercial entre los que destacamos los siguientes: HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio, «Constitución y Arbitraje: el arbitraje como derecho fundamental», en: *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas* (Coord. Irene de Valera), Academia de Ciencias Políticas y Sociales – Comité Venezolano de Arbitraje, Serie Eventos N° 18, Caracas, 2005; CREMADES, Bernardo, «El Arbitraje en la Doctrina Constitucional Española», en: *Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 20, Caracas, 2006; SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge, «Arbitraje y Jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal

que encontramos la mayor cantidad de puntos sensibles entre las dos ramas del derecho. Toda la discusión girará en torno de la búsqueda de equilibrios y fronteras entre los principios esenciales del derecho del arbitraje comercial y del derecho constitucional, haciendo especial énfasis en el régimen del control judicial del laudo arbitral.

En ese sentido, debemos comenzar diciendo que el sistema venezolano del control judicial del laudo arbitral es virtuoso. Sus virtudes no derivan únicamente de su sencillez, sino también de la coherencia que le confiere al sistema del arbitraje comercial como un todo y de su armonía con los otros ordenamientos jurídicos modernos del arbitraje y con el resto del ordenamiento jurídico venezolano. Es sencillo y responde a una técnica específica que asegura su idoneidad al lograr un sano equilibrio entre los principios esenciales del arbitraje comercial y la protección de las garantías inherentes a todo proceso. Este control es ejercido por los «Tribunales Superiores» del lugar del arbitraje a través del recurso de nulidad contra el laudo arbitral (Ley de Arbitraje Comercial, de aquí en adelante LAC, artículo 43) o por los «Tribunales de Primera Instancia» ante el cual se solicite su reconocimiento y ejecución (LAC, artículo 48; Convención de Nueva York, artículo V; Convención de Panamá, artículo 5).⁽³⁾

Constitucional del Perú», en: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 2, Grijley, Lima, 2006; CAIVANO, Roque, «Planteos de inconstitucionalidad en el arbitraje», en: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 2, Grijley, Lima, 2006; MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto, «Jurisprudencia constitucional y arbitraje. Una relación compleja», en: *Legal Express*, N° 63, Año 6, Lima, 2006.

- ⁽³⁾ Ver: HUNG VAILLANT, Francisco. «Principios orientadores del arbitraje en la Ley de Arbitraje Comercial y los recursos contra el laudo arbitral», en: *Los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos. XXVI Jornadas J.M. Domínguez Escovar*, 2da. edición, Barquisimeto, 2001, p. 107; GUERRA HERNÁNDEZ, Víctor Hugo, «La ley venezolana sobre arbitraje comercial. Consideraciones al reconocimiento y/o ejecución del laudo arbitral (artículos 48 y 49)», en: *Liber Amicorum Tatiana B. De Maekell*, Universidad Central de Venezuela, Fundación Roberto Goldschmidt, Caracas, 2002, p. 45; BARNOLA QUINTERO, José Pedro, «Reconocimiento y ejecución del laudo arbitral comercial» (Coord. Irene de Valera), *ob. cit.*, p. 193; OCHOA MUÑOZ, Javier, «Reconocimiento del laudo arbitral extranjero» (Coord. Irene de Valera), *ob. cit.*, p. 241; RODNER, James O., «La anulación del laudo arbitral», en: *Estudios de Derecho Procesal. Libro Homenaje a Humberto Cuenca* (Ed. Fernando Parra Aranguren), Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002, p. 821.

Su técnica le confiere una gran coherencia al sistema del arbitraje comercial porque el control judicial del laudo arbitral se limita a un examen formal sobre el mismo que no se extiende a los problemas de fondo. La coherencia que implica la exclusión de cualquier examen del fondo es esencial porque garantiza que verdaderamente el asunto sea decidido por el tribunal arbitral sin interferencias de los tribunales estatales. Una revisión del fondo por parte de los tribunales estatales desvirtuaría el sentido del arbitraje comercial y atentaría contra el principio constitucional a la eficacia de la justicia arbitral y si se tratase de un arbitraje internacional violaría las convenciones internacionales del arbitraje comercial vinculantes para el país. El juez de control del arbitraje puede anular o no un laudo arbitral o reconocer o denegar su reconocimiento, pero nunca podrá modificar la decisión de los árbitros.⁽⁴⁾ Es armonioso porque se ha inspirado fielmente⁽⁵⁾ en la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional («Ley Modelo»),⁽⁶⁾ la cual ha sido seguida en muchos

-
- (4) «La moderna legislación sobre arbitraje coincide en reconocer una amplia libertad de los árbitros para tomar la decisión que consideren más apropiada, pues no autoriza la revisión por los tribunales estatales del fondo de la controversia decidido por el laudo; y en consecuencia, los eventuales errores cometidos por los árbitros en su decisión, de hecho o de derecho, no constituyen motivo legítimo que permita declarar la nulidad o la anulación de un laudo o que justifique la negativa de su eficacia extraterritorial», PARRA-ARANGUREN, Gonzalo, «La determinación del derecho aplicable a la controversia en las recientes leyes sobre arbitraje comercial internacional», en: *Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia* (Dir. Fernando Parra Aranguren), N° 1, Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2000, p. 72.
- (5) PARRA-ARANGUREN, Gonzalo, «La nulidad, el reconocimiento y la ejecución de los laudos en la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, 1985)», en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 97, Caracas, 1995, p. 263; RODNER, James O., *ob. cit.*, p. 821.
- (6) Aprobada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 21 de junio de 1985. Ver: www.uncitral.org; ver PARRA ARANGUREN, Gonzalo, «Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, 1985) sobre arbitraje comercial internacional», en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 96, Caracas, 1995, p. 177; DE MAEKELT, Tatiana, «Arbitraje Comercial Internacional en el sistema venezolano», en: *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales,

países, dentro de los cuales, al menos quince de ellos, son países latinoamericanos.⁽⁷⁾ Pero no es sólo armonioso por el hecho de que se haya inspirado en la Ley Modelo, lo que ya es un argumento de un peso específico, sino porque a su vez la Ley Modelo se inspiró en la Convención de Nueva York de 1958 para enumerar las causales taxativas por las cuales puede ser anulado un laudo arbitral o denegado su reconocimiento o ejecución. La Convención de Nueva York es el tratado internacional de mayor éxito en la historia del derecho internacional privado. En este sentido, ha sido ratificada por casi 140 países, entre ellos, el nuestro.⁽⁸⁾ En este orden de ideas, nuestro sistema del control judicial del laudo arbitral no es sólo sencillo, idóneo y coherente, también responde a las exigencias de un indiscutible consenso universal de las naciones civilizadas. Este impresionante consenso internacional para América Latina no sólo tiene un carácter universal, sino también regional, ya que en el año 1985 los países de la región se comprometieron con este sistema de control judicial del laudo arbitral al adoptar la Convención de Panamá, la cual no hace sino insistir, en el ámbito interamericano, en las disposiciones

Serie Eventos 13, Caracas, 1999, p. 275; CONEJERO ROOS, Cristián, «El impacto de la Ley de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional en América Latina: un análisis comparativo», en: *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Madrid, 2004, p. 255.

(7) Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Venezuela. Sobre este movimiento de reforma y modernización del derecho del arbitraje en América Latina, ver: GRIGERA NAÓN, Horacio, «*Overcoming Traditional Hostility*», en: *Arbitration International*, Vol. 5, N° 2, 1989, p. 137; GRIGERA NAÓN, Horacio, «*Arbitration and Latin America: Progress and Setbacks. 2004 Freshfields Lecture*», en: *Arbitration International*, Volume 21, N° 2, 2005, p. 153; FRUTOS PETERSON, Claudia, *L'émergence de l'arbitrage commercial international en Amérique latine: l'efficacité de son droit*, Logiques Juridiques, L'Harmattan, Paris, 2003; CONEJERO ROOS, Cristián, «El impacto de la Ley de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional en América Latina: un análisis comparativo»; BLACKBAY, Nigel; LINDSEY, David y SPINILLO, Alessandro, *International Arbitration in Latin America*, Kluwer Law International, 2004; MANTILLA-SERRANO, Fernando, «*Le traitement législatif de l'arbitrage en Amérique latine (quelques réformes récentes)*», en: *Revue de l'arbitrage*, N° 3, 2005, p. 561.

(8) Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. Gaceta Oficial, N° 4.832, Extraordinario del 29 de diciembre de 1994.

de la Convención de Nueva York⁽⁹⁾ sobre el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros.⁽¹⁰⁾

3. A pesar de la claridad, la calidad y la idoneidad de nuestro derecho positivo sobre el control judicial del laudo arbitral, la práctica judicial ha demostrado ciertas dificultades en su comprensión. Este problema de distanciamiento entre la realidad legal y la práctica judicial no es ni nuevo ni exclusivo de los tribunales venezolanos.⁽¹¹⁾ Es una dificultad que se presenta en menor o mayor grado en varias jurisdicciones estatales en las que por alguna razón u otra sus tribunales estatales olvidan aplicar las convenciones internacionales del arbitraje comercial internacional o las leyes de arbitraje, o las aplican

(9) Sobre la complementariedad de ambas convenciones internacionales. Ver: OCHOA MUÑOZ, Javier, *ob. cit.*, p. 244; FRUTOS PETERSON, Claudia, p. 81; VAN DEN BERG, Albert, «*The New York Convention 1958 and Panama Convention 1975: Redundancy or Compatibility?*», en: *Arbitration Internacional*, Vol. 3, N° 1, p. 214. Sobre la forma de interpretar y solventar los eventuales conflictos entre convenciones internacionales y algunos casos de la solución de conflictos de convenciones internacionales relativas al arbitraje comercial internacional. Ver: BRIÈRE, Carine, *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, Préface de Patrick Courbe, Bibliothèque de droit privé dirigée par Jacques Ghestin, Tome 347, LGDJ, Paris, 2001, p. 261, N° 365.

(10) También debe hacerse mención a la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1979 (Convención de Montevideo), cuyas normas sobre los laudos arbitrales se aplican en todo lo no previsto por la Convención de Panamá. Sobre este tema. Ver: DE MAEKELT, Tatiana, *Teoría General del Derecho Internacional Privado*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2005, p. 136; Sobre la compatibilidad de la Convención de Montevideo y las otras convenciones internacionales. Ver: FRUTOS PETERSON, Claudia, *ob. cit.*, p. 89; HASCHER, Dominique, «*L'exécution des sentences arbitrales - Conventions de New York, Panama et Montevideo*», en: *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, Paris, 1996, p. 107.

(11) Sobre este tema ver GAILLARD, Emmanuel, «*L'interférence de du siège dans le déroulement de l'arbitrage*», en: *Liber Amicorum Claude Reymond. Autour de l'arbitrage*, Litec, Paris, 2004, p. 83; GRIGERA NAON, Horacio, «*ICC Arbitration and Courts of Law: Practical Experiences in Latin America*», en: *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century. Liber Amicorum Karl-Heinz Bökstiegel*, 2001, p. 231; CREMADES, Bernardo, «*Latin American Courts and International Arbitration*», en *7th IBA International Arbitration Day* (Publicado en *Revista de Arbitragem e Mediação* N° 3, Año 1 setembro- dezembro, São Paulo, 2004, p. 20); VAN DEN BERG, Albert, «*Refusal of Enforcement under the New York Convention of 1958: the Unfortunate Few*», en: *Special Supplement ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Paris, 1999, p. 75.

erróneamente anulando injustamente el laudo arbitral o denegando ilegítimamente su ejecución. Las soluciones desde un punto de vista de derecho interno y de arbitrajes domésticos parecen indicar que la única vía para solventar estas situaciones es la de trabajar conjuntamente con los tribunales estatales en la difusión y el estudio del derecho del arbitraje comercial. No sucede lo mismo en materia de arbitrajes internacionales en los que deben aplicarse los instrumentos internacionales del arbitraje comercial internacional. El que un tribunal estatal decida ejercer un control sobre un laudo arbitral internacional sin apearse a estos instrumentos tiene otras consecuencias y soluciones derivadas del derecho internacional que se manifiestan, por ejemplo, en la limitación de los efectos internacionales de la anulación en el lugar del arbitraje.⁽¹²⁾

En Venezuela la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha demostrado algunas dificultades en la comprensión del tema que merecen atención.⁽¹³⁾ A pesar de lo que a justo título pueda pensarse o lamentarse, por accidentes jurisprudenciales como los que representan los casos *Venezolana de Televisión, C.A. c/ Electronica Industriale SPA*⁽¹⁴⁾ y *Consortio Barr C.A. c/ Four Seasons Caracas S.A. y otros*,⁽¹⁵⁾ y sobre los cuales volveremos más adelante, puede afirmarse que la

(12) En este sentido, FOUCHARD, Philippe, GAILLARD, Emmanuel y GOLDMAN, Berthold. *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, Paris, 1996, p. 928, N° 1595; FOUCHARD, Philippe, «*La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine*», en: *Revue de l'arbitrage*, 1997, p. 329; PAULSSON, Jan, «*Enforcing Arbitral Awards notwithstanding a Local Standard Annulment*», en: *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, May, Paris, 1998, p. 14, ZULETA, Eduardo, «El reconocimiento y ejecución de laudos anulados», en *De Acuerdo*, N° 7, Bogotá, 2002, p. 64.

(13) GUERRA HERNÁNDEZ, Víctor Hugo, «Evolución del Arbitraje Comercial Interno e Internacional» (Coord. Irene de Valera), *ob. cit.*, 2005.

(14) Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia N° 1.981 del 16 de octubre de 2001, en el juicio de *Venezolana de Televisión, C.A. c/ Eleetronica Industriale SPA*, con ponencia del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz.

(15) Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia N° 2.635 del 19 de noviembre de 2004, en el juicio de *Consortio Barr, C.A. c/ Four Seasons Caracas, S.A. y otros*, con ponencia de la Magistrada Carmen Zuleta de Merchán.

jurisprudencia de la Sala Constitucional ha sido en términos generales favorable al arbitraje. En este sentido, la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha demostrado una gran madurez conceptual al desarrollar el tema de la constitucionalización del arbitraje en nuestro ordenamiento jurídico. No podría ser de otra forma. En nuestro ordenamiento jurídico el derecho al arbitraje es un derecho constitucional, no sólo por la referencia al principio de la tutela jurisdiccional efectiva que recoge el artículo 26 constitucional, sino porque la Constitución de 1999 expresamente constitucionalizó, en sus artículos 253 y 258,⁽¹⁶⁾ ese derecho como parte integrante del Sistema de Justicia pero fuera del Poder Judicial.

4. Los problemas de comprensión a los que hacíamos referencia se presentan en las interpretaciones de la Sala Constitucional sobre las relaciones entre los principios esenciales del arbitraje comercial y el derecho constitucional venezolano a la hora del control judicial del laudo arbitral. Por ello, un análisis minucioso de las sentencias de la Sala Constitucional que desarrollan los conceptos relativos al derecho arbitral y constitucional nos llevarán a distinguir entre los argumentos relativos a la constitucionalización del derecho al arbitraje de los referentes al control judicial del laudo. En este sentido,

(16) Artículo 253.- La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos o ciudadanas y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley.

Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias.

El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados para el ejercicio.

Artículo 258.- La ley organizará la justicia de paz en las comunidades. Los jueces o juezas de paz serán elegidos o elegidas por votación universal, directa y secreta, conforme a la ley.

La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos.

debemos decir que los primeros gozan de una gran madurez y solidez teórica, no así los segundos. En cuanto a los primeros debe elogiarse que la Sala Constitucional haya reconocido el carácter jurisdiccional de la misión contractual de los árbitros,⁽¹⁷⁾ que a pesar de ese carácter jurisdiccional el arbitraje forma parte del Sistema de Justicia pero no por ello del Poder Judicial que representa otra cara de la jurisdicción,⁽¹⁸⁾ que no hay ninguna relación de superioridad de la

(17) «La justicia alternativa (...) es ejercida por personas cuya finalidad es dirimir conflictos, de una manera imparcial, autónoma e independiente, mediante un proceso contradictorio; produce sentencias (...) que se convierten en cosa juzgada, ejecutables (...), y por tanto es parte de la actividad jurisdiccional, pero no por ello pertenece al poder judicial, que representa otra cara de la jurisdicción». Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia N° 1.139 del 5 de octubre de 2000, en el juicio de *Héctor Luis Quintero Toledo*, con ponencia de la Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero.

También: «La función jurisdiccional se adelanta mediante el Poder Judicial y los medios alternativos de justicia, quienes conocerán los asuntos que la ley les señala. El arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos, como parte de los medios alternativos, también forman parte de la jurisdicción, siempre que realicen la justicia mediante un proceso legalmente contemplado o permitido... La organización legal de la función jurisdiccional determina la jurisdicción venezolana (...), la cual se ejerce tanto por el Poder Judicial como por la justicia alternativa. Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia N° 1.393 del 7 de agosto de 2001, en el juicio de *Fermín Toro Jiménez y otro c/ Convenio entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de los Estados Unidos de América con el objeto de evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión Fiscal en materia de Impuesto sobre la Renta y sobre el Patrimonio*, con ponencia de la Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero.

(18) «No puede considerarse que esta forma (la alternativa) de ejercicio de la jurisdicción, esté supeditada a la jurisdicción ejercida por el poder judicial, por lo que a pesar de su naturaleza jurisdiccional, estos tribunales actúan fuera del poder judicial... La justicia alternativa ... es parte de la actividad jurisdiccional, pero no por ello pertenece al poder judicial, que representa otra cara de la jurisdicción». Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia N° 1.139 del 5 de octubre de 2000, en el juicio de *Héctor Luis Quintero Toledo*, con ponencia de la Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero.

Ver también: «En efecto, estima esta Sala que la anterior aseveración constituye un error por cuanto es la propia Carta Fundamental la que incorpora los medios alternativos de resolución de justicia, dentro de los cuales obviamente se ubica el arbitraje, al sistema de justicia». Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia N° 186 del 14 de febrero de 2001, en el juicio de *Fermín Toro Jiménez y otro*

justicia alternativa frente a la jurisdicción estatal ni viceversa⁽¹⁹⁾ y que existe en Venezuela un deber constitucional de promover el arbitraje,⁽²⁰⁾ tanto los nacionales como los internacionales porque en virtud de nuestras normas legales, constitucionales y convencionales, Venezuela acepta que tribunales «arbitrales situados fuera del país, administren justicia en determinadas áreas». ⁽²¹⁾ Todas estas interpretaciones han sido reiteradas una y otra vez a lo largo de los últimos años. ⁽²²⁾

c/ Ley de Promoción y Protección de Inversiones, con ponencia de la Magistrado Antonio García García.

«Del anterior criterio jurisprudencial resulta evidente que al no pertenecer los árbitros a que hace referencia la Ley de Arbitraje Comercial, al poder judicial (a pesar de estar comprendidos dentro del sistema judicial como órganos alternativos de solución de controversias. Artículos 253 y 258 de la Constitución de 1999)...». Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia N° 827 del 23 de mayo de 2001, en el juicio de *Grupo Inmensa, C.A. y Corporación de Metales y Esmaltes Valencia, C.A. (Coresmalt)*, con ponencia del Magistrado Iván Rincón Urdaneta.

- (19) «No puede considerarse que esta forma (la alternativa) de ejercicio de la jurisdicción, esté supeditada a la jurisdicción ejercida por el poder judicial». Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia N° 1.139 del 5 de octubre de 2000, en el juicio de *Héctor Luis Quintero Toledo*, con ponencia de la Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero.
- (20) «Se hace necesario analizar los artículos impugnados, arriba transcritos, a la luz de las normas contenidas en los artículos 253 y 258 de la Carta Fundamental, debido a que son estas últimas las que de una manera acertada y armónica reconocen e incorporan los medios alternativos de conflictos, como parte integrante del sistema de justicia patrio y, aunado a ello, establece una directriz a los órganos legislativos a los fines de que éstos promuevan al arbitraje, conciliación, mediación y demás vías alternativas para solucionar las controversias... Así las cosas, de la lectura de la normativa constitucional bajo examen se evidencia que, tal como lo señaló la representación judicial de la república en su escrito de informes, el arbitraje –nacional e internacional– está admitido en nuestra legislación como parte integrante del sistema de justicia». Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia N° 186 del 14 de febrero de 2001, en el juicio de *Fermín Toro Jiménez y otro c/ Ley de Promoción y Protección de Inversiones*, con ponencia de la Magistrado Antonio García García.
- (21) Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia N° 1.393 del 7 de agosto de 2001, en el juicio de *Fermín Toro Jiménez y otro c/ Convenio entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de los Estados Unidos de América con el objeto de evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión Fiscal en materia de Impuesto sobre la Renta y sobre el Patrimonio*, con ponencia de la Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero.
- (22) Sin ánimos de exhaustividad hacemos referencia a las reiteraciones expresas a alguno o algunos de los casos anteriores en las siguientes decisiones: Tribunal Supremo de

5. El fundamento teórico y la coherencia de los argumentos de la Sala Constitucional que desarrollan los conceptos relativos a la constitucionalización del derecho del arbitraje contrastan fuertemente con sus argumentos relativos al control judicial del laudo arbitral y en consecuencia con la figura del juez de control del arbitraje. En este sentido, de un estudio detallado de las líneas de pensamiento que se reflejan en las sentencias de la Sala Constitucional percibimos que los magistrados, después de desarrollar los argumentos introductorios al tema de la constitucionalización del derecho del arbitraje, parecieran perder el rumbo en la transición argumentativa que implica conciliar esa constitucionalización del arbitraje con los principios esenciales del arbitraje comercial y la protección constitucional que ellos, como Sala Constitucional, tienen el deber de garantizar. En lo relativo al control judicial del laudo arbitral, la consecuencia directa de esa dificultad ha generado una situación de contradicción que en nada se compagina con nuestro derecho positivo. Una de estas contradicciones ha llevado a la Sala Constitucional a caer en el error de hablar de un supuesto control constitucional de los laudos arbitrales, y en consecuencia ha incurrido en el error de admitir que un laudo arbitral nacional o internacional pueda ser impugnado a través de los mecanismos específicos de la protección

Justicia, Sala Constitucional, Sentencia N° 827 del 23 de mayo de 2001, en el juicio de *Grupo Inmensa, C.A. y Corporación de Metales y Esmaltes Valencia, C.A. (Coresmalt)*, con ponencia del Magistrado Iván Rincón Urdaneta; Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia N° 1.981 del 16 de octubre de 2001, en el juicio de *Venezolana de Televisión C.A. c/ Electronica Industriale S.P.A.*, con ponencia de la Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz; Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia N° 2.731 del 18 de noviembre de 2001, en el juicio de *Michele Reino Maffia*, con ponencia de la Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz; Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia N° 3.098 del 14 de diciembre de 2004, en el juicio de *Asociación Civil Consorcio Justicia.*, con ponencia de la Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz; Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia N° 572 del 22 de abril de 2005, en el juicio de *Construcciones Industriales Martorana, C.A.*, con ponencia de la Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero; Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia N° 174 del 14 de febrero de 2006, en el juicio de *Corporación Todosabor C.A. c/ Haagen Dazs Internacional Shoppe Company INC*, con ponencia de la Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero.

constitucional, como el recurso de amparo constitucional, cuando el sistema venezolano del arbitraje comercial ha consagrado el recurso de nulidad contra el laudo arbitral como el *único* recurso contra un laudo arbitral.

Lo anterior no es sino un reflejo de la profunda complejidad teórica que presenta la conciliación y la búsqueda de los equilibrios necesarios entre el respeto de los principios esenciales del arbitraje comercial y la garantía efectiva del respeto de los derechos constitucionales. Pero el simple hecho de que la Sala Constitucional deje abierta esta posibilidad de examen del laudo arbitral genera serias preocupaciones porque, por un lado, admitir el control constitucional del laudo puede abrir una puerta a una revisión de fondo del laudo arbitral, lo cual es incompatible con el sistema venezolano e internacional del arbitraje comercial, y por el otro, porque admitir que un laudo arbitral pueda ser impugnado a través de un recurso de amparo constitucional es abrir la puerta a la impugnación del mismo por medios distintos a los previstos por los instrumentos nacionales e internacionales del arbitraje comercial quebrantando la coherencia del sistema del arbitraje comercial que mencionábamos anteriormente. La Sala Constitucional ha demostrado una gran capacidad para lograr un sano equilibrio entre la protección constitucional y las dinámicas de la «economía internacional»,⁽²³⁾ el arbitraje comercial no puede convertirse en una excepción.

⁽²³⁾ En el caso de *Fermín Toro Jiménez y otro c/ Convenio entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de los Estados Unidos de América con el objeto de evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión Fiscal en materia de Impuesto sobre la Renta y sobre el Patrimonio*, la Sala Constitucional hizo prueba de su capacidad de análisis por encima de conceptos obtusos y obstinados sobre la protección constitucional. Algunos pasajes de esta sentencia servirán para formar una idea sobre lo que es capaz de hacer la Sala Constitucional: «Para decidir la denunciada inconstitucionalidad de los artículos 11, 11^a y 12 del Convenio por ser violatorios de los artículos 301 y 316 constitucionales, así como una denuncia velada de que el Convenio es impugnabile «de principio a fin», es necesario que previamente la Sala haga unas consideraciones generales para entender los objetivos perseguidos por el Convenio en la economía internacional. A) El fenómeno llamado de la globalización o mundialización de la economía, que permite inversiones o traslados de capitales del territorio de unos países a otros, por los residentes de dichos países, ha intensificado el problema de

En todo caso, la preocupación es latente y la discusión teórica que plantea la Sala Constitucional en materia de arbitraje comercial es verdaderamente interesante. Después del accidente jurisprudencial del caso *Consortio Barr, C.A. c/ Four Seasons Caracas, S.A. y otros*, y que tanto daño ha causado a la reputación y al buen desempeño de la jurisdicción venezolana en relación al arbitraje comercial, la Sala Constitucional pareciera haber tomado una pausa para reevaluar sus criterios y seguir adelante, evolucionando hacia un sistema racional del control judicial del laudo arbitral sin menoscabar ni los princi-

la doble imposición de las rentas de todos aquellos individuos y empresas que trabajan o invierten más allá de los límites de sus países de origen, por el ejercicio concurrente de los poderes soberanos de imposición fiscal de los Estados de procedencia, de tránsito y de recepción de esas actividades o inversiones. Esta doble imposición genera difíciles cuestiones no sólo en el ámbito interno por el imperativo constitucional de realizar la justa distribución de las cargas públicas entre los habitantes de cada nación (equidad interindividual), sino también por la exigencia de asegurar la justicia económica entre las naciones, que por sus vínculos con esos individuos, empresas, actividades o inversiones, tienen la legítima pretensión de imponer tributos a las rentas generadas por ellos (equidad entre naciones). Así los límites dentro de los cuales un Estado puede ejercer su poder de imposición e identificar a sus contribuyentes es mucho más que un asunto interno, para configurar una distribución de competencia fiscal entre Estados para gravar rentas y obtener ingresos públicos. Por esta razón, la doble imposición y los mecanismos que la combaten deben ser enfocados desde una doble perspectiva: nacional e internacional. El enfoque unilateral del tema daría lugar a distorsiones interesadas del mismo y no conduciría a una solución integralmente justa y equitativa, capaz de lograr las relaciones armónicas y el desarrollo común de los pueblos, y podría resultar sumamente injusta al permitirle a las personas que trasladan sus capitales o globalicen sus inversiones, imponerles pesadas cargas tributarias no sólo en el país de origen, sino donde quiere que vayan... La solución de este grave fenómeno, contrario al desarrollo del permitido legalmente intercambio económico internacional, y perjudicial para todas las naciones e individuos, exige –afortunadamente a falta de una autoridad mundial única– que todos los Estados integrantes de la comunidad internacional hagan concesiones en sus pretensiones de gravar las rentas derivadas de ese masivo y cada vez más extendido intercambio, a través de la adopción de medidas unilaterales, bilaterales o multilaterales, encaminadas a armonizar el ejercicio soberano del poder de imposición». Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia N° 1.393 del 7 de agosto de 2001, en el juicio de *Fermín Toro Jiménez y otro c/ Convenio entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de los Estados Unidos de América con el objeto de evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión Fiscal en materia de Impuesto sobre la Renta y sobre el Patrimonio*, con ponencia de la Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero.

pios esenciales del arbitraje comercial ni los principios inherentes a la protección constitucional. El estudio de los criterios de la Sala Constitucional, nos permitirá plantear y explorar la *evolución* de las discusiones teóricas que se han planteado y sus desarrollos (A), con la intención de proyectar y acompañar científicamente esas nuevas líneas de pensamiento hacia el *futuro* (B).

A. EVOLUCIÓN DEL SISTEMA: DEL CASO *VENEZOLANA DE TELEVISIÓN C.A. c/ ELECTRONICA INDUSTRIALE S.P.A.*, AL CASO *CORPORACIÓN TODOSABOR C.A. c/ HAAGEN DAZS INTERNATIONAL SHOPPE COMPANY INC.*

6. El cambio de la irracionalidad a la racionalidad en el empleo del derecho constitucional y su relación con el control judicial del laudo arbitral es muy significativo. Los primeros análisis jurisprudenciales de nuevos conceptos generalmente son ambiguos y poco precisos. Esto se debe a la cautela en la exploración de las nuevas instituciones. La jurisprudencia de la Sala Constitucional en materia de control judicial del laudo arbitral pareciera estar dejando atrás esos caminos de ambigüedades e imprecisiones aproximándose con gran destreza y claras concepciones a lo que dentro del sistema venezolano del arbitraje comercial significa el juez de control del arbitraje, y el control judicial que ejerce sobre el laudo arbitral.

Existe en nuestro medio una idea generalizada según la cual las dificultades de la Sala Constitucional y el arbitraje comercial comenzaron a partir de la sentencia del 16 de octubre de 2001 en el caso de *Venezolana de Televisión C.A. c/ Electronica Industriale S.P.A.* Esta idea tiene una parte cierta y otra que no lo es. Ciertamente, es la primera vez que la Sala Constitucional se enfrentaba a un recurso de amparo constitucional en materia de arbitraje comercial internacional. Sin embargo, la motivación de la sentencia no hace sino retomar y desarrollar las ideas de las primeras exploraciones de la Sala Constitucional sobre la materia. Sin duda alguna, la atención de la doctrina sobre estas primeras sentencias se limitó al enaltecimiento de los aspectos positivos de las mismas y no a la crítica de sus contenidos ambiguos e imprecisos. En todo caso, estas ambigüedades e imprecisiones

parecieran estar siendo superadas por un movimiento jurisprudencial promovido por la nueva Presidenta de la Sala Constitucional, Magistrada Luisa Estella Morales Lamuño en un interesante tándem con el Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero y del cual, la sentencia del caso *Corporación Todosabor C.A. c/ Haagen Dazs International Shoppe Company INC.*,⁽²⁴⁾ se presenta como la punta de lanza. El nuevo movimiento se anuncia fuerte y positivo por su racionalidad.

Así pues, la evolución de los criterios sobre los límites del derecho constitucional y sus fronteras con el tema del control judicial del laudo arbitral pareciera marcada por dos momentos. Uno de *irracionalidad*, en el que la interpretación constitucional destruye al arbitraje comercial, representada por el caso *Venezolana de Televisión C.A. c/ Electronica Industriale S.P.A* (1). El segundo momento se caracteriza por una conciliación entre la interpretación constitucional con la ciencia jurídica en materia constitucional que lleva a la Sala Constitucional a racionalizar y afinar sus ideas y concepciones sobre el control judicial del laudo arbitral. Los contenidos y particularidades de la sentencia del caso *Corporación Todosabor, C.A. c/ Haagen Dazs International Shoppe Company INC.*, constituyen el emblema de esa *racionalidad* (2).

1. Del caso *Venezolana de Televisión C.A. c/ Electronica Industriale S.P.A.*, y el uso *irracional* del derecho constitucional

7. Este caso representó el primer contacto directo entre la Sala Constitucional y el arbitraje comercial internacional. En la especie, *Venezolana de Televisión, C.A.*, durante un arbitraje comercial internacional, bajo los auspicios de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y después de haber contestado la demanda arbitral y nombrado al árbitro que le correspondía, decidió utilizar los tribunales venezolanos para entorpecer el funcionamiento del tribunal arbitral. En este sentido, intentó un recurso de amparo constitucional contra el Acta de Misión, un docu-

(24) TSJ/SCO/Nº 174, 14 de febrero de 2006, *Corporación Todosabor C.A. c/ Haagen Dazs International Shoppe Company INC.*, *Boletín del Comité Venezolano de Arbitraje*, 15, 2006, obs. A. De Jesús O.

mento característico de los arbitrajes bajo el Reglamento de Arbitraje de la CCI (Artículo 18), en el cual el Tribunal Arbitral precisa su misión con base en los documentos o en presencia de las partes.⁽²⁵⁾ Con ese recurso pretendía que se suspendiera el procedimiento arbitral. Los supuestos motivos para solicitar el amparo constitucional se circunscribían al alegato de que no estaban siendo juzgados por su juez natural.

Esta era, sin duda alguna, una preciosa oportunidad para que la Sala Constitucional le recordara a Venezolana de Televisión, C.A., que el acuerdo de arbitraje es excluyente de la jurisdicción de los tribunales venezolanos, que el arbitraje es una opción jurisdiccional prevista en la Constitución y en los convenios internacionales ratificados por la república, y que eventualmente, en caso de vicios, podían acudir ante el juez competente del lugar del arbitraje para solicitar la nulidad del laudo arbitral. La Sala Constitucional no aprovechó esta oportunidad para hacer este recordatorio al declarar la inadmisibilidad del recurso. La razón por la que la Sala Constitucional declaró inadmisibile dicho recurso de amparo constitucional es que para el momento en el que iba a dictar su sentencia, el tribunal arbitral dictó el respectivo laudo y Venezolana de Televisión, C.A., ya había intentado el recurso de nulidad al que se refiere el artículo 43 de la LAC. Es decir, la inadmisibilidad del recurso de amparo (ex artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales), no se fundamentó en la incompatibilidad de ese recurso con el sistema venezolano del arbitraje comercial, sino en el argumento de que la recurrente «decidió hacer uso de las vías judiciales ordinarias».

Criticaremos que la Sala Constitucional haya evadido el tema verdaderamente importante y de fondo: que un recurso de amparo

(25) Sobre los contenidos del Acta de Misión, ver: Reglamento de Arbitraje vigente a partir del 1º de Enero de 1998 en www.iccarbitration.com. También, DERAIS, Yves y SCHWARTZ, Eric, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*. Second Edition. Kluwer Law International, 2005, p. 246; CRAIG, W. Laurence, PARK, William y PAULSSON, Jan, *International Chamber of Commerce Arbitration*, Third Edition, International Chamber of Commerce, 2000, p. 273; SCHÄFER, Erik; VERBIST, Herman y IMHOOS, Christophe, *ICC Arbitration in Practice*, Kluwer Law International, 2005, p. 89.

constitucional no puede convertirse en un medio para menoscabar un derecho constitucional como lo es el derecho a la eficacia de la justicia arbitral. En todo caso, la motivación de la sentencia nos llevará a enfocar nuestra atención y contestar dos argumentos sucesivos que reflejan una premisa equívoca y una consecuencia incompatible con el sistema venezolano del arbitraje comercial: que a los tribunales arbitrales les corresponde la obligación de asegurar la integridad de la Constitución (a), y que, por ello, los laudos arbitrales pueden ser objeto de amparo constitucional cuando su ejecución eventualmente tenga lugar en el país (b).

a. *Los árbitros no están llamados a asegurar la integridad de la Constitución*

8. Esta declaración se presenta como una respuesta a un argumento de la Sala Constitucional anterior a la sentencia del caso *Venezolana de Televisión C.A. c/ Electronica Industriale S.P.A.* De hecho, la sentencia hace la cita expresa a la decisión del caso *Fermín Toro Jiménez y otro c/ Convenio entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de los Estados Unidos de América con el objeto de evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión Fiscal en materia de Impuesto sobre la Renta y sobre el Patrimonio*. En esta última, la Sala Constitucional estableció que «los Tribunales que ejercen la jurisdicción venezolana así sean parte de la justicia alternativa en la forma señalada, imperativamente les corresponde la obligación de asegurar la integridad de la Constitución, así se trate de una justicia alternativa de equidad (el artículo 334 constitucional no hace diferencias)». Lamentaremos que la Sala Constitucional no haya advertido en esta oportunidad, que el criterio que citaba se refería a las decisiones de los jueces de paz y no a los laudos arbitrales. Pero sigamos adelante.

De una simple lectura de la cita de la sentencia de la Sala Constitucional podemos detectar un error conceptual inicial. Ese error la lleva a concluir que los árbitros deben asegurar la integridad de la Constitución. Para evitar el riesgo de perdernos en la discusión teórica revelaremos y contestaremos este error conceptual inicial y los errores que consecuencialmente implican sus desarrollos. En este sentido, el error consiste en considerar que los árbitros «ejercen la juris-

dicción venezolana» (i), y que, por ello, tendrían la obligación de aplicar la Constitución (ii).

i. *Los árbitros no «ejercen la jurisdicción venezolana»*

9. Para poder entender la frase de la Sala Constitucional en su justa dimensión es necesario hacer un esfuerzo de terminología jurídica que, como veremos, no se trata de pura semántica: ¿Qué quiere decir «ejercer la jurisdicción venezolana»? «Ejercer la jurisdicción venezolana» no quiere decir nada. Pero seguramente con esta frase la Sala Constitucional quiso hacer referencia a la función jurisdiccional que ejercen los tribunales venezolanos. Un primer llamado de atención nos llevará a recordar que la función jurisdiccional consiste en «resolver, por solicitud de una parte, y por una persona neutral, bien sea un árbitro o un juez, los litigios entre dos o más individuos».⁽²⁶⁾ Un segundo llamado de atención nos llevará a advertir que en algunas áreas del derecho, generalmente en el ámbito del derecho internacional suele utilizarse la expresión «jurisdicción venezolana» como sinónimo de «tribunales estatales venezolanos», lo que en la terminología constitucional venezolana son los «jueces o juezas de la República». Ya volveremos sobre esto último. Por ahora veamos por qué la jurisdicción, en términos de función jurisdiccional no implica ni hace alusión a ningún órgano o grupo de órganos.⁽²⁷⁾

En la antigüedad, la función jurisdiccional podía ser asimilada a la función que ejercían los órganos jurisdiccionales del Estado. De ahí que los autores de la vieja escuela del derecho procesal definan la jurisdicción como una «función pública». Naturalmente, esto llevaba a una visión *orgánica* del concepto de jurisdicción: los únicos entes que tenían poderes jurisdiccionales eran los *órganos* jurisdiccionales

(26) D'AMBRA, Dominique, *L'objet de la fonction juridictionnelle: dire le droit et trancher les litiges*, Préface de Georges Wiederkehr, Bibliothèque de droit privé dirigée par Jacques Ghestin, Tome 236, LGDJ, Paris, 1994, p. 313.

(27) BOUCOBZA, Isabelle, *La fonction juridictionnelle. Contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, Préface de Michel Troper, Nouvelle Bibliothèque de thèses, Dalloz, Paris, 2005, p. 107, N° 123.

del Estado. Esta visión ha sido completamente desplazada en los tiempos modernos. La Constitución venezolana es una prueba fiel de esta evolución y, en este sentido, ha desplazado la tesis orgánica de la jurisdicción hacia una concepción *funcional* de la misma. La exposición de motivos de la Constitución venezolana no podría ser más reveladora: «Asimismo, siendo que la administración de justicia no es monopolio exclusivo del Estado aunque sólo éste puede ejercer la tutela coactiva de los derechos, es decir, la ejecución forzosa de las sentencias, la Constitución incorpora al sistema de justicia a los ciudadanos que participan en el ejercicio de la *función jurisdiccional* integrando jurados o cualquier otro mecanismo que la ley prevea... Por otra parte, se incorporan al sistema de justicia, los medios alternativos para la resolución de controversias, tales como el arbitraje, la mediación y la conciliación» (subrayado y bastadillas nuestras). La Sala Constitucional ha hecho un gran trabajo de interpretación al destacar la función jurisdiccional de los árbitros advirtiendo que por ello no deben considerarse como parte del Poder Judicial. Ahora sólo falta que extraiga de ese principio todas las consecuencias interpretativas que de él derivan.

10. Los argumentos de la Sala Constitucional parecieran contener signos de la concepción orgánica de la jurisdicción en detrimento de la concepción funcional que consagra nuestra Constitución. Esto la lleva a relacionar la función jurisdiccional de los árbitros con la función jurisdiccional de los tribunales estatales. Esta es la razón por la cual la Sala Constitucional incurre en el error de pensar que los árbitros tienen el deber de asegurar la integridad de la Constitución. Consideramos que la Sala Constitucional debe hacer un mayor esfuerzo de conceptualización sobre la naturaleza y la función de los tribunales arbitrales. En este sentido, debe entender que los tribunales arbitrales y los tribunales estatales son dos cosas distintas y que por ello no puede pretender aplicar a los primeros las reglas de los segundos. Se hace necesario un importante esfuerzo de abstracción y evitar aproximarse a lo desconocido (la justicia arbitral) a través de lo conocido (la jurisdicción estatal). Este esfuerzo permitirá comprender por qué los tribunales arbitrales no tienen la obligación de asegurar la integridad de la Constitución, como sí deben hacerlo los tribunales estatales.

El artículo 334 de la Constitución establece que «*Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de la Constitución*» (Destacado nuestro).⁽²⁸⁾ El dispositivo no podría ser más preciso: la obligación de asegurar la integridad de la Constitución no le corresponde a los árbitros, le corresponde a «*todos los jueces o juezas de la República*» (Constitución, Artículo 334). En la sentencia antes referida, la Sala Constitucional estimó que el artículo 334 no hace diferencia entre tribunales arbitrales y tribunales estatales, pero esa es una argumentación quimérica e ilusoria. El tema no es de saber si el referido artículo hace o no distinción entre tribunales estatales o arbitrales, el tema de fondo es que se dirige a «*todos los jueces o juezas de la República*» y los árbitros no son ni jueces ni juezas de la República. No debe desviarse la atención sobre el problema de fondo. Como bien sabemos (Constitución, Artículo 253) y como también lo sabe muy bien la Sala Constitucional,⁽²⁹⁾ los tribu-

(28) «Artículo 334.- Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de esta Constitución.

En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aún de oficio, decidir lo conducente.

Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquella.»

(29) «No puede considerarse que esta forma (la alternativa) de ejercicio de la jurisdicción, esté supeditada a la jurisdicción ejercida por el poder judicial, por lo que a pesar de su naturaleza jurisdiccional, estos tribunales actúan fuera del poder judicial... La justicia alternativa ... es parte de la actividad jurisdiccional, pero no por ello pertenece al poder judicial, que representa otra cara de la jurisdicción». Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia N° 1.139 del 5 de octubre de 2000, en el juicio de *Héctor Luis Quintero Toledo*, con ponencia de la Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero.

Ver también: «En efecto, estima esta Sala que la anterior aseveración constituye un error por cuanto es la propia Carta Fundamental la que incorpora los medios alternativos de resolución de justicia, dentro de los cuales obviamente se ubica el arbitraje, al sistema de justicia». Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional,

nales arbitrales forman parte del «Sistema de Justicia», pero no del «Poder Judicial», porque ellos –retomando una frase de la Sala Constitucional– «representan otra cara de la jurisdicción».

Los árbitros no forman parte del Poder Judicial venezolano, no son representantes del Estado y su función jurisdiccional no proviene del Estado. Sus obligaciones y su función jurisdiccional deriva del acuerdo de las partes. Ellos tienen únicamente la obligación contractual de cumplir lo que las partes le soliciten en los términos en los que las partes se lo soliciten. No tienen ninguna otra obligación, por ello no están llamados a asegurar la integridad de la Constitución. Asegurar la integridad de la Constitución es un deber de los tribunales estatales, de los tribunales que sí «ejercen la jurisdicción venezolana».

ii. *Los árbitros no tienen la obligación de aplicar la Constitución*

11. Esto último puede resultar chocante en una primera lectura. ¿Cómo es posible que un tribunal arbitral, que toma decisiones que pueden ser ejecutadas en Venezuela, no tenga la obligación de aplicar la Constitución? Ante esta pregunta, pueden haber dos tipos de reacciones, la primera reacción será naturalmente de terror y de rechazo porque rompe paradigmas y los esquemas conocidos; la segunda reacción, menos emocional y más inteligente, nos llevará a preguntarnos: ¿cómo es posible? o ¿es verdaderamente posible? En un análisis jurídico no hay lugar para estudiar los ataques de histeria, así que evitaremos todo comentario acerca de la primera reacción. Nos concentraremos en la segunda, la jurídica.

Sentencia N° 186 del 14 de febrero de 2001, en el juicio de *Fermín Toro Jiménez y otro c/ Ley de Promoción y Protección de Inversiones*, con ponencia de la Magistrado Antonio García García.

«Del anterior criterio jurisprudencial resulta evidente que al no pertenecer los árbitros a que hace referencia la Ley de Arbitraje Comercial, al poder judicial (a pesar de estar comprendidos dentro del sistema judicial como órganos alternativos de solución de controversias. Artículos 253 y 258 de la Constitución de 1999)...». Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia N° 827 del 23 de mayo de 2001, en el juicio de *Grupo Inmensa C.A. y Corporación de Metales y Esmaltes Valencia C.A. (Coresmalt)*, con ponencia del Magistrado Iván Rincón Urdaneta.

Esta discusión exige un máximo de claridad. Los árbitros no tienen la obligación de aplicar la Constitución como la tienen los jueces estatales. Los árbitros tienen la obligación de tomar una decisión para resolver un problema que le hayan sometido las partes de acuerdo al derecho que ellas hayan escogido. Los árbitros no pueden salirse de las obligaciones contractuales que les impone el contrato de árbitro, los excesos son susceptibles de ser anulados o no reconocidos y son susceptibles de generar su responsabilidad contractual. Los poderes de los árbitros encuentran su razón en la voluntad de las partes. Por ello, los árbitros tampoco deben caer en la tentación de creerse jueces estatales. Su deber es tomar la decisión en los términos solicitados por las partes y no preservar la integridad de ningún ordenamiento jurídico. La preservación de la integridad del ordenamiento jurídico es un deber exclusivo de los tribunales estatales del país del que se trate. Los tribunales arbitrales cumplen su misión al dictar el laudo arbitral después de haber seguido el procedimiento al que desearon someterse las partes. Sin embargo, es necesario plantear estos argumentos en el estudio de la aplicación de las normas imperativas por los árbitros y plantearnos la posibilidad de que haya normas imperativas en la Constitución, entendidas éstas últimas desde un punto de vista funcional⁽³⁰⁾ y no en los términos estrictos

(30) También el arbitraje comercial, la norma imperativa [*loi de police*] sigue constituyendo una derogación a la aplicación de la ley normalmente competente en virtud de una regla de conflicto, aunque se haga referencia a la ley de la autonomía. Si bien el mecanismo conflictual se ve relajada ante el árbitro, y que ciertamente el método de las normas imperativas necesita algunas adaptaciones cuando se aplica al arbitraje, la definición retenida de la noción y el método de las normas imperativas extranjeras siguen siendo, por lo esencial, aplicables. De este modo, una concepción comprensiva de la noción es particularmente justificada en el marco del arbitraje internacional. La dimensión internacional y universal del arbitraje implica ir más allá de las querellas, especialmente de vocabulario, y las particularidades locales, a fin de poder apreciar totalmente el fenómeno. Hay que agregar que, sobre un plano metodológico, el problema que se le plantea al árbitro se asemeja al de la aplicación de las normas imperativas extranjeras por los jueces estatales. En efecto, sin foro, el árbitro percibe todas las leyes y dentro de ellas las normas imperativas, como extranjeras». Traducción libre de SERAGLINI, Christophe, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Préface de Pierre Mayer, Nouvelle bibliothèque de thèses, N° 3, Dalloz, Paris, 2001, p. 2.

del artículo 10⁽³¹⁾ de la Ley de Derecho Internacional Privado («LDIP»).⁽³²⁾ Los árbitros, por no estar llamados a asegurar la integridad de ningún ordenamiento jurídico, no tienen la obligación de aplicar las normas imperativas, aunque esto no quiera decir se vean impedidos en ciertos casos a tomarlas en consideración.⁽³³⁾ Sin embargo, los árbitros tienen que encontrar un equilibrio entre, por un lado, el respeto del contrato y las intenciones de las partes, y por el otro, evitar dictar un laudo susceptible de ser anulado.⁽³⁴⁾ La aproximación a esta cuestión dependerá necesariamente de la filosofía que retengamos sobre el arbitraje, especialmente en materia internacional.⁽³⁵⁾

12. Evidentemente esto no quiere decir que los distintos países deban aceptar y ejecutar decisiones que constituyan violaciones al orden público. La LAC y los instrumentos internacionales del arbitraje comercial internacional se oponen a ello y es por esto que establecen expresamente la posibilidad de anular un laudo arbitral y o de denegar su reconocimiento y ejecución por violar el orden público. La cuestión que sigue es necesariamente la de determinar cual es el criterio de orden público en los términos de los distintos instrumentos aplicables.⁽³⁶⁾

(31) Ver: ROMERO, Fabiola, «La Norma de Aplicación Inmediata o Necesaria», en: *Ley de Derecho Internacional Privado del 6 de agosto de 1998 (Antecedentes, Comentarios, Jurisprudencia)*, Libro Homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren, Vol. II, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001, p. 217; MADRID MARTÍNEZ, Claudia, «Artículo 10. Normas de Aplicación Necesaria», en: *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada* (Dir. T. De Macketl, I. Esis, C. Resende), Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2005, p. 337; MADRID MARTÍNEZ, Claudia, *La Norma de Derecho Internacional Privado*, Prólogo de Fabiola Romero, Serie Trabajos de Grado, N° 2, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2004, p. 112.

(32) *Ley de Derecho Internacional Privado*, Gaceta Oficial N° 36.511 de 6 de agosto de 1998.

(33) MAYER, Pierre, *Mandatory rules of law in international arbitration*, Kluwer Law International, 2004, p. 13.

(34) *Idem*, p. 20.

(35) SERAGLINI, Christophe, *ob. cit.*, N° 1124, p. 533.

(36) Ver: MAYER, Pierre, «Recommandations de l'association de droit international sur le recours à l'ordre public en tant que motif de refus de reconnaissance ou d'exécution des sentences arbitrales internationales», en *Revue de l'arbitrage*, N° 4, 2002, p. 1061.

Pero como podemos ver, hemos desplazado la discusión de fondo. No se trata de saber si los árbitros tienen o no la obligación de asegurar la integridad de la Constitución a través de su aplicación a los casos concretos a título de norma imperativa. La cuestión de fondo es la de saber cómo deben los tribunales estatales enfrentar una situación en la que consideren que el laudo arbitral es manifiestamente incompatible con el orden público y si la no aplicación de una eventual norma imperativa es una violación del orden público susceptible de enervar la eficacia del laudo arbitral a través del recurso de nulidad o de la oposición a su reconocimiento o ejecución.

La violación al orden público es una causal de nulidad del laudo arbitral y una objeción que permite al juez denegar su reconocimiento y ejecución (LAC, Artículos 44.f y 49.f). Igualmente en materia internacional, si Venezuela es el lugar del arbitraje, el Tribunal Superior podrá anular un laudo arbitral internacional por violación al orden público (LAC, Artículo 44.f) y denegar su reconocimiento y ejecución si esto ha sido solicitado ante un Tribunal de Primera Instancia (LAC, Artículos 48; Convención de Nueva York, Artículo V.2.b; Convención de Panamá, Artículo 5.2.b).

Hemos visto que el argumento según el cual a los árbitros les corresponde la obligación de asegurar la integridad de la Constitución, no tiene ningún fundamento en nuestro ordenamiento jurídico. Esto no tiene por qué sorprender, la Constitución venezolana se encuentra en perfecta concordancia con los principios esenciales del arbitraje comercial. Por ello, se debe tener cuidado con la interpretación de las normas constitucionales y evitar que por elaboraciones personales pasemos de la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de las interpretaciones constitucionales. Por razones similares es que debe rechazarse la interposición de recursos de amparo constitucional en contra de los laudos arbitrales aunque sean susceptibles de ser ejecutados en Venezuela. Si hay violaciones al orden público el recurso de nulidad o la oposición al reconocimiento o ejecución del laudo arbitral son los únicos mecanismos idóneos para hacer frente a estas situaciones.

b. *Los laudos arbitrales no pueden ser objeto de amparo constitucional aunque su ejecución eventualmente tenga lugar en el país*

13. Un recurso de amparo constitucional nunca puede tener como objeto un laudo arbitral. Simplemente no está diseñado para eso. La lógica del recurso de amparo constitucional es la de contar con una vía de recurso especial y extraordinaria para hacer frente a violaciones o amenazas de violaciones a los derechos constitucionales. El sistema venezolano del arbitraje comercial creó mecanismos legales, idóneos y eficaces para hacer frente a las eventuales violaciones a los derechos inherentes a todo proceso. En este sentido, el laudo arbitral carecerá de eficacia si el tribunal arbitral no respetó el debido proceso, el derecho a la defensa, al contradictorio, etc. Todo eso está previsto en la LAC y en las convenciones internacionales vinculantes para el país.

Un laudo arbitral no puede ser reconocido y ejecutado si atenta contra estos principios fundamentales y es precisamente a los jueces estatales a quienes corresponde este examen del laudo arbitral, de conformidad con una técnica específica de la cual carece el recurso de amparo constitucional. El recurso de amparo constitucional, por no contar con la técnica del recurso de nulidad previsto en la LAC desnaturaliza el arbitraje, atenta contra otro derecho constitucional: la eficacia de la justicia arbitral.

El recurso de amparo constitucional contra un laudo arbitral es incompatible con el sistema venezolano del arbitraje constitucional de rango constitucional, legal y convencional (i). De admitirlo se estaría favoreciendo los juicios inútiles y paralelos poniendo en riesgo el derecho a la eficacia de la justicia arbitral. Ciertamente, algunos tribunales venezolanos lo han admitido. Pero lo han hecho por incurrir en el error de asimilar un laudo arbitral a una sentencia judicial (ii).

i. El recurso de amparo constitucional contra un laudo arbitral es contrario al sistema venezolano del arbitraje comercial

14. En concreto, es contrario a la figura del juez del control del arbitraje. Por ello, admitir un amparo constitucional aparte de violar

la normativa legal relativa al control judicial del laudo arbitral, constituye una violación al derecho constitucional a la eficacia del arbitraje y a la tutela jurisdiccional efectiva y, además, en materia de laudos arbitrales extranjeros, la admisión de un recurso de amparo constitucional violaría las obligaciones de la república sobre la materia, derivada de los instrumentos internacionales del arbitraje comercial internacional.

El sistema venezolano del arbitraje comercial creó mecanismos idóneos para la impugnación de los laudos arbitrales y para oponerse a su reconocimiento y ejecución en Venezuela. Esos mecanismos son el recurso de nulidad contra el laudo arbitral (LAC, Artículo 43) y la oposición a la ejecución del laudo arbitral (LAC, Artículo 48; Convención de Nueva York, Artículo V; Convención de Panamá, Artículo 5). Estos mecanismos tienen unas particularidades y técnicas muy precisas que permiten satisfacer y preservar, por un lado, los derechos inherentes a todo proceso y, por el otro, garantizar la confianza, la coherencia y la seguridad del sistema venezolano del arbitraje comercial y el ordenamiento jurídico en general. Un estudio profundo sobre la técnica del control judicial del laudo revelará que el recurso de amparo constitucional no es sólo incompatible con éste, sino absolutamente innecesario.

15. La discusión teórica que plantea la inadmisibilidad del recurso de amparo constitucional contra un laudo arbitral es mayor y requiere de un esfuerzo importante de conceptualización del arbitraje, de sus funciones y de sus necesidades esenciales. La Sala Constitucional ha demostrado dificultades para plantearse la discusión de fondo y ha desviado la atención en argumentos que nada tienen que ver con el arbitraje. En este sentido, ha señalado con preocupación que el arbitraje no constituye un medio de protección de derechos constitucionales y por ello, el acuerdo de arbitraje no excluye la jurisdicción de los tribunales venezolanos en materia de protección de derechos constitucionales.⁽³⁷⁾ Esto constituye una desviación del pro-

(37) «Por tanto, no existe negación expresa de esta Sala al ejercicio del amparo constitucional, ante denuncias de violación de derechos y garantías constitucionales,

blema de fondo porque el arbitraje comercial ni pretende constituirse en un medio de protección de derechos constitucionales ni pretende excluir la jurisdicción de los tribunales venezolanos en materia de protección de derechos constitucionales.

El arbitraje regulado en la LAC está diseñado para resolver conflictos sobre materias disponibles para las partes. Para resolver estos conflictos, el tribunal arbitral debe seguir un procedimiento en el que se respeten los derechos inherentes a todo proceso, derecho a la defensa, derecho al contradictorio, derecho al debido proceso, etc. Todo está garantizado por la LAC y los instrumentos internacionales del arbitraje comercial internacional. Si por cualquier motivo el tribunal arbitral comete errores o arbitrariedades susceptibles de lesionar los derechos de las partes, el propio sistema creó los mecanismos específicos para enfrentarlos. Si hay violaciones por parte del tribunal arbitral, los mecanismos creados por el derecho del arbitraje comercial serán utilizados para anular el laudo arbitral o para denegar su reconocimiento y ejecución. La nobleza y la buena intención de la Sala Constitucional de querer proteger a todos los ciudadanos la ha llevado a buscar remedios constitucionales a problemas que tienen un «remedio legal eficaz e idóneo conformes con la Constitución. Esta constitucionalización de los problemas legales es, como todo exceso, altamente nocivo y en este caso es nocivo para la salud del sistema venezolano del arbitraje comercial y en particular al derecho constitucional al acceso y a la eficacia de la justicia arbitral. Es por

siendo que medie o no un contrato en el cual se prevea el arbitraje, toda vez que éste no constituye un medio de protección constitucional, sino un medio alternativo de solución de conflictos (artículo 257 constitucional) con ocasión –en el presente caso– a una relación de índole contractual, para la cual el arbitraje funciona para hacer valer las obligaciones y derechos contenidos en el contrato celebrado, mas no para proteger derechos y garantías constitucionales de las partes contratantes... De manera que no puede considerarse como lo pretenden la recurrente que, una cláusula contractual que prevea el arbitraje, derogue la competencia de los Tribunales de la República, como órganos del Poder Judicial venezolano, para conocer de las acciones de amparo constitucional»

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia N° 1.529 del 4 de julio de 2002, en el juicio de *Consortio Barr S.A. c/ Four Seasons Caracas C.A.*, con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero.

este motivo que hablamos de un uso irracional del derecho constitucional. El derecho constitucional no sirve ni puede servir para todo, por esto es que son necesarias las leyes.

El recurso de amparo constitucional contra un laudo arbitral atenta contra el derecho constitucional a la eficacia de la justicia arbitral. Y si bien en el pasado este recurso ha sido admitido por algunos tribunales venezolanos es porque que han incurrido en el grave error de tratar a un laudo arbitral como si fuera una sentencia judicial.

ii. *El laudo arbitral no es una sentencia judicial y tiene un régimen de impugnación propio que resulta incompatible con el régimen del amparo constitucional*

16. La tesis de la admisión del recurso de amparo constitucional contra un laudo arbitral reposa sobre otro error de la Sala Constitucional que ha venido reiterándose desde la sentencia del caso *Venezolana de Televisión C.A. c/ Electronica Industriale S.P.A.* Este error consiste en confundir un laudo arbitral con una sentencia judicial. Al respecto, debemos ser categóricos, tanto los laudos arbitrales como las sentencias judiciales son actos jurisdiccionales, pero su estatuto jurídico difiere por la naturaleza jurídica de los órganos de los cuales emanan. Los tribunales estatales son órganos del Estado venezolano, los tribunales arbitrales son simples órganos que se constituyen para cumplir con una misión específica y de naturaleza contractual. Los tribunales estatales administran justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley, mientras que los tribunales arbitrales simplemente toman las decisiones que las partes les soliciten y en los términos en los que se les soliciten.

Hemos visto con gran preocupación que a pesar de estas distinciones fundamentales entre los tribunales estatales y los tribunales arbitrales y las decisiones de cada uno de ellos, la Sala Constitucional ha aplicado erróneamente el Artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales⁽³⁸⁾ para admitir la

(38) «... las decisiones de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional en el caso de autos, puede ser objeto de amparo, de conformidad

posibilidad de un recurso de amparo constitucional contra un laudo arbitral. Este dispositivo establece que «igualmente procede la acción de amparo cuando un Tribunal de la República, actuando fuera de su competencia, dicte una resolución o sentencia u ordene un acto que lesione un derecho constitucional». El citado artículo 4 sólo se aplica a las sentencias judiciales, no a los laudos arbitrales. Insistimos, un tribunal arbitral no es un «Tribunal de la República» y tampoco consigue una aplicación por analogía porque, como bien lo ha dicho la propia Sala Constitucional, el recurso de amparo constitucional contra sentencias judiciales está «revestido de particulares características que lo diferencian de las demás acciones de amparo, así como de las otras vías existentes para atacar los actos emanados de los operadores de justicia».⁽³⁹⁾

17. El arbitraje comercial responde a otra filosofía en virtud de su naturaleza contractual, por ello el régimen del amparo constitucional contra sentencias judiciales no puede ser aplicado por analogía a los laudos arbitrales. La Sala Constitucional estará de acuerdo con esta posición al contrastar los principios básicos del arbitraje comercial en el sistema venezolano con el análisis que ella hace sobre la procedencia de los recursos de amparo constitucional contra sentencias judiciales. En este sentido, la Sala Constitucional, en interpretación del mencionado artículo 4, ha establecido como requisitos de procedencia del recurso de amparo constitucional contra sentencias judiciales: «(i) que el juez que emanó el acto presuntamente lesivo haya incurrido en una grave usurpación de funciones o abuso de poder (incompetencia sustancial); aunado a ello, (ii) que tal proceder ocasione la violación de un derecho constitucional (acto constitucional), lo que implica que no es recurrible por amparo aquella

con el artículo 4º de la Ley de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales» Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia N° 1.981 del 16 de octubre de 2001, en el juicio de *Venezolana de Televisión C.A. c/ Electronica Industrial S.P.A.*, con ponencia del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz.

⁽³⁹⁾ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia N° 3.345 del 20 de diciembre de 2002, en el juicio de *Servicios y Transporte Marinos Maca C.A. c/ Servicios Halliburton de Venezuela S.A.*, con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero.

decisión que simplemente desfavorece a un determinado sujeto procesal; y finalmente, como requisito adicional (iii) que se hayan agotado todos los mecanismos procesales existentes, o que los mismos resulten inidóneos para restituir o salvaguardar el derecho lesionado o amenazado».⁽⁴⁰⁾

Para exponer muy claramente las razones por las cuales el régimen del amparo constitucional contra decisiones judiciales no puede aplicarse por analogía a los laudos arbitrales analizaremos la incompatibilidad de estos tres requisitos de procedencia enunciados por la Sala Constitucional, con los principios esenciales del arbitraje comercial en el sistema venezolano. Los puntos «(i)» y «(ii)» de la sentencia se refieren a lo que la Sala Constitucional llama incompetencia sustancial y que esa incompetencia sustancial ocasione la violación de un derecho constitucional. En el ámbito del arbitraje comercial este supuesto equivale *mutatis mutandi* a que el tribunal arbitral dicte un laudo arbitral sin acuerdo de arbitraje o excediéndose en los límites de su misión contractual. Ahora bien, ¿esto puede constituir una violación a un derecho constitucional? No, lo que puede constituir es una violación del contrato de árbitro, y por ello la decisión será nula y le corresponderá al juez de control del arbitraje anular el laudo arbitral (LAC, Artículos 43 y 44.d) o denegar su reconocimiento o ejecución (LAC, Artículo 48 y 49.d; Convención de Nueva York, Artículo V.1.c; Convención de Panamá, Artículo 5.1.c). Por otro lado, recordemos que en el sistema venezolano del arbitraje comercial el tribunal arbitral tiene el poder para determinar su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje (LAC, Artículos 7 y 25) y que la decisión de los árbitros está sujeta al control del juez de control del arbitraje.⁽⁴¹⁾ El punto «(iii)» se refiere a que se hayan agotado todos los

⁽⁴⁰⁾ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia N° 3.345 del 20 de diciembre de 2002, en el juicio de *Servicios y Transporte Marinos Maca C.A. c/ Servicios Halliburton de Venezuela, S.A.*, con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero.

⁽⁴¹⁾ DE JESÚS O., Alfredo, «Validez y eficacia del acuerdo de arbitraje en el derecho venezolano», *ob. cit.*, N° 108 - 109, p. 127-129.

mecanismos procesales existentes o que los mismos no resulten idóneos para restituir o salvaguardar el derecho lesionado o amenazado. Sobre esto último no tenemos ninguna duda al decir que el sistema venezolano del arbitraje comercial creó mecanismos idóneos para ello: el recurso de nulidad contra el laudo arbitral o la oposición a su reconocimiento o ejecución.

El régimen de impugnación del laudo arbitral es perfecto y responde a las necesidades básicas del arbitraje comercial, por ello el recurso de amparo constitucional contra un laudo arbitral no es sólo inadmisibles, también es innecesario. Pero si vamos un poco más allá, nos daremos cuenta de por qué ese régimen de impugnación del laudo arbitral es perfecto y por qué el recurso de amparo constitucional no puede sustituirse a los mecanismos específicos de impugnación previstos en el derecho venezolano del arbitraje comercial. De manera muy brillante, la Sala Constitucional ya se ha embarcado en esa vía.

2. Al caso *Corporación Todosabor C.A. c/ Haagen Dazs International Shoppe Company INC*, y el uso racional del derecho constitucional

18. El caso *Corporación Todosabor C.A. c/ Haagen Dazs International Shoppe Company INC*, es emblemático por sus contenidos y sus mensajes. El mismo se inscribe dentro de un movimiento jurisprudencial de la Sala Constitucional liderado por su Presidenta, Magistrada Luisa Estella Morales Lamuño en un interesante tándem con el Vicepresidente de la Sala, Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero. La tendencia de este nuevo movimiento se inclina hacia la consolidación y fortalecimiento de la institución del juez de control del arbitraje. El movimiento se presenta en dúo a través de ponencias del segundo y votos salvados de la primera. Pero no se tratan de simples votos salvados. Por el contrario, los votos salvados de la Presidenta Morales Lamuño, tanto en el fondo como en la forma, se presentan con solidez como las nuevas líneas jurisprudenciales de la Sala Constitucional. Afortunadamente y como veremos más adelante, las directrices de la Presidenta Morales Lamuño han tenido un impacto inmediato en la doctrina venezolana y en la jurisprudencia de los tribunales de instancia. La autoridad científica de sus reflexiones son

irrebatibles y su expresión a través de mensajes a los tribunales de instancia pareciera implicar una transición entre la irracionalidad en el empleo del derecho constitucional por la Sala Constitucional hacia las arenas de la sensatez, del equilibrio, de la madurez: de la racionalidad.

Este movimiento comenzó el pasado mes de diciembre con la sentencia del caso *Nokia de Venezuela S.A. c/ Digicel C.A.*,⁽⁴²⁾ en la que la Sala Constitucional tuvo que conocer la apelación de un recurso de amparo constitucional contra la sentencia de un juzgado de instancia. El texto de la sentencia es irrelevante para nuestro estudio, no así el voto salvado de la Presidenta Morales Lamuño. En esta oportunidad, aparte de varias reflexiones que analizaremos de inmediato, se estableció expresamente que la ejecución de los laudos arbitrales es una de las manifestaciones del derecho constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva. Por otro lado, en la sentencia del caso *Corporación Todosabor C.A. c/ Haagen Dazs International Shoppe Company INC*, nuevamente, la Presidenta Morales Lamuño intervino para garantizar el valor y la vigencia de los principios constitucionales al establecer de forma remarcable que un recurso de amparo constitucional no puede sustituirse al recurso de nulidad contra los laudos arbitrales.

Siendo esto así, desarrollaremos los contenidos de estas decisiones tomando como pauta los dos mensajes de la Presidenta Morales Lamuño. Porque el intento de evitar la ejecución de un laudo arbitral por un medio distinto a los creados por los instrumentos nacionales e internacionales del arbitraje comercial constituye una violación al derecho constitucional a la eficacia de la justicia arbitral (a). Porque igualmente el intento de sustituir otros recursos al recurso de nulidad previsto por la LAC constituye una violación al derecho constitucional a la eficacia de la justicia arbitral (b).

(42) TSJ/SCO/Nº 3.610, 6 de diciembre de 2005, *Nokia de Venezuela S.A. c/ Digicel C.A.*, en *Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, 24,2006, nota A. De Jesús O.

- a. *Intentar evitar la ejecución de un laudo arbitral por un medio distinto a los previstos por los instrumentos del arbitraje comercial constituye una violación constitucional (Nokia de Venezuela S.A. c/ Digicel C.A.)*

19. En este caso, la Sala Constitucional declaró sin lugar la apelación de un recurso de amparo constitucional intentado contra la sentencia de un tribunal de primera instancia que dictó una «medida cautelar innominada» que suspendía la ejecución de un laudo internacional. Las razones por las que la Sala Constitucional declaró sin lugar la referida apelación no son de interés para este estudio, no así el voto salvado de la Presidenta Morales Lamuño.

En la especie, Digicel C.A., después de haber sido vencida en un arbitraje CCI, en lugar de cumplir voluntariamente con el laudo,⁽⁴³⁾ decidió acudir a los tribunales venezolanos para obstaculizar la ejecución del mismo. En este sentido, solicitó la nulidad del acuerdo de arbitraje y, consecuentemente, también la nulidad del laudo arbitral extranjero junto con una «medida cautelar innominada» de suspensión de la ejecución del laudo.

Las circunstancias anormales de esta demanda *inexplicablemente* pasaron desapercibidas ante los tribunales de instancia, pero no ante los ojos de la Presidenta Morales Lamuño quien en su enérgico voto salvado pone orden en casa, llamando la atención del Poder Judicial sobre la gravedad de sus decisiones por las violaciones graves que suponen (i), y denunciando el intento de fraude procesal (ii).

- i. *La declaratoria de nulidad o de suspensión de la ejecución de un laudo arbitral por una vía distinta a las previstas por los instrumentos del arbitraje comercial constituye una violación grave*

20. Ante la suspensión de la ejecución del laudo arbitral por parte del tribunal de instancia, la reacción de la Presidenta Morales

(43) Recordamos que al someterse al Reglamento de Arbitraje de la CCI, las partes se obligan a cumplir el laudo arbitral de forma voluntaria. En este sentido, el artículo 28.6 del mismo establece que: «Todo Laudo es obligatorio para las partes. Al someter su controversia a arbitraje según el Reglamento, las partes se obligan a cumplir sin demora cualquier Laudo que se dicte...».

Lamuño no pudo ser más oportuna, al manifestar que «semejante conducta procesal encierra graves quebrantamientos tanto a la institución del Arbitraje Comercial en Venezuela, como a la seguridad jurídica de las partes»,⁽⁴⁴⁾ porque «un Juez de Primera Instancia no es competente para conocer de una nulidad de un laudo arbitral, y menos aún para dictar medidas cautelares que *suspendan su ejecución*. Ello constituye una flagrante violación de la *Ley de Arbitraje Comercial venezolana* (ex artículo 43) y de la *Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras*» (destacados propios).⁽⁴⁵⁾

El sistema nacional e internacional del arbitraje comercial ha creado mecanismos específicos e idóneos para solicitar la nulidad del laudo arbitral y para oponerse a su reconocimiento y ejecución:

(44) «De un análisis detallado del caso, se observa que luego de dictado un Laudo Arbitral, previo el cumplimiento de todo su procedimiento de rigor, la parte que resultó perdedora procedió –ex post’, a demandar por ante un **juez de primera instancia** venezolano la nulidad de la cláusula compromisoria de arbitraje contenida en el contrato suscrito originalmente entre las partes. Acto seguido ese mismo Juez de Primera Instancia dictó una medida cautelar por la cual «suspendió la ejecución del laudo arbitral. Semejante conducta procesal encierra graves quebrantamientos tanto a la institución del Arbitraje Comercial en Venezuela, como a la seguridad jurídica de las partes, lo cual se entiende por las razones siguientes:» (Destacados de la Presidenta Morales Lamuño)

(45) Un Juez de Primera Instancia no es competente para conocer de una nulidad de un laudo arbitral, y menos aún para dictar medidas cautelares que **suspendan su ejecución**. Ello constituye una flagrante violación de la **Ley de Arbitraje Comercial venezolana** (ex artículo 43) y de la **Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras**, mejor conocido como el «Tratado de Nueva York» (1958) ratificado por Venezuela; por el cual, y sólo de manera extraordinaria, los tribunales de un país pueden conocer excepciones a la ejecución de un laudo debidamente dictado; máxime aún cuando la parte contra quien obra su ejecución **ha participado en el procedimiento arbitral para la emanación del Laudo, sin haber opuesto en forma una pretendida nulidad de la cláusula de arbitraje que ahora sólo alega en fase de ejecución**. En ese mismo orden, se debe insistir que de conformidad con el artículo III del mencionado Tratado, corresponderá conocer –excepcionalmente– de la nulidad y de la ejecución de un Laudo Arbitral a los tribunales que correspondan de conformidad con la ley procesal aplicable al lugar (foro) donde se pretenda ejecutar y que, en el caso Venezolano no es otro que un **Juez Superior** de conformidad con el ya citado artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana». (Destacados de la Presidenta Morales Lamuño).

el recurso de nulidad ante los tribunales estatales del lugar del arbitraje y la oposición al reconocimiento y ejecución de laudo arbitral ante los tribunales estatales del lugar de ejecución. En Venezuela el recurso de nulidad puede intentarse ante el «Tribunal Superior» si Venezuela es el lugar del arbitraje (LAC, Artículo 43) y la oposición al reconocimiento y ejecución, ante los Tribunales de Primera Instancia si se les ha solicitado el reconocimiento y ejecución del mismo (LAC, Artículo 48; Convención de Nueva York, Artículo V; Convención de Panamá, Artículo 5). El desconocimiento de estas reglas constituye una violación grave a la LAC y a la Constitución, y en caso de laudos internacionales, como el de la especie, constituye una violación a las obligaciones internacionales de la república.

El éxito de la justicia arbitral reposa en gran medida en el apoyo que le brinden los órganos de la justicia estatal. Lamentablemente, en este caso, los tribunales de instancia venezolanos no estuvieron a la altura de las expectativas. El mensaje de la Presidenta Morales Lamuño no puede interpretarse sino como una fuerte llamada de atención para que no se repitan estas situaciones. Pero también está dirigido a los litigantes: la denuncia de fraude procesal no es una ligereza.

ii. La solicitud de nulidad o de suspensión de la ejecución de un laudo arbitral por una vía distinta a las previstas por los instrumentos del arbitraje comercial constituye un fraude procesal

21. Los tribunales estatales tienen una gran responsabilidad en garantizar la sana operatividad del arbitraje y los otros medios alternativos de resolución de conflictos. Pero los litigantes llevan gran parte de esa carga. Cuando el Poder Judicial venezolano dicta una sentencia censurable la tendencia es a culpabilizarlos directamente por los errores y las violaciones y si bien esa tendencia es perfectamente justificada, no debe olvidarse que muchas veces, detrás de esas decisiones lamentables se encuentran las conductas censurables de los litigantes.⁽⁴⁶⁾

⁽⁴⁶⁾ «Relación entre responsabilidad profesional y desarrollo del Arbitraje. En muchos casos se habla de resistencia del Poder Judicial y se trata de minimizar los efectos de la

El éxito del arbitraje comercial reposa en gran medida en la «actitud limpia y respetuosa ante la institución»⁽⁴⁷⁾ por parte de los litigantes.

En la especie, la Presidenta Morales Lamuño resaltó que «al margen de la **manifiesta incompetencia**» del Juez de Primera Instancia, «se desprende también un flagrante intento de **fraude procesal**» (Destacados propios) por parte de Digicel C.A.⁽⁴⁸⁾ Y es que, como

manipulación de los litigantes de algunos aspectos sensibles. Esto es perfectamente verificable en los expedientes judiciales tanto por los argumentos de fondo como por las acciones utilizadas, las cuales constituyen en muchos casos abusos flagrantes del derecho de acción. En este sentido, podemos mencionar los innumerables casos en los que alguna de las partes, a pesar de haber celebrado un acuerdo de arbitraje, acude unilateralmente a los tribunales estatales para ventilar las controversias que deben ser resueltas a través de arbitraje, incumpliendo burdamente con su obligación contractual de acudir al tribunal arbitral; o en el ejercicio de acciones de amparo constitucional en contra de alguna actuación del procedimiento arbitral porque a mitad de camino decidió que no le convenía seguir en el procedimiento arbitral; o ejerciendo recursos no previstos en la LAC contra el laudo arbitral o alegando causales distintas a las que taxativamente se permiten, entre otras. Decía el decano Carbonnier que los abogados que litigan hacen derecho en el sentido de que contribuyen a hacer jurisprudencia. Normalmente se le atribuye a los jueces el honor de las buenas jurisprudencias y si bien no son extraños a ellas, frecuentemente se contentan de retomar en formato de sentencia el razonamiento de derecho que alguno de los abogados expuso en sus conclusiones. Por ello, la obra es común. Si la jurisprudencia judicial en materia arbitral no llena las expectativas de los litigantes, antes de culpar visceralmente al Poder Judicial, bien podríamos hacer el ejercicio de plantearnos en qué medida no estamos contribuyendo con nuestras acciones y argumentos a la construcción de esa jurisprudencia que a veces -y en el mejor de los casos -calificamos de hostiles o poco favorables al arbitraje.» DE JESÚS O., Alfredo, «Crónica de Arbitraje Comercial», en: *Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia* (Dir. Fernando Parra Aranguren), N° 20, Caracas, 2006.

(47) HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio, Prólogo a *El Arbitraje Comercial Venezolano* de Ivor Mogollón Rojas, Vadell Hermanos Editores, Caracas, 2004, p. 10.

(48) «Al margen de la **manifiesta incompetencia** de un Juez de Primera Instancia para conocer» veladamente» de la nulidad de un Laudo y ordenar su «Suspensión»; aún cuando en apariencia se haya demandado la «nulidad de la cláusula de arbitraje» (ni más ni menos luego de dictado el Laudo); de ello se desprende también un flagrante intento de **fraude procesal** de la parte que resultó perdedora en el procedimiento arbitral pues, intenta la nulidad de la cláusula compromisoria del contrato (como se ha indicado), no sólo ante un juez incompetente (supra), sino luego de haber participado activamente durante todo el procedimiento arbitral, y sin haber opuesto en forma esa pretendida nulidad que, sólo ahora, alega. Esa

bien lo recalcó, Digicel, C.A. «ha debido oponer en forma desde **el propio inicio del procedimiento arbitral**, cualquier pretensión de nulidad de la cláusula de arbitraje ante los propios árbitros (quienes resultaban competentes para conocer sobre semejante pretensión, conforme al principio difundido como «*Kompetenz-Kompetenz*). Más al contrario, al haberse sometido voluntariamente –y sin ninguna queja– al procedimiento arbitral, desechó cualquier posibilidad de solicitar su nulidad»⁽⁴⁹⁾ (sic). Lo que planteó Digicel en este caso no es sino «**una típica táctica para sustraerse de su fallo**, en grave quebranto a la última de las manifestaciones de la tutela judicial efectiva como lo es la **EJECUCIÓN**, la cual detenta un incuestionable rango constitucional ex artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela» (destacados propios).⁽⁵⁰⁾

22. Más allá de la constatación del intento de fraude procesal, de sus desarrollos nos llamará también la atención el reconocimiento de forma muy clara del principio de la prohibición de contradecirse en perjuicio de otro,⁽⁵¹⁾ el cual se presenta a su vez como un coro-

conducta procesal está lejos de compaginarse con la sana operatividad del Arbitraje Comercial en cualquier país del mundo, generándose una gran inseguridad jurídica». (Destacados de la Presidenta Morales Lamuño).

(49) «La parte perdidosa ha debido oponer en forma desde **el propio inicio del procedimiento arbitral**, cualquier pretensión de nulidad de la cláusula de arbitraje ante los propios árbitros (quienes resultaban competentes para conocer sobre semejante pretensión, conforme al principio difundido como «*Kompetenz-Kompetenz*). Más al contrario, al haberse sometido voluntariamente –y sin ninguna queja– al procedimiento arbitral, desechó cualquier posibilidad de solicitar su nulidad: (i) tanto durante el resto del desarrollo mismo del procedimiento arbitral, y más aún, (ii) luego de dictado el Laudo Arbitral definitivo» (Destacados de la Presidenta Morales Lamuño).

(50) «El intento de evitar la ejecución de un laudo arbitral dictado en un procedimiento en donde ambas partes participaron, se **constituye en un típica táctica para sustraerse de su fallo**, en grave quebranto a la última de las manifestaciones de la tutela judicial efectiva como lo es la **EJECUCIÓN**, la cual detenta un incuestionable rango constitucional ex artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela»

(51) BEHAR-TOUCHAIS, Martine (Dir), *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Études juridiques, Economica. Paris, 2000.

lario del principio de la buena fe y que *mutatis mutandi* es reconocido en los países de *common law* bajo la figura de *estoppel*.

Este principio, en cuya esencia puede extraerse un principio de coherencia,⁽⁵²⁾ se manifiesta en este caso en el impedimento de Digicel, C.A. de alegar la nulidad del acuerdo de arbitraje después de haber reconocido expresa o tácitamente su validez. Evidentemente, el hecho de que Digicel C.A. haya aceptado la jurisdicción del tribunal arbitral y no haya impugnado en sede arbitral la supuesta nulidad del acuerdo de arbitraje le impide solicitar su nulidad posteriormente.

La calidad del contenido técnico de la exposición de la Presidenta Morales Lamuño merece nuestro total reconocimiento. El perfecto equilibrio que logra entre la protección de los derechos constitucionales y los principios esenciales del arbitraje comercial es producto de un fino razonamiento que debe ser elogiado. Por ello, no es ninguna sorpresa que sus desarrollos la lleven a excluir la posibilidad de que un recurso de amparo constitucional se sustituya al recurso de nulidad contra un laudo arbitral.

b. Intentar la anulación de un laudo arbitral por un medio distinto a los previstos por los instrumentos del arbitraje comercial constituye una violación constitucional (Corporación Todosabor C.A. c/ Haagen Dazs International Shoppe Company INC)

23. Si el voto salvado del caso *Nokia de Venezuela S.A. c/ Digicel C.A.* nos deleitó por sus desarrollos sobre la ejecución del laudo arbitral como uno de los contenidos del principio constitucional de la tutela jurisdiccional efectiva, el caso *Corporación Todosabor C.A. c/ Haagen Dazs International Shoppe Company INC.*, se presentará como una de las cumbres del movimiento emprendido. En este caso también se intentó anular y suspender los efectos de un laudo arbitral extranjero a través de un medio distinto a los previstos en los instru-

(52) HOUTCIEFF, Dimitri. *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, Préface de Horatia Muir Watt, Tome I, Université de Droit, d'Économie et des Sciences d'Aix-Marseille, Institut de Droit des Affaires, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, N° 2, 2001, p. 22.

mentos nacionales e internacionales del arbitraje comercial. En esta oportunidad, no se intentó una acción autónoma de nulidad contra el acuerdo de arbitraje, peor aún, ¡se pretendió sustituir el recurso de nulidad por un recurso de amparo constitucional intentado ante la propia Sala Constitucional!

La sentencia de la Sala Constitucional nuevamente con ponencia del Vicepresidente Cabrera Romero rechazó la acción intentada, esta vez por considerarse incompetente, remitiendo el expediente a un Tribunal Superior. Esta lamentable situación generaba una gran contradicción. Se estaba utilizando el recurso por excelencia para la protección de derechos constitucionales para atentar contra un derecho constitucional: el derecho constitucional a la eficacia de la justicia arbitral. Esto no podía pasar desapercibido ante la Presidenta Morales Lamuño y en este sentido, a través de un extenso y completo voto salvado, le envió un mensaje muy claro al Tribunal Superior: el amparo constitucional debía declararse inadmisibile *in limine litis* en virtud del artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, por no ser el amparo constitucional uno de los medios específicos e idóneos para solicitar la nulidad del laudo arbitral.

24. La gravedad de la acción intentada y los peligros que podía engendrar la admisión de la misma por parte de los tribunales estatales hubiera constituido un duro golpe al arbitraje y a la reputación de la jurisdicción venezolana como garante de la sana operatividad de los medios alternativos de resolución de conflictos en Venezuela. No en vano las preocupaciones de la Presidenta Morales Lamuño giran en torno de los efectos adversos que podía generar una eventual decisión del Tribunal Superior contraria al rol confiado a la jurisdicción venezolana como garante de la sana operatividad de los medios alternativos de resolución de conflictos y sobre el respeto del medio de impugnación específico del laudo arbitral extranjero como un elemento esencial de ese rol. Lamentablemente en Venezuela muchos han intentado vulgarizar la especificidad del recurso de amparo constitucional para utilizarlo no como un verdadero medio especial de protección de derechos constitucionales, sino como parte

de una especie de «arsenal legal de emergencia»⁽⁵³⁾ que permite a «los litigantes inescrupulosos utilizar falsos caminos para lograr el retardo en la ejecución de los laudos».⁽⁵⁴⁾

La gravedad de la situación que denunció la Presidenta Morales Lamuño produjo un efecto inmediato en la doctrina nacional e internacional que llevó al Comité Venezolano de Arbitraje⁽⁵⁵⁾ a presentar un escrito de *Amicus Curiae*⁽⁵⁶⁾ ante el Tribunal Superior en el que se apoyaban los contenidos del mensaje que se hacían desde la Sala Constitucional. Afortunadamente el Tribunal Superior, en una fabulosa sentencia dictada el 9 de junio de 2006,⁽⁵⁷⁾ retuvo los conceptos de la Presidenta Morales Lamuño declarando la inadmisibilidad *in limine litis* de la referida acción, poniendo en alto la reputación de la jurisdicción venezolana, reafirmando el carácter idóneo y eficaz del recurso de nulidad contra el laudo arbitral y rei-

(53) GOVEA U., Luis Guillermo, «Triunfos y reveses del arbitraje comercial», en *Jurisprudencia clave del Tribunal Supremo de Justicia*. Caracas, 2002, p. 541.

(54) HUNG VAILLANT, Francisco, «Apostillas a cinco sentencias en materia arbitral dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia», en *El Derecho Privado y Procesal en Venezuela. Homenaje a Gustavo Planchart Manrique*, Tomo II, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2003, p. 676.

(55) El Comité Venezolano de Arbitraje es una asociación civil venezolana sin fines de lucro, independiente y no gubernamental que tiene como objeto la promoción del arbitraje y los otros medios alternativos de resolución de conflictos a través del aporte científico y académico. Ver: www.cvarbitraje.com

(56) Los *Amici curiae* son, en términos literales, los amigos de la curia, los amigos del juez. No son testigos, ni expertos, ni árbitros, ni conciliadores, ni mediadores, ni partes, ni terceros intervinientes. Son simples personas, generalmente asociaciones sin fines de lucro u organizaciones no gubernamentales, académicas o científicas que intervienen de manera espontánea y benévola o por haber sido invitados por el juez o por las partes para ofrecer informaciones. Con antecedentes remotos en el derecho romano, las intervenciones a título de *Amicus curiae* se popularizaron en los países de tradición jurídica anglosajona, y luego en los procedimientos ante jurisdicciones internacionales. Sin embargo, cada vez es mayor la aparición de *Amici curiae* en países de tradición jurídica romano-germánica como la nuestra.

(57) Tribunal Superior Sexto, 9 de junio de 2006, *Corporación Todosabor C.A. c/ Haagen Dazs International Shoppe Company INC.*, en: *Boletín del Comité Venezolano de Arbitraje*, 18, 2006, obs. A De Jesús O.

vindicando el carácter extraordinario y especial del recurso de amparo constitucional.

Los conceptos expresados por la Presidenta Morales Lamuño se resumen en dos premisas llenas de sentido. En primer lugar, que el recurso de amparo constitucional interpuesto debía declararse inadmisibles porque la verdadera intención del recurrente era la de sustituirse al mecanismo específico de impugnación del laudo arbitral (i), y en segundo lugar, porque la declaratoria de inadmisibilidad del recurso de amparo constitucional ni desconocía ni contradecía la Constitución (ii).

i. El recurso de amparo constitucional no puede sustituirse al mecanismo específico de impugnación de los laudos arbitrales

25. La censura de la Presidenta Morales Lamuño se inscribe en esta línea. En este sentido, señaló que «se trata –en el caso específico que nos ocupa– de una rara especie de «acción autónoma de amparo constitucional» por ante esta Sala Constitucional, que **pretendía sustituirse** en los **mecanismos específicos** vinculados con la validez, ejecución o reconocimiento de un Laudo Arbitral dictado en el *extranjero* de acuerdo a las estipulaciones libremente pactadas por las **propias partes** en conflicto, a través de una CLÁUSULA COMPROMISORIA DE ARBITRAJE en un contrato de franquicia ... (omissis) ... semejante pretensión de «nulidad» que, como ha sido advertido, se ha intentado erradamente a través de una rara especie de acción autónoma de amparo constitucional» (Destacados propios). La importancia de esta constatación no puede ser mayor y la cantidad de destacados en negritas, mayúsculas, subrayados y bastardillas no hacen sino insistir en el profundo rechazo que produce una acción como la intentada. Esta «rara especie de acción autónoma de amparo constitucional» no era más que un recurso de nulidad con un traje de amparo constitucional. La inadmisibilidad era manifiesta.

Ante la gravedad de la situación planteada, la Presidenta Morales Lamuño volvió a insistir en el carácter irregular de este recurso de amparo constitucional y expresó lo siguiente: «(i) El Laudo Arbitral fue dictado en USA, conforme a las normas de la AAA (Asociación Americana de Arbitraje), **de acuerdo a la voluntad expresa y no con-**

trovertida de las partes contratantes (Todosabor C.A y Haagen-Dazs Internacional) a tenor de una **cláusula compromisoria de arbitraje internacional**. Situación que también tuvo oportunidad de ser ratificada al haberse desarrollado todo un extenso procedimiento arbitral en ese país, y en el cual participaron activamente ambas partes. (ii) Se ha interpuesto una rara especie de «acción autónoma de amparo constitucional» por ante esta Sala Constitucional contra el Laudo Arbitral, y de la cual se desprenden «denuncias» de «quebrantamientos», «infracciones» y «defectos de actividad», que hábilmente fueron subsumidas –por los quejosos- como «denuncias de inconstitucionalidad»; lo que en resumidas cuentas no era otra cosa sino la clásica pretensión de «**nulidad**» pura y simple (o inclusive, de mera «apelación» dado que para fundamentar una nulidad de un Laudo Arbitral era necesario satisfacer requisitos taxativos, supra aludidos, lo que suponía denuncias totalmente distintas a las planteadas con el amparo que nos ocupa). **En ese sentido, se observa que la auténtica intención de los accionantes –en «amparo»– era obtener la «nulidad» del Laudo Arbitral, dictado por Árbitros designados por las partes, producto de un procedimiento desarrollado y administrado por las normas de la AAA, a los cuales esas mismas partes se sometieron voluntariamente.**» (destacados propios).

26. La insistencia de la Presidenta Morales Lamuño tiene muchos efectos. Después de estas reflexiones, los litigantes no podían ni podrán alegar en el futuro el desconocimiento de que la sustitución de un recurso de nulidad por un recurso de amparo constitucional contraría los principios del derecho arbitral y constitucional venezolano. Por otro lado, es un mensaje al Poder Judicial en este y en futuros casos que puedan presentarse. El sistema del arbitraje comercial interno e internacional, diseñado por la Constitución Nacional, la LAC y los tratados internacionales vinculantes para la república creó mecanismos específicos e idóneos para impugnar los laudos arbitrales u oponerse a su reconocimiento y ejecución con el fin de preservar precisamente las garantías y los derechos fundamentales de las partes.

Los efectos de estas reflexiones fueron inmediatos y en este sentido, tanto la doctrina como el Poder Judicial, reaccionaron al estímulo. La doctrina, a través de la intervención del Comité Venezolano

no de Arbitraje como *Amicus curiae* y el Poder Judicial, a través del Juzgado Superior Sexto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas a cargo del Dr. Manuel Puerta González.

27. La sentencia del Juzgado Superior Sexto destaca por su ponderación y por la sencillez de su exposición. La introducción a la discusión planteada retendrá toda nuestra atención: «La Presidenta de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Magistrada Luisa Estella Morales Lamuño, emitió un extenso voto salvado en el que expuso las razones por las cuales el Juzgado Superior debería rechazar el presente recurso de amparo constitucional, obviándose cualquier consideración sobre el mérito de fondo que pudiese tener la pretensión, por considerar que una eventual admisión del mismo produciría efectos adversos en contra del rol confiado a la jurisdicción venezolana como garante de la sana operatividad de los medios alternativos para la resolución de conflictos tanto en el ámbito nacional como internacional, además de ser contraria a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Ley de Arbitraje Comercial, la Convención de Nueva York y la Convención de Panamá».

Después de esa fabulosa introducción, la manifestación de un gran compromiso con el mandato constitucional de promover el arbitraje merecerá nuestro mayor reconocimiento: «considera este Juzgador que el precitado voto salvado, debe ineludiblemente ser analizado, a los fines de consolidar un criterio jurisprudencial único», porque «se observa en consecuencia que, sobre el acatamiento de los medios de impugnación específicos del laudo arbitral extranjero, como uno de los elementos esenciales del rol confiado a la jurisdicción venezolana, como garante de la sana operatividad de los medios alternativos de resolución de conflictos, muy acertadamente la Magistrado Morales Lamuño señaló las formas de impugnar un laudo arbitral, siendo estos: a) El recurso de nulidad y, b) la oposición a la ejecución del laudo arbitral». Luego concluye de forma contundente que «en este orden de ideas, al anunciar la ley un medio exclusivo de impugnación del laudo, y al ser este medio idóneo y capaz, por cuanto presentado junto con la caución, se suspende inmediatamente la ejecución del laudo, no resulta admisible la acción de amparo.

Concordante con lo dicho por la Magistrada Luisa Estella Morales Lamuño, es evidente que la intención de la accionante es obtener la nulidad del Laudo Arbitral, de lo cual se concluye en una admisibilidad conforme con lo previsto en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales».

El que la jurisprudencia venezolana haya rechazado la posibilidad de admitir un recurso de amparo constitucional contra un laudo arbitral en los términos antes vistos es una verdadera afirmación del compromiso de la jurisdicción venezolana con el mandato constitucional de promover el arbitraje y los otros medios alternativos de resolución de conflictos. Es por ello que la inadmisibilidad de los recursos de amparo constitucional en contra de laudos arbitrales ni desconoce ni se encuentra en contradicción con los principios esenciales del derecho constitucional venezolano.

ii. *La inadmisibilidad de recursos de amparo constitucional en contra de laudos arbitrales ni desconoce ni contradice la Constitución*

28. Los méritos de la nueva línea jurisprudencial trazada desde la Sala Constitucional no se circunscriben al haber rechazado la posibilidad de admitir recursos de amparo constitucional contra los laudos arbitrales por la existencia de mecanismos específicos e idóneos para garantizar los derechos de las partes. La verdadera riqueza de esta nueva línea de pensamiento reposa en pilares conceptuales sólidos sobre lo que es la Constitución y lo que debe ser la protección constitucional. En este sentido, la Presidenta Morales Lamuño dejó ver algo esencial que sorprendentemente a veces pareciera ser olvidado por los juristas venezolanos, y es que el primer mandato constitucional es el que llama al cumplimiento de la ley. Al cumplir la ley se cumple también con la Constitución.

Nuestro país, al igual que varios países latinoamericanos, ha sido víctima en las últimas décadas de un terrible proceso de «constitucionalización del derecho».⁽⁵⁸⁾ Ese proceso, si bien en sí

(58) Sobre el fenómeno Ver: MOLFESSIS, Nicolas, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, Préface de Michel de Gobert. Bibliothèque de droit privé dirigée par Jacques Ghestin,

mismo no tendría por qué ser tan dañino, se ha convertido en el primer elemento de desestabilización de nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, el jurista venezolano pareciera verse inclinado a desconocer la ley que no le convenga para hacerse su propia ley a través de la interpretación de cualquier disposición constitucional. Evidentemente el arma predilecta de esta perversión del derecho venezolano no puede ser otra que el mecanismo específico de protección constitucional, el recurso de amparo constitucional. Esto ha creado en el colectivo jurídico venezolano la falsa idea de que el recurso de amparo constitucional sirve para todo, lo que de por sí no hace sino vulgarizar y minimizar la importancia, la vigencia y el valor de nuestra Constitución y sus mecanismos de protección.

29. En materia de arbitraje esta desviación constitucional se materializó con la admisión del recurso de amparo constitucional contra los laudos arbitrales. Afortunadamente pocos años fueron necesarios para que la Sala Constitucional se percatara de las contradicciones que esto generaba en el resto del ordenamiento jurídico venezolano. En materia de arbitraje la Presidenta Morales Lamuño fue más allá, entró en el problema de fondo y para justificar su tesis de la inadmisibilidad del recurso de amparo constitucional contra laudos arbitrales encontró una respuesta sencilla: hay que cumplir con la ley, con el bloque de legalidad. Es por ello que indica que, **«todo lo anterior no desconoce ni contradice, la potestad y el deber otorgado por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela a esta Sala Constitucional y a todos los Tribunales de la República, de defenderla y velar por su recto cumplimiento aún frente a decisiones arbitrales dictadas en foros internacionales; pero ello, claro**

Tome 287, Paris, 1997; FAVOREU, Louis, «*Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit*», en: *Revue française de droit constitutionnel*, N° 1, 1990, p. 71; FAVOREU, Louis, «*La constitutionnalisation du droit*», en: *Mélanges en hommage à Roland Drago*, Economica, Paris, 1996, p. 25; DOMÍNGUEZ AGUILA, Ramón, «Aspectos de la constitucionalización del derecho civil chileno», en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Santiago, 1998, p. 107; CASTELLÓN VENEGAS, Hugo y REBOLLEDO CONTRERAS, Laura, *Aspectos sobre la constitucionalización del derecho civil*, Fundación Fernando Fueyo, Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile, 1999.

está de conformidad con las disposiciones sustantivas y adjetivas contenidas en dicha Carta Magna, los Códigos y Leyes Venezolanas y, por supuesto, en los Tratados Internacionales válidamente suscritos aprobados y ratificados por la República. De lo contrario, nuestro foro estará promoviendo cualquier mecanismo inadecuado que, valiéndose de denuncias de inconstitucionalidad, pretenda desconocer toda una estructura jurídica sistemática que garantiza la operatividad de los medios alternativos para la resolución de conflictos en el ámbito nacional e internacional» (Destacados propios)

No podemos sino admirar y dar la bienvenida a esta reflexión porque «admitir lo contrario será **promover: (a) la sustitución** del mecanismo ordinario (nulidad) por la acción de amparo constitucional, cuando se pretenda la «nulidad» de Laudos Arbitrales Internacionales o Nacionales; **(b) el desconocimiento** de la autonomía de la voluntad de las partes, quienes luego de someterse expresamente a las consecuencias jurídicas que se desprenden de una **cláusula arbitral internacional**, posteriormente pretendan sustraerse de la carga que significa tener que recurrir en «nulidad» en el mismo foro extranjero, al cual corresponde -en definitiva- dicho conocimiento (En el caso concreto, a los Tribunales del Estado de Florida, USA; de conformidad con los Tratados Internacionales y a las leyes que sobre arbitraje resulten aplicables a los Laudos Arbitrales dictados en dicho Estado; ello, como consecuencia de así haber sido expresamente dispuesto por las **propias partes** en la cláusula de arbitraje del contrato de franquicia, cuando designaron a la ciudad de Miami, Florida (USA), como **lugar y asiento del procedimiento arbitral y lugar para su emisión**); además se **(c) genera** una situación de inseguridad jurídica elevada, al permitirse que Laudos Internacionales (dictados con la anuencia de las partes), puedan ser enervados mediante mecanismos no apropiados, que desnaturalizan la institución misma del Arbitraje Internacional». (Destacados propios)

Como hemos podido constatar, el esfuerzo que se ha hecho desde la Sala Constitucional ha logrado un alto nivel de perfección y racionalidad. La compatibilidad de estas nuevas tendencias jurisprudenciales con los principios esenciales del arbitraje comercial y del derecho constitucional venezolano tiene un gran valor y es

muy importante para la supervivencia del arbitraje y más allá de ello, para la seriedad del sistema constitucional venezolano. En el caso concreto del arbitraje la situación es reveladora, porque el arbitraje es, en los términos de nuestra Constitución, un derecho constitucional. Por ello es inconcebible que se utilice la Constitución y los mecanismos de protección de los derechos constitucionales para obstaculizar el ejercicio pleno y efectivo de un derecho constitucional. Son estas las reflexiones que nos permitirán dar un vistazo al futuro o lo que racionalmente podemos esperar él.

B. Futuro del sistema: Más allá del caso *Corporación Todosabor C.A. c/ Haagen Dazs International Shoppe Company INC.*

30. La extensión de esa racionalidad que hemos percibido en la Sala Constitucional debe desarrollarse aún más. Hasta el momento las soluciones han venido llegando poco a poco, de caso en caso. Pero es necesario ir más allá, extraer los cimientos del pensamiento que ha motivado estos cambios y dar respuestas cada vez más claras y más sólidas a los problemas que puedan presentarse. La Sala Constitucional tiene la importante tarea de fijar los límites entre la Constitución y el arbitraje buscando los equilibrios y evitando los excesos. La fijación de estas fronteras no puede ser un trabajo difícil. La propia Constitución fijó unos lineamientos muy sólidos sobre los cuales debe reposar la coherencia de las relaciones entre las interpretaciones constitucionales y las derivadas de los instrumentos del arbitraje comercial.

La constitucionalización del derecho al arbitraje debe entenderse en su justa dimensión, como un apoyo al arbitraje. En este sentido, las interpretaciones constitucionales en relación al arbitraje deben estar orientadas a favorecer el acceso a la justicia arbitral y a garantizar la eficacia de la justicia arbitral. Esto no es otra cosa que el principio pro arbitraje que nuestros mejores autores han proclamado con justificado entusiasmo.⁽⁵⁹⁾ En este orden de ideas, la interpre-

⁽⁵⁹⁾ HUNG VAILLANT, FRANCISCO, *ob. cit.*, p. 118; HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio, «Constitución y Arbitraje: el arbitraje como derecho fundamental», *ob. cit.*, N^o 8, p. 30.

tación constitucional debe tener por norte apoyar el arbitraje, y apoyar el arbitraje no es otra cosa que velar por el fiel cumplimiento de los instrumentos jurídicos del arbitraje comercial. Por el otro lado, e invirtiendo las ideas, la interpretación constitucional no puede convertirse nunca en un obstáculo al arbitraje.

En materia del control judicial del laudo arbitral la pauta es muy lógica. La interpretación constitucional debe asegurar el cumplimiento de la LAC y de las convenciones internacionales sobre el arbitraje comercial internacional vinculantes para Venezuela. Lo anterior debe reflejarse en el rechazo absoluto de las ideas de controlar la constitucionalidad del laudo arbitral (1) y en el rechazo absoluto de recursos ajenos al arbitraje comercial como el recurso de amparo constitucional (2).

1. El rechazo absoluto de las ideas sobre el control constitucional del laudo arbitral

31. Seguramente, proponer el rechazo absoluto de las ideas del control constitucional del laudo arbitral a título de principio general puede resultar sorprendente y generar reacciones antagónicas. Pero es necesario superar las reacciones y estudiar la propuesta. Para ello parece indispensable plantearse dos preguntas preliminares: ¿Qué implica un control de la constitucionalidad del laudo arbitral? ¿Para qué plantear un control de la constitucionalidad del laudo arbitral?

La Sala Constitucional se ha limitado a decir que los árbitros deben aplicar la Constitución y por ello la Sala Constitucional debe verificar la correcta aplicación de la Constitución por los árbitros. Es decir, nunca ha dicho qué implica ese pretendido control ni para qué sirve. La razón de esto resulta muy sencilla, el pretendido control constitucional es una noción vacía que no tiene ninguna utilidad y que contradice nuestro ordenamiento jurídico.

Ya hemos visto que los árbitros no tienen ningún deber de aplicar la Constitución a título de norma imperativa a menos que esa sea la voluntad de las partes. Veamos ahora por qué no es sólo que ese

pretendido control constitucional contraría nuestro ordenamiento jurídico (a), sino que carece de fundamento jurídico (b).

a. El pretendido control constitucional del laudo arbitral es contrario a nuestro ordenamiento jurídico

32. Hasta ahora no sabemos en qué consistiría un control constitucional de un laudo arbitral. La Sala Constitucional tan sólo ha dicho que un laudo arbitral inconstitucional es inejecutable en Venezuela. En todo caso, si esto es tomado al pie de la letra debemos pronunciarnos desde el inicio sobre la inconstitucionalidad de la interpretación constitucional. El sistema venezolano del arbitraje comercial, inspirándose de la Ley Modelo, ha creado un mecanismo de control de los laudos arbitrales muy específico y muy particular. Sus especificidades y particularismos le permiten garantizar la eficacia de la justicia arbitral y lo hace reduciendo la intervención de los tribunales estatales a su mínima expresión. Lo anterior tiene una razón de ser: uno de los principios esenciales del arbitraje es la exclusión de los tribunales estatales.

Un pretendido control constitucional del laudo arbitral en los términos generales y vagos característicos de las interpretaciones constitucionales atentaría contra la eficacia de la justicia arbitral, abriendo las puertas a la impugnación de los laudos arbitrales por razones distintas a las previstas en los instrumentos del arbitraje comercial. Normalmente lo anterior no implicaría un problema de inconstitucionalidad, sino de ilegalidad, pero por la naturaleza de las causales taxativas para anular un laudo arbitral, o para denegar su reconocimiento o ejecución, su violación constituiría una violación a la eficacia de la justicia arbitral y, por ello, también una violación constitucional. Es en estos puntos donde entran en juego las líneas de interpretación constitucional en relación al arbitraje. La Constitución no puede convertirse en un obstáculo para la eficacia de la justicia arbitral.

33. Las causales taxativas a las que se refieren los artículos 44 y 49 de la LAC no son producto de caprichos ni del azar. Por el contrario, son producto de la evolución de la ciencia jurídica universal cuya

elaboración la debemos a las más destacadas personalidades e instituciones del mundo del arbitraje comercial que han trabajado en este tema por décadas. Las causales taxativas de los artículos 44 y 49 de la LAC provienen de la Ley Modelo, la cual reproduce las causales taxativas para denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero de la Convención de Nueva York de 1958, que como bien sabemos, ha sido ratificada por casi 140 países. Una lectura de los trabajos preparatorios de la Convención de Nueva York, de la Ley Modelo o de la literatura sobre estos textos nos revelará su buen fundamento y el estudio profundo que llevó a su limitación. Estas causales crean un sano equilibrio entre las necesidades del arbitraje comercial y el respeto de los derechos inherentes a todo proceso. Su respeto es indispensable para la eficacia de la justicia arbitral. Proponer un examen del laudo arbitral más allá de las mencionadas causales taxativas desvirtuaría la esencia del arbitraje.

Quizás en materia de laudos arbitrales internacionales la cuestión sea más fácil de analizar porque las obligaciones internacionales del Estado no pueden ser desconocidas por disposiciones del derecho interno venezolano. Pero también es necesario que estos principios sean respetados para asegurar el éxito del arbitraje doméstico. Sobre este aspecto, consideramos oportuno hacer un llamado de reflexión a la Sala Constitucional para que respete estos principios universales del arbitraje comercial que ha recogido nuestro ordenamiento jurídico y acepten con humildad que la invención de motivos genéricos para obstaculizar la ejecución de los laudos arbitrales atenta contra el sistema venezolano del arbitraje comercial, y en virtud de la constitucionalización del derecho al arbitraje, también atenta contra los principios constitucionales de nuestra república.

Las causales taxativas a las que se refieren los artículos 44 y 49 de la LAC permiten garantizar los derechos inherentes a todo proceso y la vigencia y eficacia de la justicia arbitral. La admisión de una nueva causal genérica y vaga como la que consiste en la «denuncia de inconstitucionalidad» del laudo arbitral atenta contra el sistema venezolano del arbitraje comercial. Por otro lado, la tesis del pretendido control constitucional de los laudos arbitrales no se sostiene en fundamentos jurídicos.

b. *El pretendido control constitucional del laudo arbitral no se sostiene en fundamentos jurídicos*

34. Según la Sala Constitucional, los laudos arbitrales de, «no adaptarse al sistema constitucional venezolano, ellos, por inconstitucionales, se harán inejecutables, por tratarse de una cuestión atinente a la independencia y soberanía de la nación, y a la protección de la Constitución».⁽⁶⁰⁾ En una primera lectura, esta cita parece coherente, pero no pasa un examen jurídico. Al ponerla en perspectiva revelaremos que se sostiene en concepciones de carácter político o sociológico, y no en argumentaciones jurídicas coherentes con nuestra Constitución. La formulación de un par de preguntas nos abrirá espacios para la reflexión. ¿Cómo puede un laudo arbitral no adaptarse al sistema constitucional venezolano?, ¿Cómo puede un laudo arbitral comercial atentar contra la independencia y la soberanía de la nación?

La Constitución venezolana no sólo constitucionalizó el derecho al arbitraje, también consagró expresamente el deber de promoverlo. En materia de arbitraje comercial esto quiere decir que las partes pueden recurrir a un tribunal arbitral para resolver las controversias que no les prohíba la LAC. Siendo esto así: ¿Cómo puede un laudo arbitral no adaptarse al sistema constitucional venezolano? Analicemos algunos ejemplos de irregularidades que pueden presentarse: (i) el tribunal no notificó a alguna de las partes de actuaciones que lo ameritaban, (ii) se violó el derecho a la defensa de alguna de las partes, (iii) no se respetó el debido proceso durante el arbitraje, (iv) la controversia sometida al tribunal arbitral era inarbitrable. No es duda para nadie que estas situaciones puedan presentarse. De hecho, como pueden presentarse, la LAC, inspirada en la Ley Modelo, prevé todas esas situaciones como causales de procedencia del recur-

⁽⁶⁰⁾ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia N° 1.139 del 7 de agosto de 2001, en el juicio de *Fermín Toro Jiménez y otro c/ Convenio entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de los Estados Unidos de América con el objeto de evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión Fiscal en materia de Impuesto sobre la Renta y sobre el Patrimonio*, con ponencia de la Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero.

so de nulidad contra el laudo arbitral (LAC, Artículo 44) y como causales para denegar su reconocimiento o ejecución (LAC, Artículo 49). En materia de laudos internacionales aplicarán los instrumentos internacionales vinculantes para el país que, como podrá verificarse, prevén las referidas situaciones. Teniendo en cuenta estos elementos jurídicos podemos afirmar que no hay manera en la que un laudo arbitral pueda dejar de adaptarse al sistema constitucional venezolano. El sistema constitucional venezolano se fundamenta en el cumplimiento de la ley y que la ley esté conforme a la Constitución. La única manera de que un laudo arbitral sea eficaz es que cumpla con la ley y para ello es que el sistema venezolano ha creado la institución del juez de control del arbitraje.

35. Los comentarios de la cita que dan fundamento a la segunda pregunta son aún más preocupantes. ¿Por qué se hace alusión a la independencia y a la soberanía? Resulta insólito que en la Sala Constitucional de un país moderno como el nuestro que ha constitucionalizado el derecho al arbitraje, que promulgó una LAC y varias leyes que regulan el arbitraje en materias especiales, que ha ratificado todas las convenciones internacionales en materia de arbitraje internacional y que ha suscrito numerosos tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones con acuerdos arbitrales, pueda pensarse que un laudo arbitral pueda atentar contra nuestra independencia y soberanía.

Hubiera podido entenderse esta posición hace cien años, en los tiempos en los que las diferencias comerciales y diplomáticas eran resueltas por los Estados a través de intervenciones armadas. El arbitraje internacional ha surgido precisamente como una vía alternativa y, muy especialmente, pacífica de resolución de conflictos. En materia de arbitraje comercial los Estados del mundo, a través de los esfuerzos de las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales, se han puesto de acuerdo en permitir los arbitrajes y aceptar el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales en sus territorios si estos cumplen con los instrumentos internacionales del arbitraje comercial internacional. Por estas razones, posiciones que vean en el arbitraje internacional un atentado a la independencia y la soberanía nacional son simplemente inaceptables en la Venezuela del siglo XXI.

La revisión de constitucionalidad de un laudo arbitral es una aberración interpretativa. La Constitución es la norma suprema pero eso no quiere decir que deba ser aplicada como norma directa en todos los casos. Eso acabaría con el valor de la ley y también con la supremacía constitucional. El empleo lógico y sensato del texto constitucional garantizará su supremacía, de lo contrario se convertirá en una ley más, se vulgarizará. Lo mismo sucede con el recurso de amparo constitucional. La Sala Constitucional debe evitar que el recurso de amparo constitucional se convierta, por la práctica y los usos abusivos, en un recurso más. La supremacía y la vigencia del recurso de amparo constitucional en nuestro sistema exigen que éste sea utilizado para lo que fue diseñado. El recurso de amparo constitucional no fue diseñado para ejercer el control judicial de un laudo arbitral, por ello su uso debe ser erradicado de forma absoluta.

2. El rechazo absoluto del recurso de amparo constitucional contra el laudo arbitral

36. La Sala Constitucional no midió las consecuencias de su sentencia en el caso *Venezolana de Televisión C.A. c/ Electronica Industriale S.P.A.*, al admitir, como una posibilidad, la impugnación de laudos arbitrales a través de un recurso de amparo constitucional en contra de la LAC y de los instrumentos internacionales del arbitraje comercial. No volveremos sobre el error de la Sala en este caso al haber confundido un laudo arbitral con una sentencia judicial. Lo que resulta absolutamente incomprensible es el hecho de haber dictado una sentencia en esos términos después de haber explorado una situación similar, tan solo unos meses antes, en la sentencia del caso *Grupo Inmensa C.A. y otros c/ Soficrédito Banco de Inversión C.A.* En este caso, la Sala Constitucional con ponencia de su entonces presidente, Magistrado Iván Rincón Urdaneta, declaró inadmisibile un recurso de amparo constitucional intentado contra un laudo arbitral doméstico en virtud del artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. La decisión fue la correcta pero no su motivación. La declaratoria de inadmisibilidad del amparo constitucional se fundamentó en que la impugnante no había agotado la vía ordinaria de impugnación. En la sentencia percibimos el

cuidado con el que se trató la cuestión haciendo alusión al recurso de nulidad (LAC, Artículo 43) como el mecanismo ordinario de impugnación. El error de la Sala Constitucional consistió en considerar el recurso de nulidad como el mecanismo ordinario de impugnación y no como el *único* mecanismo de impugnación como lo establece la LAC en su artículo 43.

La última sentencia del caso *Consorcio Barr C.A. c/ Four Seasons Caracas C.A.*, en la que la Sala Constitucional declaró parcialmente con lugar un recurso de amparo constitucional contra un laudo arbitral extranjero, violando la normativa internacional sobre la materia, no tiene nada que aportar teóricamente a esta discusión. Como ya tuvimos la oportunidad de ver, en esta sentencia la Sala Constitucional incurrió en el error de analizar un laudo arbitral extranjero como si fuera una sentencia judicial extranjera y en consecuencia aplicó el artículo 53 de la LDIP a pesar de que muy claramente el artículo 62 *ejusdem* establece que «salvo lo dispuesto en el artículo 47 de esta Ley, todo lo concerniente al arbitraje comercial internacional se regirá por las normas especiales que regulan la materia». Afortunadamente esta triste serie de errores fueron corregidos en el voto salvado de la Presidenta Morales Lamuño en el caso *Corporación Todosabor C.A. c/ Haagen Dazs International Shoppe Company INC.*, en el que, por primera vez, en la Sala Constitucional, se trata a un laudo arbitral como un laudo arbitral y no como una sentencia judicial, se reivindica al carácter específico e idóneo del recurso de nulidad previsto en la LAC y se aplican, por primera vez, los instrumentos internacionales del arbitraje comercial internacional vinculantes para Venezuela.

37. Pero lo importante es que ya la Sala Constitucional pareciera estar entrando en sintonía con las exigencias que impone la constitucionalización del arbitraje y de los instrumentos nacionales e internacionales del arbitraje comercial limitando la utilización del recurso de amparo constitucional porque, como bien señaló, «de lo contrario, nuestro foro estará promoviendo cualquier mecanismo inadecuado que, valiéndose de denuncias de inconstitucionalidad, pretenda desconocer toda una estructura jurídica sistemática que garantiza la operatividad de los medios alternativos para la resolución de conflictos en el ámbito nacional e internacional».

El voto salvado de la Presidenta Morales Lamuño es, sin duda alguna, el acto más importante del Poder Judicial venezolano desde la entrada en vigencia de la LAC. En su exposición demostró un gran dominio y conocimiento del tema. Sin embargo, a pesar de sus claros argumentos, no se atrevió a cerrar por completo la puerta del amparo constitucional contra los laudos arbitrales. Las razones por las cuales no descarta por completo la posibilidad de utilizar recursos de amparos constitucionales revelan una curiosa timidez que contrasta con la gran solidez y seguridad que demuestra en los otros pasajes de su voto salvado. El estudio de esas razones y su confrontación con los principios desarrollados en el resto del voto salvado servirán para asomar nuestra visión sobre el futuro de esta discusión.

Sin duda alguna, el futuro de la discusión tendrá como resultado la erradicación absoluta y sin medias tintas de los recursos de amparo constitucional contra los laudos arbitrales. Nuestras preocupaciones actuales no se refieren al fin del camino sino al tiempo que nos tomará recorrerlo. Para transitar este camino es necesario superar los temores (a). La superación de esos temores de eliminar de manera categórica el amparo constitucional contra los laudos arbitrales será alcanzado en la medida en la que la Sala Constitucional abandone sus prejuicios y se vaya familiarizando más con los principios esenciales del arbitraje comercial, para así garantizar la verdadera vigencia del derecho constitucional a la eficacia de la justicia arbitral (b).

a. Es necesario superar los temores relativos a la eliminación absoluta del recurso de amparo constitucional contra los laudos arbitrales

38. Después de siete páginas desarrollando e insistiendo a justo título en el carácter específico e idóneo del recurso de nulidad como medio de impugnación de los laudos arbitrales y justo antes de decir que «en definitiva, de lo que se trata es de mantener a la JURISDICCIÓN VENEZOLANA en coherencia y armonía no sólo con el *desideratum* constitucional relativo al respeto, promoción y protección de los medios alternativos para la resolución de conflictos (en el ámbito nacional o internacional) antes referido; sino que **además no se genere un divorcio u hostilidad entre dicha jurisdicción y todo el**

bloque o régimen normativo internacional y nacional de incuestionable valor vinculante para nuestro foro, haciendo nugatoria la sana operatividad y desarrollo de tales medios, como consecuencia de la interposición hábil y peregrina de cualquier clase de acción totalmente ajena o extraña sus instituciones» (Destacados propios), la Presidenta Morales Lamuño vaciló, por primera vez, al expresar sus conclusiones.

En este sentido, señaló que «nuestra preocupación aquí plasmada no podría considerarse como la negación del amparo constitucional como mecanismo restablecedor de situaciones jurídicas lesionadas (de rango constitucional), como consecuencia de procedimientos arbitrales o laudos arbitrales; sino que tal excepcional posibilidad (el amparo contra laudos y procedimientos de arbitraje) debe estimarse inadmisibles, sólo y exclusivamente, si están dadas las condiciones que de forma pacífica, diuturna y reiterada esta misma Sala Constitucional ha establecido, y más particularmente para casos como el que nos ocupa: 1.- Que de conformidad con la legislación patria y conforme a los tratados suscritos, aprobados y ratificados validamente por la República, el Poder Judicial tenga jurisdicción; y 2.- Que de acuerdo a los criterios pacíficos y consolidados de esta Sala sobre la admisibilidad de una acción de amparo (a la luz de la dilatada interpretación de los supuestos del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales), dicha potencial acción no devenga en inadmisibles; (Ej. entre muchos supuestos aplicables al caso, que la posibilidad de «oposición a la ejecución o reconocimiento de un Laudo no sea un mecanismo suficientemente expedito y adecuado para evitar una violación constitucional en un caso concreto y, en tanto grado que justifique la interposición de una acción de amparo en lugar del primer mecanismo; o que no hayan transcurrido más de seis meses desde que el hecho lesivo se ha generado, etc)». Es decir, después de una brillante exposición, la Presidenta Morales Lamuño tuvo temor para expresar la conclusión general a la que la llevaban sus propios argumentos: la inadmisibilidad absoluta del recurso de amparo constitucional contra los laudos arbitrales.

Pero los primeros pasos son siempre los más difíciles de dar y generalmente suelen estar marcados por la cautela y la prudencia.

Los cambios que introdujo la Presidenta Morales Lamuño son bastante importantes y muy sustanciales. Las observaciones que haremos a continuación no tienen otra finalidad que la de ofrecer algunos comentarios para promover un tránsito más cómodo por los caminos que se han emprendido. Para ello, nos enfrentaremos a las preocupaciones de la Presidenta Morales Lamuño para demostrar que los problemas que trata de anticipar no son sino falsos problemas y que no hay nada de que temer. Porque por un lado, los criterios de la Sala Constitucional sobre la admisibilidad del recurso de amparo constitucional contra los laudos arbitrales reposan sobre graves errores de derecho (i) y por el otro, porque los medios específicos del control judicial de los laudos arbitrales siempre serán adecuados para garantizar la eficacia de la justicia arbitral y con ello el *desideratum* constitucional relativo a la sana operatividad del arbitraje comercial (ii).

- i. *Los criterios de la Sala Constitucional sobre la admisibilidad del recurso de amparo constitucional contra los laudos arbitrales reposan sobre graves errores de derecho*

39. En su voto salvado la Presidenta Morales Lamuño señala que no tiene la intención de excluir por completo la utilización del amparo constitucional en casos excepcionales y que esos casos excepcionales son aquellos que la Sala Constitucional ha establecido en su jurisprudencia pacífica y consolidada. Al respecto, nuestra observación está orientada a señalar que si la Sala Constitucional ha admitido en el pasado la posibilidad de intentar recursos de amparos constitucionales contra laudos arbitrales se debe a graves errores conceptuales y un desconocimiento evidente de los principios esenciales del arbitraje comercial y del derecho internacional privado venezolano.

En este sentido, de un análisis de las sentencias en las que la Sala Constitucional comenta la posibilidad de intentar recursos de amparo constitucional contra laudos arbitrales, veremos que lo ha hecho al incurrir en el insólito error de asimilar un laudo arbitral con la decisión de un juez de paz (caso *Héctor Luis Quintero Toledo*), un laudo arbitral con una sentencia judicial (caso *Fermín Toro Jiménez y otro c/ Convenio entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobier-*

no de los Estados Unidos de América con el objeto de evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión Fiscal en materia de Impuesto sobre la Renta y sobre el Patrimonio), o lo que es peor aún, un laudo arbitral extranjero con una sentencia judicial extranjera (*Venezolana de Televisión C.A. c/ Electronica Industrial S.P.A. – Consorcio Barr S.A. c/ Four Seasons Caracas C.A.*). Si son estos los criterios sobre la admisibilidad del amparo constitucional que le preocupan a la Presidenta Morales Lamuño, debemos insistir en el llamado para que se despreocupe. Los aludidos criterios no son más que errores derivados de un conmovedor desconocimiento del ordenamiento jurídico venezolano.

40. Dentro de todas las sentencias de la Sala Constitucional que han admitido la posibilidad de que un recurso de amparo constitucional pueda intentarse contra un laudo arbitral, hay un solo criterio que puede ser analizado con seriedad. Se trata del criterio expuesto en la sentencia del caso *Grupo Inmensa C.A. y otros c/ Soficrédito Banco de Inversión C.A.* De acuerdo con esta decisión, un recurso de amparo constitucional sería admisible contra un laudo arbitral después de haberse agotado la vía ordinaria de impugnación: el recurso de nulidad. En este sentido, señaló que «las accionantes disponían de una vía judicial ordinaria para atacar el laudo arbitral, como lo es el recurso de nulidad a que hace alusión el artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial, en cuyo caso el recurrente puede lograr la suspensión de los efectos del acto mediante el otorgamiento de caución, en razón de lo cual la acción propuesta debe declararse inadmisibile... por cuanto las accionantes no agotaron la vía ordinaria, mediante el ejercicio del recurso de nulidad».

Pero este criterio también debe rechazarse. El fundamento de la distinción entre vías ordinarias y extraordinarias de impugnación de un laudo arbitral es inaceptable en el sistema venezolano del arbitraje comercial. La idea de que un recurso de amparo constitucional puede convertirse en un medio de impugnación extraordinario de los laudos arbitrales es incompatible con el artículo 43 de la LAC que establece que «**contra el laudo arbitral ÚNICAMENTE procede el recurso de nulidad**» (Destacado nuestro). Así pues, no debe tratarse el *único medio de impugnación* de los laudos arbitrales como un *medio ordinario de impugnación*. De no seguir esta línea, la Sala Constitucional podría

pensar desde ahora en la forma en la que pensará evitar en el futuro las manipulaciones del recurso de amparo constitucional que lo llevarán a convertirse en una especie de recurso de apelación creando un doble control judicial sobre los laudos arbitrales. La razón por la que la LAC crea un mecanismo *único* de impugnación del laudo arbitral encuentra su fundamento en el esfuerzo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de armonizar el derecho del arbitraje comercial a nivel mundial, evitando precisamente la proliferación de medios de impugnación que luego dificulten la circulación de los laudos arbitrales a través de los tratados internacionales del arbitraje comercial internacional.

Por lo anterior, sería deseable que la Sala Constitucional tome una pausa para replantearse todas estas discusiones y modificar sus criterios. La mejor forma de comprender el sistema venezolano del arbitraje comercial es familiarizándose con sus conceptos fundamentales. Sólo de esta manera estará en la capacidad de entender por qué el recurso de nulidad contra un laudo arbitral y la oposición a su reconocimiento y ejecución consagrados en la LAC y en los instrumentos internacionales del arbitraje comercial son los únicos medios adecuados para el control judicial de los laudos arbitrales.

ii. Los medios específicos del control judicial de los laudos arbitrales siempre serán adecuados para garantizar la eficacia de la justicia arbitral

41. El recurso de nulidad del laudo arbitral (LAC, Artículo 43) y la oposición a su reconocimiento y ejecución (LAC, Artículo 49; Convención de Nueva York, Artículo V; Convención de Panamá, Artículo 5) son los únicos medios adecuados para controlar judicialmente los laudos arbitrales y para que ese control judicial no se convierta en un examen del fondo de la controversia contrario a la esencia del arbitraje comercial.

Un estudio comparativo de las causales taxativas para la procedencia del recurso de nulidad (LAC, Artículo 44) con las que permiten denegar el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral (LAC, Artículo 49) y las previstas en los tratados internacionales del arbitraje

je comercial vinculantes para nuestro país revelarán una gran armonía. Esto se debe a que las causales taxativas previstas en la LAC provienen de la Ley Modelo y las de la Ley Modelo provienen a su vez de la Convención de Nueva York. Estas se refieren a la incapacidad de alguna de las partes al momento de celebrarse el acuerdo de arbitraje, que la parte contra la cual se invoca el laudo no hubiere sido debidamente notificada o que no haya podido hacer valer sus derechos, que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se haya ajustado a la LAC, que el objeto de la controversia no era susceptible de arbitraje o que el laudo sea contrario al orden público. Estas causales taxativas garantizan los derechos inherentes a todo proceso y a la compatibilidad del laudo con los estándares esenciales del orden público.

42. Una de las razones por las que el voto salvado de la Presidenta Morales Lamuño, a través de ese incómodo párrafo, mantiene una mínima posibilidad de admisibilidad del recurso de amparo contra los laudos arbitrales se refiere al caso en el que «la «oposición» a la ejecución o reconocimiento de un laudo no sea un mecanismo suficientemente expedito y adecuado para evitar una violación constitucional en un caso concreto y, en tanto grado que justifique la interposición de una acción de amparo en lugar del primer mecanismo». Lo anterior quiere decir que en un caso muy excepcional (en el que la oposición no sea lo suficientemente expedita o adecuada) la oposición al reconocimiento o ejecución del laudo arbitral a la que se refiere el artículo 49 de la LAC y los artículo V y 5 de la Convención de Nueva York y la Convención de Panamá, puede ser sustituida por un recurso de amparo constitucional. Por otro lado, la «celeridad procesal» no es ni puede ser un criterio serio para determinar cuando puede o no admitirse un recurso de amparo constitucional. Puede ser que el amparo constitucional sea un recurso rápido pero como no está diseñado para respetar las especificidades técnicas necesarias violará siempre el derecho constitucional a la eficacia de la justicia arbitral. Lo importante no es sólo contar con un recurso rápido, lo verdaderamente importante y útil para la sociedad es contar con un recurso rápido, pero adaptado a las necesidades, es decir, un

recurso de calidad.⁽⁶¹⁾ Si la oposición a la ejecución o reconocimiento no es un procedimiento lo suficientemente expedito entonces debe pensarse en la forma de agilizarlo. Sustituirlo por un recurso de amparo constitucional no puede ser una solución válida.

Hacer otra cosa contraría ese «bloque o régimen normativo internacional y nacional de incuestionable valor vinculante para nuestro foro, haciendo nugatoria la sana operatividad y desarrollo de tales medios, como consecuencia de la interposición... de cualquier clase de acción totalmente ajena o extraña» al arbitraje. Al respecto, no podemos sino reiterar el llamado a confiar más en la sabiduría y la calidad conceptual de nuestros instrumentos del arbitraje comercial. El recurso de amparo constitucional es una institución completamente extraña al sistema venezolano del arbitraje comercial. Por un lado, es innecesario porque todas las cuestiones imaginables verdaderamente serias que pudieran alegarse a través de un recurso de amparo constitucional recaen dentro de las causales legales de procedencia del recurso de nulidad del laudo arbitral y de la oposición a su reconocimiento y ejecución. Por el otro, la admisión del recurso de amparo constitucional para oponerse al reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral constituye una violación flagrante a la LAC y a la Constitución y, en caso de que se trate de un laudo arbitral extranjero, a las Convenciones de Nueva York y Panamá con las consecuencias nefastas que eso traería para nuestro país además de la eventual responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de sus obligaciones internacionales.

Esas posibilidades excepcionalísimas sobre las cuales no tenemos ni datos ni criterios ponen en riesgo la sana operatividad del arbitraje comercial en Venezuela, y son susceptibles de constituir una violación al derecho constitucional a la eficacia de la justicia arbitral. Se piensa que eliminar por completo la posibilidad de intentar un

(61) Sobre la noción de celeridad procesal y sus contenidos intrínsecos, Ver: CHOLET, Didier, *La célérité de la procédure en droit processuel*, Préface de Geneviève Giudicelli-Delage, Bibliothèque de droit privé sous la direction de Jacques Ghestin, Tome 466, LGDJ, Paris, 2006.

recurso de amparo constitucional contra un laudo arbitral puede traer como consecuencia una situación de indefensión ante violación de principios constitucionales. Pero este temor no tiene fundamento. Como debe ser, todas las garantías procesales y del derecho de la defensa están protegidas por la LAC y las convenciones internacionales sobre la materia. Es inaceptable que el recurso de amparo constitucional, mecanismo específico, especial y extraordinario para la protección de los derechos constitucionales, se convierta en un obstáculo para el sano ejercicio de los derechos constitucionales. La eliminación completa de los recursos de amparo constitucional contra los laudos arbitrales no es una sugerencia, sino una necesidad para garantizar la verdadera eficacia de la justicia arbitral.

b. La superación de los temores relativos a la eliminación absoluta del recurso de amparo constitucional es imprescindible para garantizar la eficacia de la justicia arbitral

43. La Sala Constitucional tiene el deber de garantizar y proteger los derechos constitucionales. El derecho a la plena eficacia de la justicia arbitral es uno de esos derechos. A través de un ejercicio de abstracción y conceptualización entenderemos que la exclusión de la jurisdicción estatal que produce el acuerdo de arbitraje es uno de los pilares esenciales del sistema venezolano del arbitraje comercial. Esta exclusión de la jurisdicción estatal garantiza el buen curso de los procedimientos arbitrales evitando las intervenciones e interferencias de los tribunales estatales que no hacen sino obstaculizar la justicia arbitral.

El sistema venezolano del arbitraje comercial divide la intervención del Poder Judicial en dos etapas, durante el arbitraje y al final del arbitraje. Durante el arbitraje, la intervención del Poder Judicial es de estricto apoyo. Al final del arbitraje, la intervención del Poder Judicial es de control y ese control se ejerce a través de los medios específicos creados por la LAC y las convenciones internacionales vinculantes para el país.

Por ser el recurso de amparo constitucional el recurso por excelencia para la protección de derechos constitucionales, éste no

puede convertirse en mecanismo para romper esos equilibrios. Esos equilibrios son esenciales y su alteración por mecanismos ajenos a su estructura atentan contra su efectividad y con ello contra el derecho constitucional de ser juzgado por un tribunal arbitral. Cuando el recurso de amparo constitucional es utilizado para impedir el desarrollo de un arbitraje (i) o como un mecanismo adicional para el control judicial del laudo arbitral, se atenta contra el derecho constitucional de ser juzgado por un tribunal arbitral (ii).

i. *Un recurso de amparo constitucional no puede convertirse en un mecanismo para obstaculizar la eficacia del desarrollo del procedimiento arbitral*

44. Sería contrario a la naturaleza y la razón de ser del recurso de amparo constitucional. Es inconcebible que el recurso por excelencia para la protección de los derechos constitucionales se convierta en un medio para impedir el ejercicio de los derechos constitucionales. La contradicción acabaría con el recurso de amparo constitucional y con la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.

Las experiencias del derecho comparado nos han revelado que los litigantes de mala fe utilizarán prácticamente cualquier vía para impedir el desarrollo de los procedimientos arbitrales. Es en estos casos en los que un Poder Judicial fuerte y concededor del sistema del arbitraje comercial censura la mala fe de los litigantes y rechaza sus pretensiones. Estas acciones son conocidas en el mundo del arbitraje comercial como *anti-suit injunctions* o *anti-arbitration injunctions*. En términos generales, se trata de medidas destinadas a impedir que se introduzca una demanda en otra jurisdicción estatal o arbitral o si ya han sido intentadas para que se retiren o se suspendan los procedimientos. La literatura sobre la materia es abundante⁽⁶²⁾ y de su estu-

(62) Para una presentación completa del fenómeno, ver: GAILLARD, Emmanuel (Ed), *Antisuit Injunctions in International Arbitration*, IAI Series on International Arbitration, N° 2, Juris Publishing, Inc. Paris, 2004; GAILLARD, Emmanuel, «*L'interférence de du siège dans le déroulement de l'arbitrage*», *ob. cit.*, p. 83, y «*Il est interdit d'interdire: réflexions sur l'utilisation des antisuit injunctions dans l'arbitrage commercial international*», en: *Revue de l'arbitrage*, Litec, Paris, 2004, p. 48, N° 1.

dio podemos darnos cuenta que las razones por las cuales se solicitan este tipo de medidas en cualquier parte del mundo son las mismas por las cuales en Venezuela se han intentado recursos de amparo constitucional para obstaculizar algún procedimiento arbitral. Lo anterior nos revela que la mala fe de algunos litigantes venezolanos ha intentado convertir el recurso de amparo constitucional en un *anti-suit injunction* a la venezolana. La Sala Constitucional tiene el deber de rescatar el recurso de amparo constitucional y evitar que sea utilizado de forma abusiva en contra de su propia naturaleza.

45. La utilización del recurso de amparo constitucional como un *anti-suit injunction* es una perversión del sistema que debe ser censurada por los tribunales venezolanos. Ante estas situaciones, el juez venezolano puede sentirse desorientado porque se confrontará a una situación en la que debe rechazar una acción ante denuncias de violaciones a derechos constitucionales. Sin duda alguna, se trata de un tema sensible. Pero la verdad del asunto es que la práctica judicial venezolana nos ha demostrado que las pretendidas denuncias de violaciones constitucionales no son sino denuncias de ilegalidad disfrazadas de violaciones constitucionales. Esto no es muy difícil de conseguir. Por ser la Constitución la norma suprema, todas las leyes deben estar de conformidad con ella y cuando se viola una ley puede hacer nacer un sentimiento de que también se ha violado un derecho constitucional. La técnica consistirá entonces en brincarse todos los mecanismos de defensa de rango legal alegando no denuncias de ilegalidad, sino de inconstitucionalidad. El análisis de la sentencia de la Sala Constitucional del 16 de octubre de 2001, en el caso de *Venezolana de Televisión, C.A. c/ Elettronica Industriale S.P.A.*,⁽⁶³⁾ nos ilustrará esta situación.

En este caso Venezolana de Televisión, C.A. (VTV), una compañía venezolana de propiedad del Estado, celebró un contrato internacional con Electronica Industriale S.P.A. (ELIN), una compañía italiana, para el desarrollo de un importante proyecto de telecomunicaciones en Venezuela. En ese contrato se incluyó un acuerdo de

⁽⁶³⁾ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia N° 1.981 del 16 de octubre de 2001, en el juicio de *Venezolana de Televisión C.A. c/ Electronica Industriale S.P.A.*, con ponencia del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz.

arbitraje CCI para resolver las eventuales controversias. Cumpliendo con dicho acuerdo de arbitraje, una vez surgidas las controversias, ELIN introdujo su demanda de arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI. Por su parte, VTV contestó la demanda y nombro al árbitro que le correspondía. Una vez constituido el tribunal arbitral se procedió a elaborar el Acta de Misión, un documento en el cual los árbitros fijan los términos de su misión. Después de esto VTV, unilateralmente, y en un burdo incumplimiento de su obligación contractual de someterse al arbitraje, simplemente decidió acudir ante los tribunales venezolanos pidiendo la suspensión del procedimiento arbitral. En este sentido, intentó un recurso de amparo constitucional contra la referida Acta de Misión ¡alegando la nulidad del acuerdo de arbitraje y que se le estaba violando el derecho constitucional de acceso a los tribunales venezolanos! Lamentablemente la Sala Constitucional no supo manejar la situación. De una simple lectura del artículo 6.4 del Reglamento de Arbitraje de la CCI, la Sala Constitucional hubiera sabido que el tribunal arbitral es competente para determinar su propia competencia y por ello, para pronunciarse sobre la existencia o validez del acuerdo de arbitraje. La Sala Constitucional ha debido declarar inadmisibile *in limine litis* ese amparo constitucional bajo el argumento de que un recurso de amparo constitucional no puede utilizarse para obstaculizar el desarrollo de un procedimiento arbitral. Este caso es una muestra del uso abusivo del recurso de amparo constitucional. ¿Cuál era la violación constitucional? Lo que pretendía VTV era incumplir con el Reglamento de Arbitraje de la CCI y utilizó el recurso de amparo constitucional para ese fin. ¡Casi lo logra!

El recurso de amparo constitucional no puede convertirse en un medio para obstaculizar el desarrollo de un procedimiento arbitral, del mismo modo en el que no puede convertirse en un medio para obstaculizar la eficacia de los resultados de los procedimientos arbitrales, los laudos arbitrales.

ii. *Un recurso de amparo constitucional no puede convertirse en un mecanismo para obstaculizar la eficacia del resultado del procedimiento arbitral*

46. El derecho constitucional a la eficacia de la justicia arbitral, lo que implica la eficacia de los resultados de la justicia arbitral, no

puede ser enervado por el mecanismo de protección de los derechos constitucionales. La contradicción es evidente. No volveremos sobre el punto de afirmar que el sistema venezolano del arbitraje comercial creó mecanismos específicos, idóneos y adecuados para detectar y evitar que un laudo arbitral lesione los derechos de las partes y atente contra el orden público.

Ya nos hemos pronunciado extensivamente sobre las razones por las cuales el recurso de amparo constitucional nunca puede intentarse contra un laudo arbitral. En esta oportunidad traeremos a colación otro ejemplo para ilustrar cómo el uso abusivo de un amparo constitucional contra un laudo arbitral no hace sino obstaculizar el derecho constitucional a la eficacia de un laudo arbitral. Hubiéramos preferido inventar un caso hipotético para ejemplificar estas situaciones, pero muy lamentablemente la práctica judicial venezolana ha producido uno de esos casos de laboratorio. El caso *Consortio Barr S.A. c/ Four Seasons Caracas C.A.*, y la sentencia de la Sala Constitucional del 19 de noviembre de 2004 por medio de la cual se ordena a los tribunales venezolanos a que «continúen sustanciando sin interferencia alguna y decidan en ejercicio de la autónoma potestad jurisdiccional confirmada constitucionalmente la controversia planteada en dicha demanda, sin que sea un obstáculo para ello, cualquiera de los pronunciamientos emitidos por el tribunal arbitral que conoce del proceso arbitral iniciado por el consorcio Four Seasons contra Consortio Barr S.A., de acuerdo a las Reglas de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), que sean violatorios de lo dispuesto en las referidas sentencias y de los establecido en el presente fallo»; desgraciadamente representa un excelente ejemplo de intervenciones indebidas de los tribunales estatales y del uso abusivo del amparo constitucional para violar el derecho constitucional a la eficacia de la justicia arbitral.

47. En la especie, Consortio Barr S.A. (Consortio Barr), una compañía venezolana propietaria de un edificio celebró varios contratos con compañías del grupo hotelero Four Seasons (Four Seasons) para utilizar el mencionado edificio como un hotel gerenciado por este grupo. Uno de esos contratos, y respecto del cual surgieron las controversias, incluía un acuerdo de arbitraje por el cual las partes

convinieron en someterse a un arbitraje de acuerdo con las Reglas de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA). Una vez surgidas las controversias, y ante la inminencia de una demanda arbitral por parte de Four Seasons, Consorcio Barr, incumpliendo burdamente con su obligación contractual de acudir al arbitraje AAA, decidió unilateralmente utilizar los tribunales estatales para perturbar la eficacia del procedimiento arbitral. En este sentido, 22 de noviembre de 2001 introdujo una acción mero declarativa con la cual pretendía que el tribunal estatal se pronunciara sobre la validez del acuerdo de arbitraje. Esta acción merodeclarativa fue transformada el 6 de febrero de 2002 en una demanda de resolución del contrato a través de una reforma en el libelo de la demanda. Por su parte, Four Seasons presentó su demanda de arbitraje el 30 de noviembre de 2001. Podemos constatar la maniobra de Consorcio Barr para desconocer sus obligaciones contractuales. Para nadie es un misterio que los tribunales estatales en virtud del efecto negativo de la competencia-competencia no tienen facultades para pronunciarse sobre la validez o existencia del acuerdo de arbitraje antes de que lo haga el tribunal arbitral.⁽⁶⁴⁾

Ante esta situación, Four Seasons opuso la excepción de arbitraje (vía cuestión previa de falta de jurisdicción). Luego, ante la declaratoria del tribunal estatal por medio de la cual establecía que el Poder Judicial venezolano tenía jurisdicción (¡a pesar de la existencia de un acuerdo de arbitraje internacional!), Four Seasons intentó un recurso de regulación de jurisdicción. El recurso de regulación de jurisdicción fue conocido por la Sala Político Administrativa, la cual en lugar de censurar la actitud del tribunal de instancia por haberse pronunciado sobre la existencia y validez del acuerdo de arbitraje, volvió a pronunciarse sobre la existencia y validez del acuerdo de arbitraje concluyendo que era ineficaz y que por ello el Poder Judicial sí tenía jurisdicción.⁽⁶⁵⁾ Lamentablemente, para los que co-

(64) DE JESÚS O., Alfredo, «Validez y eficacia del acuerdo de arbitraje en el derecho venezolano», *ob. cit.*, N° 103-106, p. 122-126.

(65) Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa, Sentencia N° 476 del 25 de marzo de 2003, en el juicio de *Consortio Barr S.A. c/ Four Seasons Caracas C.A.*, con ponencia del Magistrado Levis Ignacio Zerpa.

nocemos la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa sobre la materia, esta situación irregular no es ninguna sorpresa. Pero no son estas las irregularidades que queremos destacar en estos momentos.

48. Por su parte, el tribunal arbitral, cumpliendo con sus obligaciones contractuales de dirigir el procedimiento y dictar una decisión, se declaró competente para conocer la demanda planteada al tiempo que declaraba válido y eficaz el acuerdo de arbitraje. Esta decisión fue expresada a través de un laudo parcial en el cual también se ordenaba a Consorcio Barr a desistir y retirar las demandas intentadas ante los tribunales venezolanos y de abstenerse a intentar nuevas acciones ante los tribunales venezolanos relacionadas con este caso. Esta es una decisión muy normal en el arbitraje comercial internacional⁽⁶⁶⁾. Sencillamente lo que se le pedía a Consorcio Barr era que honrara su palabra y cumpliera con su obligación validamente consentida de someterse al tribunal arbitral. ¿Qué puede tener esto de extraño?

Pero Consorcio Barr estaba decidido a evitar ese arbitraje. En este sentido, recurrió nuevamente a los tribunales venezolanos. Esta vez para alegar que las órdenes que le hacía el tribunal arbitral violaban sus derechos constitucionales. Evidentemente, ni siquiera se planteó la posibilidad de utilizar los mecanismos específicos de impugnación de los laudos arbitrales, el recurso de amparo constitucional era la herramienta perfecta para armar un gran escándalo.

49. De acuerdo con Consorcio Barr, el referido laudo parcial violaba su derecho a la tutela judicial efectiva, al juez natural y a la defensa! Supuestamente el laudo parcial al ordenarle a Consorcio Barr a desistir de las demandas intentadas y a abstenerse de intentar nuevas demandas relacionadas con ese contrato violaba su derecho de acceso a los tribunales estatales. En cuanto a la supuesta violación del derecho al juez natural Consorcio Barr alegó que el tribunal arbitral no estaba facultado para pronunciarse sobre la falta de jurisdicción del juez venezolano. Al respecto, un par de preguntas nos per-

⁽⁶⁶⁾ GAILLARD, Emmanuel, *Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators*, ICCA Congress, Montreal, 2006.

mitirán revelar las inconsistencias y la falta de fundamento de los alegatos de Consorcio Barr y demostrar para qué *servió* el recurso de amparo constitucional. El tribunal arbitral le ordenó a Consorcio Barr que desistiera, retirara las acciones intentadas ante los tribunales venezolanos y que se abstuviera a intentar nuevas acciones ante ellos. ¿Cómo puede esto violar el derecho de acceso a los tribunales estatales? Lo que se le pedía era que cumpliera con su obligación de someterse al arbitraje. Como bien lo dijo el Vicepresidente Cabrera Romero en su voto salvado en este caso, en presencia de un acuerdo de arbitraje «es este arbitraje el que priva para la solución de los problemas entre las partes, convirtiéndose el Tribunal Arbitral en el juez natural». Lo que buscaba el tribunal arbitral era, por un lado, reafirmar su autoridad y condición de juez natural, y por el otro, garantizar a Four Seasons su derecho de acceso y eficacia de la justicia arbitral. Lo único que generaban las acciones de Consorcio Barr ante los tribunales venezolanos, eran la proliferación de ilegítimos juicios paralelos.

El segundo alegato de Consorcio Barr es más absurdo todavía: «el Tribunal Arbitral no es el calificado para proveer acerca de la falta de jurisdicción del juez venezolano» y eso viola su derecho al juez natural. ¿Cómo puede violar esto el derecho de Consorcio Barr de acceso al juez natural? Lamentablemente este argumento, que podía rechazarse a través de una simple aplicación del principio de la competencia-competencia, tuvo un impacto psicológico en el Poder Judicial venezolano, en concreto en la Sala Constitucional. Hablamos de un impacto psicológico y no jurídico porque la sentencia de la Sala Constitucional no puede entenderse en términos jurídicos. Decir que el tribunal arbitral no es el calificado para pronunciarse acerca de la falta de jurisdicción del juez venezolano es invertir los argumentos. Psicológicamente, en este caso, el orden de los factores sí alteró el producto. No se trata de que el tribunal arbitral decida cuando un juez estatal tiene o no jurisdicción, sino de las consecuencias que pueda tener su decisión sobre su propia competencia. El tribunal arbitral tiene el poder de determinar su propia competencia (entiéndase competencia como sinónimo de jurisdicción), y en nuestro derecho la consecuencia natural de que el tribunal arbitral

tenga competencia es que el Poder Judicial no la tiene: ¡el acuerdo de arbitraje excluye la jurisdicción de los tribunales estatales (LAC, Artículo 5)! La declaratoria de competencia del tribunal arbitral no tiene un efecto directo en los tribunales estatales, ellos, independientemente de lo que diga el tribunal arbitral, tienen el deber de cumplir la ley y la ley les dice que en presencia de un acuerdo de arbitraje quedan excluidos. ¿Dónde está la violación constitucional? Hubiera sido deseable que la Sala Constitucional se hubiera preguntado lo siguiente: ¿Por qué Consorcio Barr se rehusaba a ir al arbitraje? ¿Por qué incumplió su obligación contractual de someterse al arbitraje? ¿Por qué utilizó a los jueces venezolanos para obstaculizar el arbitraje? ... ¿No será que en el fondo sabía que iba a perder el procedimiento? ¿Puede permitirse que un recurso de amparo constitucional se utilice para esto?

50. La Sala Constitucional no tenía motivo para preocuparse por la actitud del tribunal arbitral. Por el contrario, el tribunal arbitral tenía la obligación de hacerlo.⁽⁶⁷⁾ El tribunal arbitral es libre para determinar su propia competencia y tiene la obligación contractual de hacerlo sin hacer caso a lo que los tribunales estatales del país que sea, quieran decir o decidir al respecto. El argumento de que la Sala Político Administrativa declaró que el Poder Judicial tenía jurisdicción es absoluta y completamente irrelevante jurídicamente para el tribunal arbitral.⁽⁶⁸⁾ Si no fuera así el derecho al acceso a la justicia arbitral estaría en manos de los tribunales estatales, lo que es contrario a los países que, como Venezuela, han consagrado el efecto negativo de la competencia-competencia. La exclusión de la jurisdicción estatal a través del acuerdo de arbitraje es la esencia del arbitraje. En su sentencia del 19 de noviembre de 2004 la Sala Constitucional demostró su preocupación por los alegatos de Consorcio Barr. ¿Pero pensó en los derechos de Four Seasons? ¿Habría pensado en que los actos del tribunal arbitral iban encaminados a garantizar el acceso de

(67) GAILLARD, Emmanuel, «*L'interférence de du siège dans le déroulement de l'arbitrage*», *ob. cit.*, p. 87.

(68) DE JESÚS O., Alfredo, *ob. cit.*, N° 98-100, pp. 120-121.

Four Seasons a su juez natural, al tribunal arbitral? ¿Se planteó en algún momento que las órdenes del tribunal arbitral iban encaminadas a garantizar la eficacia del procedimiento arbitral? ¿Se planteó que dentro de la lógica interna venezolana ese derecho de Four Seasons al acceso y a la eficacia de la justicia arbitral es un derecho constitucional? ¿Se planteó la Sala Constitucional que al tomar su decisión estaba atentando contra los derechos constitucionales de Four Seasons? En su sentencia señaló que las decisiones presentes y futuras de ese tribunal arbitral no podrían ser ejecutadas por los tribunales venezolanos. Al respecto, ¿la Sala Constitucional midió las consecuencias de su decisión? ¿Se dio cuenta de que con esa decisión violaba las obligaciones internacionales de la república en materia de arbitraje comercial internacional?, ¿Se da cuenta ahora la Sala Constitucional que ha colocado al juez de primera instancia (juez de la ejecución del laudo arbitral) en la difícil e incómoda situación de verse obligado a decidir en contra de una de sus decisiones, llegado el momento en el que se solicite el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral extranjero en Venezuela. El tribunal de primera instancia tendrá la obligación de desestimar la sentencia de la Sala Constitucional y aplicar los tratados internacionales sobre el arbitraje comercial de incuestionable valor vinculante para el Estado venezolano. Esperamos que esta difícil situación no sea tomada por la Sala Constitucional como un desafío a su autoridad y tenga la humildad necesaria para aceptar que en este caso se equivocó.

En definitiva, ¿se ha dado cuenta la Sala Constitucional del daño que ocasionó la interferencia del Poder Judicial en este procedimiento arbitral? ¿Se da cuenta ahora de por qué el amparo constitucional no puede ser intentado para obstaculizar la eficacia de los laudos arbitrales? En este caso, el tribunal arbitral ya dictó su laudo definitivo, la guerra de amparos constitucionales lo único que logró fue interferencias, desagrados y desperdicios de energías y dinero para las partes. Todavía están a tiempo de enmendar los caminos... eliminen por completo la posibilidad de que un recurso de amparo constitucional pueda ser intentado como mecanismo de impugnación de los laudos arbitrales. De lo contrario, se constituirá en el arma por excelencia de las tácticas dilatorias de las partes que no estén a la altura de las obligaciones que asumen.

CONCLUSIÓN GENERAL

51. El tema de la constitucionalización del arbitraje es verdaderamente interesante por las reflexiones que genera no sólo desde el punto de vista del derecho arbitral y constitucional, sino también desde el punto de vista de la teoría general del derecho. En el texto de nuestro trabajo hemos ido discutiendo y explorando los caminos abiertos por las interpretaciones constitucionales, tratando de reparar algunos daños cometidos en el trayecto e intentado crear algunas directrices que permitan construir un sistema coherente de las relaciones entre el derecho constitucional y el derecho del arbitraje comercial.

Desde un punto de vista general y global de las discusiones a las que tuvimos que enfrentarnos revelan su carácter casuístico. Es decir, las reflexiones eran planteadas y contestadas a partir de experiencias jurisprudenciales puntuales y no como parte de una estructura equilibrada y coherente de esas relaciones entre el derecho constitucional y el derecho arbitral de las que tanto hablamos y que, a final de cuentas, quedan en manos de los jueces constitucionales.

52. En la primera oración de este trabajo señalábamos que las relaciones entre el derecho constitucional y el arbitraje comercial son complejas. Pero lo que es verdaderamente complejo es la delimitación del alcance del derecho constitucional y del poder de los jueces constitucionales y saber, en definitiva, si los jueces constitucionales son capaces de trazar las fronteras entre lo legal y lo constitucional y respetar la vigencia de las leyes, lo que es, por concepto, el primer mandato constitucional en cualquier Estado de Derecho. Es cierto, los jueces constitucionales tienen el deber de asegurar la vigencia de la Constitución, pero eso no quiere decir que deban aplicar normas constitucionales cuando deben aplicar las normas de rango legal.

El verdadero problema de fondo que hace que las relaciones entre el derecho constitucional y el arbitraje comercial sean complejas es que los jueces constitucionales se han excedido en el ejercicio de sus funciones. Y se han excedido en sus funciones por comulgar con una filosofía errada del derecho constitucional. Esta filosofía es la que considera la Constitución como una norma de aplicación directa.

53. La Constitución no es ni puede considerarse como una norma de aplicación directa. La supremacía de la Constitución no viene dada por su aplicación en los casos concretos, sino por el hecho de que la normativa de rango legal y reglamentaria debe estar conforme a sus preceptos fundamentales. En la medida en que sigamos viviendo bajo un régimen en el que la propia Constitución compita con las leyes, será siempre la Constitución la que por razones de jerarquía se impondrá. En esta lucha perderá vigencia el imperio de la ley en favor del imperio de los jueces, de los jueces constitucionales.

En todo caso, mientras maduramos estas reflexiones y logramos reivindicar el texto constitucional en su justo valor, como «norma de reconocimiento», seguiremos aportando nuestras reflexiones para ofrecer soluciones concretas a los desafíos que impone la constitucionalización del arbitraje...

EL ARBITRAJE EN LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA PROCEDENCIA DEL AMPARO CONTRA LAUDOS ARBITRALES

JAIMÉ DAVID ABANTO TORRES (*)

A todos los operadores del arbitraje

SUMARIO: I. Introducción. II. El arbitraje en la Constitución de 1993. ¿Jurisdicción arbitral o heterocomposición? III. Naturaleza jurídica del arbitraje. IV. Semejanzas y diferencias entre el arbitraje y otros MARC's con el proceso judicial. V. La tesis del monopolio judicial del Estado y la tesis de los medios alternativos. VI. La intervención del Poder Judicial en el arbitraje. VII. Resoluciones del Tribunal Constitucional relacionadas con la Ley General de Arbitraje. 7.1. La competencia de los árbitros debe discutirse en sede arbitral o en sede judicial mediante el recurso de apelación. 7.2. Procedencia de la excepción de convenio arbitral. 7.3. Legitimidad para obrar pasiva. VIII. El Tribunal Constitucional abre la puerta. 8.1. Procedencia del amparo contra resoluciones judiciales por violación al debido proceso. 8.2. Procedencia del amparo contra laudos arbitrales por vulneración al debido proceso, a la tutela judicial efectiva o a otros derechos. 8.3. La designación de árbitros debe recaer en personas idóneas imparciales e independientes. 8.4. Procedencia de amparo por denegación del recurso de anulación de laudo arbitral. 8.5. Improcedencia del amparo contra la resolución que desestima una demanda arbitral dirigida contra una persona equivocada. IX. El precedente vinculante sobre arbitraje. El caso Cantuarias Salaverry X. Un voto singular. XI. ¿Es inconstitucional el arbitraje obligatorio? XII. El caso del Tribunal Arbitral Sulliden-Algamarca. XIII. A modo de conclusión.

(*) Juez Titular del Primer Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, Perú.

I. INTRODUCCIÓN

Frente a una sentencia dictada en un proceso en el que se hubiera cometido violaciones al debido proceso, el justiciable tiene dos caminos: demandar la nulidad de la cosa juzgada fraudulenta⁽¹⁾ o interponer una acción de amparo contra resoluciones judiciales.⁽²⁾ Así lo ha reconocido el mismísimo Consejo Nacional de la Magistratura en un proceso disciplinario que concluyó con la destitución de varios magistrados.⁽³⁾

- (1) Código Procesal Civil, Artículo 178. Nulidad de cosa juzgada fraudulenta. Hasta dentro de seis meses de ejecutada o de haber adquirido la calidad de cosa juzgada si no fuere ejecutable, puede demandarse, a través de proceso de conocimiento, la nulidad de una sentencia o del acuerdo de las partes homologado por el Juez que pone fin al proceso, alegando que el proceso en que se origina ha sido seguido con dolo, fraude, colusión o afectando el derecho a un debido proceso, cometido por una, o por ambas partes, o por el Juez, o por éste y aquellas.

Puede demandar la nulidad la parte o el tercero ajeno al proceso que se consideren directamente agraviados por la sentencia, de acuerdo a los principios exigidos en este Título.

En este proceso sólo se pueden conceder medidas cautelares inscribibles.

Si la decisión fuese anulada, se repondrán las cosas al estado que corresponda. Sin embargo, la nulidad no afectará a los terceros de buena fe y a título oneroso.

Si la demanda no fuera amparada, el demandante pagará las costas y costos doblados y una multa no menor de treinta ni mayor de cien Unidades de Referencia Procesal.

- (2) Constitución, Artículo 200.- Son garantías constitucionales:

1.- La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente.

No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular.

- (3) Resolución N° 045-2005-PCNM de fecha 3 de octubre de 2005.

El Consejo Nacional de la Magistratura consideró que *«las sentencias que constituyen cosa juzgada son inmodificables en el mismo proceso, pero, excepcionalmente, el ordenamiento jurídico permite su modificación en otro proceso cuando han sido dictadas con fraude o en un proceso irregular que vulnera derechos reconocidos en la Constitución Política; en consecuencia, una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, como es la ejecutoria suprema de quince de octubre de dos mil tres, notificada el catorce de enero de dos mil cuatro, solamente puede*

En el supuesto en que se cometiera violaciones al debido proceso en un procedimiento arbitral, la demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta es improcedente, por lo que el único camino que le quedaría al justiciable sería el del amparo constitucional.

Frente a las desatinadas intervenciones de algunos jueces en algunos procesos judiciales iniciados cuando existían procedimientos arbitrales en trámite, se ha llegado a posiciones extremas.

Así, el día 16 de junio de 2005 se publicó una entrevista al Presidente de la Corte Suprema en el diario oficial *El Peruano*. En ella se habla del arbitraje como *fuero jurisdiccional privado, de jurisdicción arbitral y de que los jueces que desconocen el principio de que la voluntad es ley entre las partes se atendrán a las consecuencias*.⁽⁴⁾

Haciendo eco de las tensiones producidas entre la justicia ordinaria y el arbitraje, en el Oficio Circular N° 005-2005-SP-CS-PJ,⁽⁵⁾ de fecha 4 de julio de 2005, se señala que en la Sala Plena de la Corte Suprema se contempló pronunciamientos públicos que, en diversa manera se vienen produciendo con relación al arbitraje, así como a procesos judiciales como el amparo, medidas cautelares, procesos penales y otros.

Se señala que el arbitraje es un medio destinado a resolver controversias disponibles, y generalmente tiene su origen en la autonomía de la voluntad de las partes –convenio arbitral–; es decir, la búsqueda de solución consensual; y se desarrolla conforme a sus propias

anularse o modificarse en otro proceso, si se comprueba la existencia de fraude, como lo dispone el artículo 178 del Código Procesal Civil, cuyo fin es dejar sin efecto resoluciones que adolecen de vicios graves, o, como lo ha establecido el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, la nulidad puede obtenerse en un proceso constitucional de amparo cuando la resolución judicial es considerada arbitraria por haber sido emitida durante el desarrollo de procedimientos irregulares y que, por lo mismo, afectan el desarrollo al debido proceso». En <http://www.cnm.gob.pe/pdf/2005/R0452005.pdf> (Citado el 27 de julio de 2006).

(4) Puede consultarse el texto de la entrevista en http://www.pj.gob.pe/docinteres/2005/otros/200605_002.html (Citado el 27 de julio de 2006).

(5) Puede consultarse el texto de la Circular en http://www.pj.gob.pe/docinteres/2005/otros/13072005_001.html (Citado el 27 de julio de 2006).

reglas de procedimiento. Se agrega que conviene a la elevada función judicial que la intervención de los órganos jurisdiccionales se produzca en los casos taxativamente previstos en la Constitución del Estado, Ley General de Arbitraje N° 26572 y demás disposiciones legales sobre la materia, esto, a fin de evitar colisiones innecesarias.

Los árbitros han considerado esta circular como un triunfo. Sin embargo, se advierte que de lo dicho en la entrevista al texto del lacónico Acuerdo de la Sala Plena hay un retroceso notable. Nosotros consideramos que la circular además de contener ciertos errores conceptuales no es lo suficientemente clara.

Recientemente, el Tribunal Constitucional ha establecido un precedente vinculante en materia de arbitraje, que, si bien por un lado define los contornos del amparo contra procedimientos arbitrales, lo hace repitiendo algunos errores conceptuales vertidos en la circular de la Corte Suprema.

II. EL ARBITRAJE EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993. *¿JURISDICCIÓN ARBITRAL O HETEROCOMPOSICIÓN?*

El arbitraje es citado en los artículos 62 y 63 ubicados en el Título III: Del Régimen Económico, Capítulo I, Principios Generales.

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

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

Artículo 63. - La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan

medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas.

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

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

Pero la norma constitucional más importante es sin duda el artículo 139, inciso 1, ubicado en el Capítulo VIII, Poder Judicial. Dicha norma prescribe:

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

La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la **arbitral**. No hay proceso judicial por comisión o delegación».

Comentando el artículo 233, inciso 1 de la Constitución de 1979,⁽⁶⁾ cuyo tenor es similar al de la norma glosada, QUIROGA LEÓN se refiere a «*la mal denominada «jurisdicción arbitral» que en puridad no es una jurisdicción distinta del Poder Judicial, sino una forma anterior de composición de litigios (heterocomposición no procesalizada), constreñida sólo a una serie de acciones patrimoniales y no a toda la posibilidad de conflictos*

⁽⁶⁾ Artículo 233. - Son garantías de la administración de justicia:

1. La unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar. Quedan prohibidos los juicios por comisión o delegación.

judiciales y que, finalmente, siempre han de estar bajo el control de la tutela judicial efectiva. El arbitraje es una forma de solución de los conflictos interpartes, que la ley no sólo no recusa, sino que alienta en la medida de las posibilidades pues denota aún la existencia de lazos de composición que han de evitar no el acceso a la tutela judicial efectiva, sino su costo personal, patrimonial y estatal» (sic).⁽⁷⁾

Para nosotros el texto constitucional tiene un problema de sistemática. Nada tiene que ver el arbitraje, que es un medio alternativo de resolución de conflictos, con la justicia ordinaria. Nos alegra que en el proyecto de Constitución exista un artículo sobre medios alternativos de resolución de conflictos,⁽⁸⁾ pero para nosotros debería ubicarse en el capítulo de los derechos de la persona. La libertad es un derecho fundamental. Y la libertad que tienen las personas de solucionar sus conflictos es un derecho fundamental que tiene mucho que ver con su dignidad. Sólo se debe recurrir al Poder Judicial cuando no quede otra alternativa. Es la última puerta que se debe tocar, aunque para muchos es la única. Así pues, ello se da cuando estoy en una situación que los procesalistas como MONROY GÁLVEZ llaman interés para obrar, que existe cuando la persona ha agotado todos los medios para satisfacer su pretensión material y no tiene otra alternativa que recurrir al órgano jurisdiccional.

La Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional en el Perú señalaba que *«se debe eliminar la referencia a una jurisdicción arbitral ya que técnicamente es inadecuada. Ello no descarta la conveniencia de un reconocimiento constitucional expreso de los diferentes medios alternativos de resolución de conflictos: arbitraje, negociación y conciliación»*.⁽⁹⁾

(7) QUIROGA LEÓN, Aníbal, «Los Derechos Humanos, el Debido Proceso y las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia», en: *La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*, EGUIGUREN P., FRANCISCO (director), Lima, Cultural Cuzco, 1987, p. 128.

(8) Artículo 200.- Se reconocen las formas no jurisdiccionales de solución de conflictos e incertidumbres jurídicas como la conciliación y el arbitraje, de acuerdo a lo previsto en la Constitución y en las leyes sobre la materia.

(9) En http://www.congreso.gob.pe/comisiones/2002/debate_constitucional/bases.htm (Citado el 27 de julio de 2006).

III. NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE

MATHEUS LÓPEZ⁽¹⁰⁾ señala que con relación al proceso arbitral se han planteado como teorías explicativas la contractualista (Guasp y otros), la jurisdiccionalista (Cordón, Reglero y otros), la ecléctica (Gaspar y otros) y la negocial-procesal (Lorca, Matheus y otros). Veamos qué sostienen dichas teorías:

- a. *Teoría jurisdiccionalista*: se basa en la consideración de la función de los árbitros como jurisdiccional aunque sea con carácter temporal y limitado al asunto concreto sometido a su examen.
- b. *Teoría contractualista*: entiende que el arbitraje no es más que la manifestación de dos convenios o contratos. Por un lado, el convenio arbitral en virtud del cual las partes se comprometen a recurrir a un tercero o árbitro en caso de suscitarse algún conflicto, y en ese caso la resolución de este deviene obligatoria para las partes al haber sido aceptada previamente por ellas (*contrato de compromiso*). Y por otro lado, está la obligación que adquiere el tercero de resolver el conflicto con arreglo a derecho o en equidad (*contrato de mandato*).
- c. *Teoría intermedia o ecléctica*: la cual armoniza todos los elementos en juego, aceptando por un lado la existencia de elementos contractuales en la relación que vincula a las partes entre sí y a éstas con el árbitro, y por otro reconoce un carácter jurisdiccional no tanto en la función que desempeñan los árbitros como en la eficacia que se le otorga al laudo (eficacia ejecutiva y autoridad de cosa juzgada).
- d. *Negocio jurídico impropio*: entiende que el arbitraje surge de un negocio jurídico sin consecuencias propias del contrato, sino impropias de un ámbito funcional como es el procesal.

Como podemos ver, la naturaleza jurídica del arbitraje es compleja, lo que denota que quien lo defina lo hará desde su punto de vista. Un

(10) MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto, «Bases para una comparación crítica entre el proceso jurisdiccional y arbitral», en: http://www.amag.edu.pe/Files/Matheus_proceso%20jurisdiccional%20y%20arbitral.htm (Citado el 27 de julio de 2006).

civilista lo considerará como un contrato o como un acto o negocio jurídico. Recordemos que en el Código Civil de 1984 el arbitraje formaba parte de la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral. Un procesalista lo verá como un proceso jurisdiccional. No olvidemos que nuestro derogado Código de Procedimientos Civiles de 1912 regulaba un capítulo relativo al juicio arbitral. En nuestra opinión el arbitraje es esencialmente un medio alternativo de resolución de conflictos, el más parecido al proceso judicial. De allí que muchos pretendan interpolar las instituciones procesales al procedimiento arbitral, como veremos a continuación.

IV. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE EL ARBITRAJE Y OTROS MARC'S CON EL PROCESO JUDICIAL

A fin de graficar las semejanzas y diferencias de los medios alternativos de resolución de conflictos, presentamos el siguiente cuadro sobre la base de un cuadro comparativo adaptado por Iván Ormachea Choque en 1998 y la Fundación Libra en 1996, con algunas adiciones y correcciones del autor.

	Autocomposición			Heterocomposición	
	Directa	Asistida	Asistida	No procesalizada	Procesalizada
Característica	Negociación	Mediación	Conciliación	Arbitraje	Poder Judicial
Naturaleza del Procedimiento	Libre No adversarial Sin pruebas Sin argumentos	Libre No adversarial Sin pruebas Sin argumentos	Libre No adversarial Sin pruebas Sin argumentos	Regulado Adversarial Regula el momento de presentación de pruebas y argumentos	Regulado Adversarial Regula el momento de presentación de pruebas y argumentos
Terceros	No hay	Elegido y aceptado por las partes	Neutral e imparcial No toma decisiones	Neutral e imparcial elegido por las partes Toma decisiones	Neutral Impuesto por la ley Toma decisiones
Control del proceso	Por las partes	Por las partes y el tercero	Por las partes y el tercero	Tercero, más que las partes	Tercero
Formalidad	Informal y sin mayor estructura	Generalmente informal y sin mayor estructura	Generalmente informal y sin mayor estructura	Procesalmente, menos formal	Formal y altamente estructurado por la ley
Vinculación	Sólo si hay acuerdo	Sólo si hay acuerdo	Sólo si hay acuerdo	Decisión vinculante, generalmente inapelable	Decisión vinculante, apelable
Resultado	Se busca acuerdo mutuamente satisfactorio	Se busca acuerdo mutuamente satisfactorio	Se busca acuerdo mutuamente satisfactorio	Se busca decisión fundamentada por la ley o criterio. A veces soluciones equitativas (a medias)	Se busca decisión de principios, fundamentada en la normatividad.

En la doctrina del Derecho Procesal Civil existen dos grandes formas de resolver los conflictos: la *autocomposición* y la *heterocomposición*. En la autocomposición las propias partes solucionan sus diferencias, ya sea mediante la negociación directa o asistida por un tercero. En este último caso cuando la negociación es asistida por un tercero que puede proponer fórmulas de solución no obligatorias estamos ante una conciliación. Si el tercero no puede proponer fórmula conciliatoria estaremos ante una mediación. En la autocomposición depende principalmente de la voluntad de las partes. En la heterocomposición el conflicto es solucionado por un tercero, que puede ser elegido por las partes como en el caso del arbitraje o el Estado a través del órgano jurisdiccional. El árbitro o juez imponen a las partes su laudo o fallo que es de carácter obligatorio. En el arbitraje la autonomía de la voluntad llega hasta el momento de elegir a los árbitros.

A menos que en el procedimiento arbitral se produzca una conciliación, la solución del caso queda en manos de los árbitros sin que la voluntad de las partes tenga incidencia alguna en la emisión del laudo. Por otro lado la circular ignora los casos en que la ley impone compulsivamente el arbitraje, así pues, ¿de qué autonomía de la voluntad podemos hablar en estos casos?

V. LA TESIS DEL MONOPOLIO JUDICIAL DEL ESTADO Y LA TESIS DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS

La tesis del monopolio estatal judicial considera que los particulares deben someter sus controversias al Poder Judicial por ser un servicio público creado con esa facilidad, no siendo posible otorgar a los particulares la potestad de solucionar sus controversias de forma privada o de delegar a un tercero la facultad de solucionar la controversia.

Frente a esta surge la tesis de los medios alternativos según la cual las personas pueden resolver sus controversias solas o con la ayuda de un tercero ajeno al Poder Judicial, siempre que no se vulneren las normas imperativas de orden público, la moral y las buenas costumbres.

Usualmente los procesalistas parten de la tesis del monopolio judicial. Es el caso de LOHMANN LUCA DE TENA,⁽¹²⁾ MONROY PALACIOS⁽¹³⁾ y ABANTO VERÁSTEGUI,⁽¹⁴⁾ entre otros.

VI. LA INTERVENCIÓN DEL PODER JUDICIAL EN EL ARBITRAJE

La Ley General de Arbitraje ha previsto la intervención del Poder Judicial en el trámite de las medidas cautelares antes de la instalación del tribunal para resolver algunas incidencias como la designación de los árbitros, para conocer el recurso de anulación y en la etapa de ejecución del laudo.

Así, LOHMANN⁽¹⁵⁾ enumera algunos puntos de contacto entre el Poder Judicial y los árbitros: la designación judicial de los árbitros a falta de pacto expreso o de remisión alguna al reglamento de alguna institución,⁽¹⁶⁾ la excepción de convenio arbitral,⁽¹⁷⁾ la celebración del convenio arbitral,⁽¹⁸⁾ la actuación de medios probatorios⁽¹⁹⁾ y medidas cautelares, la anulación por vulneración al derecho de defensa,⁽²⁰⁾ falta de motivación del laudo⁽²¹⁾ o laudo *extra petita*⁽²²⁾ y lo que dicho autor denomina cuestiones constitucionales y de competencia.

(12) Aunque es más conocido por sus obras en Derecho Civil, es un litigante nato.

(13) MONROY PALACIOS, Juan, «Arbitraje, jurisdicción y proceso», en: <http://www.hechosdelajusticia.org/N007/arbitraje.htm> (Citado el 27 de julio de 2006).

(14) ABANTO VERÁSTEGUI, Humberto, <http://www.salvador.edu.ar/juri/jadpc/Ponencia%20Humberto%20Abanto%20Verastegui.pdf> (Citado el 27 de julio de 2006).

(15) LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo, «Interferencia Judicial en los arbitrajes», en: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 1, Lima, 2005, p. 269.

(16) *Ley General de Arbitraje*, Artículo 23.

(17) *Idem*, Artículo 16.

(18) *Idem*, Artículo 17.

(19) *Idem*, Artículos 40 y 37.

(20) *Idem*, artículo 73, inciso 2.

(21) *Idem*, Artículos 50 y 51.

(22) *Idem*, Artículo 73.

Discrepamos con LOHMANN cuando minimiza la gravedad de un laudo que no cumple con la debida motivación. A ningún juez se le perdona que dicte una sentencia sin motivación, con motivación aparente o motivación defectuosa. La misma puede ser anulada por el superior colegiado o casada por la Corte Suprema. Una aclaración no puede de ninguna manera cambiar el sentido de la decisión. No vemos por qué tenga que perdonársele dicha falencia a un árbitro especializado, que puede redactar su laudo con toda la privacidad y comodidad necesarias, sin la presión de una abrumadora carga procesal, frente al juez que redacta en su sentencia en el local del juzgado, sin contar con un ambiente adecuado para ello y sometido a constantes interrupciones. Si tenemos en cuenta que en la gran mayoría de los casos el laudo es inapelable, el deber de motivación es mucho más exigible para el árbitro, como lo es para un juez que actúa en última instancia. No perdamos de vista que los procedimientos arbitrales en la práctica son de instancia única. No es usual que se pacte la procedencia del recurso de apelación, ni que éste esté previsto en los reglamentos de los centros de arbitraje.

Convenimos con LOHMANN⁽²³⁾ en que el amparo contra el arbitraje es improcedente mientras no concluya el procedimiento arbitral o el trámite del recurso de anulación del laudo, por lo que resulta improcedente que se solicite a algún juez la concesión de una medida cautelar judicial disponiendo la detención o suspensión del procedimiento arbitral o la expedición del laudo arbitral.

Cualquier cuestionamiento relativo al debido proceso deberá ser formulado en sede arbitral debiendo agotarse los recursos que sean posibles, normalmente el de reposición y eventualmente alegar la violación al debido proceso como causal del recurso de anulación.

VII. RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RELACIONADAS CON LA LEY GENERAL DE ARBITRAJE

Vamos a analizar a continuación algunas resoluciones del Tribunal Constitucional relativas al arbitraje para ir viendo cómo se diseñan los contornos del amparo contra laudos arbitrales.

⁽²³⁾ LOHMANN, Juan Guillermo, *ob. cit.*, p. 278.

7.1. La competencia de los árbitros debe discutirse en sede arbitral o en sede judicial mediante el recurso de apelación

En la sentencia de fecha 19 de abril de 2004, recaída en el Expediente N° 3355-2003-AA en los seguidos por el Núcleo Ejecutor Central del Segundo Programa De Suplementación Alimentaria con los Miembros del Tribunal Arbitral de Conciencia y Otros,⁽²⁴⁾ el Tribunal consideró:

- «2. Que al haberse sometido la parte accionante al proceso arbitral impugnado en autos, es al interior de dicho proceso en el que se debe cuestionar justamente la competencia del Tribunal; de otro lado, al haberse emitido el Laudo Arbitral de fojas 680, dicha resolución podía ser impugnada en sede jurisdiccional, conforme a las reglas previstas en la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje, y en particular a las previstas en los artículos 63 y siguientes, y conforme a las causales previstas en el artículo 73 de dicha norma, principalmente, cuando se trata de cuestionar si la materia objeto de controversia, puede ser objeto de arbitraje.
3. Que en consecuencia, la acción de amparo interpuesta deviene en prematura, puesto que existiendo la posibilidad de cuestionar la competencia del Tribunal Arbitral, al interior del propio proceso, o, en su defecto, en sede jurisdiccional ordinaria en vía de apelación, es que es de aplicación el artículo 10° de la Ley N° 25398, que establece que, las presuntas o probables anomalías que pudieran cometerse dentro del proceso regular, deben ventilarse y resolverse dentro de los mismos procesos mediante el ejercicio de los recursos que las normas procesales específicas establecen, no evidenciándose a priori la afectación de los derechos demandados, ni mucho menos el correspondiente al debido proceso, en aplicación además del artículo 6° inciso 2) de la Ley N° 23506».

⁽²⁴⁾ En: [http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/03255-2003-AA %20Resolucion.html](http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/03255-2003-AA%20Resolucion.html) (Citado el 27 de julio de 2006).

El Tribunal fija dos ideas centrales. Primero, que la competencia de los árbitros o cualquier vicio procesal debió discutirse en el mismo procedimiento arbitral. Segundo, que antes de recurrir a la justicia constitucional, debió interponerse los recursos de apelación o de anulación. Implícitamente, el Tribunal estableció la obligatoriedad de las vías previas como requisito para interponer la demanda de amparo.

7.2. Procedencia de la excepción de convenio arbitral

7.2.1. En la sentencia de fecha 12 de mayo de 2000, recaída en el Expediente N° 820-99-AA/TC en los seguidos por Rosa Elena Castrillón Carbone de Lostaunau,⁽²⁵⁾ el Tribunal Constitucional consideró:

«Que, en la cláusula vigésima de los contratos de administración de fondos mutuos de inversión en valores, de fojas doce a sesenta y ocho, se estableció que cualquier discrepancia que pudiera surgir entre los otorgantes del contrato sobre la interpretación y/o cumplimiento de las estipulaciones y obligaciones entre ellas contraídas, será sometida a un arbitraje de derecho bajo las condiciones establecidas por la Cámara de Comercio de Lima. Que, dilucidar la pretensión de los demandantes implicaría analizar las condiciones en las que se suscribió los contratos de administración de fondos mutuos de inversión en valores y el cambio en la forma de valorizar los instrumentos de renta fija según su valor de adquisición o la valorización de los mismos de acuerdo con sus precios reales de mercado, establecida por la Resolución Gerencia General Conasev N° 181-98-EF/94.11; por lo que la excepción de convenio arbitral debe ampararse respecto de Santander Sociedad Administradora de Fondos Mutuos de Inversión en Valores S.A.»

7.2.2. En la sentencia de fecha 14 de junio de 2000, recaída en el Expediente N° 1030-99,⁽²⁶⁾ en los seguidos por Cecilia Bernarda Navas Rondón y otros, el Tribunal Constitucional consideró que:

⁽²⁵⁾ En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2000/00820-1999-AA.html> (Citado el 27 de julio de 2006).

⁽²⁶⁾ En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2000/01030-1999-AA.html> (Citado el 27 de julio de 2006).

«Que, según consta de fojas cinco a nueve, en la Cláusula Novena de los Contratos de Afiliación y Administración de Fondos Mutuos suscritos entre los demandantes y la codemandada Credifondo S.A. Sociedad Administradora de Fondos Mutuos de Inversión en Valores, se establece que cualquier discrepancia que pudiera surgir entre los otorgantes del contrato sobre la interpretación o cumplimiento de las estipulaciones y obligaciones entre ellas contraídas serán sometidas a un arbitraje de derecho, de acuerdo con las condiciones establecidas en el artículo 29 del Reglamento Interno, cuyo contenido declaró conocer el demandante en la cláusula segunda del contrato mencionado».

7.2.3. En la sentencia de fecha 17 de diciembre de 2004, recaída en el Expediente N° 3746-2004-AA/TC,⁽²⁷⁾ en los seguidos por Leonidas Tubillas Collahua, el Tribunal Constitucional consideró que:

«1. En cuanto a la excepción de arbitraje planteada por la emplazada, este Colegiado considera que, tratándose de un **derecho de carácter indisponible como lo es el derecho a la salud, ésta debe ser desestimada**, conforme lo establecido por el artículo 1 de la Ley General de Arbitraje, Ley N° 26752, por cuanto se invoca la conculcación de un derecho fundamental del cual depende la subsistencia del accionante, derecho que se encuentra amparado por la Constitución Política del Perú y es interpretado en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Por consiguiente resulta necesario analizar el fondo de la controversia en atención del artículo II del Título Preliminar del mismo cuerpo normativo, en donde se establece como uno de los fines de los procesos constitucionales la vigencia efectiva de los derechos constitucionales».

En las dos primeras sentencias, el Tribunal respeta el convenio arbitral. En la última resalta que los derechos constitucionales son derechos indisponibles, por lo que no pueden ser materia de un convenio arbitral.

⁽²⁷⁾ En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03746-2004-AA.html> (Citado el 27 de julio de 2006).

7.3. Legitimidad para obrar pasiva

En la resolución de fecha 3 de junio de 2004, recaída en el Expediente N° 187-2002-AA/TC,⁽²⁸⁾ en los seguidos por Mary Mabel Mazuelos Rosas y otros, el Tribunal Constitucional declaró la nulidad de lo actuado con el objeto de que se disponga el emplazamiento con el texto de la demanda a la contraparte en el proceso arbitral.

El Tribunal consideró:

«1. *Que el objeto de la demanda es que se deje sin efecto la actividad procesal realizada en el arbitraje iniciado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, alegándose que la cláusula arbitral inserta en el contrato celebrado entre los recurrentes y otros, únicamente somete a las partes a su reglamento y no a su jurisdicción, y por tanto la intervención de la emplazada, así como la designación de un árbitro único, vulneran sus derechos al juez natural y al debido proceso.*

2. *Que, como se advierte a fojas 354 de autos, la emplazada solicitó al Juzgado que la demanda sea puesta en conocimiento de FIMA S.A., por tener interés en el proceso en calidad de litisconsorte necesario; sin embargo, el Juzgado declaró improcedente tal pedido, argumentando que dicha empresa no tenía ninguna obligación ni responsabilidad en el acto considerado lesivo.*

3. *Que el artículo 6° del Título Preliminar del Código Civil precisa que para ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral. Asimismo, el artículo 97 del Código Procesal Civil establece que un tercero puede intervenir en el proceso como coadyuvante de una de las partes, cuando se mantenga con ella una relación jurídica sustancial, y puede verse afectado desfavorablemente si dicha parte es vencida.*

4. *Que la empresa FIMA S.A. constituye lo que en doctrina se denomina tercero del amparo, al ser parte en el contrato de Compra-Venta de Equipos, Prestación de Servicios y Otorgamiento de Garantías suscrito*

⁽²⁸⁾ En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00187-2002-AA%20Resolucion.html> (Citado el 27 de julio de 2006).

con la Empresa Hayduk S.A. y sus fiadores, y demandante en el proceso arbitral; por ello, de acuerdo a lo establecido por el Código Civil y por el Código Procesal Civil, tiene pleno derecho a participar en la acción de amparo, de modo que la decisión del Juzgado de no aceptar su integración al proceso viola los mencionados dispositivos y el derecho constitucional de defensa.

5. Que el derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal, dado que conforma el ámbito del debido proceso. En cuanto derecho fundamental se proyecta como principio de interdicción ante supuestos de indefensión y como principio de contradicción en el caso de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes de un proceso o de un tercero con interés.

6. Que, con la decisión del Juzgado de no integrar al tercero del amparo al proceso, se ha lesionado su derecho de defensa, el mismo que le concede protección para no quedar en estado de indefensión en cualquier etapa del proceso judicial. En el presente caso, el estado de indefensión opera en el momento en que se le priva al tercero de su derecho a emplear los medios de defensa y ataque propios, a presentar pruebas, ayudar a la parte y evitar que sea declarada rebelde en el proceso, a interponer los recursos impugnatorios y de alzada que fueren menester, conforme a ley; y finalmente a poder reclamar costas, en caso de que proceda para la parte que ha ayudado.

7. Que, en consecuencia, el tercero se encontró imposibilitado de intervenir con las debidas garantías en el amparo en el que se cuestionaba el proceso arbitral iniciado para hacer valer su derecho de acreencia sobre las obligaciones derivadas del contrato de Compra Venta de Equipos, Prestación de Servicios y Otorgamiento de Garantías suscrito con la Empresa Hayduk S.A y sus fiadores, pese a tener manifiesto interés en los efectos de la sentencia que recaería en el proceso constitucional; por consiguiente, debió haber sido integrado a la relación procesal.

8. Que, habiéndose incurrido en grave omisión procesal, violatoria del artículo 42º de la Ley N° 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, es menester reponer la causa al estado de notificarse con la demanda; más aún cuando con dicha omisión se ha atentado contra el

derecho de defensa del tercero del amparo y el derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 139, incisos 3) y 14) de la Constitución Política vigente».

En el caso de autos, el Tribunal Constitucional deja claro que en el proceso de amparo deben intervenir todas las partes que intervinieron en el procedimiento arbitral.

VIII. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ABRE LA PUERTA

8.1. Procedencia del amparo contra resoluciones judiciales por violación al debido proceso

Para comprender la línea jurisprudencial del Tribunal en materia de debido proceso, debemos remontarnos a la década pasada.

En la sentencia recaída en el Expediente N^o 257-96-AA/TC,⁽²⁹⁾ el Tribunal considera que el debido proceso comprende las «instituciones básicas del proceso o procedimiento regular, entre otros, el debido emplazamiento, el derecho a ser «oído», el uso de los recursos impugnatorios permitidos por ley, la actuación de pruebas en su oportunidad, el acceso a doble instancia».

En la sentencia recaída en el Expediente N^o 020-95-AA/TC,⁽³⁰⁾ el Tribunal consideró:

«Que, del petitorio de la demanda se desprende que el objeto de ésta es se declare nula la sentencia expedida por la Tercera Sala Laboral del Fuego de Trabajo de Lima, de fecha quince de octubre de mil novecientos noventa y dos, y se ordene se emita un nuevo pronunciamiento en los seguidos entre el actor y Rayón Industrial S.A., sobre calificación de despido. Que, siendo ello así, la pretensión debe desestimarse, pues de

⁽²⁹⁾ En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1997/00257-1996-AA.html> (Citado el 27 de julio de 2006).

⁽³⁰⁾ En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1997/00020-1995-AA.html> (Citado el 27 de julio de 2006).

conformidad con el inciso 2 del artículo 6 de la Ley N° 23506, la Acción de Amparo no procede contra resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento regular, donde se haya respetado el contenido esencial del derecho al debido proceso, como, en el caso de autos, efectivamente ha acontecido. Que, en ese sentido, las presuntas anomalías que pudieren haberse producido en un proceso judicial regular no lo torna a éste per se en un proceso irregular, pues de conformidad con el artículo 10° de la Ley N° 25398, éstas deberán de ventilarse y resolverse dentro del mismo proceso mediante el ejercicio de los recursos que las normas procesales específicas establecen, no siendo la vía del amparo el camino idóneo para ventilar el asunto materia de la litis. Que, por medio de la acción de amparo no es dable convertir al Tribunal Constitucional, en una supra instancia, con capacidad para poder revisar asuntos que pasaron en autoridad de cosa juzgada».

En la sentencia de fecha 2 de noviembre de 1997, recaída en el Expediente 611-97-AA/TC,⁽³¹⁾ el Tribunal Constitucional consideró:

«5. Que, asimismo, y en forma consustancial, es de advertirse en el caso de autos, la violación (y ya no tan sólo de una amenaza de violación) del derecho constitucional al debido proceso, y particularmente del ejercicio del derecho a la defensa de los actores, pues se impidió a éstos que, una vez acreditado su legitimidad para obrar, puedan exponer en forma libre los hechos y el derecho que, a su juicio, puedan coadyuvar a la resolución del conflicto de intereses planteado, que, como ya se ha anotado, en forma inexorable habría de repercutir sobre la esfera subjetiva de los actores, según se está a lo expresado en el fundamento jurídico 4. «c» de esta sentencia.

6. Que, estando a los fundamentos jurídicos inmediatamente precedentes, y pudiendo haber apreciado el juzgador ordinario que de seguir el proceso ordinario se iba a decidir un conflicto de intereses sobre un objeto, prima facie, ajeno, donde los actores del proceso de amparo, habían acreditado su legítimo interés tras contar con los títulos inscritos en el

⁽³¹⁾ En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1997/00611-1997-AA.html> (Citado el 27 de julio de 2006).

registro correspondiente, a juicio de este Colegiado torna dicho proceso judicial ordinario en irregular, supuesto frente al cual es procedente articularse la presente pretensión en la vía judicial constitucional, máxime si tal acto arbitrario e irregular, de impedírsele el ejercicio del derecho de defensa, se reiteró con posterioridad, conforme es de apreciarse de la resolución de fecha veintidós de enero de mil novecientos noventa y seis, obrante a fojas doscientos noventa del expediente sobre reivindicación siguieran tantas veces ya citado.

7. Que, en ese sentido, el que el artículo 1154 del Código de Procedimientos Civiles, norma pre-constitucional, que obliga necesariamente a ser interpretada de manera armónica con la Constitución, impida admitir, sin más, la interposición de algún medio de defensa al Juez ejecutor de una sentencia, conforme se ha esbozado en la resolución venida en grado, sin que se repare que para tomar tan radical medida, conforme se prevé en el artículo 10 de la Ley N° 25398, dicha resolución debe imprescindiblemente haber sido emitido dentro de un proceso regular, a juicio de este Colegiado supone una intolerable violación al derecho constitucional al debido proceso, al que se encuentran obligados a prestar tutela todos los jueces constitucionales, y en forma muy significativa, a este Colegiado, órgano de control de la constitucionalidad.

8. Que, los fundamentos jurídicos anteriores hayan advertido en el caso de autos, la amenaza de violación al derecho constitucional de propiedad, y de otro lado, la violación del derecho constitucional al debido proceso, en su manifestación de derecho a la defensa, no significa que este Tribunal se haya arrogado competencias que no le están permitidas, y que, por tanto puedan significar un pronunciamiento en torno al fondo del proceso ante la jurisdicción ordinaria que vienen siguiendo doña María Llerena Sánchez con la Municipalidad Provincial de Arequipa, pues su dilucidación ha de corresponder siempre como una tarea que nuestro ordenamiento ha conferido a los jueces y magistrados integrantes de la jurisdicción ordinaria.

9. Que, siendo ello así, y estando a los fundamentos anteriormente expuestos, el que este Colegiado se vea obligado a anular una resolución judicial que se encuentra en ejecución de sentencia, como en el caso de autos acontece, no ha de suponer que a través del proceso de

amparo pueda éste convertirse en una supra-instancia donde, en definitiva, se diriman cualquier clase de controversias, pues, como ya se ha dejado sentado como principio jurisprudencial de obligatorio cumplimiento en la causa N° 020-95-AA/TC, el que el amparo no proceda contra resoluciones judiciales, se encuentra inexorablemente condicionado a que éstas sean expedidas en franco y absoluto respeto del contenido esencial del derecho al debido proceso, característica que permite identificar cuándo se está o no frente a un proceso regular, que en el caso de autos, como ha quedado dicho, no se ha respetado».

El artículo 1154 del derogado Código de Procedimientos Civiles decía:

«Es prohibido al Juez ejecutor admitir recurso alguno que entorpezca la ejecución de la sentencia, bajo pena de nulidad y responsabilidad».

La Exposición de Motivos del Código derogado señalaba:

«La ley concede amplia protección a la defensa de los derechos mientras están en tela de juicio. Mas, una vez que la ley ha declarado el derecho de una de las partes por el órgano de los jueces toda dilación inmotivada en el cumplimiento del fallo, es un ataque a ese derecho y causa de alarma ara todos. Estas consideraciones informan el título de que se trata y deben servir de norma de conducta a los jueces ejecutores».⁽³²⁾

Cualquier semejanza con el artículo 86 de la Ley General de Arbitraje no es mera coincidencia.

«Artículo 86.- Impugnabilidad.- Los autos en la etapa de ejecución no son susceptibles de medio impugnatorio alguno. Está prohibido al

⁽³²⁾ GUZMÁN FERRER, Fernando, *Código de Procedimientos Civiles*, T. II, Editorial Científica S.R.L., Lima, 1986, p. 1329.

Juez ejecutor, bajo responsabilidad, admitir apelaciones o articulaciones que entorpezcan la ejecución del laudo, siendo nula la resolución respectiva».

Consideramos que las garantías del debido proceso son exigibles en todo proceso judicial, administrativo y de naturaleza privada, en cualquier estado que éste se encuentre, por los que la norma glosada admite dos interpretaciones: la primera, que prohíbe admitir toda clase de apelaciones o articulaciones sin distinción alguna, y la segunda que prohíbe admitir toda clase de apelaciones o articulaciones que impidan la ejecución del laudo.

Teniendo en cuenta lo dispuesto por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y el artículo VI *in fine* del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional,⁽³³⁾ y lo prescrito por los artículos 139 incisos 3 y 6 de la Constitución⁽³⁴⁾ y el artículo 8 numeral 2 inciso h) de la Convención Americana de Derechos Hu-

⁽³³⁾ Constitución. Disposición Final y Transitoria Cuarta.- «Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

Código Procesal Constitucional. Título Preliminar. Artículo V.- El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

⁽³⁴⁾ Artículo 139. - Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

[...]

3. - La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

[...]

6. - La pluralidad de la instancia.

manos,⁽³⁵⁾ la primera interpretación debe recusarse por ser inconstitucional, por atentar contra el derecho a recurrir y el derecho al debido proceso, siendo contraria a la Constitución y a la Convención Americana, y la segunda debe admitirse por estar en concordancia con dichas normas garantizadoras del debido proceso en todas sus manifestaciones.

Por ello consideramos que podría concederse apelaciones sin efecto suspensivo contra los autos expedidos por el juez ejecutor, en la medida que con ello no se impide la ejecución del laudo arbitral.

8.2. Procedencia del amparo contra laudos arbitrales por vulneración al debido proceso, a la tutela judicial efectiva o a otros derechos

Es anecdótico que el derogado artículo 6 inciso 4 de la Ley 23506 de Habeas Corpus y Amparo, modificado por el artículo 1 de la Ley N° 27053, publicada el 19 de enero de 1999, estableciera la *improcedencia de las acciones de garantía contra resolución judicial o arbitral emanadas de proceso regular*.

No obstante que en los cursos de formación de árbitros se proclamaba como verdad absoluta e indiscutible la improcedencia del amparo contra los arbitrajes, pocos meses después el Tribunal Constitucional dictaría la sentencia de fecha 26 de octubre de 1999, recaída en el Expediente N° 189-99-AA/TC, en los seguidos por Pesquera Rodga S.A.⁽³⁶⁾ El Tribunal Constitucional consideró que:

⁽³⁵⁾ Artículo 8.- Garantías Judiciales

[...]

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

[...]

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

⁽³⁶⁾ En <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2000/00189-1999-AA.html> (Citado el 27 de julio de 2006).

«3. Que, a este respecto, es un hecho incontrovertible que la posibilidad de cuestionarse por vía del proceso constitucional un laudo arbitral, esto es, una resolución expedida por un Tribunal Arbitral, no puede considerarse una opción equivocada ni menos inconstitucional, habida cuenta de que si bajo determinadas circunstancias procede el proceso constitucional contra resoluciones provenientes tanto de la jurisdicción ordinaria como contra resoluciones de la jurisdicción militar, como este mismo Colegiado lo ha podido determinar en la ratio decidendi de anteriores pronunciamientos, no existe razón alguna (tampoco y mucho menos legal, ya que se trata de derechos constitucionales) que impida el uso del proceso constitucional frente a la jurisdicción arbitral, quedando por precisar, en todo caso, cuáles son las circunstancias o los casos bajo los cuales procede o se habilita semejante cuestionamiento.

4. Bajo dicho contexto, ‘procedimiento regular’ —ya lo ha dicho este Tribunal— es aquél en el que se respetan los derechos procesales de rango constitucional y que, como se sabe, son el debido proceso (en sus diversas variantes) y la tutela judicial efectiva. Por el contrario, es ‘procedimiento irregular’ aquél en el que la jurisdicción o sus autoridades distorsionan en alguna forma o simplemente vulneran el contenido esencial de dichos atributos, legitimando por ende su cuestionamiento constitucional. De manera que frente al primer caso y por referencia explícita a los laudos de la jurisdicción arbitral, no será viable articular una garantía constitucional tratándose de laudos derivados de proceso o procedimiento regular. En el segundo caso, en cambio, sí será pertinente el uso de las garantías constitucionales al tratarse de laudos emitidos tras procesos o procedimientos arbitrales manifiestamente irregulares.

5. Que, paralelamente a lo dicho, conviene precisar igualmente, que la posibilidad de que mediante una resolución de la jurisdicción (incluida la arbitral) se lesione un derecho constitucional distinto a los estrictamente procesales (verbigracia, derecho de propiedad, contratación, asociación, etc.) y que frente a tal contingencia procedan las garantías, no es una tesis admitida por el derecho procesal constitucional peruano o por su doctrina, pues ello supondría que la garantía (llámese hábeas corpus o amparo) estaría destinada a revisar directamente el fondo de los procesos respectivos, como si el proceso constitucional fuese en realidad una suprainstancia jurisdiccional. Por ello, a menos de que lo que

se vulnere por una autoridad jurisdiccional sea un derecho procesal con rango constitucional (debido proceso o tutela judicial efectiva) o una norma constitucional sustantiva que pueda tener implicancias procesales, no será viable el uso del proceso constitucional. La única excepción a dicha regla será la de la tutela de derechos constitucionales sustantivos, cuando los mismos son vulnerados como consecuencia de la violación paralela de derechos constitucionales de naturaleza procesal, como aconteció en el Expediente N° 611-97-AA/TC, donde junto con la amenaza del derecho de propiedad existía una evidente transgresión del derecho a la defensa como variable del debido proceso».

Tal como anota CASTILLO CÓRDOVA,⁽³⁷⁾ el Tribunal Constitucional deja claro que procede el amparo constitucional contra laudos expedidos en procedimientos arbitrales irregulares en los que se vulnera el debido proceso y la tutela judicial efectiva o una norma constitucional sustantiva como consecuencia de la violación paralela de los derechos constitucionales de naturaleza procesal y que no procede para revisar el fondo de los procesos respectivos.

8.3. La designación de árbitros debe recaer en personas idóneas imparciales e independientes

En la sentencia de fecha 12 de junio de 2003, recaída en el Expediente N° 1609-2002-AA/TC, en los seguidos por Telinfor S.A.,⁽³⁸⁾ el Tribunal declaró improcedente la demanda por considerar que:

«1. Es objeto de la presente acción de garantía que se declare la nulidad tanto de la Resolución N° 002/196-39-1999, que declara improcedente un pedido de recusación formulado por la actora, como de la Resolución N° 042, que ordena levantar la suspensión del proceso arbitral, debido a que con dichas resoluciones se habría producido la vulnera-

⁽³⁷⁾ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Hábeas Corpus, Amparo y Hábeas Data. Un estudio esencialmente jurisprudencial*, Ara Editores, Universidad de Piura, Lima, 2004, pp. 81-82.

⁽³⁸⁾ En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01609-2002-AA.html> (Citado el 27 de julio de 2006).

ción del derecho al debido proceso, solicitándose, además, la designación de árbitros sustitutos.

De la revisión de los actuados aparece que con escrito del 27 de enero de 2003, obrante en el cuadernillo del Tribunal Constitucional, la Cámara de Comercio de Lima adjunta la constancia expedida por su Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional, con la que se acredita la nueva conformación del Tribunal Arbitral para conocer el proceso signado con el N° 196-39-1999, seguido por Telinfor S.A. con Telefónica del Perú S.A.A., sobre resolución de contrato e indemnización.

En consecuencia, teniendo en cuenta que el cuestionamiento de fondo en el presente proceso tiene que ver, precisamente, con la persona de los árbitros designados, al haber sido éstos sustituidos el objeto de la presente demanda ha desaparecido, habiéndose producido el concepto procesal de sustracción de la materia, establecido en el artículo 6, inciso 1 de la Ley N° 23506, de Hábeas Corpus y Amparo.

Sin embargo, no obstante lo expresado en el fundamento precedente, considerando la trascendencia de la vía arbitral como mecanismo alternativo de solución de controversias, reconocido por el artículo 139, inciso 1 de la Constitución Política del Perú, este Colegiado considera oportuno exhortar a la Cámara de Comercio de Lima para que, a través de su Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional, procure velar por el cumplimiento de las disposiciones relacionadas con la designación de los árbitros y, en particular, con la designación del Presidente del Tribunal Arbitral que competen a la Corte de Arbitraje de dicho Centro, esto con el propósito de evitar dudas razonables sobre la idoneidad, imparcialidad e independencia de quienes, en definitiva, han de resolver el conflicto de intereses o la incertidumbre jurídica planteados por aquellos que buscan obtener una tutela efectiva de sus derechos en la jurisdicción arbitral».

En este caso, si bien se declara la improcedencia de la demanda, el Tribunal exhorta a un famoso centro de arbitraje a cumplir con las normas para la designación de árbitros, a fin de evitar dudas razonables sobre la idoneidad, imparcialidad e independencia de los árbitros. El derecho a un juez imparcial como dimanación del dere-

cho al debido proceso se hace extensivo no solo a los procesos judiciales y administrativos, sino a los procedimientos internos de las personas jurídicas y por supuesto al arbitraje.

Esta sentencia reviste singular importancia, pues con el nuevo Código Procesal Constitucional⁽³⁹⁾ la demanda hubiese sido amparada y la exhortación hubiese sido un mandato expreso.

8.4. Procedencia de amparo por denegación del recurso de anulación de laudo arbitral

En la sentencia de fecha 22 de enero de 2001 recaída en el Expediente N° 1296-2000-AA/TC, en los seguidos por Corporación de Productos Alimenticios Nacionales Pyc S.A.,⁽⁴⁰⁾ el Tribunal Constitucional amparó la demanda considerando que:

«4. Que, si bien es cierto que el laudo arbitral fue notificado a las partes el tres de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, también es verdad que con fecha diez de noviembre del mismo año, la empresa demandante interpuso recurso de nulidad de dicho laudo ante el Tribunal Arbitral, el cual se encuentra contemplado en el numeral N° 18 de Acta de Instalación del mismo Tribunal Arbitral, de fecha dos de diciembre de mil novecientos noventa y siete; y con fecha diecisiete de noviembre de

⁽³⁹⁾ Código Procesal Constitucional, Artículo 1.- Finalidad de los Procesos

Los procesos a los que se refiere el presente título tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo.

Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del presente Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda.

⁽⁴⁰⁾ En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2001/01296-2000-AA.html> (Citado el 27 de julio de 2006).

mil novecientos noventa y ocho se expidió la Resolución N° 47, declarando infundado el citado recurso, el mismo que, posteriormente, fue rectificado, de oficio, a través de la Resolución N° 48 del mismo órgano arbitral, de fecha dieciocho de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, notificada a la demandante el veinte de noviembre del mismo año, en cuyo caso el término de diez días para la interposición del recurso de anulación corre a partir del día siguiente hábil de notificada esta última resolución, en aplicación de la parte final del artículo 71 de la Ley General de Arbitraje, aprobado por la Ley N° 26572.

Que, en consecuencia, al haberse interpuesto el recurso de anulación del laudo arbitral con fecha dos de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, esto es, dentro del término de ley, y al haberse denegado su admisión a trámite a través de las resoluciones judiciales cuestionadas en este proceso, sin tratar de darle a las partes la plena oportunidad de hacer valer sus derechos, como claramente lo dispone el artículo 107 de la citada Ley N° 26572, se han violado los derechos constitucionales relativos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, consagrados en el artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Estado».

El Tribunal Constitucional considera que el plazo para interponer el recurso de anulación ante el Poder Judicial se computa desde el día siguiente en que se notifica la resolución de rectificación del laudo, y no del laudo propiamente dicho. En el caso bajo comentario, el Tribunal advirtió una vulneración al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.

8.5. Improcedencia del amparo contra la resolución que desestima una demanda arbitral dirigida contra una persona equivocada

En la sentencia de fecha 21 de enero de 2004, recaída en el Expediente N° 2531-2003-AA, en los seguidos por la Procuradora Pública a Cargo de los Asuntos Judiciales del Poder Judicial,⁽⁴¹⁾ el Tribunal Constitucional consideró que:

(41) En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02531-2003-AA%20Resolucion.html> (Citado el 27 de julio de 2006).

«1. Que la demandante cuestiona la Resolución N° 02, del 26 de febrero de 2002, emitida por los árbitros del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, por considerar que dicha resolución vulnera sus derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, agregando que el supuesto acto lesivo consiste en haberse desestimado la admisión a trámite de la demanda arbitral que interpuso sobre obligación de dar suma de dinero e indemnización contra Credi Club Representaciones Gastronómicas S.R.L.

2. Que, sin embargo y conforme aparece de la resolución cuestionada, lo que se ha hecho es declarar fundada una oposición planteada por la Empresa Credi Club Representaciones Gastronómicas S.R.L, en el entendido de que no es dicha entidad, sino doña Carmen Quispe Morzán, quien debe comparecer en calidad de parte en el proceso arbitral. No se trata, en consecuencia, de impedir que se acceda al proceso arbitral, sino de que se demande a la persona que realmente corresponda.

3. Que, por consiguiente, apreciándose que la resolución del 26 de febrero de 2002, ha sido emitida por órgano competente, sin que se observe ninguna vulneración de derechos constitucionales que permita considerar que el proceso cuestionado deviene en irregular, resulta de aplicación al caso de autos la previsión contenida en el inciso 2 del artículo 6 de la Ley N° 23506. Por otra parte y verificándose que, contra la misma resolución, tampoco se ha hecho valer recurso impugnatorio alguno, tendiente a revocarla o regularizarla dentro del respectivo proceso arbitral, también resulta de aplicación el artículo 10 de la Ley N° 25398».

En el caso de autos la demandante interpuso su demanda arbitral no contra su contraparte, sino contra la persona natural del representante de ésta. Siendo evidente la falta de legitimidad para obrar pasiva, se declaró improcedente la demanda. El Tribunal advierte que esta resolución quedó consentida y que la demandante debió impugnarla en el mismo proceso judicial. Por estas razones, no advirtió vulneración de derechos constitucionales.

IX. EL PRECEDENTE VINCULANTE SOBRE ARBITRAJE. *EL CASO CANTUARIAS SALAVERRY*

Fernando Cantuarias Salaverry fue designado para integrar un Tribunal Arbitral con los señores Jorge Santistevan de Noriega y Víctor Ávila Cabrera, que llevó a cabo el proceso arbitral entre la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. (en adelante Algamarca) y Minera Sulliden Shahuindo SAC (en adelante Sulliden).

En el referido proceso arbitral, el árbitro Fernando Cantuarias Salaverry fue recusado por Algamarca, alegando que su padre se desempeñaba, conjuntamente con el doctor Enrique Lastres Berninzon –representante de Sulliden en el proceso arbitral–, como director de otra empresa llamada Cía. Minera Poderosa S.A. El planteamiento de recusación señala, además, que en 1996 Fernando Cantuarias Salaverry había ejercido la representación legal de esa empresa Cía. Minera Poderosa S.A. en otro arbitraje instaurado entre dicha empresa y Minera Pataz EPS.

Por Resolución N° 75, de fecha 25 de noviembre de 2004, el Tribunal Arbitral declaró infundada dicha recusación.

El 2 de diciembre de 2004 Algamarca plantea un pedido de nulidad sustancial de la resolución que declaró infundada la recusación, aduciendo que Fernando Cantuarias Salaverry era socio del Estudio Jurídico *Cantuarias, Garrido Lecca & Mulanovich Abogados* y, por tanto, se encontraba impedido de intervenir como árbitro teniendo aparente interés personal. Ante este planteamiento, el recurrente afirmó que en junio de 1996 se retiró de la calidad de abogado de planta del estudio de su padre, para aceptar la designación de Gerente Legal de COFOPRI, mediante Resolución Suprema publicada en el diario oficial *El Peruano*.

Sin embargo, el Tribunal Arbitral, mediante Resolución N° 97, de fecha 30 de diciembre de 2004, desestimó la nulidad por considerar que ninguno de los hechos nuevos daba lugar a recusación alguna y, además, declaró improcedente la renuncia presentada por Cantuarias Salaverry.

Frente a ello, el 27 de enero de 2005, Algamarca acudió a la vía penal, donde el fiscal demandado denunció a Fernando Cantuarias Salaverry por delitos de falsedad genérica y fraude procesal. Contra dicha resolución el recurrente interpone la demanda de *habeas corpus*.

Por sentencia de fecha 28 de febrero de 2006, recaída en el Expediente N^o 6167-2005-PHC/TC,⁽⁴²⁾ el Tribunal Constitucional declara improcedente la demanda de *habeas corpus* y a la vez dicta un precedente vinculante sobre arbitraje, declarando que los fundamentos jurídicos N^{os} 8, 11, 12, 13, 14, 17 y 18 son vinculantes para todos los operadores jurídicos.

«8. Llegados a este punto, cabe preguntarse si es constitucionalmente legítimo el establecimiento de esta jurisdicción de carácter privado.

Al respecto, conforme lo ha establecido este Colegiado «(...) el ejercicio de la jurisdicción implica cuatro requisitos, a saber:

- a) Conflicto entre las partes.*
- b) Interés social en la composición del conflicto.*
- c) Intervención del Estado mediante el órgano judicial, como tercero imparcial.*
- d) Aplicación de la ley o integración del derecho».*

Qué duda cabe, que prima facie la confluencia de estos cuatro requisitos definen la naturaleza de la jurisdicción arbitral, suponiendo un ejercicio de la potestad de administrar justicia, y en tal medida, resulta de aplicación en sede arbitral el artículo VI in fine del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional por el cual los jueces (y por extensión, también los árbitros) quedan vinculados a los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional; sin perjuicio del precedente vinculante con efectos normativos del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional».

⁽⁴²⁾ En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.html>.

El Tribunal considera que la jurisdicción arbitral es un ejercicio de la función jurisdiccional y como tal se encuentra vinculada a las decisiones del Tribunal Constitucional. Nos preguntamos, ¿por el hecho de no ser el arbitraje un ejercicio de la función jurisdiccional, no se encontraría sometido a la Constitución? Teniendo en cuenta la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, la respuesta es negativa. Entonces, constituya o no un ejercicio de la función jurisdiccional, resulta claro que el arbitraje está sometido a la Constitución. Luego, era innecesario asimilar el arbitraje a la jurisdicción para decir que se encuentra sometido a la Constitución.

«11. Es justamente, la naturaleza propia de la jurisdicción arbitral y las características que la definen, las cuales permiten concluir a este Colegiado que no se trata del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte esencial del orden público constitucional.»

La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2 inciso 24 literal a de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139 de la propia Constitución.

De allí que el proceso arbitral tiene una doble dimensión pues, aunque es fundamentalmente subjetivo ya que su fin es proteger los intereses de las partes, también tiene una dimensión objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución, dispuesta por el artículo 51 de la Carta Magna; ambas dimensiones, (subjetiva y objetiva) son interdependientes y es necesario modularlas en la norma legal y/o jurisprudencia. Tensión en la cual el árbitro o tribunal arbitral aparece en primera instancia como un componedor jurisdiccional, sujeto, en consecuencia, a la jurisprudencia constitucional de este Colegiado.

Así, la jurisdicción arbitral, que se configura con la instalación de un Tribunal Arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consa-

grada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales. Todo ello hace necesario que este Tribunal efectúe una lectura iuspublicista de esta jurisdicción, para comprender su carácter privado; ya que, de lo contrario, se podrían desdibujar sus contornos constitucionales».

Siguiendo una visión procesalista de los MARC'S, el Tribunal señala que la fuente de la facultad de los árbitros para resolver conflictos no es la autonomía de la voluntad, sino las normas relativas a los principios y derechos de la función jurisdiccional ¿Acaso porque la letra de la Constitución dice que existe jurisdicción arbitral, el arbitraje va a convertirse en jurisdicción? ¿Acaso no advierte el Tribunal que la autonomía de la voluntad también tiene respaldo constitucional y no por ello deja de estar limitada por la ley?

A fin de poner fin a las indebidas interferencias judiciales en los procesos arbitrales, el Tribunal retoma el principio de la *Kompetenz-kompetenz* consagrado en la sentencia de fecha 19 de abril de 2004, recaída en el Expediente N^o 3355-2003-AA. Nosotros consideramos innecesaria la invocación de la prohibición de interferencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, bastando para ello la invocación del artículo 18 de la Ley General de Arbitraje.⁽⁴³⁾

«12. El reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales y, en particular, de las prescripciones del artículo 139 de la Constitución, relacionadas a los principios y derechos de la función jurisdiccional. Por ello, el Tribunal considera y reitera la protección de la jurisdicción

⁽⁴³⁾ Ley General de Arbitraje, Artículo 18.- Disposición general.- Los árbitros no representan los intereses de ninguna de las partes y ejercen el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción. En el desempeño de sus funciones tienen plena independencia y no están sometidos a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones.

La aceptación del cargo por los árbitros, o por la institución arbitral, otorga derecho a las partes para compelerles a que cumplan el encargo dentro del plazo establecido, bajo pena de responder por los daños y perjuicios que ocasionen por su demora o por incumplir las obligaciones respectivas.

arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el principio de «no interferencia» referido en el inciso 2 del artículo constitucional antes citado, que prevé que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Los tribunales arbitrales, por consiguiente, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros –incluida autoridades administrativas y/o judiciales– destinada a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes».

13. Es por tal motivo que este Tribunal considera conveniente reiterar la plena vigencia del principio de la «kompetenz-kompetenz» previsto en el artículo 39º de la Ley General de Arbitraje –Ley N.º 26572–, que faculta a los árbitros a decidir acerca de las materias de su competencia, y en el artículo 44º del referido cuerpo legal, que garantiza la competencia de los árbitros para conocer y resolver, en todo momento, las cuestiones controvertidas que se promuevan durante el proceso arbitral, incluida las pretensiones vinculadas a la validez y eficacia del convenio. Este Colegio resalta la suma importancia práctica que reviste dicho principio, a efectos de evitar que una de las partes, que no desea someterse al pacto de arbitraje, mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrales y/o la competencia de los árbitros sobre determinada controversia, pretenda convocar la participación de jueces ordinarios, mediante la interposición de cualquier acción de naturaleza civil y/o penal, y desplazar la disputa al terreno judicial.

Lo expuesto no impide que posteriormente se cuestione la actuación arbitral por infracción de la tutela procesal efectiva, conforme a las reglas del Código Procesal Constitucional».

Uno de los puntos más polémicos de fallo es el de la naturaleza jurídica del arbitraje. El Tribunal Constitucional, recurriendo a una interpretación literal de la Constitución considera que el arbitraje tiene naturaleza jurisdiccional:

«14. Este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias someti-

das al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (artículo 1 de la Ley General de Arbitraje), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria. El control judicial, conforme a la ley, debe ser ejercido ex post, es decir, a posteriori, mediante los recursos de apelación y anulación del laudo previstos en la Ley General de Arbitraje. Por su parte, el control constitucional deberá ser canalizado conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Constitucional; vale decir que tratándose de materias de su competencia, de conformidad con el artículo 5º, numeral 4 del precitado código, no proceden los procesos constitucionales cuando no se hayan agotado las vías previas. En ese sentido, si lo que se cuestiona es un laudo arbitral que verse sobre derechos de carácter disponible, de manera previa a la interposición de un proceso constitucional, el presunto agraviado deberá haber agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje prevé para impugnar dicho laudo.

[...]

17. Entonces, el principio de autonomía de la voluntad no debe ser entendido de manera absoluta, sino dentro de los valores y principios constitucionales antes señalados.

En el caso del convenio arbitral, si bien se gesta a partir del sentido privatista de las relaciones contractuales, no presenta un haz de contenidos cuyas categorías sean exclusiva y excluyentemente de Derecho Privado. Interpretarlo de este modo implicaría soslayar su naturaleza constitucional, sujeta a los principios y deberes primordiales de la función jurisdiccional consagrados en el artículo 139 de la Constitución; los mismos que deberán extenderse razonablemente a la jurisdicción arbitral.

Si bien es cierto que la autonomía de la voluntad deriva de la Constitución, no puede discutirse la facultad de controlarla por razones del orden público constitucional, máxime si la propia jurisdicción arbitral integra éste. Esto supone que en un Estado constitucional, el poder se desagrega en múltiples centros de decisión equilibrados entre sí por un sistema de control de pesos y contrapesos, como postula el artículo 43º de la Constitución. Esto hace que el poder público, pero también el privado, estén sometidos al Derecho.

18. *En este contexto el control constitucional jurisdiccional no queda excluido, sino que se desenvuelve a posteriori cuando se vulnera el derecho a la tutela procesal efectiva o se advierte un incumplimiento, por parte de los propios árbitros, de la aplicación de la jurisprudencia constitucional o los precedentes de observancia obligatoria, los mismos que los vinculan en atención a los artículos VI in fine y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente.*

19. *El ejercicio de las potestades jurisdiccionales –ordinaria o constitucional– no puede ni debe ser, desde luego, abusivo, ni supone la imposición de medidas irrazonables y desproporcionadas que lesionen los derechos fundamentales de autonomía de la voluntad y de contenido patrimonial –las libertades de contratar y de empresa–.*

El Tribunal Constitucional reafirma el control jurisdiccional posterior por violaciones a la tutela judicial efectiva, o por incumplimiento de la jurisprudencia constitucional o de los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional. Así mismo, tal como advierte Santistevan de Noriega,⁽⁴⁴⁾ citando a la doctrina española el control de legalidad de los laudos a cargo del Poder Judicial al conocer el recurso de anulación incide precisamente en errores *in procedendo*, pero nunca en cuanto al fondo de la decisión. El Tribunal Constitucional tampoco podría revisar el fondo de una resolución judicial, pues ello es competencia del órgano jurisdiccional.

Santistevan de Noriega considera que los árbitros de conciencia –letrados o no– no se encuentran dentro del enmarcamiento establecido por el Tribunal Constitucional, pues «en este tipo de arbitraje se aplica la equidad antes que las normas de derecho».⁽⁴⁵⁾ Nosotros discrepamos con dicha posición, toda vez que ningún laudo podría resolver una controversia vulnerando el ordenamiento jurídico. Y ello comprende a todas las normas. El arbitraje no es sinónimo de

(44) SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge, «Arbitraje y jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú», en: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 2, Grijley, Lima, 2006, p. 48.

(45) *Idem*, p. 53.

arbitrariedad. Aún los árbitros de conciencia están obligados a motivar sus laudos. Aunque reconocemos que no es tarea sencilla.

Llama poderosamente la atención que en un caso sobre *habeas corpus* desestimado el Tribunal Constitucional haya dictado un precedente vinculante en materia de arbitraje, pero más aún resulta sorprendente que éste sea totalmente ajeno a la *ratio decidendi* (razón suficiente) del caso concreto.

Si tenemos en cuenta la teoría del precedente vinculante establecida por el propio Tribunal en la sentencia de fecha 10 de octubre de 2005, recaída en el Expediente N^o 0024-2003-AI/TC, en los seguidos por la Municipalidad Distrital de Lurín:⁽⁴⁶⁾

En primer lugar, el Tribunal establece dos condiciones de uso del precedente vinculante: a) Existencia de relación entre caso y precedente vinculante y b) Decisión del Tribunal Constitucional con autoridad de cosa juzgada. En el caso bajo comento el primer requisito no se cumple, pues la regla establecida no es necesaria para la solución del caso. En palabras del propio Tribunal:

«El Tribunal Constitucional no debe fijar una regla so pretexto de solución de un caso, si en realidad esta no se encuentra ligada directamente con la solución del mismo».

El segundo requisito tampoco se cumple, pues la sentencia declaró improcedente la demanda. Sin embargo, el Tribunal había establecido que:

«Más aún, dicha decisión final debe concluir con un pronunciamiento sobre el fondo; es decir, estimándose o desestimándose la demanda».

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional estipula que la estructura interna de sus decisiones se compone de los siguientes

⁽⁴⁶⁾ En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00024-2003-AI.html> (Citado el 27 de julio de 2006).

elementos: la razón declarativa-teológica, la razón suficiente (*ratio decidendi*) la razón subsidiaria o accidental (*obiter dicta*), la invocación preceptiva y la decisión o fallo constitucional (*decisum*). Vamos a detenernos en la razón suficiente y la razón subsidiaria o accidental del caso.

Según el Tribunal Constitucional, la razón suficiente es «el fundamento directo de la decisión; que, por tal, eventualmente puede manifestar la basa, base o puntal de un precedente vinculante». La *ratio decidendi* del Tribunal Constitucional en el caso Cantuarias Salaverri la tenemos en los fundamentos 45, 46 y 47.

El Tribunal consideró que:

«45. Partiendo de las consideraciones que han sido previamente expuestas, este Colegiado no considera que el recurrente se encuentre frente a una amenaza cierta e inminente de su derecho a la libertad individual o algún derecho conexo, puesto que no se ha producido la formalización de una denuncia manifiestamente arbitraria, orientada a inducir a error al juez a fin de que dé inicio a un proceso penal en contra del investigado.

46. Si bien, a la fecha, es posible constatar que la denuncia formalizada por el fiscal demandado dio lugar a que se abriera instrucción en contra del señor Fernando Cantuarias Salaverri, no se ha dictado mandato de detención en su contra y se ha motivado debidamente el mandato de comparecencia restringida que fue dictado en su lugar. En efecto, este mandato de comparecencia no puede ser considerado como una concreción de la amenaza alegada por el recurrente, toda vez que esta medida ha sido dictada en el ejercicio legítimo de las atribuciones que han sido conferidas al juez penal.

47. Se advierte, por tanto, que en el presente caso no se configuran los supuestos necesarios para la procedencia del proceso constitucional de hábeas corpus y que el petitorio constitucional del presunto agraviado – declarar la insubsistencia del auto apertorio de instrucción– sin que se haya acreditado la existencia de una amenaza cierta e inminente de su libertad individual o derechos constitucionales conexos, impor-

taría que este Tribunal se subrogue en las facultades que le han sido constitucional y legalmente conferidas a los representantes del Ministerio Público».

Según el Tribunal Constitucional en el Caso Municipalidad Distrital de Lurín, la razón subsidiaria o accidental *«es aquella parte de la sentencia que ofrece reflexiones, acotaciones o apostillas jurídicas marginales o aleatorias que, no siendo imprescindibles para fundamentar la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional, se justifican por razones pedagógicas u orientativas, según sea el caso en donde se formulan».*

Los fundamentos jurídicos del *Caso Cantuarias Salaverry* convertidos en precedente vinculante no son más que una serie de *obiter dictums* (razones subsidiarias o accidentales) relativos a la materia arbitral.

En conclusión, en el *Caso Cantuarias Salaverry* el Tribunal Constitucional aplicó mal su propia teoría del precedente vinculante.

Como sucede con toda decisión judicial, la sentencia del Tribunal Constitucional no ha dejado felices ni a tirios ni a troyanos. Si bien es cierto que los árbitros han logrado que se reconozca la inmunidad frente a la intervención de cualquier autoridad durante la tramitación del proceso arbitral, son conscientes de que el reconocimiento de la jurisdicción arbitral como parte del orden público constitucional conlleva el peligro de que se *«multiplique las exigencias del formalismo procesal y someta al arbitraje a la penuria de litigantes que pretenden judicializar -a través de procesos constitucionales- cada paso que se da en sede arbitral».*⁽⁴⁷⁾

El peligro de la regulación de todos los MARC'S es que poco a poco se les asimile a los procesos judiciales. Anteriormente hemos criticado el reglamentarismo de la Ley de Conciliación Extrajudicial y de la Ley General de Arbitraje, pues la excesiva regulación no se condice con la flexibilidad que caracteriza a los

⁽⁴⁷⁾ SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge, *ob. cit.*, p. 36.

MARC'S.⁽⁴⁸⁾ Pero lo que no podemos negar es que entre los MARC'S el más parecido a un proceso judicial es precisamente el arbitraje. Y que los magistrados del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial, que son abogados y los congresistas –que en gran número también lo son– regulan las materias con ojos de procesalista.

Es cierto que no todas las instituciones del proceso civil podrán transplantarse al arbitraje. Sin embargo, no perdamos de vista que aún el «proceso privado» entre particulares, como el que podría darse para resolver controversias a nivel societario o asociativo, debe respetar las garantías del debido proceso. Entonces, no debe extrañar que similares exigencias se realicen al procedimiento arbitral.

Si los actos arbitrarios del juez son materia de procesos administrativos disciplinarios ante el órgano de control, ante el Consejo Nacional de la Magistratura y de denuncias ante la Fiscalía Suprema de Control Interno del Ministerio Público, de instrucciones ante los juzgados penales, de demandas por responsabilidad civil paralelamente a la tramitación del proceso judicial y también de procesos de amparo contra resoluciones judiciales, una vez concluido el proceso, no vemos por qué los árbitros tengan que verse libres de tal eventualidad. Por ello el Tribunal Constitucional desestima el *habeas corpus*.

En la medida que el procedimiento arbitral se desarrolle con toda regularidad, dichos procesos no prosperarán.

X. UN VOTO SINGULAR

Mención aparte merecen los fundamentos de voto del magistrado Gonzales Ojeda, quien discrepa con que «*se persiste en denominar a la institución como «jurisdicción arbitral» o como una «jurisdicción de carácter eminentemente privado» y, que se señale que los árbitros tienen la*

(48) ABANTO TORRES, Jaime David, «Destruyendo Mitos. (O de cómo convertir a los MARC'S en herramientas útiles y necesarias para dinamizar la función jurisdiccional en el Área Andina)», en: <http://www.bahaidream.com/lapluma/derecho/revista007/conciliacion%20mitos.htm>. (Citado el 27 de julio de 2006).

competencia de las competencias (Fundamentos 7, 8 y 11, respectivamente), o que el arbitraje, en sí mismo considerado, sea un derecho fundamental (Fundamento 20)».

El voto singular parte de la idea de la unidad de la jurisdicción, que es distribuida entre una serie de órganos constitucionales. La jurisdicción estatal, precisamente por tratarse de un poder, es la única que ostenta la llamada *coertio*; es decir, una específica expresión del *ius imperium* mediante la cual sólo los jueces pueden realizar actos de ejecución, o sea, aquellos destinados al efectivo reconocimiento de un derecho, por lo que no puede hablarse de ejercicio de jurisdicción privada o de «carácter eminentemente privado», como se establece en el Fundamento 8 de la sentencia.

Si bien cierto que la Constitución ha garantizado formas e instituciones de composición de conflictos no estatales, como el arbitraje o aquella que prestan las comunidades campesinas, éstas no constituyen ejercicio de una cuota de la jurisdicción. Advirtiendo las limitaciones de la interpretación literal de la Constitución, la expresión «jurisdicción» en la Constitución no tiene un único sentido o significado, sino que tiene un sentido polisémico.

El magistrado Gonzales Ojeda advierte que la Constitución garantiza el arbitraje por sí mismo, como forma compositiva de controversias, de carácter no estatal, en los temas previamente delimitados y limitados por la ley, entre las personas que libremente decidan resolver sus diferencias por medio de éste medio alternativo de solución de conflictos y cuyo fundamento reposa en la voluntad de las partes, por medio de la cual éstas optan por renunciar a la tutela que brinda el Estado a través del Poder Judicial y se someten a este mecanismo esencialmente privado, en el que tienen la libertad de establecer el procedimiento que consideren más adecuado dentro del respeto de determinados derechos fundamentales de orden procesal.

El magistrado Gonzales Ojeda considera que las decisiones arbitrales no son necesariamente definitivas, ya que pueden ser recurridas ante el Poder Judicial en apelación o anulación, y los árbitros carecen de potestad coercitiva, es decir, no están en la capacidad de hacer cumplir sus decisiones cuando las partes se resisten a cumplir-

las, en cuyo caso tienen que recurrir al Poder Judicial solicitando su intervención con el propósito de lograr la ejecución forzada de sus mandatos. Mientras que las decisiones del Poder Judicial son firmes y en algunos casos causan jurisprudencia, pero además los jueces tienen la capacidad de hacer cumplir sus decisiones e inclusive pueden usar la fuerza pública.

Discrepamos con dicho voto singular cuando se considera que por el hecho de no poder ejecutar el laudo de manera coercitiva, los laudos arbitrales incidan en el ámbito declarativo de los derechos. En principio, ningún MARC'S tiene la *executio* que es privativa de los jueces, pero no obstante ello ni el acuerdo conciliatorio ni el fondo de lo decidido en el laudo arbitral pueden ser revocados por el Poder Judicial. Una sentencia estimatoria de una demanda de amparo contra laudos arbitrales o una sentencia favorable en un proceso de anulación determinarán la nulidad del laudo con la reposición del proceso al estado correspondiente, pero jamás permitirán que ningún órgano jurisdiccional se pronuncie sobre el tema. El hecho de que la jurisdicción estatal es la única que tiene la característica básica de la universalidad, no desmerece la existencia y la efectividad de los MARC'S, pues estas técnicas compositivas han sido diseñadas únicamente para tipos específicos de controversias.

El magistrado Gonzales Ojeda discrepa con la afirmación expuesta en el Fundamento Jurídico N° 16 de la sentencia según la cual el arbitraje es un derecho fundamental. Afirma que no existe tal derecho. Al contrario, el derecho fundamental de toda persona, en el Estado social y democrático de Derecho, es la posibilidad de acudir libremente a la jurisdicción estatal o, en los términos que hemos empleado en nuestra jurisprudencia sobre el tema, acceder a un tribunal de justicia. En cambio, el arbitraje es un instituto que, en la medida que se ha previsto en la Constitución, ha quedado constitucionalmente garantizado, de modo que el legislador no puede disponer libremente de él, a no ser que la suprima mediante una reforma constitucional (lo que no se puede hacer con los derechos fundamentales, ni siquiera siguiéndose dicho procedimiento de revisión constitucional). Señala que en la medida que con dicha afirmación se haya querido decir que una determinada controversia puede ser

sustraída de su resolución de un órgano de la jurisdicción estatal mediante una decisión que comporta el ejercicio de un derecho fundamental estaría plenamente de acuerdo. Y es que cuando se decide libremente que la solución de una controversia se realice mediante el arbitraje, en los casos legalmente permitidos, ello comporta, por un lado, una renuncia al ejercicio del derecho de acceso a los tribunales, pero de otro, también el ejercicio de la libertad de acción.

El voto singular deja entrever que la única manera de resolver conflictos sería la de la justicia ordinaria, perdiendo de vista la existencia de los MARC'S y que los justiciables recurren al órgano jurisdiccional cuando no existe otra forma de resolver la controversia, es decir, cuando se produce el interés para obrar.

Precisa que la decisión de someter una controversia a la solución de un arbitraje comporta la renuncia a una serie de derechos fundamentales de carácter esencialmente procesal (acceso a la justicia, al juez predeterminado por la ley o a la pluralidad de la instancia, por citar algunos casos).

El magistrado Gonzales Ojeda sostiene que, en otros casos, el contenido constitucionalmente protegido de alguno de los derechos de orden procesal tienen un alcance menor respecto si la controversia hubiese sido sometida a un tribunal de justicia de carácter estatal (derecho al juez imparcial, puesto que en determinados casos, cada una de las partes elige a un árbitro, y estos, a su vez, a un presidente del Tribunal Arbitral. De modo que si en relación a este último puede predicarse la necesidad de su imparcialidad, no necesariamente sucede lo mismo con los árbitros nombrados por las partes). Nosotros consideramos que el magistrado Gonzales Ojeda incurre en un error, puesto que el deber de imparcialidad del árbitro, es plenamente exigible en el arbitraje. Nos remitimos a lo expuesto por el propio Tribunal Constitucional en la sentencia de fecha 12 de junio de 2003, recaída en el Expediente N^o 1609-2002-AA/TC, en los seguidos por Telinfor S.A.⁽⁴⁹⁾ glosada líneas arriba. Por lo demás los

(49) En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01609-2002-AA.html> (Citado el 27 de julio de 2006).

árbitros no representan los intereses de las partes que los designan. Para ello están sus abogados.

Convenimos en que la afirmación genérica expresada en el Fundamento N° 20 de la sentencia peca de insuficiencia, pues resulta claro que no sólo los derechos de orden procesal vinculan en el arbitraje, sino todos los demás.

XI. ¿ES INCONSTITUCIONAL EL ARBITRAJE OBLIGATORIO?

En la sentencia de fecha 27 de marzo de 2002, recaída en el Expediente N° 01-2001-AI/TC en los seguidos por el Alcalde de la Municipalidad Provincial de Chincha,⁽⁵⁰⁾ se planteó el tema de la inconstitucionalidad del arbitraje obligatorio. Lamentablemente, no hubo pronunciamiento sobre el fondo del asunto pues el Tribunal consideró que:

«6.1 En el numeral 2 de la Primera Disposición Transitoria del Decreto Legislativo N° 908 que fue derogada, se establecía la obligatoriedad del arbitraje. Esta disposición se mantiene en él artículo 48 del mencionado decreto legislativo, el cual aun no entra en vigencia al no haberse publicado su reglamento, por lo que sería prematuro pronunciarse acerca de su inconstitucionalidad».

En la sentencia de fecha 12 de agosto de 2005, recaída en el Expediente N° 008-2005-PI/TC en los seguidos por Juan José Gorriti y más de cinco mil ciudadanos con el Congreso de la República,⁽⁵¹⁾ se menciona el tema de manera tangencial, sin emitir pronunciamiento alguno:

«3. [...] En el Perú el arbitraje es obligatorio, según las normas de contratación del Estado, además forma parte de los contratos de inversión suscritos por el Estado y de todos los contratos de estabilidad jurídica regidos por los Decretos Legislativos N.ºs 758 y 662.

⁽⁵⁰⁾ En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/00001-2001-AI.html> (Citado el 27 de julio de 2006).

⁽⁵¹⁾ En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00008-2005-AI.html> (Citado el 27 de julio de 2006).

[...]

«38. [...] *El arbitraje puede surgir como consecuencia de una sumisión voluntaria, en donde las partes en conflicto, a través de sus negociadores, acuden a un tercero neutral para la solución del conflicto; o de una sumisión obligatoria en donde las partes quedan vinculados a los resultados de un arbitraje por mandato de la ley*».

Si el arbitraje es voluntario por definición, hubiese sido muy interesante que el Tribunal analizara la constitucionalidad de las normas que imponen el arbitraje obligatorio, como la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.⁽⁵²⁾ Sin ánimos de agotar el tema: siendo el presupuesto esencial del arbitraje la autonomía de la voluntad de las partes surge de inmediato la pregunta: ¿Es constitucional el arbitraje obligatorio? ¿Puede hablarse con propiedad de la existencia de un *convenio arbitral*, cuando el arbitraje es impuesto por la norma? Consideramos que este tema, por segunda vez, se quedó en el tintero del Tribunal Constitucional.

XII. EL CASO DEL TRIBUNAL ARBITRAL SULLIDEN-ALGAMARCA

No podemos dejar de referirnos a la sentencia de fecha 30 de abril de 2006, recaída en el Expediente N° 1567-2006-PA/TC, en los seguidos por Compañía de Exploraciones Algamarca.⁽⁵³⁾

⁽⁵²⁾ Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Artículo 186. - El arbitraje será de aplicación obligatoria en la solución de controversias surgidas después de la suscripción o cumplimiento de la formalidad de perfeccionamiento de los contratos derivados de los procesos de selección hasta el consentimiento de su liquidación. Serán de aplicación las disposiciones contempladas en la Ley y en el presente Subcapítulo y supletoriamente, las de la Ley General de Arbitraje.

El arbitraje obligatorio se deberá solicitar, como máximo, hasta el vencimiento de los plazos previstos en los Artículos 139 ó 164 para que quede consentida la liquidación del contrato según se trate de bienes y servicios o de obras, respectivamente.

El arbitraje regulado en el presente Subcapítulo, en todos los casos, será de derecho.

⁽⁵³⁾ En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/01567-2006-AA.html> (Citado el 27 de julio de 2006).

El Tribunal Constitucional por mayoría, declaró improcedente la demanda por considerar que no se había agotado la vía previa.

El Tribunal Constitucional consideró que:

«14. Así planteado el tema, es factible que la demandante recurra a un proceso constitucional de amparo alegando la vulneración de su derecho fundamental al debido proceso, y convoque la intervención de la jurisdicción constitucional a efectos de que se brinde efectiva tutela. No obstante, es necesario enfatizar que, en consideración la naturaleza jurisdiccional de arbitraje y el carácter disponible de la materia sometida a esa jurisdicción, la intervención de la jurisdicción ordinaria no podrá ser ejercida sino hasta el momento en que se cuente con un laudo arbitral firme –para emplear los términos del artículo 4 del Código Procesal Constitucional, referido a la procedencia del amparo frente a resoluciones emanadas de un proceso judicial– o, como ha sido señalado en anterior jurisprudencia, hasta que se hayan agotado las vías previas, de conformidad con el artículo 5.4 del precitado código».

Reiterando lo expuesto en el *Caso Cantuarias Salaverry*, en el Fundamento 28 de la sentencia glosada, el Tribunal Constitucional resalta la exigibilidad del agotamiento de la vía previa, desestimando la demanda tras advertir que la demandante no había cumplido con dicho requisito.

La controversia consistía en determinar si el Gerente General de una Sociedad Anónima cuenta con facultades suficientes para suscribir un convenio arbitral. Ello, en virtud de los artículos 188 de la Ley General de Sociedades y 75 del Código Procesal Civil.

Sobre este punto, el Tribunal Constitucional expone los argumentos de las partes en los fundamentos 21 al 24, sin pronunciarse al respecto debido a la falta de agotamiento de la vía previa:

«21. La demandante sostiene que su entonces representante, el señor Orbegoso Tudela, excedió sus facultades de representación al suscribir un convenio arbitral con Sulliden, puesto que no había sido autorizado por la junta general de accionistas de Exploraciones Algamarca para

realizar dicho acto; en consecuencia, solicita dejar sin efectos el referido convenio, así como la instalación del tribunal arbitral Sulliden-Algamarca; con lo cual, las controversias relacionadas con el contrato de transferencia de propiedades mineras podrán ser discutidas en el marco de un proceso judicial ordinario.

22. En oposición a estos alegatos, Sulliden señala que el representante de Exploraciones Algamarca era también el Gerente General de dicha empresa, motivo por el cual no es de aplicación el artículo 167 del Código Civil,⁽⁵⁴⁾ sino el artículo 188 de la Ley General de Sociedades,⁽⁵⁵⁾ que establece que entre las atribuciones del gerente general de una socie-

⁽⁵⁴⁾ Código Civil. Artículo 167.- Poder especial para actos de disposición

Los representantes legales requieren autorización expresa para realizar los siguientes actos sobre los bienes del representado:

- 1.- Disponer de ellos o gravarlos.
- 2.- Celebrar transacciones.
- 3.- Celebrar compromiso arbitral.
- 4.- Celebrar los demás actos para los que la ley o el acto jurídico exigen autorización especial.

⁽⁵⁵⁾ Ley General de Sociedades. Artículo 188.- Atribuciones del gerente

Las atribuciones del gerente se establecerán en el estatuto, al ser nombrado o por acto posterior.

Salvo disposición distinta del estatuto o acuerdo expreso de la junta general o del directorio, se presume que el gerente general goza de las siguientes atribuciones:

1. Celebrar y ejecutar los actos y contratos ordinarios correspondientes al objeto social;
2. Representar a la sociedad, con las facultades generales y especiales previstas en el Código Procesal Civil;
3. Asistir, con voz pero sin voto, a las sesiones del directorio, salvo que éste acuerde sesionar de manera reservada;
4. Asistir, con voz pero sin voto, a las sesiones de la junta general, salvo que ésta decida en contrario;
5. Expedir constancias y certificaciones respecto del contenido de los libros y registros de la sociedad; y,
6. Actuar como secretario de las juntas de accionistas y del directorio.

dad anónima está la de representar a la sociedad con las facultades especiales previstas en el Código Procesal Civil. Y es a partir de una interpretación concordada de la Ley General de Sociedades y el artículo 75 del Código Procesal Civil,⁽⁵⁶⁾ que se argumenta que es posible que un gerente general suscriba válidamente un convenio arbitral en representación de la sociedad, puesto que sus facultades de representación son amplias y no se limitan a las procesales judiciales.

23. No son estos los únicos argumentos que han sido expuestos por las partes; también se ha hecho expresa referencia a la doctrina de los «actos propios». Al respecto, se ha señalado que la demandante habría alegado la existencia del convenio arbitral en el marco de otro proceso judicial, con el objeto de que el juez que conocía una solicitud presentada por Sulliden (solicitud de medida cautelar fuera de proceso), declinara su competencia. Por su parte, Exploraciones Algamarca atribuye un significado distinto al escrito presentado ante el juzgado que conoció dicha causa, afirmando que no es pertinente la aplicación de la doctrina de los actos propios en este caso concreto.

24. Aún es posible agregar a los argumentos vertidos por las partes, consideraciones relacionadas con la buena fe contractual y los usos aplicables a la celebración de contratos mineros. Aparentemente, el problema se configuraría como una cuestión de carácter civil o societario, que debiera ser valorada por un juez ordinario a la luz de las leyes y códigos respectivos.

Ello no implica, ciertamente, desconocer la vital importancia que reviste el convenio arbitral, por expresar la voluntad de las partes de someter una controversia al arbitraje (...). Asimismo, debe transcribirse válida-

⁽⁵⁶⁾ Código Procesal Civil. Artículo 75.- Facultades especiales.

Se requiere el otorgamiento de facultades especiales para realizar todos los actos de disposición de derechos sustantivos y para demandar, reconvenir, contestar demandas y reconveniones, desistirse del proceso y de la pretensión, allanarse a la pretensión, conciliar, transigir, someter a arbitraje las pretensiones controvertidas en el proceso, sustituir o delegar la representación procesal y para los demás actos que exprese la ley.

El otorgamiento de facultades especiales se rige por el principio de literalidad. No se presume la existencia de facultades especiales no conferidas explícitamente.

mente, con pleno respeto del ordenamiento jurídico a tenerse en cuenta que, pese a que la tarea del juez constitucional es la de ser intérprete de la Constitución, y no de la ley, en determinadas circunstancias ello será posible a efectos de no dejar sin tutela el ejercicio legítimo de un derecho fundamental amenazado o vulnerado».

En desacuerdo con los fundamentos de la mayoría, el magistrado Bardelli Lartirigoyen emite un voto singular opinando que el representante de la actora carecía manifiestamente de facultades suficientes por lo que la demanda de amparo debió declararse fundada:

«13. En el caso de autos conviene apreciar que el proceso de amparo carece de estación probatoria, sin embargo es evidente que el Sr. Orbegoso Tudela suscribió el convenio arbitral careciendo manifiestamente de facultades suficientes. Por tanto, se ha afectado el derecho de la demandante a demandar ante el órgano jurisdiccional del Estado; así como que la desestimación de la excepción de incompetencia fundada en una interpretación extensiva de las facultades conferidas al Sr. Orbegoso Tudela vulnera los principios de interdicción de la arbitrariedad y de razonabilidad y proporcionalidad, afectando con ello el derecho de la demandante a una resolución fundada en derecho, que informa la tutela procesal efectiva, conforme a lo enunciado en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional y al artículo 139 inciso 3 de la Constitución.

*Por las razones antes expuestas soy de opinión que la demanda debe ser declarada **fundada**, y en consecuencia, inaplicables y sin efecto jurídico alguno el Convenio Arbitral contenido en el Contrato de Transferencia de propiedades mineras de 6 de noviembre de 2002, la designación de los árbitros, la instalación del Tribunal Arbitral Sulliden Algamarca y los actos procesales que tuvieron lugar en dicha sede».*

El tema es tan polémico que el Proyecto Modificadorio de la Ley General de Arbitraje contiene un artículo sobre el particular:

«Artículo 8º.- Representación de la persona jurídica

Salvo disposición estatutaria distinta o en contrario, el gerente general o el administrador equivalente de una persona jurídica está facultado

por su solo nombramiento para celebrar convenios arbitrales, representarla en procesos arbitrales y ejercer todos los derechos y facultades previstos en esta ley, sin restricción alguna, incluso para los actos procesales de disposición de derechos sustantivos».⁽⁵⁷⁾

La Exposición de Motivos del Proyecto señala:

«Se trata de un nuevo artículo, pues la Ley actual no se pronuncia expresamente sobre las facultades de representación necesarias para someter a arbitraje o participar en el proceso arbitral. Ello ha generado conflictos de interpretación sobre el tipo de poderes necesarios, lo que puede limitar en el futuro el desarrollo del arbitraje. La Comisión considera que, siguiendo la práctica arbitral internacional, que debe presumirse que los gerentes o administradores de personas jurídicas cuentan de suyo con dichas facultades. Así el artículo uniformiza en una sola norma el tema de las facultades de los representantes de las personas jurídicas para celebrar convenios arbitrales y para representarla en procesos arbitrales sin necesidad de acudir a otras normas distintas. Se hace la salvedad, sin embargo, respecto de disposiciones estatutarias o acuerdos del órgano correspondiente en un sentido distinto o contrario».⁽⁵⁸⁾

El conflicto de interpretación no ha sido resuelto por el Tribunal Constitucional. Sin embargo, un magistrado ha emitido opinión en el sentido de que los gerentes de las sociedades de suyo no cuentan con facultades para celebrar convenios arbitrales.

El Tribunal Constitucional precisa que el principio *kompetenz-kompetenz* no es ilimitado, pues éste no trasciende el ámbito de la Ley General de Arbitraje ni constituye una zona exenta de control constitucional.

⁽⁵⁷⁾ Puede consultarse el texto del Proyecto en <http://www.minjus.gob.pe/Proyectos/leyarbitraje.htm> (Citado el 27 de julio de 2006).

⁽⁵⁸⁾ *Idem.*

27. *No obstante, el principio de la «competencia de la competencia» no puede ser garantizado ilimitadamente por nuestro ordenamiento jurídico. La imposibilidad de que los derechos fundamentales sean garantizados de manera ilimitada es aplicable, mutatis mutandis, al principio que nos ocupa:*

En tanto derechos, están fundamentados en la Constitución. Por ello, hay que sostener el punto de vista objetivo-sistemático de su pertenencia al orden jurídico (de la Constitución) de donde resulta la imposibilidad de una ilimitabilidad ‘en todas direcciones’, como una intelección irrenunciable de toda teoría de la Constitución (...).

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

Por otro lado, el Tribunal Constitucional critica la suspensión del proceso arbitral en cumplimiento de una actuación anticipada de sentencia decretada por un juzgado civil en otro proceso, decisión acatada por el Tribunal Arbitral y sobre la cual no se pronuncia por ser materia distinta a la controvertida.

«29. En efecto, en el presente caso no se ha emitido laudo arbitral. Ello se constata de la lectura de la Resolución N° 201, de fecha 15 de diciembre de 2005, emitida por el tribunal arbitral Sulliden-Algamarca, en la cual se resuelve la suspensión del proceso arbitral en atención a la medida cautelar concedida por el juez del Tercer Juzgado Civil de Cajamarca, en el marco de un proceso constitucional de amparo. La medida cautelar dispone que el tribunal arbitral se abstenga de expedir

laudo que ponga fin al proceso seguido por Sulliden, hasta que se emita sentencia definitiva en dicho proceso.

En la resolución emitida por el tribunal arbitral se deja expresa constancia de su rechazo a la tramitación de dicho proceso, pero no obstante acata la medida dispuesta por el juez en observancia del artículo 22º del Código Procesal Constitucional,⁽⁵⁹⁾ que consagra el principio de prevalencia de lo dispuesto en los procesos constitucionales.

30. En este escenario se podría estar configurando una vulneración del derecho a la tutela procesal efectiva de la demandante, toda vez que la ausencia de laudo le impide iniciar un proceso en su defensa en sede judicial, situándola en estado de indefensión. Sin embargo, este Colegiado no considera que la suspensión del proceso arbitral, y consiguiente ausencia de laudo, exima a la demandante de transitar la vía previa, ya que es debido a su actuación que no se ha emitido pronuncia-

⁽⁵⁹⁾ Código Procesal Constitucional. Artículo 22.- Actuación de Sentencias

La sentencia que cause ejecutoria en los procesos constitucionales se actúa conforme a sus propios términos por el juez de la demanda. Las sentencias dictadas por los jueces constitucionales tienen prevalencia sobre las de los restantes órganos jurisdiccionales y deben cumplirse bajo responsabilidad.

La sentencia que ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer es de actuación inmediata. Para su cumplimiento, y de acuerdo al contenido específico del mandato y de la magnitud del agravio constitucional, el Juez podrá hacer uso de multas fijas o acumulativas e incluso disponer la destitución del responsable. Cualquiera de estas medidas coercitivas debe ser incorporada como apercibimiento en la sentencia, sin perjuicio de que, de oficio o a pedido de parte, las mismas puedan ser modificadas durante la fase de ejecución.

El monto de las multas lo determina discrecionalmente el Juez, fijándolo en Unidades de Referencia Procesal y atendiendo también a la capacidad económica del requerido. Su cobro se hará efectivo con el auxilio de la fuerza pública, el recurso a una institución financiera o la ayuda de quien el Juez estime pertinente.

El Juez puede decidir que las multas acumulativas asciendan hasta el cien por ciento por cada día calendario, hasta el acatamiento del mandato judicial.

El monto recaudado por las multas constituye ingreso propio del Poder Judicial, salvo que la parte acate el mandato judicial dentro de los tres días posteriores a la imposición de la multa. En este último caso, el monto recaudado será devuelto en su integridad a su titular.

miento sobre el fondo de la controversia en sede arbitral. En efecto, la medida cautelar que ordena la suspensión del proceso arbitral fue dictada en el marco de otro proceso constitucional de amparo, a solicitud de la demandante, Exploraciones Algamarca, y de una de sus codemandadas en este proceso, Minera Algamarca.

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

Asimismo, el Tribunal Constitucional exige a la demandante el agotamiento de la vía previa como requisito para acudir a la justicia constitucional, lo que sólo podrá suceder una vez dictado el laudo, lo que solo podrá suceder si se deja sin efecto la resolución que ordena la actuación anticipada de la sentencia.

El Tribunal resalta que la demandante no cuestionó oportunamente la competencia del Tribunal conforme al artículo 39 de la Ley General de Arbitraje.⁽⁶⁰⁾

Finalmente, el Tribunal Constitucional resalta la Resolución de Jefatura N° 021-2006-J-OCMA⁽⁶¹⁾ de fecha 13 de marzo de 2006, pu-

⁽⁶⁰⁾ *Ley General de Arbitraje*, Artículo 39.- Facultad de los árbitros para decidir acerca de su competencia.- Los árbitros están facultados para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre oposiciones relativas a la existencia, eficacia o a la validez del convenio arbitral. La oposición total o parcial al arbitraje por inexistencia, ineficacia o invalidez del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida, deberá formularse al presentar las partes sus pretensiones iniciales. Los árbitros sin embargo podrán considerar estos temas de oficio.

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

⁽⁶¹⁾ Puede consultarse el texto completo de la Resolución en <http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2006/abril/06/res-021-2006-J-OCMA-PJ.pdf>. (Citado el 30 de junio de 2006).

blicada el 4 de abril de 2006 en el diario oficial *El Peruano*, por la cual se dispone que todos los órganos jurisdiccionales, bajo responsabilidad funcional, den cabal cumplimiento a los precedentes vinculantes señalados por el Tribunal Constitucional en sus sentencias dictadas en los Expedientes N° 0206-2005-PA/TC y N° 4227-2005-PA/TC publicadas los días 22 de diciembre de 2005 y 15 de febrero de 2006, respectivamente, así como en otras materias que tienen en mismo efecto normativo, ya fijados o por fijarse.

Al día siguiente, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial publica un comunicado⁽⁶²⁾ dirigido a los magistrados del Poder Judicial señalando que conforme a los artículos 138 y 139 inciso 1 de la Constitución y 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial la potestad de administrar justicia se ejerce a exclusividad por el Poder Judicial a través de los órganos jerárquicos conforme a la Constitución y las leyes y que los magistrados judiciales sólo están sometidos a la Constitución y a la ley, y el Estado les garantiza su independencia jurisdiccional, consagrada en los artículos 146 inciso 1 de la Constitución y 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En la sentencia bajo comento, el Tribunal Constitucional resalta la vigencia de la Resolución de Jefatura N° 021-2006-J-OCMA/PJ. Nosotros consideramos que la OCMA no tiene competencia en materia evidentemente jurisdiccional⁽⁶³⁾. Pero no deja de tener razón cuando considera lo dispuesto por el artículo VII del Título Preliminar del Código

(62) Puede consultarse el texto de la Circular en http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2006/abril/06/comunicado_cepj.pdf. (Citado el 30 de junio de 2006).

(63) LOPJ, Artículo 212. - No da lugar a sanción la discrepancia de opinión ni de criterio en la resolución de los procesos.

ROF de la OCMA, Artículo 43. - Improcedencia de la queja.- El Jefe de la ODICMA o la Comisión de Procesos Disciplinarios, en los asuntos de su competencia, declarará la improcedencia de la queja, cuando de la calificación, advierta lo siguiente:

[...]

d) Esté dirigida a cuestionar hechos evidentemente jurisdiccionales.

Procesal Constitucional⁽⁶⁴⁾ con relación a los precedentes vinculantes Tribunal Constitucional ¿Habría caído en cuenta el Tribunal Constitucional que con ello la OCMA se convertiría en una suprainstancia oficiosa revisora de las decisiones jurisdiccionales, atribución que no le corresponde y es de competencia exclusiva de los jueces que conocen del recurso de apelación? ¿Puede tener mayor valor la interpretación del precedente vinculante que tenga un órgano administrativo que la interpretación del órgano jurisdiccional competente? ¿Sabe el Tribunal Constitucional que no pocos magistrados tienen proceso disciplinario abierto justamente por haber aplicado los precedentes vinculantes o la jurisprudencia del intérprete supremo de la Constitución?

XIII. A MODO DE CONCLUSIÓN

El Tribunal Constitucional ha retomado el principio de interdicción de la arbitrariedad *«al reconocer la Constitución en su artículo 3, así como en el artículo 43, el Estado democrático y social de derecho, ha incorporado el principio de interdicción o prohibición de todo poder ejercido en forma arbitraria e injusta y así ha puesto un límite infranqueable para todo poder público»*.⁽⁶⁵⁾

Esto en armonía con la eliminación de prácticas autoritarias, cuando dice que: *«A juicio de este Tribunal, dos contenidos democráticos guardan especial relación con el caso: la eliminación de [...] las prácticas autoritarias de la sociedad democrática y el uso del diálogo como medio de solución de los conflictos [...]»*.⁽⁶⁶⁾

⁽⁶⁴⁾ Código Procesal Constitucional, Artículo VII.- Precedente

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

⁽⁶⁵⁾ Sentencia de fecha 25 de agosto de 2004, recaída en el Expediente N° 1803-2004-AA/TC en los seguidos por Grimanesa Espinoza Soria, *vid.*, en: <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/1803-2004-AA.html>. (Citado el 27 de julio de 2006).

⁽⁶⁶⁾ Sentencia de fecha 20 de mayo de 2004, recaída en el Expediente N° 1027-2004-AA/TC, en los seguidos por don Melquiades Cruz Huamán, en: <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/01027-2004-AA.html> (Citado el 27 de julio de 2006).

Tal como ha establecido el Tribunal Constitucional, «*es evidente que una lectura sistemática de la Constitución y una aplicación integral de las normas relativas a los derechos fundamentales de la persona no admiten 'zonas de indefensión'*». ⁽⁶⁷⁾

Muy independientemente de la manera que se conciba el arbitraje, la eficacia vertical (frente al Estado) y horizontal de los derechos humanos (frente a los particulares) a la luz de los derechos al debido proceso ⁽⁶⁸⁾ y a la protección judicial ⁽⁶⁹⁾ en el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos, hace que ninguna violación de derechos fundamentales pueda escapar del control del juez constitucional. Y no perdamos de vista que los derechos fundamentales deben interpretarse conforme a los tratados y a la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos.

⁽⁶⁷⁾ Sentencia de fecha 7 de noviembre de 2002, recaída en el Expediente N° 02409-2002-AA/TC, en los seguidos por don Diodoro Antonio González Ríos, *vid.*, en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/02409-2002-AA.html> (Citado el 27 de julio de 2006).

⁽⁶⁸⁾ Artículo 8. Garantías Judiciales

1.- Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

⁽⁶⁹⁾ Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Al respecto, en la sentencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el *Caso Baena Ricardo y otros*, párrafo 127, señaló que: «Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y **en cualquier otro procedimiento** cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas».⁽⁷⁰⁾ Sin duda el arbitral es un procedimiento cuyas decisiones afectan los derechos de las personas.

Las ejecutorias del Tribunal nos permiten esbozar el diseño del amparo contra laudos arbitrales:

1. Procede en los casos en que exista un procedimiento irregular, *aquel en el que la jurisdicción o sus autoridades distorsionan en alguna forma o simplemente vulneran el contenido esencial de dichos atributos, legitimando por ende su cuestionamiento constitucional y cuando se vulnera un derecho procesal con rango constitucional (debido proceso o tutela judicial efectiva) o una norma constitucional sustantiva que pueda tener implicancias procesales.*⁽⁷¹⁾
2. La competencia del Tribunal debe discutirse al interior del procedimiento arbitral, y el laudo puede ser impugnado en sede jurisdiccional ordinaria.⁽⁷²⁾ Los árbitros tienen la competencia de las competencias, dentro del ámbito de la Ley General de Arbitraje y sin que ello constituya una zona exenta de control constitucional.⁽⁷³⁾
3. Teniendo en cuenta que el control judicial es posterior, mediante los recursos de apelación o de anulación, el control cons-

⁽⁷⁰⁾ En http://www.corteidh.or.cr/seriecpdf/seriec_104_esp.pdf (Citado el 27 de julio de 2006).

⁽⁷¹⁾ Caso Pesquera Rodga S.A., Fundamento Jurídico 4, en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2000/00189-1999-AA.html> (Citado el 27 de julio de 2006).

⁽⁷²⁾ Caso Núcleo Ejecutor Central del Segundo Programa de Suplementación Alimentaria con los Miembros del Tribunal Arbitral de Conciencia y otros, Fundamento Jurídico 2, en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/03255-2003-AA%20Resolucion.html> (Citado el 27 de julio de 2006).

⁽⁷³⁾ Caso Tribunal Arbitral Sulliden-Algamarca, Fundamento Jurídico 28, en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/01567-2006-AA.html> (Citado el 27 de julio de 2006).

titucional también lo es. Por lo tanto la demanda de amparo procederá una vez que se hayan agotado las vías previas, esto es, los recursos arbitrales.

4. En consecuencia, el juez constitucional debe declarar improcedente cualquier demanda o solicitud de medidas cautelares que pretendan entorpecer el procedimiento arbitral.
5. Sea cual fuere la naturaleza jurídica del arbitraje lo cierto es que cualquier violación de derechos fundamentales deberá ser tutelada por el proceso de amparo, aunque con las limitaciones que el Código Procesal Constitucional establece para el amparo contra resoluciones judiciales.⁽⁷⁴⁾
6. El amparo procederá por vulneración al debido proceso o a la tutela procesal efectiva y por violación de otros derechos solo cuando la violación esté íntimamente ligada a la vulneración de aquellos, y por inobservancia del cumplimiento de la jurisprudencia constitucional o los precedentes vinculantes.⁽⁷⁵⁾
7. El Poder Judicial no puede interferir con el procedimiento arbitral ni puede ni debe sustituirse a la voluntad de las partes, ni declarar la nulidad del convenio arbitral, ni asumir el rol del árbitro, ni decidir el fondo del asunto. Concluido el procedimiento arbitral el Poder Judicial, y eventualmente el Tribunal Constitucional, podrán conocer de las demandas de amparo en las que se alegue la vulneración al derecho al debido proceso o a la tutela judicial efectiva, y si éstas son estimadas, deberá declararse la nulidad de los actos procesales o del proceso y reponer el procedimiento arbitral al estado correspondiente.

* * *

⁽⁷⁴⁾ *Idem.*

⁽⁷⁵⁾ Caso Cantuarias Salaverry. Fundamento Jurídico 8, en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.html> (Citado el 27 de julio de 2006).

Teniendo en cuenta los principios de interdicción de la arbitrariedad y de prohibición de prácticas autoritarias, terminamos el presente trabajo dejando constancia de que el arbitraje no puede ser sinónimo de arbitrariedad y que procedimiento arbitral que concluye con un laudo arbitrario es la negación del arbitraje.

En tal virtud, al igual que los jueces, los árbitros también deben velar por los derechos a la tutela judicial efectiva y al debido proceso de las personas que optaron por el arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos.

APUNTES SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN LA REPÚBLICA POPULAR DE CHINA

DYALÁ JIMÉNEZ FIGUERES (*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Experiencia en la CCI con casos involucrando «elementos chinos». III. Consideraciones para casos en que la sede es en China. A. Campo de aplicación de la ley china de arbitraje. B. Validez del acuerdo arbitral. C. Derecho de fondo y constitución del tribunal arbitral. D. Procedimiento. E. Arbitraje Institucional y Arbitraje CCI. F. Nulidad y ejecución de laudos. IV. Consideraciones para casos en que la sede es fuera de China. A. Decisiones relacionadas con los acuerdos arbitrales. B. Ejecución de laudos extranjeros. V. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

A primera vista un tema lejano de la realidad latinoamericana, los asuntos sobre el arbitraje en la República Popular de China (en adelante, «China») serán sin duda cada vez más relevantes para empresarios en América Latina, sobre todo aquéllos en países del APEC⁽¹⁾ o del Cono Sur.

(*) Directora para América Latina de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional - CCI.

Las opiniones expresadas son de la autora y en nada representan ni comprometen a la institución.

(1) Como se le conoce a la Cooperación Económica de Asia-Pacífico, por sus siglas en inglés (*Asia-Pacific Economic Cooperation*).

En este breve repaso se dará información estadística acerca de los casos de arbitraje ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, «CCI») con «elementos chinos» desde el año 2000. Seguidamente se abordará los temas que en la práctica pueden presentar problemas para empresas latinoamericanas que deseen acudir al arbitraje cuando negocian con empresas chinas, dividido en dos partes: consideraciones para los casos en que la sede es en China y consideraciones para los casos en que la sede es fuera de China. Se finalizará con una breve conclusión.

II. EXPERIENCIA EN LA CCI CON CASOS INVOLUCRANDO «ELEMENTOS CHINOS»⁽²⁾

Las estadísticas en la CCI en términos de países se miden con tres factores: nacionalidad de las partes, nacionalidad de los árbitros y sede de arbitraje. En el año 2000, en la CCI, se registraron 26 partes de nacionalidad china (incluyendo 12 partes de Hong Kong) como participantes en arbitrajes CCI. En los años siguientes este número bajó levemente, para remontar en 2004 con 32 y el 2005 con 34 (incluyendo ocho partes de Hong Kong en cada uno de esos años).

En el caso de nacionalidad de los árbitros, en el año 2000 sólo hubo dos árbitros chinos (uno de Hong Kong) actuando bajo el Reglamento de Arbitraje. Los dos siguientes años no contaron con árbitros chinos, y en el 2003 y 2004 hubo en total siete (ninguno de Hong Kong). El aumento en el 2005 es notorio, con un total de 10 árbitros chinos (siete coárbitros chinos y tres árbitros únicos de Hong Kong).

China fue fijada como sede de arbitraje, ya sea por acuerdo de partes o por decisión de la CCI, siete veces el año pasado (dos veces en Hong Kong). Este número se mantuvo estable desde el 2000, variando entre cinco, seis y ocho veces. Aunque la mayoría de las veces la sede se ubicó en China, es de notar que cuando le correspondió a la CCI fijar la sede, ésta lo hizo en Hong Kong. Las razones se deducirán de lo que se comentará más adelante.

(2) No se incluyen estadísticas de Taiwan.

Por último, es de notar que los casos que involucran a partes chinas por lo general surgen de contratos entre éstas y partes europeas, asiáticas o estadounidenses. En lo que respecta nuestra región, la mayoría de las contrapartes están domiciliadas en el Caribe (las antillas inglesas u holandesas). Desde el año 2000 sólo cuatro casos chino-latinoamericanos se reportaron: dos con demandantes argentinas, uno con demandante chilena y otro con una demandada venezolana.

III. CONSIDERACIONES PARA CASOS EN QUE LA SEDE ES EN CHINA

No son raras las veces que empresas extranjeras que deseen hacer negocios en China suscriban contratos con empresas chinas o empresas incorporadas en China aun con capital extranjero. En esos casos, pareciera que la práctica común en China es optar por el arbitraje como mecanismo de solución de las controversias. Es importante conocer el marco jurídico chino que opera si se elige una ciudad china como sede del arbitraje.⁽³⁾

A. Campo de aplicación de la ley china de arbitraje

La Ley de Arbitraje de la República Popular de China⁽⁴⁾ (en adelante, «la Ley de Arbitraje» o «la Ley»), entró en vigor el 1 de septiembre de 1995 y se aplica en la República Popular de China.⁽⁵⁾ Además de la Ley de Arbitraje, hay ciertas disposiciones en otras leyes, como el Código de Procedimientos Civiles y la Ley de Contratos, que son relevantes para la regulación del arbitraje en China. Asimismo,

⁽³⁾ Según el artículo 128 de la Ley de Contratos de China, las partes de un contrato con «elementos foráneos» tienen la posibilidad de elegir arbitraje en China o fuera de China. Ver: MOSER, Michael J., «*Arbitration in Greater China, Recent Developments and Lingering Issues*», en: *The Journal of World Investment*, Vol. 4, N° 2, abril 2003, p. 192. Como se verá más adelante, los «elementos foráneos» son limitados.

⁽⁴⁾ Promulgada el 31 de octubre de 1994. Para el texto en inglés, ver: www.cietac.org.cn/english/laws/laws_5.htm.

⁽⁵⁾ Hong Kong cuenta con su propio régimen para regular el arbitraje.

mo, el más alto tribunal chino, la Corte Suprema Popular (CSP), ha emitido interpretaciones u opiniones sobre diversos aspectos de la implementación de la Ley en China.

En octubre de 2003, la CSP emitió «Ciertas Disposiciones en relación con el Manejo por parte de los Tribunales Populares de Casos que involucran Arbitrajes Extranjeros y Arbitrajes Relacionados con Extranjeros»⁽⁶⁾ (en adelante, «Disposiciones de la CSP»). El propósito de las Disposiciones de la CSP es servir de guía para los tribunales en el manejo de casos futuros. En las siguientes líneas se analizará las disposiciones relevantes para el arbitraje internacional en China a la luz, en gran medida, de las Disposiciones de la CSP.

La Ley establece el régimen para el arbitraje en China y contiene disposiciones especiales para el arbitraje internacional, o «relacionado con extranjeros», en su capítulo séptimo. Curiosamente, la Ley no contiene una definición de lo que constituye un arbitraje internacional; pero según la opinión oficial de la Corte Popular Suprema⁽⁷⁾, el arbitraje internacional o relacionado con extranjeros es aquél que contiene un «elemento foráneo». La misma Opinión establece tres hipótesis: (i) una o todas las partes son personas físicas extranjeras o apátridas, organizaciones económicas o empresas extranjeras⁽⁸⁾, (ii) el objeto de la relación entre las partes está ubicado fuera del territorio chino, o (iii) los hechos legales que involucran a las partes ocurren fuera del territorio chino.

Lo que no queda claro aun es si las empresas extranjeras incorporadas en China son consideradas como extranjeras o nacionales.

(6) Traducción de la autora. Para el texto en inglés, ver: AA.VV., *Arbitration in China: A Practical Guide*, Sweet & Maxwell Asia, 2004, apéndice 52. Según un autor, las interpretaciones judiciales son obligatorias. Ver: HU, Li, «*Enforcement of Foreign Arbitral Awards and Court Intervention in the People's Republic of China*», en: *Arbitration International*, Vol. 20, N° 2, 2004 (en adelante «Li Hu»), p. 167.

(7) Opinión 92.

(8) Las empresas incorporadas en Taiwan o Hong Kong son consideradas extranjeras para estos efectos, según la Opinión del más alto tribunal de Shanghai de 2001. Ver: MOSER, Michael J., *ob. cit.*, p. 190.

Según ciertos expertos⁽⁹⁾, pareciera que deben ser consideradas como nacionales.

Por otro lado, la Ley de Arbitraje no establece disposiciones para el arbitraje *ad hoc*, y la opinión de expertos de que en China el arbitraje *ad hoc* no es posible se ha visto confirmada por la Corte Suprema Popular.⁽¹⁰⁾ En efecto, el artículo 16 de la Ley establece como uno de los requisitos de validez de la cláusula la mención de la institución de arbitraje.

Por último, vale la pena añadir que la Ley también se aplica a disputas extra contractuales.⁽¹¹⁾

B. Validez del acuerdo arbitral

Antes de anotar los requisitos de validez de la cláusula arbitral, es importante destacar que en China los tribunales ordinarios guardan jurisdicción para determinar la validez del acuerdo arbitral antes, o incluso durante, el proceso arbitral. En otras palabras, y según el artículo 20 de la Ley de Arbitraje, las partes tienen la opción de acudir a los árbitros o al tribunal ordinario para solicitar la determinación en cuanto a la validez de la cláusula (no así la eficacia, que queda en manos de los árbitros). Si una de las partes escoge la vía arbitral y la otra, la ordinaria, la decisión por esta última vía prevalecerá y su determinación es obligatoria para los árbitros.⁽¹²⁾ Incluso arbitrajes con sede fuera de China pueden verse afectados, ya que si una de las partes ha solicitado la invalidez de la cláusula arbitral al

(9) Ver: AA.VV., *Arbitration in China*, *ob. cit.*, p. 775.

(10) *People's Insurance Company of China, Guangzhou Branch v Guangdong Guanghe Power Co. Ltd.* (2003) *Minj Si Zhong Zi* No. 29, citado por AA.VV., *ob. cit.*, p. 776.

(11) Artículo 1 de la Ley. Ver también: MIN, Chen, «*The Arbitration Act of the People's Republic of China – A Great Leap Forward*», en: *Journal of International Arbitration*, Vol. 12, N° 4, 1995, p. 30.

(12) Según la Opinión del más alto tribunal de Shanghai de 2001, en casos de arbitraje con elementos foráneos, si un tribunal estima que el acuerdo arbitral es defectuoso, la decisión final se elevará a la Corte Popular Suprema, con efecto suspensivo. Ver: MOSER, Michael J., *ob. cit.*, p. 189.

juez chino y éste la ha declarado⁽¹³⁾, es difícil que el laudo que se dicte en ese arbitraje pueda ser ejecutado en China.

Según las Disposiciones de la CSP, las cláusulas de arbitraje que dan a una de las partes la elección de acudir al arbitraje o a los tribunales ordinarios podrían ser declaradas inválidas por los tribunales.⁽¹⁴⁾

C. Derecho de fondo y constitución del tribunal arbitral

En China se reconoce la libertad que tienen las partes para pactar el derecho aplicable al fondo, salvo en dos casos, en los cuales se debe aplicar el derecho chino: i) casos de «joint venture» entre partes chinas y extranjeras; y ii) casos relacionados con la explotación de recursos naturales «off-shore».⁽¹⁵⁾ En cualquier caso, la aplicación de un derecho extranjero no debe violar el orden público chino.⁽¹⁶⁾

Además, cuando las partes no han escogido un derecho de fondo determinado, y fuera de los casos arriba mencionados, la costumbre pareciera ser la de aplicar el conflicto de normas del derecho internacional privado o por lo menos encontrar puntos de conexión con el contrato para determinar el derecho de fondo.⁽¹⁷⁾

Vale la pena resaltar el artículo 7 de la Ley de Arbitraje, que reza:

⁽¹³⁾ Ver: Sección III más abajo.

⁽¹⁴⁾ Artículo 20(4) de las Disposiciones de la CSP. Ver: AA.VV., *ob. cit.*, p. 774.

⁽¹⁵⁾ Según las Reglas del Ministerio de Justicia para la Implementación del Reglamento Administrativo sobre Oficinas de Estudios Jurídicos Extranjeros, dictadas el 1 de septiembre de 2002, los abogados extranjeros no pueden «emitar opiniones o comentarios sobre la aplicación del derecho chino o sobre hechos relacionados con el derecho chino», cuando actúan como agentes en procedimientos arbitrales. Ver: MOSER, Michael J., *ob. cit.*, p. 196.

⁽¹⁶⁾ Artículo 150 de los Principios Generales del Derecho Civil. El artículo 144 de los Principios Generales del Derecho Civil establece que la propiedad de inmuebles está sujeta al derecho del lugar donde se sitúe el bien.

⁽¹⁷⁾ Artículo 126 de la Ley de Contratos y artículo 145 de los Principios Generales del Derecho Civil.

«El arbitraje deberá realizarse con base en los hechos y las leyes relativas para lograr un acuerdo justo y razonable para las partes involucradas.»
(Traducción libre).

¿Cabrá lugar para que se interprete que las partes dan, por ley, la autoridad a los árbitros a juzgar *ex aequo et bono*?² No pareciera haber polémica alrededor de esta disposición⁽¹⁸⁾, pero sí resulta interesante. Podría reflejar la idiosincrasia china y la manera en la cual se aborda el conflicto en esa cultura, ya que en los arbitrajes chinos se permite que los árbitros intenten una conciliación entre las partes.⁽¹⁹⁾

En relación con la constitución del tribunal arbitral, la Ley pareciera establecer causales taxativas para las recusaciones en contra de los árbitros.⁽²⁰⁾ Además, según su artículo 35, las recusaciones se deben plantear, a más tardar, antes de la última audiencia.

D. Procedimiento

Existen varias disposiciones de la Ley de Arbitraje relativas al procedimiento que debieran ser tomadas en cuenta por quienes tengan que someter su arbitraje en China. Por ejemplo, el artículo 27 permite a la demandante modificar las demandas y no pareciera establecer límites para ello.⁽²¹⁾ Otra disposición, el artículo 28, establece que las medidas para embargar propiedades sólo pueden ser solicita-

(18) Algunos opinan que esta disposición significa que cuando las partes lo hayan acordado, o cuando las normas jurídicas aplicables al caso no existan, los árbitros pueden actuar como amigables componedores. Ver: HOUZHI, Tang y SHENGCHANG, Wand, autores del capítulo sobre arbitraje en China, en el libro editado por Jan Paulsson, *International Handbook on Commercial Arbitration*, Suplemento de enero de 1998.

(19) Artículo 51 de la Ley de Arbitraje. Este pareciera ser el caso, según una experiencia práctica del abogado brasileño Luiz Fernando Henry Sant' Anna (presentación en el II Seminario Internacional sobre Arbitraje, Buenos Aires, marzo 2006).

(20) Artículo 34 de la Ley de Arbitraje.

(21) El Reglamento de Arbitraje de la CIETAC dice que los árbitros pueden rechazar las modificaciones.

das por la institución arbitral al juez común, quien es el único que puede dictarlas.⁽²²⁾ Pero quizá la disposición que más impresionará a abogados de otras culturas jurídicas es la que permite al tribunal arbitral obtener pruebas de *motu proprio*.⁽²³⁾

Por último, vale la pena mencionar que según el Reglamento de Arbitraje de la CIETAC⁽²⁴⁾, si las partes no establecen de mutuo acuerdo el idioma, éste será el chino.

En principio, pareciera que las disposiciones atinentes al procedimiento no son normas imperativas y que, de escoger un reglamento con disposiciones contradictorias o incompatible con ellas, quedarían sin efecto.

E. Arbitraje Institucional y Arbitraje CCI

Como vimos anteriormente, la Ley de Arbitraje sólo regula el arbitraje institucional. En China las comisiones arbitrales –que es como la Ley llama a las instituciones– más importantes son la CIETAC y CMAC⁽²⁵⁾ (para asuntos marítimos); pero hay más de 170 comisiones autorizadas.⁽²⁶⁾

Aunque no hay una disposición que prohíba que una institución basada fuera de China administre arbitrajes con sede en China, puede haber riesgos de que una cláusula de arbitraje que remita el caso a una tal institución sea declarada nula. Veamos por qué.

⁽²²⁾ Esto fue confirmado por una Opinión del más alto tribunal de Shanghai en 2001. Ver: MOSER, Michael J., *ob. cit.*, p. 188. También se reproduce en el artículo 17 del Reglamento de Arbitraje de la CIETAC.

⁽²³⁾ Artículos 43 de la Ley y 37 del Reglamento de Arbitraje de la CIETAC.

⁽²⁴⁾ Por su nombre en inglés: *Chinese International Economic and Trade Arbitration Commission*. En la práctica, la CIETAC es la única institución china que administra arbitrajes internacionales.

⁽²⁵⁾ Por su nombre en inglés: *Chinese Maritime Arbitration Commission*.

⁽²⁶⁾ Ver: MOSER, Michael J., p. 184.

Como se mencionó al principio, el artículo 16 de la Ley dispone que la cláusula de arbitraje debe contener, *inter alia*, mención de la comisión designada por las partes. Por su lado, el artículo 66 señala que las comisiones arbitrales «podrán» ser formadas por la Cámara China de Comercio Internacional. Para opinión de algunos⁽²⁷⁾ –y de acuerdo con ciertas decisiones judiciales⁽²⁸⁾–, los arbitrajes institucionales internacionales en China administrados por instituciones domiciliadas en el extranjero parecieran ser inviables (mientras no hayan sido designadas como comisiones por la Cámara China de Comercio Internacional).

No obstante, hay opiniones en contra,⁽²⁹⁾ que sugieren que el artículo 66 no establece un monopolio del arbitraje en China en manos de las instituciones chinas. Por su lado, las Disposiciones de la CSP no han aclarado el asunto.

Debido a las limitaciones lingüísticas de la autora, no es posible analizar a cabalidad las razones por las cuales la jurisprudencia ha declarado nula la cláusula de la CCI. El caso más reciente, de mayo de 2005, pareciera establecer que la razón es la falta de mención de la institución⁽³⁰⁾, violentando el artículo 16 de la Ley de Arbitraje, y no el

(27) Ver: AA.VV., *ob. cit.*, p. 778. Ver también: WOLFF, Arthur, «*Is there Scope for ICC Arbitration in China?*», en: *Arbitration Newsflash*, Denton Wilde Sapte newsletter, septiembre 2002; HARPOLE, Sally, «*International Arbitration in the People's Republic of China under the New Arbitration Law*», en: *ICA Bulletin*, Vol. 6, No. 1, mayo 1995.

(28) Decisión del 24 de mayo de 2005, del tribunal marítimo de Guangzhou. Ver: WEI, He, «*Issues Concerning Applicable Laws for the Examination of the Effect of Arbitration Clause*», 16 de septiembre de 2005, en www.rics.org. El autor dice que decisiones similares han sido dictadas por los tribunales chinos. Este caso se comentará más adelante.

(29) MIN, Chen, «*The Arbitration Act of the People's Republic of China – A Great leap Forward*», en: *Journal of International Arbitration*, Vol. 12, N° 4, 1995, pp. 29-50. Además, SHENG CHANG, Wang, Vicepresidente de la CIETAC, citado por BRINER, Robert, en «*Arbitration in China Seen from the Viewpoint of the International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce*», en: *ICCA Congress Series*, N° 12, Beijing, mayo 2004, Kluwer 2005, p. 25.

(30) Ver: WEI, He, *ob. cit.*.

hecho de que la CCI no sea una institución designada por la Cámara China de Comercio Internacional, de acuerdo con el artículo 66.

A manera de precaución, la CCI decidió cambiar su cláusula modelo de arbitraje en chino, y ésta ahora incluye una mención explícita a la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI (y no sólo «...*el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional...*»). Se recomienda, por lo tanto, utilizar esta cláusula cuando las partes escojan el arbitraje con sede en China.

F. Nulidad y ejecución de laudos

El artículo 58 de la Ley establece los siguientes supuestos para la declaratoria de nulidad de un laudo puramente doméstico, esto es, un laudo dictado en China sin un «elemento foráneo»:

- a) La inexistencia de un acuerdo de arbitraje;
- b) Que los asuntos tratados exceden la misión del árbitro o la competencia de la comisión arbitral;
- c) Que la composición del TA o el procedimiento viole la ley;
- d) Que la prueba haya sido falsificada;
- e) Que se descubra que una de las partes ha escondido prueba, impidiendo así una decisión imparcial;
- f) Que los árbitros hayan recurrido al engaño o hayan aceptado sobornos, o hayan hecho mal uso de la ley;
- g) Que el laudo viole intereses públicos.

Las partes cuentan con seis meses a partir de la recepción del laudo para solicitar la nulidad y los jueces tienen dos meses para resolver la petición. La solicitud de nulidad del laudo tiene efecto suspensivo sobre la solicitud de ejecución del mismo.

Según la opinión de algunos, las disposiciones de la Ley Procesal Civil (en adelante, «CPC») permiten que el laudo puramente do-

méstico pueda ser revisado en cuanto al fondo.⁽³¹⁾ Ello debe ser porque el artículo 217 del CPC, que establece las causales para denegar la ejecución a un laudo doméstico, contiene disposiciones que permitirían a un juez⁽³²⁾ revisar el fondo del laudo, como por ejemplo la insuficiencia en la prueba crucial o la aplicación errónea del derecho.

Los laudos dictados en China pero con un elemento extranjero se rigen, tanto para la nulidad como para ejecución, por el artículo 260 del CPC.⁽³³⁾ Hay cinco causales para denegar la ejecución de un laudo:

- h) la falta de acuerdo de arbitraje;⁽³⁴⁾
- i) la falta de notificación de la demanda a la parte demandada o la falta de oportunidad para ésta de emitir sus opiniones;
- j) cuando la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento no se han desarrollado de conformidad con las reglas de arbitraje;
- k) cuando el objeto del arbitraje está fuera del acuerdo de las partes o de la jurisdicción de la institución;
- l) cuando el juez estima que el laudo viola el interés social y público de China.

La cuestión de ejecución de laudos –domésticos, internacionales o extranjeros– en China ha sido objeto de críticas.⁽³⁵⁾ En cualquier

(31) Artículos 58 de la Ley de Arbitraje y 217 del CPC. Ver Chen Min, *ob. cit.*, p. 32.

(32) El juez competente de los tribunales ordinarios y no el «intermedio» del artículo 58 de la Ley de Arbitraje.

(33) Los artículos 70 (nulidad) y 71 (denegación de ejecución) de la Ley de Arbitraje remiten al artículo 260 del CPC.

(34) Es de notar que la invalidez del acuerdo no es una causal. Seguramente es por eso que la dificultad de establecer arbitrajes en instituciones no domiciliadas en China viene de la validez de la cláusula y no de la validez o «ejecutabilidad» del laudo.

(35) Ver: MOSER, Michael J., *ob. cit.*, p. 193.

caso, es importante conocer las disposiciones relevantes y esperar que hoy en día, o en el futuro, la situación mejore. Para un acreedor de un laudo que no tiene otra opción que ejecutarlo en China, lo mejor que puede hacer es conocer el mecanismo de ejecución de laudos.

IV. CONSIDERACIONES PARA CASOS EN QUE LA SEDE ES FUERA DE CHINA

En primer lugar, es necesario precisar que no está claro si empresas domiciliadas en China, pero con capital extranjero, como por ejemplo subsidiarias extranjeras, pueden llevar a cabo arbitrajes fuera de China cuando la hipótesis no cae dentro de las señaladas para arbitrajes con «elementos foráneos», según las Disposiciones de la CSP descritas arriba.⁽³⁶⁾

Para casos que se tramitan fuera de China con contrapartes chinas, es necesario considerar dos temas principales: a) decisiones sobre la validez de las cláusulas arbitrales y remisión a árbitros en caso de cláusula de arbitraje y b) ejecución de laudos extranjeros.

A. Decisiones relacionadas con los acuerdos arbitrales

Según el artículo V(1)(d) de la Convención de Nueva York, el derecho aplicable a la cláusula de arbitraje será el que escojan las partes o, en su defecto, el de la sede del arbitraje. A pesar de esta postura, parece que no es raro encontrar decisiones chinas que declaren inválidas cláusulas de arbitraje aun cuando la sede es fuera de China.⁽³⁷⁾ Tan reciente como el año pasado, el Tribunal Marítimo de Guangzhou declaró inválida la cláusula de arbitraje CCI contenida en un contrato aun cuando según el acuerdo de las partes la sede del arbitraje era Corea («el país del domicilio de la demandada»)⁽³⁸⁾

⁽³⁶⁾ *Idem*, p. 192.

⁽³⁷⁾ Por ejemplo, *Repower Ltd. V. Shanghai Far East Aerial Technology Import and Export Corp.*, citado por Li Hu., *ob. cit.*, p. 173.

⁽³⁸⁾ Caso del 24 de mayo de 2005, mencionado por He Wei, *ob. cit.*

Para algunos autores pareciera que posteriormente a esos casos se ha entendido que los tribunales competentes para determinar la validez de la cláusula son los de la sede.⁽³⁹⁾ En efecto, desde el año 2002, la CSP indicó al Tribunal Provincial de Guangdong que el derecho aplicable para analizar la validez de una cláusula arbitral es el que las partes hayan acordado o, en su defecto, el de la sede del arbitraje.⁽⁴⁰⁾

B. Ejecución de laudos extranjeros

Los tribunales competentes para ejecutar laudos emitidos fuera del territorio chino son los tribunales «intermedios», y deberán aplicar los tratados internacionales pertinentes.⁽⁴¹⁾ La Convención de Nueva York entró en vigor en China en 1987 y la Corte Suprema elaboró una Nota para la Implementación de la Convención de Nueva York en China ese mismo año, según la cual, *inter alia*, el juez debe denegar la ejecución de un laudo cuando éste haya sido anulado en la sede. Así, la discreción que le pareciera otorgar al juez el artículo V de la mencionada Convención se elimina.

Las personas jurídicas tienen seis meses para solicitar la ejecución del laudo; las personas físicas cuentan con un año. El plazo comienza a correr desde el último día del plazo para el cumplimiento del laudo, según el mismo laudo.⁽⁴²⁾ El juez competente (del tribunal intermedio) tiene dos meses desde la fecha en que acepta la solicitud para dictar la resolución que otorga la ejecución, para la ejecución del laudo dentro de los seis meses siguientes. Si el juez decide que no

⁽³⁹⁾ Ver: BRINER, Robert, *ob. cit.*, p. 22. Sin embargo, al parecer, el año pasado el Tribunal Marítimo de Guangzhou declaró inválida la cláusula de arbitraje CCI contenida en un contrato aun cuando según el acuerdo de las partes la sede del arbitraje era Corea («el país del domicilio de la demandada»).

⁽⁴⁰⁾ N° 18, Respuesta Min Si Ta Zi [2002], citado por He Wei, *ob. cit.*

⁽⁴¹⁾ Artículo 267 del CPC.

⁽⁴²⁾ Artículo 216 del CPC. Nótese la importancia de incluir en los laudos dictados en China los períodos de cumplimiento.

reconocerá el laudo, debe reportar el caso a la CSP dentro del mismo plazo de dos meses y aguardar la aprobación de ésta.⁽⁴³⁾

La ejecución de laudos dictados en Hong Kong se rige por un acuerdo específico firmado por China con Hong Kong.⁽⁴⁴⁾

No pareciera haber problemas con la ejecución de laudos extranjeros en China, aun si éstos resultan de arbitrajes *ad hoc* o de arbitrajes de instituciones domiciliadas en el extranjero, como la CCI.

V. CONCLUSIÓN

A modo de conclusión, se puede decir que en China el arbitraje comercial internacional aun está desarrollándose, o definiéndose. Las dos preguntas más importantes que subsisten en este tema son, en primer lugar, si la definición de «internacional» (o «relacionado con lo extranjero») excluye definitivamente casos en los cuales las partes son domiciliadas en China, aun con intereses económicos extranjeros y, en segundo lugar, si las cláusulas que remitan el arbitraje a una institución domiciliada fuera de China son válidas.

En cualquier caso, mientras no estén aclarados estos dos puntos, es preciso tener más cautela de la habitual a la hora de redactar las cláusulas de arbitraje en contratos chinos. Para China, sería beneficioso contar con mayor apertura en el arbitraje internacional.

(43) Para una descripción detallada del proceso de reconocimiento y ejecución de laudos internacionales («con elementos extranjeros») y extranjeros, ver en general: HU, Li, *ob. cit.*

(44) Para una descripción detallada, ver en general: MOSER, Michael J., *ob. cit.* Se podría pensar también en una interpretación del Artículo I de la Convención de Nueva York, según el cual la Convención se aplica a casos considerados «no domésticos».

EL ARBITRAJE EN LOS AIIs 2005 – 2006. BALANCE GENERAL E INNOVACIONES

FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI (*)

SUMARIO: 1. Consideraciones generales, contexto y volumen de casos arbitrales. 2. El perfeccionamiento de los aspectos procesales arbitrales y las normas sustantivas. 2.1. Los temas procesales generales. 2.1.1. No adjudicación. 2.1.2. No a las demandas «frívolas». 2.1.3. Arbitrabilidad. 2.1.4. Aspectos cronológicos luego de la entrada en vigencia del AII. 2.2. Los temas procesales específicos. 2.2.1. Transparencia. 2.2.2. Acumulación. 2.2.3. Apelación. 2.2.3.1. Apelación ventajas. 2.2.3.2. Apelación desventajas. 2.3. Mejoramiento de capacidades arbitrales. 2.4. Los temas sustantivos. 2.4.1. Trato nacional. 2.4.2. Cláusula de la nación más favorecida. 2.4.3. Trato justo y equitativo. 2.4.4. Expropiación indirecta. 2.4.5. Interpretación del tratado y arbitraje. 3. Conclusión.

1. CONSIDERACIONES GENERALES, CONTEXTO Y VOLUMEN DE CASOS ARBITRALES

Hacia fines del año 2005 el universo global de Acuerdos Internacionales de Inversiones (en adelante: AIIs),⁽¹⁾ comprendía alrededor de cinco mil. Este universo presenta una expansión significativa

(*) Profesor en el curso de Arbitraje Nacional e Internacional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(1) Siguiendo la nomenclatura de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, en adelante: UNCTAD; en: <http://www.unctad.org/Templates/StartPage.asp?intItemID=2068&lang=3>

y sin precedentes, lo que ocurre a partir de la segunda mitad de la década de los años noventa.

Los AII's forman parte de los instrumentos jurídicos de la última globalización, la misma que se caracteriza por una interrelación e interacción creciente entre operadores económicos globales. Esto incluye a los Estados y a las regiones económicas, en la misma forma que a otros actores individuales y colectivos o corporativos.

Existen razones históricas y económicas que sustentan esta tendencia hacia el incremento de la interacción económica transfronteriza. En cuanto a lo primero, resulta históricamente innegable la influencia que en el ámbito económico global ejerció la disolución de la Unión Soviética y las políticas de apertura económica que han venido caracterizando al mundo de las postrimerías del siglo XX.

En lo económico, el comercio y las inversiones destacan por su gran dinamismo actual, no obstante las asimetrías estructurales que persisten entre diversas regiones económicas en el mundo. Por lo pronto, la inversión extranjera directa ha crecido nada menos que en un exorbitante 2000% en un período de apenas 25 años a nivel global, contado a partir de los años 80 en adelante.⁽²⁾ A lo que se suma la competencia entre los países importadores de capital para captar inversiones.

El Perú no constituye una excepción en cuanto a sus urgentes necesidades para incrementar su competitividad para captar inversiones. Un reciente estudio explica que el país afronta un grave déficit general de inversión en infraestructura que asciende a 30,365 millones de dólares; es decir, cerca del 40% del PBI nacional e incluso superior a la deuda pública peruana.⁽³⁾

(2) Cfr. STEINGART, Gabor, «Globalisierung: Gleicher Lohn für Gleiche Arbeit», en: *Spiegel*, 11 de setiembre, 2006 (<http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,436345,00.html>).

(3) Ver: DU BOIS, Fritz y TORRES, Javier; «Déficit y Sobrecostos de la Economía Peruana», en: *Revista de Economía y Derecho*, 2006, p. 7.

Por su parte y en términos generales, los AIIs incorporan una gama de medios de solución de controversias como la negociación directa entre las partes, la conciliación, la mediación y el arbitraje. Dichos medios se aplican a las controversias entre inversionistas extranjeros y Estados, en el marco del Derecho Internacional de las Inversiones⁽⁴⁾ (en adelante DII). Los AIIs son instrumentos jurídicos internacionales que se diferencian de las normas contenidas en los ordenamientos jurídicos estatales internos.

Pero los AIIs concurren con el derecho interno, permitiendo a los Estados establecer estructuras jurídicas especializadas en inversiones, que generalmente forman parte de las actuales estrategias de «inserción global» de una serie de países «en vías de desarrollo». Este fenómeno se ha acentuado durante la última globalización. Cabe destacar en este punto que la globalización es un concepto no definido unánimemente y adquiere diversas perspectivas dependiendo de la disciplina a partir de la cual se estudie.⁽⁵⁾

Los medios de solución de controversias contenidos en los AIIs se aplican en principio con prescindencia de las respectivas jurisdicciones estatales nacionales, siendo ésta una de sus características más importantes. La motivación principal para ello radica en razones económicas y en la falta de disposición, tanto de los Estados como de los inversionistas extranjeros, para someter las controversias sobre inversiones a las jurisdicciones estatales de la parte contraria; en especial, porque se trata de asuntos de DII y porque finalmente los AIIs definen relaciones jurídicas de alcance internacional- económico que pueden comprender esquemas «relacionales» deslocalizados.⁽⁶⁾

(4) Sobre DII y los Tratados de Libre Comercio ver: KUNDMÜLLER, Franz, «El Arbitraje y los Tratados de Libre Comercio», en: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 1, Grijley, Perú; 2005, pp. 119-178.

(5) Cfr. SHAMS, Heba, «*Law in the Context of Globalisation: A Framework of Analysis*», en: *International Lawyer*, Winter, 2001; *Symposium, International Monetary and financial Law in the New Millennium. Dedication Conference of Sir Joseph Gold Library Collection Article*, pp. 1589-1590.

(6) Podrían existir excepciones en lo que concierne a los AIIs norte-norte, a diferencia de los AIIs norte-sur. En efecto, en el caso del acuerdo de libre comercio Canadá-

Pero además de lo señalado, también encontramos la nueva dimensión «relacional» de los Estados. Esta dimensión se presenta ante el escenario económico comercial que progresivamente configura la última globalización. Este es un escenario que no es pacífico, apareja asimetrías y una serie de aspectos negativos y positivos que motivan en los Estados y en los inversionistas la necesidad de contar con los correspondientes medios jurídicos para hacer viables las inversiones y para satisfacer sus respectivos intereses.

Es por esto que hoy no cabe duda que los AIIs se ubican en el espacio jurídico global. Este se caracteriza, entre otros factores, por la profusión de tratados internacionales de tipo económico⁽⁷⁾ denominado por la doctrina como «*spaghetti bowl*»,⁽⁸⁾ donde proliferan los Tratados de Libre Comercio (en adelante TLC). Además de ello, los AIIs coexisten entre sí y con una amplia gama de tratados internacionales, tanto de cooperación económica como de integración regional.

En consecuencia, existe un universo complejo para el desarrollo y la aplicación de los medios de solución de controversias en los AIIs; en especial, respecto de temas como la cláusula de la nación más favorecida y sus alcances, entre otras categorías jurídicas del Derecho Internacional Económico y del DII contemporáneos.

En este contexto se está dando el arbitraje híbrido entre inversionistas y Estados, de donde resulta un error asociarlo exclusivamente al arbitraje comercial privado. Eso se debe a que dicho arbitraje es resultado de la aplicación de las disposiciones contenidas en los capítulos de inversiones de ciertos TLC o tratados de integración

EE.UU. previo al NAFTA, no existía un régimen de arbitraje especializado en inversiones como el del Capítulo XI del NAFTA. De otro lado y como informa UNCTAD, hoy se registra un crecimiento de AIIs del tipo sur-sur. Ver UNCTAD, *Investor, State Disputes arising from Investment Treaties: A Review*, Unctad Series on International Investment Policies, New York, Geneva, 2005.

(7) Cfr. KUNDMÜLLER, Franz, *ob. cit.*, p. 133.

(8) Cfr. KOTERA, Akira, «What is the “Spaghetti Bowl Phenomenon” of FTAs?», en: *Research Institute for Economy, Trade and Industry* (http://www.rieti.go.jp/en/columns/a01_0193.html).

económica y de las estipulaciones sobre solución de controversias que conforman los Tratados Bilaterales de Inversiones (en adelante: TBI), donde es frecuente la determinación de medios jurídicos para que los inversionistas cuenten con acceso directo al arbitraje Inversionista-Estado.

Los TLC y los TBI son dos tipos específicos de AIIs que contienen reglas del DII y reglas arbitrales sobre inversiones. Se trata entonces de un arbitraje que tiene una base jurídica especializada, con elementos públicos y privados, articulada a partir de tratados internacionales y normas de derecho interno de los respectivos países, que a su vez y en la mayoría de países del mundo, se aplican sistemáticamente con los principales tratados internacionales en materia de arbitraje.

Los TLC y los TBI son dos tipos específicos de AIIs que contienen reglas de DII. A tal punto, que la doctrina especializada explica que los capítulos de inversiones en los TLC suelen ser equivalentes en su contenido a las disposiciones contenidas en los TBI. De otro lado, mientras los TLC de última generación regulan la integridad de la relación jurídico-económica entre los Estados, los TBI regulan exclusivamente los temas relativos al tratamiento de las inversiones.⁽⁹⁾

Pero en ambos casos se trata de medios que se orientan a la promoción de inversiones mediante la aplicación del DII, en orden a que sus contenidos jurídicos son de DII. Esto significa que, en términos generales, la violación de las disciplinas contenidas en este tipo de AIIs determina la violación de normas de DII pactadas por las partes, estableciendo la posibilidad que los inversionistas puedan demandar a los Estados ante la ocurrencia de dichas violaciones.

Como ya se ha adelantado, el arbitraje contenido en los TLC y en los TBI tiene una base jurídica especializada, articulada con los principales tratados internacionales en materia de arbitraje, como la Convención de Panamá y la de Nueva York sobre Reconocimiento y

⁽⁹⁾ *Ibid.*

Ejecución de Laudos⁽¹⁰⁾ respectivamente o el tratado o Convención de Washington, que creó el Centro Internacional de Arreglo y Diferencias relativas a Inversiones (en adelante CIADI),⁽¹¹⁾ entre otras.

En la actualidad, los cinco mil AIIs se encuentran divididos en alrededor de dos mil cuatrocientos TBI. A lo que se suman más de dos mil seiscientos acuerdos para evitar la doble tributación y un número múltiple de acuerdos preferenciales de libre comercio y promoción de inversiones. Además también existen actualmente diversos tratados de integración económica regional, entre otros acuerdos multilaterales y plurilaterales que se caracterizan por tener diferentes ámbitos de aplicación.⁽¹²⁾

Pero de otro lado, este abigarrado contexto jurídico responde a lineamientos básicos comunes que sustentan el desarrollo normativo y regulatorio del DII contemporáneo. Estos lineamientos se relacionan con las disciplinas del Derecho Internacional, como el tratamiento a los extranjeros, la responsabilidad de los Estados, las inmunidades de los Estados, entre otras. Por su parte, los laudos arbitrales que resuelven controversias entre inversionistas y Estados, en aplicación de disposiciones de AIIs, influyen la interpretación y evolución jurídica de la vasta red de AIIs que existe en el mundo.

En este sentido, la capacidad de irradiación jurídica de esta casuística y de sus laudos es creciente, descentralizada y especializada. En consecuencia, los últimos AIIs incorporan efectos, conceptos y categorías jurídicas producidos mediante jurisprudencia y experiencia generadas en sede arbitral. En cierta forma, esta praxis se convierte en una fuente indirecta del DII, la misma que es de suma importancia para los países exportadores y para los importadores de capital.

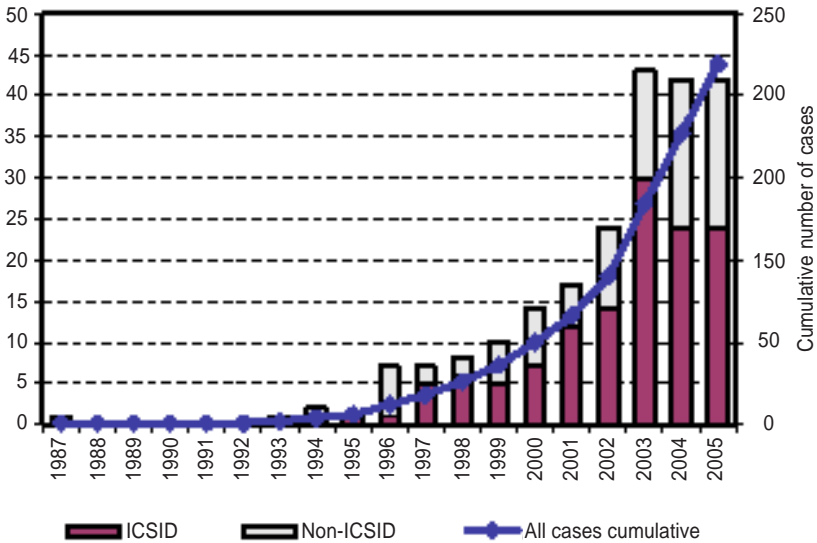
En cuanto al volumen de casos, de conformidad con la información recopilada por la Conferencia de las Naciones Unidas para el

(10) Ver: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html

(11) Ver: <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm>

(12) Ver: UNCTAD, *ob. cit.*

Comercio y el Desarrollo (en adelante UNCTAD), hacia noviembre de 2005 encontramos un progresivo y sostenido crecimiento tanto de arbitrajes ante el CIADI como ante otros foros. Lo cierto es que el volumen acumulado de casos sigue creciendo en el mundo, tal como puede verse en el siguiente cuadro. Según UNCTAD, dicho volumen llega a un total de 219 casos, de los cuales, al año 2005, más de la mitad eran casos no tramitados ante el CIADI:⁽¹³⁾



La que sigue es la relación de países que han sido y/o son parte demandada en arbitrajes de conformidad con información disponible entre 1987 y el año 2005. Esta información no excluye la posibilidad que exista un volumen mayor de casos arbitrales que no ha sido posible registrar por parte de UNCTAD:⁽¹⁴⁾

(13) *Ibidem*, p. 4.

(14) *Idem*, pp. 69-70.

Argentina 42	Albania 1
México 17	Bangladesh 1
Estados Unidos 11	Barbados 1
India 9	Bolivia 1
República Checa 8	Bulgaria 1
Egipto 8	Croacia 1
Ecuador 7	El Salvador 1
Polonia 7	Francia/Reino Unido 1
Federación Rusa 7	Alemania 1
Canada 6	Ghana 1
República de Moldavia 5	Guyana 1
Chile 4	Indonesia 1
República Democrática del Congo 4	Kyrgyzstán 1
Kazakhstán 4	Lituania 1
Rumania 4	Malasia 1
Ucrania 4	Mongolia 1
Hungría 3	Myanmar 1
Pakistán 3	Paraguay 1
Venezuela 3	Perú 1
Argelia 2	Portugal 1
Burundi 2	Arabia Saudita 1
Estonia 2	Serbia y Montenegro 1
Georgia 2	Eslovenia 1
Jordania 2	España 1
Latvia 2	Trinidad y Tobago 1
Líbano 2	Túnez 1
Marruecos 2	República Unida de Tanzania 1
Filipinas 2	Viet Nam 1
Sri Lanka 2	Yemen 1
Turquía 2	Zimbabwe 1
Emiratos Árabes Unidos 2	Desconocidos 9
	Total 219

Es así como la influencia de la actividad arbitral especializada en inversiones y sus productos o resultados, se traduce de distintas maneras a escala mundial. Por ejemplo, hoy resulta innegable su importancia como referente técnico-jurídico para las negociaciones de AIIs y para el planeamiento estratégico de dichas negociaciones.⁽¹⁵⁾ Cualquier negociador de AIIs prepara en la actualidad sus tácticas y estrategias de negociación a partir de la jurisprudencia y praxis en mención y a partir de otros AIIs vigentes.

(15) Ver: KUNDMÜLLER, Franz, «Arbitrajes Mixtos y Ley Aplicable en el TLC - Países Andinos con USA», en: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 2, Grijley, Perú, 2006, pp. 227-249.

Los arbitrajes laudados también resultan relevantes para aquellos arbitrajes que se encuentren en curso sobre temas similares. En la práctica esto es así, no obstante que cada arbitraje es independiente y que existen diferentes temas sustantivos del DII que requieren de un tratamiento específico por la vía de la metodología «caso por caso» o «*case by case basis*». Además, las normas contenidas en los AIIs abren espacios de regulación que admiten varios tipos de configuración jurídica en el tiempo, a partir de conceptos como «inversión cubierta», «inversionista» y otros.⁽¹⁶⁾

Otras disciplinas sustantivas comprendidas en el DII son: el «régimen de la cláusula de la nación mas favorecida» en función de otros AIIs, el «trato nacional», el «trato justo y equitativo», la «protección y seguridad plenas», el régimen de «expropiaciones directas e indirectas», los «requisitos de desempeño», etc.⁽¹⁷⁾

Si bien los laudos no son vinculantes para otros casos, se puede constatar en la práctica que son consultados frecuentemente por los tribunales arbitrales que tienen a su cargo la solución de controversias entre inversionistas y Estados y, en general, por los operadores del DII. Estamos ante disciplinas e instituciones jurídicas de carácter dinámico, con una tendencia evolutiva marcada por la densidad de los flujos que comprende la última globalización;⁽¹⁸⁾ en particular, en

(16) Por ejemplo, en el APC (Acuerdo de Promoción Comercial) Perú-USA existe una estipulación sobre el tema de las autorizaciones de inversiones que se extiende a diversos artículos del Capítulo X, pero ambos Estados parte en el APC declaran que en sus países no se requieren dichas autorizaciones. Sin embargo, tal como está redactado el texto del APC, nada impide que en el futuro las autoridades administrativas de los respectivos Estados cuenten con regímenes legales de Derecho Público sobre la materia. Ello no sería posible si no se hubiera incluido el tema de las autorizaciones en el Capítulo X del APC. Más allá de que es establezcan o no dichos sistemas de autorizaciones, lo cierto es que la «*ratio legis*» del APC y sus efectos prospectivos no se van a ver afectados en el futuro.

(17) Ver: SORNARAJAH, M., *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 552.

(18) Cfr: HERENCIA, Salvador; KUNDMÜLLER, Franz, *Estrategias para la Agenda Económico - Social de la Comunidad Andina*, Comisión Andina de Juristas / Corporación Andina de Fomento, Perú, 2006, pp. 39-127.

materia económica, jurídica y de informaciones.⁽¹⁹⁾ Este dinamismo encuentra su principal fundamentación en la internacionalización económica que caracteriza a la última globalización, a partir del comercio y las inversiones, pero también se caracteriza por la evolución sinérgica de las tecnologías de las informaciones y comunicaciones.

De otro lado, queda claro que no hay nada mas «concretamente internacional» que los flujos de inversión extranjera directa, en orden a que finalmente se trata de propiedad extranjera que se ubica en el territorio de terceros países o que entra en vinculación con dicho territorio, por la vía de los canales que encontramos en el espacio jurídico transfronterizo configurado por los Estados.

Pero la regulación de ese espacio transfronterizo también tiene que ver con el ejercicio cada vez más complejo de la soberanía territorial e intrafronteriza del Estado moderno. Esta mayor complejidad deriva de la expansión del comercio y de los flujos de inversiones, ambos son parte de la última globalización, incluyendo en cada caso sus diversas formas contractuales y extra contractuales, sistematizados con las estructuras jurídicas de Derecho Internacional Económico que establecen diversos umbrales al ejercicio de la soberanía estatal.

De otro lado, a partir del año 2005, UNCTAD viene advirtiendo respecto de un posible efecto de «enfriamiento» de las normas nacionales para la protección de inversiones, que incide desfavorablemente en la promoción de las inversiones y en la efectividad de su atracción hacia los países importadores que concurren en el ámbito global. Esto se está dando en el marco de la consolidación de una perspectiva de protección jurídica generalmente pro inversionista.

Esta perspectiva ha caracterizado a los ordenamientos jurídicos de los países importadores de capital; en particular, a partir de la puesta en práctica de las políticas del Consenso de Washington, lo que ocurrió desde fines de los años ochenta en adelante. En un número creciente de países receptores de inversión, hoy se percibe esto

(19) Cfr. HELD, David, «*Democracy and Globalization*», en: *Global Governance* 3, 1997, pp. 251-267.

como una tendencia excesivamente beneficiosa o sesgada a favor de los inversionistas, que finalmente debería llevar a una transformación en el tratamiento del tema desde el DII contemporáneo.

Es así como el arbitraje, y en general, los medios de solución de controversias entre inversionistas y Estados previstos en la mayoría de los AIIs, deberían generar progresivamente un efecto de balance. Esto permitiría sustituir las percepciones pro inversionista que hoy prevalecen, para reemplazarlas por la necesidad de asegurar de manera justa la relación Inversionista-Estado, incluyendo la aplicación de los medios de solución de controversias especializados previstos en los AIIs. En tal sentido, este tipo de arbitraje se orienta a hacer efectiva la protección jurídica, en un contexto mundial dinámico y descentralizado. Y es por ello que este arbitraje debe ser diferenciado del arbitraje comercial privado, sea éste nacional o internacional.

Como se ha señalado, conviene reiterar que la última globalización conforma un contexto donde los flujos de inversión y comercio tienden a incrementarse ante la concurrencia de nuevos actores globales estatales y no estatales. Este contexto reúne tanto a los países receptores que compiten entre sí para captar más inversión, como a los países exportadores de capital.

Pero también reúne a los operadores económicos que concurren en el flujo de ida y vuelta de la inversión y el comercio, ya se trate de operadores privados o públicos, organizaciones no gubernamentales o Estados, empresas o individuos. En suma, la dimensión relacional de la última globalización recién comienza a estructurarse. Está causando una inevitable crisis para las concepciones tradicionales de organización jurídica que provienen del ahora ya inevitablemente antiguo Estado «moderno».⁽²⁰⁾

Esto ocurre, que duda cabe, mientras que a los receptores y exportadores de inversiones los rige un derecho descentralizado que

⁽²⁰⁾ Cfr. KUNDMÜLLER, FRANZ, «Apuntes sobre Derecho Público en tiempos de Globalización», en: *Revista de Derecho Administrativo*, Editorial Iuris Consulti, Perú, 2006, pp. 165-203.

es dinámico y no radica en una jurisdicción estatal determinada o única y que más bien se plasma en tratados internacionales como los AIIs y en otras formas jurídicas deslocalizadas como el arbitraje Inversionista-Estado.

Estos arbitrajes no necesariamente se llevan a cabo en el territorio del Estado del inversionista o del Estado que recibe la inversión, pero tampoco descartan de plano la aplicación de las normas de los ordenamientos jurídicos nacionales en los que radica la inversión.

De donde fluye una dinámica entre lo doméstico y lo internacional, a partir de la participación de los entes no estatales que concurren en la arena internacional, dando lugar al perfeccionamiento de las instituciones jurídicas que comprende el DII.⁽²¹⁾

2. EL PERFECCIONAMIENTO DE LOS ASPECTOS PROCESALES ARBITRALES Y LAS NORMAS SUSTANTIVAS

En consecuencia, a la luz de la experiencia arbitral de los últimos años, y como veremos a continuación, los nuevos AIIs responden a la necesidad de promover el perfeccionamiento paulatino de los aspectos procesales o adjetivos del arbitraje Inversionista-Estado. De esta manera, la tramitación de las actuaciones arbitrales en inversiones prosigue una línea evolutiva que resulta inherente al desarrollo del DII como marco jurídico especializada en el ámbito internacional. Queda así establecida la relación que existe entre el DII y los AIIs.

De otro lado, también en este espacio se está produciendo el perfeccionamiento progresivo de las normas sustantivas que componen el DII; en particular, a partir de las experiencias adquiridas en los arbitrajes Inversionista-Estado de los últimos diez años. En este período la aplicación del Capítulo XI del NAFTA (siglas en inglés para el Tratado de Libre Comercio de América del Norte), ha sido determinante en los procesos de producción jurídica que han dado lugar a los AIIs de última generación.

⁽²¹⁾ UNCTAD, *ob. cit.*, p. 53.

En efecto, es necesario destacar que el NAFTA implica un «punto de quiebre» en el tratamiento de estos temas del DII. A tal extremo que en la doctrina especializada se habla de los AIIs pre-NAFTA y de los AIIs post-NAFTA. Estos son los AIIs negociados y ratificados durante la última mitad de la década de los años noventa y en su mayoría contienen disposiciones como las que se describirán brevemente a continuación, las mismas que se distinguen de otros AIIs anteriores.⁽²²⁾

2.1. Los temas procesales generales

2.1.1. No adjudicación

En cuanto al primer punto, y respecto de los temas procesales en general, la experiencia en los años posteriores al NAFTA ha generado las condiciones para desarrollar en los AIIs otros medios de gestión de controversias diferentes al arbitraje. Estos medios no adjudicativos concurren hoy con el arbitraje Inversionista-Estado, y según algunas fuentes, irán adquiriendo paulatinamente mayor relevancia.

Esta tendencia a introducir medios como la negociación, conciliación o mediación resulta de interés para preservar un clima pacífico y adecuado para la promoción de inversiones, mientras se resuelven los conflictos y se reducen los respectivos costos de transacción, contribuyendo a incrementar la confianza necesaria para la puesta en práctica de los contenidos de los AIIs.

Ello se debe a que la adjudicación de la controversia hacia un tercero, como es el árbitro, no obstante que culmina en su oportunidad mediante una decisión vinculante para las partes, no siempre implica una interacción pacífica entre los litigantes y puede incidir en la relación de negocios. Además de ello, la solución definitiva y vinculante de la controversia a cargo de un tercero, generalmente limita en la práctica la capacidad de gestión directa del conflicto para éstas, mientras simultáneamente se produce la «escalada del conflicto».⁽²³⁾

⁽²²⁾ Cfr. ADAIR, David, «Investors Rights: The Evolutionary Process of Investment Treaties», en: *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, 6, Spring 1999, 195.

⁽²³⁾ UNCTAD, *ob. cit.*, p. 54.

Esta apertura hacia los medios no adjudicativos de gestión de conflictos en el campo del DII post-NAFTA también explica los cambios producidos recientemente en las reglas del CIADI.⁽²⁴⁾ En esta institución encontramos hoy iniciativas y reglas a favor de promover el uso de otros medios no adjudicativos de gestión de conflictos, como la conciliación o la mediación,⁽²⁵⁾ entre otros y en donde las partes mantienen un mayor nivel de capacidad de decisión que en un arbitraje.⁽²⁶⁾

De acuerdo con estas tendencias, el TLC Países Andinos-EE.UU (en adelante Acuerdo de Promoción Comercial Perú-EE.UU., APC), dispone en el Artículo 10.15, y como una etapa previa, el que las partes en litigio resuelvan sus controversias respecto de una «inversión cubierta», mediante la aplicación de otros medios diferentes al arbitraje Inversionista-Estado.⁽²⁷⁾

En tal sentido, en el artículo se utiliza la nomenclatura «*consultas y negociación, (...) procedimientos de carácter no obligatorio con la participación de terceras partes*». Esta es una disposición que recoge el interés de las partes en el APC por reducir los costos de transacción en la gestión del conflicto Inversionista-Estado, procurando soluciones «no adjudicativas» para el manejo de los conflictos que se susciten en el marco del capítulo en mención.

2.1.2. No a las demandas «frívolas»

Siguiendo con la evolución de los temas procesales generales, hoy se registra una tendencia a favor de la limitación en la presenta-

(24) Ver: <http://www.worldbank.org/icsid/highlights/03-04-06.htm>

(25) Ver: CIADI, *Informe Annual*, 2004 (http://www.worldbank.org/icsid/pubs/1998ar/2004_icsid_ar_sp.pdf).

(26) Ver: ONWUAMAEGBU, Ucheora, «*The Role of ADR in Investor - State Dispute Settlement: The ICSID Experience*», en: *News from ICSID*, Vol. 22, N° 2, Washington D.C., 2005, pp. 12-14.

(27) Ver el Capítulo X en: <http://www.tlcperu-eeuu.gob.pe/downloads/documento/10.Inversion.pdf>

ción de demandas «frívolas» derivadas de conflictos entre inversionistas y Estados, con la finalidad de prevenir así la multiplicidad de foros e incluso el «*forum shopping*» descontrolado. Ambas son prácticas que fomentan la especulación de los demandantes, a partir de la utilización de diversas instancias para presentar sus demandas, generando así altos costos de transacción en la gestión del conflicto.⁽²⁸⁾

De otro lado, algunos especialistas precisan que en el caso del arbitraje Inversionista-Estado el «*forum shopping*» es inducido artificialmente por el respectivo AII, ya que usualmente en los AIIs se establecen distintas posibilidades o vías para iniciar arbitrajes o para recurrir a los foros locales, a arbitrajes *ad hoc* e incluso al CIADI. Por solo mencionar algunas alternativas previstas en los AIIs contemporáneos.⁽²⁹⁾

Esto se aprecia en los casos del TLC Chile-EE.UU., así como en el APC, entre otros AIIs. Lo que significa un avance respecto del Capítulo XI del NAFTA, puesto que los AIIs precitados ya incorporan cláusulas del tipo «*fork on the road*» o de bifurcación de caminos o vías procesales que limitan las prácticas antes descritas, diferenciando en algunos casos el manejo de conflictos derivados del tratado, del manejo de conflictos derivados de los acuerdos y autorizaciones de inversión.

Estas cláusulas determinan que, por ejemplo, ante determinados supuestos establecidos en el tratado, el uso de una vía procesal excluye de plano la posibilidad que el inversionista utilice otra vía adicional en forma paralela. A esto se suman otras disposiciones como las atribuciones de la Secretaría General del ICSID para no dar trá-

(28) Ver: U.S. Chamber Institute for Legal Reform, Global Forum Shopping, An International Dilemma, 2004 (http://www.instituteforlegalreform.com/issues/GlobalForum_INTL%20dilemma.pdf)

(29) Cfr. YANNACA-SMALL, Katia, *Improving the System of Investor State Dispute Settlement Overview*, OECD, Investment Division, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Working Papers on International Investment, Number 2006/I.

mite a las solicitudes de arbitraje que estén manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro.

2.1.3. Arbitrabilidad

Siguiendo con las medidas procesales generales que se aprecia en los últimos AII, las partes recurren hoy a las estipulaciones para establecer en el tratado la exclusión *a priori* de determinadas materias controvertidas, tal como por ejemplo está previsto en el Artículo 22 del modelo de TBI del Canadá. Del mismo modo, y en materia tributaria, el referido modelo de TBI ha previsto que un asunto de carácter tributario no sería arbitrable en el campo del arbitraje Inversionista-Estado.

Pero esto solo será posible si las autoridades tributarias de ambos Estados que son parte en el TBI llegan a determinar de manera consensual que no se habría producido una violación del TBI, como efecto de alguna medida tributaria adoptada por alguno de los Estados parte.⁽³⁰⁾

Adicionalmente, cabe resaltar que en el caso del APC Perú-USA, el Artículo 10.1 define el ámbito de aplicación del Capítulo X y la cobertura del mismo, precisando, «para mayor certeza», que las disposiciones del capítulo no se aplican a inversiones preexistentes al APC (ver numeral 10.1.3.). Esta disposición elimina la aplicación retroactiva del AII y es de suma importancia. Quedan así erradicadas las incertidumbres que se pudieran generar a partir de controversias preexistentes al APC.

Esta disposición también refleja una clara tendencia en el DII comparado post-NAFTA.⁽³¹⁾ Los aspectos cronológicos son relevan-

⁽³⁰⁾ Ver: http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/what_fipa-en.asp#structure

⁽³¹⁾ Los tribunales arbitrales que resuelven controversias en el ámbito de los AII dentro del marco del DII, establecen su competencia a partir de la materia, el factor cronológico (aplicación del AII en el tiempo) y la persona que inicia las actuaciones arbitrales; es decir, se debe de tratar de un inversionista o una inversión, todo ello bajo el ámbito de aplicación temporal del AII. La doctrina y jurisprudencia arbitral

tes para definir la arbitrabilidad, tal como se aprecia del laudo recaído en el caso *Lucchetti contra el Estado Peruano*, que estableció que *la empresa no puede aducir que haya realizado su inversión basándose en el Convenio Bilateral, por la sencilla razón de que éste entró en vigencia años después que hubiera adquirido el sitio, construido la fábrica y alcanzado su segundo año de funcionamiento pleno, por lo cual no cabe concebir que su decisión de invertir se basara en la existencia de dicho instrumento internacional.*⁽³²⁾

Como se colige del comentario que precede, también resulta de suma importancia la definición de inversión, a efectos de poder activar el medio de solución de controversias en caso de disputa. De hecho, uno de los medios de defensa procesal que se suelen utilizar por parte de los Estados en los arbitrajes Inversionista-Estado consiste en tratar de demostrar que la controversia reclamada por el inversionista derivaría de una inversión «no cubierta», ya sea por no encontrarse ésta tipificada en el AII o porque cronológicamente el o los asuntos materia de disputa se habrían presentado en un momento en el que el AII no estaba vigente ni brindaba cobertura.

Es así como en el Capítulo I del APC Perú-EE.UU., en la parte que se refiere a las Definiciones Generales del APC, consta el concepto de «inversión cubierta», que rige para todo el tratado y que a su vez remite al Artículo 10.28 de la Sección C del mismo Capítulo X sobre definiciones, tal como se transcribe a continuación:

«**inversión cubierta:** significa, con respecto a una Parte,⁽³³⁾ una inversión, de acuerdo a la definición del Artículo 10.28 (Capítulo de Inversiones, Definiciones), en su territorio de un inver-

derivada de AIIs abunda respecto de estos factores de definición de competencia y el ejemplo específico de la conjugación de estos factores se encuentra plasmado en el reglamento de arbitraje del CIADI. Ver: <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm>

(32) Ver: <http://ita.law.uvic.ca/documents/lucchetti-spanish.pdf>

(33) Se refiere a la parte Estado, que es parte en el tratado (APC) debidamente ratificado.

sionista de otra Parte que exista a la fecha de entrada en vigor de este Tratado o sea establecida, adquirida, o expandida posteriormente».

Es por eso que, tanto las definiciones contenidas en los AII como la definición general de «inversión cubierta» del tipo de la antes citada, resultan fundamentales y establecen los alcances y límites de lo que se entiende técnica y jurídicamente como inversión dentro de un AII. Si eventualmente nos encontramos ante una controversia que no verse sobre una «inversión cubierta»; en consecuencia, estaríamos ante una controversia que no podría ser resuelta en aplicación de ninguno de los medios de solución de conflictos tipificados en el correspondiente AII.

2.1.4. Aspectos cronológicos luego de la entrada en vigencia del AII

Los AII también establecen otro tipo de normas generales, como ocurre en el caso del capítulo de inversiones del TLC Chile-EE.UU., en donde los inversionistas no pueden iniciar arbitrajes respecto de medidas restrictivas para la transferencia de capitales durante un año desde la entrada en vigencia del TLC.

De otro lado, en este TLC así como en el capítulo de inversiones del APC Perú-EE.UU., se señala que los inversionistas tendrán un plazo de tres años desde que se presentó la controversia para activar el mecanismo de solución de controversias. Una vez vencido dicho plazo, la controversia ya no podrá ser planteada.

Por su parte, UNCTAD recomienda que exista un balance entre los esfuerzos por contar con una regulación procesal mas detallada en materia de gestión de conflictos en los AII, frente al incremento de las atribuciones y discrecionalidad de los árbitros en los AII.⁽³⁴⁾ En consecuencia, la regulación procesal debería de estar equilibrada con las atribuciones discrecionales de los árbitros; en especial, debido a que en los arbitrajes entre inversionistas y Estados pueden exis-

⁽³⁴⁾ Cfr. UNCTAD, *ob. cit.*, p. 55.

tir factores relacionados a asuntos de interés público que no pueden ser soslayados ni por las partes en el arbitraje ni por los árbitros.

A tal punto, que de conformidad con algunas corrientes doctrinarias, se dice que éste es un arbitraje administrativo, que constituye la demostración de la existencia de un Derecho Administrativo global emergente, estructurado a partir de nociones de interés público global derivadas de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Ambiental y otras disciplinas jurídicas.⁽³⁵⁾

2.2. Los temas procesales específicos

2.2.1. *Transparencia*

Por las mismas razones de interés público antes referidas y en cuanto a las reglas procesales específicas, en los AIIs se vienen dando algunos avances para incrementar los niveles de transparencia en los arbitrajes entre Estados e inversionistas. Si bien resulta difícil que en los TBI y en otros AIIs ya existentes se renegocien las cláusulas para incorporar estipulaciones que incrementen la transparencia, lo cierto es que los nuevos AIIs incorporan disposiciones al respecto. Tal es el caso del TLC Chile-EE.UU. o del APC Perú-EE.UU., entre otros. Es así como ha sido recogida una innovación adicional contenida en el Capítulo X de dicho APC. Nos referimos al Artículo 10.21 sobre transparencia.

Queda así establecido que una serie de piezas procesales del arbitraje serán puestas a disposición del público. Es el caso de la notificación de intención de arbitrar formulada por el inversionista, la notificación de arbitraje, los alegatos, los escritos de demanda y contestación, el laudo, las notas explicativas y cualquier comunicación escrita, incluyendo las actas de las audiencias que lleve a cabo el tribunal arbitral, entre otros elementos que tradicionalmente son mantenidos en reserva en un arbitraje comercial privado.

⁽³⁵⁾ Cfr. VAN HARTEN, Gus, LOUGHLIN, Martin, «*Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law*», en: *European Journal of International Law*, February, 2006.

Del mismo modo, queda establecido en aplicación del mismo principio, que las audiencias del tribunal serán abiertas al público, dejando a salvo el derecho de las partes para solicitar al tribunal arbitral que determinada información sea catalogada como «protegida» (numeral 10.21.2.), como una excepción al principio general de transparencia.

Esta disposición armoniza con los Artículos 22.4 y 22.2 del Capítulo XXII sobre Excepciones en el APC, respetando así la existencia de posibles espacios de confidencialidad de la información en función de los intereses de los Estados parte en el APC. Complementando lo dicho, en el numeral 10.21.4. se precisa en detalle el procedimiento detallado para tratar la información protegida que ha sido sometida al tribunal arbitral por las partes.

Finalmente, del numeral 10.21.5. fluye la relevancia de la legislación nacional en materia de transparencia de los Estados que son parte en el APC. Esta legislación deberá ser respetada en todo momento y no podrá ser incumplida con el pretexto de aplicar las disposiciones del Capítulo X del APC en materia de solución de controversias.

En suma, el Artículo 10.21 refleja una tendencia que se da en la doctrina, las prácticas estatales y en el DII global. Hoy se otorga prioridad a todo lo que implique incrementar la transparencia en el funcionamiento de los Estados. Esta es una tendencia que en los tiempos del NAFTA no tenía la misma intensidad que ahora.

La misma tendencia para incrementar la transparencia se puede encontrar en los cambios producidos en los reglamentos de arbitraje institucional, como ocurre en el del CIADI, específicamente las reglas arbitrales 37 (Reglamento Arbitral) y 41 (AFR-CIADI o Reglas de Facilitación Adicionales),⁽³⁶⁾ donde se reconoce la autoridad de los tribunales arbitrales para recibir recursos de terceros o permitirles participar a éstos en las audiencias arbitrales así como para abrir

⁽³⁶⁾ Que se utilizan cuando los Estados involucrados en la controversia no son parte del Convenio CIADI pero se someten al arbitraje del CIADI por la vía de las reglas AFR.

dichas audiencias al público, sin tener que contar para tal efecto con el consentimiento de las partes en litigio.⁽³⁷⁾

Adicionalmente, en la práctica también es factible verificar que se está incrementando la transparencia en los arbitrajes Inversionista-Estado, debido a la publicación en medios especializados, de la información sobre los casos arbitrales y de los laudos.⁽³⁸⁾ En un principio esa información no estaba disponible, pero en la actualidad esa situación ha cambiado. A esto se suma el uso de medios electrónicos que, como en el caso del CIADI, publican información en Internet sobre los arbitrajes en curso y sobre arbitrajes concluidos.

2.2.2. Acumulación

Otro aspecto procesal específico es el que se refiere a la necesidad de prevenir la duplicidad de esfuerzos y garantizar la consistencia de los arbitrajes Inversionista-Estado. Con esta finalidad, diversos AIIs contienen reglas que permiten acumular procesos. Cabe mencionar que la acumulación de procesos es atípica en el arbitraje.

Por tal motivo, originalmente, ni las reglas de UNCITRAL, ni las de la Convención CIADI, ni sus AFR, contenían disposiciones sobre acumulación. Recién en el proyecto de Acuerdo Multilateral de Inversiones; MAI, de la OECD, se incorporó la figura por primera vez y como antecedente del capítulo de inversiones de NAFTA.

En todo caso, conviene precisar que las primeras disposiciones de este tipo que entraron en vigor en un AII, se encuentran en el NAFTA. Los AIIs posteriores al NAFTA también contienen estas disposiciones y lo mismo se puede observar en el caso del modelo de TBI de EE.UU. y en el modelo de TBI de Canadá citado líneas arriba,

⁽³⁷⁾ *Cf.* UNCTAD, *ob. cit.*, p. 56.

⁽³⁸⁾ En el Perú, de conformidad con normas de derecho interno sobre transparencia, se publican los laudos en los que las entidades estatales son parte, en el marco de los arbitrajes sobre compras estatales; ver: http://www.consucode.gob.pe/htmls/conciliacion/index_conciliacion.asp?conciliacion=http://www.consucode.gob.pe/htmls/consultas/laudos_arbitrales/laudos2006.htm

así como en el caso del APC Perú-EE.UU., en el TLC Chile-EE.UU., en el TLC Canadá-Chile, en el TLC EE.UU.-Marruecos, en el TLC EE.UU. - CAFTA, República Dominicana y otros.⁽³⁹⁾

2.2.3. *Apelación*

Algunos estudios recientes llaman la atención respecto que existen inconsistencias en los arbitrajes inversionista – Estado. Esto se debería a la proliferación de casos y su manejo descentralizado a escala global.⁽⁴⁰⁾ Por lo pronto, el CIADI ha informado que hacia mediados del año 2005, cerca de veinte países habían celebrado tratados que incluían disposiciones para la puesta en práctica de mecanismos procesales de apelación en los arbitrajes Inversionista-Estado. Esta es otra tendencia atípica, si la evaluamos desde una perspectiva netamente arbitral.

Sin embargo, en la actualidad se trata de una tendencia general que podemos encontrar en los AII's más recientes. La metodología de regulación seguida para estos casos consiste en abrir en los AII's la posibilidad de que a partir de transcurrido cierto plazo, las partes en el acuerdo puedan evaluar de común acuerdo la creación del órgano de apelación correspondiente.

⁽³⁹⁾ *Cfr.* YANNACA-SMALL, Katia; *ob. cit.*, p. 22.

⁽⁴⁰⁾ Esto sólo ha ocurrido excepcionalmente y en muy pocas oportunidades, como en los casos *Lauder*, derivados del TBI que existe entre la República Checa y EE.UU., en donde se han producido decisiones contradictorias sobre la misma materia, entre laudos producidos por tribunales arbitrales radicados en Suecia y en Reino Unido, respectivamente. Algo similar ocurrió respecto del caso *SGS vs. República de Pakistán*, en el marco del TBI Suiza - República de Pakistán, por contraste con el caso *SGS vs. República de Filipinas*, referidos al TBI Suiza - República de Filipinas, registrándose también aquí laudos contradictorios sobre la misma materia. Situaciones parecidas se han presentado en tres casos de arbitrajes que produjeron decisiones divergentes sobre el alcance del estándar «trato justo y equitativo», como ocurrió en *S.D. Myers vs. Canadá*; *Metalclad Corporation vs. EE.UU. Mexicanos y Pope & Talbot, Inc. vs. Canadá*; *Cfr.* FRANCK, Susan, «The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through inconsistent Decisions», en: *Fordham Law Review*, pp. 1559-1582.

En el APC Perú-EE.UU. y en el TLC Chile-EE.UU. podemos encontrar disposiciones al respecto. A efectos de conocer la puesta en práctica de dichas estipulaciones, aún tendrá que transcurrir el período de tiempo antes mencionado; sin embargo, diversas fuentes ya contienen análisis sobre las posibles ventajas y desventajas de la apelación en este tipo de arbitraje.

2.2.3.1. *Apelación ventajas*

La OECD informa que ya desde el año 2005 se han venido incorporando estas disposiciones al interior de los AIIs. En cuanto a las posibles ventajas, en general, se suele señalar la necesidad de preservar la consistencia entre diferentes laudos. También se alega como ventaja de un futuro sistema de apelaciones la posibilidad de rectificar errores legales y posibles errores de hecho.

A lo que se suma la posibilidad de que la apelación sea tramitada y resuelta por un tribunal internacional neutral que además produzca una decisión definitiva y vinculante para las partes. El problema es que resulta sumamente difícil determinar cual es ese tribunal internacional idóneo; en especial, si debe o no ser permanente.⁽⁴¹⁾

2.2.3.2. *Apelación desventajas*

En cuanto a posibles desventajas, se señala la afectación al principio de instancia única que caracteriza al arbitraje o «finality», en la concepción anglosajona. A lo que se suma la ocurrencia de posibles demoras y sobrecostos innecesarios para las partes. También se suele alegar como posible desventaja el incremento de la carga arbitral para los tribunales de segunda instancia así como la eventual politización del sistema.⁽⁴²⁾

(41) *Cf.* YANNACA-SMALL, Katia, *ob. cit.*, pp. 8-11.

(42) *Ibidem*, pp. 11-13

2.3. Mejoramiento de capacidades arbitrales

Adicionalmente, según UNCTAD, otro de los temas relevantes a considerar para mejorar este tipo de arbitrajes, consiste en incrementar la calidad de las capacidades arbitrales locales, promoviendo que se lleven a cabo arbitrajes institucionales nacionales para reducir costos e incentivar los desarrollos en el campo del arbitraje. En consecuencia, no es suficiente contar con una gama de tratados internacionales que obliguen a los países hacia afuera, pues también es importante que a nivel interno el arbitraje se desarrolle.⁽⁴³⁾

Cabe anotar que esto será posible en la medida que exista una adecuada definición de políticas nacionales sobre la materia, a lo que se suma la necesaria coordinación intersectorial en el Estado en función de dichas políticas. A esto se debe agregar un rol proactivo del sector privado en la promoción y desarrollo de las capacidades arbitrales nacionales e internacionales.

Otro aspecto sumamente importante consiste en el rol del sector académico en la evolución del arbitraje, generando los insumos intelectuales y educativos para la consolidación del arbitraje y haciendo viable su evolución académica a partir de las experiencias adquiridas en la práctica.

Claro que en un país como el Perú esto ha cambiado significativamente y de manera positiva en los últimos años, pero aún no se genera una «masa crítica» en el ámbito académico que permita sostener que ya existen las capacidades y productos suficientes para la viabilidad de una auténtica cultura arbitral. Algo similar ocurre en otros ámbitos como el empresarial, profesional e institucional, donde al arbitraje se le percibe a veces como un apéndice seudo procesal o seudo jurisdiccional del contrato.⁽⁴⁴⁾

⁽⁴³⁾ Cfr. UNCTAD *ob. cit.*, p. 57.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. KUNDMÜLLER, FRANZ, «Arbitraje peruano para el Siglo XXI», en: *Jurídica*, Suplemento de Análisis Legal del diario oficial *El Peruano*, Año 3, martes 3 de junio de 2006/ Número 97, p. 7.

2.4. Los temas sustantivos

2.4.1. *Trato nacional*

Como ya se ha adelantado, en cuanto a los temas referidos a asuntos sustantivos sobre DII que requieren hoy mayor atención a partir de las experiencias derivadas de los arbitrajes entre inversionistas y Estados, encontramos los regímenes de trato nacional, la cláusula de la nación más favorecida, el trato justo y equitativo y el régimen de expropiaciones, entre otros.

Estas disciplinas se incorporan detalladamente en los AIIs. Los AIIs suelen a su vez ser materia de interpretación en los arbitrajes Inversionista-Estado. El tratamiento de estas disciplinas también comprende una evolución en la forma como son reguladas en los diversos AIIs; en especial, desde su incorporación primigenia a los primeros TBI en los años 50 del siglo XX.

Si extendemos un poco el análisis, en realidad los TBIs actuales implican una evolución respecto de lo que eran los contenidos elementales de los acuerdos internacionales de amistad, navegación y comercio, que antecedieron a su vez a los primeros TBI y cuyos orígenes se remontan al siglo XVIII. Un ejemplo de dichos acuerdos son los Tratados Jay.⁽⁴⁵⁾ El siglo en mención era el de la globalización a partir de los grandes procesos de colonización de la época.

De otro lado, y en lo referente a las disposiciones sobre trato nacional del inversionista, se entiende que dicho trato debe ser «no menos favorable» que el que reciben los nacionales. A esto se suma la condición de «circunstancias similares» que determinan que cosa es lo «favorable» y de donde fluye que la clave para calificar el trato nacional radica en la forma como se debe entender el concepto del trato nacional en «circunstancias similares», tanto para los extranjeros como para los nacionales.

(45) Ver: SALACUSE, Jeswald, SULLIVAN, Nicholas, «Do BITS really work?: An evaluation of *Bilateral Investment Treaties and their grand Bargain*», en: *Harvard International Law Journal*, p. 75.

Sin embargo, como se puede observar en la jurisprudencia arbitral producida caso por caso, este asunto ha sido interpretado arbitrariamente en distintos términos. De conformidad con el análisis que formula UNCTAD, una inadecuada regulación podría generar la peculiar situación de que, por ejemplo, una empresa transnacional que califique como inversión o inversionista, que eventualmente cuente con una facturación global incluso superior al PBI del país receptor, pueda recibir el mismo trato que una pequeña empresa local, por la simple razón de operar empresarialmente en «circunstancias similares» a una pequeña empresa nacional.⁽⁴⁶⁾

De modo que a la luz de la jurisprudencia arbitral existente y según UNCTAD, surge la necesidad de regular con mayor precisión los alcances de la cláusula de trato nacional, a efectos de prevenir la inequidad en el tratamiento de nacionales y extranjeros, a partir de las diferencias de escala y otras asimetrías antes descritas.

2.4.2. Cláusula de la nación más favorecida

De otro lado, también según UNCTAD, para el caso de la cláusula de la nación más favorecida sería conveniente que los nuevos AII's contengan disposiciones redactadas con mayor precisión. Así se evitaría que en futuros arbitrajes los tribunales arbitrales tengan que referirse a laudos inconsistentes entre sí, como los recaídos en los casos Maffezini, Tecmed, Salini y Palma.

Por ejemplo, el Anexo III del Modelo de TBI de Canadá establece un método que podría servir de base para atender este tipo de inconsistencias, pues solamente funciona hacia adelante, excluyendo de plano la aplicación de cualquier tratado bilateral o multilateral vigente con anterioridad, excluyendo dichos tratados previos como base para aplicar los beneficios que reconoce la cláusula en mención.⁽⁴⁷⁾

⁽⁴⁶⁾ Cfr. UNCTAD, *ob. cit.*

⁽⁴⁷⁾ *Ibid.*, p. 59.

Algo similar se aprecia en el caso de la nota a pié de página 2 del Capítulo de Inversiones del APC Perú-EE.UU., que limita la aplicación de la cláusula de la nación mas favorecida y no permite su invocación para aplicar normas arbitrales por esta vía.

2.4.3. *Trato justo y equitativo*

Otro ámbito que requiere mayor precisión para ser regulado es el que se refiere al trato justo y equitativo.⁽⁴⁸⁾ Tanto el modelo de TBI de Canadá como el de EE.UU. establecen que el trato justo y equitativo, así como la protección y seguridad plenas, no requieren de un tratamiento que vaya más allá de los requerimientos establecidos por el Derecho Internacional consuetudinario, en lo que respecta al estándar mínimo de trato a favor de los extranjeros. Es así como en el Capítulo X del APC Perú - EE.UU., se ha establecido en el Anexo 10-A:

«Derecho Internacional Consuetudinario

Las Partes confirman su común entendimiento que el «derecho internacional consuetudinario», de manera general y tal como está específicamente referido en el Artículo 10.5, resulta de una práctica general y consistente de los Estados, seguida por ellos en el sentido de una obligación legal. Con respecto al Artículo 10.5, el trato mínimo otorgado a los extranjeros por el derecho internacional consuetudinario se refiere a todos los principios del derecho internacional consuetudinario que protegen los derechos económicos e intereses de los extranjeros».

Esta disposición establece los alcances del concepto de Derecho Internacional consuetudinario para las partes, en lo que concierne a la protección de los derechos económicos e intereses de los extranjeros. Claro que se trata de un tema complejo que remite a una serie de disciplinas del Derecho Internacional.

(48) Ver: OECD *International Investment Law: A changing Landscape*, A Companion Volume to International Investment Perspectives; 2005, pp. 73-125.

Entre otras, es el caso de la protección diplomática y el agotamiento de las vías previas, que a su vez se encuentran reflejadas en diversos casos en los que se han analizado estos temas por parte de la Corte Internacional, como el Barcelona Traction, el caso Elsi y otros.⁽⁴⁹⁾

De otro lado, en el modelo de TBI de EE.UU. se ha adoptado una estructura de regulación que remite al Derecho Internacional consuetudinario, que establece que el trato justo y equitativo incluye la obligación de no denegar al interesado el acceso a la justicia administrativa, civil o criminal; mientras que la protección y seguridad plenas son aquellas que razonablemente pueden proveer las autoridades policiales nacionales en armonía y cumplimiento con el Derecho Internacional consuetudinario.⁽⁵⁰⁾

2.4.4. *Expropiación indirecta*

Otro ámbito que también merece atención es el que se refiere a las expropiaciones regulatorias o indirectas y a las notas interpretativas incorporadas a los AIIs luego de ser adoptadas por los entes competentes como la Comisión de Libre Comercio del NAFTA.

En el primer caso, debería de existir un balance entre el derecho de un país a regular soberanamente su economía y el razonable interés comercial del inversionista.⁽⁵¹⁾ Conviene destacar en este punto que tanto el modelo de TBI canadiense como el de EE.UU., contienen novedosas reglas para facilitar este equilibrio.

En los dos modelos se utiliza anexos con listas detalladas que clarifican las actividades regulatorias de los estados, incluyendo diversos factores de evaluación como el impacto económico de la me-

(49) Cfr. BRUNO, Roberto, «*Access of Private Parties to International Dispute Settlement: A Comparative Analysis*», en: <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/97/97-13.html>, 1997.

(50) OECD, *ob. cit.*, p. 60.

(51) Ver: OECD, *Indirect Expropriation and the Right to Regulate in international Investment Law*, Working Papers on International Investment Law, N° 2004/4, prepared by Catherine Yannaca-Small.

dida regulatoria, su posible interferencia con las expectativas del inversionista, entre otras.

En el caso del APC Perú-EE.UU., se incorporó un esquema similar, donde se hace referencia a la regulación que lleva a cabo el Estado. Esto está previsto en el Anexo 10 B del Capítulo X de inversiones, destacando la prevalencia y validez de los actos regulatorios no discriminatorios en materia de bienestar público. De conformidad con el tratado, estos actos regulatorios en modo alguno pueden ser considerados como medidas expropiatorias directas ni indirectas.⁽⁵²⁾

Es así como el numeral (b) del anexo en mención precisa que *salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente.*

Conviene resaltar que el concepto de «bienestar público» recogido en este anexo es diferente al de «propósito público» que recoge el Artículo 10.7 sobre expropiación e indemnización. En el segundo caso, se precisa mediante una nota a pie de página referida al artículo, que *«para mayor certeza, para los propósitos de este Artículo, el término “propósito público” se refiere a un concepto del derecho internacional consuetudinario. La legislación interna puede expresar este concepto o uno similar usando diferentes términos, tales como “necesidad pública”, “interés público” o “utilidad pública”».*

En tal sentido, el «propósito público» es la motivación de la expropiación tutelada por el Derecho Público, pero a su vez, se distingue claramente del acto de imperio mediante el cual el Estado lleva a cabo sus prácticas regulatorias ordinarias y con el fin de preservar el «bienestar público» en ámbitos como salud, seguridad y medioambiente.

En resumen, en el caso de la expropiación directa o indirecta, el inversionista que califique como tal, y que sea expropiado, tiene

(52) Ver: <http://www.tlcperu-eeuu.gob.pe/downloads/documento/10.Inversion.pdf>

derecho a una indemnización y para ello podría eventualmente activar el mecanismo de solución de controversias contenido en el Capítulo X. De otro lado, en el caso de los actos regulatorios no discriminatorios puestos en práctica por el Estado, simplemente no resulta aplicable el concepto de expropiación directa o indirecta regulado por el Artículo 10.7 antes citado y no cabe reclamación alguna por la vía de la sección B del Capítulo X del APC.

2.4.5. Interpretación del tratado y arbitraje

Finalmente, en lo que se refiere la interpretación del tratado a llevarse a cabo por los entes especiales derivados de los AIIs, un antecedente interesante es el que se encuentra en el caso de la Comisión de Libre Comercio del NAFTA, la misma que produce interpretaciones del tratado, a efectos de clarificar los alcances de determinadas cláusulas, lo que armoniza perfectamente con los alcances de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.⁽⁵³⁾

Una estructura similar ha sido recogida en el Capítulo XX del APC Perú-EE.UU.⁽⁵⁴⁾ En tal sentido, el Artículo 10.22.3. precisa que *una decisión de la Comisión en la que se declare la interpretación de una disposición de este Acuerdo, conforme al Artículo 20.1.3 (Comisión de Libre Comercio), será obligatoria para un tribunal y toda decisión o laudo emitido por un tribunal deberá ser compatible con esa decisión.*

En el siguiente Artículo 10.23. se establecen disposiciones adicionales respecto de las interpretaciones que haga la Comisión de Libre Comercio en lo que concierne a los anexos del APC. En consecuencia, la Comisión cuenta con atribuciones que van a influenciar el funcionamiento de los tribunales arbitrales que se constituyan de conformidad con la Sección B del Capítulo X, contando así con una potencial limitación a su discrecionalidad, siempre que se den los supuestos previstos en el mismo Capítulo X y en el marco

⁽⁵³⁾ UNCTAD, *ob. cit.*, p. 60.

⁽⁵⁴⁾ Ver: <http://www.tlcperu-eeuu.gob.pe/downloads/documento/20.Administracion.pdf>

de las funciones que precisa a su vez el Capítulo XX para la Comisión de Libre Comercio.

3. CONCLUSIÓN

Existen una gran variedad de factores que tienen que ver con los AIIs y su vertiginosa evolución, en la necesidad de propiciar pesos y contrapesos que permitan un balance en las relaciones entre inversionistas y Estados. Esto se extiende a su vez a la relación entre países importadores y países exportadores de capital e incluso hacia las regiones económicas que compiten entre sí por ampliar sus espacios vitales de carácter económico.

Hoy no podemos soslayar el creciente dinamismo del DII durante la internacionalización económica de la última globalización y donde destacan los medios descentralizados de gestión de conflictos como el arbitraje y otros. Estos medios rebasan el centralismo de las soberanías estatales individuales y se estructuran generalmente en los espacios transfronterizos de la última globalización. Es muy probable que dicho dinamismo tienda a acelerarse aún más en los próximos años. De donde surge la necesidad y la urgencia de contar con capacidades institucionales y académicas que permitan una participación legítima y competitiva de los países en el empeño por captar inversiones.

Los países importadores de capital hacen esfuerzos con la finalidad de adecuarse exitosamente a los nuevos flujos de la última globalización y para trascender los diversos factores que derivan de las asimetrías de la internacionalización económica contemporánea. Esto entraña una transformación económica, jurídica y política de gran envergadura, cuyos primeros desarrollos comienzan a darse hoy, entrañando un proceso evolutivo dinámico y complejo. Dicha transformación se percibe en los aspectos procesales o adjetivos y en los aspectos sustantivos previstos en los AIIs post-NAFTA.

Del mismo modo, la transformación se percibe en el tratamiento que estos AIIs brindan al arbitraje Inversionista-Estado. Las inno-

vaciones y tendencias actuales son una expresión de la necesidad de perfeccionar y consolidar las capacidades arbitrales nacionales. A tal punto, que no es suficiente que los países se limiten a ratificar tratados en materia arbitral o de DII. Es necesario ampliar la perspectiva y definir estrategias internas de desarrollo arbitral.

PROTECCIÓN A LOS INVERSIONISTAS: ¿EL GOBIERNO PODRÁ PARAR LA MÚSICA? ANTECEDENTES DEL CAPÍTULO XI DEL TLCAN

MARK A. CYMROT (*)
ELLIOT J. FELDMAN (**)
MICHAEL S. SNARR (***)

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Generalidades sobre el Capítulo XI del TLCAN.* III. *La expansión de la protección a la inversión extranjera del Capítulo XI.* IV. *Poniendo límite a las demandas de los inversionistas. A. Pronunciamientos de la Comisión de Libre Comercio. B. Ley de Comercio de 2002. C. Cambios posteriores al TLCAN en las obligaciones de inversión en TLC subsecuentes. 1. Limitar las expropiaciones. 2. Limitar el nivel mínimo de trato. 3. Dilucidaciones de la definición «inversión».* V. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

El Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (en adelante TLCAN) le dio un nuevo impulso a la protección

(*) Socio de *Baker & Hostetler LLP* en Washington, D.C. Jefe del Área de Litigios Internacionales y de Arbitraje.

(**) Socio en *Baker & Hostetler LLP* en Washington, D.C. Jefe del Área de Comercio Internacional.

(***) Asociado de *Baker & Hostetler LLP* en Washington, D.C. Miembro del Área de Comercio Internacional.

institucional de la inversión extranjera directa prevista en las normas internacionales. Este Capítulo XI permite que los inversionistas de un Estado miembro del TLCAN demanden al gobierno de otro Estado miembro del TLCAN por los daños y perjuicios resultantes de la intervención ilegal del gobierno en su inversión extranjera. El arbitraje Inversionista - Estado amparado por los tratados internacionales sobre inversión fue concebido con bastante anterioridad al TLCAN, pero el alcance de la norma contenida en el Capítulo XI sobre protección a la inversión extranjera ha expuesto a los gobiernos de Canadá, Estados Unidos de América y México a un creciente número de cuantiosas demandas, las mismas que posiblemente no hubieran sido amparadas bajo el alcance de otros tratados.

Los Estados Unidos, teniendo en cuenta las históricas expropiaciones sobre los intereses petroleros de sus nacionales y por las restricciones de acceso al mercado de servicios financieros mexicano impuestas a los extranjeros, insistió en incluir el Capítulo XI en el TLCAN con el fin de proteger a los inversionistas estadounidenses en México.⁽¹⁾ Con ello se esperaba evitar que la suerte de los intereses comerciales de los estadounidenses dependiera de los tribunales mexicanos, mientras que la política pública subyacente a las negociaciones se enfocaba en expandir las inversiones más allá de las fronteras norteamericanas. Ni los Estados Unidos, ni Canadá, en su afán por estimular y proteger a sus inversionistas en México, se imaginaron que ellos iban a tener que responder a tantas demandas.⁽²⁾

Desde la implementación del TLCAN, las controversias que han sido presentadas al amparo del Capítulo XI, para sorpresa y disgusto

(1) U.S. GAO Report to the Congress, *North American Free Trade Agreement: Assessment of Major Issues*, GAO/GGD-93-137, Vol.2 (Sept.1993), p. 19.

(2) *Vid.* PRICE, Daniel M., *Supplement: NAFTA Chapter 11 Investor-State Dispute Settlement: Frankenstein Or Safety-Valve?* («La mayoría de BITs fueron concluidos con los países en vías de desarrollo que tienen muy poca inversión ya sea en los Estados Unidos o en Canadá»). El alto grado de inversión entre los Estados Unidos y Canadá ha cambiado el cálculo en lo referente a la incidencia y magnitud de las demandas.

de los gobiernos estadounidense y canadiense, no han sido presentadas solo contra México, sino contra ellos también. Hasta la fecha se han presentado varias Notificaciones de Intención de Recurrir a Arbitraje (que indica la intención de iniciar una demanda) contra los gobiernos de México (doce), Canadá (diez) y Estados Unidos (once). Entre estos casos, varias Notificaciones de Arbitraje y Declaraciones de Demanda (que, al igual que la presentación de una demanda, da inicio al proceso de arbitraje) fueron presentadas contra México (ocho), Canadá (cuatro) y Estados Unidos (seis). No cabe duda que estos gobiernos se han percatado que el Capítulo XI aparentemente los expone a demandas por daños y perjuicios que no habían previsto; y que desean reducir su exposición, con la cooperación de México.

Como un acordeón, la reciente expansión de los derechos y mecanismos de protección para los inversionistas extranjeros en el derecho internacional ha sido seguida por una fuerte contracción por parte de los gobiernos que institucionalizaron estos derechos en el marco del TLCAN. Canadá, Estados Unidos y México han emitido comunicados conjuntos con el fin de limitar la interpretación, así como el alcance de ciertas obligaciones que ellos habían acordado dentro del Capítulo XI a favor de los inversionistas. Han introducido también mecanismos procesales para reducir el número de demandas que llegan a ser presentadas ante un tribunal arbitral. Estos países están utilizando la experiencia adquirida del TLCAN en sus planes de negocios con otros países.

En los Tratados de Libre Comercio (TLC) posteriores, Estados Unidos ha utilizado términos más restrictivos en cuanto al alcance de la protección de los inversionistas extranjeros, y un senador estadounidense recientemente propuso que los futuros acuerdos incluyan algún mecanismo de apelación, probablemente con el fin de que esta instancia revoque las cuantiosas compensaciones por daños y perjuicios⁽³⁾ que se han venido otorgando. En el caso del TLC con Austra-

⁽³⁾ Vid. BREVETTI, Rosella, *Baucus Calls for Completing Mechanism For Investor-State Appeals Under CAFTA*; BNA International Trade Reporter, Mayo 20 del 2004 en p. 873.

lia, Estados Unidos no acordó incorporar un mecanismo de arbitraje Inversionista-Estado.

A pesar de los esfuerzos de los Estados miembros del TLCAN para limitar el número de demandas presentadas al amparo del Capítulo XI, éstas continúan siendo presentadas y los tribunales arbitrales continúan funcionando. Es así que empezamos a apreciar el surgimiento de un cuerpo jurisprudencial sobre las implicancias de las demandas amparadas por el Capítulo XI y sobre la protección de las inversiones extranjeras amparadas por los TLC posteriores. Los cambios en las políticas realizados por los gobiernos para limitar el alcance de las protecciones a la inversión extranjera pueden ser útiles para Canadá, Estados Unidos y México como partes demandadas, pero ello puede no estar en consonancia con los intereses a largo plazo de los inversionistas, particularmente cuando busquen obtener los beneficios de la protección a la inversión extranjera en Chile, América Central, Marruecos u otros países. Aún queda por ver si el acordeón de las protecciones a las inversiones en estos países se expandirá o contraerá. Sin embargo, parece que los mecanismos institucionales para proteger la inversión extranjera del Capítulo XI del TLCAN se mantendrán. Parece que los signatarios del TLCAN no pueden parar la melodía.

II. GENERALIDADES SOBRE EL CAPÍTULO XI DEL TLCAN

El Capítulo XI permite que el inversionista agraviado, o su filial extranjera, presente una demanda de arbitraje contra un Estado miembro del TLCAN por incumplimiento de algún principio del derecho consuetudinario internacional por parte de un gobierno, como podrían ser: la no discriminación, el debido proceso y la expropiación. El inversionista debe ser un ciudadano o una empresa de un Estado miembro del TLCAN que haya realizado o esté buscando realizar una inversión extranjera en otro Estado miembro del TLCAN. Por ejemplo, una empresa canadiense con una filial en los Estados Unidos puede alegar que el gobierno de Estados Unidos violó una de sus obligaciones de proteger la inversión extranjera amparada por el Capítulo XI del TLCAN.

Las demandas son vistas por un tribunal de tres árbitros, designados por el inversionista y el gobierno del Estado receptor de la inversión. El tribunal arbitral está facultado para otorgar una compensación económica por los daños y perjuicios causados por el gobierno receptor. Los tribunales arbitrales se pueden someter a las Reglas de Arbitraje del CNUDMI, o a las reglas de arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

Algunas de las protecciones a la inversión previstas en el Capítulo XI incluyen:

- *Artículo 1102. Trato nacional*, requiere que el Estado receptor de la inversión ofrezca a los inversionistas extranjeros y a sus inversiones el mismo trato que éste ofrece a sus propios inversionistas e inversiones.
- *Artículo 1103. Trato de la nación más favorecida*, requiere que el Estado receptor de la inversión ofrezca a los inversionistas extranjeros y a sus inversiones el mismo trato que éste ofrece a los inversionistas e inversiones de países que no son parte del TLCAN.
- *Artículo 1105. Nivel mínimo de trato*, requiere que el Estado receptor dé a la inversión extranjera un «trato justo y equitativo: de acuerdo con el derecho internacional» –en la práctica, este requisito parece prohibir la aplicación arbitraria de la ley o la violación del debido proceso en los procesos arbitrales–.
- *Artículo 1106. Requisitos de desempeño*, este principio evita que el Estado receptor le exija al inversionista extranjero comprar bienes y servicios ofrecidos en el territorio del Estado receptor; exportar determinado porcentaje de bienes y servicios, tener un determinado porcentaje de contenido nacional, transferir tecnología o información privilegiada, entre otras cosas.
- *Artículo 1110. Expropiación y compensación*, prohíbe que el Estado receptor expropié las inversiones de los inversionistas extranjeros sin que medie una indemnización justa y un debido proceso.

El Capítulo XI protege diferentes tipos de inversión extranjera, por ejemplo las empresas extranjeras (como corporaciones u otro tipo de entidad comercial), bienes inmuebles, propiedad tangible e intangible adquirida o utilizada con fines comerciales e intereses que emanen de comprometer capital u otros recursos en el territorio extranjero. Algunos tribunales arbitrales que se han pronunciado sobre los conflictos presentados al amparo del Capítulo XI han señalado que el concepto de inversión extranjera incluye el valor llave en mano del negocio y la participación en el mercado extranjero.

La envergadura de las demandas por daños y perjuicios presentadas al amparo del Capítulo XI puede ser muy extensa. Un inversionista puede ser compensado por las pérdidas o los daños que sufre y que son causados por el incumplimiento de los derechos estipulados en el Capítulo XI por parte del gobierno extranjero.⁽⁴⁾ Al parecer, este artículo abre la posibilidad de recuperar los daños que, a pesar de ser causados por el incumplimiento en el Estado receptor de la inversión, ocurren en el país del inversionista.

III. LA EXPANSIÓN DE LA PROTECCIÓN A LA INVERSIÓN EXTRANJERA DEL CAPÍTULO XI

Los funcionarios estadounidenses y canadienses han expresado en privado su sorpresa por el número y los montos de las demandas presentadas en contra de sus propios gobiernos al amparo del Capítulo XI. Por ejemplo, United Parcel Service demandó a Canadá por \$ 160 millones; Corn Products International demandó a México por más de \$600 millones; y Methanex demandó a Estados Unidos por \$970 millones.

No ha sido fácil ganar estos casos, pero varios tribunales arbitrales han otorgado indemnizaciones por daños y perjuicios a favor de los demandantes al amparo del Capítulo XI. Por lo menos en un caso el inversionista ha recibido una indemnización considerable. A pesar de que los fallos de los tribunales arbitrales fueron por

(4) Artículo 1116 del TLCAN.

cantidades muy inferiores a lo demandado originalmente, estos casos revelan que es posible obtener grandes indemnizaciones al amparo del Capítulo XI. En el caso *S.D. Myers c. Canadá*, una empresa de Ohio que procesaba y desechaba materiales peligrosos fue recompensada con \$6 millones de dólares canadienses por los daños ocasionados por una legislación discriminatoria que protegía los intereses de la industria canadiense de desperdicios residuales. En el caso *Ethyl Corp. c. Canadá*, una empresa de Virginia y su subsidiaria canadiense reclamaron que una ley canadiense que prohibía las importaciones del aditivo de gasolina MMT para su utilización con la gasolina sin plomo, violaba las obligaciones de trato nacional, la prohibición de los requisitos de desempeño y la prohibición de expropiación. Canadá tranzó la demanda por \$13 millones, revocó la medida gubernamental ofensiva y emitió una declaración aclarando que no tenía pruebas de daños ocasionados por el producto del inversionista. El inversionista en *Metalclad c. México* ganó, inicialmente, una indemnización por \$16.7 millones, antes de que el laudo fuera anulado en parte por la Corte Suprema de British Columbia.⁽⁵⁾

Las conclusiones legales de algunos fallos arbitrales iniciales preocuparon a los miembros de los gobiernos del TLCAN. En el caso *S.D. Myers*, el tribunal dictaminó que Canadá había discriminado flagrantemente respecto de las instalaciones de procesamiento de materiales peligrosos pertenecientes a los inversionistas estadounidenses, en violación del Artículo 1102, referente a la obligación de trato nacional.⁽⁶⁾ La mayoría del tribunal también determinó que el incumplimiento del Artículo 1102 por parte de Canadá constituyó un incumplimiento a su obligación de brindar un nivel mínimo de trato, según el Artículo 1105.⁽⁷⁾ Los funcionarios de los gobiernos miembros del TLCAN estuvieron preocupados de que la decisión

(5) Esta demanda ha generado interrogantes sobre la jurisdicción y el lugar del arbitraje; y ahora estos temas son debatidos como cuestiones previas en nuevos casos.

(6) *Vid.* *S.D. Myers c. Canadá*, indemnización parcial (13 de noviembre de 2000), en los parágrafos 255-256.

(7) *Vid. idem* en los parágrafos 266-268.

estableciera como precedente que cualquier violación al TLCAN, o al derecho internacional, sería interpretada como un incumplimiento *per se* del Artículo 1105, dando lugar a una recompensa por daños y perjuicios.

En el caso *Metalclad c. México*, el inversionista argumentó exitosamente que el gobierno mexicano había expropiado las instalaciones para desechar desperdicios peligrosos, en violación del Artículo 1110. En otros casos, los inversionistas intentaron argumentar que ciertas normas gubernamentales habían expropiado sus propiedades, de manera parcial o indirecta, lo que llevó a algunos miembros del Congreso de Estados Unidos a temer que el Capítulo XI podía ser una puerta abierta para que los inversionistas extranjeros reclamaran indemnizaciones por expropiaciones regulatorias que no se encontraban amparadas bajo la legislación estadounidense.

Así mismo, los funcionarios gubernamentales se inquietaron por los tipos de medidas gubernamentales (por ejemplo, leyes y reglamentos) que podrían ser consideradas por un tribunal de arbitraje como incompatibles con las protecciones a la inversión extranjera del Capítulo XI. Algunas de las demandas del Capítulo XI han sido percibidas como que desafían la autoridad soberana del gobierno de emitir reglamentos en materia medioambiental, seguridad y de conducir los procesos judiciales de acuerdo a su propia legislación. Esta percepción se exacerbó, en parte, por el documental de Bill Moyers titulado «Vendiendo democracia», transmitido por PBS televisión en el 2002, en el cual se presentaba al Capítulo XI del TLCAN como una herramienta secreta de prosperidad corporativa que compensa a los grandes negocios por circunvenir estándares medioambientales, medidas de seguridad e incluso la Constitución estadounidense.

IV. PONIENDO LÍMITE A LAS DEMANDAS DE LOS INVERSIONISTAS

Los miembros del TLCAN han reaccionado enérgicamente y de diferentes maneras ante la progresiva responsabilidad asumida en el Capítulo XI. En dos ocasiones han emitido pronunciamientos conjuntos de política referentes al Capítulo XI limitando la capacidad

de los inversionistas para presentar demandas. Estados Unidos ha desarrollado aún más la legislación y las negociaciones comerciales para garantizar que los avances en algunos de los casos del Capítulo XI no sean institucionalizados en futuros Tratados de Libre Comercio entre Estados Unidos y otros países.

A. Pronunciamientos de la Comisión de Libre Comercio

La Comisión de Libre Comercio, integrada por representantes comerciales de cada uno de los Estados miembros del TLCAN, emitió un pronunciamiento el 31 de julio de 2001, y nuevamente el 7 de octubre de 2003, sobre la interpretación e implementación del Capítulo XI. El primer pronunciamiento de la Comisión desencadenó un gran debate sobre si los Estados miembros del TLCAN estaban interpretando, reinterpretabo o modificando las disposiciones ambiguas contenidas en el Capítulo XI para mejorar su posición como demandados en los procesos arbitrales pendientes.

Por ejemplo, la obligación de nivel mínimo de trato en el Artículo 1105.1 establece que:

1. Cada una de las Partes deberá otorgar a las inversiones de los inversionistas de otra Parte un trato acorde con el derecho internacional, incluyendo un trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.

Según ha sido redactado este concepto, aparentemente se estaría definiendo el nivel mínimo de trato a la luz de tres estándares legales diferentes: trato acorde con el derecho internacional; trato justo y equitativo; y, protección y seguridad plenas.⁽⁸⁾ Cualquier trato que el gobierno dé a las inversiones y que no sea consistente con

⁽⁸⁾ Incluso donde las frases «trato justo y equitativo» y «protección y seguridad plenas» consideradas como subconjuntos del «derecho internacional», podría decirse que ambas pueden representar estándares legales diferentes dentro del derecho internacional, y podríamos preguntarnos qué otros subconjuntos de derecho internacional existen que puedan ser equivalentes para proveer el nivel mínimo de trato.

cualquiera de estos estándares podría ser una violación del nivel mínimo de trato.

Cada uno de estos tres estándares también deja abierta la posibilidad de que el gobierno incurra en violaciones. El Artículo 1105, según ha sido redactado, no contiene calificaciones pertenecientes a estos estándares ampliamente formulados.

La interpretación en la declaración emitida por la Comisión en el 2001, sin embargo, fue muy sucinta:

1. El Artículo 1105(1) establece que el nivel mínimo de trato a extranjeros según el derecho consuetudinario internacional es el nivel mínimo de trato que debe otorgarse a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte.
2. Los conceptos de «trato justo y equitativo» y «protección y seguridad plenas» no exigen un trato adicional, o superior, al exigido como nivel mínimo de trato por el derecho consuetudinario internacional.
3. La determinación de que ha habido un incumplimiento de otra disposición del TLCAN, o de un contrato internacional independiente, no significa que se ha incumplido el Artículo 1105 (1).⁽⁹⁾

Algunos demandantes han sostenido que la Comisión, mediante decreto, ha reducido los términos equiparando el nivel mínimo de trato con cualquiera de los tres amplios estándares legales (derecho internacional, trato justo y equitativo, protección y seguridad plenas); frente a ello los Estados miembros del TLCAN han sostenido que éste es un único y limitado estándar (el nivel mínimo de trato de extranjeros según el derecho consuetudinario internacional).

⁽⁹⁾ Vid. «Free Trade Commission Clarifications Related to NAFTA Chapter 11», 31 de julio de 2001 en: <http://www.ustr.gov/regions/whemisphere/nafta-chapter11.html> (última visita: 3 de junio de 2004).

El pronunciamiento de la Comisión que señala que el incumplimiento de otra disposición del TLCAN o de un contrato internacional no significa un incumplimiento al Artículo 1105, parece haber sido provocado por la conclusión del tribunal en el caso S.D. Myers, en el que la violación del Artículo 1102 por parte de Canadá constituyó una violación adicional al Artículo 1105. El pronunciamiento de la Comisión en el 2001 también fue percibido como un cuestionamiento al análisis que el tribunal había formulado en el caso Pope & Talbot. En este caso el tribunal cuestionó abiertamente si ese pronunciamiento representaba un esfuerzo inadecuado para enmendar los términos sustantivos del Artículo 1105.⁽¹⁰⁾

A pesar de que esta reinterpretación del Artículo 1105 parece atender los intereses del gobierno, los tribunales establecidos al amparo del Capítulo XI que analizan las demandas de nivel mínimo de trato han tenido muy presente el Artículo 1131.2, según el cual «cualquier interpretación de la Comisión sobre alguno de los artículos de este Tratado deberá ser vinculante para un Tribunal que se haya formado según este Artículo».

Otros dos pronunciamientos de la Comisión, del 7 de octubre de 2003, pueden tener un impacto sustantivo en los derechos del inversionista en arbitrajes iniciados al amparo del Capítulo XI. Después de la aparición del documental de Moyers, Estados Unidos está aparentemente más sensible a las quejas del sector medioambiental y de otros grupos de interés público, quienes sostienen que los arbitrajes del Capítulo XI deben ser públicos, y que dichos grupos deben poder gozar de algún grado de participación en los procesos. El primer pronunciamiento del 2003 de la Comisión estableció los procedimientos mediante los cuales los terceros podían presentar escritos *amicus curiae* dentro de un proceso llevado a cabo al amparo del Capítulo XI.⁽¹¹⁾ Los

⁽¹⁰⁾ Vid. Pope & Talbot *c.* Canadá, *Award on Damages* (31 de mayo de 2002), p. 10-11 y 23.

⁽¹¹⁾ Vid. *Statement of the Free Trade Commission on Non-Disputing Party Participation*, 7 de octubre de 2003 en: <http://www.ustr.gov/regions/whemisphere/nafta2003/statement-nondisputingparties.pdf> (última visita: 3 de junio de 2004)

procedimientos le dan a los tribunales facultades discrecionales para aceptar o rechazar los escritos *amicus*; pero el simple hecho de que terceros tengan la oportunidad de presentar una opinión puede ser una desventaja para los inversionistas. Es muy probable que los *amicus* sean presentados por grupos de interés del Estado cuyas normas están siendo cuestionadas; y, por lo tanto, es más probable que estén en contra del inversionista.

La Comisión también propuso medidas para estandarizar la forma de presentación de las Notificaciones de Intención de Recurrir al Arbitraje; este trámite constituye el primer paso en el proceso de arbitraje del Capítulo XI.⁽¹²⁾ El procedimiento incluye un formulario que debe ser llenado por los inversionistas-demandantes cuando presentan su Notificación de Intención. En el formulario, el inversionista debe consignar información sobre la demanda que está presentando y los medios de prueba. Por ejemplo, en el formulario se debe consignar la siguiente información:

- El inversionista-litigante debe presentar pruebas que acrediten su nacionalidad, incluyendo el acta de constitución de la empresa o pruebas de que está constituida en algún Estado miembro del TLCAN (leer parte II.c).
- La empresa del inversionista-litigante debe presentar pruebas que acrediten la constitución de la sociedad en el Estado receptor-miembro del TLCAN y cualquier prueba que demuestre que el inversionista es titular o que controla la institución, (leer parte III.b).
- Los demandantes (el inversionista-litigante y/o sus empresas) deben definir con precisión las inversiones según la lista de inversiones enunciadas en el Artículo 1139, y deberán

(12) *Vid. Statement of the Free Trade Commission on Notices of Intent to Submit a Claim to Arbitration*, 7 de octubre de 2003 en: <http://www.ustr.gov/regions/whemisphere/nafta2003/statement-intent.pdf> (última visita: 3 de junio de 2004)

presentar pruebas sobre la propiedad o control de la inversión, (leer: parte IV).

- Los demandantes deben presentar un poder notarial para demostrar que su representante legal está facultado para actuar en su nombre y representación en los procesos del Capítulo XI (leer parte V.b), requisito que no es típico en los procesos que se llevan ante la justicia federal.

La Comisión «recomienda» que los inversionistas utilicen el formulario, porque así se «cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 1119 del Tratado de Libre Comercio de Norte América (TLCAN) y ayuda a entender los fundamentos de la demanda.»⁽¹³⁾ Sin embargo, el hecho que el inversionista cumpla con llenar y presentar el formulario puede tener mayores implicancias para el ejercicio de los derechos en el arbitraje. Si un inversionista no entrega la información solicitada, o si el Estado demandado cuestiona la validez de la información suministrada, entonces el gobierno demandado puede negarse a que se continúe con el proceso de arbitraje, señalando que el inversionista no cumple con el Artículo 1119. El Estado se puede amparar en estos fundamentos para no aceptar la Declaración de Demanda del inversionista o tachar a los miembros del tribunal. Ante esta situación, el inversionista puede quedar en una posición difícil, ya que es posible que el tribunal arbitral –a quien compete en última instancia decidir si la demanda presentada por el inversionista cumple con los requisitos del Capítulo XI– aún no se ha formado y por lo tanto no podría pronunciarse sobre la validez de la posición del gobierno. Por lo tanto, existe la amenaza de que el gobierno demandado obstruya el proceso de arbitraje Inversionista-Estado, aún antes de que éste se inicie.⁽¹⁴⁾

⁽¹³⁾ *Id.*

⁽¹⁴⁾ Sin embargo, existe un riesgo importante para los gobiernos que utilicen tácticas de obstrucción ante una demanda referente al Capítulo XI presentada por un inversionista. Si finalmente la demanda procede ante un tribunal, éste puede desaprobador dicha conducta y dictaminar que la maniobra del gobierno constituye

Cuando el gobierno obstruye el inicio de un proceso de arbitraje recurriendo a diferentes actos procesales establecidos en las «recomendaciones» de la Comisión, los inversionistas no tienen muchas opciones. Las opciones principales son acudir ante el CIADI⁽¹⁵⁾ o ante el sistema judicial para buscar algún beneficio, pero cualquier proceso ante estas instituciones sólo podrá darse después de asumir costos y demoras adicionales. Pero lo más importante de esta medida, es que posiblemente imponga al CIADI nuevas exigencias y presiones, adicionales a resolver asuntos de procedimiento y gestionar los procesos. Aún queda por ver cuánto podrá o querrá atender el CIADI estas demandas y si los gobiernos intentarán utilizar los requisitos establecidos en el formulario de Notificación de Intención, para obtener alguna ventaja táctica a costa del inversionista (como una de las diferentes maneras de impedir el arbitraje).⁽¹⁶⁾

B. Ley de Comercio de 2002

El Congreso de Estados Unidos estaba tan preocupado de que se podría exponer a las responsabilidades reguladas en los Artículos 1105 y 1110 del TLCAN, que en la Ley de Comercio de 2002 exigió que el Representante Comercial de Estados Unidos imponga algunas limitaciones a las cláusulas de arbitraje Inversionista-Estado en los Tratados de Libre Comercio que se negociaran a partir de esa fecha. En lo referente a las demandas por expropiación, el Representante Comercial debería asegurarse «que no se otorgue a los

una violación del nivel mínimo de trato según el Artículo 1105. *Vid.* Pope & Talbot c. Canadá, *Award on the Merits of Phase 2*, (10 de Abril de 2001) en parágrafo 193.

(15) El Artículo 1124 del TLCAN designa al Secretario General del CIADI para resolver recusaciones contra los árbitros, sin tomar en consideración si el arbitraje está dirigido por la CNUDMI o por uno de los dos juegos de reglas del CIADI.

(16) A veces la Secretaría del TLCAN, que gestiona el Capítulo XIX, ha sido desafiada a clarificar problemas procesales aun cuando no tiene autoridad aparente según los contratos internacionales. Esos momentos han sido difíciles para la Secretaría y, algunas veces, embarazosos para los signatarios. El CIADI, que no es una institución del TLCAN, tiene el reto progresivo de gestionar un Capítulo crítico del TLCAN con pocos lineamientos y una creciente fricción de los gobiernos del TLCAN.

inversionistas extranjeros en Estados Unidos derechos sustantivos mejores en lo relativo a las protecciones de las inversiones de inversionistas nacionales en los Estados Unidos.»⁽¹⁷⁾ Aparentemente, el propósito de estos términos era hacerle frente a las demandas presentadas por los inversionistas extranjeros en las cuales se indicaba que la ley o los reglamentos de Estados Unidos expropiaban parcialmente el valor de sus inversiones extranjeras en Estados Unidos.⁽¹⁸⁾ La Ley de Comercio de 2002 también intentó restringir los términos del Artículo 1105, requiriendo que los «estándares de trato justo y equitativo [sean] consistentes con los principios legales y prácticas de Estados Unidos, incluyendo el principio del Debido Proceso». ⁽¹⁹⁾ De esta manera, la Ley de Comercio de 2002 marca el escenario para limitar las demandas en contra de Estados Unidos sobre expropiación y el nivel mínimo de trato que pudieran surgir de los Tratados de Libre Comercio que celebrara en el futuro.

C. Cambios posteriores al TLCAN en las obligaciones de inversión en TLC subsecuentes

Las reservas formuladas por Estados Unidos al mecanismo de arbitraje Inversionista-Estado del TLCAN se encuentran reflejadas en los Tratados de Libre Comercio negociados posteriormente por ese Estado con otros países. Actualmente, el TLC entre Estados Unidos y Australia no cuenta con una base para el arbitraje Inversionista-Estado distinta a la que pueda tener el inversionista bajo la legislación del gobierno receptor.⁽²⁰⁾ Las disposiciones sobre arbitraje Inversionista-Estado en los TLC con Chile, Singapur y América Central contienen

⁽¹⁷⁾ 19 U.S.C. §3802 (b) (3).

⁽¹⁸⁾ *Vid.* 19 U.S.C. §3802 (b) (3) (D) («que busque establecer parámetros para la expropiación y para la compensación por expropiación consistentes con los principios legales y práctica de los Estados Unidos»).

⁽¹⁹⁾ *Vid.* 19 U.S.C. §3802 (b) (3) (E).

⁽²⁰⁾ *Vid.* U.S. – Australia FTA, parágrafo 11.16.2 en: <http://www.ustr.gov/new/fta/Australia/final/final.pdf> (última visita 3 de junio de 2004).

nuevas limitaciones referentes a la envergadura de las demandas que puedan presentarse para proteger la inversión extranjera.

1. *Limitar las expropiaciones*

Los TLC de Estados Unidos con Chile, Singapur y América Central contienen anexos confirmando el entendimiento de los gobiernos que «salvo en raras circunstancias, las Partes recurrirán a acciones regulatorias no discriminatorias diseñadas y aplicadas para proteger los objetivos de bienestar público legítimos, como salud pública, seguridad y medio ambiente, que no constituyen expropiaciones indirectas.»⁽²¹⁾ Haciendo una comparación, el Artículo 1110 no cuenta con una excepción que permita la expropiación indirecta amparada por normas discriminatorias con objetivos de bienestar público.⁽²²⁾

Los anexos de estos recientes acuerdos también exigen que la expropiación sea entendida según se refleja en el derecho consuetudinario internacional, y que la acción de un gobierno debe interferir con los derechos de propiedad, o participación en una propiedad, tangible o intangible, en una inversión para violar las obligaciones referentes a la expropiación.⁽²³⁾ Dependerá de la forma en que se defina propiedad tangible o intangible con respecto a las inversiones amparadas por el Artículo 1139 del TLC, para ver si estos términos alterarán la envergadura de las demandas por expropiación.

⁽²¹⁾ *Vid. TLC U.S. – Chile*, anexo 10-D(4); Cartas de Intercambio Referentes a la Expropiación en el TLC U.S. – Singapur, párrafo 4; US- TLCAN Anexo 10-C (4) (b). Los textos de cada uno de estos TLC pueden ser encontrados en: <http://www.ustr.gov/new/fta/index.htm> (última visita 3 de junio de 2004).

⁽²²⁾ El Artículo 1114 del TLCAN da a entender tales consideraciones, pero incluso los términos aplicables a los intereses ambientales no es definitivo.

⁽²³⁾ *Vid. TLC U.S. – Chile*, Anexo 10-D(1 y 2); Cartas de Intercambio Referentes a la Expropiación en el TLC U.S. – Singapur, párrafos 1 y 2; US- TLCAN, Anexo 10-C (1 y 2).

2. *Limitar el nivel mínimo de trato*

Los TLC con Chile, Singapur y América Central contienen disposiciones sobre el nivel mínimo de trato, como el estándar mínimo de trato para extranjeros según el derecho consuetudinario internacional, siguiendo los pasos de la interpretación dada por la Comisión de Libre Comercio, en el 2001, al Artículo 1105 del TLCAN.⁽²⁴⁾ De manera similar, disponen que el incumplimiento de otra disposición del TLC, o de un acuerdo internacional, no implica un incumplimiento del nivel mínimo de trato,⁽²⁵⁾ y definen «trato justo y equitativo» como la obligación de no negar justicia en procesos penales, civiles o administrativos, de acuerdo al principio del debido proceso.⁽²⁶⁾ La «protección y seguridad plenas» están estrictamente limitadas a requerir que cada gobierno ofrezca el nivel de protección policial requerido bajo el derecho internacional consuetudinario.⁽²⁷⁾

3. *Dilucidaciones de la definición «inversión»*

Los recientes TLC con Estados Unidos contienen disposiciones que aparentemente están dirigidas a abrir las puertas para que el gobierno objete las demandas referentes a inversiones, aún cuando éstas cumplan con las definiciones técnicas de una inversión según el TLC. Por ejemplo, los TLC con Chile y Singapur contienen un pie de página donde se señala:

Cuando un activo carezca de las características para ser una inversión, dicho activo no constituye una inversión, sin importar la forma que tome. Una in-

⁽²⁴⁾ *Vid. TLC U.S. – Chile*, Artículo 10.4 (2); *TLC U.S. – Singapur*, Artículo 15.5(2); US-TLCAN, Artículo 10.5(2).

⁽²⁵⁾ *Vid. TLC U.S. – Chile*, Artículo 10.4 (3); *TLC U.S. – Singapur*, Artículo 15.5(3); US-TLCAN, Artículo 10.5(3).

⁽²⁶⁾ *Vid. TLC U.S. – Chile*, Artículo 10.4 (2) (a); *TLC U.S. – Singapur*, Artículo 15.5(2) (a); US-TLCAN, Artículo 10.5(2) (a).

⁽²⁷⁾ *Vid. TLC U.S. – Chile*, Artículo 10.4 (2) (b); *TLC U.S. – Singapur*, Artículo 15.5(2) (b); US-TLCAN, Artículo 10.5(2) (b).

versión se caracteriza por el compromiso de un capital, la expectativa de ganancia o beneficio, o asumir un riesgo.⁽²⁸⁾

Este cambio puede deberse a la preocupación del gobierno estadounidense por la responsabilidad que asumiría frente a las inversiones que involucran el acceso al mercado y la participación del mercado, como fue el caso en los tribunales que resolvieron *Pope & Talbot* y *S.D. Myers*.⁽²⁹⁾

V. CONCLUSIÓN

Cuando crece una institución siempre es de esperar que se realicen ajustes y afinamientos. El arbitraje Inversionista-Estado amparado por el Capítulo XI del TLCAN no debe ser la excepción. Sin embargo, los cambios institucionales deben ser examinados teniendo en cuenta los objetivos originales de la institución. Los objetivos declarados en el TLCAN, que deben ser aplicados por los gobiernos en la interpretación del Acuerdo, son:

- a) Eliminar las barreras para comercializar y facilitar el movimiento fronterizo de los bienes y servicios entre los territorios de las Partes;
- b) Promover las condiciones de competencia leal en el área de libre comercio;
- c) Aumentar sustantivamente las oportunidades de inversión en los territorios de las Partes;
- d) Ofrecer protección y aplicación adecuada y efectiva de los derechos de propiedad intelectual en el territorio de cada Parte;

⁽²⁸⁾ *TLC U.S. – Singapur*, pie de página 15-1; en el *TLC U.S. – Chile* se encuentran notas similares en los pies de página 10,11; y en el TLCAN en los pies de página 7, 9.

⁽²⁹⁾ *Vid.* por ejemplo: *Pope & Talbot, Inc. v. Government of Canada, Interim Award by Arbitral Tribunal*, p. 98 (26 de junio de 2000); *S.D. Myers, Inc. c. Gobierno de Canadá*, Decisión parcial en parágrafo 232 (13 de noviembre de 2000).

- e) Crear procedimientos efectivos para la implementación y aplicación de este Acuerdo, para la administración conjunta y para la conciliación; y
- f) Establecer la estructura para una mayor cooperación trilateral, regional y multilateral, expandiendo y mejorando los beneficios de este Acuerdo.⁽³⁰⁾

Los autores de políticas en Canadá, Estados Unidos y México deben considerar cuidadosamente si los cambios que aíslan a sus gobiernos de la responsabilidad de las disputas Inversionista-Estado cumplen necesariamente con los fines del TLCAN.

Los Estados miembro también deben tomar en cuenta el impacto que tienen los cambios procesales en los aspectos gerenciales. El Capítulo XIX del TLCAN está sometido a una alta presión, en general debido a la debilidad del aparato gerencial de la Secretaría. El CIADI aparenta manejar muy bien el Capítulo XI, pero inevitablemente será impulsado a tomar decisiones más complejas en la medida que los gobiernos busquen limitar, evitar e, incluso, obstruir el inicio de un proceso de arbitraje.

Después de diez años, y aún con los cambios realizados por los gobiernos, el Capítulo XI continúa siendo una fuerte institución que protege la inversión extranjera y que sirve como modelo para otros TLC bilaterales y multilaterales (aún cuando sea negativo, por último). La fuerza del Capítulo XI estimula la inversión extranjera entre fronteras en América del Norte, y garantiza a los inversionistas que cuentan con los recursos en dichas instancias donde sus inversiones están sometidas a la interferencia arbitraria y discriminatoria de los gobiernos.

⁽³⁰⁾ Artículo 102 del TLCAN.

EL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO EN ESPAÑA

CARLOS LASARTE ÁLVAREZ (*)

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Regulación normativa.* 3. *Características del sistema arbitral de consumo.* 4. *Ámbito de aplicación.* 5. *Las juntas arbitrales de consumo.* 5.1. *Composición.* 5.2. *Funciones.* 6. *Formalización del convenio arbitral.* 7. *Procedimiento arbitral.* 8. *El colegio arbitral.* 8.1. *Los árbitros en la Ley de Arbitraje.* 8.2. *El Colegio Arbitral de Consumo.* 8.3. *Las reglas procedimentales.* 9. *El laudo arbitral.* 9.1. *Anulación y revisión del laudo.* 9.2. *Ejecución del laudo.* *Nota bibliográfica.*

1. INTRODUCCIÓN

Como ocurre en la generalidad de los sistemas jurídicos, en el derecho español la institución del arbitraje consiste, en lo fundamental, en un mecanismo de resolución de litigios o conflictos que los interesados en ellos, de común acuerdo, excluyen del conocimiento de los jueces y tribunales de justicia, por razones básicamente de operatividad y rapidez en la decisión. El arbitraje, necesariamente, ha de encontrarse asentado en el acuerdo o común designio de las partes de sustituir el recurso a los órganos jurisdiccionales por el fun-

(*) Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Educación a Distancia - UNED, Madrid.

cionamiento directo e inmediato de unos árbitros que dicten una resolución sobre el litigio existente.

Así pues, en lugar de existir un auto o una sentencia que ponga fin a un procedimiento judicial, existirá una resolución arbitral llamada, desde antiguo laudo, que tiene igualmente por objeto poner fin a una controversia o litigio previamente existente. Si se quiere, pues, cabe afirmar que, voluntariamente, se sustituye la «tutela judicial», pública por antonomasia, por una «justicia privada», aunque semejante presentación del tema (realizada por algunos autores) tiene mucho de demagogia y arranca de un planteamiento erróneo o, al menos, capcioso, consistente en afirmar que la admisión del arbitraje como sistema de resolución de litigios y conflictos puede implicar la burla de los mecanismos de *justicia estatal* o resquebrajar la autoridad debida de los tribunales de justicia (sean nacionales o internacionales).

En realidad, sin embargo, el planteamiento correcto es exactamente el contrario. La propia legislación interna y, de otro lado, los acuerdos internacionales son el punto de arranque y proyección de los mecanismos arbitrales como «institución alternativa» al conocimiento jurisdiccional de los litigios. Baste aquí un solo dato al respecto incardinado en el movimiento de construcción de un derecho unitario para la Comunidad Europea: el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en su Recomendación N^o 12/1986, referente a ciertas medidas tendentes a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los tribunales, postuló que los gobiernos de la CEE o Unión Europea adoptasen las disposiciones adecuadas para que «en los casos que se presten a ello, el arbitraje pueda constituir una alternativa más accesible y más eficaz a la acción judicial».

Dicha Recomendación, expresamente considerada en su exposición de motivos, constituyó el motor de arranque de la ley española aplicable con carácter general al arbitraje que fue aprobada poco después del ingreso de España en las Comunidades Europeas: la Ley N^o 36/1988, de 5 de diciembre. Se cuidaba, asimismo, la exposición de motivos de dicha ley de evitar cualquier duda acerca de la adecuación constitucional de la institución arbitral: «el convenio arbitral no

implica renuncia de las partes a su derecho fundamental de tutela judicial, consagrado en el artículo 24 de la Constitución. Para ello, el título VII...».

La Ley N^o 36/1988 ha sido derogada recientemente por la Ley N^o 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, que ya no menciona ni considera de manera expresa la «recomendación europea», pues su principal criterio inspirador es el de basar el régimen jurídico español del arbitraje en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL), recomendada a su vez por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución N^o 40/72, de 11 de diciembre de 1985, «teniendo en cuenta las exigencias de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades de la práctica del arbitraje comercial internacional». El legislador español sigue, pues ahora, la recomendación de las Naciones Unidas y acoge como base la Ley Modelo. En adelante, salvo que otra cosa indiquemos, las referencias normativas se hacen, como es natural y lógico, a la Ley N^o 60/2003, vigente en el momento de dar a las prensas este breve ensayo.

2. REGULACIÓN NORMATIVA

Con carácter general, como acabamos de afirmar, el arbitraje se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico español, por la Ley N^o 60/2003, de 23 de diciembre, que deroga la Ley N^o 36/1988, de 5 de diciembre, que a su vez vino a sustituir a una ley anterior, la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado 22 de diciembre de 1953.

El arbitraje tiene una gran importancia como mecanismo de resolución de conflictos jurídicos en la sociedad actual, en la que los litigios patrimoniales de gran trascendencia económica y, sobre todo, los conflictos provocados por el comercio internacional suelen ser sometidos a arbitraje con notoria preferencia frente al posible conocimiento de ellos por los tribunales de justicia.

Así lo reconocía la propia exposición de motivos de la citada Ley N^o 36/1988, acreditando que la superación del «estrecho marco

civil» de la Ley de 1953 constituye uno de los puntos de mira de la regulación actual: «... la Ley de 1953 estaba concebida para la solución arbitral de conflictos de Derecho Civil en el más estricto sentido de la palabra; la práctica ha demostrado, en cambio, que dicha Ley no sirve para solucionar mediante instrumentos de composición arbitral las controversias que surgen en el tráfico mercantil, ni menos aún para las que surgen en el tráfico mercantil internacional».

Por su parte, el marchamo internacional y su adecuación a la Ley Modelo de la UNCITRAL de la nueva Ley N^o 60/2003 está fuera de toda duda.

El hecho de que en dicho ámbito, es decir, en los «grandes asuntos» (atendiendo a su cuantía económica) el arbitraje encuentre una generalizada aplicación no significa o implica su inadecuación para otros temas o cuestiones de menor trascendencia económica, como en particular ha ocurrido con el ámbito propio de los consumidores y usuarios. Por ello, constituyó un acierto de la Ley N^o 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios (en adelante, abreviadamente, LCU) recurrir al arbitraje.

Desde su primera redacción originaria, en efecto, el artículo 31.1 de la LCU dispuso ya que:

«1. Previa audiencia de los sectores interesados y de las asociaciones de consumidores y usuarios, el Gobierno establecerá un sistema arbitral que, sin formalidades especiales, atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios, siempre que no concurra intoxicación, lesión o muerte, ni existan indicios racionales de delito, todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y de la judicial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 24 de la Constitución».

Como puede verse, se excluyen del arbitraje de consumo en dicha previsión normativa los supuestos particularmente problemáticos y de gravedad (en los que haya de aplicarse el Código Penal o en los que exista un atentado contra la vida o la integridad física de las

personas de manera general) y, además, se establecía ya el criterio de que el arbitraje siguiera pautas de sencillez y facilidad procedimental («sin formalidades especiales»).

Por su parte, los dos siguientes apartados del citado artículo 31 de la LCU dieron por sentados otros aspectos de interés que conviene recoger de inmediato:

1. Por un lado, el número 2 estableció (y sigue estableciendo) que «el sometimiento de las partes al sistema arbitral será voluntario y deberá constar expresamente por escrito»
2. En segundo lugar, el apartado número 3 dejó establecido que «los órganos de arbitraje estarán integrados por representantes de los sectores interesados, de las organizaciones de consumidores y usuarios y de las administraciones públicas dentro del ámbito de sus competencias».

Estas previsiones normativas de la LCU fueron completadas por otras de no menor importancia que, pocos años después, se establecieron por las dos primeras disposiciones adicionales de la Ley N^o 36/1988 y, siguiéndolas en parte, por la disposición adicional única de Ley N^o 60/2003:

1. En la primera de ellas, por cuanto ahora nos interesa, se dejó establecido que la Ley general sobre el arbitraje sería de aplicación supletoria al sistema arbitral de consumo, que será gratuito, además que el laudo no tendría por qué elevarse a documento público (o «protocolizarse notarialmente», en términos técnicos).
2. Por su parte, la disposición adicional segunda de la Ley N^o 36/1988 (que ya no es objeto de contemplación por parte de la Ley N^o 60/2003) delegó en el Gobierno el desarrollo reglamentario del sistema arbitral de consumo.

En cumplimiento de semejante mandato normativo, casi un lustro después de aprobarse la Ley N^o 36/1988, se promulgó el Real Decreto N^o 636/1993, de 3 de mayo (*BOE* 21 mayo), por el que se regula el sistema arbitral de consumo, que naturalmente debe ser objeto de

detenida contemplación y desarrollo en este ensayo, como disposición normativa fundamental en relación con el sistema arbitral de consumo.

¿Un lustro después? ¿Son necesarios cinco años para elaborar un decreto?

El tiempo intermedio entre la Ley de Arbitraje y la aprobación del citado Real Decreto ha coincidido con una fase experimental en la que, mediante el decidido impulso del Instituto Nacional de Consumo, se fueron constituyendo diversas Juntas Arbitrales (municipales, de mancomunidad de municipios, provinciales y autonómicas), a efectos de comprobar la aceptación de un posible sistema arbitral de consumo por parte de los agentes sociales interesados en el movimiento de protección y defensa de los consumidores y usuarios, sobre todo organizaciones empresariales y empresas adheridas al sistema, además naturalmente de los propios consumidores, organizados a través de sus asociaciones más representativas.

Según datos oficiales del propio INC, en el período temporal comprendido entre 1986 (poco después, pues, de la propia aprobación de la LCU) y 1993 (año de publicación del Real Decreto) se consiguió que más de ochenta mil empresas y comercios se adhirieran al sistema arbitral de consumo, al tiempo que las veintiséis juntas arbitrales constituidas conocieron más de trece mil solicitudes de arbitraje.

Una década después, a finales del año 2003, según las estadísticas oficiales, puede afirmarse que el sistema arbitral de consumo se encuentra desde luego consolidado socialmente: casi se han triplicado (había en tal fecha 73 juntas arbitrales), al tiempo que las solicitudes de arbitraje se han multiplicado por cuatro (estando cerca de las 59.000). Las empresas adheridas, en cambio, sólo se han incrementado en un cincuenta por ciento, siendo a finales de 2003 su número el de 102.049, que no obstante es suficientemente representativo.

3. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO

A modo de recapitulación de lo hasta ahora dicho, y atendiendo a razones de índole práctica, dado que este ensayo no va a ser objeto

de publicación en España sino en la *Revista Peruana de Arbitraje*, conviene resaltar las notas características del sistema arbitral de consumo en el sistemas español, que podríamos reconducir a las siguientes:

1ª) **Carácter voluntario**

Al igual que ocurre con el arbitraje general (artículo 9 de la Ley de Arbitraje), en el caso especial del arbitraje de consumo, el sometimiento a arbitraje es de naturaleza voluntaria y, en garantía de ello, ha de constar expresamente por escrito, evitando así disputas recurrentes y engorrosos problemas de prueba en relación con la existencia o preexistencia de voluntad de sometimiento al sistema arbitral de consumo.

Como ya hemos visto, es la propia LCU la que, expresamente, contempla ambas cuestiones: «El sometimiento de las partes al sistema arbitral será voluntario y deberá constar expresamente por escrito» (artículo 31.2).

2ª) **Carácter vinculante y ejecutivo**

La legislación especial de consumo sigue también las pautas generales de la Ley de Arbitraje en relación con este extremo, como no podía dejar de ser.

Es natural que si las partes implicadas en un pleito o litigio cualquiera deciden acudir al arbitraje (conforme a la *voluntariedad* apenas considerada), semejante decisión deba considerarse como un acto serio y responsable que conlleva el acatamiento de la decisión arbitral, del laudo. Por ello, de manera paladina, establece el artículo 11.1 de la Ley N^o 60/2003 que «El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria».

En dicha línea, por su parte, el artículo 17.1 del RD N^o 636/1993 dispone que «el laudo arbitral tendrá carácter vinculante y producirá efectos idénticos a la cosa juzgada».

3ª) **Simplicidad**

Prevé igualmente la LCU que el sistema arbitral de consumo debe estar presidido por la idea de simplicidad procedimental, así como por la rapidez en la preparación del laudo que, como máximo, deberá ser dictado en el plazo de cuatro meses, a contar desde la designación del colegio arbitral (artículo 14.1 RD).

4ª) **Gratuidad**

Atendiendo a la necesidad de fomentar el movimiento de protección y defensa de los consumidores y usuarios las disposiciones legales especiales reguladoras del sistema arbitral de consumo, frente a lo que ocurre con carácter general en el arbitraje, se han preocupado de resaltar que el arbitraje de consumo debe tener la importantísima característica de ser gratuito, tanto para suministradores de bienes y servicios o empresarios cuanto, naturalmente, para los propios consumidores.

Como ya hemos visto, no fue la LCU la que inicialmente estableciera dicha nota de gratuidad, sino la disposición adicional primera de la Ley de Arbitraje de 1988, con ocasión de la reforma en la materia.

Naturalmente, con posterioridad, el RD N° 636/1993 incorpora la gratuidad del sistema arbitral de consumo como uno de los caracteres más sobresalientes del arbitraje de consumo (Cfr. artículo 10.1 *in fine*), pues no hay duda de que la generalización y fortalecimiento del sistema se ha visto incrementado por la circunstancia de que los interesados en las controversias generadas en materia de consumidores y usuarios no han de realizar desembolso alguno para someterse a arbitraje (salvo en relación con las costas generadas por las pruebas practicadas a instancia de parte, como veremos más adelante).

En cambio, como quizá quepa imaginar dada la profunda «mercantilización» insuflada al arbitraje por la Ley N° 60/2003, en ésta la palabra «gratuidad» o el epíteto «gratuito» no aparecen por parte alguna. Ello, claro, no obsta al carácter gratuito del arbitraje de consumo.

4. **ÁMBITO DE APLICACIÓN**

Establece textualmente el artículo 2 del Real Decreto N^o 636/1993 que «No podrán ser objeto de arbitraje de consumo las siguientes cuestiones:

- a) Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, salvo los aspectos derivados de su ejecución.
- b) Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición.
- c) Las cuestiones en que, con arreglo a las leyes, deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí mismos.
- d) Aquellas en las que concurren intoxicación, lesión, muerte o existan indicios racionales de delito (artículo 31.1 de la Ley N^o 26/1984)».

Obsérvese que en el propio texto reglamentario, entre paréntesis, se indica la procedencia de cada uno de los pasajes normativos, indicándose claramente que los tres primeros grupos de materias excluidas del arbitraje (las letras a, b, y c) son una mera reiteración del artículo 2.1 de la Ley de Arbitraje, mientras que el último apartado (la letra d) está tomado del propio artículo dedicado por la LCU al sistema arbitral de consumo.

5. **LAS JUNTAS ARBITRALES DE CONSUMO**

Hemos indicado ya que, entre 1986 y 1993, en fase experimental, se constituyeron algunas juntas arbitrales de consumo con anterioridad a la elaboración y publicación del RD N^o 636/1993 y que la valoración positiva de dicha experiencia fue precisamente determinante en la estructuración del sistema arbitral de consumo. En efecto, las juntas arbitrales de consumo constituyen o han constituido el motor de arranque y el impulso fundamental de la vitalidad del sistema arbitral de consumo, por lo que resulta conveniente detenerse en su contemplación.

Indican los dos primeros párrafos o apartados del RD N^o 636/1993 lo siguiente:

1. «Se constituye una Junta Arbitral de Consumo de ámbito nacional, adscrita al Instituto Nacional del Consumo, que conocerá, exclusivamente, de las solicitudes de arbitraje presentadas a través de las asociaciones de consumidores y usuarios cuyo ámbito territorial exceda del de una comunidad autónoma, por los consumidores y usuarios que estén afectados por controversias que superen asimismo dicho ámbito.
2. Las Juntas Arbitrales de Consumo, de ámbito municipal, de mancomunidad de municipios, provincial y autonómico, se establecerán por la Administración General del Estado mediante acuerdos suscritos a través del Instituto Nacional del Consumo, con las correspondientes Administraciones públicas».

Se deduce claramente del primero de los apartados que el ámbito competencial de los distintos tipos de juntas arbitrales de consumo ha de deducirse del ámbito territorial de la propia controversia en litigio: si el debate se limita a la circunscripción municipal, será competente la Junta Arbitral Municipal (supongamos, servicio de taxi); si se trata de cuestiones reguladas por normas autonómicas (imaginemos, regulación de ascensores y elevadores de los edificios de viviendas) la competencia corresponde a la Junta Arbitral de la Comunidad Autónoma oportuna, etc.

5.1. Composición

Así pues, las juntas arbitrales de consumo son organismos administrativos de muy distinto ámbito territorial, pero, en todo caso, integrados en la correspondiente Administración Pública y, por consiguiente, de ella dependiente a todos los efectos. Por ello, afirma el siguiente apartado que «las Juntas Arbitrales de Consumo estarán compuestas por un Presidente y un Secretario, cargos que deberán recaer en personal al servicio de las Administraciones Públicas y serán designados por la Administración de la que dependa la Junta, publicándose su nombramiento en el Diario Oficial correspondiente».

Esto es, componen las juntas arbitrales de consumo sencillamente dos personas, a las que ha de atribuirse respectivamente la presidencia y la secretaría.

5.2. Funciones

De conformidad con el artículo 4 del RD, las juntas arbitrales de consumo habrán de desempeñar las siguientes funciones:

- a) El fomento y la formalización de convenios arbitrales, entre consumidores y usuarios y quienes produzcan, importen o suministren o les faciliten bienes o servicios.
- b) Actuaciones de mediación respecto de las controversias derivadas de las quejas o reclamaciones de consumidores y usuarios.
- c) Confeccionar y actualizar el censo de las empresas que hayan realizado las ofertas públicas de adhesión al sistema arbitral de consumo en su ámbito territorial con expresión del ámbito de la oferta. Este censo será público.
- d) La elaboración y puesta a disposición de los interesados de los modelos de convenio arbitral, en los que se reflejarán las cuestiones que no puedan ser sometidas al sistema arbitral de consumo.

Resumidamente, impulsar el arbitraje de consumo, procurar la generalización del sistema arbitral de consumo y, aunque el precepto apenas indicado no lo diga, prestar variados servicios y, al mismo tiempo, «controlar» la totalidad del sistema, pues así se deduce del conjunto de la regulación, si se atiende a que las personas que ostenten la presidencia o secretaría de las juntas arbitrales de consumo deben cumplir también las siguientes tareas o actividades:

1. Recibir las solicitudes de arbitraje (artículo 5 RD), admitiéndolas o denegándolas (artículo 8)
2. Otorgar distintivos especiales a las empresas que se adhieran al sistema arbitral de consumo (artículo 7 RD)

3. Designar al Presidente y al representante de los consumidores en el colegio arbitral (artículo 11 RD)
4. Desempeñar la Secretaría del colegio arbitral, con voz pero sin voto (artículo 11), levantando las correspondientes actas (artículo 12 RD).

6. FORMALIZACIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL

La naturaleza propia de los pleitos y litigios de los consumidores y usuarios y la experiencia acumulada, tanto en España como en otros países europeos, ha determinado que el Real Decreto 636/1993 regule la formalización del convenio arbitral partiendo de la base de que el reclamante o el demandante es siempre el consumidor y, por tanto, el empresario o suministrador de bienes y servicios es «el reclamado» o demandado.

En efecto, el texto reglamentario utiliza con profusión el giro «el reclamado» que a nosotros se nos antoja poco preciso tanto semántica cuanto legislativamente. No obstante ello, una vez manifestada dicha crítica, lo utilizaremos también, pues como se sabe, una cosa es criticar las normas y otra bien diferente desconocerlas o inducir a error al lector. En todo caso, hubiera sido preferible identificar a las partes interesadas en el arbitraje sin necesidad de atribuir *ex ante* a una y a otra un papel o rol determinado, por frecuente que éste sea en la realidad cotidiana.

Para el artículo 5 del Real Decreto N^o 636/1993, sin embargo, asentado en la filosofía de que la denuncia o solicitud inicial la realiza siempre el consumidor, «los consumidores y usuarios presentarán personalmente o a través de asociaciones de consumidores y usuarios, las solicitudes de arbitraje, ante la Junta Arbitral de Consumo que corresponda, según lo previsto en el artículo 3, por escrito o por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, siempre que se garantice su autenticidad».

Adoptada la iniciativa por el consumidor de solicitar el arbitraje, la Junta Arbitral de Consumo en su condición de receptora de la solici-

tud de arbitraje y en cuanto dinamizadora del proceso arbitral, debe notificarla a la persona o entidad demandada (es decir, «el reclamado»), que puede encontrarse en una de las dos siguientes situaciones:

1. Puede encontrarse adherida o, lo que es lo mismo, voluntariamente sometida al sistema arbitral de consumo, en cuyo caso y por principio, seguirá adelante el procedimiento arbitral, pues se entiende entonces que, al haber realizado oferta pública de sometimiento al sistema arbitral de consumo, respecto de futuros conflictos con consumidores o usuarios, el reclamado es conforme con que el convenio arbitral quedará formalizado con la presentación de la solicitud de arbitraje por el reclamante, siempre que dicha solicitud coincida con el ámbito de la oferta (artículo 6.1).

Esta necesaria coincidencia entre la solicitud del reclamante y la «oferta de sometimiento al sistema arbitral de consumo» por parte del empresario o suministrador de bienes y servicios es la determinante de que se regulen con detalle los detalles o requisitos que debe contener la oferta pública de sometimiento al sistema arbitral de consumo.

En efecto, conforme al artículo 6.2 del Real Decreto Nº 636/1993, «la oferta pública se comunicará mediante escrito o cualquier otro medio de comunicación de los recogidos en el artículo anterior, dirigido a la Junta Arbitral de Consumo a través de la que se adhiere al sistema, debiendo contener los siguientes requisitos:

- a) Ámbito de la oferta.
- b) Sometimiento expreso al presente Real Decreto del sistema arbitral de consumo.
- c) Compromiso de cumplimiento del laudo arbitral.
- d) Plazo de validez de la oferta, que en caso de no constar se entenderá realizada por tiempo indefinido».

Por su parte, el artículo 6.3 del propio Real Decreto Nº 636/1993, establece que «la renuncia de la oferta pública de someti-

miento arbitral se comunicará a la Junta Arbitral a través de la cual se ha formalizado la oferta, por escrito o por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, y conllevará la pérdida del derecho a ostentar el distintivo oficial, desde la fecha de comunicación de dicha renuncia».

2. En cualquier otro caso, la Junta Arbitral de Consumo notificará la solicitud de arbitraje al reclamado, el cual deberá aceptarla o rechazarla por escrito o por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, en el plazo de quince días hábiles, a contar desde la recepción de la notificación. Si el reclamado no contestase en el plazo establecido en el apartado anterior, la Junta Arbitral de Consumo ordenará el archivo de las actuaciones, notificándolo al reclamante (artículo 9), quedando expedita pues la vía de la jurisdicción ordinaria.

Procederá igualmente la vía judicial cuando, por tratarse de algunas de las cuestiones a las que se refiere el artículo 2.2 del Real Decreto N^o 636/1993, esto es, las excluidas del sistema arbitral de consumo, el Presidente de la Junta Arbitral de Consumo competente declare el archivo de la correspondiente solicitud o pretensión, que naturalmente habrá de notificarse a los interesados (artículo 8).

7. PROCEDIMIENTO ARBITRAL

Conforme al artículo 10 del Real Decreto N^o 636/1993, el procedimiento arbitral de consumo comenzará con la designación del colegio arbitral, ajustándose en todo caso a lo dispuesto en este Real Decreto, con sujeción a los principios de audiencia, contradicción, igualdad entre las partes y gratuidad. Es decir, pese a que el arbitraje de consumo se configura «sin formalidades especiales» según la LCU, ello no impide que se mantengan en vigor los principios procesales fundamentales de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes.

Audiencia quiere decir que ambas partes, iguales ante la ley, tienen facultad para alegar todo cuanto a su derecho convenga a lo largo del procedimiento.

El principio de contradicción, por su parte, garantiza que las partes defiendan sus intereses y derechos enfrentados con el debido rigor para que la resolución final, el laudo, pueda encontrar suficiente motivación y fundamento.

En relación con la intervención de los interesados en el procedimiento, dispone el artículo 10.2 del Real Decreto N^o 636/1993 que «las partes podrán actuar por sí o debidamente representadas. El colegio arbitral apreciará en este caso la suficiencia de la representación». En términos teóricos, han debatido algunos comentaristas si la representación a la que se refiere el precepto debe ser entendida de manera parecida a lo establecido en relación con el arbitraje en general en el artículo 21.3 de la Ley de Arbitraje de 1988: «las partes podrán actuar por sí mismas o valerse de abogado en ejercicio» (visión abandonada, por cierto, por la vigente Ley N^o 60/2003). Sin embargo, dicho planteamiento resulta verdaderamente desenfocado: si el sistema arbitral de consumo debe entenderse configurado «sin formalidades especiales», ¿cómo puede pretenderse que la representación de cualquiera de las partes requiera obligatoriamente la intervención de un abogado en ejercicio?

Ciertamente, cualquier persona implicada en arbitraje de consumo puede hacerse representar por abogados en ejercicio, si así lo desea, pero también por cualquier otra persona, entre otras razones porque, como vamos a ver en seguida, los arbitrajes en materia de consumo se caracterizan por ser arbitrajes de equidad y, en consecuencia, resultaría incongruente plantear que los representantes de las partes hubieran de ser abogados ejercientes, cuando la propia Ley de Arbitraje de 1988 sólo lo requería así para los arbitrajes de derecho (Cfr. artículo 12.2 LA-1988). Basta, pues, la mera representación voluntaria, acreditada de manera suficiente ante el colegio arbitral, sin necesidad por otra parte de intervención notarial alguna, siendo suficiente acreditarla ante el colegio arbitral *apud acta*.

Puede confrontarse, en el sentido dicho, la sentencia de la AP de Granada (Sec. 4^a) de 29 de enero de 2002, en el que la Empresa Pública de Suelo de Andalucía (EPSA) ha actuado mediante la intervención de un técnico comercial a quien compete el control de las posibles reclamaciones presentadas por los adquirentes de las viviendas.

8. EL COLEGIO ARBITRAL

8.1. Los árbitros en la Ley de Arbitraje

Con carácter general, el Título III de la Ley de Arbitraje (artículos 12 a 21), está dedicado íntegramente a la regulación de los árbitros, quienes habrán de ser «personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión» (artículo 13; por ejemplo notarios, registradores, jueces, magistrados y fiscales en activo, etc.).

Además, conforme a la Ley de Arbitraje, en caso de tratarse de *arbitraje de derecho* es requisito complementario que los árbitros sean abogados en ejercicio (artículo 15.1).

La vigente Ley, en efecto, al igual que la precedente de 1988, restringiendo notoriamente la cualificación técnica de los posibles árbitros, establece que «en los arbitrajes internos que no deban decidirse en equidad de acuerdo con el artículo 34, se requerirá la condición de abogado en ejercicio, salvo acuerdo expreso (de las partes) en contrario».

Semejante restricción no encuentra parangón en ninguna de las leyes de arbitraje de los países del entorno geográfico europeo y responde sencillamente a la presión ejercida en su momento, en el debate de la Ley de 1988, por D. Antonio PEDROL RIUS, Presidente a la sazón del Consejo General de la Abogacía.

Es indiscutible, sin embargo, que muchos otros profesionales del Derecho (supongamos, notarios o abogados del Estado en situación de excedencia, magistrados jubilados del TS, ex magistrados del Tribunal Constitucional, etc.), ejerzan o no la abogacía, tienen mayor cualificación técnica que la mayor parte de los abogados en ejercicio. La norma considerada es, pues, manifestación de un corporativismo excesivo y merece ser derogada con la mayor brevedad posible. Pero, por ahora, sigue vigente.

Venimos hablando de árbitros, en plural, porque comúnmente el colegio arbitral se encuentra compuesto por tres personas (*tria fiunt*

collegia), designadas o propuestas una por cada una de las partes y la tercera por consenso o acuerdo de ambas. Sin embargo, la exigencia legal al respecto es únicamente que el número de árbitros debe ser impar (artículo 12); por tanto, con la Ley de Arbitraje en la mano, no sólo cabe designar un *árbitro único*, sino que ésta es la regla conforme a la Ley N° 60/2003 (artículo 12 *in fine*).

8.2. El Colegio Arbitral de Consumo

La regla supletoria propia de la Ley de Arbitraje de 1988 de que los árbitros, a falta de otro acuerdo de las parte, fueran tres, es norma de obligado cumplimiento conforme al Real Decreto N° 636/1993, pues su artículo 11 establece que se constituirá un colegio arbitral específico compuesto por tres árbitros: un representante de los consumidores, un representante de los sectores y, finalmente, el presidente del colegio arbitral.

El propio precepto detalla el procedimiento de cada uno de tales árbitros, quienes serán designados del siguiente modo:

- A) Como regla general, «el Presidente del colegio arbitral será designado por la Junta Arbitral, entre personal al servicio de las administraciones públicas, licenciados en derecho, previamente nombrado al efecto por la administración pública de la que dependa dicha Junta».

Esto es, el diseño del sistema arbitral de consumo está encabezado por la idea de que las administraciones públicas asumen de manera sistemática el papel mediador o componedor en el arbitraje, dado que los otros dos árbitros representan respectivamente a consumidores y empresarios.

La exigencia de que, en tal caso, el presidente sea Licenciado en Derecho para prudente y razonable, aunque al Consejo General de la Abogacía, como puede suponerse le pareció insuficiente e inmediatamente después de la publicación del Real Decreto N° 636/1993 (BOE del 21 de mayo de 1993) impugnó la norma reglamentaria pretendiendo que incluso para los arbitrajes de consumo el Real Decreto debería haber seguido las

pautas propias de la Ley de Arbitraje e imponer la condición de abogado ejerciente.

La sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sec. 4ª) de 2 de junio de 1999 rechazó la pretensión del Consejo General de la Abogacía, manteniendo pues la corrección de la regla reglamentaria, defendible en cuanto los arbitrajes de consumo, como hemos dicho, son en principio arbitrajes de equidad y no de derecho.

Además, para los supuestos en que las partes decidieran que el laudo se dictara conforme a derecho y no en equidad, como pueden perfectamente acordar, el apartado 3 del artículo 11 dispone que «los miembros del colegio arbitral deberán ser abogados en ejercicio, salvo el Presidente designado según lo previsto en el primer párrafo del apartado 1.a)».

- B) Resulta también posible que la facultad de designar al presidente del colegio recaiga en las partes, cuando éstas lo soliciten de mutuo acuerdo, atendiendo a la especialidad del objeto de la reclamación. La solicitud, en tal supuesto, será resuelta no obstante por el presidente de la Junta Arbitral.
- C) Para los casos en que la reclamación se dirija contra una entidad pública vinculada a la Administración Pública de la que dependa la Junta Arbitral (imaginemos, se demanda a la empresa de transportes urbanos o a la sociedad municipal de aguas), las partes podrán elegir de mutuo acuerdo al presidente del colegio arbitral, pudiendo tratarse en este caso de una persona ajena a la Administración Pública, que ya *prima facie* sugiera una mayor ecuanimidad.
- D) La designación de representantes de los consumidores se efectuará de la forma siguiente:

Cuando la reclamación se formule a través de una organización de consumidores, el representante será el designado por la misma en la Junta Arbitral.

Si la reclamación se presenta directamente en la Junta Arbitral, la designación se hará de oficio entre los representantes propuestos previamente por las asociaciones de consumidores y usuarios.

- E) El representante de los sectores empresariales será el designado por éstos en la Junta Arbitral, cuando el reclamado forme parte de una organización adherida al sistema arbitral. En los demás casos, lo será el designado de oficio entre los propuestos previamente por las organizaciones empresariales que se hayan adherido a la misma.

8.3. Las reglas procedimentales

Nombrados los árbitros, el colegio arbitral se completará con el secretario de la Junta Arbitral de Consumo, quien actuará como tal –es decir, como secretario también en el colegio arbitral– con voz pero sin voto, facilitando el oportuno soporte administrativo y siendo el responsable de las notificaciones.

Una vez constituido el colegio arbitral, tras haber manifestado los árbitros la aceptación del cargo, comenzará el procedimiento arbitral propiamente dicho, que en principio es sumamente sencillo y privado, recuérdese, de formalidades especiales. En el plazo máximo de tres meses, los árbitros darán dará audiencia a las partes (artículo 12.1).

La audiencia podrá realizarse verbalmente o por escrito, pudiendo las partes presentar los documentos y hacer las alegaciones que consideren necesarias para la mejor defensa de sus derechos e intereses, de manera tal que los árbitros puedan imponerse suficientemente de las respectivas pretensiones de las partes, intentar la conciliación entre ellas, y, en caso negativo, comenzar a formular el enjuiciamiento de las cuestiones controvertidas (artículo 12, 2 y 3).

Tras la fase alegatoria, se entra en período probatorio. En relación con las pruebas de los hechos correspondientes, el colegio arbitral acordará la práctica de las pruebas pertinentes, citando para ello a las partes, las cuales podrán intervenir por sí mismas o debidamente representadas (artículo 13.1).

Las pruebas pueden ser acordada por el colegio arbitral o practicadas a instancia de parte, siendo bastante distinto su régimen:

- A) Las pruebas acordadas de oficio serán costeadas por la administración de la que dependa la Junta Arbitral de Consumo, en función de sus disponibilidades presupuestarias (artículo 13.2).
- B) Los gastos ocasionados por las pruebas practicadas a instancia de parte serán sufragados por quienes las propongan y las comunes por mitad, salvo que el colegio arbitral aprecie en el laudo mala fe o temeridad en alguna de las partes, en cuyo caso podrá distribuir en distinta forma el pago de los mismos (artículo 13.3).

Una vez concluida la fase probatoria y practicadas las pruebas, comienza la fase decisoria, que culminará cuando el colegio arbitral dicte el correspondiente laudo, pero si los árbitros lo consideran conveniente, antes de entrar en la fase decisoria, pueden acordar la convocatoria de las partes para oír las nuevamente.

9. EL LAUDO ARBITRAL

Una vez concluido el procedimiento arbitral, los árbitros ponen fin a la controversia sometida a su conocimiento mediante una decisión que, desde antiguo, recibe el nombre de *laudo*, término que es absolutamente unívoco en el lenguaje castellano: resolución acordada por los árbitros que, una vez firme, tiene el mismo valor y eficacia que una sentencia, produciendo por tanto «efectos de cosa juzgada», según establecen los artículos 43 de la Ley de Arbitraje y 17.1 del Real Decreto N^o 636/1993.

Con carácter general y de acuerdo con la práctica inveterada, el laudo, al igual que las sentencias, debe dictarse por escrito, expresando las circunstancias personales de los árbitros y de las partes, el lugar en que se dicta, la cuestión sometida a arbitraje, una sucinta relación de las pruebas practicadas, las alegaciones de las partes y, finalmente, la decisión arbitral (artículo 43 LA). Dada su naturaleza propedeútica y la relativa falta de práctica en materia de consumo, el Real Decreto N^o 636/1993 ha preferido desgranar con todo detalle el contenido mínimo del laudo y, por ello, establece el artículo 16.1

que el laudo deberá dictarse por escrito y expresará al menos las siguientes circunstancias:

- a) Lugar y fecha en que se dicte.
- b) Nombres y apellidos de los árbitros y de las partes o, en su caso, razón social.
- c) Los puntos controvertidos objeto del arbitraje.
- d) Relación sucinta de las alegaciones formuladas por las partes.
- e) Las pruebas practicadas, si las hubiere.
- f) La decisión sobre cada uno de los puntos controvertidos.
- g) El plazo o término en que se deberá cumplir lo acordado en el laudo.
- h) El voto de la mayoría y el voto disidente, si lo hubiera.
- i) La firma de los árbitros.

Una de las cuestiones más importantes relacionadas con el fallo arbitral es la relativa al período o plazo de que disponen los árbitros para adoptarlo, pues precisamente la celeridad del mecanismo arbitral es uno de sus mayores alicientes. Conforme a la ley general, en principio, dicho plazo será fijado por las propias partes que se someten a arbitraje y no son extraños en la práctica los supuestos en los que el plazo considerado es extraordinariamente breve, aunque cabe también (en litigios de extraordinaria complejidad) señalar plazos de una relativa extensión. Para el caso de que las partes no hayan señalado plazo alguno, la Ley de Arbitraje fija con carácter supletorio el de seis meses, contados desde el día de la contestación a la demanda (artículo 37).

Sin embargo, en materia de consumo, el Real Decreto N^o 636/1993 ha optado por establecer, de manera imperativa, un plazo más breve y una regla especial: «El laudo arbitral deberá dictarse en el plazo máximo de cuatro meses desde la designación del colegio arbitral» (artículo 14.1).

El plazo establecido, tiene carácter preclusivo, salvo que antes de haber expirado las partes concedieran a los árbitros una prórroga, y por tanto su transcurso sin haberse dictado el laudo determina (aparte de la responsabilidad de los árbitros) la absoluta ineficacia del convenio arbitral, dejando expedita la vía judicial. En este sentido, expresa el artículo 14.2 del Real Decreto N^o 636/1993 que el plazo «sólo podrá ser prorrogado por acuerdo expreso de las partes, notificándolo al colegio arbitral antes de la expiración del plazo inicial».

En relación con la «notificación, corrección y aclaración de términos, así como la anulación y ejecución de los laudos» establece el artículo 172 del Real Decreto N^o 636/1993 que se realizarán de acuerdo con lo establecido en la Ley de Arbitraje. Así pues, aunque referidas a las normas propias de esta ley vamos a finalizar esta breve exposición considerando las cuestiones siguientes: anulación, revisión y ejecución del laudo.

9.1. Anulación y revisión del laudo

Una vez dictado, el laudo arbitral vincula y sujeta a las partes a la propia decisión de haber sometido sus controversias al procedimiento arbitral. Ello determina que la ley procure restringir al máximo las posibilidades de impugnación del laudo, otorgando a las partes únicamente dos recursos posibles: el recurso de anulación del laudo y el recurso de revisión del mismo.

A) Acción de anulación del laudo

Dicha acción habrá de ser interpuesta ante la audiencia provincial del lugar donde se hubiera dictado el laudo (artículo 41 LA), dentro del plazo de los dos meses siguientes a la notificación de aquél (artículo 46.2), exponiéndose en el escrito correspondiente los fundamentos que sirvan para apoyar el motivo o motivos de anulación invocados y proponiéndose la prueba que sea necesaria y pertinente. La vigente ley plantea dicho recurso como un procedimiento sumario y establece finalmente, para evitar la continua litigiosidad sobre la validez o posible anulación del laudo, que contra la sentencia fi-

nalmente dictada por la audiencia provincial «no cabrá ulterior recurso» (artículo 42.2, *in fine* LA).

Las causas de anulación se encuentran establecidas en el artículo 41 de la Ley de Arbitraje y deben considerarse taxativas, pues el encabezamiento del precepto establece que «el laudo *sólo podrá ser anulado* cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

- a) Que el convenio arbitral no existe o no es válido.
- b) Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
- c) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión.
- d) Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley.
- e) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.
- f) Que el laudo es contrario al orden público».

El carácter taxativo de tales causas es, en principio, indiscutible. Sin embargo, obsérvese que la amplitud del concepto de orden público es verdaderamente antagónico con la pretensión legal de establecer un verdadero *numerus clausus* de causas de anulación.

B) Acción de revisión

Dada la identidad del laudo con la cosa juzgada, el artículo 43 de la Ley otorga igualmente a las partes la posibilidad de entablar el recurso de revisión conforme a lo establecido en la legislación procesal para las sentencias judiciales firmes.

Bajo el imperio de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, el recurso de revisión, claramente excepcional, debía ser planteado (tras

la LOPJ) ante la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, de conformidad con los artículos 1.796 y siguientes de dicha Ley de Enjuiciamiento Civil, por causa de aparición de nuevos documentos de carácter decisivo, fraude o falsedad en la emisión del laudo.

Una vez en vigor la LEC-2000, es de aplicación naturalmente lo previsto en el Título VI de su Libro II en relación con la revisión de sentencias firmes. En consecuencia, hemos de remitir al estudio procesal de los artículos 509 a 516 de la LEC-2000, conforme a los cuales sigue siendo competente para el conocimiento del recurso de revisión de los laudos la Sala 1.^a del Tribunal Supremo.

9.2. Ejecución del laudo

Una vez dictado, naturalmente, el fallo contenido en el laudo puede ser ejecutado por las partes de forma voluntaria y sin intervención de autoridad jurisdiccional alguna. Si fuere necesario acudir a la ejecución forzosa, las partes podrán obtenerla del Juez de 1.^a Instancia del lugar en que aquél hubiere sido dictado, por los trámites establecidos para la ejecución de sentencias firmes, pues el laudo es un título ejecutivo; no obstante, el artículo 45 de la Ley prevén ciertas especialidades respecto del proceso de ejecución general.

Naturalmente, tras la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, si bien con las especialidades a que acabamos de hacer referencia, en materia de ejecución del laudo han de entenderse aplicables los trámites establecidos para la ejecución de sentencias en los artículos 517 y siguientes de la LEC-2000.

Regulaba igualmente la Ley de 1988 la posibilidad de la ejecución en España de los laudos arbitrales extranjeros «de conformidad con los Tratados internacionales que formen parte del ordenamiento interno» (artículo 56.1 LA-1988). La competencia para ello radicaba en la Sala 1.^a (o de lo Civil) del Tribunal Supremo (artículo 57 LA-1988), incluso tras la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000.

En cambio, el artículo 46 de la Ley Nº 60/2003 plantea el exequátur de laudos extranjeros (los pronunciados fuera del territorio

español) sobre otras bases: «El exequátur de laudos extranjeros se regirá por el Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión, y se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por tribunales extranjeros». La competencia, pues, corresponde ahora a las audiencias provinciales.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

- AA.VV., *Curso de mediación y arbitraje. Nuevos retos del arbitraje de consumo, Cuadernos de Consumo*, N^o 23, Gobierno de Aragón, 2005.
- ACOSTA ESTÉVEZ, J., «El arbitraje en la Ley de 5 de diciembre de 1988», *Rev. del Foro Canario*, 1990, p. 109.
- ALBALADEJO GARCÍA, M., «La ominosa pretensión de hacer irrecurrible el laudo infractor de derecho», en *Academia Sevillana del Notariado*, 1991, IV (Hom. al prof. Jordano Barea).
- ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *El sistema español de arbitraje de consumo*, Madrid, 1999.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Tecnos, Madrid, 1991.
- BONET NAVARRO, A., «El control judicial de la nulidad de pleno derecho del laudo arbitral», en *Derecho privado y Constitución*, 1995/6, p. 183.
- CORDÓN MORENO, F., *El arbitraje de Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 2005.
- CUACARELLA GALIANA, L. A., *El procedimiento arbitral (Ley N^o 60/2003)*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2004.
- CHECA BRAVO, J., «El sistema arbitral de consumo y los principios de la Comisión de las Comunidades Europeas aplicables a los órganos de solución extrajudicial de los litigios de consumo», *EC* 2000, N^o 52.

- CHILLÓN MEDINA, J. M. y MERINO MERCHÁN, J. F., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, Madrid, 1991.
- DE LA CUESTA SÁENZ, J. M.^o, «Contractualidad del arbitraje (a propósito de la STC 174/1995, de 23 de noviembre)», en *Derecho privado y Constitución*, 1996/9.
- DÍAZ ALABART, S., «El arbitraje de consumo», en *Estudios sobre Derecho de consumo*, 2.^o ed., Bilbao, 1994, 197; «La cláusula de arbitraje en los contratos de adhesión (a propósito del artículo 22 del Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación del Ministerio de Justicia de noviembre de 1991)», *AC* 1992, 377.
- DÍEZ CLAVERO, J., «Posibilidades del arbitraje en el Derecho comunitario», en *Libro homenaje a Jesús López Medel*, Madrid, 1999, T. II.
- GARCÍA AMIGO, M., «La defensa de los consumidores desde el derecho privado», *RDP* 1985.
- GARCÍA PÉREZ, C., *El arbitraje testamentario*, Valencia, 1999.
- GASPAR LERA, S., «Eficacia subjetiva del arbitraje», *AC* 1999.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M.^o C., «Valoración y carga de la prueba en el Procedimiento Arbitral de Consumo (reclamaciones en el ámbito de la telefonía)», *EC* 2000, N^o 52.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*, Lex Nova, Valladolid, 2004.
- GUILARTE ZAPATERO, V. (y otros), *El arbitraje en arrendamientos urbanos*, 1992.
- GULLÓN BALLESTEROS, A., «Algunos problemas que suscita la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988», *La Ley* 1989-2, 214.
- INC, *Arbitraje de consumo: pronunciamientos judiciales*, Madrid, 1999.
- LÓPEZ-MEDEL Y BASCONES, M., «Arbitraje, jurisdicciones nacionales y cuestión prejudicial» en *Libro homenaje a Jesús López Medel*, T. II, Madrid, 1999.

- LORCA NAVARRETE, A. M., *Derecho de arbitraje interno e internacional*, Madrid, s.d. CREMADES SANZ-PASTOR, B., *Arbitraje comercial internacional*, Madrid, s.f.
- MARÍN LÓPEZ, J. J., «El arbitraje de consumo: primeros pronunciamientos judiciales», en *Aranzadi Civil* 1995/II, p. 9.
- MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*, Madrid, 1991.
- MONTERO AROCA, J., *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, Madrid, 1990.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «El contrato de compromiso, según la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988», *AC* 1989-1, p. 3.
- ORTIZ NAVACERRADA, M., «La Ley N^o 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje: aspectos procesales», *AC* 1989-1.
- PANTALEÓN PRIETO, F., «Notas sobre la nueva Ley de Arbitraje», *La Ley* (Revista semanal de Legislación), 1989, N^o 10.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *El arbitraje. La conciliación. Los modos anormales de terminación del proceso (el desestimiento, la renuncia, el allanamiento, la transacción, la caducidad)*, Madrid, 1991.
- PERALES VISCASILLA, M^a. P., *Arbitrabilidad y convenio arbitral Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, Aranzadi, 2005.
- RAMOS MÉNDEZ, F., *Arbitraje y litigios transfronterizos en un foro global*, Atelier, Barcelona, 2005.
- ROCA MARTÍNEZ, J. M.^o, *Arbitraje e instituciones arbitrales*, 1992.

LA EVOLUCIÓN DEL ARBITRAJE EN BRASIL Y SU ACEPTACIÓN POR EL PODER JUDICIAL

SILVIA BUENO (*)
LISE DE ALMEIDA (**)

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Legislación relativa al arbitraje que rige en Brasil.* 2.1. *Legislación interna.* 2.2. *Tratados Internacionales.* 3. *Reconocimiento de la constitucionalidad de la Ley de Arbitraje.* 4. *Cooperación del Poder Judicial.* 4.1. *Necesidad de apoyo de la Justicia.* 4.2. *Homologación y ejecución de sentencias arbitrales.* 4.3. *Postura del Poder Judicial.* 5. *Conclusión.*

1. INTRODUCCIÓN

En el décimo año de vigencia de la Ley de Arbitraje, Brasil tiene mucho que celebrar. Hasta 1996 este país era considerado uno de los últimos *ilôt de resistance* al arbitraje comercial internacional. Tal reputación se debía a una legislación obsoleta,⁽¹⁾ que colocaba a Brasil en una posición poco atractiva para el arbitraje internacional.

El primer problema del sistema anterior era la exigencia del compromiso arbitral. Antes de 1996 la cláusula arbitral era conside-

(*) Abogado en la firma L.O. Baptista Advogados, Sao Paulo, Brasil.

(**) Socia de la firma L.O. Baptista Advogados, Sao Paulo, Brasil.

(1) Brasil no tenía una Ley de Arbitraje, apenas reglas previstas en el Código Civil y en el Código Procesal Civil.

rada una simple promesa de compromiso arbitral por la jurisprudencia brasileña.⁽²⁾ Si una parte no la cumplía, recurriendo a la justicia, la obligación se resolvía en daños y perjuicios, reduciendo la cláusula de arbitraje a una indemnización.

La legislación también exigía la homologación judicial del laudo arbitral. Consecuentemente, para que una decisión arbitral extranjera fuera ejecutada en Brasil era necesario recurrir al sistema de «doble exequátur». Tanto la corte del país en donde la decisión fue declarada como la corte brasileña deberían reconocer la decisión, asegurándose que los requisitos de ambas leyes se hayan cumplido.

Aparte del tiempo necesario para un procedimiento tan burocrático,⁽³⁾ muchas jurisdicciones no tenían competencia para llevar a cabo tal homologación, haciendo imposible la ejecución de decisiones arbitrales ya declaradas. Y aunque la jurisdicción extranjera pudiese obedecer tal sistema de homologación, las cortes brasileñas solamente determinarían la ejecución de la sentencia si esta fuera satisfactoria para los requisitos procesales de la ley brasileña.

En el ámbito internacional, Brasil se negaba a ratificar la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, celebrada en Nueva York en 1958 (Convención de Nueva York). En lugar de hacerlo, optó por ratificar en 1995

(2) «Para que la excepción *ex compromiso*, oponible en los juicios estatales (...) pudiese ser aceptada, antes y sobre todo, compromiso perfecto y acabado debería existir, presentes todos los requisitos legales (...). Confrontados esos requisitos legales con los de la cláusula 16 que emana, véase que, sin sombra de duda, en la última se encuentra incluida una mera promesa de compromiso arbitral. De esta forma (...) la falta de respeto a esta cláusula podría generar una controversia específica sobre la ruptura de esa promesa (...) como un nuevo ajuste no se hizo, para que el compromiso se perfeccionara, no debe la presente controversia ser sustraída del Poder Judicial (...)» (Apelación Civil Nº 107.779-2, TJSP, 23.09.1986).

(3) Como la homologación de laudos arbitrales era de competencia del Juez de Primera Instancia, estaba sujeta a recurso de apelación, y después a recurso especial en el Superior Tribunal de Justicia, lo que implicaba lentitud en el proceso (CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei Nº 9.307/96*, 2a. ed. rev., atual. e ampl., Atlas, São Paulo, 2004, p. 23).

la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Panamá, 1975) y en 1997 la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (Montevideo, 1979). Esa postura brasileña demostraba una clara preferencia por iniciativas regionales, ya que el contenido de esas convenciones seguía lo establecido en la Convención de Nueva York.

Con la apertura de su economía, Brasil notó la necesidad de establecer una estructura de arbitraje eficiente para atraer la inversión extranjera. Determinado a romper con su pasado hostil al arbitraje, Brasil emprendió una importante reforma de su legislación de arbitraje, adoptando una ley moderna en 1996.

La nueva ley impulsó importantes acontecimientos que se dieron enseguida: en 2001, el Supremo Tribunal Federal de Brasil reconoció la constitucionalidad de la Ley de Arbitraje. En 2002 Brasil finalmente ratificó la Convención de Nueva York.

2. LEGISLACIÓN RELATIVA AL ARBITRAJE QUE RIGE EN BRASIL

2.1. Legislación interna

Ley N° 9.307/96

A pesar que el legislador brasileño no haya adoptado la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial Internacional, él ha sido claramente influenciado por ella, así como por la Convención de Nueva York. Esa influencia se puede notar, por ejemplo, en la previsión de que el Poder Judicial brasileño debe reconocer las decisiones arbitrales sin revisar el mérito de la disputa. La ley brasileña de arbitraje no establece distinción entre arbitraje nacional o internacional; dispone, entretanto, que la sentencia arbitral declarada en el territorio brasileño será considerada nacional, siendo extranjeras las demás.⁽⁴⁾ Esta definición es relevante en la medida en

(4) Artículo 34, párrafo único, Ley N° 9.307/96.

que la sentencia arbitral extranjera debe ser homologada por el Poder Judicial para que produzca efectos en Brasil.⁽⁵⁾

La única limitación establecida por la ley con relación a las materias que pueden ser objeto de arbitraje es que se trate de derecho patrimonial disponible.⁽⁶⁾ En cuanto a la arbitralidad subjetiva, la ley establece que todas las personas capaces de contratar pueden someterse al arbitraje.⁽⁷⁾

La ley brasileña concede amplia autonomía para que las partes definan las reglas de derecho aplicables al contrato y al arbitraje,⁽⁸⁾ que será de derecho a menos que las partes opten por la equidad.⁽⁹⁾ Las partes también pueden elegir el procedimiento del arbitraje,⁽¹⁰⁾ optando por un reglamento que les parezca conveniente o creando sus propias reglas.

El árbitro puede ser cualquier persona capaz y de confianza de las partes.⁽¹¹⁾ Él está sujeto a las mismas causas de recusación aplicables a los jueces y a las mismas responsabilidades aplicables a un empleado público.⁽¹²⁾

La nueva ley reconoció el efecto negativo de la cláusula compromisoria, que aparta de hecho la competencia del Poder Judicial para decidir la cuestión.⁽¹³⁾ Si acaso hubiera resistencia de una parte al arbitraje, el proceso se desarrolla como está previsto en la

(5) Artículo 35, *Idem*.

(6) Artículo 1, *Idem*.

(7) Artículo 1, *Idem*.

(8) Artículo 2 § 1, *Idem*.

(9) Artículo 11, II, *Idem*.

(10) Artículo 5, *Idem*.

(11) Artículo 13, *Idem* y Capítulo I del Código Civil Brasileño.

(12) Artículo 14, *Idem*.

(13) Se trata del efecto negativo de la cláusula compromisoria, previsto en el artículo 267, VII del Código Procesal Civil.

cláusula compromisoria. Aunque, si se trata de una cláusula vacía,⁽¹⁴⁾ se recurre al Poder Judicial para firmar el compromiso arbitral, donde se definen los parámetros del procedimiento y se nombra el árbitro.⁽¹⁵⁾ El arbitraje se instituye con la aceptación del cargo por parte del árbitro.⁽¹⁶⁾

La ley ha equiparado la sentencia arbitral a la judicial.⁽¹⁷⁾ En forma distinta de lo que ocurre en otros países, la sentencia arbitral no está sujeta a recurso de apelación, no siendo necesario, por lo tanto, renunciar a ese recurso en la cláusula compromisoria. Las partes sólo pueden presentarle al árbitro los *embargos de declaración*,⁽¹⁸⁾ buscando aclarar ambigüedades, contradicciones o dudas con relación a la sentencia arbitral. De ninguna forma pueden intentar revisar el laudo utilizando los *embargos*.

La posibilidad de anulación del laudo, que debe ser solicitada al juez, también es bastante limitada, cabiendo apenas en los siguientes casos:⁽¹⁹⁾ (i) nulidad del compromiso arbitral; (ii) decisión que traspasa los límites de la convención de arbitraje o que no decide todo el litigio; (iii) incapacidad del árbitro; (iv) ausencia de requisitos formales del laudo, (v) sentencia declarada después del plazo; (vi) desobediencia a los principios del contradictorio, de la igualdad de las partes, de la imparcialidad del árbitro o de su libre convencimiento.⁽²⁰⁾

(14) Artículo 6, Ley N° 9.307/96.

(15) Artículo 7, *Idem*.

(16) Artículo 19, *Idem*.

(17) Artículo 31, *Idem*.

(18) Artículo 30, *Idem*.

(19) Artículo 33, *Idem*.

(20) La judicatura considera exhaustivas las hipótesis de anulación de la sentencia arbitral previstas en la ley, como se evidencia en la decisión proferida en la Apelación Civil N° 70009071069, TJRS, 17ª. Cámara Civil, Rel. Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, j. 14.12.2004: «(...)No hay nulidad en la sentencia arbitral, por ninguno de los incisos del art. 32 de la Ley N° 9.307/96 (...)».

Ley Nº 11.079/2004

Una vez establecido un ambiente más favorable al arbitraje, surgió la polémica con relación a la posibilidad de que los entes de la Administración Pública –empresas públicas, sociedades de economía mixta y el propio Estado– participen en arbitrajes en Brasil.

Para algunos autores, más conservadores, la instalación del juicio arbitral para solucionar cuestiones envolviendo esos entes sólo puede ocurrir en los casos en que haya una ley autorizando la adopción del arbitraje para aquel contrato específico.⁽²¹⁾ Los más modernos entienden que esa autorización legislativa innecesaria, o que puede ser genérica,⁽²²⁾ y la jurisprudencia tiende a afirmarse en esa dirección.⁽²³⁾

En medio de esas discusiones, se emitió la Ley Nº 11.079/2004, admitiendo expresamente la utilización del arbitraje para la resolución de los conflictos originados de *Asociaciones Público-Privadas* (PPPs). El propósito de esta innovación fue asegurarle al inversor privado mayor seguridad jurídica, lo cual «presupone una forma adecuada de solución de litigios y de adaptación del contrato a las nuevas circunstancias, especialmente tratándose de contratos de largo plazo en los cuales muchos factores son inciertos e imprevisibles. Esta solución debe ser rápida y derivar de la actuación del órgano imparcial

(21) ROCHA, Fernando Antonio Dusi, «*Da possibilidade de uso da arbitragem nos contratos administrativos*», en: *Revista Licitar*, V. 1, julio de 1997, p. 24.

(22) «De cualquier modo, la autorización legal procurada por algunos puede ser (y normalmente será) genérica, como ocurre en el caso de las empresas públicas y en las sociedades de economía mixta, sometidas por vía constitucional al régimen de las empresas privadas y, por vía de consecuencia, autorizadas –por la propia naturaleza de sus respectivas actividades– a disponer de derechos.» (CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei Nº 9.307/96*, 2a. ed. rev., atual. e Ampl., Atlas, São Paulo, 2004, p. 67).

(23) Ejemplo de ese entendimiento es el Agravo Regimental Nº 481023 en Agravo de Instrumento (STJ, 18.12.2003), caso en que los ministros del STJ afirmaran que de la presencia del Poder Público en el contrato no derivaría la imposibilidad de utilizar el arbitraje.

no vinculado a ninguna de las partes, lo que favorece el arbitraje bajo todas sus formas».⁽²⁴⁾

La ley prevé dos restricciones específicas para arbitrajes de PPPs: que la sede del arbitraje sea en Brasil y que el proceso se conduzca en la lengua portuguesa.⁽²⁵⁾ Se resalta que el proyecto original, más restrictivo, exigía que el árbitro fuera brasileño, pero esa exigencia fue excluida del texto final.

De cualquier manera, vale recordar que no son todas las disputas relacionadas a las PPPs las que podrán ser arbitradas, sino solamente aquellas que envuelvan derechos disponibles del Estado. Si hubiera, en el seno de una PPP, un litigio acerca de derechos indisponibles del Estado, deberá someterse al Poder Judicial para su solución.

Ley N° 11.196/2005 (Concesión y Permiso de Servicios Públicos)

Este progreso relacionado a la aceptación del arbitraje envolviendo a la Administración Pública se repitió en la Ley N° 11.196/2005, que modifica la ley general de concesión y del permiso de servicios públicos, pasando también a admitir el uso del arbitraje en esos casos.⁽²⁶⁾

⁽²⁴⁾ WALD, Arnoldo, «A Infra-Estrutura, as PPPs e a Arbitragem», en: *Revista de Arbitragem e Mediação*, Año 2, N° 5, abril-junio 2005, São Paulo, p. 25.

⁽²⁵⁾ Artículo 11, Ley N° 11.079/2004: «El instrumento convocatorio contendrá minuta del contrato, indicará expresamente la sumisión de la licitación a las normas de esta Ley y observará, si es aplicable, los §§ 3º y 4º del art. 15, los arts. 18, 19 y 21 de la Ley N° 8.987, de 13 de febrero de 1995, y también podrá prever: (...) III – el empleo de los mecanismos privados de resolución de disputas, inclusive el arbitraje, que debe realizarse en Brasil y en lengua portuguesa, conforme la Ley N° 9.307, de 23 de septiembre de 1996, para dirimir conflictos relacionados al contrato». (sic).

⁽²⁶⁾ La Ley N° 11.196/2005 incluyó el siguiente artículo en la Ley N° 8.987/1995 (Ley General de Concesión y de Permiso de Servicios Públicos): «Art. 23-A. El contrato de concesión podrá prever el empleo de mecanismos privados para la resolución de disputas derivadas o relacionadas al contrato, inclusive el arbitraje, a ser realizado en Brasil y en lengua portuguesa, en los términos de la Ley N° 9.307, del 23 de septiembre de 1996».

Como ocurrió con la ley de las PPPs, esta ley de 2005 demuestra la inclinación del Estado para someterse a arbitrajes, representando un avance importante en favor del arbitraje.

Algunos defienden que no sería necesario adoptar estatutos específicos para permitir la utilización del arbitraje en casos como el de la Ley N^o 11.079/2004 o de la Ley N^o 11.196/2005, ya que la Ley de Arbitraje brasileña establece que cualquier conflicto relativo a derechos patrimoniales disponibles puede ser decidido por arbitraje. Asimismo, frente a las reiteradas decisiones judiciales que sostenían que los conflictos que involucraban entidades públicas no eran arbitrables,⁽²⁷⁾ Brasil optó por adoptar estatutos específicos para eliminar cualquier duda en cuanto a la posibilidad de utilizar arbitraje en esos sectores.⁽²⁸⁾

2.2. Tratados Internacionales

Brasil es signatario de diversos Tratados Internacionales que disciplinan el arbitraje, siendo los principales: El Protocolo de Ginebra de 1923;⁽²⁹⁾ La Convención de Panamá de 1975;⁽³⁰⁾ La Con-

(27) Los ejemplos más ilustrativos son: (i) Caso COPEL (VFCParaná-3, Caso N^o 24334/0000, Relator: Josely Ditrich Ribas, 03.06.2003; TJParaná, MS N^o 0161371-8, Relator: Oto Luiz Sponholz, 05.07.2004; VFC-3 Paraná, Caso N^o 24334/0000, Relator: Josely Ditrich Ribas, 15.03.2004); (ii) Caso AES Uruguaiana (TJRS, Ags. Ins. N^o 70004506424, 70004535662 y 70003866258, Relator: Teresinha de Oliveira Silva, 13.11.2002) y (iii) Caso Guggenheim (*Eliomar de Souza Coelho v. César Epitácio Maia e Solomon Guggenheim Foundation*, Relator: Ademir Pimentel, 29.10.2003, *Rev. Brasileira de Arbitragem* (2004).

(28) La solución adoptada para remediar este problema fue similar a la solución adoptada por el gobierno francés en el famoso caso EuroDisney, donde un estatuto específico fue adoptado, permitiendo la inserción de una cláusula de arbitraje en el contrato relacionado al proyecto. El gobierno brasileño emitió una serie de autorizaciones legales expresas para arbitrar conflictos en sectores específicos de la industria. Como eso permite arbitraje en solamente ciertos tipos de concesiones, la ley de las PPPs parece de alguna forma seguir una lógica similar. Clávio Valença Filho y João Bosco Lee, «Brazil's New Public-Private Partnership Law», *Journal of International Arbitration*, Vol. 22, N^o 5, pp. 419-426.

(29) Decreto N^o 21.187, de 22.03.1932.

(30) Decreto N^o 1.902, de 9.05.1996.

vención de Montevideo de 1979;⁽³¹⁾ y la Convención de Nueva York de 1958.⁽³²⁾

Es interesante marcar que hasta la ratificación de la Convención de Panamá, el Protocolo de Ginebra era la única convención internacional sobre arbitraje de la cual Brasil hacía parte.

En 2002 Brasil finalmente ratificó la Convención de Nueva York. Es verdad que la Ley de Arbitraje de 1996 y los instrumentos regionales firmados por Brasil, especialmente las Convenciones de Panamá y de Montevideo, ya contemplaban las provisiones relevantes de esa Convención, con respecto al reconocimiento y a la ejecución de laudos arbitrales extranjeros.

Sin embargo, ratificar la convención de Nueva York representó un paso fundamental en la historia brasileña del arbitraje. En primer lugar, Brasil le demostró a la comunidad internacional que estaba determinado a cambiar de forma definitiva la historia del arbitraje en este país, eliminando su preferencia por adoptar únicamente reglamentos regionales. Asimismo, Brasil otorgó una garantía adicional a los inversionistas extranjeros, ya que elevó una obligación de derecho interno⁽³³⁾ al nivel de tratado internacional. Considerando que la violación de un tratado internacional por un Estado puede crear un incidente político –lo que no ocurre con una violación de la ley interna– esa medida demuestra su firme propósito de respetar las modernas reglas de arbitraje internacional previstas en la Convención de Nueva York.

3. RECONOCIMIENTO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE ARBITRAJE

La Reforma Legislativa de 1996 ha sido celebrada en la comunidad internacional como un paso fundamental en dirección al desa-

(31) Decreto N° 2.411, de 2.12.1997.

(32) Decreto N° 4.311, de 23.07.2002.

(33) Ley N° 9.307/96.

rollo del arbitraje en Brasil. Sin embargo, después de ese paso lento y difícil para la aprobación de la Ley, la comunidad internacional asistió sorprendida a un desafío más: el cuestionamiento de la constitucionalidad de tal estatuto en el Supremo Tribunal Federal.

Se afirmaba que la Ley de Arbitraje, en la medida que reconocía el efecto negativo de la convención arbitral, hería la garantía constitucional de apreciación por el Poder Judicial de lesión o amenaza a derecho.⁽³⁴⁾ Después de un intenso debate, que comprometió a la comunidad jurídica nacional, el arbitraje venció nuevamente, con el cuestionamiento resultando a favor de la constitucionalidad en 2001.⁽³⁵⁾

4. COOPERACIÓN DEL PODER JUDICIAL

4.1. Necesidad de apoyo de la Justicia

A pesar de haber sido resuelta la discusión acerca de la imposibilidad de coexistencia del proceso judicial y del proceso arbitral para analizar el mérito de una determinada disputa, existen casos en que el arbitraje necesita del apoyo del órgano judicial para tener un desarrollo regular.

Ante la hipótesis de que las partes de un contrato opten por el arbitraje por medio de la cláusula compromisoria vacía, pueden verse frente a la necesidad de recurrir al Poder Judicial para que el proceso arbitral se desarrolle regularmente. Esto porque si una de las partes se recusa al arbitraje, la cláusula vacía no permite que el proceso arbitral se instaure en forma inmediata. Así, la otra parte es forzada a socorrerla en el órgano judicial, para que el Juez sustituya a la parte y fije el contenido del compromiso, definiendo de esta forma los contornos del proceso arbitral.

Otro aspecto a ser considerado está relacionado al poder de coerción, prerrogativa del Estado: los árbitros no disponen del po-

⁽³⁴⁾ Constitución Federal, artículo 5, inciso XXXV.

⁽³⁵⁾ El cuestionamiento de la constitucionalidad se dio en el caso Sentencia Extranjera N° 5.206 (STJ, 12.12.2001).

der de policía; necesitan, por lo tanto, de la ayuda del Poder Judicial para imponerle a la parte recalcitrante en decisiones provisionales y coercitivas que surjan en el curso del arbitraje. Cabe mencionar un cambio reciente de postura del Poder Judicial brasileño con reflejos positivos para el arbitraje: el Superior Tribunal de Justicia recientemente concedió la primera medida provisional en un caso de homologación de sentencia extranjera,⁽³⁶⁾ firmando una posición innovadora si la comparamos con el Supremo Tribunal Federal –que no aceptaba este tipo de tutela anticipada–, y de esta forma señala con simpatía la anticipación de sentencias arbitrales,⁽³⁷⁾ desde que compruebe la posibilidad de daños y perjuicios con la demora. En los casos en que el Tribunal Arbitral no esté constituido, las partes pueden recurrir directamente al Poder Judicial para obtener la medida de urgencia.⁽³⁸⁾

La integración entre arbitraje y el Poder Judicial también puede ocurrir sí, en el curso del proceso arbitral, surge una controversia acerca de los derechos indisponibles, de cuya solución dependa la sentencia arbitral.⁽³⁹⁾ En ese caso, el tribunal arbitral suspende el curso del arbitraje y remite a las partes a la autoridad judicial competente para apreciar la cuestión.

Otra situación clara de la importancia de la cooperación entre el arbitraje y el Poder Judicial para conferirle efectividad al proceso arbitral, consiste en la necesaria participación del Poder Judicial para

⁽³⁶⁾ Sentencia Extranjera N° 1.601 (STJ, 18.07.2006).

⁽³⁷⁾ La Resolución N° 9 (04.05.2005) del Superior Tribunal de Justicia, adoptada después que éste recibió la competencia para homologar sentencias extranjeras, estableció la posibilidad de anticipación de tutela: «Art. 4º, §3º. Se admite la tutela de urgencia en los procedimientos de homologación de sentencias extranjeras».

⁽³⁸⁾ Apelación Civil N° 393.297-8, TJMG, 15.05.2003: «Como la renuncia con fuerza definitiva a la vía judicial es excepcional con relación a las demandas cautelares, el acceso a la jurisdicción, en tales casos, es permitido. Por lo tanto, debe acogerse a los pedidos de suspensión de protesto e imposición de la obligación de no encaminar títulos de crédito para protesto, al paso que la controversia acerca de la exigibilidad o inexigibilidad de las mismas debe ser objeto del proceso de arbitraje».

⁽³⁹⁾ Artículo 25, Ley N° 9.307/96.

la homologación de la sentencia arbitral, si fuese proferida fuera del territorio brasileño, y para la ejecución de la sentencia arbitral, en el caso que no haya un cumplimiento espontáneo de la parte deudora, como veremos adelante.

4.2. Homologación y ejecución de sentencias arbitrales

El Código brasileño de Proceso Civil⁽⁴⁰⁾ exige que las decisiones judiciales pronunciadas por una corte extranjera sean reconocidas por las cortes brasileñas, para que esas decisiones se tornen eficaces en Brasil. También estableció que tal procedimiento se debe realizar ante el Supremo Tribunal Federal (STF),⁽⁴¹⁾ que era tradicionalmente el órgano competente para proceder con la homologación en Brasil.⁽⁴²⁾

La sistemática se aplica al reconocimiento de los laudos arbitrales si ellos fueran proferidos fuera del territorio brasileño. Para que un laudo arbitral extranjero –que la ley brasileña define como sentencia arbitral– sea eficaz en Brasil, la decisión debe ser sometida a homologación, un proceso de reconocimiento de la decisión por el Poder Judicial brasileño.

Algunos autores critican la opción brasileña de envolver un tribunal superior (STF) en la tarea de reconocer actos extranjeros, sugiriendo la transferencia de esa función a las cortes más bajas. La ventaja de tal alteración sería la celeridad, ya que las cortes más bajas cuentan con un número más grande de miembros y están menos sobrecargadas que el STF. Ignorando esa discusión, la competencia para la homologación se ha transferido al Superior Tribunal de Justicia (STJ) –y no a una corte más baja– en 2004, con la 45^a. Enmienda a la Constitución Federal Brasileña.⁽⁴³⁾

⁽⁴⁰⁾ Ley N° 5.869, de 11.01.1973.

⁽⁴¹⁾ Artículo 483 del Código Procesal Civil brasileño.

⁽⁴²⁾ La Constitución brasileña de 1988 ha reafirmado la competencia del STF para proceder al reconocimiento de decisiones extranjeras (Artículo 150, I, h).

⁽⁴³⁾ Artículo 105, I, (i), Constitución Federal Brasileña. Hasta el año 2004 el Supremo Tribunal Federal era competente para analizar los pedidos de homologación de

A pesar de esa discusión sobre cuál órgano debería ser competente para la homologación, y de las innumerables críticas a los aspectos burocráticos del procedimiento de homologación –que no es más burocrático que otros procedimientos judiciales brasileños–, la jurisprudencia demuestra que no ha habido problemas graves con la homologación de decisiones arbitrales extranjeras.

El STJ tiene un control muy limitado sobre las decisiones arbitrales declaradas en el exterior, y debe hacerlas cumplir independientemente de su origen y sin reexaminar el mérito – con muy pocas excepciones, similares a las previstas en los más modernos estatutos internacionales y extranjeros.⁽⁴⁴⁾ Las recientes decisiones manifestadas por el STJ demuestran su completa conformidad con esas reglas.

Una vez homologada, la sentencia arbitral (o judicial) extranjera pasa a ser reconocida en el territorio brasileño y, si no fuera cumplida espontáneamente, le cabrá a la parte interesada dar comienzo al proceso de ejecución de la sentencia arbitral que, como ya fue dicho, se equipara a un título ejecutivo judicial.

Propuesta a la acción de ejecución de la sentencia arbitral, sea ella una sentencia arbitral extranjera previamente homologada o nacional, el juez de primer grado (competente para la acción) no

sentencia arbitral extranjera. Con la reforma judicial, puesta en ejecución en 2004 por medio de la 45ª. Enmienda de la Constitución brasileña, tal competencia fue transferida al Superior Tribunal de Justicia (STJ). Aunque la modificación tenga el efecto de traer a los ministros del STJ a analizar un tema sobre el cual nunca se habían pronunciado, no se esperaban modificaciones significativas en la jurisprudencia. Eso porque el procedimiento de homologación representa un acto formal de aceptación de la decisión. La competencia del STJ no incluye el análisis del mérito de la decisión, sólo la verificación del cumplimiento de los requisitos previstos en la ley brasileña y en la regulación interna de STJ. Sin embargo, ya se ha podido notar cambios en el procedimiento de homologación. Las decisiones de homologación son proferidas en seis meses por el STJ, lo que representa significativa reducción del plazo, en comparación con el STF. Además, nótase una postura aun más favorable al arbitraje por parte del STJ.

⁽⁴⁴⁾ Tal previsión de la ley brasileña sigue el Artículo 36 de la Ley Modelo UNCITRAL, que refleja el Artículo V de la Convención de Nueva York.

podrá reexaminar el mérito de la decisión. Tal prohibición esta prevista en la ley y proclamada por el Poder Judicial.⁽⁴⁵⁾

Los argumentos de defensa que puede presentar el deudor ejecutado para pagar la cuantía justa, que ya eran limitados, lo fueron aún más, con la reciente edición de la legislación procesal,⁽⁴⁶⁾ volcada a tornarse aún más célere el proceso de ejecución. Estos argumentos se restringen a la: (a) Falta o nulidad de la citación, si el proceso corrió en rebeldía; (b) Inexigibilidad del título; (c) Empeño incorrecto o evaluación errónea; (d) Ilegitimidad de las partes; (e) Exceso de ejecución; y (f) Causas extintivas o modificadoras del título. De esa forma, el legislador brasileño buscó contribuir a la celeridad del proceso ejecutivo.

4.3. Postura del Poder Judicial

La creciente receptividad del arbitraje también se constata en el ámbito del Poder Judicial, que viene sistemáticamente rechazando la apreciación de litigios entre partes que celebraron una convención arbitral, reconociendo que la elección del arbitraje excluye, naturalmente, la jurisdicción estatal. La reluctancia histórica de los jueces al instituto dio lugar, en los últimos años, a una postura de verdadero apoyo al arbitraje, llegando a la proclamación que, ante la duda, sería pro-arbitraje.⁽⁴⁷⁾

La existencia de la convención arbitral funciona como condición negativa para el ejercicio del derecho de acción frente al Poder

(45) Recurso Especial Nº 693.219/PR (2004/0124717-5) STJ, 3ª T. – Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19.04.2005: «(...) No es posible el análisis del mérito de la sentencia arbitral por el Poder Judicial, siendo viable, entretanto, la apreciación de eventual nulidad en el procedimiento arbitral(...)».

(46) Ley Nº 11.232/2005.

(47) El uso del arbitraje para solucionar disputas de naturaleza laboral también está creciendo en Brasil. Después de mucho debate acerca de la adecuación del instituto a ese tipo de litigio, se está consolidando el entendimiento de que es válida la convención de arbitraje para los derechos de naturaleza patrimonial disponible del contrato de empleo.

Judicial, siendo verdad que la propia legislación procesal brasileña dispone que la Convención de Arbitraje es causa de extinción del proceso judicial sin juzgamiento del mérito.⁽⁴⁸⁾ Le corresponde al demandado alegar, en su oportunidad de defensa, la decisión anterior de las partes de resolver sus disputas por medio del arbitraje, decisión esta de la que, por el consagrado axioma *pacta sunt servanda*, la otra parte no se puede evitar.⁽⁴⁹⁾

La opción por el arbitraje debe ser expresa. En decisión reciente del STJ, se le negó la homologación de sentencia arbitral extranjera por ausencia de manifestación expresa de una de las partes con relación a la elección del juicio arbitral, por atentar contra el orden público nacional.⁽⁵⁰⁾ ⁽⁵¹⁾

(48) Código Procesal Civil, artículo 267, VII, y artículo 301, IX.

(49) El juez no puede conocer la existencia de la cláusula de compromiso *ex-officio*, cabiéndole a la parte interesada alegar esa preliminar. La jurisprudencia reafirma ambos conceptos: «De la forma como es disciplinada por la ley de arbitraje, prevista la cláusula compromisoria en un determinado contrato, y ocurriendo cualquier controversia con relación al mismo, las partes no pueden recurrir al Poder Judicial para solucionarlas, pero sí deben sujetarse a la decisión a ser declarada por el árbitro elegido para solucionar el compromiso arbitral surgido. Siendo esta la voluntad de las partes manifestada en la cláusula de compromiso, permitir la actuación judicial de la misma sería admitir la invalidación de la voluntad bilateral de los litigantes, lo que sólo es admisible ante las hipótesis de cláusulas abusivas o ilegales –lo que no se revela en este caso». (Apelación Civil N° 393.297-8, TJMG, 15.05.2003); «(...) promovida la acción en el ámbito del Poder Judicial, le cabe a la parte contraria alegar (...), en el caso de ejecución, en sede de embargos, la excepción del *pactum de compromisso*, que podrá llevar a la extinción del proceso sin juzgamiento del mérito, porque está vedado al juicio conocer la materia de oficio, *ex vi* del § 4º. del art. 301 del Estatuto Procesal» (Apelación Civil N° 254.852-9, TAMG, 03.06.1998).

(50) Sentencia Extranjera Contestada 967 –Corte Especial– Rel. Min. José Delgado – *Plexus Cotton Limited vs. Santana Têxtil S.A.*, j. 15.02.2006.

(51) Se resalta, entretanto, que la participación de la parte en el proceso arbitral, indicando árbitro y presentando su defensa, ha sido considerada como señal inequívoca de su concordancia con el arbitraje, para el fin de homologación de la sentencia arbitral en caso en que las partes no habían firmado convención de arbitraje. «Cláusula de Arbitraje –Contrato no firmado– Participación en el procedimiento de arbitraje –SEC 856– STJ. Sentencia arbitral extranjera. Cláusula compromisoria. Contrato no firmado por la requerida. Comprobación del pacto. Ausencia de elementos. I. Se tiene como satisfecho el requisito de la aceptación de

Además de consagrar la eficacia negativa de la cláusula arbitral, el Poder Judicial ha escogido la autonomía de la convención arbitral y la jurisdicción del árbitro para juzgar su propia jurisdicción. La Ley de Arbitraje fue clara con relación a los dos temas, no dejando margen a la interpretación: «la cláusula compromisoria es autónoma con relación al contrato en que estuviera incluida, de tal suerte que la nulidad de este no implica, necesariamente, la nulidad de la cláusula compromisoria»⁽⁵²⁾ y «le cabrá al árbitro decidir de oficio, o por solicitud de las partes, las cuestiones acerca de la existencia, validez y eficacia de la convención de arbitraje y del contrato que contenga la cláusula compromisoria».⁽⁵³⁾

Recientemente, en un caso bastante sonado en Brasil,⁽⁵⁴⁾ el Poder Judicial afirmó la competencia del árbitro para decidir sobre su propia competencia, consagrando, de esta forma, el principio *Kompetenz-Kompetenz* en armonía con la tendencia preponderante en las jurisdicciones extranjeras. Se trata del caso de la sociedad de economía mixta COPEL Distribuição S.A., que firmó contratos con cláusula arbitral y, posteriormente, cuando inició procesos arbitrales, ingresó con medida judicial para suspenderlos. La medida *anti-suit* fue rechazada, habiendo el Poder Judicial prestigiado el principio *Kompetenz-Kompetenz*, inclusive en lo que respecta a su efecto negativo.⁽⁵⁵⁾

la convención de arbitraje cuando la parte requerida, de acuerdo con pruebas en los autos, presentó su defensa en el juicio arbitral, sin impugnar en ningún momento la existencia de la cláusula de arbitraje. 2. No cabe examinar el mérito de la sentencia extranjera en la presente petición, conforme precedentes del Supremo Tribunal Federal. 3. Homologación concedida.» (Sentencia Extranjera Contestada N° 856-EX (2005/0031430-2) –Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Directo– *L’Aiglon S. A. v. Têxtil União S. A.*, j. 18.05.2005).

(52) Ley N° 9.307/96, artículo 8.

(53) *Idem*.

(54) Caso *COPEL* - Agravo de Instrumento N° 174.874-9, TJPR, Rel. Fernando César Zeni, j. 10.05.2005

(55) O sea, no sólo los árbitros deben decidir solos sobre su competencia, sino que deben ser los primeros en hacerlo, absteniéndose el Poder Judicial de pronunciarse sobre el mérito del litigio antes de haber sido apreciado por el Tribunal Arbitral.

El caso COPEL tiene importancia también en lo que respecta a los temas de la arbitralidad subjetiva y objetiva: la decisión judicial fue en el sentido de que la sociedad de economía mixta actuando como particular, esto es, con relación meramente económica con su contratante, asume obligaciones como un particular y lo hace como tal, por lo que debe cumplirlas. Del mismo modo, los derechos implicados son de interés público secundario, ya que comprenden relaciones patrimoniales de la Administración Pública, tanto que el Estado no participó en el contrato con su poder de imperio, sólo adquirió bienes como cualquier organismo privado.

5. CONCLUSIÓN

El desarrollo relatado es testigo de la evolución reciente en el escenario brasileño del arbitraje, tanto en el ámbito legislativo, como en el judicial. De un instituto casi obsoleto, se convirtió en un método alternativo al Poder Judicial para solución de disputas, bastante prestigiado en el medio jurídico y empresarial, verificándose una fuerte tendencia a su crecimiento continuo. La gran responsable por este cambio de actitud con relación al arbitraje fue la Ley N^o 9.307/96, la cual fue seguida de diversos diplomas legales.

En la vivencia del arbitraje en Brasil, también se puede notar que los agentes del comercio y empresarios brasileños vienen aceptando y reconociendo el arbitraje como la mejor alternativa para la resolución de sus conflictos.

Pero la emisión de leyes y el aumento del uso de ese método no basta para el crecimiento del arbitraje como medio eficaz de apaciguar litigios: es necesario que los operadores de esa nueva herramienta tengan conciencia del poder que tienen en sus manos y de la consecuente responsabilidad, no sólo con relación a las partes, sino con relación a toda la comunidad arbitral, que vive exactamente de la credibilidad del arbitraje en la sociedad en general.

Además, ese crecimiento debe ser acompañado por la cooperación del Poder Judicial brasileño, que tiene una importante responsabilidad: participar rápida y activamente en el momento que sea

necesario y abstenerse de interrumpir el regular curso del proceso arbitral cuando sea llamado por una de las partes para hacerlo. La reciente jurisprudencia de los tribunales superiores demuestra finalmente estar tomando esa dirección, confirmando la validez y eficacia de las convenciones de arbitraje cuando una de las partes signatarias rehusa a participar del procedimiento arbitral, absteniéndose de revisar el fondo de los fallos cuando una de las partes lo requiere, y garantizando la ejecución de los fallos y de las medidas preparatorias en los casos en que no son cumplidas espontáneamente.

LA ARBITRABILIDAD DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA. A PROPÓSITO DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

ALEXANDER CAMPOS MEDINA (*)

SUMARIO: *Introducción. Primera Parte: Sobre si el enriquecimiento sin causa es per se arbitrable. 1.1. Sobre el enriquecimiento sin causa. 1.1.1. Las diferentes tesis sobre su naturaleza jurídica. 1.1.2. Nuestra opinión. 1.1.3. Enriquecimiento sin causa y contratos. 1.2. De la arbitrabilidad en general. 1.2.1. Teorías sobre arbitrabilidad. 1.2.2. Lo arbitrable y lo contractual. Segunda Parte: Sobre el acuerdo de las partes acerca de las pretensiones a someterse a arbitraje: alcances e interpretación de la cláusula arbitral. 2.1. Interpretación de la cláusula arbitral. 2.2. Cláusula arbitral y Estado. 2.2.1. Arbitraje del Estado. 2.2.2. Cláusula arbitral en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.*

INTRODUCCIÓN

El arbitraje es, sin lugar a dudas, el mecanismo de solución de conflictos preferido por quienes realizan negocios. Ante un Poder Judicial carente de recursos y de la confianza de sus potenciales usuarios, el arbitraje aparece como una alternativa, si bien más cara, evidentemente beneficiosa.

(*) Socio del Estudio Navarro, Ferrero & Pazos Abogados, coordinador del Grupo de Derecho de la Construcción, Financiamiento de Proyectos y Contratación Pública.

El autor agradece la valiosa colaboración de Gracy Zapata y Mónica Tantalean para la elaboración del presente artículo.

El arbitraje además facilita la negociación de contratos en la medida que permite que las partes no se pongan «a la defensiva» en la redacción de cada una de las palabras del texto del acuerdo dado el temor que el mismo sea leído por un juez que, contando con tiempo muy limitado y a veces sin la experiencia o conocimiento de la forma cómo se desarrollan los negocios, no llegue a comprender la real voluntad de las partes.

El Perú ha avanzado significativamente en el desarrollo del arbitraje y especialmente del arbitraje del Estado. Contamos con una legislación moderna⁽¹⁾ (aunque obviamente mejorable) y con instituciones arbitrales sólidas y de prestigio.

Adicionalmente, no podemos dejar de reconocer el gran impulso que a este mecanismo le ha dado la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado de 1998, Ley N° 26850, que dispone la obligatoriedad del arbitraje como medio de solución de conflictos en la fase de ejecución de los contratos por los que el Estado se provee de bienes y servicios. Particularmente he sido testigo de que antes de la dación de esta ley algunos proveedores, a pesar de ser competitivos, no se animaban a participar en licitaciones públicas por temor a que en caso de haber un conflicto el Estado se «convirtiera en juez y parte».⁽²⁾ Este temor ahora ha desaparecido o se ha reducido significativamente.

Sin embargo, no todas son buenas noticias. El arbitraje en el Perú ha sufrido recientemente algunos ataques por decisiones judiciales que, aunque referidas a casos específicos y puntualmente basadas en el incorrecto entendimiento de arbitraje y sus instituciones jurídicas, han generado profundas preocupaciones en los operadores del arbitraje. Esta preocupación nace tanto del temor por un indebido intervencionismo de la judicatura como por la constatación

(1) BERNAL GUTIÉRREZ, Rafael, «El arbitraje del Estado, la regulación en Latinoamérica», en: *Revista Internacional de Arbitraje*, N° 1, p. 143: «Cuenta el Perú con la que, en sentir de un grupo importante de doctrinantes, es la más completa legislación sobre la materia» (sic).

(2) Apreciación que no es estrictamente cierta aunque sí bastante difundida.

del desconocimiento de la función y naturaleza del arbitraje en ciertos fueros judiciales.

Quizá el más reciente de estos desencuentros entre Poder Judicial y el arbitraje es aquella corriente al interior de la primera que postula que el enriquecimiento sin causa no es materia arbitrable por no tener «fuente» u «origen»⁽³⁾ contractual.

Específicamente, esta tesis se ha aplicado a los casos de prestaciones no originalmente previstas en un contrato de obra pública, pero ejecutadas con motivo de aquel (y a veces en estricto cumplimiento del mismo) que al no ser pagadas por ausencia de ciertos requisitos formales administrativos, han sido reclamadas en la vía dispuesta por el contrato, es decir, el arbitraje.

El argumento es bastante simple. El Libro VII de nuestro Código Civil («Fuentes de las Obligaciones») contiene en su Sección Primera a los contratos y en su sección cuarta al enriquecimiento sin causa. Por lo tanto, se sostiene que el enriquecimiento sin causa no tiene «origen» o «fuente» contractual, por lo que no es arbitrable.

Hacemos notar que en realidad este argumento tiene dos postulados. El primero de ellos, expresamente señalado, es que el enriquecimiento sin causa no tiene «origen» contractual, y el segundo, tácito, es que sólo son arbitrables las materias de naturaleza contractual.

Este argumento es tan sencillo como incorrecto. No sólo porque ambos postulados que la conforman son jurídicamente insostenibles, sino además porque se realiza el análisis de la arbitrabilidad de esta materia (que es igualmente aplicable a cualquier otra) siguiendo una metodología errónea. Lo que corresponde, en un análisis riguroso, es preguntarse primero si la materia en

(3) Si bien las palabras «fuente» u «origen» (contractual o no contractual), u otras que podrían utilizarse como sinónimos podrían ameritar cierta discusión, lo cierto es que en el contexto que ha sido usado se refiere indubitablemente a que las materias en discusión no se derivan o generan en el contrato. Es en este contexto que utilizaremos estas palabras en el presente trabajo. Para hacer notar ello las pondremos entre comillas.

cuestión es *per se* arbitrable y luego determinar si esta materia está incluida en la cláusula arbitral correspondiente.

Es nuestra intención en el presente trabajo realizar este análisis de arbitrabilidad en la forma que entendemos correcta, de tal forma que la discusión de la arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa termine siendo en realidad una excusa para el análisis del concepto de arbitrabilidad en general a la luz de la forma que toman los negocios en la actualidad. Queremos dejar igualmente claro que nuestro propósito es demostrar que el Perú sigue siendo un país donde arbitrar es recomendable.⁽⁴⁾

PRIMERA PARTE

SOBRE SI EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA ES *PER SE* ARBITRABLE

1.1. Sobre el enriquecimiento sin causa

1.1.1. *Las diferentes tesis sobre su naturaleza jurídica*

El nombre de esta institución, que evoca conceptos como equidad y justicia, podría hacer pensar que se trata de una figura de fácil explicación. Lo cual, además, parecería corroborado por la sencillez casi bíblica de su postulado (nadie puede enriquecerse a costa de otro sin justa causa).

Sin embargo, aquellos que piensen de esta forma se verán rápidamente frustrados por la cantidad de teorías y matices respecto al

(4) «La ley del lugar donde se va a desarrollar el arbitraje determinará qué controversias pueden ser objeto de arbitraje. Obviamente existirán algunos países no recomendables para arbitrar en razón de fuertes limitaciones respecto a las materias que pueden ser arbitradas, mientras que habrá otros que en base a normas más liberales se convertirán en lugares aparentes para el desarrollo del arbitraje. Esta última situación se presenta básicamente en países que distinguen hacia su interior entre arbitrajes domésticos y arbitrajes internacionales. Recordemos por un momento el caso *Scherk vs. Calver Co.*, donde la Corte norteamericana falló declarando arbitrable un tema que domésticamente no podía serlo, al considerar que el caso era internacional (215)». CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y ARAMBURÚ YZAGA, Manuel Diego. *El Arbitraje en el Perú*, Lima, Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, 1994. p. 137.

enriquecimiento sin causa. Por nuestra parte, no somos partidarios de esa frenética inquietud de algunos de encontrar la «naturaleza jurídica» de todo como si el derecho fuera una gran armario perfectamente ordenado donde toda institución encuentra un lugar donde encaja con exactitud.

En el caso específico del enriquecimiento sin causa mucho se ha dicho y escrito. Con el único objeto de acercarnos al enriquecimiento sin causa de una manera más profunda, haremos una clasificación que adelantamos podría ser excesivamente resumida.⁽⁵⁾ Así, las diferentes teorías podrían ser agrupadas de la forma siguiente: i) aquellas que asimilan el enriquecimiento sin causa a alguna otra «fuente de las obligaciones» (o también llamados cuasicontratos como la gestión de negocios o la responsabilidad extracontractual); ii) aquellas que postulan que el enriquecimiento sin causa es una «fuente de obligaciones propia e independiente»; y iii) aquellas que señalan que el enriquecimiento sin causa es en realidad un principio que informa el ordenamiento jurídico en general.

Al estar la primera de las tesis antes señaladas ampliamente superada, nos centraremos en las dos últimas.

En lo que respecta al enriquecimiento sin causa como fuente autónoma de obligaciones, la tesis sostiene que el enriquecimiento sin causa es efectivamente una fuente de obligaciones pero que no puede ser asimilada a ninguna otra, por lo que adquiere identidad propia. Sin embargo, no es difícil encontrar argumentos para desbaratar esta teoría. En primer lugar, el decir que el enriquecimiento sin causa es una fuente autónoma de obligaciones significa poco o nada.⁽⁶⁾

(5) Para un mayor panorama ver: ORAMAS GROSS, Alfonso, *En enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones*, Edino, Quito, 1998, p. 164; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel y DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Dos estudios sobre enriquecimiento sin causa*, Madrid, Civitas, 1988, p. 208.

(6) «¿Qué decir de esta perspectiva del enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones? Puede pensarse de inmediato que es decir muy poca cosa. Si se trata de aludir a sus efectos (la creación de una obligación restitutoria), se trata de una

Por otro lado, en el derecho y en la práctica encontraremos muchos casos, como más adelante veremos, en los cuales el enriquecimiento sin causa surge íntimamente entrelazado con otra fuente de obligaciones por lo que es difícil sostener su independencia.

A su turno, las teorías del enriquecimiento sin causa como principio que informa el ordenamiento jurídico tampoco están exentas de debate. En primer lugar debe decirse que esta corriente tiene su origen en la jurisprudencia francesa emitida por la Corte de Casación que señalaba que en base a un principio de equidad se prohíbe enriquecerse a expensas y detrimento de otro. Los críticos de esta doctrina señalan que en realidad el principio de equidad se encuentra en todo el ordenamiento jurídico por lo que no sería privativo de esa institución. Adicionalmente, existe otro debate relacionado a definir si el enriquecimiento sin causa puede ser elevado a principio general del derecho. DE LA CÁMARA se muestra a favor de reconocerle tal estatus,⁽⁷⁾ aunque reconoce que tal clasificación no concluye ni lejanamente el análisis.⁽⁸⁾

Como se aprecia, incluso aceptando esta teoría, en cualquiera de sus vertientes, aún no podemos terminar de redondear el concepto del enriquecimiento sin causa y mucho menos sentar las bases para determinar si tiene «fuente» contractual o no la tiene.

verdad indiscutible. Ocurre sin embargo que definir una institución o una figura jurídica como fuente de obligaciones es quedarse en la superficie de las cosas. No tendría sentido, *v.gr.*, ningún sentido definir el contrato y decir que es fuente de obligaciones. Lo mismo ocurre en forma notoria en el derecho de daños. Por consiguiente, se trata de una explicación insuficiente. Reconociendo que existe una fuente de obligaciones, es menester seguir profundizando en su naturaleza y en su sentido funcional». DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel y Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *ob. cit.*, pp. 51-52.

(7) «Pues bien, a mi entender, la interdicción del enriquecimiento injustificado puede elevarse al rango de principio general del Derecho...». *Idem*, p. 151.

(8) «Pero que la interdicción del enriquecimiento injusto sea un principio general del derecho es tan sólo un punto de partida. Todos los principios generales cuando llega el momento de aplicarlos, en particular en su función de fuente subsidiaria, exigen un grado mínimo de concreción...». *Idem*, p. 152.

1.1.2. Nuestra opinión

Como vemos la oscuridad ha sido definitivamente la nota dominante en la discusión en torno al enriquecimiento sin causa.⁽⁹⁾ Hacemos notar que aquellos países que han optado, como el Perú, por establecer una sección específica para el enriquecimiento sin causa dentro de las fuentes de las obligaciones, no han agotado en forma alguna el tema,⁽¹⁰⁾ simplemente han decidido establecer una norma general (sin perjuicio de otras específicas) y darle un lugar puntual dentro de la codificación civilista. Es, como vemos, una opción de simple orden en la codificación que en nada aporta al análisis de la materia.

Así las cosas, no tengo dudas que el mejor camino para aportar luces a esta discusión es confrontar la teoría con la real función del instituto. En tal sentido, y siguiendo a Díez-Picazo,⁽¹¹⁾ no cabe duda que el enriquecimiento sin causa se funda en un principio de equidad que informa el derecho en general (independientemente de si llegue a obtener o no el estatus de principio general del derecho) y en tanto ello no puede decirse que esté limitado a una fuente especí-

(9) «El resultado de este examen panorámico es una buena dosis de insatisfacción. La doctrina se mueve en una órbita dominada por un alto grado de abstracción y muchas veces no hace más que introducir peticiones de principio. La figura continúa siendo borrosa. No se conocen sus perfiles, ni su significado profundo. Algo aconseja intentar su revisión». *Idem*, p. 34.

(10) «Esta compleja problemática (fundamento de la institución) —como recordaba al comienzo— preocupa tanto en los países que no han codificado la reglas como en los que, por el contrario, han estampado en sus códigos una norma escrita que sanciona de modo general la interdicción del enriquecimiento sin causa». *Idem*, p. 145.

(11) «En el resumen que acabamos de hacer, de la opinión de nuestros más doctos civilistas queda clara la ambigüedad como nota dominante: el enriquecimiento injusto o sin causa —términos que para los autores en cuestión son indubitablemente sinónimos— es fuente de obligaciones; esta fuente genera una obligación que es de reparación del perjuicio ocasionado; se reconoce como principio general del derecho; se subraya la injusticia del enriquecimiento como fundamento y, por último, al establecer los requisitos, se sigue la tradición germano-italiana: un incremento patrimonial de cualquier clase, la carencia de razón jurídica que la fundamente y el correlativo enriquecimiento de otra persona. Es la falta de razón jurídica que fundamente el empobrecimiento lo que expresa diciendo que es injusto o sin causa». *Idem*, p. 32

fica de obligaciones. Tampoco debería ser materia de discusión que el enriquecimiento sin causa genera un derecho subjetivo en el empobrecido y la correspondiente obligación de quien se enriquece.

Por lo tanto, el enriquecimiento sin causa no es una fuente autónoma de obligaciones, sino más bien un principio abstracto que informa el derecho civil en general y que ha sido convertida en norma positiva (ya sea en una sección específica del Código Civil o no) expresamente con el objeto de producir una obligación en quien se enriquece y un derecho subjetivo en quien se empobrece.

1.1.3. *Enriquecimiento sin causa y contratos*

Habiendo dicho lo anterior, nos corresponde finalmente volver a abordar la pregunta que inició nuestro análisis ¿tiene el resarcimiento producto del enriquecimiento sin causa «fuente» contractual? Y la respuesta no es otra que, «depende».

Una primera aproximación superficial nos podría hacer pensar que de suyo el enriquecimiento sin causa no puede presentarse en el escenario contractual en la medida que el acuerdo de voluntades constituye precisamente la causa que justifica el enriquecimiento. De hecho ésta fue una posición antiguamente bastante difundida en la doctrina.⁽¹²⁾

Sin embargo, habiendo quedado claro que el enriquecimiento sin causa se funda en un principio de equidad que informa el derecho en general puede generarse dentro o fuera del contrato.⁽¹³⁾ Tan-

(12) «Explica Moderne que, en principio, la teoría del enriquecimiento sin causa no puede jugar cuando hay un contrato entre el enriquecido y el empobrecido, y que cuando sí existe tal contrato entre ellos el *Conseil d'État* rechaza cualquier invocación cuasicontractual y, en particular, la del enriquecimiento sin causa, proclamando por el contrario que «el contrato constituye precisamente la causa legitimante del enriquecimiento». Sin embargo, sí se admite su aplicación con ocasión de un contrato administrativo, ya sea para completar sus efectos ya sea para suplirlos». REBOLLO PUIG, Manuel, *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1995, p. 267.

(13) «A partir de aquí se trata de distinguir si el enriquecimiento procede de un acto jurídico debido al acuerdo de voluntades de las partes o a un acto o hecho en el

to el estudio de la doctrina⁽¹⁴⁾ como la simple constatación de la realidad nos lleva inexorablemente a la misma conclusión. Un ejemplo de ello es el artículo 228 de nuestro Código Civil,⁽¹⁵⁾ en el cual se dispone que en el caso de un acto jurídico celebrado con un incapaz (un contrato por ejemplo) la acción restitutoria resultante de la nulidad del contrato sólo procede en la parte que haya sido aprovechado por el incapaz, es decir, en la parte que se haya enriquecido. Este es un caso de enriquecimiento sin causa «contractual». De hecho, la norma antes citada es uno de los ejemplos comúnmente utilizados por la doctrina para ejemplificar el enriquecimiento sin causa.

Igualmente, parte de la doctrina sostiene que la acción restitutoria resultante de la nulidad de cualquier contrato encuentra fundamento en el enriquecimiento sin causa. Pero queremos detenernos un poco más en este ejemplo pues resulta siendo bastante ilustrativo. En caso de presentarse una controversia respecto a la nulidad de un contrato que ha sido al menos parcialmente cumplido, si aplicamos la tesis que sostiene que sólo lo que tiene «origen» contractual puede ser materia de arbitraje, llegaríamos al absurdo que la pretensión declarativa de nulidad será arbitrable (o por haber sido así expresamente establecido en la cláusula arbitral o por aplicación del principio *kompetenz-kompetenz* que más adelante abordaremos), pero no lo sería la pretensión para que se restituya lo ya ejecutado, pues tenga esta pretensión naturaleza de enriquecimiento sin causa o no, es claro que no tiene «fuente» contractual en la medida que precisamente el contrato habría sido declarado nulo.

Paradójicamente, otro ejemplo que nos permite apreciar que en la realidad el enriquecimiento sin causa puede tener «origen»

que la voluntad del empobrecido no haya podido intervenir». DE LA CÁMARA, M. Y DÍEZ-PICAZO, L., *op. cit.*, p. 65.

(14) Ver por ejemplo REBOLLO «(...) la prohibición de enriquecimiento injusto influye principalmente, aunque no exclusivamente, en las obligaciones contractuales. (...)». En: REBOLLO PUIG, Manuel, *ob. cit.*, p. 266.

(15) «Artículo 228: Nadie puede repetir lo que pagó a un incapaz en virtud de una obligación anulada, sino en la parte que se hubiere convertido en su provecho».

contractual es precisamente el caso de los contratos administrativos.⁽¹⁶⁾ Esto se debe, obviamente, al gran nivel de formalismo alrededor de la contratación administrativa que produce un sinnúmero de situaciones en las cuales, habiéndose ejecutado efectivamente una prestación, ésta no es finalmente pagada.

Así, no es extraño que en el ámbito de la contratación pública se discuta intensamente respecto al tratamiento legal de las prestaciones derivadas de, por ejemplo, un contrato que no ha sido formado cumpliendo las intrincadas normas legales aplicables, o de las prestaciones adicionales encargadas por el Estado en uso de su facultad unilateral de variar el objeto del contrato (o *ius variandi*), pero sin el cumplimiento de las formalidades aplicables. Mención especial merece el caso de los contratos de obra pública en los cuales en adición a los formalismos ya mencionados, puede resultar interviniendo la Contraloría General de la República, cuyas atribuciones no siempre tienen límites claros y que muchas veces terminan colisionando con la libertad contractual y, por ende, con los derechos contractuales de quienes contratan de buena fe con el Estado.

En todos estos casos se presentan dos notas características. En primer lugar, la existencia de un contrato en la base de la relación, aunque éste sea declarado luego nulo o insuficiente. La segunda nota característica es la casi ineludible controversia respecto a la nulidad o ineficacia del contrato (o de la ejecución de prestaciones adicionales), o sobre el cumplimiento de las obligaciones de las partes, o acerca del efecto de todo lo anterior frente a los derechos subjetivos del contratista.

De lo anterior, e independientemente de la conclusión a la que lleguemos respecto de esta discusión que no pretendemos acabar aquí, es indudable que si no se remunera al contratista, la adminis-

⁽¹⁶⁾ «(...) el enriquecimiento sin causa desplegará sus efectos propios cuando no haya contrato en «buena y debida forma», o cuando sea anulado, o, si acaso, cuando se produzcan «prestaciones suplementarias no previstas en el contrato inicial». REBOLLO PUIG, Manuel, *ob. cit.*, p. 267.

tración se enriquecería indebidamente.⁽¹⁷⁾ También queda claro que en todos estos casos el enriquecimiento sin causa tiene «origen» en el contrato administrativo y que incluso las materias que previamente se discuten para establecer el fundamento del contratista son de naturaleza contractual. Por lo mismo, negarle «origen» contractual a estas controversias es intentar tapan el sol con un dedo.

1.2. De la arbitralidad en general

1.2.1. Teorías sobre arbitralidad

Habiendo analizado ya la naturaleza del enriquecimiento sin causa en sus diversas teorías, corresponde abordar a continuación la pregunta referida a qué materias son arbitrables.

Tal como afirma ARIAS LOZANO⁽¹⁸⁾ las dos corrientes que intentan absolver esta pregunta se refieren o a la facultad de libre disposición o a la patrimonialidad de la materia arbitrable (o del objeto de la materia, la pretensión, para ser más precisos). Veamos una a una estas tesis.

Comencemos por la teoría que sostiene que lo arbitrable es aquello que es de libre disposición de las partes. Para explicar ello

(17) «(...) ante prestaciones del contratista distintas de las que estaba obligado en virtud del contrato –y del correcto ejercicio del *ius variandi*–, y ello ya sea espontáneamente, ya lo sea en virtud de una orden nula sin virtualidad para vincular a la Administración. En estos supuestos genéricamente descritos el contrato no podrá constituir fuente de la obligación de pagar esas prestaciones, obligación que podrá surgir, en cambio, de la prohibición de enriquecerse sin causa». *Idem*, p. 270; «En el primer caso la Administración recibirá algo más de los contractualmente previsto y retribuido con el precio; en el segundo recibirá algo distinto, mejor y de mayor valor. Pero en ninguno de los dos casos existe una obligación contractual de la Administración de satisfacer esa prestación, sino un precio que no incluye éstas sino otras, produciéndose en todo caso, por tanto, un enriquecimiento administrativo». *Idem*, p. 418.

(18) «Dos han sido tradicionalmente los criterios utilizados en el Derecho Comparado para delimitar las materias susceptibles de ser sometidas a arbitraje: el criterio de libre disposición conforme a derecho, y el criterio patrimonial». ARIAS LOZANO, David (coordinador), *Comentarios a La Ley de Arbitraje de 2003*, Navarra, Aranzadi, 2005, p. 31.

debemos hacer en primer lugar referencia al concepto de la autonomía privada. Así, debemos decir que si en la base de la decisión por acudir al mecanismo arbitral se encuentra la autonomía de la voluntad, en uso de la misma autonomía puede, en principio, definirse libremente las materias que son arbitrables.⁽¹⁹⁾ Por lo tanto, para que una materia sea considerada no arbitrable debe existir una razón específica para ello. Esta es precisamente la razón por la cual parte de la legislación comparada, la doctrina⁽²⁰⁾ y la jurisprudencia han considerado que la mejor forma de establecer qué es arbitrable es, paradójicamente, establecer que no lo es, entendiendo que una vez definido esto último el resto de materias son arbitrables.

Sin embargo, este criterio puede resultar insuficiente en muchos casos específicos con lo cual no habremos contestado aún la pregunta en cuestión. El siguiente paso ineludible es definir el concepto de libre disponibilidad, lo cual, como bien sostiene PERALES VISCASILLAS, «no resulta sencillo al tratarse de un concepto jurídico indeterminado...».⁽²¹⁾

A este respecto, encontramos muy ilustrativa la tesis de MONTERO AROCA que, para determinar la libre disponibilidad de una materia, alude a su vez al concepto de derechos subjetivos. El autor nos explica que lo importante para establecer si una materia es de libre disposición es determinar cuál es la relación jurídica objeto de la controversia y si ésta es una de la cual surgen derechos subjetivos que su titular pueda ejercer frente a su contraparte y hacerlos cumplir.⁽²²⁾

(19) Ver al respecto MONTERO AROCA, Juan, *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley Nº 60/2003 de 23 de diciembre)*, Civitas, Madrid, 2004, p. 1722.

(20) Ver PERALES VISCOSILLAS, Pilar, *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral: Ley Nº 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, Arazandi, Navarra, 2005, p. 266.

(21) *Idem*, pp. 129-130.

(22) «En el supuesto de las relaciones jurídicas que podemos calificar de normales quien ejercita una pretensión tiene que afirmar necesariamente la titularidad de un derecho subjetivo y pedir la consecuencia jurídica prevista en una norma, consecuencia que es el contenido de su derecho; la pretensión sólo tiene sentido cuando se hace por quien afirma la titularidad de un derecho propio, y por ello es por lo que la consecuencia jurídica la puede pedir sólo él y no cualquier otra persona.

En consecuencia, serán arbitrables aquellas controversias que se funden en el ejercicio de un derecho subjetivo. En propias palabras del autor: «podemos concluir que realmente cuando la norma dice que son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición, lo que realmente está diciendo es que cabe llevar al arbitraje pretensiones en la que se afirme la titularidad de verdaderos derechos subjetivos, de modo que quien aparezca como actor tiene que afirmar la titularidad del derecho e imputar al demandado la titularidad de la obligación».⁽²³⁾

En conclusión, siguiendo esta teoría, será arbitrable toda pretensión en la cual el demandante alegue tener un derecho subjetivo al que corresponde una obligación por parte del demandado, con independencia de la «fuente» u «origen» de este binomio derecho subjetivo/obligación. A su turno, GASPAR LERA es de la misma opinión.⁽²⁴⁾

Algunos autores han añadido un nuevo elemento a esta teoría al afirmar que la libre disponibilidad tiene dos caras o manifestaciones. La primera de ellas es la de la arbitrabilidad objetiva, es decir, el derecho material del que hemos venido hablando; mientras que la segunda es la arbitrabilidad procesal, en el sentido que para que se considere que una pretensión es arbitrable las partes deben además no tener impedimento legal para someterla a arbitraje. Es decir, que no exista la decisión legislativa de impedir que ciertos tipos de pretensiones o materias sean arbitrados.⁽²⁵⁾ Lo cual no es el caso del enriquecimiento sin causa en el Perú.

Por el contrario existen otros supuestos en lo que el ejercicio de una pretensión no se hace desde la afirmación de la titularidad de un derecho subjetivo, sino simplemente desde la afirmación de que la ley legitima esa persona, junto a otras, para pedir una consecuencia jurídica, la cual no es algo a lo que se tenga derecho por afectar favorablemente a su esfera jurídica». Ver: MONTERO AROCA, Juan, *ob. cit.*, p. 117.

(23) *Idem.*

(24) «Sobre este particular, siguiendo la tesis mayoritariamente aceptada, hay que afirmar que la facultad de disposición se refiere a los derechos subjetivos de los que una persona es titular. GASPAR LERA, Silvia, *El ámbito de aplicación de Arbitraje*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 90.

(25) «Una de las primeras cuestiones que han de abordarse en relación con la libre disponibilidad como criterio determinante de la arbitrabilidad objetiva es

Por otro lado, y para entrar al análisis de la patrimonialidad como criterio para establecer la arbitrabilidad, debemos decir que a consideración de algunos autores, el criterio de libre disponibilidad es aún insuficiente,⁽²⁶⁾ lo cual ha llevado a la teoría que son arbitrables las pretensiones cuyo contenido sea patrimonial.

En realidad, como es fácil apreciar, al igual que la tesis de los derechos subjetivos, la patrimonialidad termina siendo una forma de sustentar el concepto de libre disponibilidad, en el sentido que se entenderá que si el objeto de una controversia es de carácter patrimonial, entonces, es arbitrable.⁽²⁷⁾

En el caso de la legislación peruana, el concepto de arbitrabilidad está regulado en el artículo 1 de la Ley General de Arbitraje, Ley

precisamente el de su ámbito de aplicación. En nuestra opinión, la libre disposición se ha de entender en relación tanto con el derecho material, como con el derecho jurisdiccional, esto es, procesal. En relación con la libre disposición sobre los derechos se entienden que se trata de los derechos subjetivos de los que una persona es titular.

La libre disponibilidad en el doble sentido mencionado significa que las partes han de tener la libre disposición en relación con la materia sometida a arbitraje y, además, la libertad de poder someter su disputa a arbitraje, es decir, que esta fórmula de solución de litigios no les esté vedada, como sucedería si existiese una norma concreta en la legislación mercantil que expresamente prohibiese el recurso al arbitraje». (sic) PERALES VISCOSILLAS, Pilar, *ob. cit.*, p. 131.

(26) «Las dificultades inherentes al primer criterio (básicamente, diferentes grados de disponibilidad y alto número de disposiciones legales que la restringen), así con la mayor sencillez en la concreción del segundo, se han erigido en los últimos tiempos en los principales argumentos esgrimidos a favor del criterio patrimonial». ARIAS LOZANO, David, *ob. cit.*, p. 32.

(27) «La tendencia que puede considerarse mayoritaria entre nuestra doctrina considera que la libre disposición se refiere a la patrimonialidad de la materia; por tanto, las materias patrimoniales podrán ser objeto de arbitraje, pero no las relativas a las personas –por ejemplo, las matrimoniales–, con la salvedad en este último caso que sí serán arbitrables cuando se trate de aspectos disponibles, por ejemplo, si la controversia afecta al régimen económico matrimonial». PERALES VISCOSILLAS, Pilar, *ob. cit.*, p. 139. «En este sentido, entendemos que el elenco de materias libremente disponibles es superior al elenco de materias de contenido o naturaleza patrimonial, aunque este criterio, como se ve, sirve de primera piedra con la que construir el entramado de la libre disponibilidad de la materia». *Idem*, p. 141.

Nº 26572,⁽²⁸⁾ que se acoge a la teoría de la libre disposición pasando a enumerar algunas «excepciones» que en su mayoría no son tales, sino más bien típicos supuestos de no disponibilidad. Adicionalmente, la norma citada establece una extensión del arbitraje a las controversias relativas a materia ambiental, lo que sí constituye un supuesto atípico.

Volviendo a lo que es objeto de nuestro análisis en el presente trabajo, esto es el enriquecimiento sin causa, debemos decir que sea que se adopte cualquiera de las tesis antes señaladas, lo cierto es que éste instituto es *per se* arbitrable al ser obviamente de libre disposición, tanto por tener contenido patrimonial como por tratarse de un derecho subjetivo.

1.2.2. *Lo arbitrable y lo contractual*

Aunque ya hemos visto que la «fuente» u «origen» contractual de la pretensión no es un criterio aceptado ni por la doctrina ni por la ley para determinar la arbitrabilidad de la misma, queremos volver por un momento sobre la tesis que sólo lo contractual es arbitrable, con el objeto de exponer razones adicionales por las cuales dicho argumento es errado.

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

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

En primer lugar, consideramos importante explicar el origen de la confusión, que es precisamente el motivo por el cual el argumento podría parecer convincente para algunos.

No cabe duda que los contratos son el escenario más frecuente en el cual se traduce el acuerdo para someter determinadas materias a arbitraje, es decir, su ambiente natural, lo cual suele provocar esta mal entendida identidad contrato/arbitrabilidad. En segundo lugar, tampoco puede negarse que las materias contractuales al basarse en la autonomía privada son en esencia materias disponibles y por tanto en esencia arbitrables. Y por último, debe tenerse en cuenta que todo análisis de la arbitrabilidad de una pretensión debe partir del análisis de la relación jurídica que le sirve de base, la cual, como hemos visto, es generalmente contractual.

Pero que el escenario natural del arbitraje sean las relaciones contractuales no implica en lo absoluto que esté restringido a éstas, si las materias de «origen» no contractual son de libre disponibilidad.

A mayor abundamiento, diremos que la doctrina y la legislación comparada aborda expresamente este tema para concluir precisamente que lo arbitral excede ampliamente lo contractual.⁽²⁹⁾

Aunque parezca evidente lo dicho, vemos que existe mucha confusión al respecto, lo cual ha generado innecesaria discusión, es-

(29) «La relación jurídica, dice el art. 9.1 LA, puede ser contractual o no contractual, lo cual es lógico, ya que de lo contrario el ámbito del arbitraje quedaría sin sentido limitado a las controversias sobre relaciones jurídicas contractuales. La mención a las controversias sobre relaciones jurídicas no contractuales hay que entenderla en sentido amplio comprensible de todas aquellas relaciones que no deriven de un contrato, y, en consecuencia, la responsabilidad extracontractual podrá ser objeto de arbitraje». *Idem*, p. 221.

«Pero el legislador no sólo prescinde de la exclusión de las relaciones jurídicas complejas sino que, además, viene a manifestar que el mecanismo extrajudicial que nos ocupa puede traer causa, tanto de relaciones contractuales como no contractuales. Sobre la base de lo anterior cabe afirmar que la arbitrabilidad de un conflicto suscitado con ocasión del cumplimiento de las obligaciones que incumben a las partes de una relación no depende de la naturaleza de esta última». GASPARG, Silvia, *ob. cit.*, p. 74

pecialmente en aquellos casos, como los vinculados a la contratación pública a los que ya hemos hecho referencia, en los que a pesar de existir un contrato en la base de la controversia se insiste erróneamente en discutir la naturaleza de las pretensiones originados por éste.

SEGUNDA PARTE

SOBRE EL ACUERDO DE LAS PARTES ACERCA DE LAS PRETENSIONES A SOMETERSE A ARBITRAJE: ALCANCES E INTERPRETACIÓN DE LA CLÁUSULA ARBITRAL

Toca ahora analizar aquello que ha sido pactado como objeto de arbitraje por las partes. Si bien nuestro análisis es general y el texto de la cláusula arbitral puede ser diferente en uno y otro caso, para el caso de la contratación administrativa materia del presente trabajo, este análisis es posible en la medida que tanto el arbitraje como la cláusula arbitral se encuentran normadas por ley.

Pero comencemos este análisis por el principio, estableciendo el marco de acuerdo al cual deberá ser interpretada la cláusula arbitral.

2.1. Interpretación de la cláusula arbitral

Lo primero que debe decirse respecto a la lectura de una cláusula arbitral es que dadas las complejas y casi infinitas posibilidades de controversia entre las partes, no es razonable y por ende casi imposible que el acuerdo de voluntades incluya una a una las materias que serán sometidas a arbitraje. Ni siquiera debe requerirse que la relación jurídica en cuestión se encuentre expresamente establecida si del texto del pacto ésta resulta siendo determinable.⁽³⁰⁾

⁽³⁰⁾ «En otro orden de cosas se ha de precisar que hablar de la determinación de la relación jurídica no tiene que ver con la nota de la actualidad de la misma. Como escribe al respecto GETE ALONSO, la determinación «no sólo se produce cuando está fijada de modo directo y nominativa la relación jurídica a que se refiere el arbitraje, sino también cuando se han aportado los datos suficientes a través de lo que se la puede llegar a fijar, sin necesidad de que haya un nuevo acuerdo de las partes». *Idem*, p. 75.

Por otro lado, en la doctrina y la jurisprudencia encontraremos posiciones a favor tanto de la interpretación extensiva de la cláusula arbitral como de la interpretación restrictiva.

Sin embargo, la interpretación extensiva ha terminado imponiéndose.⁽³¹⁾ El fundamento de ello parece claro. En primer lugar no podemos olvidar que la intención de las partes al pactar el arbitraje es evitar acudir al poder judicial. No tiene mucho sentido, por tanto, interpretar que la voluntad de las partes es acudir en unos casos al arbitraje y en otros al Poder Judicial cuando ambas materias en cuestión se encuentran estrechamente vinculadas.

En segundo lugar existe una clara corriente a favor de arbitraje, lo que ha llevado incluso a algunos a postular el principio de *indubio pro arbitraje*,⁽³²⁾ el cual se aplicaría tanto para interpretar restrictivamente cualquier excepción legal a la regla general de la arbitrabilidad de las pretensiones de libre disposición, como para interpretar la cláusula arbitral.

Por último, no podemos dejar de hacer notar que el desarrollo de la teoría de la autonomía de la cláusula arbitral, es decir, de la tesis

(31) «En algunos ordenamientos jurídicos, y en el arbitraje internacional se aplica la regla de que las dudas acerca del ámbito de aplicación del arbitraje han de resolverse a favor del arbitraje. Este principio se aplica también en otros ordenamientos jurídicos, en lo que se parte de la aplicación de las reglas generales en materia de interpretación de los contratos (arts. 1281 y ss. CC). Así, en el derecho español, se ha sostenido, sobre todo por la doctrina y por la jurisprudencia, al menos, en una primera etapa que el principio que debía presidir en la interpretación era el de la interpretación estricta. Con la nueva LA, incluso con anterioridad también, se entiende que debe hacerse una interpretación «pro convenio arbitral» y, en consecuencia, que no ha de realizarse una interpretación restrictiva de la cláusula compromisoria». PERALES, Pilar, *ob. cit.*, pp. 222-223.

(32) «La restricción legal ha sustraído de órganos ajenos al Poder Judicial las controversias en las que se debaten derechos sobre los cuales los particulares no tienen facultades de disposición. Sin embargo, dado que el principio general es que pueden someterse las controversias sobre las cuales las partes tienen libre disponibilidad, las excepciones mencionadas deben interpretarse de manera restrictiva, lo que importa que en caso de duda deba estarse a favor de la arbitrabilidad». CAIVANO, Roque J., *Negociación Conciliación y Arbitraje*, Lima, APENAC, 1998, p. 245.

que sostiene que ésta es independiente respecto al contrato donde es incluida, (o principio de la competencia de la competencia o *kompetenz-kompetenz*) que actualmente goza de prácticamente unánime aceptación, ha terminado de romper con esta falsa identidad contrato-arbitraje, lo cual a su vez ha permitido enfocarse en la real intención de las partes al acordar el arbitraje más allá de alambicadas y artificiales distinciones legales.

2.2. Cláusula arbitral y Estado

2.2.1. Arbitraje del Estado

Antes de entrar a revisar las cláusulas arbitrables aplicables a la contratación del Estado en lo que a provisión de bienes y servicios se refiere, vale la pena aclarar que el hecho que una de las contrapartes del arbitraje sea el Estado en nada afecta las conclusiones a las que hasta ahora hemos arribado. Todo lo contrario, la moderna doctrina establece sin miramiento alguno las grandes ventajas que el arbitraje representa para el Estado y la Administración Pública.⁽³³⁾

También han sido ya superados los incorrectos argumentos basados en lecturas y concepciones superficiales de los conceptos de soberanía, orden público o interés público que intentaban restarle terreno al arbitraje.⁽³⁴⁾ En la actualidad ya no queda duda al-

⁽³³⁾ «También son amplias las posibilidades del arbitraje en el ámbito administrativo. En principio, la sumisión de las Administraciones Públicas al arbitraje será posible respecto de aquellas materias sobre las que éstas tengan cierta capacidad de disposición. Así, por ejemplo, a título general son susceptibles de ser sometidos al juicio de árbitros los contratos celebrados por las citadas Administraciones con independencia de su carácter público o privado. Y lo mismo puede predicarse respecto de ciertas controversias entre la Hacienda Pública y los obligados tributarios». ARIAS LOZANO, David, *ob. cit.*, p. 34.

⁽³⁴⁾ «Otro de los desarrollos importantes en materia de arbitraje es la expansión al ámbito del Derecho público, sobre todo a partir de la derogación de la LADP, que pretendía que la función de los árbitros se limitase a resolver conflictos de puro Derecho Privado. En esa evolución, el arbitraje se convierte así también en una alternativa a la tutela jurisdiccional administrativa, lo que significa una expansión de la tutela privada a la tutela arbitral pública. Tendencia en el arbitraje que demuestra que el interés público o el orden público no funcionan impidiendo la

guna que el arbitraje está tomando cada vez más fuerza como mecanismo de solución de controversias en las relaciones jurídicas en las cuales el Estado forma parte, especialmente en los contratos administrativos, toda vez que se ha demostrado sobradamente que este mecanismo constituye una ventaja para la actividad económica estatal.

2.2.2. *Cláusula arbitral en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado*

La primera referencia que hace la «Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado», Ley N° 26850 (según su Texto Único Ordenado vigente, Decreto Supremo N° 083-2004-PCM), es su artículo 41 (Cláusulas Obligatorias en los contratos), el cual establece que *«toda controversia durante la etapa de ejecución del contrato deberá resolverse mediante conciliación y arbitraje»*.

Adicionalmente el artículo 53.2 de la misma ley señala que: *«las controversias que surjan entre las partes, desde la suscripción del contrato, sobre su ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia e invalidez, se resolverán mediante conciliación y arbitraje...»*.

A su turno, el modelo de convenio arbitral establecido en el actual reglamento de la Ley N° 26850, el Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, es el siguiente:

arbitrabilidad de determinadas materias afectadas por dicho interés, sino como un límite al poder de los árbitros», PERALES VISCASILLAS, Pilar, *ob. cit.*, pp. 76-77.

«No obstante, quizás por la influencia de los compromisos adquiridos a escala internacional y por la necesidad de encontrar una mayor y mejor dinámica interna, los rigurosos principios a que se ha hecho referencia han cedido de manera relativa. Así es como hoy observamos del movimiento de reforma a que hice alusión, una referencia constante a la materia, permisiva en líneas generales, de la aplicación del arbitraje y pro-acceso a los métodos alternativos de resolución de controversias, cuando del Estado y sus entes se trata. Esto, sin desmedro de sus poderes, pero quizás con un tono menor y un más claro entendimiento del concepto de «soberanía» y con mayor conciencia del papel que desempeñan cuando, como particulares, contratan o causan daños». BERNAL GUTIÉRREZ, Rafael, *ob. cit.*, p. 124.

«Todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado».

Se aprecia en primer lugar que existe una intención clara de comprender en el arbitraje todas las controversias relativas a las materias de la ley (la contratación pública de bienes y servicios). Nótese que en la estructura de ésta sólo existen dos mecanismos de solución de controversias, la administrativa para la etapa de concurso o licitación y la arbitral para la etapa de ejecución. Esta es precisamente la razón por la cual la ley tiene referencias o límites temporales («desde la suscripción del contrato» y «durante la etapa de ejecución del contrato») en lugar de límites respecto a las materias arbitrables. Por el contrario, respecto a éstas últimas, la ley es bastante amplia («toda controversia», «todos los conflictos», etc.).

Ya hemos demostrado que el enriquecimiento sin causa en el caso que estamos tratando de la contratación administrativa tiene «origen» contractual, razón por la cual no debería quedar duda alguna sobre su arbitrabilidad. Sin embargo, como ejercicio jurídico, vale la pena seguir analizando el enriquecimiento sin causa a la luz de las normas antes transcritas.

Así, aunque el enriquecimiento sin causa sea erróneamente considerado «no contractual», esto no cambia en nada la conclusión a la que hemos arribado, en la medida que sin duda las controversias bajo análisis han surgido «desde la suscripción del contrato» o «durante la etapa de ejecución del contrato». Por otro lado, independientemente de la discusión (ya sabemos estéril) acerca de su naturaleza contractual, a nadie le quedará duda que este tipo de controversias se «derivan de la ejecución del contrato».

Adicionalmente, en la mayoría de los casos, el enriquecimiento sin causa viene íntimamente entrelazado junto con discusiones relativas a la validez o nulidad del contrato, el cumplimiento o no de

ciertas formalidades y sus efectos sobre los derechos de las partes, así como el cumplimiento de las partes respecto a deberes contractuales como la buena fe y la colaboración, que sin lugar a dudas son materias arbitrables. Por tanto, sostener que el enriquecimiento sin causa derivado de tales situaciones no lo es no tiene el menor sentido.

Por último, incluso en el caso de subsistir alguna duda luego de lo anteriormente dicho, al proceder a aplicar los criterios de interpretación de la cláusula arbitral a los que ya hemos hecho referencia, se obtendrá exactamente el mismo resultado; que el enriquecimiento sin causa es arbitrable.

En conclusión, sea cual sea el ángulo desde el cual se aborde la pregunta de si el enriquecimiento sin causa es o no arbitrable, la respuesta es la misma. Se aprecia que las tesis en contra de la arbitrabilidad de esta institución se basan en conceptos jurídicos y argumentos cuya única virtud es su simpleza, pero no por ello resultan ser correctos.

Vemos también, lo que es más preocupante, que estas tesis no sólo prescinden del análisis de las leyes aplicables, sino que además desconocen la naturaleza y función del arbitraje como mecanismo de solución de controversias.

No hay pues ningún argumento sólido para sostener que el enriquecimiento sin causa en general, o el originado en la contratación administrativa, no sea arbitrable. Por el contrario, independientemente de la bizantina discusión sobre su naturaleza jurídica, lo inquestionable es que el resarcimiento generado por el enriquecimiento sin causa es de libre disposición y por tanto es *per se* arbitrable.

Por otro lado, tampoco queda duda que la normativa sobre los contratos para la provisión de bienes y servicios del Estado tiene una clara intención de someter lo más ampliamente posible las controversias que surjan de éstos, incluyendo el enriquecimiento sin causa.

MEDIDAS PRECAUTORIAS EN LOS PROCEDIMIENTOS ARBITRALES (CON ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO ARGENTINO)

JULIO CÉSAR RIVERA (*)

SUMARIO: 1. Metodología. 2. Terminología. 3. Fuentes internacionales. 3.1. Atribución de los árbitros para disponer medidas cautelares. 3.1.1. Reconocimiento. 3.1.2. Otras fuentes. 3.1.3. Ley aplicable. 3.1.4. Limitación convencional. 3.2. Posibilidad de ocurrir ante los jueces estatales. 3.2.1. Regla general. 3.2.2. Limitación convencional. 3.2.3. Requisitos reglamentarios para ocurrir ante el juez estatal. 3.2.4. Comunicación a la Secretaría. 3.2.5. Juez estatal competente. 3.2.6. Reconocimiento de estas reglas en los derechos estatales. 3.2.7. Revisión por el Tribunal Arbitral de las medidas adoptadas por un juez estatal. 3.3. Qué medidas pueden dictarse. 3.4. Requisitos de procedencia. 3.5. Forma de la decisión. 3.6. Irrecurribilidad de la decisión. 3.7. Ejecución de las cautelares. 4. El derecho argentino. 4.1. Atribución de los árbitros para disponer medidas cautelares. 4.1.1. Medidas cautelares anteriores a la iniciación del proceso arbitral. 4.1.2. Medidas cautelares durante el juicio arbitral. 4.1.3. Previsión expresa de la atribución de los árbitros para dictar medidas cautelares. 4.1.4. Medidas posteriores al laudo. 4.1.5. Qué medidas se pueden disponer. 4.1.6. Medidas de aseguramiento y producción anticipada de pruebas. 4.1.7. Otras medidas. 4.2. Ejecución de la cautelar. 4.2.1. Colaboración de los Tribunales Judiciales. 4.2.2. Ejecución por los mismos árbitros. 4.3. Medidas cautelares dictadas por Tribunales Judiciales.

(*) Miembro de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires y UNIDROIT.

1. METODOLOGÍA

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

Pero lo cierto es que la ejecución de las medidas corresponde –al menos como regla general– a los jueces, cuya colaboración deberán requerir los árbitros o eventualmente las partes.

Por lo tanto, la efectivización de la medidas cautelares dispuestas por los árbitros requiere la colaboración de los jueces y el grado o alcance de esa colaboración depende entonces de la ley que rija en la sede del arbitraje (o en su caso en el país en el cual se quiera hacer efectiva la medida cautelar), ley que debería comenzar por reconocer la atribución de los árbitros para resolver una medida de esta naturaleza.

A la vez, tanto las fuentes internacionales del arbitraje así como las leyes nacionales (de arbitraje o procesales generales) vienen coincidiendo en que los jueces estatales tienen competencia para disponer este tipo de medidas, sea antes de la constitución del tribunal arbitral como durante el trámite del arbitraje.

De modo que se ha establecido como principio general la jurisdicción concurrente de árbitros y jueces estatales en esta materia.⁽¹⁾

Por ello, en este trabajo después de analizar las fuentes internacionales, daremos una especial importancia a las opiniones doctrinarias y las decisiones judiciales existentes sobre el alcance de la jurisdicción de los árbitros en el derecho argentino en esta materia.

2. TERMINOLOGÍA

En el derecho argentino identificamos estas medidas bajo la denominación genérica de «medidas cautelares» (así se denomina el

(1) FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, «*On International Commercial Arbitration*», Kluwer, The Hague, 1999, n° 1305, p. 710.

Capítulo III del Título IV del Libro I del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).⁽²⁾ En ese capítulo se trata del embargo, el secuestro, la prohibición de innovar y de contratar, la inhibición general de bienes y anotación de la litis, la intervención judicial y se cierra con reglas específicas sobre las medidas cautelares genéricas. En general estas providencias cautelares tienden a la preservación de los bienes objeto del litigio y a asegurar el cumplimiento de la sentencia, siendo sus requisitos de procedencia la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la contracautela.

Ahora bien; en el ámbito de la *lex arbitrii*, algunos reglamentos aluden a «medidas cautelares» (Reglamento ICC) y en otros a «medidas provisionales de protección» (Reglamento UNCITRAL),⁽³⁾ sin especificar cuales son esas medidas ni sus requisitos de procedencia, salvo la garantía o contracautela que puede ser exigida por el tribunal al conceder la medida. Y en la doctrina se usan indiscriminadamente términos como medidas provisionales, conservatorias o precautorias, lo cual es inconveniente pues introduce severas confusiones.⁽⁴⁾

Además, conforme lo veremos más adelante, el Reglamento ICC no liga las medidas a los bienes objeto del litigio (como sí lo hace el Reglamento UNCITRAL), con lo cual pueden ser dispuestas todo tipo de medidas que aseguren la eficacia del laudo así como las tendientes a asegurar la producción de pruebas, cuya calificación como

(2) Aunque el Código de denomina «de la Nación», es de alcance local, y rige para la Capital Federal y para la justicia federal de todo el país; y coexiste con los códigos procesales que cada provincia ha dictado en ejercicio de sus atribuciones constitucionales. En adelante identificamos a este Código como CPCC.

(3) La expresión medidas provisionales es corriente en la doctrina de lengua francesa: *vid.* PLOUDRET, Jean-François y BESSON, Sébastien, *Droit Comparé de l'arbitrage international*, Bruylant-LGDJ-Schultess, Zurich, 2002, n° 6.3.1.1, donde las definen, siguiendo a la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, como las medidas destinadas a mantener una situación de hecho o de derecho a fin de salvaguardar derechos cuyo reconocimiento ha sido requerido al juez de fondo; y cuya finalidad es proteger los derechos de las partes durante el proceso.

(4) FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, *ob. cit.*, n° 1303, p. 709

medidas cautelares o provisionales es cuestionada en algunos regímenes legales.⁽⁵⁾

Cabe apuntar que la producción de pruebas anticipadas también es posible bajo el derecho procesal argentino, como lo estudiamos más adelante, aunque son tratadas no como medidas cautelares o precautorias sino como diligencias preliminares

A partir de ahora vamos a usar la expresión medidas cautelares o precautorias, pero anticipando que con ello abarcamos las que persiguen el aseguramiento de los bienes objeto del litigio, las destinadas a asegurar el cumplimiento de la sentencia, las de conservación de evidencia y las de producción anticipada de prueba. Haciendo, cuando corresponda, las distinciones pertinentes.

3. FUENTES INTERNACIONALES

3.1. Atribución de los árbitros para disponer medidas cautelares

3.1.1. Reconocimiento

La primera cuestión que se plantea en la materia es si los árbitros tienen o no la atribución de disponer medidas cautelares, lo que fue largamente debatido. Hoy en día todos los reglamentos arbitrales y las demás fuentes internacionales reconocen en los árbitros la facultad de ordenar este tipo de medidas.

Así, los reglamentos ICC⁽⁶⁾ y UNCITRAL⁽⁷⁾ coinciden en acordar al tribunal arbitral la atribución de dictar medidas cautelares,

(5) POUURET y BESSON afirman que las medidas de aseguramiento de pruebas son medidas provisionales según el derecho francés y el anglosajón, pero se hacen distinciones según el derecho alemán y suizo: POUURET, Jean-François y BESSON, Sébastien, *loc. cit.*

(6) Reglamento ICC, artículo 23: «*Salvo acuerdo de las partes en contrario, el Tribunal Arbitral podrá, desde el momento en que se le haya entregado el expediente, ordenar, a solicitud de parte, cualesquiera medidas cautelares o provisionales que considere apropiadas...*».

(7) Reglamento UNCITRAL, artículo 26: «*A petición de cualquiera de las partes, el tribunal arbitral podrá tomar todas las medidas provisionales que considere necesarias respecto del objeto en litigio, inclusive medidas destinadas a la conservación de los bienes que constituyen*

aunque ya se ha señalado que este último contiene una previsión más limitada en cuanto se refiere al aseguramiento de los bienes objeto del litigio, expresión que no aparece en el Reglamento ICC.

Claro es que estas disposiciones de los reglamentos no importan autorizar a los árbitros a pretender ejecutar las decisiones cautelares por ellos mismos; en este sentido es universalmente reconocido que para ello se requiere la colaboración de los tribunales judiciales que tienen el *imperium* del que carecen los árbitros. De todos modos, como veremos más adelante, en Argentina se sugiere por cierto sector de la doctrina que algunas cautelares –las que no requieren *compulsión*– podrían ser ejecutadas directamente por los árbitros.

3.1.2. Otras fuentes

En la misma orientación el Acuerdo Mercosur dispone en su artículo 19: «*Las medidas cautelares podrán ser dictadas por el tribunal arbitral o por la autoridad judicial competente. La solicitud de cualquiera de las partes a la autoridad judicial no se considerará incompatible con la convención arbitral ni implicará una renuncia al arbitraje.*

1. *En cualquier estado del proceso, a petición de parte, el tribunal arbitral, podrá disponer por sí las medidas cautelares que estime pertinentes, resolviendo en su caso la contracautela.*
2. *Dichas medidas cuando fueren dictadas por el tribunal arbitral se instrumentarán por medio de un laudo provisional o interlocutorio.*
3. *El tribunal arbitral podrá solicitar, de oficio o a petición de parte, o a la autoridad judicial competente la adopción de una medida cautelar.*
4. *Las solicitudes de cooperación cautelar internacional dispuestas por el tribunal arbitral de un Estado parte serán remitidas al juez del Estado de la sede del tribunal arbitral a efectos de que dicho juez la transmita para su diligenciamiento al juez competente del Estado requerido, por*

el objeto en litigio, como ordenar que los bienes se depositen en manos de un tercero o que se vendan los bienes perecederos». El Reglamento CIAC (artículo 26) es, en este punto, idéntico al Reglamento UNCITRAL

las vías previstas en el Protocolo de Medidas Cautelares del MERCOSUR, aprobado por Decisión del Consejo del Mercado Común N° 27/94. En este supuesto, los Estados podrán declarar en el momento de ratificar este acuerdo o con posterioridad que, cuando sea necesaria la ejecución de dichas medidas en otro Estado, el tribunal arbitral podrá solicitar el auxilio de la autoridad judicial competente del Estado en el que deba ejecutarse la medida, por intermedio de las respectivas autoridades encargadas del diligenciamiento de la cooperación jurisdiccional internacional».

Y la ley modelo UNCITRAL también prevé en su artículo 17 que: *«Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las medidas provisionales cautelares que el tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto del litigio. El tribunal arbitral podrá exigir de cualquiera de las partes una garantía apropiada en conexión con esas medidas».*

3.1.3. Ley aplicable

La eficacia de las disposiciones reglamentarias relativas a las atribuciones de los árbitros para dictar estas medidas depende de la ley del lugar del arbitraje; o sea de que ésta no obste a esta competencia del tribunal arbitral.

Pero también ha de tenerse en cuenta la ley del lugar donde la medida ha de ejecutarse si este estuviera en un país distinto al de la sede, lo cual es muy frecuente en los arbitrajes internacionales. No se trata de que la ley de ese lugar pueda fundar la competencia de los árbitros, sino de que esa ley rechace tal competencia para disponer medidas en general o alguna en particular, pues en tales hipótesis la orden del Tribunal Arbitral seguramente no podrá ser ejecutada.

3.1.4. Limitación convencional

Las partes pueden, en su acuerdo arbitral, limitar total o parcialmente la potestad de los árbitros de dictar este tipo de medidas; así lo reconoce expresamente el artículo 23.1 del Reglamento ICC al disponer que *«salvo acuerdo de las partes en contrario el Tribunal Arbitral*

podrá...ordenar...medidas cautelares o provisionales...». En ese caso no quedará otra posibilidad que ocurrir ante los tribunales estatales.

3.2. Posibilidad de recurrir ante los jueces estatales

3.2.1. Regla general

Las normas reglamentarias⁽⁸⁾ coinciden también en señalar que la petición de estas medidas hecha a un juez no es una violación del acuerdo arbitral ni renuncia a la jurisdicción arbitral.⁽⁹⁾ Esta norma parece tener su antecedente en la Convención Europea de 1961 (artículo VI.4).

La razón de ser de esta previsión contenida en los reglamentos de arbitraje se funda en circunstancias que pueden aparecer antes de constituido el tribunal y aun durante el trámite del arbitraje.

Es obvia la razón por la cual las partes pueden recurrir a los tribunales estatales antes de la constitución del tribunal arbitral; es que en ese momento simplemente no existe otra autoridad a la cual pedir la protección que no sea la judicial, pues como ya se ha dicho en esta obra, el procedimiento arbitral sólo comienza con la integración del tribunal.

Y durante el proceso arbitral también puede recurrirse a los tribunales estatales porque:

⁽⁸⁾ Reglamento ICC, artículo 23.2: *Las partes podrán, antes de la entrega del expediente al Tribunal Arbitral y en circunstancias apropiadas aún después, solicitar a cualquier autoridad judicial competente la adopción de medidas provisionales o cautelares. La solicitud que una parte haga a una autoridad judicial con el fin de obtener tales medidas o la ejecución de medidas similares ordenadas por un Tribunal Arbitral no contraviene al acuerdo de arbitraje ni constituye una renuncia a éste y no afecta los poderes del Tribunal Arbitral al respecto. Dicha solicitud, así como cualquier medida adoptada por la autoridad judicial, debe ser notificada sin dilación a la Secretaría».* Reglamento UNCITRAL, artículo 26.3: *La solicitud de adopción de medidas provisionales dirigida a una autoridad judicial por cualquiera de las partes no se considerará incompatible con el acuerdo de arbitraje ni como una renuncia a ese acuerdo.*

⁽⁹⁾ También lo autorizan los reglamentos de la AAA (artículo 21), LCIA (artículo 25) y OMPI (artículo 46).

- algunas leyes estatales sólo reconocen la potestad de dictar estas medidas a esos jueces estatales;⁽¹⁰⁾ y,
- aun cuando la ley de la sede o del lugar donde deba ser eficaz la medida reconozca en los árbitros la atribución de decidir y ordenar estas medidas, ellas habrán de ser ejecutadas por los jueces, con lo cual puede resultar más eficiente recurrir directamente a ellos.⁽¹¹⁾

Como se verá, las legislaciones estatales –o en su caso la jurisprudencia– han reconocido esta jurisdicción concurrente, lo que se ha convertido en una regla primordial en materia de arbitraje.

3.2.2. *Limitación convencional*

En la doctrina se discute si las partes pueden en su acuerdo arbitral limitar la posibilidad de ocurrir ante el tribunal estatal para pedir estas medidas; mientras algunos autores lo admiten otros niegan que ello pueda ser así por temor a la denegación de justicia. Desde nuestro punto de vista si las partes han pactado la renuncia a la posible acción cautelar ante la justicia estatal, ella es plenamente válida⁽¹²⁾ pues no se afecta ningún principio de orden público; las mismas razones que abonan la eficacia de la renuncia a la jurisdicción estatal para juzgar sobre el fondo y la validez de la renuncia a algunos (o todos) los recursos, justifican la eficacia de esta renuncia.

Se considera que las partes han renunciado implícitamente a la jurisdicción estatal para obtener el dictado de medidas precautorias cuando han acordado en someterse al procedimiento de *Pre-arbitral*

(10) DERAIS, Yves y SCHWARTZ, Eric A., *El Nuevo Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Guía de Arbitraje Comercial Internacional*, Trad. de Fernando Martínez Valdés, Oxford, México, 2001, p. 334, nota 618; informan que en Austria, Italia, Grecia y algunos países escandinavos sólo los jueces gozan de la atribución de dictar medidas cautelares

(11) FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, *ob. cit.*, n° 1307, p. 711

(12) *Cfr. idem*, n° 1319, p. 718.

référé⁽¹³⁾ organizado por la ICC, tomado de la institución francesa del *judge des référés*, y que tiene por finalidad establecer un procedimiento para la adopción de medidas urgentes, que suelen ser necesarias en los contratos de construcción.⁽¹⁴⁾ Así, las Reglas, aprobadas en 1989 y en vigor desde 1990, atribuyen al *référé* la posibilidad de: (i) ordenar medidas conservatorias o medidas de restablecimiento que sean urgentemente requeridas para prevenir un daño inmediato o una pérdida irreparable y para salvaguardar el derecho de propiedad de una de las partes; (ii) ordenar a una parte a hacer a la otra o a otra persona un pago; (iii) ordenar a una parte a tomar alguna acción que debiera ser tomada de acuerdo al contrato, incluyendo la firma o entrega de algún documento; (iv) ordenar las medidas que sean necesarias para preservar o establecer una evidencia.⁽¹⁵⁾

3.2.3. Requisitos reglamentarios para ocurrir ante el juez estatal

Ciertos reglamentos limitan moderadamente la atribución de las partes de ocurrir ante los jueces estatales a pedir su protección cautelar. Así, el Reglamento ICC dice que las partes podrán pedir al juez estatal que adopte medidas cautelares o precautorias *en circunstancias apropiadas* y el Reglamento LCIA lo acepta sólo *en casos excepcionales* (artículo 23.5).

Las *circunstancias apropiadas* pueden vincularse al hecho de que en el país de la sede del arbitraje, o donde las medidas vayan a ser ejecutadas, no se reconozca a los árbitros la atribución de dictar medidas cautelares en general o en particular la específicamente requerida; así, en Bélgica los árbitros pueden dictar medidas provisionales pero no un secuestro conservatorio.⁽¹⁶⁾

(13) *Idem*, N° 1321, p. 719.

(14) BERGER, Klaus Peter, *Pre-Arbitral Referees: Arbitrators, Quasi-Arbitrators, Hybrids or Creatures of Contract Law?*, *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution (Liber Amicorum in honour of Robert Brinner)*, ICC, París, 2005, p. 73.

(15) El *Pre arbitral référé* ha sido muy poco usado en la práctica: CRAIG, Lawrence W., PARK, William W., PAULSSON, Jan, *International Chamber of Commerce Arbitration*, Oceana - ICC, 3ª. Ed., n° 27.01, 2000, p. 472.

(16) SCHÄFER-VERBIST-IMHOOS, *L'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (CCI) en pratique*, Staempfli-Bruylant, Berne-Bruxelles, 2002, p. 148.

3.2.4. *Comunicación a la Secretaría*

El Reglamento ICC establece en el artículo 23.2 que la solicitud que una parte haga a un Tribunal Judicial debe ser notificada sin dilación a la Secretaría y esta última informará al tribunal arbitral.

Sin embargo, esta comunicación a la Secretaría que está dispuesta para que la Corte pueda seguir el trámite judicial, no está impuesta bajo sanción de nulidad, por lo que su omisión no causa efecto alguno sobre el arbitraje.⁽¹⁷⁾

3.2.5. *Juez estatal competente*

Un tema importante es determinar cuál es el juez estatal competente al cual recurrir para pedir una medida urgente; con esto que-remos preguntar, ¿el juez de qué Estado es el competente?

Como regla de principio es competente el juez del país donde se encuentra la sede del arbitraje.

Sin embargo, en algún caso los tribunales ingleses se declararon competentes para dictar una *injunction relief* contra un sujeto domiciliado en Inglaterra que es parte de un arbitraje con sede en Bélgica, aunque con la aclaración que tal poder debería ser usado solo excepcionalmente.⁽¹⁸⁾

3.2.6. *Reconocimiento de estas reglas en los derechos estatales*

Hasta ahora hemos visto que los reglamentos arbitrales autorizan a las partes a concurrir ante los tribunales estatales para solicitar medidas cautelares. Pero ello hace nacer una nueva cuestión: ¿cuál es la actitud del derecho estatal frente a la pretensión cautelar de quien es parte de un procedimiento arbitral?

(17) Vid. el comentario de CRAIG, Lawrence W., PARK, William W., PAULSSON, Jan, *International Chamber of Commerce Arbitration*, Oceana - ICC, 3ª. Ed., 2000, n° 4, p. 473.

(18) El caso era *Channel Tunnel Group vs. Balfour Beatty LTF* y resuelto por la Cámara de los Lores en 1993. La doctrina aparece ratificada en la *Arbitration Act* inglesa (artículo 44): vid. *Idem*, n° 5, p. 473.

La doctrina enseña que la regla universalmente expandida es que los tribunales estatales aceptan tener competencia para dictar medidas cautelares aun cuando exista un acuerdo arbitral, sea antes de que el tribunal arbitral esté constituido o aun durante el trámite arbitral,⁽¹⁹⁾ o sea que reconocen el principio de jurisdicción concurrente al que hemos aludido.⁽²⁰⁾

Excepcional es entonces el criterio de la legislación inglesa que consagra una regla de subsidiariedad, conforme la cual el tribunal estatal sólo actúa cuando los árbitros o toda otra institución o persona no tienen competencia o no están en condiciones de actuar eficazmente.⁽²¹⁾

Naturalmente la posibilidad de recurrir tanto a los árbitros como a los tribunales estatales abre la posibilidad de que las partes abusen de ella, pidiendo la misma medida en ambas jurisdicciones o yendo a pedir a una lo que le negó la otra. La jurisprudencia de los tribunales arbitrales y estatales ha adoptado soluciones que desalientan estas prácticas desleales.⁽²²⁾

3.2.7. Revisión por el Tribunal Arbitral de las medidas adoptadas por un juez estatal

Dado que la única justificación de la jurisdicción concurrente es la mayor rapidez y eficacia de la justicia estatal que puede disponer por sí misma la ejecución de una medida como las que estamos estudiando, debería reconocerse que el tribunal arbitral puede revisar lo ordenado por el juez estatal. O sea que el Tribunal Arbitral podría

(19) Así la jurisprudencia francesa tiene establecido de manera consistente que la jurisdicción de las cortes estatales se justifica en situaciones de urgencia; *vid.* FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, *ob. cit.*, n° 1328, p. 722.

(20) *Vid.* el análisis de la legislación comprada en CRAIG-PARK-PAULSSON, *ob. cit.*, n° 27.02, a partir de p. 474.

(21) POUURET-BESSON, *ob. cit.*, n° 6.3.2.3, pp. 561-562.

(22) *Idem*, n° 6.3.2.3, pp. 562-563.

ordenar a las partes del arbitraje el abandono de la implementación de las medidas obtenidas de un tribunal estatal.⁽²³⁾

3.3. Qué medidas pueden dictarse

Hemos dicho antes que bajo la denominación de medidas precautorias caben diversas medidas, tales como las conservatorias del estado de cosas o lugares y del *statu quo* en punto a la relación jurídica que une a las partes, aquellas destinadas a asegurar el cumplimiento del laudo arbitral y las de aseguramiento de prueba. Estas últimas incluyen no sólo la conservación de cosas o lugares para que no desaparezcan evidencias sino también la posibilidad de la producción de ciertas pruebas anticipadamente a la etapa destinada a ello, lo cual es importante en múltiples casos, y especialmente en los contratos de construcción, dado que las evidencias pueden quedar sepultadas bajo miles de toneladas de cemento.⁽²⁴⁾

Al respecto cabe recordar que ICC estableció, a partir de 1976, el ICC's International Centre for Expertise, que provee distintos servicios a las partes comprometidas en una disputa, tales como la propuesta de un experto, la designación del mismo (en ambos casos a pedido de parte, pero la diferencia radica que en el segundo caso la parte que ha requerido la designación *debe* aceptarla) y la administración de los procedimientos, lo que comprende desde la designación del experto, la determinación de sus honorarios y la notificación a las partes de la decisión del mismo.⁽²⁵⁾

En el Reglamento UNCITRAL los árbitros pueden disponer medidas de aseguramiento de los bienes objeto del litigio. Tal limitación no está presente en el Reglamento ICC, por lo que se afirma que el tribunal tiene la facultad de decidir medidas tales como la protección de secretos comerciales, órdenes de consignación, desig-

(23) FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, *ob. cit.*, n° 1330, p. 723.

(24) CRAIG, PARK, PAULSSON, *ob. cit.*, n° 27.02, p. 478.

(25) Las reglas de este centro pueden verse en www.iccexpertise.org

nación de peritos para dictaminar sobre asuntos de hecho, otorgamiento de garantías, de aseguramiento de pruebas y otras similares.⁽²⁶⁾

En algunos países es de práctica la exigencia de una garantía que se conoce comúnmente bajo la denominación *security of costs*, y que correspondería a nuestro arraigo, destinado a asegurar el reembolso de los gastos de defensa de la otra parte.

La doctrina considera que esta garantía debería ser concedida en hipótesis excepcionales, como por ejemplo si una de las partes se ha insolventado para evitar los efectos de un posible pronunciamiento arbitral.⁽²⁷⁾

En los arbitrajes institucionales corrientemente los reglamentos establecen la obligación de depositar sumas de dinero que aseguren el pago de los costos administrativos y los honorarios de los árbitros; aunque el *security of costs* va algo más allá pues también buscaría perseguir el recupero de los gastos de defensa de la otra parte.

3.4. Requisitos de procedencia

Como hemos apuntado, los reglamentos arbitrales no contienen precisiones acerca de los recaudos de procedencia de las medidas cautelares, salvo alguna referencia a la garantía que debe dar quien la pide.

En la doctrina se dice que los Tribunales Arbitrales suelen requerir:⁽²⁸⁾

- a) pedido de parte;
- b) competencia *prima facie* del tribunal arbitral para conocer en el procedimiento de fondo;

(26) DERAIS, SCHWARTZ, *ob. cit.*, p. 336.

(27) POUURET, BESSON, *ob. cit.*, n° 6.3.2.1, pp. 553-554.

(28) *Idem*, n° 6, 3.3.2, p. 566

- c) verosimilitud del derecho;⁽²⁹⁾
- d) peligro en la demora;⁽³⁰⁾
- e) riesgo de peligro importante en caso de ausencia de protección;⁽³¹⁾
- f) que no se prejuzgue sobre el fondo;
- g) contracautela;
- h) audiencia previa de la contraparte.⁽³²⁾

Se advierte entonces que los Tribunales Arbitrales suelen ser más exigentes que las mismas leyes locales que, al menos en Argentina, se limitan a requerir la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la contracautela, y aun relativizando los dos últimos. Y más aún, en todos los códigos procesales la regla es que estas medidas se dictan sin intervención de la contraparte.⁽³³⁾

3.5. Forma de la decisión

El artículo 23.1 del Reglamento ICC autoriza a emitir la decisión bajo la forma de auto motivado o laudo, según el Tribunal lo

⁽²⁹⁾ En el original en francés usa la expresión «posibilidad de éxito en cuanto al fondo» a lo que califica como *prima facie case*, para nosotros la expresión es la usada en el texto.

⁽³⁰⁾ Nuevamente, en el original se lee: «urgencia de la situación o peligro inminente amenazando los derechos del requirente» (*impending injury*).

⁽³¹⁾ No se ve clara la distinción con el requisito del peligro en la demora

⁽³²⁾ En ciertos casos urgentes se admite que se dicten medidas sin previa audiencia de la contraparte aunque ello es excepcional y no admitido por la totalidad de la doctrina. Se apunta que el pronunciamiento de una medida *inaudita parte* deberá imperativamente ser seguida de un debate contradictorio que permita a los árbitros escuchar los argumentos de la contraparte: POUDET, BESSON, *ob. cit.*, nota 451, p. 567.

⁽³³⁾ En este caso nos estamos refiriendo a las medidas precautorias propiamente dichas, o sea aquellas destinadas a asegurar la eficacia de la sentencia (embargo, secuestro, prohibición de contratar o de innovar); también las diligencias preliminares: pero «*si hubiese de practicarse prueba se citará a la contraria, salvo cuando resultare imposible por razón de urgencia, en cuyo caso intervendrá el defensor oficial*» (artículo 327 CPCC).

estime conveniente. Si es bajo forma de laudo debe ser aprobado por la Corte Internacional de Arbitraje (artículo 27).

En cuanto al Reglamento UNCITRAL, dice en su artículo 26.2 que las medidas provisionales podrán estipularse en un laudo provisional.

3.6. Irrecurribilidad de la decisión

Las decisiones adoptadas por un Tribunal Arbitral no son revisables por los tribunales estatales por vía de recursos; y cuando se pretende su ejecución, tampoco pueden apreciar su mérito, debiendo limitarse a proveer lo que corresponda para tornar eficaz la decisión de los árbitros.

3.7. Ejecución de las cautelares

Una cuestión extremadamente compleja se plantea con la ejecución de las decisiones provisorias adoptadas por un tribunal arbitral en un país distinto al de la sede. El tema reside en determinar si esa decisión puede ser ejecutada o no bajo el amparo de la Convención de Nueva York, para lo cual lo relevante es si la resolución del tribunal arbitral que ordena la medida es o no un laudo según esta Convención.

Para algunos autores, el laudo, según la Convención de Nueva York, es sólo el definitivo, por lo que la decisión que dispone una medida provisional no es más que una orden procesal o a lo sumo un laudo parcial pero que no encaja en la Convención y por ende no amparado por ella. Sin embargo, algunas sentencias de tribunales de los Estados Unidos han aceptado que ciertas decisiones que no resuelven definitivamente el fondo de la cuestión pueden ser considerados laudos bajo la Convención si ellas se pronuncian sobre cuestiones independientes de otros puntos todavía en litigio ante los árbitros.⁽³⁴⁾

⁽³⁴⁾ POUURET, BESSON, *ob. cit.*, nº 6.3.4.4, p. 576 y ss.

4. EL DERECHO ARGENTINO

4.1. Atribución de los árbitros para disponer medidas cautelares

4.1.1. Medidas cautelares anteriores a la iniciación del proceso arbitral

Es un lugar común en la doctrina nacional sostener que los árbitros no pueden dictar medidas cautelares antes de iniciado el proceso arbitral; esto es lógico pues conforme lo hemos visto, en nuestro sistema éste empieza con la constitución del tribunal.

4.1.2. Medidas cautelares durante el juicio arbitral

La doctrina argentina presenta dos corrientes de opinión claramente diferenciadas.

Por un lado un grupo de autores –con el apoyo de algunos precedentes judiciales– sostiene que los árbitros no están imbuidos de la facultad de dictar medidas cautelares.⁽³⁵⁾

Argumentan para ello que los Códigos Procesales no confieren tal atribución;⁽³⁶⁾ por el contrario, razonan, ellos disponen que las medidas compulsorias y de ejecución no pueden ser dictadas por los árbitros, quienes deberán requerirlas al juez para que este preste el auxilio de su jurisdicción (artículo 753 CPCC).⁽³⁷⁾

Y en otros casos se argumenta que si bien el artículo 753 CPCC no sería un obstáculo definitivo, tal atribución debió serles reconocida expresamente en el compromiso arbitral; si ello no se hubiera así convenido, los árbitros carecerían de la facultad de pronunciarse so-

⁽³⁵⁾ En esta orientación, con diversos argumentos: KIELMANOVICH, Jorge, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y Comentado*, Tomo II, LexisNexis, Buenos Aires, 2003, p. 1124; COLOMBO, Carlos J., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y Comentado*, Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975, p. 434.

⁽³⁶⁾ Vid. CNCiv., Sala A, 13.6.72, *Vialco SA c/ El Fletero SRL*, ED 50-463

⁽³⁷⁾ El artículo 753 CPCC dispone: *Medidas de ejecución.- Los árbitros no podrán decretar medidas compulsorias, ni de ejecución. Deberán requerirlas al juez y éste deberá prestar el auxilio de su jurisdicción para la más rápida y eficaz sustanciación del proceso arbitral.*

bre una petición dirigida a obtener una cautelar habida cuenta la interpretación estricta que cabe hacer del compromiso.

Sin embargo otro importante sector de la doctrina encuentra que la ley no niega a los árbitros la facultad de decretar medidas precautorias. Para ello se argumenta que debe distinguirse entre los distintos atributos o elementos de la jurisdicción, coincidiéndose en que los árbitros están privados del *imperium*, pero tienen la atribución de conocer y juzgar (*nocio e iudicium*); y que cuando una de las partes del proceso arbitral solicita una medida cautelar los árbitros deben conocer y juzgar sobre su procedencia. Ello no aparece negado por el artículo 753 que se refiere a las medidas compulsorias y de ejecución, las que deberán ser dispuestas por el juez a pedido de los árbitros. Es que el dictado de la medida cautelar no importa ejercer compulsión sobre ninguna persona ni implica su inmediata ejecución, sino sólo el pronunciamiento de los árbitros sobre un tema sometido a su decisión.⁽³⁸⁾ Como bien concluye Caivano, la norma debe ser entendida no como un impedimento a los árbitros para resolver sobre la procedencia de una medida cautelar, sino como la prohibición de ponerla en ejecución forzada por sí mismos.⁽³⁹⁾

En cuanto al argumento de que las medidas cautelares sólo podrían ser dispuestas si la atribución de hacerlo hubiera sido incluida en el convenio arbitral, pues la jurisdicción arbitral es de interpretación restrictiva, tampoco es convincente.

Por un lado ya hemos señalado que la mentada «interpretación restrictiva» del acuerdo arbitral y por ende de la jurisdicción de los árbitros, es cuestionable, en tanto no emana sino de una jurisprudencia que ha repetido esa fórmula mecánicamente pero sin reparar a cuáles serían su fuente y su fundamento.

Y por otro, el sometimiento del conflicto a árbitros supone la exclusión de la jurisdicción judicial, lo cual supone dos efectos:

⁽³⁸⁾ PEYRANO, Jorge, «Medidas cautelares en los procesos arbitrales», en: *JA*, 2004-III-898; GOZAÍNI, Osvaldo, «Medidas cautelares y arbitraje», en: *JA*, 1992-IV-878; ARAZI, Roland, «Arbitraje nacional e internacional», en: *LL* 19.8.05.

⁽³⁹⁾ CAIVANO, Roque J., *Arbitraje*, Ad Hoc, 2da. Ed., Buenos Aires, 2000, p. 235 y ss.

- i. el primero, que los jueces son incompetentes para entender en la cuestión y por ende deberían abstenerse de dictar medidas precautorias, a estar a la letra del artículo 196 del Código Procesal;
- ii. el segundo, que los árbitros son competentes para entender en el conflicto principal y en las cuestiones accesorias a ella, entre las que se encuentra el dictado de medidas cautelares.⁽⁴⁰⁾

Por lo que no puede sino concluirse que los árbitros pueden decidir sobre la procedencia de medidas cautelares y disponerlas,⁽⁴¹⁾ aunque en principio para su ejecución deben requerir el auxilio judicial. Anticipamos que decimos «en principio», porque, como explicamos más adelante, algunos autores sostienen que ciertas medidas que no requieren compulsión podrían ser ejecutadas directamente por los árbitros (por ejemplo, las medidas que se satisfacen con una mera notificación o una inscripción en un registro).

4.1.3. Previsión expresa de la atribución de los árbitros para dictar medidas cautelares

Del discurso que precede resulta claro que si las partes hubiesen previsto en su acuerdo arbitral que los árbitros tienen la atribución de dictar medidas de esta naturaleza, desaparecería una de las objeciones esenciales que ha formulado parte de la doctrina argentina.

Ya hemos visto que los reglamentos arbitrales contienen esta previsión de manera expresa; a los ya comentados cabe agregar en nuestro medio al Reglamento del Tribunal de Arbitraje de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, el que prevé en su artículo 33 que: «*El Tribunal podrá disponer medidas cautelares bajo responsabilidad y otorgamiento de contracautela por el solicitante, y a satisfacción de aquél, si las partes no han excluido tal facultad en el convenio de arbitraje*».

(40) Cfr. CAIVANO, Roque J., «Medidas cautelares en el arbitraje», en *JA*, 1998-I-47

(41) Cfr. CI^a CC Mar del Plata, Sala I, 2.12.99, Pestaña, Odilio Alberto c/ Guerini, Oscar, en: *ED*. 187-338 con nota de Roque Caivano, «Medidas cautelares en el arbitraje: una saludable rectificación de la justicia marplatense».

Lo relevante es que el sometimiento de las partes a ellos importa incorporarlos a su acuerdo arbitral⁽⁴²⁾ y por ello atribuir de manera explícita a los árbitros la atribución de dictar medidas de esta naturaleza.

4.1.4. *Medidas posteriores al laudo*

Los árbitros pueden dictar medidas cautelares posteriores al laudo y destinadas a asegurar su cumplimiento.⁽⁴³⁾ Pero su ejecución también queda deferida a los jueces, los que deberán prestar su colaboración conforme lo dispone el artículo 753 CPCC.

4.1.5. *Qué medidas se pueden disponer*

En el derecho argentino las medidas cautelares no están circunscriptas a una enumeración taxativa. Si bien el CPCC trata del embargo preventivo, el secuestro, la intervención judicial, la inhibición general de bienes y anotación de la litis, la prohibición de innovar y de contratar, clausura el capítulo con la regla del artículo 232 que con el acápite «Medidas cautelares genérica», dice: «*Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia*».

En la doctrina argentina se define esta medida cautelar genérica o innominada como aquélla que puede dictar el juez (o en su caso el árbitro, apuntamos), atendiendo a las necesidades del caso, si no existe en la ley una medida específica que satisfaga la necesidad de aseguramiento;⁽⁴⁴⁾ señalándose además que su finalidad no se limita

(42) Cfr. Poudret-Besson, *ob. cit.*, N° 607, p. 552.

(43) PEYRANO, Jorge, *ob. cit.*; también se reconoce esta atribución en la sentencia de 1ª instancia dictada en autos Sasso, Nicolás c/ Neyra, Osbella, en: JA 1998-IV-46.

(44) PODETTI, Humberto, *Tratado de las medidas cautelares*, Ediar, Buenos Aires, 1956, p. 45.

al aseguramiento de la sentencia, sino que el tribunal arbitral puede disponer que una de las partes se abstenga de determinada conducta que pudiera ser dañosa o fuera un impedimento para el logro de la justicia.⁽⁴⁵⁾

Por lo que medidas tales como la protección de secretos comerciales, órdenes de consignación, designación de peritos para dictaminar sobre asuntos de hecho, otorgamiento de garantías y otras similares, que son admisibles en los arbitrajes internacionales bajo reglas ICC, son también aceptables para el derecho argentino.

Eso sí, se afirma en la doctrina argentina que en la medida en que el arbitraje no puede versar más que sobre las cuestiones que pueden ser materia de transacción, en principio, los árbitros tendrían la facultad de tomar medidas sólo sobre bienes y no sobre personas.⁽⁴⁶⁾

Y en algunos ordenamientos se discute si los árbitros tienen o no la facultad de decidir medidas que importen secuestro de bienes.⁽⁴⁷⁾

4.1.6. Medidas de aseguramiento y producción anticipada de pruebas

Hemos apuntado que al referirnos a medidas cautelares, incluimos las medidas destinadas al aseguramiento y producción anticipada de pruebas.

En los códigos procesales que rigen en los distintos estados argentinos estas medidas se tratan como una diligencia preliminar bajo la denominación de prueba anticipada; ellas proceden cuando las partes tuvieren motivos justificados para temer que la producción de sus pruebas pudiera resultar imposible o muy dificultosa en el período

(45) ARAZI, Roland, ROJAS, Jorge, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado, Anotado y Concordado con los Códigos Provinciales*, Tomo I, Santa Fe, Rubinzal & Culzoni, Buenos Aires, 2001, comentario al artículo 232, N° 2, p. 751.

(46) ZINNY, Jorge Horacio, «Medidas cautelares en el arbitraje», en: *Revista de Derecho Procesal*, N° 1, Santa Fe, Buenos Aires, 1998, p. 247.

(47) POUURET-BESSON, *ob. cit.*, N° 6.3.2.1, p. 552.

do de prueba, y pueden consistir en: declaración de algún testigo de edad avanzada, gravemente enfermo o que estuviere por ausentarse del país; reconocimiento judicial o dictamen para hacer constar la existencia de documentos o el estado, calidad o condición de cosas o de lugares; pedido de informes (artículo 326 CPCC).

Desde nuestro punto de vista estas medidas pueden ser dispuestas también por un tribunal arbitral. Median aquí las mismas razones que habilitan a los árbitros a disponer medidas cautelares.

4.1.7. Otras medidas

El derecho procesal argentino ha avanzado notablemente en lo que hace a las atribuciones de los jueces para dictar medidas *urgentes* que van más allá de las cautelares reguladas en los códigos procesales sobre los moldes tradicionales, para lo cual se ha partido de la idea de que si bien todo lo cautelar es urgente no todo lo urgente es cautelar. De modo que la doctrina –y luego la jurisprudencia– han ido trabajando y perfilando los contornos de nuevas medidas urgentes, entre ellas las innovativas; y en institutos como la tutela anticipatoria que se ubica fuera del campo de lo cautelar.

La medida innovativa es una cautelar excepcional que tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado, medida que se traduce en la injerencia de oficio en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o a de que se retrotraigan los resultados consumados de una actividad de igual tenor.⁽⁴⁸⁾ En general se considera que está sujeta a los requisitos ordinarios de procedencia de las medidas cautelares (verosimilitud del derecho, peligro en la demora y contracautela) más la posibilidad del daño irreparable,⁽⁴⁹⁾ y ha sido aplicada a las más diversas situaciones que van desde la pro-

(48) PEYRANO, Jorge, «Pasado y presente de la medida cautelar innovativa», en: PEYRANO, Jorge (Director) y BARACAT, Edgar J. (Coordinador), *Medida innovativa*, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, Buenos Aires, 2003, p. 15.

(49) BILELIO, Juliana y GASPARINI, Marisa, *idem*, p. 331 y ss.

tección del derecho a la intimidad (con fundamento en el derecho de fondo pues el vigente artículo 1071 bis del Código Civil autoriza a los jueces a hacer cesar al demandado en las conductas lesivas de ese derecho)⁽⁵⁰⁾ hasta el restablecimiento de un servicio de medicina prepaga en favor del cliente a quien se le había rescindido el contrato, la autorización a un jugador de fútbol para prestar sus servicios a otra entidad mientras solicitaba judicialmente su declaración de jugador libre y la orden de cesar la difusión de una publicidad comparativa que podía ser considerada como una manifestación de competencia desleal.⁽⁵¹⁾ Incluso hoy en día el CPCC contiene una medida innovativa, en tanto el artículo 680 bis (incorporado en 1995) dispone que *en los casos en que la acción de desalojo se dirija contra un intruso, en cualquier estado del juicio y a pedido del actor el juez podrá disponer la inmediata entrega del inmueble si el derecho invocado fuese verosímil y previa caución...*

No parecería cuestionable que un tribunal arbitral con sede en Argentina pudiera dictar una medida de esta naturaleza, pues en definitiva estamos en el campo de las cautelares, que todos los reglamentos reconocen.

Distinta puede ser la respuesta cuando tratamos de la tutela anticipatoria y dentro de ésta de las medidas autosatisfactivas.

Roberto Berizonce en un prolijo estudio dice que la tutela anticipatoria comprende decisiones tendientes a brindar tutelas urgentes susceptibles de diferenciarse según que el pronunciamiento respectivo (a) provea una protección puramente «interinal» aunque suficiente para componer de momento, tempranamente y de modo

(50) Con mayor fundamento todavía a partir de la reforma constitucional de 1994 que incorpora el art. 43 conforme al cual *«Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, allere o amenace, con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley».*

(51) CNCCFederal, sala II, 22.10.93, «The Coca Cola Company y otros», en: ED 159-13 con nota de Germán Bidart Campos; LL 1994-C-3 con nota de Ernesto O'Farrell.

provisional, la litis, anticipando total o parcialmente el objeto mediato pretendido; o (b) dispense una tutela de virtualidad «definitoria», en tanto recayendo sobre el objeto mismo de la pretensión agota y consume la litis, tornando inútil la sentencia final sobre el fondo, por la irreversibilidad de hecho de sus efectos, análogos al propio pronunciamiento de mérito, inclusive en cuanto a su ejecutoriedad.⁽⁵²⁾

En la segunda categoría aludida en el párrafo precedente, encajan las medidas autosatisfactivas que se diferencian de las resoluciones anticipatorias en que en estas se provee una protección puramente provisional e interina, que si bien adelanta de modo total o parcial los efectos de la tutela pretendida, no prejuzga ni interfiere la definición final que sólo llega con la sentencia en el mérito; en cambio, las medidas autosatisfactivas, excepcionalmente, dispensan a través de un proceso urgente una satisfacción o efectividad inmediata y definitiva, que agota y consume la *litis*, a través de un pronunciamiento en el mérito de la pretensión, cuyos efectos devienen de hecho irreversibles y, por ello, tornan innecesaria la continuación del proceso y abstractas las cuestiones que integraron la pretensión. Por esta última característica se las denomina también medidas «anticipatorias materiales» o «definitorias», caracterizándoselas como una verdadera tutela judicial urgente, inmediata y sustantiva.⁽⁵³⁾

La doctrina, siguiendo los lineamientos de la jurisprudencia, es constante en que la procedencia de una medida autosatisfactiva está sujeta al cumplimiento de los siguientes requisitos: *conurrencia de una situación de urgencia; fuerte probabilidad» de que el derecho del postulante sea atendible; y contracautela.*⁽⁵⁴⁾

(52) BERIZONCE, Roberto, «La tutela anticipatoria en la Argentina», en: *JA* 1998-II-905.

(53) *Idem*, *vid.* también PEYRANO, Jorge, «Informe sobre las medidas autosatisfactivas», en: *LL* 1996-A-1002 y «Vademecum de las medidas autosatisfactivas», en *JA*, 1996-II-712.

(54) XIX Congreso Argentino de Derecho Procesal, Corrientes, 1997, citado en PEYRANO, Jorge W., «La medida autosatisfactiva: Forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y Evolución», en Peyrano Jorge W. (Director), «*Medidas Autosatisfactivas*», Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 24.

La cuestión que se plantea es si los tribunales arbitrales tendrían la atribución de dictar medidas como estas.⁽⁵⁵⁾

PEYRANO, cuya autoridad en la materia es indiscutible, afirma que no, y ello por no mediar en el caso ninguno de los argumentos que legitiman a los árbitros a dictar cautelares; agregando que si bien la posibilidad de medidas precautorias es previsible no lo es el despacho de una tutela anticipada puesto que requiere la presencia de *periculum in damni* para el beneficiario, requisito consistente en la aparición de un episodio colateral soportado por quien pide esa tutela antes de que el proceso se haya completado bajo el argumento de sufrir un perjuicio irreparable en caso de no ser concedida. Además, agrega el autor citado, debe tenerse en cuenta que las partes al elegir la jurisdicción arbitral han escogido un modelo de solución de conflictos en el cual la agresión al patrimonio del vencido sólo se hará efectiva una vez dictado el laudo.⁽⁵⁶⁾

4.2. Ejecución de la cautelar

4.2.1. Colaboración de los Tribunales Judiciales

Se ha dicho ya que al carecer los árbitros de *imperium* no pueden –al menos en principio– proceder a ejecutar las medidas cautelares que dispongan. Para ello deben requerir el auxilio de la justicia estatal, la que está obligada a proveerlo, pues el artículo 753 CPCC dice que: «*el juez deberá prestar el auxilio de su jurisdicción para la más rápida y eficaz sustanciación del proceso arbitral*».

Esto significa que comunicada la decisión arbitral al juez este carece de aptitud para examinar la legitimidad de lo resuelto; y la

⁽⁵⁵⁾ El *leading case* en la materia es una sentencia de la Corte Suprema por la que se ordenó –antes de la sentencia definitiva– pagar una porción de lo reclamado con causa en un accidente de trabajo ponderando el riesgo que soportaba el actor durante el trámite del proceso (CSN, 7.78.97, «Camacho Acosta, M. c/ Grafi Graf SRL», en: *JA* 1998-I-465; también *Revista de Derecho Procesal*, N° I, p. 385, con nota de Roland Arazi; *vid.* también CSN, 1.9.03, «Provincia de Salta c/ Estado Nacional», en: *JA*, 2004-II-72.

⁽⁵⁶⁾ PEYRANO, «Medidas cautelares en los procesos arbitrales», *ob. cit.*

parte afectada no puede plantear ningún recurso ni incidencia con la que se pretenda evitar la ejecución de la cautelar. Al respecto debe tenerse en cuenta que las decisiones adoptadas durante el trámite del proceso arbitral no son recurribles ante los tribunales judiciales.

4.2.2. *Ejecución por los mismos árbitros*

Alguna parte de la doctrina argentina afirma que ciertas medidas precautorias podrían ser ejecutadas directamente por los mismos árbitros; son aquéllas que no requieren compulsión, pues se limitan a ser eficaces por vía de una inscripción registral (embargo de un bien registrable, inhibición general de bienes) o de una mera notificación (prohibición de innovar, prohibición de contratar).⁽⁵⁷⁾ Es más, se afirma que si la medida estuviese dirigida a un tercero, como puede ser una prohibición de contratar o de modificar el estado de cosas o lugares, este no está obligado por la decisión arbitral ya que no es parte del acuerdo arbitral del cual emana la jurisdicción de los árbitros; pero podría cumplirla espontáneamente, lo que haría innecesaria la actuación del poder judicial estatal.⁽⁵⁸⁾

Sin embargo esta tesis dista de ser unánime, pues aun autores que están conformes en que los árbitros tienen jurisdicción para dictar medidas cautelares, cuestionan que puedan ejecutarlas por sí mismos a pesar de no requerir compulsión para hacerlas efectivas.⁽⁵⁹⁾ Se argumenta que la posibilidad de que el árbitro ejecute las cautelares, aun en estos casos en que no se exige compulsión, importaría una incoherencia dentro del esquema clásico construido sobre el principio «*el árbitro decide, el juez ejecuta*»; siendo además irrelevante que se requiera o no el auxilio de la fuerza pública para hacer efectiva la cautelar pues el ejercicio de la *executio* es atribución indelegable de la justicia estatal, amén de que existen razones prácticas que dificulta-

(57) ARAZI, *ob. cit.*; apunta este autor que esta es la solución consagrada en el reglamento de arbitraje de la Bolsa de Comercio de Mendoza.

(58) CAIVANO, *ob. cit.*, p. 240.

(59) PEYRANO, *ob. cit.*

rían enormemente la ejecución de algunas de esas medidas, como por ejemplo las que requieren inscripciones en registros públicos.⁽⁶⁰⁾

4.3. Medidas cautelares dictadas por Tribunales Judiciales

Los códigos procesales de las distintas provincias argentinas no contemplan expresamente la posibilidad de que los tribunales estatales dicten medidas cautelares durante la tramitación de un procedimiento arbitral.

Sin embargo, es claro que estos tribunales estatales conservan jurisdicción para disponerlas, pues median aquí las mismas razones que en el orden internacional se han sostenido para fundar tal solución.

⁽⁶⁰⁾ *Idem.*

PRONUNCIAMIENTO ACERCA DE LOS COSTOS DEL ARBITRAJE EN EL LAUDO ARBITRAL

FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY (*)

SUMARIO: I. El punto de partida: el acuerdo de las partes. II. Los costos del arbitraje propiamente dichos. III. Reglas básicas para la asignación de los costos y sus excepciones. IV. Razonabilidad y necesidad de los costos.

El artículo 19 de la Ley General de Arbitraje (en adelante LGA), dispone que la aceptación del cargo confiere a los árbitros, así como a las instituciones arbitrales, el derecho a exigir a las partes un anticipo de los fondos que estimen necesarios para atender las retribuciones respectivas y los gastos del arbitraje.⁽¹⁾

Cuando el arbitraje es institucional, todo lo relativo a los honorarios de la institución arbitral y de los árbitros, al anticipo de los fondos y al pago de los gastos, estará determinado en el respectivo

(*) Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas - UPC, Perú.

(1) Este es un derecho a favor de las Instituciones Arbitrales y los árbitros y, por lo tanto, una obligación de las partes que, como señalan CHILLÓN MEDINA, José y MERINO MERCHÁN, José, *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*, Civitas, Madrid, 1978, p. 185, «es oportuno porque supone una presunción general a favor de la profesionalidad arbitral, al tiempo que una prestación justa en reciprocidad con los deberes y obligaciones que asume el árbitro [y la institución arbitral] en el ejercicio de sus funciones».

reglamento arbitral.⁽²⁾ Cuando el arbitraje es *ad hoc*, generalmente estas materias serán determinadas por los árbitros.⁽³⁾

Por su parte, el artículo 52 de la LGA, como prácticamente todas las legislaciones arbitrales que pretenden regular de manera correcta la práctica del arbitraje dentro de sus fronteras, reconocen en los árbitros la facultad para pronunciarse en el laudo arbitral acerca de los costos del arbitraje y sobre su condena o exoneración,⁽⁴⁾ posi-

- (2) CAIVANO, Roque J. «Un ponderable criterio sobre honorarios en el arbitraje», en: *Jurisprudencia Argentina*, N° 5856, Buenos Aires, 1993, p. 19. «...resulta necesario aclarar que la forma de resolver la cuestión variará según se trate de un arbitraje *ad hoc* o de un arbitraje institucionalizado, pues en este último caso resulta habitual que junto con la cláusula compromisoria en virtud de la cual acuerdan someter el diferendo al arbitraje de una determinada institución, las partes convengan también en someterse a los reglamentos de esa misma institución, cuyas normas resultan así convencionalmente incorporadas a la relación jurídica que une a las partes. Y los reglamentos de arbitraje de la mayoría de las entidades contienen previsiones expresas sobre el particular, de manera que en tales supuestos debe estarse a lo que dichas normas dispongan». FOUCHARD, Philippe, «Relationship between the Arbitrator and the Parties and the Arbitral Institution», en: *The ICC International Court of Arbitration Bulletin, The Status of the Arbitrator, Special Supplement*, 1995, p. 19. «*Most institutional rules of arbitration lay down a scale of fees, which takes into account the commercial amount in dispute, and possibly, the difficulty of the case and the time spent by the arbitrators in deciding it. Such scales, as well as the decisions taken for applying them by the centres' administrative structures, are obviously contractual in character.*». Sobre este particular, leer a: FADLALLAH, Ibrahim, «*Payment of the Advance to Cover Costs in ICC Arbitration: the Parties' Reciprocal Obligations*», en: *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 14, N° 1, 2003, p. 55, SECOMB, Matthew, «*Awards and Orders Dealing with the Advance on Costs in ICC Arbitration: Theoretical Questions and Practical Problems*», en: *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 14, N° 1, 2003, pp. 59-70; BRENER, Lisa, «*Costs and Value of Arbitration*», en: *World Arbitration & Mediation Report*, Vol. 14, N° 4, April 2003, pp. 111-117; y, FRIEDLAND, Paul D. y SANTENS, Ank, «*The Internationalization of American Commercial Arbitration*», en: *News and Notes from The Institute for Transnational Arbitration*, Vol. 18, N° 2, 2004, pp. 10-15.
- (3) CONEJERO ROOS, Cristian, «Los costos en el arbitraje internacional», en: *El Contrato de Arbitraje*, SILVA ROMERO, Eduardo y MANTILLA ESPINOZA, Fabricio (Coord.), Lexis Editores S.A., Colombia, 2005, p. 732.
- (4) BÜHLER, Micha, «*Awarding Costs in International Commercial Arbitration: an Overview*», en: *ASA Bulletin*, Vol. 22, N° 2, 2004, p. 256. «*Many national arbitration laws... expressly confer on the arbitrators the authority to decide the costs of arbitration as between the parties.*». YUKIO GOTANDA, John, «*Awarding costs and attorneys' fees in International Commercial Arbitrations*», en: *Michigan Journal of International Law*, Vol. 21, 1999, pp. 8-9, identifica

bilitando así que la parte beneficiada los pueda recuperar, de ser necesario, en ejecución del laudo arbitral.⁽⁵⁾

Es más, Bühler⁽⁶⁾ explica que en algunos casos si bien la legislación arbitral no regula esta materia (como, por ejemplo, es el caso en

dentro de este grupo a las legislaciones arbitrales de Inglaterra, Australia, Israel, Turquía, Bulgaria, Finlandia, Holanda, Portugal, Austria, Suecia, Grecia, Hong Kong, entre otros.

Nosotros también identificamos en este grupo a las legislaciones arbitrales de: Perú (artículo 52 aplicable al Arbitraje Nacional y al Arbitraje Internacional), España (artículo 37(6)), Brasil (artículo 27), El Salvador (artículo 60(6)), Panamá (artículo 29), Honduras (artículo 67(6)), Guatemala (artículo 40(4)), Costa Rica (artículo 58), Venezuela (artículo 20), Colombia (artículo 154 del Decreto N° 1818 de 1998), Paraguay (artículo 51), México (artículo 1453), Bolivia (artículo 58) y Uruguay (artículo 497). SPINILLO, Alessandro y VOGELIUS, Emilio, «Argentina», en: *International Arbitration in Latin America*, BLACKABY, Nigel, LINDSEY, David y SPINILLO, Alessandro (Eds.), Kluwer Law International, La Haya, 2002, p. 50. «Arbitrators are bound to render a decision concerning the costs of the arbitration by applying the same rules as state courts (CP Article 772)». SALAZAR CORDERO, Ramiro, «Ecuador», en: *International Arbitration in Latin America*, BLACKABY, Nigel, LINDSEY, David y SPINILLO, Alessandro (Eds.), Kluwer Law International, La Haya, 2002, p. 149. «The award must clearly specify which party will bear the costs of the arbitration. The arbitration costs include the fees of the arbitrators, the tribunal's secretary, the tribunal's expert, and any other individuals who have taken part in the proceedings in the description of the tribunal. These provisions are found in Articles 273 and following of the Code of Civil Procedure (...) The Tribunal must also specify the parties' attorneys' fees and costs, and indicate which party will be responsible for their payments».

- (5) LAURENCE CRAIG, William W. Park & PAULSSON, Jan, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3ra. Ed., Oceana Publications, Inc./ICC Publishing SA, 2000, p. 269. «An award for reimbursement to the party who had paid the advance on behalf of the defaulting party should be enforceable in national courts and under the New York Convention in the same way as any other award for a sum of money».
- (6) BÜHLER, Micha, *ob. cit.*, pp. 252-256. «Absent a reference to arbitration rules, the default provisions of the *lex arbitri* are of particular relevance. However, arbitration acts may not deal with costs: for instance, neither Chapter XII of the Swiss Private International Law nor Book IV of the French New Code of Civil Procedure contain a provision on costs. Now, if both the arbitration agreement and the act are silent on the matter, and no arbitration rules were agreed upon by the parties, where should the arbitrator look for the law to apply? It is sometimes argued that in this case, the arbitral tribunal is bound to follow the cost rules applicable to judicial proceedings at the place of arbitration. However, in a transnational dispute, it would often be inappropriate for arbitrators to do so, since the national regulations and practices are as diverse as they are complex (and thus neither the parties nor the arbitrators may be familiar

Suiza y Francia), igual se reconoce esta facultad en los árbitros como inherente al mandato que tienen para resolver una disputa.⁽⁷⁾

En otras palabras, como bien señala Conejero citando para el efecto a Berger,⁽⁸⁾ «... la intención de las partes de recibir un laudo susceptible de ejecución sobre los costos del arbitraje debe ser considerado como un elemento implícito del acuerdo arbitral celebrado entre las mismas. Del hecho de que los costos del arbitraje sean un elemento implícito en todo acuerdo arbitral, se sigue que la decisión de los árbitros en cuanto a los costos sea, por tanto, una parte integral de la decisión en cuanto al fondo de la disputa».

Esta facultad reconocida en los árbitros, también se encuentra regulada en los reglamentos de los principales Centros de Arbitraje del mundo.⁽⁹⁾

with them). Nowadays, the view that the rules of state court procedure are applicable as 'stopgap' measures for arbitral proceedings has largely been abandoned. Actually, modern arbitration laws do not consider the parties' choice of the arbitral seat to be an implicit choice of that country's procedural law (other than specific provisions for arbitral proceedings), but rather give the arbitrators the subsidiary power to determine the procedure. Absent any specific provision in the arbitration law or an agreement of the parties, arbitrators thus have an unfettered discretion in making their decision on costs as a result of their power to determine the arbitral procedure.

(...)

Other national laws assume that such powers are inherent in the arbitrators' mandate to resolve a dispute».

- (7) La reciente Ley sobre Arbitraje Internacional de Chile que es 100% Ley Modelo de UNCITRAL, no contiene disposición alguna sobre costos, como tampoco lo hace la Ley Modelo. Sin embargo, debemos de esperar que, como ha sucedido en otros países cuyas legislaciones sufren del mismo vacío, esto no sea obstáculo para que se reconozca la facultad inherente que tienen los árbitros para determinar en el laudo arbitral los costos del arbitraje y su imputación entre las partes.
- (8) CONEJERO ROOS, Cristián, *ob. cit.*, p. 737.
- (9) GOTANDA, John Yukio, *ob. cit.*, pp. 18-19, identifica que la American Arbitration Association International Arbitration Rules (artículo 31), la London Court of International Arbitration (LCIA) Rules, la World Intellectual Property Organization (WIPO) Arbitration Rules (artículo 31), las Rules of Arbitration and Conciliation of the International Arbitral Centre of the Federal Economic Chamber of Vienna (artículo 19), las reglas de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)

Este tema suele ser uno poco tratado por la doctrina especializada, tal vez porque se trata de una materia que no está íntimamente ligada con el fondo de la controversia planteada por las partes. Sin embargo, como afirma Schwartz,⁽¹⁰⁾ cuando se presenta una disputa arbitral, especialmente en el ámbito internacional, el tema de los costos del arbitraje puede ser tan importante como el fondo de la controversia misma.⁽¹¹⁾

Además, es aquí donde las partes suelen recibir duras sorpresas, ya que algunas veces el vencedor accede a costos arbitrales importantes, mientras que, en otros casos, apenas recibe alguna compensación e, inclusive, nada.⁽¹²⁾

(artículo 31), la Chamber of Commerce and Industry of Geneva (CCIG) Arbitration Rules (artículo 36.1), las Reglas de Arbitraje del Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce y las reglas de Arbitraje Internacional de la Zurich Chamber of Commerce, regulan expresamente la facultad del tribunal arbitral para establecer en el laudo arbitral los costos del arbitraje y su imputación entre las partes. En el Perú, los dos principales centros de arbitraje establecen reglas similares: Reglamento Procesal del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima (artículo 62) y Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje Amcham Perú (artículo 53).

- (10) SCHWARTZ, Eric A., «The ICC Arbitral Process, Part IV: The Costs of ICC Arbitration», en: *The ICC International Court Arbitration Bulletin*, Vol. 4, París, 1993, p. 8. «When an international commercial dispute arises, the cost of resolving it may be as important to the parties as the merits of the claims themselves».
- (11) CONEJERO ROOS, Cristian, *ob. cit.*, p. 731. «El arbitraje internacional da lugar muchas veces a procesos complejos, que llevan aparejados considerables gastos para la debida conducción del mismo, incluidos los honorarios y gastos del tribunal arbitral, los costos de asesoría y representación legal, los cuales frecuentemente suponen la intervención de numerosos abogados que destinan un tiempo considerable de trabajo en la preparación y presentación del caso, los costos de cada parte en la producción de pruebas (incluyendo costos derivados de la celebración de audiencias, traducción de declaraciones testimoniales y de documentos, entre otros) y, en fin, los honorarios de la institución encargada de administrar el proceso arbitral, en caso de un arbitraje institucional, todo lo cual hace que esta cuestión haya adquirido particular importancia desde un punto de vista práctico».
- (12) GOTANDA, John YUKIO, *ob. cit.*, p. 1. «Parties in international commercial arbitrations sometimes receive rude surprises when it comes to claims for costs and attorneys fees. In some cases arbitral tribunals award the successful party a significant amount, while in other cases tribunals award little or nothing».

Gotanda⁽¹³⁾ entiende pues que en materia de costos del arbitraje existe una gran inconsistencia e, inclusive, arbitrariedad, razón por la cual es importante que le dediquemos unas líneas para analizar el actual estado de cosas y la manera como se podría lograr una mayor predictibilidad.

I. EL PUNTO DE PARTIDA: EL ACUERDO DE LAS PARTES

Lo primero que debe analizar un árbitro es si las partes han pactado alguna regla en relación a los costos.⁽¹⁴⁾ Si es así, el Tribunal Arbitral debe, en principio, respetar el acuerdo de las partes,⁽¹⁵⁾ ya que, como bien explica Gotanda,⁽¹⁶⁾ las partes en un arbitraje tienen

⁽¹³⁾ *Ibidem*, p. 2. «...awards of costs and fees in international commercial arbitration are often arbitrary and inconsistent».

⁽¹⁴⁾ Obviamente este pacto puede estar referido a la aplicación de algún reglamento arbitral al que las partes se han sometido y que contiene reglas sobre costos.

⁽¹⁵⁾ SMITH, Murray L., «Costs of International Commercial Arbitration», en: *Dispute Resolution Journal*, Vol. 56, N° 1, 2001, p. 33. «As in all matters the arbitrator must give respect to the autonomy of the parties to agree in advance to the treatment which the arbitrator must give to costs».

⁽¹⁶⁾ GOTANDA, John Yukio, *ob. cit.*, pp. 28-29. «It is a well recognized principle that 'parties to an international contract have the power to define the process by which any future contract dispute will be settled'. They may define, among other things, the scope of issues for arbitration, the situs of the arbitration, the substantive law to be applied, and the procedural rules to govern the dispute. Accordingly, parties should be free to agree upon the rules for the payment of costs and fees in the event of arbitration, and these agreements should be enforced by courts and tribunals. In fact, this position is already in accord with the practice of tribunals in international commercial arbitrations». CONEJERO ROOS, Cristian, «Los costos en el arbitraje internacional», *ob. cit.*, p. 738. «Las partes, al igual que pueden acordar otros aspectos del arbitraje, gozan también de amplia libertad para adoptar acuerdos particulares sobre los costos relativos al proceso arbitral. Así, se ha sostenido que las partes pueden acordar el modo en que los costos serán soportados, estableciendo, por ejemplo, que cada una pagará los honorarios de los árbitros que han nombrado, independientemente de quien resulte vencedor en el arbitraje... Más aún, las partes pueden también regular que ciertos costos serán soportados por la parte que no coopere o cause retardos en el proceso arbitral. Por último, es posible también que las partes puedan acordar cuáles serán los costos susceptibles de ser reembolsados entre las partes y cuáles no, así mismo que fijen un límite máximo en cuanto al monto de los costos sujetos a reembolso».

el poder de definir todo lo relativo a su proceso arbitral, como el lugar del arbitraje, la materia controvertida, la ley aplicable a su contrato y las disposiciones sobre el procedimiento, por lo que, obviamente, las partes tienen también la facultad para establecer las reglas en cuanto a los costos del arbitraje.⁽¹⁷⁾ Además, este reconocimiento del pacto de las partes generará una mayor predictibilidad en esta materia.⁽¹⁸⁾

En el caso de las Legislaciones Arbitrales latinoamericanas, identificamos que Perú,⁽¹⁹⁾ Brasil,⁽²⁰⁾ Panamá,⁽²¹⁾ Guatemala,⁽²²⁾ Paraguay,⁽²³⁾ México⁽²⁴⁾ y Bolivia⁽²⁵⁾ reconocen expresamente esta facultad de las partes.⁽²⁶⁾

(17) GOTANDA, John Yukio, *ob. cit.*, p. 29. «*Arbitrators typically honor express agreements allocating costs and fees. They also generally assume the power to award costs and fees if the arbitral rules agreed on by the parties give the tribunal this authority*».

(18) BÜHLER, Micha, *ob. cit.*, p. 28. «*This approach would create predictability and certainty for... contracting parties who agree to arbitrate any disputes. Moreover, it protects party autonomy by giving parties the freedom to choose and be bound by procedures to which they mutually agree*».

(19) Artículo 52.- «Los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre los costos del arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio».

(20) Artículo 27.- «*A sentença arbitral decidirá sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas com a arbitragem... respeitadas as disposicoes da convencao de arbitragem, se houver*».

(21) Artículo 29.- «Los árbitros decidirán en el laudo sobre las costas del arbitraje... en la forma que consideren convenientes, si el acuerdo de las partes o el reglamento aplicable no lo previene de forma diferente».

(22) Artículo 40(4).- «Sujeto a lo que las partes hubieran podido acordar en materia de costas...».

(23) Artículo 51.- «Salvo pacto en contrario de las partes... el tribunal arbitral... fijará las costas...».

(24) Artículo 1452.- «Las partes tienen la facultad de adoptar, ya sea directamente o por referencia a un reglamento de arbitraje, reglas relativas a las costas de arbitraje».

(25) Artículo 58.II.- «Salvo acuerdo en contrario, las partes pagarán las costas y gastos...».

(26) Uruguay parece que también acepta esta regla: Artículo 497.- «Aunque nada se haya establecido en el compromiso, los árbitros se pronunciarán acerca de cómo deben pagarse los gastos del arbitraje».

Fuera de Latinoamérica, España, por ejemplo, reconoce esta facultad de las partes (artículo 37(6).- «Con sujeción a lo acordado por las partes, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre las costas del arbitraje...»).

En cambio, las Legislaciones Arbitrales de Colombia,⁽²⁷⁾ Venezuela,⁽²⁸⁾ El Salvador,⁽²⁹⁾ Costa Rica,⁽³⁰⁾ y Honduras,⁽³¹⁾ guardan silencio.

En todo caso, es bueno que se tenga presente que la deferencia al pacto de las partes tiene excepciones, aunque muy puntuales, como cuando dicho pacto viola el orden público,⁽³²⁾ va en contra de una clara intención de las partes o es en extremo injusto para una de las partes.⁽³³⁾ Además, también es posible que el pacto acerca de los costos no cubra todos los supuestos o sea ambiguo, en cuyo caso el tribunal arbitral podrá aplicar los criterios que se describen más adelante.⁽³⁴⁾

(27) Artículo 154 del Decreto N° 1818 de 1998.- «En el mismo laudo se hará la liquidación de costas y de cualquier otra condena».

(28) Artículo 20.- «Las costas del arbitraje serán fijadas por el tribunal arbitral en el laudo...».

(29) Artículo 60(6).- «El laudo... deberá indicar... [I]a determinación de las costas del proceso, so las hubiere».

(30) Artículo 58.- «El laudo contendrá... [el] pronunciamiento sobre ambas costas del proceso».

(31) Artículo 67(6).- «El laudo... deberá contener... [I]a determinación de las costas del proceso si las hubiere».

(32) CONEJERO ROOS, Cristian, *ob. cit.*, p. 739. «Con todo, un acuerdo arbitral no es siempre ni para todos los casos la solución apropiada. De hecho, en algunos países como Inglaterra, ciertos acuerdos relativos a costos son considerados derechamente inválidos. Ello acontece con el acuerdo que se celebra anticipadamente a que la disputa se produzca, de que una parte pagará la totalidad o parte de los costos de arbitraje. En efecto, dicho acuerdo, de conformidad con el artículo 60 de la Ley de Arbitraje de 1996, es considerado nulo».

(33) BÜHLER, Micha, *ob. cit.*, p. 30. «*It is important to note that deference to the agreement of the parties is not absolute. Arbitrators are not bound by the parties' agreement if there is a compelling reason to disregard it. This exception typically is narrowly limited to those situations where upholding the provision would violate some fundamental public policy, be clearly against the parties' true intentions, or manifest some extreme prejudice or injustice to one party*».

(34) *Ibidem*, p. 3. «*If the agreement contains a provision addressing these questions, the tribunal will abide by the terms of the agreement. In many instances, however, the agreement does not address these issues or is ambiguous on how they are to be decided*».

II. LOS COSTOS DEL ARBITRAJE PROPIAMENTE DICHOS

Como explica Gotanda,⁽³⁵⁾ los costos del arbitraje se dividen en dos categorías generales: En primer lugar, tenemos los costos del procedimiento arbitral, que incluyen esencialmente los honorarios y gastos de los árbitros, los costos administrativos de la institución arbitral que administre el arbitraje o los honorarios del secretario en caso de un arbitraje *ad-hoc*, los costos de la entidad nominadora de árbitros, si la hubiera, los costos de los peritos y expertos designados de oficio por el Tribunal Arbitral, los costos derivados del uso de salas especiales para reuniones y audiencias, como también el costo de los intérpretes o traductores que intervengan en esas audiencias. En segundo término, existen los costos legales de las partes, que incluyen los honorarios de sus abogados, de sus expertos y peritos, y los costos de sus testigos,⁽³⁶⁾ principalmente.⁽³⁷⁾

(35) GOTANDA, John Yukio, *ob. cit.*, p. 8. «*In arbitration, costs and fees fall into two general categories: (1) the costs of the proceedings, and (2) the costs of the parties. The costs of the proceedings include the fees and expenses of the arbitral tribunal and the administrative fees of the administering authority. The costs of the parties are the legal costs of the claimant and respondent, which include (a) attorneys' fees, (b) various professional services fees such as those of technical advisors or experts, (c) the fees and expenses of witnesses, and (d) incidental expenses such as secretarial fees and telephone, facsimile, and copying charges*». BÜHLER, Micha, *ob. cit.*, p. 249. «*In arbitration, costs are usually categorized into two groups: procedural costs and parties' costs; together they constitute the costs of arbitration. The procedural costs include the fees and expenses of the arbitrators as well as the fees and expenses of any arbitral institution or of experts appointed by the arbitral tribunal. The parties' costs are those incurred by a party for the preparation and presentation of its case before the arbitral tribunal*».

(36) CONEJERO ROOS, Cristian, *ob. cit.*, p. 736. «...cada parte por lo general deberá enfrentar otros costos como gastos derivados de pericias preparadas a instancias de cada parte, gastos de servicios contables, gastos de traslado y estadía de testigos, y otros gastos asociados a llamadas telefónicas, correspondencia u otros de naturaleza semejante, todos los cuales también caen dentro de esta denominación de 'costos de parte'».

(37) Como explica BÜHLER, Micha, *ob. cit.*, p. 269, los costos indirectos no son recuperables: «...*the costs must have been incurred by a party for the specific purpose of the arbitration. Accordingly, a close connection between the cause of the costs and the claim or defence raised before the arbitral tribunal is required. Indirect costs, such as the costs of the disruption of a party's ordinary business due to the arbitration, are thus not recoverable as party costs. Sometimes it is less clear whether a sufficient nexus exists. Different views are taken regarding, for instance, the costs of ancillary court proceedings, of legal work done prior to the commencement of the arbitration or regarding costs incurred in connection with settlement negotiations*».

Muchas legislaciones arbitrales no distinguen entre estos dos tipos de costos,⁽³⁸⁾ mientras que otras sí hacen la diferencia y, en muchos casos respecto de los costos legales de las partes, establecen condiciones particulares para su reconocimiento.⁽³⁹⁾

En Latinoamérica no distinguen entre los dos tipos de costos las Legislaciones Arbitrales de Bolivia (artículo 58), Guatemala (artículo 40(4)), Costa Rica (artículo 58(g)), El Salvador (artículo 60(6)), Honduras (artículo 67(6)), Panamá (artículo 29), Uruguay (artículo 497) y Brasil (artículo 28). En los casos de Venezuela (artículo 20) y Paraguay (artículos 49-51) no se hace referencia a los costos legales de las partes. Por su parte, la Legislación peruana (artículo 52) sí identifica ambos costos. Por último, la Legislación mexicana (artículos 1454 y 1455) distingue entre ambos tipos de costos y establece estándares distintos para imputarlos, como veremos más adelante.

III. REGLAS BÁSICAS PARA LA ASIGNACIÓN DE LOS COSTOS Y SUS EXCEPCIONES

Bühler⁽⁴⁰⁾ afirma que fundamentalmente existen dos reglas básicas para asignar costos: En primer lugar, la regla el «costo sigue al evento» o «el perdedor paga», que en esencia pretende que el perdedor compense al ganador; y, la llamada «regla americana», que pos-

⁽³⁸⁾ GOTANDA, John Yukio, *ob. cit.*, p. 9. «Many countries, such as Austria, the Netherlands, and Sweden, do not distinguish between the two types of costs and simply allow the arbitral tribunal to award both to the prevailing party». El autor identifica además a las legislaciones arbitrales de Dinamarca, Finlandia, la India y Suiza. Nosotros sumamos a esta lista a la legislación arbitral de España (artículo 37(6)).

⁽³⁹⁾ *Ibidem*, pp. 9-10. «...in some countries, such as Belgium and Greece, arbitrators may award the costs of the proceedings to prevailing parties, but are prohibited from awarding legal costs, except in special circumstances». El autor identifica además a las Legislaciones Arbitrales de Indonesia y Ucrania.

⁽⁴⁰⁾ BÜHLER, Micha, *ob. cit.*, p. 249. «Most fundamentally, two diametrically opposed conceptions prevail about what should be the basic principle: (i) the rule of 'costs follow the event' or 'loser-pays rule' states, in essence, that the losing party is to compensate the winner for its costs, whereas (ii) the so-called American rule provides that each party bears its own legal costs regardless of the outcome of the dispute».

tula que cada parte debe asumir los costos en los que haya incurrido, sin importar el resultado del proceso.

La primera regla se afirma que tiene aplicación prácticamente universal, mientras que la segunda esencialmente se aplica en los Estados Unidos de América y en algunos pocos Estados más.⁽⁴¹⁾

En efecto, Gotanda⁽⁴²⁾ identifica que la regla «el costo sigue al evento» es aplicada en la gran mayoría de países.⁽⁴³⁾

Esta regla encuentra sustento en que: 1) debe sancionarse a la parte perdedora; 2) debe indemnizarse a la parte vencedora; y, 3)

(41) *Ibidem*, pp. 249-250. «*The former approach can claim to be 'almost universally recognised' and is embraced by both common and civil law jurisdictions. Nonetheless, the latter concept is not only applied in the United States, but also in Japan, the People's Republic of China, Indonesia and the Philippines*».

En los Estados Unidos, la práctica judicial es que las partes deben asumir sus propios costos. Esta regla se aplica al arbitraje que tenga como lugar ese país y, en general, los tribunales arbitrales solo pueden asignar los costos del arbitraje si el contrato, alguna regla arbitral pactado o una ley expresamente lo autoriza. John Yukio Gotanda, *ob. cit.*, p. 11. «*The American rule also applies to arbitrations in the United States. In general, an arbitral tribunal may award costs or fees 'only if the parties' contract, a specific statute, or the arbitration rules so allow*». BÜHLER, Micha, *ob. cit.*, p. 256. «*In the United States, the American rule also applies to arbitration. This rule is understood to mean that a tribunal in an arbitration in the U.S. has the power to award party representation costs to a prevailing party 'only if the parties' contract, a specific statute or the arbitration rules so allow'*».

(42) GOTANDA, John Yukio, *ob. cit.*, p. 8. «*Most countries also apply the principle that costs follow the event in arbitrations*».

(43) *Ibidem*, pp. 8-9. En efecto, el autor identifica a las legislaciones arbitrales, así como a la práctica de asignar todos los costos al perdedor, en Inglaterra, México, Australia, Israel, Turquía, Bulgaria, Finlandia, Holanda, Portugal y Suiza.

En América Latina, sólo México reconoce expresamente esta regla. En efecto, la legislación arbitral mexicana establece en su artículo 1455º que «...las costas del arbitraje serán de cargo de la parte vencida», aunque seguidamente en lo referente a los costos legales de las partes, el estándar es uno de razonabilidad. Por su parte, la legislación peruana (artículo 52º.- «...los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre su condena o exoneración, teniendo en consideración el resultado o sentido del mismo»), la reconoce, a efectos de que se la tenga en consideración.

deben desincentivarse las demandas frívolas y las actitudes procesales de mala fe.⁽⁴⁴⁾

Sobre esto último, Gotanda afirma que estudios empíricos demuestran que la regla «el costo sigue al evento», efectivamente sirve para desincentivar las demandas frívolas, vengan del demandante o del demandado vía contrademanda.⁽⁴⁵⁾

(44) GOTANDA, John Yukio, *ob. cit.*, p. 5. «There are several policies that support the principle that costs follow the event. These policies include (1) punishing the losing party, (2) indemnifying the winning party, and (3) deterring frivolous and bad faith litigation». Como explica el autor, esta regla en un primer momento pretendió sancionar a la parte perdedora. Sin embargo, modernamente Wetter y Priem explican que su justificación es la de hacer justicia al ganador, indemnizándolo. «While the rationale for the practice of allocating costs and fees may originally have been to penalize the losing party, today the main reason for doing so is to indemnify the winning party. Dr. J. Gillis Wetter and Charl Priem explained that the modern justification for the principle that costs follow the event is founded on the concept that if and to the extent that a claimant is entitled in law and justice to obtain a sum of money from another party, [a claimant] should not have to suffer any expense (beyond the cost of addressing a simple demand) for being awarded it; conversely, if a respondent is exposed to a claim which at the end of the day is deemed not to be founded in law and justice, [a respondent] should not suffer any expense for defending the action», pp. 5-6. BÜHLER, Micha, *ob. cit.*, p. 267. «From a successful claimant's perspective, the cost of bringing a claim before an arbitral tribunal is the cost of making the opponent comply with its contractual (or quasi-contractual) undertakings. Consequently, awarding costs to the successful claimant is in line with the remedial doctrines».

(45) GOTANDA, John Yukio, *ob. cit.*, pp. 35-36. «The proposition that the principle deters parties from pursuing weak claims is supported by an empirical study of litigation and settlement under the English and American rules. According to the study, a rule requiring unsuccessful claimants to reimburse respondents for their costs and fees caused claimants to anticipate higher legal expenditures. In turn, this anticipation raised the 'expected value threshold below which they will not file their claims'. Because claimants expect higher legal costs, the study determined, they refrained from filing speculative claims. This increased the relative frequencies of higher-probability and high-award claims. Accordingly, the principle of costs follow the event encourages claimants 'to proceed more cautiously and to proceed only with higher-quality claims'». BÜHLER, Micha, *ob. cit.*, pp. 267-268. «A further compelling argument for awarding costs to successful respondents comes from the deterrent effect of the loser-pays rule on frivolous or exaggerated claims which have been brought for their nuisance value or for strategic reasons only. The risk of having to compensate the respondent for its costs, if the claim is unsuccessful, causes claimants to raise the 'expected value threshold below which they will not file their claims'. The notion that a loser-pays rule reduces the frequency of speculative claims as well as the overall probability of litigation by raising the costs of unsuccessful claims, is not only in line with economic theory, but also was confirmed by empirical results».

Sin embargo, el mismo autor reconoce que literatura económica y estudios empíricos demuestran también que esta regla puede en teoría elevar los costos para resolver una disputa e, inclusive, podría reducir la posibilidad de que las partes arriben a una transacción.⁽⁴⁶⁾

Tal vez sean éstas las razones principales por las que generalmente no se sigue esta regla a rajatabla. En efecto, Bühler identifica un estudio realizado por la Cámara de Comercio Internacional (CCI) respecto de laudos arbitrales dictados entre 1989 y 1991,⁽⁴⁷⁾ donde se constata que de 48 casos en los que el demandante claramente ganó el caso, en 39 de ellos (81%) el Tribunal Arbitral aplicó la regla «el costo sigue al evento» en relación a los costos del procedimiento arbitral, pero solo en 24 de esos casos (50%) se aplicó dicha regla respecto a los costos legales de las partes.⁽⁴⁸⁾

(46) GOTANDA, John Yukio, *ob. cit.*, pp. 36-37. «To be sure, the principle that costs follow the event is no panacea. Economic literature and empirical studies of the principle that costs follow the event and the American rule indicate that, in theory, the former is more likely to increase the costs of resolving the dispute. In addition, some commentators, such as Judge Richard Posner and Professor Steven Shavell, have argued that costs follow the event reduces the likelihood of settlement.

In theory, the principle that costs follow the event causes parties to increase their legal expenditures. It encourages litigants to spend more in cases that they do bring, because the stakes of the lawsuit are higher when costs of legal services are included in the award, and because each litigant will discount the expected marginal costs of legal services by the probability that he or she will prevail».

(47) BÜHLER, Micha, *ob. cit.*, p. 259. Es más, el autor informa que en un anterior estudio también realizado por la CCI, en 16 de 26 casos en los que había ganado sin lugar a dudas el demandante se aplicó esta regla respecto a los costos del procedimiento arbitral, mientras que se hizo lo mismo tratándose de los costos legales de las partes solo en 6 casos.

(48) Es más, GOTANDA, John Yukio, *ob. cit.*, p. 18, identifica que las reglas de los principales centros de arbitraje del mundo no necesariamente siguen esta regla: «American Arbitration Association International Arbitration Rules art. 31... (stating that '[t]he tribunal shall fix the costs of arbitration in its award' and 'may apportion such costs between the parties if it determines that such apportionment is reasonable, taking into account the circumstances of the case'); London Court of International Arbitration (LCIA) Rules art. 28.4 (1998) ('Unless the parties otherwise agree in writing, the Arbitral Tribunal shall make its orders on both arbitration and legal costs on the general principle that costs should follow the result of the award or arbitration except where it appears to the Arbitral Tribunal that in the particular circumstances this approach is inappropriate.'). ICC Rules... at art. 31 ('[T]he final Award

Esto se puede deber, además, a que como reconoce el propio Gotanda, las circunstancias de cada caso pueden justificar que la condena de los costos del procedimiento y de los costos legales de las partes sean asignados de diferente manera.⁽⁴⁹⁾

Sin embargo, al igual que Murray,⁽⁵⁰⁾ creemos que esta regla del «costo sigue al evento» debería ser, como hemos indicado, el punto de partida para asignar los costos del arbitraje,⁽⁵¹⁾ sin perjuicio de que los árbitros puedan considerar, a partir de los hechos de cada

shall fix the costs of the arbitration and decide which of the parties shall bear them or in what proportion they shall be borne by the parties.’); World Intellectual Property Organization (WIPO) Arbitration Rules art. 71... (providing that the ‘Tribunal shall fix the costs of the arbitration’ and ‘shall, subject to any agreement of the parties, apportion the costs of the arbitration’)...».

(49) *Ibidem*, p. 38. «The circumstances that may justify apportioning costs and fees between the parties vary according to the particular facts of the case».

(50) SMITH, MURRAY L., *ob. cit.*, p. 32. «Since the object of most systems of law is to put the party who has been wronged in the position he or she would have been in had the wrong not been committed, it seems to follow logically that full indemnity for legal costs and expenses should be awarded in international arbitrations barring exceptional circumstances...».

(51) Recientemente ha sido publicado el laudo arbitral NAFTA emitido el 26 de enero de 2006, en los seguidos por *International Thunderbird Gaming Corporation c. los Estados Unidos de México* (<http://ita.law.uvic.ca/documents/ThunderbirdAward.pdf>). En materia de costos, el laudo fue dictado por mayoría imputando todos los costos a la parte perdedora que resultó ser la empresa demandante.

Lo interesante del fallo en esta materia, es que el árbitro disidente (profesor Thomas W. Wälde) hizo referencia a varios estudios realizados respecto a laudos arbitrales sobre inversiones dictados en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y en arbitrajes ad-hoc regulados por el NAFTA, a partir de los cuales afirma que la regla bajo comentario no sería la aplicable: «139. From this survey, it is safe to infer that it is by now a standard principle of international investment law, in particular in the NAFTA context, but also in other ICSID cases, that in principle, each party bears its own legal costs and the costs of the arbitration are shared. Exceptions to this rule have occurred very rarely with respect to the arbitration expenditures and in favour of the winning claimant, but never –except for a limited ‘contribution’ to the government’s legal expenses in the *Generation Ukraine and Link Trading v. Moldova* case in the case of a losing claimant–. The only concept under which this so far well-established rule has not been observed or a different treatment suggested is for ‘manifestly spurious or unmeritorious’ positions taken by the loser, unprofessional conduct and significant breach of good-faith in arbitration».

caso arbitral en particular, otros factores que bien podrían llevarlos a tomar otro tipo de decisión.⁽⁵²⁾

Estos otros factores podrían ser, entre otros:

1. Si las pretensiones de las partes o los medios de defensa han sido frívolos y si han impactado en los costos del procedimiento y en el tiempo empleado.⁽⁵³⁾

Si bien esta opinión disidente culmina con una lista de 26 casos CIADI y arbitrajes *ad-hoc* NAFTA que le darían la razón, lo cierto es que creemos que difícilmente por ahora se puede hablar de la existencia de una regla especial o particular sobre imputación de costos en materia de arbitrajes sobre inversiones (que sería «cada parte asume sus costos»). Sin embargo, las razones que ofrece el profesor Wälde para sustentar la existencia de esta regla especial resultan en verdad importantes: «*There are good reasons for this approach which has so far been intuitively, but not yet explicitly appreciated by tribunals in thrall to the attitudes prevalent in commercial arbitration: Investment arbitration is not a reciprocally agreed and structured method of dispute resolution. It is a unilateral right of investors –not mirrored by a reciprocal government right– to claim against alleged misconduct by governments under an investment treaty. It is in substance comparable at most to national and international judicial review of administrative conduct –rather than to the reciprocal ‘contract’ model of commercial arbitration.*

Governments can not sue investors because investors can not breach the treaty disciplines such as ‘expropriation’, discrimination or fair and equitable treatment. They focus exclusively on governmental action targeting foreign investors. Governments have made this asymmetric right available because it helps them to attract capital and improves their internal governance, and the perception of their governance quality internationally.

(...)

142. *Imposing the risk of government attorney costs on losing investors in effect undermines the very purpose of such treaties; it raises the litigation risk in factual situations which are as a rule ambiguous, confused and contradictory to a prohibitive level, in particularly for smaller companies...*» (parágrafos 139 y 142).

- (52) BÜHLER, Micha, *ob. cit.*, p. 264. «*In those arbitration laws and rules, which expressly provide that costs follow the event, this principle is by no means made absolute. It is invariably subject to the broad exception that the arbitrator, in the exercise of his discretion, may depart from the presumption if the circumstances of the case so require.*»
- (53) SMITH, MURRAY L., *ob. cit.*, p. 33. «*The better approach is to consider whether such claims or defenses were frivolous or a waste of the tribunal’s time.*». CONEJERO ROOS, Cristian, «Los costos en el arbitraje internacional», *ob. cit.*, p. 741. «Demanda por montos excesivamente altos o abultados (esto es, exageración de la demanda), lo cual puede determinar incluso que la parte que deliberadamente haya abultado sus pretensiones

2. La conducta procesal de las partes durante el arbitraje.⁽⁵⁴⁾
3. El relativo éxito de las partes en el arbitraje.⁽⁵⁵⁾
4. La buena fe en la posición jurídica o de hechos de las partes.⁽⁵⁶⁾

En el caso de las legislaciones arbitrales latinoamericanas, en las que, como hemos visto, salvo México y,⁽⁵⁷⁾ en menor medida

no obtenga una decisión sobre costos en su favor, aun cuando su demanda haya sido parcialmente acogida, como una forma de castigar a la parte que al incrementar artificialmente el monto de sus pretensiones, produjo también el incremento del costo asociado al proceso arbitral y de desincentivar tales prácticas o conductas».

- ⁽⁵⁴⁾ SMITH, Murray L., *ob. cit.*, p. 34. «*it is generally accepted that the arbitrator may take into account the misconduct of a party in respect of matters leading up to the arbitration or which has been observed during the proceedings*». BÜHLER, Micha, *ob. cit.*, p. 265. «*ICC tribunals have regularly awarded costs against or refused, partially or entirely, to award costs to a prevailing party as a sanction against dilatory, obstructive or otherwise improper procedural conduct*». Ver artículos 27 de la Ley de Arbitraje de Brasil y 40(4) de la Ley de Arbitraje de Guatemala.
- ⁽⁵⁵⁾ *Ibidem*, pp. 261-262. «*The rationale is that if a claimant is awarded less than claimed, this difference constitutes a success from the respondent's perspective. Accordingly, costs are allocated inter parties on a sliding scale proportionate to the amount in dispute. This means that a claimant must assess the strength of its claim and its amount as realistically as possible in order not to be penalized on costs. Similarly, the respondent is encouraged to make an offer as near as possible to the 'real' value of the claim in order to avoid costs*». CONEJERO ROOS, Cristian, *ob. cit.*, p. 741. «*Porcentaje de costos proporcional al resultado obtenido sobre el fondo de la disputa, lo cual significa que una parte obtenga solamente un reembolso de sus costos proporcional al monto de las pretensiones de fondo que le han sido reconocidas*».
- ⁽⁵⁶⁾ BÜHLER, Micha, *ob. cit.*, p. 266. «*In several decisions, ICC tribunals used their discretion to moderate the effect of a strict 'loser-pays' approach. In ICC Case No. 8332, the tribunal held that since the dispute arose out of the unclear terms of the parties' agreement, each party should 'bear a share of the responsibility for this uncertainty and the resulting costs', even though the claimant prevailed on all material issues. In ICC Case No. 6728, the arbitrators did not grant costs to the prevailing respondent because the claim was 'far from being reckless' and partly arose out of a confusion created by the respondent's conduct. Similarly, in ICC Case No. 6955, the tribunal refused to award costs to the prevailing claimant because, inter alia, the factual basis of its case was brought to the respondent's attention only upon the commencement of the arbitral proceedings*».
- ⁽⁵⁷⁾ Ver *supra*, cita N° 43. México establece que los costos del procedimiento arbitral deben ser de «carga de la parte vencida», aunque seguidamente deja al prudente

Perú,⁽⁵⁸⁾ el resto no hace referencia a la regla de que «el costo sigue el evento», sino que dejan este tema tan sensible en manos de la más amplia discrecionalidad de los árbitros,⁽⁵⁹⁾ consideramos de suma importancia que la práctica arbitral reduzca ese ámbito de discrecionalidad, a efectos de generar mayor predictibilidad. Para ello, el punto de partida deberá ser la aplicación de esta regla analizada, sin perjuicio de que se consideren, entre otros, las excepciones tratadas.⁽⁶⁰⁾

IV. RAZONABILIDAD Y NECESIDAD DE LOS COSTOS

Como bien señala Bühler,⁽⁶¹⁾ únicamente son recuperables los costos que sean razonables y necesarios. Ello implica que al momento de laudar los árbitros deben analizar lo siguiente: ¿fueron las actividades cuyos costos se reclaman razonablemente necesarias a la luz del contenido del expediente arbitral? Si la respuesta es positiva: ¿los montos reclamados por esas actividades son razonables?

arbitrio de los árbitros la posibilidad de prorratar estos costos (artículo 1455). En cambio, cuando se hace referencia a los costos legales de las partes, el mismo artículo apela a «las circunstancias del caso».

- (58) Ver *supra*, cita N° 43. El artículo 52 de la LGA peruana le indica a los árbitros que deben considerar «el resultado o sentido del mismo».
- (59) Brasil (artículo 27, aunque menciona la actitud procesal de las partes); El Salvador (artículo 60(6)); Panamá (artículo 29); Honduras (artículo 67(6)); Guatemala (artículo 40(4)); Costa Rica (artículo 58); Venezuela (artículo 20); Colombia (artículo 154 del Decreto N° 1818); y, Paraguay (artículo 51). España (artículo 37(6)) también forma parte de esta lista.
- (60) Tal vez para estos fines, podría ser útil que las legislaciones arbitrales latinoamericanas adaptaran los artículos 38, 39(1) y 40 del Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL.
- (61) BÜHLER, Micha, *ob. cit.*, p. 270. «*Finally, only such costs are recoverable which are, from an objective viewpoint, 'reasonable' or 'necessary'. The test of reasonableness addresses in essence two questions: were the activities for which the costs were incurred necessary for the arbitration in light of both the complexity of the case and the interests at stake? If so, are the amounts claimed (i.e., the underlying hourly rate and the hours billed) for such activities reasonable? In practice, a certain latitude is inherent in this test. It is not possible for a party to predict with certainty on which points a case will ultimately be decided.*».

Ambas preguntas difícilmente pueden ser contestadas objetivamente, razón por la cual corresponderá a los árbitros,⁽⁶²⁾ apelando a su prudencia y a lo actuado dentro del proceso arbitral,⁽⁶³⁾ determinar razonablemente qué actividades deben ser reconocidas y por qué montos.⁽⁶⁴⁾

⁽⁶²⁾ SMITH, Murray L., *ob. cit.*, p. 34. «*While it is theoretically possible to refer the taxation of what are reasonable costs to someone else, it is best left in the hands of the arbitrator who has decided the various issues and has observed the proceedings throughout.*»

⁽⁶³⁾ CONEJERO ROOS, Cristián, *ob. cit.*, p. 740. «Para ello el tribunal debe considerar el tiempo empleado en el caso, la complejidad del caso y el rango de horas empleadas por los abogados de las partes, lo cual se puede medir atendiendo al número de cuestiones en disputa y el volumen de pruebas rendidas que hayan requerido un análisis o examen, entre otras cosas».

⁽⁶⁴⁾ El artículo 40(4) de la Ley de Arbitraje de Guatemala, establece que «los honorarios y gastos [deben ser] debidamente justificados y los honorarios de los árbitros «serán por un monto razonable, teniendo en cuenta el monto en disputa, la complejidad del tema, el tiempo dedicado por los árbitros y cualesquiera otras circunstancias pertinentes al caso». Por su parte, México (artículo 1455) dispone que el costo de representación y de asistencia legal se determina «teniendo en cuenta las circunstancias del caso». Las demás legislaciones arbitrales Latinoamericanas, Costa Rica (artículo 58), Venezuela (artículo 20), Colombia (artículo 154 del Decreto N° 1818), Paraguay (artículo 51), Uruguay (artículo 497), Perú (artículo 52), Brasil (artículo 27), El Salvador (artículo 60(6)), Panamá (artículo 29) y Honduras (artículo 67(6)), no hacen referencia acerca de la necesidad y la razonabilidad. Tampoco lo hace la Legislación Arbitral de España (artículo 37(6)). Sin embargo, en todos estos casos, necesariamente habrá que apelar a ambos criterios.

LA IMPUGNACIÓN DEL LAUDO EN LA LEY DE ARBITRAJE ESPAÑOLA DE 2003

RAFAEL HINOJOSA SEGOVIA (*)

SUMARIO: I. *La anulación del laudo.* A) *Consideraciones generales.* B) *Los motivos de anulación.* C) *Competencia y requisitos de las partes.* D) *Plazo para la acción de anulación.* E) *Procedimiento.* F) *Efectos.* II. *La revisión del laudo firme.* III. *Bibliografía.*

I. LA ANULACIÓN DEL LAUDO

A) Consideraciones generales

La Ley de Arbitraje española de 2003 (Ley N° 60/2003, de 23 de diciembre, sobre Arbitraje, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 26 de diciembre de 2003, que entró en vigor el 26 de marzo de 2004, en adelante LA) regula la impugnación del laudo en su Título VII, que lleva por leyenda «De la anulación y de la revisión del laudo». Este Título comprende dos acciones diferentes, de importancia también distinta. Centraremos nuestra atención en la acción de anulación, para referirnos sólo tangencialmente a la posibilidad de utilizar la vía revisora de los laudos firmes.

(*) Profesor de Arbitraje y Solución Extrajudicial de Conflictos en el Instituto de Empresa de Madrid, España.

La acción de anulación es heredera directa del llamado «recurso de anulación» introducido en nuestro derecho por la Ley Nº 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, con el que presenta diferencias y semejanzas que iremos poniendo de relieve a lo largo de nuestra exposición.

El que podemos denominar ahora «proceso de anulación» es un proceso civil declarativo especial, de carácter plenario, que ha de fundarse en algún motivo legal, y por el que se pretende dejar sin efecto un laudo arbitral.

La propia Exposición de Motivos de la LA evita el término «recurso» por resultar técnicamente incorrecto. En efecto, la anulación del laudo en la LA de 1988 era, como ahora, un auténtico *proceso*, si bien se articulaba como un recurso. La cuestión de la naturaleza jurídica del medio a través del cual se impugna un laudo no era, ni sigue siéndolo, una cuestión teórica carente de interés. Antes al contrario, conocer la naturaleza de cualquier institución jurídica es capital a la hora de determinar cuál debe ser la normativa aplicable en caso de laguna legal. Por la imprecisión de la LA de 1988 surgieron dudas acerca, por ejemplo, de la naturaleza jurídica del plazo para la interposición del recurso, en concreto: si debían computarse o no los días inhábiles. La nueva LA deja sentada definitivamente la naturaleza de la anulación como un auténtico proceso, y no un recurso, a nuestro juicio, con todo acierto.

Del concepto que hemos diseñado, se deduce, además, que se trata de un proceso *declarativo*, en sentido estricto, esto es: mediante el ejercicio de la acción de anulación se pretende tan sólo que el Tribunal se pronuncie acerca de la *validez o no del laudo*. Se trata, pues, de una simple declaración de voluntad del órgano jurisdiccional, que no crea, modifica o extingue una situación jurídica –objeto de los procesos constitutivos–, ni impone a la parte contraria obligación alguna –objeto de los procesos de condena–. Aun cuando volveremos sobre esta cuestión más adelante, conviene precisar que el proceso de anulación tiene carácter *rescindente*, en cuanto al Tribunal le está vedado sustituir la decisión de los árbitros, en cuanto al fondo, por la suya propia.

Es también un proceso *especial*, en cuanto no está pensado para hipótesis generales sino específicas, y que debe fundamentarse en alguna de las causas o *motivos* legalmente establecidos, a los que nos referiremos más adelante. Una vez dictada sentencia por el Tribunal Jurisdiccional, no cabrá interponer contra ella recurso alguno –el proceso de anulación se caracteriza, asimismo, por ser un proceso de instancia única–, con lo cual la sentencia devendrá firme y producirá el efecto de cosa juzgada –naturaleza *plenaria* del proceso–.

A diferencia de la LA de 1988, la LA de 2003 no especifica cuál es el fundamento del proceso de anulación. En nuestra opinión, su razón de ser sigue siendo la misma, a saber, garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, y servir como instrumento de control de las actuaciones arbitrales. Y es que la sumisión de las partes a arbitraje no implica la exclusión de la jurisdicción de forma absoluta.

B) Los motivos de anulación

Como hemos avanzado ya, el proceso de anulación requiere una fundamentación concreta y basada en alguno de los motivos legalmente establecidos, que constituyen la exigencia de mayor significación y alcance de todas las que a la impugnación hacen referencia.

Según el artículo 41.1 LA, «El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: a) Que el convenio arbitral no existe o no es válido; b) Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; c) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión; d) Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley; e) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje; f) Que el laudo fuera contrario al orden público».

Pues bien, antes de analizar los motivos del proceso, con el detalle que merecen, hemos de plantear algunas cuestiones previas del requisito causal.

La redacción del artículo 41.1 LA, guarda mucha similitud con el artículo 45 LA de 1988 (aunque también se inspira en el artículo 34 de la Ley UNCITRAL, al que nos referiremos después): primero, en cuanto mantiene la *unificación de las causas* de anulación del laudo, independientemente de que el arbitraje sea de derecho o de equidad.

Asimismo, sigue sin reconocerse la posibilidad de impugnar el laudo cuando éste hubiera infringido las normas del *ordenamiento jurídico material*, cuestión largamente debatida en su momento, y que puede justificarse en el carácter disponible de las materias que pueden ser objeto de arbitraje; de tal forma, los árbitros únicamente han de respetar, en cuanto al fondo, los límites del orden público, cuya vulneración sí puede ser atacada.

Continúa la Ley estableciendo, como fundamento del proceso, la alegación y la prueba de ciertos *motivos tasados* –a lo cual se refiere el artículo 41.1 LA con la inequívoca expresión de que el laudo «*sólo* podrá ser anulado» cuando concorra alguna de las causas que enumera a continuación, en la misma línea de lo dispuesto en el artículo 45 LA de 1988–. Pese a la aparente concreción de los motivos, lo cierto es que alguno de ellos permite plantear a su amparo una multiplicidad de cuestiones, y además se recogen casos específicos en determinados preceptos de la Ley que permiten la posibilidad de anular el laudo. Nos estamos refiriendo a la previsión de los artículos 18.3 –sobre la posibilidad de hacer valer la recusación de un árbitro cuando no hubiese prosperado en el momento oportuno–, que deberá articularse a través del motivo d) del artículo 41.1, ó del artículo 22.3 –acerca de la impugnabilidad de la decisión arbitral sobre cuestiones previas, como la relativa a su propia competencia–, que se fundamentará en el motivo que corresponda, según la índole de la cuestión suscitada.

El Título VII de la LA se refiere fundamentalmente al caso de la impugnación de los laudos que ponen término al procedimiento arbitral resolviendo sobre el fondo de la cuestión, y en ella centraremos nuestra exposición. No obstante, es posible también la impugnación de ciertos laudos no definitivos como es el caso del artículo 23.2 –que dispone la aplicación de las «normas sobre anulación» de los laudos a las decisiones sobre medidas cautelares–, previsión que

no es fácil de entender. Baste señalar, por ejemplo, que para el ejercicio de la acción de anulación del laudo se prevé un plazo de dos meses, lo cual resulta totalmente inadecuado cuando lo que se impugna es una decisión arbitral sobre medidas cautelares; como tampoco se compatibilizan bien los motivos tasados que para la anulación se prevén.

En cambio, el nuevo artículo 41.1 LA no prevé ya como motivo de anulación el de la «extemporaneidad del *laudo*» (incluido en el artículo 45.3 LA de 1988). De manera que, según la LA, la expiración del plazo determinará la terminación de las actuaciones arbitrales y el cese de los árbitros, sin que ello afecte a la eficacia del convenio arbitral, y sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros (*vid.* artículo 37.2 II LA). No obstante, si se hubiera dictado un laudo extemporáneamente será eficaz si las partes lo convalidan. Pero, que no quepa ejercitar la acción de nulidad contra él, a través del proceso que estudiamos, no significa que las partes carezcan de toda vía impugnatoria, ya que siempre les cabrá iniciar el proceso declarativo ordinario que corresponda. Lo anterior sin perjuicio de la posibilidad de oponer la nulidad del laudo, *ex* artículo 559.1.3 LEC, cuando se hubiera intentado su ejecución.

A nuestro entender, debería haberse mantenido la extemporaneidad como motivo de anulación de laudo; y ello porque es esencial a la institución del arbitraje la temporalidad de las funciones de los árbitros, porque es una garantía para las partes, y porque evita la dilación del procedimiento arbitral. Además, incluir este motivo de anulación serviría para incidir en la responsabilidad de los árbitros. Así lo consideraron también los Grupos Parlamentarios Federal de Izquierda Unida (enmienda N^o 37), Catalán (enmienda N^o 98), y Socialista (enmienda N^o 111).

La LA contiene una disposición expresa acerca de la renuncia tácita a las facultades de impugnación, directamente inspirada en la Ley UNCITRAL que obliga a las partes a la denuncia tempestiva e inmediata de las violaciones de normas dispositivas, esto es aplicables en defecto de voluntad de las partes. Así, si una parte, conociendo la infracción de alguna norma dispositiva de la ley o de algún requisito del convenio arbitral, no la denunciare dentro del plazo previsto para

ello o, en su defecto, tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a las facultades de impugnación previstas en la ley (artículo 6).

Sentado lo anterior, pasaremos a examinar con un poco más de detalle cada uno de los motivos de anulación.

a) *Que el convenio arbitral no existe o no es válido*

El primer motivo tiene un claro referente inmediato en su correlativo de la LA 1988 («cuando el convenio arbitral fuese nulo»); pero, desde luego, no es en absoluto novedoso en nuestro derecho, tal y como lo demuestra la abundante jurisprudencia existente sobre este particular, que, a buen seguro, seguirá sirviendo de criterio orientador en la práctica de nuestros tribunales. Y es que el convenio arbitral, como todo contrato, ha de cumplir los requisitos generales previstos en el Código Civil, y los específicos de la LA. Si no se cumpliera alguno de estos requisitos en relación con las partes, con el objeto, con la forma o con el tiempo, el laudo podrá ser anulado.

- a') En relación con las *partes*, serán motivo de anulación: la *falta de aptitud*, que comprende, a su vez, la falta de capacidad general para ejercer derechos y concluir actos jurídicos, así como la falta de aptitud específica para disponer del objeto de la controversia. [El que las partes estén incurso en alguna causa de incapacidad se recoge como motivo concreto en la Ley UNCITRAL, artículo 34.2.a) i)]; la existencia de un *vicio del consentimiento o de la voluntad*; o, la *discordancia entre la voluntad real y la voluntad declarada*.
- b') En relación con el *objeto*, las causas de nulidad pueden ser: a") la *inexistencia* del objeto del convenio: 1) por la falta total o absoluta del negocio principal sobre el que se funda la *res litigiosa* (arg. artículo 9.1 LA); 2) por falta de la relación jurídica determinada, contractual o no contractual, a la que ha de referirse el arbitraje (arg. artículo 9.1 LA); 3) por inexistencia de la controversia: bien por no haber surgido (artículo 9.1 LA); bien por haberse extinguido, y ello por cosa juzgada (arg. artículo 222.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil –en adelante, LEC–), por cosa

arbitrada (artículo 43 LA), por cosa transigida (artículo 1816 del Código Civil –en adelante, CC–), o por otros actos jurídicos –piénsese, por ejemplo, en las causas de extinción de las obligaciones (*vid.* artículo 1156 CC)–; b”) la *ilicitud* del objeto del convenio, por ser del todo indisponible (artículo 2.1 LA).

- c’) En relación con la *forma*, el convenio será nulo si no se lleva a cabo por escrito –o en cualquiera de los soportes que la LA admite, *vid.* artículo 9.3–, y si se omite alguno de los requisitos necesarios que debe contemplar, a saber: la identificación de los otorgantes; la expresión de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje; y la indicación de la relación jurídica determinada (*vid.* artículo 9.1 LA y el caso especial del arbitraje instituido por disposición testamentaria a que se refiere el artículo 10 LA).
- d’) En relación con el *tiempo*, será causa de nulidad la caducidad del convenio, si las partes hubieran fijado un plazo o término para su vigencia, transcurrido el cual quedará sin efecto (arg. artículo 22.1 y 3 LA, según los cuales los árbitros, de oficio o a instancia de parte, decidirán lo que proceda sobre cualquier cuestión que «impida entrar en el fondo de la controversia», tanto con carácter previo, como al decidir sobre las «demás cuestiones sometidas a su decisión relativas al fondo del asunto»).
- b) *Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos***

El segundo de los motivos de nulidad del laudo constituye una transcripción literal del artículo 34.2. a) ii) de la Ley UNCITRAL, lo cual explica su peculiar redacción. No obstante, podemos concluir que a través de este motivo se puede poner de manifiesto: a’) por un lado, los defectos de notificación a las partes, tanto del nombramiento de uno o de todos los árbitros, como de cualquiera de las resoluciones arbitrales; y b’) por otro, que, por cualquier tipo de defecto diferente al de la falta de notificación, las partes no hayan podido hacer valer sus derechos durante el procedimiento arbitral.

A nuestro parecer, este motivo –infinitamente peor redactado ahora– coincide parcialmente con el contenido del antiguo artículo 45.2 i.f. LA de 1988 [que «en el desarrollo de la actuación arbitral no se hayan observado... (los) principios esenciales establecidos en la Ley»]. Por esta razón, pensamos que a través de este submotivo pueden invocarse todas aquellas infracciones que vulneren los principios establecidos en el artículo 24.1 LA, particularmente, los de igualdad, audiencia y contradicción.

c) *Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión*

Aun cuando la redacción no es exactamente coincidente, su contenido es asimilable al motivo establecido en el artículo 45.4 i.l. LA de 1988, y en el artículo 34.2.a) iii) Ley UNCITRAL. Su interpretación no plantea problemas, con lo cual podemos señalar que mediante esta vía se puede denunciar lo que cabría denominar «incongruencia arbitral». Debe tenerse en cuenta que la incongruencia arbitral no coincide con la procesal: la intervención judicial en el arbitraje tiene por objeto únicamente corregir el exceso de poder de los árbitros en el ejercicio de su función, bien por haber resuelto estrictamente puntos no sometidos a su decisión, o por haber resuelto puntos distintos a los sometidos (incongruencia positiva y mixta, respectivamente). No entra, en cambio, dentro del motivo el fenómeno de la llamada incongruencia «negativa» por falta de pronunciamiento, ni tampoco podrá la Audiencia Provincial pronunciarse sobre los puntos no resueltos. El único fundamento de la congruencia arbitral radica en el principio dispositivo; no cabe traer a colación el denominado principio de exhaustividad de la sentencia.

De estimarse el recurso, la anulación afectará sólo a los pronunciamientos del laudo sobre cuestiones no sometidas a decisión de los árbitros siempre que puedan separarse de las demás (artículo 41.3 LA).

- d) Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley*

Como precedente de este motivo, cabe citar el artículo 45.2 LA de 1988 («cuando en el nombramiento de los árbitros y en el desarrollo de la actuación arbitral no se hayan observado las formalidades y principios esenciales establecidos en la Ley»). A nuestro parecer, el actual motivo d) del artículo 41 LA deja fuera exclusivamente lo relativo a la infracción de los principios esenciales producida durante el desarrollo del procedimiento arbitral, lo cual, como hemos dicho, habrá de impugnarse a través del motivo b). Pero, con todo, la redacción del nuevo motivo está claramente inspirada en el artículo 34.2.a) iv) de la Ley UNCITRAL.

En este punto, conviene tener muy presente que tanto lo relativo a la designación de los árbitros, como al desarrollo del procedimiento arbitral se regirá con base en el principio de autonomía de la voluntad. Son las partes quienes pueden acordar, por lo tanto, uno y otro extremo. Dicha autonomía tiene como límite la existencia de una norma legal de obligado cumplimiento, como por ejemplo, que fuesen nombrados árbitros personas «jurídicas» o que «no se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles» (artículo 13 LA); o, en relación con el procedimiento, que el laudo no conste «por escrito» (artículo 37.3 LA).

En defecto de acuerdo de las partes, se aplicará lo dispuesto en la LA, o, aunque la LA no lo diga expresamente, en las normas reglamentarias de las cortes o instituciones arbitrales a las que se hubiesen sometido las partes; y ello, porque, de nuevo, es la autonomía de la voluntad lo que prima.

- e) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje*

El motivo e) del artículo 41 LA coincide con lo dispuesto en el art. 45.4 LA de 1988, así como con el artículo 34.2.b) i) Ley UNCITRAL.

En este punto únicamente es necesario recordar que la sometibilidad o «arbitrabilidad» de una materia está en función no del poder de disposición que sobre ésta han de tener las partes, sino de su disponibilidad abstractamente considerada, lo cual debe ponerse en relación con el carácter renunciable o irrenunciable de los derechos. Así, con carácter general, puede sostenerse que la disponibilidad tiene su ámbito de aplicación en el Derecho Privado, Civil o Mercantil; aunque no siempre. Como ejemplos, casi tópicos, podemos señalar que no son materias arbitrables las relativas a la capacidad de una persona, o al estado civil de las personas, etc.

Como en el caso del motivo c), la anulación afectará sólo a los pronunciamientos del laudo sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás (artículo 41.3 LA).

f) Que el laudo fuera contrario al orden público

Se repite, de nuevo, la impugnación del laudo por razones de orden público, tal y como ya disponía el art. 45.5 LA de 1988, y como también establece el artículo 34.2 b) ii) Ley UNCITRAL.

El orden público es un concepto jurídico indeterminado, pero a estas alturas de evolución jurisprudencial, y una vez analizado a la luz de los principios constitucionales, podemos concluir que su infracción alcanza la vulneración del orden público sustantivo –concretado en los derechos y libertades fundamentales de este carácter, sin que quepa alegar a través de esta vía, como ya avanzamos, cualquier infracción del ordenamiento jurídico material, ni tampoco la cuestión de la arbitrabilidad, impugnable por el motivo e) del artículo 41.1 LA–, así como del orden público procesal. No obstante, tras analizar la aplicabilidad del artículo 24 CE al arbitraje, resulta que la mayor parte de los derechos reconocidos en este precepto son de muy difícil aplicación arbitral, y, además, aquéllos que mejor se adecuan al arbitraje pueden ser denunciados al amparo del artículo 41.1 b) LA. Por tanto, a nuestro juicio, son constitutivas del orden público procesal las violaciones del derecho de defensa constitucionalmente relevante y del derecho a un proceso con todas las garantías –en cuanto recoge el derecho a la imparcialidad del árbitro–. De

lo expuesto, resulta que la noción de orden público material y procesal que, en principio, parece inabarcable, tiene unos márgenes de aplicabilidad muy restringidos.

Téngase en cuenta la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, STC) 9/2005, de 17 de enero, según la cual «aquello que, por voluntad expresa de las partes, se defiende al ámbito del proceso arbitral, por esa misma voluntad expresa de las partes queda sustraído al conocimiento del Tribunal Constitucional... a través de un recurso de amparo en el que se invoquen las garantías del artículo 24 CE, cuyas exigencias se dirigen, en principio, a la actividad jurisdiccional estatal... y que, con respecto al arbitraje, sólo proyecta sus garantías con el carácter de derechos fundamentales a aquellas fases del procedimiento arbitral y a aquellas actuaciones para las cuales la ley prevé la intervención jurisdiccional de los órganos judiciales del Estado, entre las más relevantes la formalización judicial del arbitraje..., el recurso o acción de anulación y la ejecución forzosa del laudo». Y prosigue el Tribunal Constitucional declarando que «debe concluirse, en consecuencia, que sólo pueden examinarse aquí las vulneraciones alegadas en la demanda de amparo de diversas garantías del artículo 24 con respecto a la Sentencia de la Audiencia Provincial impugnada, pero no con respecto al Laudo arbitral, que ha de quedar excluido del objeto de este proceso constitucional».

C) Competencia y requisitos de las partes

La *competencia* para conocer del proceso de anulación sigue correspondiendo a la Audiencia Provincial del lugar en que se hubiera dictado el laudo (artículo 8.5 LA), lugar determinado conforme al artículo 26.1 LA (artículo 37.5 LA).

La Ley Orgánica Nº 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), ha introducido en el artículo 80 LOPJ un número 3, conforme al cual el Consejo General del Poder Judicial podrá acordar, previo informe de la correspondiente Sala de Gobierno, que «el conocimiento de determinadas clases de asuntos se atribuya en exclusiva a una sección de la Audiencia Provincial, que extenderá siempre su

competencia a todo su ámbito territorial aun cuando existieren secciones desplazadas».

En uso de esa facultad se han creado ya secciones especializadas en el ámbito mercantil, para conocer de las apelaciones de los Juzgados de lo Mercantil, recientemente creados, y parece razonable pensar que podrán existir también, en un futuro próximo, secciones de las audiencias especializadas en materia de arbitraje, tal y como se viene reclamando por algunos sectores desde hace tiempo, y como ya ocurre en algunos lugares, como Barcelona, Vizcaya, según las noticias de que disponemos.

Si tenemos en cuenta que los Juzgados de lo Mercantil actuarán como órganos jurisdiccionales de apoyo en procedimientos arbitrales que versen sobre materias que son propias de aquéllos juzgados, podría ocurrir que a las audiencias Provinciales llegaran asuntos en materia de arbitraje de distinta fuente, a saber: impugnación de laudos, impugnación de resoluciones de los Juzgados de lo Mercantil, o impugnación de resoluciones de Juzgados de Primera Instancia –cuando éstos hubieran actuado como órganos de apoyo por no corresponder la materia sometida a arbitraje a los Juzgados de lo Mercantil–. Pues bien, creadas las secciones especializadas en lo mercantil es posible que entren en las audiencias asuntos en materia de arbitraje que tendrán que desdoblarse, si se nos permite utilizar este término, según que el arbitraje tenga por objeto cuestiones mercantiles de las atribuidas a los Juzgados de lo Mercantil o no. En el primer caso, serán competentes las secciones de lo mercantil, donde las hubiera. En el segundo serán competentes las secciones de lo civil (o, si llegaran a crearse, serían competentes las secciones sobre arbitraje, donde se implantaran), lo cual no contribuye a la unificación jurisprudencial, como sería deseable.

Para evitar el anterior problema, puede ser conveniente la creación de las secciones de arbitraje para conocer de todas las impugnaciones de los tribunales de apoyo, fuera cual fuera su procedencia. O, al menos, parece especialmente deseable que las secciones de arbitraje, si se llegaran a crear, conozcan siempre de la impug-

nación de los laudos, con independencia de la materia, mercantil o civil, sobre la que versen.

En relación con *las partes*, no se aprecian especiales dificultades. Así que, para poder actuar aquéllas deberán reunir los requisitos generales de capacidad, legitimación y de postulación, lo cual se concreta en que podrán ser parte del proceso de anulación quienes lo hubiesen sido en el procedimiento arbitral, que deberán estar representadas por procurador y asistidas por letrado (artículos 23.1 y 31.1 LEC); y ello, porque si bien el proceso de anulación se ha de seguir por los trámites del juicio verbal, como veremos en seguida, ninguna duda cabe de que, al tratarse de un proceso especial, la intervención de estos profesionales es preceptiva.

Alguna extrañeza puede provocar la mención al Ministerio Fiscal del artículo 41.2 LA, según el cual aquél puede pedir la anulación del laudo por los motivos b), e) y f) «en relación con los intereses cuya defensa le está legalmente atribuida», porque sugiere que siempre que se impugne un laudo arbitral deberá darse traslado al Ministerio Público, por si estima que concurre en el caso alguno de los motivos señalados.

D) Plazo para la acción de anulación

La acción de anulación ha de ejercitarse dentro de los *dos meses* siguientes a la notificación del laudo o, en el caso de que se haya solicitado corrección, aclaración o complemento del laudo, desde la notificación de la resolución sobre esta solicitud, o desde la expiración del plazo para adoptarla (artículo 41.4 LA), sin que sea preciso que la protocolización, cuando haya sido pedida, preceda a la notificación.

Para el cómputo del plazo deberán tenerse en cuenta las previsiones del artículo 5 b) LA, según el cual el *dies a quo* será el siguiente al de la recepción de la notificación del laudo (o de la resolución correctora, aclaratoria o complementaria, o desde el siguiente al transcurso del plazo para adoptarla). El plazo se computará de fecha a fecha (*ex* artículo 5 CC), pero si el último día fuese festivo se prorrogará hasta el primer día laborable siguiente. (Téngase en cuenta,

además, la posibilidad de presentar escritos hasta las 15'00 horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo del artículo 135.1 LEC).

El plazo para impugnar los laudos se ha ampliado sensiblemente, comparado con los diez días previstos en el artículo 46.2 LA de 1988, aunque es un poco menor al establecido en la Ley UNCITRAL: tres meses según su artículo 34.3. La Exposición de Motivos de la LA explica que tal ampliación del plazo «no ha de perjudicar a la parte que haya obtenido pronunciamientos de condena a su favor, porque el laudo, aun impugnado, tiene fuerza ejecutiva» (*vid.* artículo 45.1 LA).

A nuestro parecer, el plazo previsto para ejercitar la acción de nulidad es demasiado largo. En el mismo sentido se manifestaron los Grupos Parlamentarios Federal de Izquierda Unida (enmienda N^o 39) y Socialista (enmienda N^o 111), que proponían quince días y un mes, respectivamente, en coherencia con la pretendida agilidad de la que se quiere dotar al arbitraje, y que constituye uno de sus argumentos básicos para fomentar su utilización.

E) Procedimiento

La Ley UNCITRAL no prevé ninguna norma acerca del procedimiento de la impugnación de los laudos. En el caso español el procedimiento para la impugnación del laudo es el del Juicio verbal con demanda ordinaria y contestación escrita. Según la Exposición de Motivos, se «trata de conjugar las exigencias de rapidez y de mejor defensa de las partes».

a) Demanda

El proceso comenzará mediante demanda que habrá de redactarse conforme a lo dispuesto en el artículo 399 LEC, y a la que habrán de acompañarse, según el artículo 42.1 los «documentos justificativos del convenio y del laudo». No obstante, además de los documentos exigidos por la ley, pensamos que deberán acompañarse los siguientes: el poder que acredite la representación del procurador, el documento o documentos que acrediten, en su caso, la representación que el litigante se atribuya (*vid.* artículo 264 LEC); así como

los documentos en que la parte funde la motivación del recurso (artículo 265 LEC), la notificación del laudo, y, en su caso, de la corrección, aclaración o complemento del mismo, y copias de todo ello.

Una variante importante, respecto de las demandas ordinarias, es que la parte deberá proponer en este escrito los *medios de prueba* cuya práctica le interese (artículo 42.1 LA). En particular, si el actor hubiese motivado la demanda en algún defecto de carácter procedimental, deberá acompañar las actuaciones arbitrales si hubiera podido obtenerlas. En el caso de que los árbitros no las hubieran facilitado, el demandante podrá solicitar al tribunal, mediante otrosí, que los requiera para su entrega (arg. artículo 47.2 LA de 1988).

b) Conductas del demandado

Admitida la demanda, el tribunal dará traslado al demandado para que la conteste en el plazo de veinte días. En su escrito, deberá proponer, asimismo, los medios de prueba de que intente valerse. Esa es la situación normal, a que se refiere el artículo 42.1 LA.

No obstante, deben tenerse en cuenta otras opciones posibles, como son las de que el demandado no se apersona; o que se apersona, pero no conteste, etc. A dichas conductas se les aplicarán las disposiciones comunes de la LEC.

Pero existen otras posibilidades de más interés.

- 1) *Planteamiento de declinatoria.* La LA no resuelve en qué momento puede el demandado plantear la declinatoria. La cuestión no es sencilla, ya que el artículo 64 LEC diferencia según que el procedimiento que se siga sea el ordinario o el juicio verbal. Ya hemos señalado que el artículo 42.1 LA dispone que la acción de anulación se sustanciará por los cauces del «juicio verbal», lo cual, conforme a una interpretación literal, debería llevar a la conclusión de que el demandado debería plantear la declinatoria en los cinco primeros días posteriores a la citación para la vista (artículo 64.1 LEC). No obstante, el artículo 64

LEC está pensado para los juicios verbales ordinarios (esto es con demanda sucinta y sin contestación por escrito), lo cual nos lleva a considerar que es preferible aplicar la norma dispuesta en el artículo 64.1 LEC para el juicio ordinario: la declinatoria habrá de proponerse dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda.

- 2) *Impugnación del laudo por el demandado.* No es infrecuente que los laudos contengan pronunciamientos favorables y desfavorables para ambas partes. Siendo así, las dos pueden tener interés en su impugnación. Ante esta situación pueden darse diversas hipótesis.

La primera es que presentada una demanda de impugnación por el actor, la parte contraria decidiera también presentar su propia demanda de anulación. En este caso ambos procesos de anulación deberán acumularse, conforme a las reglas generales de los artículos 74 y ss. LEC. Una solución práctica es la que se prevé en el artículo 73.2 LEC, respecto de la impugnación de acuerdos sociales, en cuanto establece un *forum praeventionis* favorable al tribunal que hubiese recibido la primera demanda. Pero la cuestión más espinosa es otra: ¿debe el tribunal esperar a que expire el plazo de dos meses antes de dar curso a la demanda, por si la otra parte decide impugnar?, o, por el contrario, ¿debe tramitar el primer proceso y suspenderlo cuando se decida la acumulación del segundo? Si tenemos en cuenta que el art. 73.2 LEC ha sustituido lo establecido en el antiguo artículo 119.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, que optaba por la primera solución, pero ya no prevé que los tribunales «esperen», entendemos que deberá darse curso a la demanda, aun a riesgo de paralizar después el proceso si se presenta una segunda demanda.

Otra hipótesis, no descartable, es que el demandado no impugne separadamente el laudo, sino que al recibir la demanda decida oponerse al mismo, lo cual significa, en otros términos, que el demandado decide plantear una reconvencción, impugnando el laudo, bien por los mismos motivos que el demandante, o por motivos diferentes. La reconvencción en los juicios verbales es posible, siempre y cuando el proceso tenga carácter plenario, como es nuestro caso (ar-

título 438.1 I LEC); eso sí, lo que tampoco parece de aplicación en los procesos de anulación es la reconvencción se «notifique al actor al menos cinco días antes de la vista» (artículo 438.1 II LEC). A nuestro juicio, el demandado deberá plantear su reconvencción en el escrito de contestación a la demanda, y, por analogía a lo dispuesto para otros procesos verbales con demanda ordinaria y contestación escrita –caso de los procesos matrimoniales y de menores–, deberá concederse al actor un plazo para que conteste a la reconvencción. Este plazo podría ser el de diez días (arg. artículo 770.2ª LEC), ya que la previsión del artículo 4 c) LA, sobre la aplicabilidad de las disposiciones de la demanda y de la contestación a la reconvencción y a la contestación de la reconvencción (veinte días), respectivamente, parece referirse, sin duda, al procedimiento arbitral, no al proceso de anulación.

Como la Ley no lo impide expresamente, podría admitirse la reconvencción en los procesos de anulación, siempre y cuando, claro es, que no hubiera transcurrido el plazo de dos meses para ejercitar la acción de nulidad, porque habría caducado.

c) *Juicio y decisión del proceso*

Contestada la demanda o transcurrido el correspondiente plazo, el proceso seguirá los «cauces del juicio verbal», de conformidad con lo establecido en el artículo 42.1 i.l. LA. De acuerdo también con lo anterior, el artículo 42.1 dispone que «se citará a partes a la vista», debiendo mediar, al menos, diez días desde el siguiente a la citación, y sin que puedan exceder de veinte.

El contenido de la *citación* de la vista del proceso de anulación tiene que variar, necesariamente, de lo preceptuado en el artículo 440 LEC, en particular en lo que se refiere a la prueba, ya que, como ha quedado dicho, los medios de prueba tienen que haber sido propuestos en los escritos de demanda y de contestación. No obstante, el artículo 42.1 i.f. LA contiene una previsión especial sobre esta materia, que deberá constar en la citación, cual es la advertencia de que el demandante puede proponer, en la vista, la «práctica de prueba en relación con lo alegado por el demandado en su contestación».

Por lo demás, la *celebración del acto* de la vista deberá seguir lo establecido en el artículo 443 LEC que, en apretada síntesis, supone lo siguiente: ratificación de los fundamentos de la demanda y de la contestación; resolución de las cuestiones procesales que se hubiesen suscitado –para lo cual, se consideran aplicables subsidiariamente las reglas de la audiencia previa de los artículos 416 a 425 LEC *mutatis mutandis*–; fijación de los hechos; proposición y admisión, en su caso, de prueba por parte del actor; práctica de la prueba que hubiese sido admitida; y conclusiones (*ex* artículo 185.4 LEC).

Concluida la vista, el proceso terminará normalmente mediante *sentencia* que se dictará dentro de los diez días siguientes (artículo 447 LEC).

La sentencia que dicta la Audiencia Provincial tiene un carácter mero declarativo, y se limita a declarar, en su caso, la nulidad del laudo, porque también tiene esta naturaleza la pretensión que se hace valer en este proceso. En esta línea, conviene insistir en que la sentencia tiene un simple *carácter rescindente*, y no rescisorio, lo cual significa que el tribunal ni puede sustituir la función arbitral ni, en consecuencia, decidir sobre el fondo de la cuestión. Esto es así porque si se diera este segundo caso se suplantaría la voluntad de las partes de que sean los árbitros quienes decidan la controversia, y no un órgano jurisdiccional (*vid.*, por todas, la STC 43/1988, de 16 de marzo).

Desde otro punto de vista, el contenido de la sentencia puede variar según sea estimatoria o desestimatoria. La sentencia será *estimatoria* cuando prospere alguno de los motivos de anulación invocados por las partes, por el Ministerio Fiscal, o, incluso, apreciados por el propio tribunal.

En efecto, el artículo 41.2 LA contiene una importante novedad, cual es la de que el tribunal puede declarar la nulidad del laudo, *de oficio*, si estima la concurrencia de los motivos b) [notificación indebida de la designación de los árbitros o de las actuaciones arbitrales e indefensión provocada por causas distintas a los defectos en la comunicación], e) [haber resuelto los árbitros cuestiones no sometibles], ó f) [laudo contrario al orden público]. Esta facultad que nuestra LA

otorga a los tribunales está inspirada en lo establecido en el artículo 34. 2. b) de la Ley UNCITRAL, conforme con el cual, el laudo puede ser anulado cuando el tribunal «compruebe: i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o ii) que el laudo es contrario al orden público de este Estado». Esta facultad –que recuerda inequívocamente al control de homologación de resoluciones extranjeras para su ejecución en otro Estado– parece pensada, sobre todo, para los arbitrajes internacionales; pero, en tanto y en cuanto, la LA no contiene diferenciación alguna en este punto, podrá ser de aplicación general.

La apreciación de oficio del motivo b) no se recogía en el Proyecto de Ley, sino que fue incorporado como resultado de las enmiendas presentadas por los Grupos Parlamentarios Vasco (enmienda Nº 11) y Socialista (enmienda Nº 111), que se justificaban en la «real dificultad para la parte demandante de demostrar que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales».

Sentado lo anterior, es preciso señalar que la eficacia de la sentencia estimatoria puede variar, a su vez, según cual sea el motivo en que se funde. Si se estimara el *motivo a)* [inexistencia o invalidez del convenio], las partes podrán acudir nuevamente al arbitraje, formalizando un nuevo convenio, o acudir a la vía judicial. Si se apreciara el *motivo b)* [notificación indebida de la designación de los árbitros o de las actuaciones arbitrales e indefensión provocada por causas distintas a los defectos en la comunicación], como quiera que la temporalidad de las facultades de los árbitros impide retrotraer las actuaciones al momento en que se cometieron las infracciones en las notificaciones o las vulneraciones de los principios, las partes deberán resolver su controversia, bien ante un nuevo arbitraje, bien ante los órganos jurisdiccionales. Si prospera el *motivo c)* [haber resuelto los árbitros cuestiones no sometidas], la anulación afectará sólo a los pronunciamientos del laudo sobre cuestiones no sometidas a decisión de los árbitros, siempre que puedan separarse de las demás (artículo 41.3 LA). Lo que no resuelve la LA es el caso de que tal separación no fuese posible. A nuestro parecer, la anulación también afectará a los

puntos vinculados a las cuestiones anuladas. Al *motivo d)* [defectos en la designación de los árbitros o en el procedimiento arbitral] le es de aplicación lo ya expuesto en el motivo b). Cuando la nulidad se base en el *motivo e)* [haber resuelto los árbitros cuestiones no sometibles], las partes sólo podrán acudir a la vía jurisdiccional, ya que las materias sobre las que se han pronunciado los árbitros son indisponibles. También en este caso, la nulidad puede ser parcialmente declarada, subsistiendo aquellas cuestiones que hayan sido válidamente sometidas a los árbitros. Finalmente, si la nulidad se declarase por el *motivo f)* [laudo contrario al orden público], las partes podrán acudir nuevamente a la vía arbitral, con el nombramiento lógicamente de nuevos árbitros, o a la vía jurisdiccional.

No obstante lo anterior, hay que tener en cuenta que si concurre algún motivo que lleve aparejada la nulidad total, el órgano jurisdiccional deberá examinarlo en primer lugar, ya que si prospera no puede darse ningún caso de nulidad parcial.

Por el contrario, la sentencia será *desestimatoria* cuando el tribunal declare no haber lugar a entrar en el fondo porque aprecie la falta de algún requisito de admisibilidad (posibilidad más hipotética que real), o rechace la pretensión porque no concurren los requisitos de prosperabilidad.

F) Efectos

La sentencia que pone término al proceso de anulación produce efectos jurídico-materiales, jurídico-procesales y jurídico-económicos. En relación con los efectos jurídico-materiales, baste señalar que, dada la naturaleza meramente declarativa de la sentencia, ésta carecerá de eficacia directa. Tan sólo debe destacarse que, anulado el laudo, y aun cuando nada disponga la Ley, la sentencia debería comunicarse al notario ante quien se hubiese protocolizado el laudo o al que conserve su protocolo, en su caso, así como a las cortes o instituciones arbitrales que hubiesen administrado el arbitraje, y al colegio arbitral, a efectos de constancia.

Los efectos jurídico-procesales son, sin duda, los de mayor importancia. La sentencia dictada por la Audiencia Provincial no es susceptible de recurso alguno (firmeza de la sentencia, a la que se refiere el artículo 42.2 LA), salvo las acciones extraordinarias, como la revisión, la audiencia al demandado rebelde, la nulidad, o el amparo. Firme la sentencia de la Audiencia, el laudo devendrá firme a su vez, produciendo efectos de cosa juzgada, de modo que contra él sólo cabrá solicitar la *revisión*, tal y como prescribe el art. 43 LA, a la que nos referiremos después. No obstante, debe precisarse que si la sentencia es estimatoria y, por tanto, se anula el laudo, únicamente tendrá efecto de cosa juzgada la resolución judicial; en cambio, si la sentencia es desestimatoria, tendrán efecto de cosa juzgada material tanto la resolución judicial como el laudo arbitral confirmado. En el supuesto de la sentencia parcialmente estimatoria, la conclusión es la misma respecto de los puntos no anulados.

Ni la firmeza de la sentencia ni la firmeza del laudo llevan aparejadas necesariamente el efecto de la ejecutabilidad; ya que, según indicamos más arriba, el laudo es ejecutable aun cuando contra él se hubiera ejercitado acción de anulación (artículo 45.1 LA).

Finalmente, en relación con los efectos económicos, al proceso de anulación le serán de aplicación las reglas generales en cuanto al reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita, si bien en la práctica la utilización de este instituto será muy poco frecuente. Nada dispone la Ley en materia de costas, lo cual podría hacer pensar que son de aplicación las reglas previstas en la LEC para el juicio verbal, a cuyo régimen jurídico se remite el artículo 42.1 LA, tal y como hemos reiterado. Ahora bien, esta solución no parece razonable si tenemos en cuenta que el proceso de anulación supone el ejercicio de una acción de impugnación contra un laudo, con lo cual, siempre a nuestro entender, sería más correcto aplicar el régimen que establece el artículo 398 LEC, respecto de las costas en «segunda instancia». Así, si la sentencia es desestimatoria se condenará al demandante al pago de las costas; si es estimatoria total o parcialmente no se condenará en costas a ninguno de los litigantes.

Lamentablemente, la LA no ha resuelto con claridad un problema crucial planteado durante la vigencia de la LA de 1988, cual es la determinación de los criterios para la condena en costas en la impugnación de los laudos. De hecho, la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales en este punto no puede ser más dispar: desde las sentencias que consideran que no es posible aplicar la LEC con carácter supletorio y, en consecuencia, recurren al artículo 1902 CC; a las que imponen las costas con base en el artículo 394 LEC (condena en costas en primera instancia); o las que fundamentan la condena en el artículo 398 LEC (condena en costas en fase de recurso).

II. LA REVISIÓN DEL LAUDO FIRME

El laudo firme será susceptible de revisión, en los términos previstos en la LEC. De entrada, y de acuerdo con esta remisión, la revisión del laudo deberá plantearse ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (artículo 56.1 LOPJ) o ante las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia [artículo 73.1 b LOPJ], conforme a lo dispuesto en la LOPJ, es decir, según la naturaleza común o foral o especial, respectivamente, de la materia controvertida en el arbitraje (artículo 509 LEC).

Podrá solicitar la revisión quien hubiera sido parte perjudicada por el laudo firme impugnado (ex artículo 511 LEC) y, a nuestro parecer, el Ministerio Fiscal con apoyo en lo dispuesto en el artículo 3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

La revisión deberá fundarse en alguno de los motivos del artículo 510 LEC, siendo de aplicación relativamente sencilla al arbitraje los números 1º [cuando después de pronunciado el laudo, se recobraran u obtuvieran documentos decisivos, de los que no se hubiera podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiera dictado]; 2º [si el laudo hubiera recaído en virtud de documentos que al tiempo de dictarse ignoraba una de las partes haber sido declarados falsos en un proceso penal, o cuya falsedad se declarara después penalmente]; y 4º [si el laudo se hubiera ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta]. Por el contrario, es más que dudosa la aplicación del motivo

3º [si el laudo hubiera recaído en virtud de prueba testifical o pericial, y los testigos o los peritos hubieren sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que le sirvieron de fundamento], y ello porque el artículo 458 del Código Penal (en adelante, CP), al que se remite el artículo 459 CP respecto de los peritos, sanciona únicamente el falso testimonio prestado en «causa judicial».

La revisión debe solicitarse dentro de los plazos, absoluto y relativo, previstos en el artículo 512 LEC. Para el cómputo del primero, la LEC marca como momento inicial el de «la fecha de la publicación de la sentencia», expresión que deberemos de entender referida a la fecha en que el laudo se hubiera dictado. Respecto del segundo, la ley establece que la revisión se podrá solicitar siempre que no hayan transcurrido tres meses desde el día en que se descubrieron los documentos decisivos, el cohecho, la violencia o el fraude, o en que se hubiera reconocido o declarado la falsedad.

Para la revisión de los laudos habrán de seguirse también las reglas de procedimiento previstas en la LEC, particularmente las establecidas en los artículos 513 y 514. La aplicación de dichos preceptos a la impugnación de un laudo firme plantea algunos problemas. Así, cuando el artículo 514.1 LEC dispone que, admitida la demanda de revisión, «el tribunal solicitará que se remitan todas las actuaciones del pleito cuya sentencia se impugne», es preciso entender que el tribunal habrá de reclamar el expediente arbitral a los árbitros. Pero, como quiera que los árbitros sólo tienen la obligación de conservarlo durante dos meses, salvo que las partes acordaran otra cosa (artículo 38.3 LA), y habida cuenta que la revisión puede solicitarse hasta cinco años después de dictado el laudo, la previsión del artículo 514.1 LEC puede ser de imposible o difícil cumplimiento, con la excepción, quizás, de los arbitrajes institucionales en los cuales la conservación de las actuaciones arbitrales es más prolongada, pues se lleva a cabo conforme a los criterios de la correspondiente corte arbitral. Atendidas estas dificultades, parece razonable que a la demanda de revisión se acompañe, al menos, el laudo arbitral, además de aquellos otros documentos en que se fundamente la impugnación (ex artículo 510 LEC), y el documento justificativo de haber efectuado el depósito a que se refiere el artículo 513.1 LEC.

También será aplicable a la revisión de los laudos firmes lo establecido en el artículo 515 LEC acerca de la posible suspensión de la ejecución en los términos establecidos en el artículo 566 LEC.

Con todo, el principal problema que suscita la aplicación de las normas de la revisión es la eficacia de la sentencia estimatoria, habida cuenta que la revisión tiene tan sólo un efecto rescindente. Así, dispone el artículo 516.1 LEC que los autos se devolverán «al tribunal del que procedan para que las partes usen de su derecho, según les convenga, en el juicio correspondiente». Traslada esta regulación al arbitraje, resulta que el Tribunal Supremo (o Tribunal Superior de Justicia) tendría que remitir las actuaciones a los árbitros, para que ante ellos se llevara a cabo el juicio rescisorio, planteándose una situación similar a la examinada, respecto de los motivos b) [notificación indebida de la designación de los árbitros o de las actuaciones arbitrales e indefensión provocada por causas distintas a los defectos en la comunicación] y d) [defectos en la designación de los árbitros o en el procedimiento arbitral] del artículo 41.1 LA. Como dijimos entonces, y reiteramos ahora, es imposible retrotraer las actuaciones y, por tanto, las partes sólo podrán acudir a un nuevo arbitraje o a la jurisdicción ordinaria, teniendo en cuenta que el tribunal (arbitral o judicial) que conozca de la controversia estará vinculado por los pronunciamientos de la sentencia de revisión (artículo 516.1 II LEC).

Contra la sentencia dictada por el Tribunal Supremo o el Tribunal Superior de Justicia cabrá «recurso» de amparo ante el Tribunal Constitucional (artículo 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

III. BIBLIOGRAFÍA

Se recoge relación bibliográfica relativa a la Ley Nº 60/2003, de Arbitraje, así como algunas monografías sobre la impugnación del laudo en la antigua Ley Nº 36/1988, de Arbitraje.

ALVÁREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., *La anulación del laudo arbitral. El proceso arbitral y su impugnación*, Comares, Granada, 1996.

- ARIAS LOZANO, D., (Coordinador), *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005.
- BARONA VILAR, S., (Coordinadora), *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley N^o 60/2003, de 23 de diciembre)*, Thomson-Civitas, Navarra, 2004.
- CUARTERO RUBIO, M^a. V., *El recurso de anulación contra el laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Eurolex, Madrid.
- DE MARTÍN MUÑOZ, A. e HIERRO ANIBARRO, S. (Coordinadores), *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J., (Director), *Comentarios a la Ley N^o 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, Bosch, Barcelona, 2004.
- GONZÁLEZ SORIA, J. (Coordinador), *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje N^o 60/2003, de 23 de diciembre*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (Director) y MATEO SANZ, J.B. (Coordinador), *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*, Lex Nova, Valladolid, 2004.
- HINOJOSA SEGOVIA, R. (Coordinador), *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A., Barcelona, 2004.
- HINOJOSA SEGOVIA, R., *El recurso de anulación contra los laudos arbitrales (Estudio jurisprudencial)*, Edersa, Madrid, 1991.
- HINOJOSA SEGOVIA, R. «La Ley de Arbitraje de 2003: Consideraciones generales», en *Revista de Derecho Procesal*, 2005.
- HINOJOSA SEGOVIA, R., (Coordinador), *Sistemas de solución extrajudicial de conflictos*, CERASA, Madrid, 2006.
- HINOJOSA SEGOVIA, R., MOSCARDÓ MORALES-VARA DE REY, M., y BERGÉS SORONDO, A. (Coordinadores), *La nueva Ley de Arbitraje*, Expansión, Madrid, 2004.

MANTILLA-SERRANO, F., *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*, Iustel, Madrid, 2005.

Como revista especializada en la materia arbitral se puede citar la *Revista de la Corte Española de Arbitraje* (1984 hasta la actualidad), Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, Distribuidor Editorial Civitas.

ARBITRAJE NO VINCULANTE: ANÁLISIS Y SUGERENCIAS PARA SU IMPLEMENTACIÓN COMO HERRAMIENTA EFECTIVA EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

MARÍA HAYDÉE MIGUEL (*)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Concepto. 3. Sus Ventajas. 4. Ámbitos propicios para el Arbitraje no vinculante. 5. «Court annexed Arbitration»: Programa de Arbitraje Civil (Superior Court of the District of Columbia, Washington DC). 6. Posibilidades de aplicación del Arbitraje no vinculante en la República Argentina. 7. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

En el marco de un nuevo paradigma de la justicia –entendiendo este concepto en sentido amplio y no referido exclusivamente a la emanada de los tribunales estatales– caracterizada, a su vez, por las pautas de asociación, inclusión, integración y facilitación, y puesta a un esquema paternalista, autoritario, compartimentado y excluyente,⁽¹⁾ quienes nos esforzamos por promover el desarrollo de los méto-

(*) Coordinadora de la Comisión de Arbitraje y Conciliación del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Argentina.

(1) PRICE, Marty, «Justicia Restaurativa: Prácticas y obstáculos. Cómo hacer que funcione», *Conferencia en el Centro Multipuertas del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*, República Argentina, mayo de 2006.

dos alternativos de resolución de conflictos creemos que uno de ellos en particular, el arbitraje no vinculante, adecuadamente instrumentado, brindaría una interesante solución en no pocos casos prácticos.

De algunos estudios realizados en la Argentina, en base a las estadísticas correspondientes a la justicia nacional en lo comercial, como así también a la información disponible en materia de Arbitrajes –aquí nos referimos sólo a los vinculantes–, resultaría la existencia de un amplio espectro de conflictos, particularmente entre empresas, que no son sometidos ni a los tribunales estatales, ni a los arbitrales,⁽²⁾ y serían, quizás, un campo propicio para la aplicación de la técnica que aquí analizaremos.

Es nuestro propósito, a través del presente trabajo, analizar en primer lugar el concepto y algunas ventajas de este instituto, para pasar luego a referirnos a los ámbitos favorables para su desarrollo, como así también al sistema denominado *Court-annexed Arbitration* (Arbitraje anexo al Tribunal), con uno de sus ejemplos de aplicación concreta en Washington D.C., finalizando con el esbozo de las conclusiones.

2. CONCEPTO

¿Qué es el arbitraje no vinculante?

Como su nombre lo indica, el laudo que en este caso dicte el o los árbitros no es obligatorio para las partes que se someten al procedimiento, aunque, como después analizaremos, pueda transformarse, en ciertos casos, en obligatorio, si es que se cumplen determinados requisitos.

En un lenguaje coloquial, el concepto está expresado cuando se ofrece el servicio a través de Internet: «*If you ask me to arbitrate your*

(2) AGUILAR, Fernando, «Arbitraje y Litigio: análisis de sus costos», Power Point presentado el 24 de mayo de 2006 en la Comisión de Arbitraje y Conciliación del citado Colegio Público.

case, I will meet with you and the other party or parties, learn about the case, and decide it for you. If you have agreed to 'binding' arbitration, my decision ends the case. If you have agreed to 'non-binding' arbitration (which is much more popular) my decision doesn't end the case; you may still go to court and litigate the matter there. In non-binding arbitration, my decision serves as advice: here's what I think will happen if you present the same facts and law to a judge. You have the option of taking my advice or leaving it and going to court».⁽³⁾

Han señalado algunos autores que, para la mayoría de los abogados, la expresión «arbitraje no vinculante» puede sonar como una contradicción en sí misma, pero, como lo sugiere Thomas Schultz, esa posición debería ser reconsiderada.⁽⁴⁾ Creemos que el tema gira en torno a una cuestión semántica, y, por tanto, la postura que adoptemos depende del carácter amplio o estricto con que definamos el término «Arbitraje».

3. SUS VENTAJAS

El aporte fundamental derivado del arbitraje no vinculante es que permite a las partes de un conflicto saber lo que un tercero neutral percibe acerca del mismo, cómo él cree que es la situación fáctica y cuál sería un arreglo justo. Es que en gran número de casos, las partes sostienen puntos de vista rígidos, basados en percepciones condicionadas por su propio interés y prestando atención sólo a los hechos que sirven de argumento a su postura, resultándoles extre-

⁽³⁾ «Si usted me pide que laude en su caso, yo me reuniré con usted y la otra parte o partes, me interiorizaré acerca del caso y lo decidiré para usted. Si usted ha prestado su consentimiento a un arbitraje vinculante, mi decisión pone fin al caso. Si usted ha acordado un arbitraje no vinculante (el cual es mucho más popular) mi decisión no pone fin al caso; usted todavía puede ir a tribunales y litigar allí sobre la cuestión. En un arbitraje no vinculante, mi decisión sirve como una recomendación: esto es lo que yo creo que pasará si usted presenta los mismos hechos y alega el mismo derecho ante un juez. Usted tiene la opción de seguir mi recomendación o dejarla de lado e ir a tribunales». SHELDON, John, www.mainedisputeresolution.com/arbitration.

⁽⁴⁾ SCHULTZ, Thomás, «Online Arbitration: Binding or Non-Binding?», en: www.ombuds.org/center/adronline.html.

madamente arduo analizar el problema desde el punto de vista de la otra parte. Si a este escenario le agregamos los nexos complejos que se dan en una empresa, comprenderemos que muchas veces existen presiones dentro de una organización para no ceder en la postura originaria. A quien representa a una empresa, la recomendación de un árbitro le ofrece una base razonable para un acuerdo, existiendo menos peligro de ser calificado como débil.⁽⁵⁾

El laudo no vinculante reviste importancia para las partes en función directa a la confianza depositada en el árbitro interviniente, para lo cual es muy significativo el perfil del mismo y su especialización, como así también su absoluta e indubitada neutralidad.⁽⁶⁾

Otras de las ventajas del arbitraje no vinculante son el menor costo y su mayor rapidez, en comparación con el litigio ante los tribunales estatales, amén de que, un acuerdo negociado entre las partes, aún después de un arbitraje no vinculante, es susceptible de mantener una mejor relación entre las partes, sobre todo si éstas deben seguir en trato.

Se ha dicho también que la recomendación del árbitro en un Arbitraje no vinculante, si bien no «decide» la cuestión, crea un considerable ímpetu para la decisión, pues implica una presión para las partes a fin de lograrla y resolver el conflicto.⁽⁷⁾

(5) U.S. ARMY CORPS OF ENGINEERS, *Pamphlet 2*, Alternative Dispute Resolution Series, Non-binding Arbitration, September 1990.

(6) Con respecto a las cualidades que deben reunir los árbitros en general, ver el desarrollo de la Conferencia de Claudia Salomón, Harvard Law School, año 2002, analizada en: MIGUEL, María Haydée, «Arbitraje y Centro Multipuertas en Washington D.C. Algunas reflexiones», en: www.cpacf.org.ar. Ver asimismo las recomendaciones emanadas del Tercer Encuentro Nacional de Árbitros organizado por el Colegio Público citado, 6 y 7 de noviembre de 2003, con relación al «Perfil del Arbitro», www.cpacf.org.ar.

(7) a) U.S. ARMY CORPS OF ENGINEERS, *ob. cit.* Ver allí tres interesantes ejemplos de la utilización del arbitraje no vinculante: *The Sand Source Claim*, *The Fish Ladder Case*, *The Heating Plant Case*, b) Cabe aquí hacer referencia al Reglamento relativo a los *Dispute Boards* de la Cámara de Comercio Internacional. La figura de *ICC Dispute Boards* ha sido concebida como un medio de solución de controversias que se generan

4. ÁMBITOS PROPICIOS PARA EL ARBITRAJE NO VINCULANTE

Pareciera ser que uno de ellos es el del arbitraje *on line*. Es que gracias a un espectacular desarrollo tecnológico ha sido posible la utilización de opciones en su momento inimaginables, como es el caso de Internet, conectando millones de computadoras que almacenan datos y suministran servicios globalizados como el correo electrónico, transferencia de archivos, video-conferencias y texto-conferencias. A la ventaja de su costo bajísimo, se añade la rapidez y, adoptando ciertos recaudos, la confiabilidad y reserva. Además su progreso no reconoce límites. Es un ámbito en el que las bases esenciales a los efectos del arbitraje serán la validez de la firma electrónica, el correo electrónico y la actuación del Tribunal Arbitral como centro de servicios de autenticación, certificación y conservación de la documentación original que se requiera en el proceso.⁽⁸⁾

Pensemos que en el *cyberspace* la resolución de conflictos enfrenta una serie de desafíos: quizás las partes se encuentren en países distantes, e inclusive en continentes diversos; quizás se involucren en operaciones de pequeña o mediana significación económica.⁽⁹⁾ En

entre las partes durante el transcurso y ejecución de un contrato. HERNÁNDEZ GARCÍA, Roberto «Dispute Boards», en: www.obrasweb.com/art_view.asp?seccion=Legal&revista=401. WÖSS, Herfried, «Los 'Dispute Boards' de la Cámara de Comercio Internacional», www.coparmex.org.mx/contenidos/internacional/newsletter/resumen/ene06/3.htm c) Ver asimismo «National Rules for the Resolution of Employment Disputes», *American Arbitration Association*, www.adr.org, que también prevé como opción el arbitraje no vinculante; d) Ver también LERER, Silvio, «Los nuevos métodos de solución de conflictos. Los A.D.R. ¿Privatización o mejoramiento de la Justicia?», en: *La Ley*, 1994-A, p. 893.

(8) VÁZQUEZ GER, Jesús, «El Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires», en *Expediente N° 728/03* de la Comisión Nacional de Valores, República Argentina. Ver asimismo SOTO COAGUILA, Carlos Alberto, «La contratación electrónica: los supuestos 'contratos informáticos' y los contratos celebrados a través de medios electrónicos», en: *Derecho PUC*, N° 55, Diciembre 2002, p. 181 y ss. Ver también BRISEÑO, Ricardo, «Los medios electrónicos en materia procesal mercantil y civil, su naturaleza probatoria», en: www.elDial.com.

(9) Con relación al comercio electrónico, ver la Ley Modelo de la CNUDMI referida al mismo (1996) www.zur2.com/objetivos/leyextran/cnudmi.htm.

un escenario como el descrito, recurrir a los tribunales estatales puede ser demasiado costoso (pensemos en los gastos que insumirían los viajes por ejemplo). Las partes se verían incentivadas a no plantear su caso ante la justicia estatal, con el consiguiente beneficio para la parte deshonesto o incumplidora del contrato.

En cuanto al arbitraje vinculante, siempre en la órbita del arbitraje *on line*, podría presentar algunos obstáculos, relacionados, entre otros aspectos, con el reconocimiento y ejecución del laudo. En cambio, en el caso del arbitraje no vinculante, esos problemas no existen; eso sí: si no hay una autoridad estatal que respalde la ejecución del laudo, ¿cuál es el incentivo que tiene la parte perdedora para cumplir con el mismo?

Entre las distintas formas de incentivo se encuentra la que ha sido denominada «*trustmark web traders*». Se recurre en este caso a un logo que aparece en el *website* del comerciante, cuya presencia asegura al cliente que el comerciante se ha comprometido a cumplir con ciertos *standards*, incluyendo, por ejemplo, el cumplimiento de todas las decisiones emergentes de un determinado procedimiento de arbitraje no vinculante. De tal manera que si el comerciante en algún momento no cumple con un laudo, el logo es retirado. Todo lo cual supone la existencia de un organismo de control. Y así el incentivo para la parte perdedora en un caso puntual es el riesgo de perder el uso del logo en caso de incumplimiento del laudo.⁽¹⁰⁾

En la órbita de las comunicaciones electrónicas, no sólo se garantizaría la celeridad, sino también la seguridad y confidencialidad, si consideramos que: a) la firma digital permite la indubitable imputación de un texto a una persona perfectamente identificada; b) únicamente el propietario de la clave privada tiene acceso a la lectura de un documento encriptado; y c) sometida esa persona a un pacto de confidencialidad del proceso de circulación de dicho documento,

⁽¹⁰⁾ SCHULTZ, Thomas, *ob.cit.* Ver asimismo WIENER, Alan, «*Regulations and Standards For Online Dispute Resolution: A Summary of Public and Private Initiatives*», en: www.mediate.com/articles/awiener.cfm.

existirían las mismas garantías que en un proceso llevado a cabo a través del soporte papel.⁽¹¹⁾

De manera tal que en un proceso arbitral que se llevara a cabo electrónicamente, el escrito de un procedimiento habitual es sustituido por un documento electrónico, desapareciendo el protagonismo del expediente, que se ve reemplazado por los archivos magnéticos conteniendo la documentación. Si el proceso requiriera etapas orales, como por ejemplo, en las audiencias de testigos, puede recurrirse a la realización de videoconferencias.⁽¹²⁾

Dado entonces que en un arbitraje *on line* pueden adoptarse los recaudos que garanticen debidamente el resguardo de los principios básicos relacionados con ese método de resolución de conflictos, y, considerando las ventajas que ofrece en este ámbito el arbitraje no vinculante, creemos que debería propiciarse la difusión de su empleo, recurriendo a los incentivos para la ejecución voluntaria del laudo, algunos de los cuales ya han sido suscitadamente analizados en este acápite.

5. **«COURT ANNEXED ARBITRATION»: PROGRAMA DE ARBITRAJE CIVIL (SUPERIOR COURT OF THE DISTRICT OF COLUMBIA, WASHINGTON DC)**

Aludimos aquí a una de las puertas de la división multipuertas de la citada Corte, el Arbitraje, que se encuentra regulado por un régimen emanado del citado Tribunal y que data del año 1993. El mismo se aplica exclusivamente cuando se someten a Arbitraje juicios pendientes en sede civil, *under the umbrella of the court* (bajo el paraguas del tribunal).

Salvando excepciones puntuales –por ejemplo, ciertos reclamos de menor cuantía– cualquier caso de la División Civil es elegible para

(11) CARLINO, Bernardo P., «Procedimiento arbitral gestionado por medios electrónicos», en: *Jurisprudencia Argentina 2005-II-1308- SJA 25/5/05*, www.lexisnexis.com.ar.

(12) *Idem*.

ser sometido a arbitraje. Es así que el tribunal envía a las partes para la aplicación de este método alternativo de resolución de conflictos. El principio general es que el arbitraje es no vinculante, salvo que las partes acuerden lo contrario. Desde ya que en este sistema se procura promover el arbitraje vinculante y, en consecuencia, que las partes elijan sujetarse al mismo.

En principio, sólo actúa un árbitro, salvo acuerdo de partes para que sean tres. Son las partes quienes eligen al o a los árbitros, y, en su defecto, lo hace el Tribunal, en base a una lista (*roster*) de abogados calificados a ese fin. Para figurar en ese *roster* se exigen una serie de requisitos: es necesario ser miembro del DC Bar (*Bar* o Colegio de Abogados de Washington D.C.), tener cinco años de ejercicio profesional y haber participado en determinado número de juicios civiles con un mínimo de horas de duración. Existe una compensación para el árbitro que reviste en realidad, carácter simbólico: US\$ 150 por caso. Teniendo en cuenta que en la lista figuran muy prestigiosos y exitosos abogados cabe suponer que, para ellos, por encima de la compensación pecuniaria, de por sí irrelevante, adquiere gran valor, la importancia de estar prestando un servicio público.

Es un procedimiento expeditivo: a) Una vez designado el árbitro, y dentro del plazo de 14 días, las partes deben entregar copias del reclamo formulado y de su contestación; b) Se celebra una audiencia, dentro de los 120 días contados desde la designación del árbitro; c) Puede haber una prórroga de 60 días: hay que solicitarla al juez; d) En esa audiencia se produce la prueba, interrogándose a los testigos, pudiendo celebrarse en ausencia de alguna de las partes; e) Dentro del plazo de 15 días contados desde la celebración de la audiencia, el árbitro debe emitir el laudo, no requiriéndose que el mismo esté fundamentado.

Durante todo el procedimiento, la intervención del juez está muy acotada a supuestos puntuales: el pedido de prórroga que ya mencionamos o la recusación del árbitro.

Una vez que se ha dictado el laudo, corresponde formular la distinción: Si el arbitraje es vinculante, el laudo es convertido en una

sentencia judicial; si, en cambio, se trata de un arbitraje no vinculante, las partes tienen un plazo de 15 días, dentro del cual pueden solicitar un *de novo trial*, es decir, un nuevo juicio, que se llevará a cabo como si el arbitraje no hubiera tenido lugar. Si, por el contrario, las partes guardan silencio durante esos 15 días, se continúa el mismo procedimiento que en el caso del arbitraje vinculante. Corresponde aclarar que si se formulan objeciones al laudo según lo que expondremos más adelante, el plazo de 15 días se cuenta desde que se denegó la objeción.

¿Cuáles son los supuestos en que el juez interviene con posterioridad al laudo? Aquí corresponde efectuar una distinción: a) cuando una de las partes objeta el laudo –contando para ello con un plazo de 15 días– el juez puede dejarlo sin efecto; figuran entre las causales de objeción previstas, el supuesto en que el árbitro se excedió de sus poderes o hay evidente parcialidad del mismo; y b) el juez también puede modificar el laudo a pedido de parte, en determinados supuestos especialmente previstos, por ejemplo, en caso de errores de cálculo.⁽¹³⁾

¿Cuál es el atractivo que ofrece esta modalidad del arbitraje no vinculante, que se desarrolla *under the umbrella of the court*? Las partes, a través de un laudo que no es obligatorio, tendrán una clara idea de sus respectivas posiciones, y del sustento de sus reclamos, que surgirá de una opinión especializada emanada de un abogado que es un tercero neutral. Cada uno de los participantes en el proceso hará una evaluación: si el laudo es razonable, seguramente les convendrá mantenerse en silencio durante el plazo de 15 días, a fin de que el mismo adquiera carácter obligatorio, en lugar de arriesgarse a un juicio, que, amén de los inevitables mayores costos que acarrea, va a desarrollar-

(13) MIGUEL, María Haydée, «Arbitraje y Centro Multipuertas en Washington D.C. Algunas reflexiones», en: www.cpacf.org.ar. Ver asimismo la referencia a arbitraje no vinculante ordenado por los tribunales en EE.UU., en MARKS, Merton E., «*New Trends in Domestic and International Commercial Arbitration and Mediation*», en: www.cidra.org/articles/newtrends.htm. Ver también LERER, Silvio, «Los nuevos métodos de solución de conflictos. Los A.D.R. ¿Privatización o mejoramiento de la Justicia?», en: *La Ley*, 1994-A, p. 893.

se ante un tribunal que los derivó al arbitraje, de manera tal que si la sentencia judicial coincide sustancialmente con el laudo dictado, el dispendio en el que se habría incurrido sería a todas luces ostensible.

6. POSIBILIDADES DE APLICACIÓN DEL ARBITRAJE NO VINCULANTE EN LA REPÚBLICA ARGENTINA⁽¹⁴⁾

Recordemos que aquí las normas procesales son locales, de manera tal que cada provincia dicta su propio código. Es así que en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires rige el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que fuera objeto de diversas reformas, y, entre ellas la introducida por la Ley N° 25488 del año 2001.

Conforme a la modificación efectuada al Artículo 360 de dicho código, en la denominada «Audiencia Preliminar» el juez invitará a las partes a una conciliación o a encontrar otra forma de solución de conflictos.⁽¹⁵⁾

En un sistema heterocompositivo de resolución de conflictos, como lo es el proceso judicial, existe, simplificando los términos, un

(14) Agradezco de manera especial a la Dra. Gladys Álvarez, por sus ideas y sugerencias con relación a este tema.

(15) El citado Artículo 360 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación dice textualmente: «Audiencia preliminar. A los fines del artículo precedente el juez citará a las partes a una audiencia, que presidirá, con carácter indelegable. Si el juez no se hallare presente no se realizará la audiencia, debiéndose dejar constancia en el libro de asistencia. En tal acto: 1) Invitará a las partes a una conciliación o a encontrar otra forma de solución de conflictos; 2) Recibirá las manifestaciones de las partes con referencia a lo prescripto en el artículo 361 del presente Código, debiendo resolver en el mismo acto; 3) Oídas las partes, fijará los hechos articulados que sean conducentes a la decisión del juicio sobre los cuales versará la prueba; 4) Recibirá la prueba confesional si ésta hubiera sido ofrecida por las partes. La ausencia de uno de todos los absolventes, no impedirá la celebración de la audiencia preliminar; 5) Proveerá en dicha audiencia las pruebas que considere admisibles y concentrará en una sola audiencia la prueba testimonial, la que se celebrará con presencia del juez en las condiciones establecidas en este capítulo. Esta obligación únicamente podrá delegarse en el secretario o, en su caso, en el prosecretario letrado; 6) Si correspondiere, decidirá en el acto de la audiencia que la cuestión debe ser resuelta como de puro derecho con lo que la causa quedará concluida para definitiva».

tercero que escucha a las partes, ordenando y dirigiendo la discusión para finalmente llegar a una adjudicación, que implicará una solución favorable para uno de los participantes y desfavorable para el otro. Desde ya que ese tercero, a diferencia del arbitro, está dotado de *imperium* para la ejecución de sus decisiones.

El proceso judicial en sede civil, con gran predominio del sistema escriturario, ha sido objeto de críticas por la falta de intermediación del juez, que no tiene contacto directo con las partes, sino que conoce el conflicto a través de los escritos que presentan los abogados de ambas, y de las constancias de las audiencias que suministran los empleados del juzgado y en las que no participa de manera directa quien va a decidir en definitiva.⁽¹⁶⁾

En sentido coincidente, en el marco de un proyecto para la reforma de la administración de justicia desarrollado en la Argentina durante el año 1994 con financiación del Banco Interamericano de Reconstrucción y Fomento, el Informe redactado por Bryant Garth aludía al proceso escrito y lento, controlado por los abogados de las partes, que conduce a una cultura de la escritura, al aislamiento judicial respecto de las partes y abogados y a la delegación de funciones judiciales como práctica generalizada.⁽¹⁷⁾

En respuesta a dichas críticas, la Ley N° 24.573 dictada en el año 1995 reformó parcialmente el código aludido, introduciendo la figura denominada «la audiencia del artículo 360», y que la doctrina calificó como «Audiencia preliminar», en la que el juez debía estar presente bajo pena de nulidad. Más allá de que algunos doctrinarios opinaron que el volumen de trabajo impidió un aprovechamiento pleno de la nueva figura,⁽¹⁸⁾ pueden rescatarse dos aspectos positivos sur-

(16) COLERIO, Juan Pedro, «La Audiencia Preliminar», en: FALCÓN, Enrique M., *Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Segunda Edición Actualizada, p. 97 y ss.

(17) Informe de Bryant Garth, citado por OTEIZA, Eduardo, «Los Procesos de Conocimiento Amplio. Consideraciones sobre la eliminación del Proceso Sumario», *idem*, p. 11 y ss.

(18) OTEIZA, Eduardo, *ob. cit.*

gidos de la experiencia en la aplicación del citado artículo; en algunos casos a través de la intermediación del juez se lograba la autocomposición del conflicto; y en otros, cuando la conciliación no era posible, la sentencia reflejaba un mayor ajuste al conflicto existente.⁽¹⁹⁾

Finalmente, a través de la Ley N° 25488 se llega a la redacción actual del Artículo 360, cuyo texto figura en la Nota N° 15 de este trabajo, que incluye la posibilidad de que el juez invite a las partes a encontrar otro modo para resolver el conflicto. Existiendo abusos en el recurso a la vía judicial, con el consiguiente recargo para los juzgados, que así disponen de menos tiempo para otras causas que ameriten su intervención,⁽²⁰⁾ a través de la vía que aquí comentamos, el juez puede inducir a las partes a reflexionar sobre las conveniencias de recurrir a algún método alternativo de solución,⁽²¹⁾ como lo es el arbitraje y, en particular, el arbitraje no vinculante.

7. CONCLUSIONES

De una primera lectura de todo lo dicho hasta aquí, surge la existencia de un amplio abanico de posibilidades para el aprovechamiento de la figura analizada.

En primer lugar, podría ser una herramienta útil en el ámbito de conflictos entre empresas, que actualmente no son sometidos ni a los tribunales estatales ni tampoco a los de arbitraje vinculante, y a los cuales nos referimos en la introducción de este trabajo. Muchas de las ventajas que hemos indicado, serían, en nuestra opinión, evidentes: con rapidez y bajo costo. Se contaría con la recomendación de un tercero neutral, que brindaría a las partes una visión desapasionada de los hechos, como así también la que se estima como solución justa, con el aditamento de que los representantes de las empresas resultarían fortalecidos en su frente interno al contar con un res-

(19) COLERIO, Juan Pedro, *ob. cit.*, pp. 98-99.

(20) AGUILAR, Fernando *ob. cit.*

(21) COLERIO, Juan Pedro, *ob.cit.*, pp. 102-103.

paldo para su postura negociadora que neutralizaría las eventuales críticas de «debilidad» ante el oponente.

Vimos también que en el arbitraje *on line* existe un campo fértil para el desarrollo de la figura que propiciamos, pues ciertos escollos que aparecen en ese ámbito cuando el arbitraje es vinculante, no se registran si no reviste dicho carácter. Habrá que tener en cuenta la instrumentación de incentivos adecuados para que la parte perdedora cumpla con el laudo dictado.

En cuanto al modelo de «Court-annexed Arbitration», mas allá del éxito que pueda tener el juez, en el marco del Artículo 360 del CPCCN, al invitar a las partes a la utilización –entre otros ADR– del arbitraje no vinculante, creemos que sería beneficioso instrumentar (al principio, al menos, como plan piloto) el envío de causas a este sistema de solución de conflictos, tomando como pauta la experiencia que hemos relatado en Washington D.C., con las adaptaciones que desde ya habrá que diseñar en función de las circunstancias particulares de la realidad local. En este esquema, con árbitros abogados que dictarían los laudos, creemos que se contribuiría notablemente a la descongestión de los tribunales estatales, permitiendo así a los jueces concentrar sus esfuerzos en las causas que realmente lo ameriten.⁽²²⁾

Desde ya, en todos los casos de arbitraje no vinculante deberán adoptarse los recaudos indispensables para asegurar la estricta confidencialidad del procedimiento, teniendo en cuenta particular-

⁽²²⁾ Viene a cuento señalar que cuando en la *Multidoor Division* en Washington D.C. se evalúa la satisfacción de quienes utilizan sus servicios, se distingue entre: satisfacción con el procedimiento, con el resultado y con el tercero neutral. Con relación al arbitraje, según los datos correspondientes al mes de abril de 2003, el porcentual de satisfacción fue en los tres casos del 100%. Ver, MIGUEL, María Haydée, «Arbitraje y Centro Multipuertas en Washington D.C: Algunas reflexiones», en: *www.cpacf.org.ar*. Ver asimismo las Recomendaciones emanadas del Cuarto Encuentro Nacional de Árbitros (25 y 26 de noviembre de 2004) sobre Arbitraje Virtual, y del Quinto Encuentro Nacional de Arbitros (2 y 3 de noviembre de 2005) sobre Arbitraje no vinculante, organizados ambos por el Colegio Público mencionado en Notas anteriores, *www.cpacf.org.ar*.

mente la posibilidad de que se desarrolle posteriormente un arbitraje vinculante o bien un litigio ante los tribunales estatales.

En suma, y enlazando los conceptos expresados en el punto de partida de este trabajo, la orientación hacia un nuevo paradigma de justicia, que pone un particular acento sobre la persona que es parte del conflicto, destacando la interrelación y complementariedad entre la jurisdicción estatal y la jurisdicción arbitral,⁽²³⁾ con la consiguiente valoración de la «cultura del acuerdo» por sobre la «cultura del litigio»,⁽²⁴⁾ nos mueve a considerar a las distintas posibilidades que nos brinda el arbitraje no vinculante como valiosas ayudas en el logro del objetivo buscado.

⁽²³⁾ LAQUIDARA, José Luis / ROCCO, Mónica, «Formación del abogado en Arbitraje», Ponencia presentada en el Seminario Regional de la Unión Internacional de Abogados y II Encuentro del Foro de la Abogacía Organizada Sudamericana «El Rol del Abogado en los Derechos Fundamentales», 6, 7 y 8 de abril de 2006, La Plata, Provincia de Buenos Aires, República Argentina.

⁽²⁴⁾ Con relación al tema *Culture of Settlement*, y sobre una visión positiva acerca del futuro de los métodos alternativos de resolución de conflictos, como así también acerca de la importancia del apoyo del Estado para el desarrollo de una cultura del acuerdo en lugar de una cultura del litigio, *vid.*, PARTINGTON, Martín, «ADR. Prospects and Challenges», en: www.academy-experts.org/docs/fmadr221003.pdf.

Laudos Arbitrales Nacionales

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Árbitro Único

DR. JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA

CASO ARBITRAL N° 013-2005/SNCA – CONSUCODE

Demandante: POINT TRADING

Demandado: MINISTERIO DEL INTERIOR

RESOLUCION N° 12

Lima, 28 de diciembre de 2005

VISTOS

Antecedentes relacionados con el presente proceso arbitral, la designación del Árbitro Único y la Audiencia de Instalación

1. El 09 de noviembre de 2004 la empresa australiana POINT TRADING y el MINISTERIO DEL INTERIOR del Perú suscribieron un Acta mediante la cual acordaron someter la controversia suscitada, en torno al cumplimiento de las prestaciones emanadas del contrato de prestación de servicios suscrito previamente por ambas partes, a arbitraje en la jurisdicción del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje (SNCA), del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE). Se convino, además, que sea el propio SNCA el que designe al Árbitro Único que lleve a cabo el proceso y suscriba el laudo correspondiente.

2. Con fecha 20 de enero de 2005, la empresa australiana POINT TRADING, debidamente representada por su apoderado judicial, doctor José Julio Quelopana Rázuri, identificado con DNI N° 07271538, con poder otorgado por Escritura Pública ante el Cónsul General del Perú en Sydney, Australia, inscrito en la Partida Electrónica N° 11704683, Asiento N° A 0001, del Registro de Mandatos y Poderes de los Registros Públicos de Lima y Callao, interpuso demanda contra el MINISTERIO DEL INTERIOR solicitando que se cancele el monto pactado en el contrato de servicios suscrito con el MINISTERIO DEL INTERIOR ascendente a la suma de US\$ 102,510.00 (ciento dos mil quinientos diez y 00/100 dólares americanos) de conformidad con la factura N° 662 de fecha 30 de septiembre de 2003 emitida a tal efecto.

3. Mediante Oficio N° 516-2005-CONSUCODE/GCA de 16 de febrero de 2005 el Gerente de Conciliación y Arbitraje de CONSUCODE, doctor Franz Kundmüller Caminiti, comunicó la designación como Árbitro Único al doctor Jorge Santistevan de Noriega, árbitro inscrito en la Lista de Árbitros de dicha Gerencia y abogado en ejercicio con licencia del Ilustre Colegio de Abogados de Lima N° 4732. Dicha designación había sido efectuada por el Colegio de Arbitraje Administrativo, en la sesión realizada el 16 de febrero de 2005, al amparo de lo acordado entre las partes y lo dispuesto por el artículo 33° del Texto Único Ordenado del Reglamento del CONSUCODE, aprobado mediante Resolución N° 016-2004-CONSUCODE/PRE.

4. El 17 de febrero de 2005, el doctor Jorge Santistevan de Noriega se dirigió al Gerente de Conciliación y Arbitraje de CONSUCODE para comunicarle su aceptación para intervenir como Árbitro Único, poniendo sin embargo en conocimiento de las partes que el Estudio Jurídico que él preside patrocina a ex funcionarios del MINISTERIO DEL INTERIOR en los procesos penales que se les pretende abrir como resultado de la Licitación Pública N° 001-2002-IN/DIRECO.

5. Con fecha 26 de abril de 2005, Mediante Oficio N° 1104-2005-CONSUCODE/GCA, el mencionado Gerente de Conciliación y Arbitraje de CONSUCODE informó al Árbitro Único que no habiendo habido recusación alguna a su designación, según lo establece el artículo 37° del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje, lo citaba a la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral Unipersonal y de Determinación de Puntos Controvertidos que se llevaría a cabo en la sede de CONSUCODE el 11 de mayo de 2005.

6. El 11 de mayo de 2005, con la presencia de los representantes de las partes, el doctor José Julio Quelopana Rázuri por POINT TRADING; y del doctor Rolando Javier Torres Romero, identificado con DNI

Nº 09146901, en representación del MINISTERIO DEL INTERIOR; se llevó a cabo la Audiencia de Instalación y Determinación de Puntos Controvertidos en la que las partes: (i) ratificaron la designación del doctor Jorge Santistevan de Noriega como Árbitro Único; (ii) éste declaró, bajo juramento, no tener incompatibilidad ni compromiso alguno con las partes, obligándose a ejercer el cargo con imparcialidad e independencia; (iii) se establecieron las reglas de reserva del presente arbitraje, aplicables a las partes, al Arbitro Único y al Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje de CONSUCODE; (iv) el Árbitro Único declaró saneado el proceso ante la existencia de una relación jurídica procesal válida; (v) se fijaron los puntos controvertidos, como se describe más adelante; y (vi) se admitieron los medios probatorios presentados por las partes, guardándose el Árbitro Único el derecho de solicitar, mediante resolución motivada, cualquier medio probatorio que considere conveniente.

7. En la indicada Audiencia de Instalación también se estableció el monto de los honorarios del Árbitro Único, ascendente a S/. 4,391.50 (cuatro mil trescientos noventa y uno y 50/100 nuevos soles) y el monto de los gastos administrativos ascendente a S/. 2,696.50 (dos mil seiscientos noventa y seis y 50/100 nuevos soles). Cada una de las partes ha pagado el 50% de los honorarios arbitral y de los gastos administrativos.

Desarrollo del presente proceso arbitral

8. Mediante Resolución Nº 2 el Árbitro Único resolvió reprogramar para el día 17 de junio la Audiencia de Pruebas convocada para el día 08 de junio de 2005, atendiendo al pedido formulado por POINT TRADING, toda vez que el técnico encargado de asistir a la demandante en la diligencia no se encontraba en el Perú.

9. El 17 de junio de 2005, no se pudo llevar a cabo la Audiencia de Pruebas convocada por el Arbitro Único debido la ausencia de la parte demandante (POINT TRADING) la que presentó un escrito solicitando se suspenda el presente proceso arbitral. En el mismo acto fue notificada de este escrito la parte demandada, el MINISTERIO DEL INTERIOR, y se le otorgó un plazo de cinco días para que exprese lo conveniente a su derecho.

10. El 10 de junio de 2005 el Gerente Central de Administración del Despacho Presidencial, señor Hans Cheneffusse Duboc remitió el Oficio Nº 339-2005-SGPR/GCAdm en respuesta al Oficio Nº 1533-2005-CONSUCODE/DGA (Expediente Nº 013 -2005), informando: (i) la celebración del «Convenio Marco de Cooperación Interinstitucional» entre la Casa Presidencial y el MINISTERIO DEL INTERIOR; (ii) el pedido formulado mediante Oficio Nº 731-2003/JCM/GSP, de fecha 29 de abril de 2003 por la

Jefatura de la Casa Militar a la Gerencia Central de la Casa Militar para que celebre un Convenio Específico con el MINISTERIO DEL INTERIOR a fin de que este último brinde capacitación y entrenamiento especializado en el personal de seguridad del despacho Presidencial; (iii) la celebración del Convenio Específico solicitado, según el cual el MINISTERIO DEL INTERIOR brindaría directamente, o a través de terceros, dicha capacitación especializada y estableciendo que el Despacho Presidencial asumiría los costos que pudiera demandar dicha capacitación mediante el «encargo» a que se refería el artículo 55º de la Directiva de Tesorería para el Año Fiscal 2003 depositando el dinero en una «cuenta encargo» constituida precisamente a nombre del MINISTERIO DEL INTERIOR; (iv) lo dispuesto en el literal d) de la cláusula 4.2 del referido Convenio Específico sobre la apertura de cuenta y el depósito respectivo que se efectuaría previa presentación de una liquidación de gastos por parte del Ministerio a la cual debería adjuntarse la documentación sustentatoria de los mismos girada a nombre del Despacho Presidencial; y (v) la confirmación de que dicha capacitación concluyó en el mes de julio de 2003 y que, a pesar de ello, el MINISTERIO DEL INTERIOR no le ha comunicado los costos de dicha capacitación ni ha adjuntado la liquidación o documentación que sustente los gastos incurridos por lo que, a la fecha, la Gerencia Central de Administración del Despacho Presidencial no había efectuado desembolso alguno por la capacitación brindada.

11. Con fecha 11 de julio del 2005 se recibió en la secretaría arbitral a cargo de CONSUCODE el escrito del representante del MINISTERIO DEL INTERIOR absolviendo el traslado en torno a la solicitud de suspensión del arbitraje y solicitando la continuación del proceso.

12. Mediante Revolución Nº 4 el Árbitro Único puso en conocimiento de la demandante POINT TRADING el escrito del MINISTERIO DEL INTERIOR a que se hace referencia en el párrafo anterior.

13. Por medio de la Resolución Nº 5, de 14 de julio de 2005, el Árbitro Único declaró improcedente la solicitud presentada con fecha 15 de junio por la demandante POINT TRADING para que se suspenda el arbitraje y requirió a ambas partes a que cumplan con sus obligaciones para la continuación del proceso.

14. Con fecha 21 de septiembre de 2005, con la intervención de los representantes de las partes, se llevó a cabo la Audiencia de Pruebas en la que se visualizó el video presentado por la demandante, otorgándose a las partes el plazo de cinco días para presentar los comentarios que creyeran conveniente sobre el contenido de dicha prueba. Además, ante la

ausencia del testigo presentado por la demandante, se citó a las partes a una nueva audiencia a celebrarse el 14 de octubre del mismo año.

15. Con fecha 26 de septiembre de 2005 el apoderado judicial de POINT TRADING presentó los comentarios a la visualización del video cuya actuación tuvo lugar el 21 de septiembre; dicho escrito fue objeto del proveído de téngase presente a través de la Resolución N° 8, de 28 de septiembre de 2005, suscrita por el Árbitro Único.

16. Mediante Resolución N° 9, de fecha 13 de octubre de 2005, el Árbitro Único dispuso la suspensión de la Audiencia de Pruebas, originalmente convocada para el 14 de octubre, debido a la imposibilidad de asistir del testigo ofrecido por la demandante, General Rafael Hoyos Rubio, debidamente documentada por el interesado; asimismo se reprogramó la fecha de dicha audiencia para el 27 de octubre, bajo el apercibimiento de prescindir de dicho medio probatorio.

17. El 27 de octubre de 2005, se llevó a cabo de Audiencia de Pruebas, reprogramada mediante Resolución N° 9, en la que el General Rafael Hoyos de Vinatea rindió su testimonio de acuerdo al pliego interrogatorio previamente sometido por POINT TRADING y a las preguntas ampliatorias y repreguntas que formuló tanto la demandante como el MINISTERIO DEL INTERIOR en su calidad de demandada. En esa misma audiencia el Árbitro Único; (i) dio por concluida la etapa probatoria; (ii) concedió cinco días para la presentación de alegatos escritos; y (iii) citó a las partes para la Audiencia de Informes Orales para el 11 de noviembre del presente año.

18. Con fecha 04 de noviembre las partes presentaron sus respectivos alegatos escritos a la Secretaría Arbitral a cargo del SNCA, los que fueron de inmediato puestos en conocimiento del Árbitro Único.

19. El 11 de noviembre de 2005 se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales en las que cada parte hizo uso de la palabra para defender su derecho y responder a las preguntas formuladas por el Árbitro Único, según consta del acta suscrita ese mismo día.

El plazo para emitir el presente laudo

20. Mediante Resolución N° 10 de 17 de noviembre el Árbitro Único estableció en veinte días hábiles el plazo para laudar con vencimiento al 16 de diciembre de 2005. Dicho plazo fue extendido por el Árbitro Único, mediante Resolución N° 11, por veinte días más con vencimiento

al 17 de enero de 2006, en ejercicio de la facultad que le otorgaron al Árbitro las partes en el numeral 24º del Acta de Instalación suscrita por ambas cuyo contenido se describe en el párrafo 6 del presente laudo.

Demanda de POINT TRADING: fundamentos de hecho

21. En su demanda de fecha 14 de enero de 2005 (recibida en CONSUCODE el 20 del mismo mes y año) POINT TRADING refiere como situación de hecho que el 26 de junio de 2003 suscribió un contrato de servicios personalísimos con el MINISTERIO DEL INTERIOR para el dictado de un Curso de Seguridad y Protección al personal de seguridad del Despacho del Presidente de la República, al amparo del «Convenio Marco de Cooperación Interinstitucional – MINISTERIO DEL INTERIOR y Despacho Presidencial» celebrado bajo el régimen previsto por la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, con el propósito de aunar esfuerzos para potenciar el resguardo del señor Presidente de la República, su familia y la seguridad de las autoridades y dignatarios que visiten Palacio de Gobierno. Precisa además la demandante que dicho Convenio Marco –aprobado mediante Resolución Ministerial N° 0201-2003-IN/00102 de 24 de febrero de 2003- se sustenta en la Décima Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley N° 27573 que dota al Despacho Presidencial de autonomía económica, financiera, administrativa, institucional y funcional, todo lo cual fue reglamentado por el Decreto Supremo N° 007-2002-PCM que aprobó el Reglamento de Organización y Funciones del Despacho Presidencial.

22. Asimismo, relata la demandante que el 13 de mayo de 2003, el MINISTERIO DEL INTERIOR y el Despacho Presidencial suscribieron un «Convenio Específico de Colaboración» que tiene por objeto la capacitación especializada que debe brindar el Ministerio al personal encargado de la seguridad y resguardo del señor Presidente de la República. En este contexto, el Jefe de la Casa Militar del Despacho Presidencial, en ejercicio de las atribuciones previstas por los artículos 58º y 60º, literal b) del Decreto Supremo N° 007-2002-PCM, suscribió el Oficio N° 731-2003/JCM/GSP, de fecha 29 de abril de 2003, solicitando a la Gerencia Central de Administración que celebre un Convenio Específico con el MINISTERIO DEL INTERIOR para que éste último brinde capacitación y entrenamiento especializado a las personas de las Gerencias de Seguridad de Personas e Instalaciones del Despacho Presidencial.

23. En este contexto, mediante Informe N° 033-2003/SGPR/GCA, de fecha 29 de abril de 2003, la Jefatura de Planeamiento del Despacho Presidencial informó a la Gerencia Central de Administración sobre la existencia de recursos asignados para capacitación especializada del personal

de seguridad del Despacho Presidencial hasta por un monto total de US\$ 120,000.00 (Ciento veinte mil dólares norteamericanos). Además, mediante Resolución Ministerial N° 0853-2003-IN/0501, de 02 de junio de 2003 publicada en el Diario Oficial «El Peruano» el 06 del mismo mes y año, se exoneró del proceso de selección de contratación de servicios personalísimos la contratación de la empresa POINT TRADING.

24. En relación a la contratación bajo la modalidad de servicios personalísimos, afirma la demandante que POINT TRADING cumplía con los requisitos y condiciones para ser escogida como empresa especializada a nivel mundial pues contaba con experiencia internacional y profesores especializados, con conocimiento del idioma castellano, que dominaban la enseñanza en las técnicas de protección que debe brindarse a los altos dignatarios de los Estados. Es por ello que el 27 de junio de 2003, suscribió el contrato de servicios personalísimos con el MINISTERIO DEL INTERIOR y a partir de ese momento la empresa demandante trajo a Lima a los instructores (Salomón Eshed y Gabriel Shai), ambos de nacionalidad israelita, quienes -en cumplimiento de las obligaciones adquiridas por POINT TRADING en virtud del mencionado contrato- han dictado un total de 588 horas lectivas a 44 participantes de los cuales aprobaron el curso, debido a las exigencias impuestas por éste, solamente 26 de ellos.

25. El 04 de agosto de 2003, mediante Oficio N° 1672-2003/JCM/GSP, el Jefe de la Casa Militar de aquel momento, General Rafael Hoyos Rubio de Vinatea, se dirigió al Director Gerente de POINT TRADING, señor Avner Klein, domiciliado en Victoria, Australia, para comunicarle la plena satisfacción de los servicios brindados por los mencionados instructores. Ello fue asimismo corroborado por el Informe N° 008-2003/JCM/GSP, de fecha 25 de julio de 2003, emitido por el Jefe de Escoltas de Seguridad del Presidente de la República, Comandante PNP Francisco Giraldo Hernández.

26. No obstante lo anterior:

a. La Contraloría General de la República, mediante Oficio N° 1276-2003-CG-DC de 15 de julio de 2003, cuestionó la exoneración del proceso de selección para dar paso a un contrato personalísimo entre POINT TRADING y el MINISTERIO DEL INTERIOR, al considerar que el Informe Técnico N° 01-2003-DIROPSEGE-PNP, de fecha 29 de mayo de 2003 -que suscribe el General PNP Víctor

Gandolfo Monzón en su condición de Jefe de Seguridad del Estado-, afirmaba que su dependencia no había participado en la selección de la empresa ni de los instructores para el dictado del Curso y que tampoco lo había hecho en relación con los términos de referencia de dicha contratación que correspondían exclusivamente al despacho Presidencial. Debido a ello el máximo órgano de control solicitó que el señor Ministro del Interior adopte los correctivos que el caso ameritase para dar cumplimiento a la normatividad sobre la materia;

- b. La Gerencia Técnica Normativa de CONSUCODE emitió informe mediante Oficio N° E-418-2003GTN/MON, de fecha 27 de noviembre de 2003, en el que señala que el Informe Técnico N° 001-2003 DIROPSEGE-PNP no ha cumplido con justificar la exoneración del proceso de selección que el MINISTERIO DEL INTERIOR autorizó para la contratación de los servicios requeridos pues la evaluación la ha realizado una entidad distinta y ajena a la contratación exonerada. Esto último fue interpretado por la demandante como una orden de revisión del Informe Técnico emitido por parte del MINISTERIO DEL INTERIOR para que no proceda el pago de la factura emitida por POINT TRADING al MINISTERIO DEL INTERIOR al haber cumplido con el servicio contratado a satisfacción de las autoridades del Despacho Presidencial.

Demanda de POINT TRADING: fundamentos de derecho

27. La empresa demandante sustentó sus pretensiones fundamentalmente en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Texto Único Ordenado aprobado mediante Decreto Supremo N° 012-2001-PCM) y su Reglamento (aprobado mediante Decreto Supremo 013-2001-PCM); los artículos 1219° y siguientes del Código Civil; la Ley General de Arbitraje y la

sucesión de resoluciones que contienen los actos administrativos que han dado lugar a la suscripción de convenios de colaboración institucional (al amparo de la Ley N° 27444) y del contrato de servicios personalísimos de fecha 27 de junio de 2003 suscrito entre POINT TRADING y el MINISTERIO DEL INTERIOR que fue aprobado mediante Resolución Ministerial N° 0853-2003-IN/0501.

Contestación de la Demanda por parte del MINISTERIO DEL INTERIOR: fundamentos de hecho

28. Por su parte el MINISTERIO DEL INTERIOR contesta la demanda incoada por POINT TRADING rebatiendo los fundamentos de hecho en lo concerniente a la confusión en la que incurre la demandante al referirse al Convenio Específico que tendrían que haber suscrito el MINISTERIO DEL INTERIOR «para que brinde capacitación y entrenamiento especializado al personal de las Gerencias de Seguridad de Personas e Instalaciones del Despacho Presidencial» pues resulta evidente que dicha capacitación y entrenamiento corrieron a cargo del personal de la demandante. Asimismo, señaló que del propio dicho de POINT TRADING en la demanda fluye que la disponibilidad presupuestal de US\$ 120,000.00 (Ciento veinte mil y 00/100 dólares americanos) corresponde a una partida del Despacho Presidencial y no del MINISTERIO DEL INTERIOR.

29. Abundando en argumentos de hecho el demandado señaló que queda claro que los servicios fueron brindados en beneficio del personal del Despacho Presidencial y no del MINISTERIO DEL INTERIOR, lo que a su juicio explica que la conformidad del servicio brindado por la empresa demandante fuese suscrito por el Jefe de la Casa Militar de la Presidencia de la República y no precisamente por el MINISTERIO DEL INTERIOR.

30. Asimismo hizo hincapié el Ministerio demandado en la importancia del cuestionamiento formulado por el Contralor General de la República en su Oficio N° 1276-2003-CG/DC de fecha 15 de julio de 2003 a la Resolución Ministerial N° 853-2003-IN-0501 emitida el 02 de junio de 2003 aprobando la exoneración del proceso de selección de la empresa POINT TRADING, en razón de contravenir el artículo 19° del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, señalado que el Informe Técnico N° 01-2003-DIROPSEGE-PNP y el Informe Legal N° 096-2003-IN-0509, no cumplirían con los requisitos previstos en la Ley N° 26850, hecho que se cuenta debidamente corroborado –a juicio del MINISTERIO DEL INTERIOR– con lo informado por el General PNP Victor Gandolfo Monzón en el acápite g) del punto 3 del Informe Técnico N° 01-2003-DIROPSEGE-PNP de fecha 29 de mayo de 2003 ofrecido como prueba por la demandante.

31. En este orden de ideas, el Ministerio demandado señaló que POINT TRADING hizo una interpretación antojadiza y carente de veracidad del Oficio remitido por el Contralor General de la República al interpretar que la referencia que hace la autoridad de control «a los correctivos que adoptará el Despacho Ministerial para dar cumplimiento a la normativa sobre la materia» abre la posibilidad de que se le pague la factura por los servicios prestados. Contrariamente, a juicio del MINISTERIO DEL INTERIOR, ello constituye una interpretación maliciosa y tendenciosa de la emplazante que debe interpretarse en el sentido contrario al expresado en sus escritos.

Contestación de la Demanda por parte del MINISTERIO DEL INTERIOR: fundamentos de derecho

32. En relación con los fundamentos de derecho, la Entidad demandada cuestionó la generalidad de los términos en los que la demandante ha presentado los suyos y la confusión en la que ésta incurre al mencionar resoluciones, el contrato y un acta, que no constituyen amparo legal sino documentos sustentatorios de los hechos. Solicitó además al Árbitro Único que reparase en los términos genéricos de los fundamentos legales esgrimidos por POINT TRADING puesto que en el proceso arbitral –a juicio del Ministerio demandado- no existe norma alguna como la contenida en el artículo VII del Título Preliminar del Código Civil.

33. Por su parte, el MINISTERIO DEL INTERIOR fundamentó jurídicamente su contestación a la demanda en los artículos constitucionales y legales que consagran el derecho de propiedad (artículo 70º de la Constitución y artículos 923º a 928º del Código Civil), así como en los artículos 442º, 443º y 444º del Código Procesal Civil, el artículo 2º de la Ley General de Arbitraje y el artículo 113º del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo Nº 013-2001-PCM. Finalmente, hizo referencia a los dispositivos nacionales e internacionales relativos al derecho de petición y, en este marco, funda su contestación en el artículo 106º, inciso 2) de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley Nº 27444.

Actuación de medios probatorios

34. El Árbitro Único admitió los medios probatorios presentados por ambas partes, sin que hubiese ninguna tacha o cuestionamiento por parte de la contraria. Todos los medios probatorios fueron debidamente actuados, sin que hubiese sido necesaria la actuación de prueba adicional a juicio del Árbitro.

35. Corresponde mencionar en relación a los medios ofrecidos por la demandante, el mérito de las trece pruebas instrumentales que anexó a su demanda POINT TRADING conteniendo los convenios, informes, resoluciones, contrato y acta que dieron lugar a la relación contractual entre las partes y al impase generado por la falta de pago por los servicios prestados que reclama la demandante, así como la declaración testimonial del Ex Jefe de la Casa Militar de Palacio de Gobierno, General Rafael Hoyos de Vinatea.

36. A su vez, la Entidad demandada, ofreció el mérito del Oficio N° E.418-2003-GTN/MON de fecha 27 de noviembre de 2003 con lo que se proponía acreditar que no cumplió con el contrato bajo las cláusulas establecidas en él por que existió un cuestionamiento de Entidades competentes, así como el Oficio del Contralor General de la República N° 1276-2003-CG/DC que hace referencia al artículo 113º del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Los puntos controvertidos en el presente proceso

37. De conformidad con lo estipulado por las partes en la Audiencia de Instalación y Determinación de Puntos controvertidos a que se refiere el párrafo 6 del presente laudo, éstos quedaron establecidos de la siguiente forma:

a. Determinar si es válido o no el contrato de servicios personalísimos para la capacitación y entrenamiento especializado al personal de las Gerencias de Seguridad de Personas y de Instalaciones del Despacho de la Presidencia de la República suscrito el 27 de junio de 2003 por la Directora de Abastecimiento y Servicios Auxiliares del MINISTERIO DEL INTERIOR y el señor Avner Klein en su calidad de Director-Gerente de POINT TRADING;

b. Determinar, atendiendo al punto anterior, si procede el pago por parte de la Entidad demandada de la Factura N° 622 por la suma ascendente a US\$ 102,510.00 a favor de la empresa POINT TRADING;

b.1 Determinar, de ser el caso, si procede el reconocimiento de intereses

devengados desde la fecha de presentación de la factura N° 622 por parte de POINT TRADING;

b.2 Determinar si el MINISTERIO DEL INTERIOR se encuentra en la posibilidad o no de ejecutar la contraprestación de pago por las observaciones efectuadas por el ente de control y el ente supervisor; y, finalmente,

c. Determinar si procede la condena de costos y costas.

38. Tomando en cuenta los antecedentes descritos en el capítulo Vistos del presente laudo, y

CONSIDERANDO

La materia controvertida

39. El objeto de la controversia en el presente proceso arbitral se centra en determinar si procede o no el pago de la factura emitida por la demandada por los servicios prestados a la Casa Presidencial, especialmente a las Gerencias de Seguridad de las Personas y de Seguridad de las Instalaciones del Despacho de la Presidencia de la República, en materia de entrenamiento y capacitación especializados de conformidad con el contrato celebrado el 27 de junio de 2003 con el MINISTERIO DEL INTERIOR.

Los hechos probados

40. En rigor, ha quedado demostrado a lo largo del proceso:

i. Que dicho **contrato fue válidamente suscrito el 27 de junio de 2003** por los representantes de las partes contendientes en el presente proceso arbitral, sin que en ningún momento se haya cuestionado la validez de su contenido ni la capacidad de los agentes que lo suscribieron;

- ii. **Que los servicios de capacitación y entrenamiento al personal de seguridad de las mencionadas gerencias del Despacho Presidencial han sido efectivamente brindados**, en el año 2003, a satisfacción del destinatario de los servicios como lo prueba: (a) el video visto y analizado por el Árbitro Único, con presencia de las partes, en la audiencia de fecha 21 de septiembre de 2005, que por lo demás fue objeto de comentarios puntuales en ejercicio del derecho de cada parte a ser oída con relación a esta prueba; (b) la declaración testimonial del General Rafael Hoyos de Vinatea expresada ante el Árbitro Único en la audiencia especialmente celebrada a tal efecto con fecha 25 de octubre de 2005 que se condice con el Oficio N° 1612 de fecha 04 de agosto de 2003 suscrito por el mencionado General y dirigido al Director Gerente de POINT TRADING, señor Avner Klein; (c) el Oficio remitido al Árbitro Único, por intermedio de la Gerencia de Conciliación y Arbitraje de CONSUCODE, suscrito por el Gerente Central de Administración del Despacho Presidencial, Oficio N° 339-2005-SGPR/GCAdm, con fecha 10 de junio de 2005; (d) el informe N° 008-2003/JCM/GSP de fecha 25 de julio de 2003, elaborado por el Comandante PNP Francisco Giraldo Hernández, Jefe de Escoltas de Seguridad del Señor Presidente de la República.
- iii. **Que la Entidad demandada ha encontrado un impase administrativo para realizar el pago como**

consecuencia del Oficio remitido por el Contralor General de la República en el que cuestiona que, para efectos del presente contrato, se haya utilizado la figura de la exoneración por servicios personalísimos pues, a juicio de la autoridad de control, los informes técnicos que lo sustentan no se ajustan a los requerimientos legales; con lo que la demandante admite en su escrito de alegatos recibido por CONSUCODE el 04 de noviembre de 2005, que está en una «imposibilidad de la Entidad de proceder a pagar el servicio reclamado por la demandante, dadas las observaciones efectuadas y que por tanto, nos crean una situación de supuesta indisposición de cumplir con nuestros compromisos pactados».

El interés público prevaleciente en la contratación con el Estado

41. En materia de contratación con el Estado es indispensable asegurar la satisfacción del interés público prevaleciente que se encuentra comprometido en cada contrato. Para efectos del contrato de autos, hay suficiente documentación que comprueba que fue una decisión de los órganos competentes del Estado el contratar servicios especializados para capacitar y entrenar al personal de seguridad destacado en el Despacho Presidencial. Ello se constituyó en una necesidad para el Estado que fue traducida en un contrato válidamente celebrado y aprobado mediante Resolución Ministerial. **Lo indispensable, en consecuencia, en materia de contratación con las entidades del Estado es asegurar la satisfacción del interés público, que el contratista efectúe las prestaciones de servicio a que se comprometió en virtud del contrato celebrado con el MINISTERIO DEL INTERIOR pues solamente de esa manera es posible lograr que dicho interés público y la necesidad del servicio prevalezcan en el cumplimiento del contrato por encima de otras consideraciones de menor jerarquía.**

42. **Ha quedado demostrado en el presente caso que tal necesidad pública fue satisfactoriamente resuelta y que el interés público comprometido en el contrato ha prevalecido en el cumplimiento de las obligaciones del contratista.** Son razones ajenas al servicio y al cumplimiento

contractual las que han impedido –según declaración de parte- al MINISTERIO DEL INTERIOR cumplir con el pago efectuado y, como veremos más adelante, tales **razones de orden administrativo** -que atañen a **las labores de control** sobre la administración del Estado y de supervisión de la contratación que llevan a cabo los integrantes de dicha administración- **no justifican que la parte estatal deje de cumplir con la prestación de pago a que tiene derecho el contratista que sí cumplió con el contrato.**

La relación contractual válida es obligatoria para las partes

43. En nuestro país el contrato de servicios celebrado entre las partes se rige por lo expresado en él y ha de interpretarse en virtud de lo dispuesto en el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 012-2001-PCM (en adelante LCAE), su reglamento -aprobado mediante Decreto Supremo 013-2001-PCM- en especial su artículo 117º, el que se refiere a la supletoriedad de las normas del Código Civil, lo que concuerda con el artículo IX del Título Preliminar de este cuerpo de leyes.

44. En relación a esto último, es del caso señalar que el contrato celebrado entre las partes constituye un vínculo o ligazón que los ata en términos jurídicos al cumplimiento de las obligaciones recíprocas que se originan en él. Existiendo, entonces, una relación contractual válida entre el Ministerio contratante y la empresa demandante, que tiene por objeto la prestación de servicios lícitos para un tercero -el despacho Presidencial- que efectivamente ha quedado demostrado se han brindado a satisfacción de dicho tercero, queda comprobado que el contratante POINT TRADING **ha cumplido con la prestación** contratada y con las obligaciones que de ella se derivan y, **consecuentemente, tiene pleno derecho a recibir en contrapartida la contraprestación económica** pactada y facturada en su oportunidad.

Los problemas de orden administrativo en relación con la exoneración del proceso de selección de la empresa contratante con el Estado

45. Tratándose de la contratación con el Estado, la ley señala cuáles son los procedimientos de selección a los que deben someterse las Entidades contratantes y los particulares que ofrecen bienes y servicios a las Entidades públicas, como garantía para el buen manejo de los recursos del Estado que dependen del sustento presupuestario predeterminado. Pero **la propia ley prevé el mecanismo de exoneración del proceso de selección** que, si cumplen con el principio de legalidad, **habilitan a la contratación directa bajo la modalidad de servicios personalísimos.** Así surgió el presente contrato y bajo

estos términos se inició la prestación de los servicios de capacitación y entrenamiento, teniendo como beneficiarios del servicio al personal de las escoltas del Despacho Presidencial. Posteriormente a ello, esto es, al efectivo inicio de la prestación del servicio contratado, **la controversia ha surgido fundamentalmente en relación con el pago** por parte del MINISTERIO DEL INTERIOR, entidad que ha suscrito el contrato de servicios con la empresa demandante. Sin embargo durante su participación en el proceso ésta ha admitido -especialmente en sus alegatos escritos contenidos en su escrito recibido en CONSUCODE el 04 de noviembre del presente- que *«dadas las observaciones efectuadas (...) nos crean una situación de supuesta indisposición de cumplir con nuestros compromisos pactados»*.

46. A este efecto, la Entidad demandada ha puesto de manifiesto las **consecuencias** que sobre su accionar administrativo tienen **dos pronunciamientos directamente relacionados con el presente caso arbitral**; (i) el Oficio del Contralor General de la República mediante Oficio N° 1276-2003-CG/DC de 15 de julio de 2003, **observando la exoneración del proceso de selección** para la contratación de los servicios materia del contrato suscrito con POINT TRADING, bajo la causal de servicios personalísimos, en razón a que **no se contaba con el informe del área técnica y de asesoría jurídica que contemple los criterios aplicables** al presente caso; y (ii) las observaciones efectuadas por CONSUCODE mediante Oficio N° E. 418-2003-GTN/MON de 27 de noviembre de 2003, a la exoneración del proceso de selección para la contratación de los servicios a que se refiere el contrato suscrito entre las partes, bajo la causal de servicios personalísimos, pues a juicio de dicho Consejo **los informes técnicos presentados fueron evacuados por dependencia distinta y ajena a la Entidad contratante** (el MINISTERIO DEL INTERIOR).

47. Sin embargo, las consecuencias administrativas -e inclusive de orden civil y penal- que pudieren surgir -como resultado de las acciones de control- **del incumplimiento de las normas administrativas no tiene por qué afectar la validez y eficacia del vínculo contractual celebrado por un proveedor de servicios al Estado** -como es el caso de POINT TRADING con el MINISTERIO DEL INTERIOR-, **ni tiene por qué enervar el cumplimiento de la obligación de pago** que se ha generado como consecuencia de los servicios prestados. En definitiva, las opiniones y dictámenes de los órganos de control y supervisión -como son respectivamente la Contraloría General de la República y CONSUCODE- afectan la vida administrativa de las Entidades y la conducta o inconducta de sus funcionarios.

48. Estos pueden llegar a tener impacto en la propia conducta del contratista como proveedor de bienes y servicios del Estado, en el

ámbito administrativo y penal, pero no determinan la validez de los contratos celebrados ni tienen por qué impedir su plena ejecución. Ello es especialmente relevante cuando ha quedado demostrado y nadie discute -como en el presente caso- que el servicio fue efectivamente cumplido a satisfacción y sólo queda por finiquitar el pago correspondiente conforme al contrato.

La función de control y de supervisión en relación con la exoneración del proceso de selección en el caso de servicios personalísimos

49. En relación a la función de control que ejerce la Contraloría General de la República sobre la exoneración del proceso de selección, cabe resaltar que el penúltimo párrafo del artículo 20º del TUO de la LCAE aplicable al presente caso, exigía a las entidades de la administración solamente «remitir a la Contraloría copia de las resoluciones o acuerdos y el informe que sustenta la exoneración». La ley, en consecuencia, somete esta exoneración excepcional a un control *ex post* que le permitirá al órgano de control ejercer su función contralora con posterioridad.

50. Lo anterior **no significa que la ley le imponga ni autorización previa por parte de la Contraloría ni que su opinión constituya un requisito de validez del contrato** personalísimo, tal como sucede en otros supuestos. Así por ejemplo, tratándose de los presupuestos adicionales de obra, el artículo 159º del Reglamento de la LCAE establece un control *ex ante* y a título de autorización. En este aspecto, las normas marcan una diferencia significativa con otros campos de la contratación con el Estado en los que la intervención de la Contraloría es condicionante y/o vinculante.

51. En la misma vena, resulta singularmente explicativo que sea la propia Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República –Ley N° 27785- establece en el literal j) del artículo 22º que dicha institución tiene la facultad de «*emitir opinión previa vinculante sobre adquisiciones y contrataciones de bienes, servicios u obras, que conforme a ley tengan el carácter de secreto militar o de orden interno exonerados de Licitación Pública, Concurso Público o Adjudicación Directa*». **Contrario sensu, sólo son vinculantes para la contratación de servicios las opiniones a que se refiere el mencionado inciso j)** –que por lo demás son previas- y **ninguna otra** como, por ejemplo, la emitida a través del oficio N° 1276-2003-CG/DC, de fecha 15 de julio de 2003, por el señor Contralor con relación a la contratación de POINT TRADING.

52. Como se puede apreciar, tratándose de la exoneración por servicios personalísimos, la opinión de la Contraloría no tiene carácter

vinculante ni de autorización previa, por lo que **el incumplimiento** por parte del MINISTERIO DEL INTERIOR **no puede**, desde el punto de vista contractual, **sustentarse válidamente en lo opinado por el citado órgano de control.**

53. En lo que respecta al oficio de CONSUCODE tenemos que si bien el numeral 5) del artículo 56º del Reglamento de Organización y Funciones de dicha Entidad, aprobado mediante Decreto Supremo N° 021-2001-PCM, establece que es atribución de la Gerencia Técnico Normativa «*emitir opinión sobre casos de exoneración de procesos de selección*», a tenor de lo dispuesto por el artículo 171.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo General N° 27444, los informes o dictámenes de las entidades administrativas tendrán carácter vinculante únicamente cuando la ley lo señala expresamente. En tal virtud, como en el presente caso la LCAE no le asigna el carácter vinculante a las opiniones sobre las exoneraciones a los procesos de selección, se entiende que el oficio de CONSUCODE a que alude el MINISTERIO DEL INTERIOR tampoco puede justificar su incumplimiento en el pago de la contraprestación por los servicios brindados por POINT TRADING.

El no amparo del enriquecimiento sin causa, la buena fe contractual y la interdicción del abuso del derecho son aplicables a la contratación con el Estado y específicamente al presente caso

54. Admitir lo contrario -es decir que el control y supervisión administrativos enervan el cumplimiento de las obligaciones contractuales de la Entidad demandada-, abriría la posibilidad de que la contratista demande al Estado el pago de una **indemnización por enriquecimiento sin causa**, al amparo del artículo 1954º del Código Civil. En efecto, la demandada no niega que el servicio se ha prestado y hay suficiente evidencia de que lo hizo en beneficio de la seguridad del Jefe de Estado y de la Casa Presidencial por lo que no pagar la factura emitida sería consagrar un enriquecimiento sin causa por parte de dicha dependencia de la Presidencia de la República. Y, como ello no es admisible en Derecho, si el MINISTERIO DEL INTERIOR no le paga a POINT TRADING se le estaría obligando a la demandante a recurrir a los tribunales para obtener, en lugar del pago a que se contrae el presente laudo, la indemnización a que se refiere el citado artículo del Código Civil.

55. En la misma dirección, es del caso señalar **el principio de la buena fe y común intención de las partes**, consagrado en materia contractual por el artículo 1362º del Código Civil, el que resulta aplicable a toda modalidad de contratación debido a la supletoriedad que el artículo IX del Título Preliminar de dicho Código establece con respecto a otras normas legales. A ello se añade el reconocimiento de dicho principio en materia

administrativa a través de la Ley del Procedimiento Administrativo General (artículo IV numeral 1.8) y de las propias normas de contratación en virtud de la norma introductoria al artículo 3º del TUO de la LCAE que señala la vigencia de los principios del Derecho Administrativo y del Derecho Común a la contratación con el Estado.

56. Preguntémosnos entonces si, al amparo de las reglas de la buena fe, ¿Cabe admitir que no se cancele la prestación de pago debida ante la ejecución eficiente, según reconocimiento de las autoridades responsables y directamente involucradas en la prestación de los servicios, por razones de orden administrativo en las que el contratante no tiene nada que ver? ¿Cabe que se aduzcan las razones de control y supervisión antes señaladas cuando en realidad éstas vienen a colación después de que los servicios habían sido brindados y el contrato se encontraba cumplido en su integridad? ¿Una vez recibidos los servicios a satisfacción es posible romper la coherencia en la conducta del Estado contratante para contradecir lo previamente admitido (servicios reconocidos a satisfacción de la parte de un contrato válidamente suscrito) sin desconocer la regla *Nemo potens contra factum proprium venire* (nadie puede ir contra su propio acto).

57. Lo anterior tiene aplicación en la presente controversia porque la doctrina de los actos propios, respondiendo a la regla latina antes descrita, está profundamente enraizada dentro del principio de la buena fe contractual aunque así no haya sido reconocido por la legislación hasta este momento. Sin embargo, la jurisprudencia lo viene admitiendo y resulta perfectamente aplicable a esta controversia ya que el acto propio no sólo lo realiza el titular de la obligación (en este caso el MINISTERIO DEL INTERIOR que suscribe el contrato), lo aprueba por Resolución Ministerial y lleva a cabo la publicación de ley en el Diario Oficial «El Peruano» sino también quien actúa en función de autoridad tratándose del Estado. Así, habiéndose desarrollado una relación contractual de servicios pactada con el MINISTERIO DEL INTERIOR, pero expresamente destinada a un destinatario diferente (el Despacho Presidencial y más concretamente el personal destinado a la seguridad de las personas e instalaciones dentro de esta dependencia del Estado), no puede dar lugar a que mientras los beneficiarios reciben con satisfacción el servicio, el Ministerio firmante del contrato, posteriormente, se niegue a pagar la contraprestación económica que corresponde a dicho servicio, sin afectar la doctrina de los actos propios y concretamente dejar de lado el principio de la buena fe contractual.

58. Finalmente, en este orden de ideas, admitir la tesis de la demandada en el sentido de que se encuentra ante la imposibilidad de cumplir con una obligación contractual que reconoce y no cuestiona, por razones de

observaciones de orden de control y supervisión, como las que están descritas en el presente laudo, supondría admitir alguna modalidad de abuso del derecho, institución que no solamente está proscrita por la Constitución en su artículo 103º (segundo párrafo) sino por la normativa infraconstitucional, gracias a lo dispuesto por el artículo II del Título Preliminar del Código Civil.

59. El árbitro que suscribe, por cierto, no pretende -con el raciocinio expuesto en el presente laudo- desmerecer la labor de control que lleva a cabo la Contraloría General de la República, ni la de supervisión sobre la contratación con el Estado que desarrolla CONSUCODE, entidad por cierto que actúa como sede de la administración del presente arbitraje. Muy por el contrario, destaca la importancia de ambas, a los efectos de cumplir con los altos intereses del Estado en materia de contratación siempre y cuando no sean a costa del contratista que ha cumplido cabalmente con sus obligaciones (como se ha puesto de manifiesto en el presente proceso). ¿Supone ello que las opiniones vertidas por el Señor Contralor y los funcionarios de CONSUCODE se constituyen en letra muerta? De ninguna manera, seguirán su camino administrativo, e inclusive civil y penal si fuera necesario, para medir la conducta de los funcionarios del Estado que participaron en esta contratación y de ser necesario sancionarla; pero no a costa de negar la retribución del contratista por el servicio prestado que debe operar a plenitud en el ámbito de la contratación con el Estado. Aquellos temas, los que atañen a la conducta o inconducta de los funcionarios, no son materia del presente arbitraje- ni podrían de ninguna manera serlo por la propia naturaleza de orden público del ejercicio de los deberes de función de los servidores del Estado-, pero no pueden causar el incumplimiento de la obligación de pagar a quien contrató válidamente y brindó efectivamente el servicio prestado.

El primer punto controvertido relativo a la validez del contrato suscrito

60. En consecuencia, sobre lo precedentemente considerado, el Árbitro Único considera que la pretensión principal de la demandante, expresada en el primer punto controvertido establecido por las partes en la Audiencia respectiva -sobre la determinación de si es válido o no el contrato de servicios suscrito por las partes el 27 de junio de 2003-, debe responderse positivamente pues, por lo demás, dicha validez ha sido reconocida expresamente por ambas partes a lo largo del proceso como se ha indicado anteriormente.

El segundo punto controvertido relativo a la procedencia del pago por los servicios prestados

61. Asimismo, el segundo punto controvertido según determinación de las partes -relativo a la procedencia o no del pago por parte

de la Entidad demandada de la Factura N° 662 emitida por POINT TRADING- debe ser respondido afirmativamente pues ello supone el cumplimiento por parte del MINISTERIO DEL INTERIOR de la contraprestación monetaria pactada por un servicio que ha sido cumplido a satisfacción del beneficiario.

La pretensión subordinada relativa al reconocimiento del pago de intereses

62. Respecto al pago de intereses reclamados por la demandante como pretensión subordinada, es menester recordar que el artículo 49° del TUO de la LCAE prevé que, en caso de incumplimiento del pago por parte de la Entidad -salvo que el atraso se refiera al caso fortuito o fuerza mayor- ésta reconocerá el pago de intereses conforme a lo establecido por el Código Civil.

63. No encuentra, desde luego, el Árbitro que suscribe ningún elemento que lleve a considerar que el atraso en el pago del MINISTERIO DEL INTERIOR se ha debido a caso fortuito o fuerza mayor. Corresponde, en consecuencia, seguir el mandato de la citada norma de remisión y referirse a los artículos 1324° y 1333° del mencionado cuerpo de leyes. En efecto, la primera norma establece que las obligaciones de dar suma de dinero -como la reclamada por la demandante en el presente proceso- devengan el interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú, desde el día que el deudor incurra en mora.

64. ¿Cuándo incurrió en mora el MINISTERIO DEL INTERIOR conforme al presente contrato? Habida cuenta de que en su oportunidad POINT TRADING emitió la factura N° 622 a nombre del MINISTERIO DEL INTERIOR, corresponde admitir que ello constituyó el emplazamiento extrajudicial para el cumplimiento de la obligación de éste conforme al contrato y en los términos previstos por el artículo 1333° del Código Civil puesto que le comunicó a su deudor su voluntad de ser pagado sin dilación. En consecuencia, la obligación de pagar intereses por parte del MINISTERIO DEL INTERIOR a favor de POINT TRADING debe correr desde el día de la presentación de la factura y debe referirse a la suma de US\$ 102,510.00 (ciento dos mil quinientos diez y 00/100 dólares americanos) hasta el momento en que se haga efectivo el pago por parte de dicho Ministerio.

La pretensión subordinada relacionada con la posibilidad del MINISTERIO DEL INTERIOR de ejecutar el pago debido a las observaciones efectuadas por el ente de control y el ente supervisor

65. Al respecto el Árbitro que suscribe concluye que en virtud de lo dispuesto por el presente laudo -que constituye el punto final del

proceso en el que las partes han sometido de manera exclusiva y excluyente, como lo dispone el artículo 4º de la Ley General de Arbitraje, sus controversias a la jurisdicción arbitral- el MINISTERIO DEL INTERIOR se encuentra en la posibilidad jurídica y en el deber que la ley le impone de cumplir con lo resuelto y ejecutar la contraprestación de pago a que se obligó, en virtud del contrato celebrado y como consecuencia de la satisfacción con la que la contratista demandante ha cumplido con los servicios convenidos. El cumplimiento de este laudo, como ha quedado expresado, no debe enervar a los entes de control y supervisión de nivel nacional, ni a los que ejerza su función de control al interior del Ministerio demandado, el cumplimiento de sus funciones en relación a los aspectos administrativos, civiles y/o penales que puedan derivarse de sus observaciones, sin perjuicio de la satisfacción de lo debido al contratista en virtud de la presente resolución.

66. Por las razones expuestas en el presente laudo no puede justificarse el incumplimiento del pago de la contraprestación en las acciones de control y supervisión que al efecto llevan a cabo la Contraloría y CONSUCODE, pues tratándose de una exoneración por servicios personalísimos, tal como se ha analizado, ninguna de ellas tienen carácter vinculante.

El tercer punto controvertido relacionado con la condena de costos, costas y gastos

67. En lo que respecta a las costas y costos del proceso arbitral, el Árbitro Único considera que, atendiendo a las observaciones de carácter de control y supervisión que se han formulado sobre el contrato materia del presente arbitraje, ambas partes han tenido motivos atendibles para litigar por lo que cada cual deberá asumir por partes iguales los costos, costas y gastos del proceso en los que haya incurrido.

EL ÁRBITRO ÚNICO LAUDA

PRIMERO

FUNDADA la demanda de POINT TRADING contra el MINISTERIO DEL INTERIOR en relación a su primera pretensión principal y, en virtud de ello, **DECLARAR** la validez del «Contrato de Servicios Personalísimos para la Capacitación y Entrenamiento Especializado al Personal de Seguridad», de fecha 27 de junio de 2003.

SEGUNDO

FUNDADA la demanda de POINT TRADING contra el MINISTERIO DEL INTERIOR en relación a su segunda pretensión principal y, en virtud de ello, **ORDENAR** que el MINISTERIO DEL INTERIOR pague la suma contenida en la Factura N° 622, ascendente a US\$ 102.510.00 (ciento dos mil quinientos diez dólares americanos) por los servicios prestados en virtud de contrato suscrito entre las partes el 27 de junio de 2003.

TERCERO

FUNDADA la demanda de POINT TRADING contra el MINISTERIO DEL INTERIOR en relación a su pretensión subordinada de reclamar intereses y, en virtud de ello, **ORDENAR** que el MINISTERIO DEL INTERIOR pague los intereses devengados desde la fecha de presentación de la factura N° 622 por parte de POINT TRADING hasta el día en que se haga efectivo el peso de la suma ordenada en la cláusula resolutive primera del presente laudo, según la tasa de interés establecida por el Banco Central de Reserva del Perú.

CUARTO

FUNDADA la demanda de POINT TRADING contra el MINISTERIO DEL INTERIOR en relación a su pretensión subordinada relacionada con la posibilidad del MINISTERIO DEL INTERIOR de ejecutar el pago debido a las observaciones efectuadas por el ente de control y el ente supervisor y, en virtud de ello, **ORDENA** que el MINISTERIO DEL INTERIOR cumpla con lo resuelto en el presente laudo.

QUINTO

ORDENAR que cada parte asuma por igual los costos, costas y gastos que hasta al presente hayan cubierto en forma individual.

Notifíquese a las partes.

JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA
ÁRBITRO ÚNICO

Expediente N° 070-2004/SNCA-CONSUCODE

Demandante: IBA International Business Association S.R.L.
Demandado: Electro Oriente S.A.
Tercero: Motoren Und Energietechnik Btetrobsgesellschaft Mbh.
Materia: Cumplimiento de pago, cesión de derechos e intervención de tercero
Árbitro Único: Dra. María del Carmen Tovar Gil (Presidente)
Dra. Karina Montestruque Rosas
Dr. César Livia Valle

Resolución N° 19
Lima, 14 de Marzo de 2005.

LAUDO ARBITRAL

Laudo Arbitral de Derecho emitido por el Tribunal Arbitral, conformado por los abogados María del Carmen Tovar Gil, Karina Montestruque Rosas y César Livia Valle, en el proceso seguido entre la empresa IBA – International Business Association S.R.L. y la Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente S.A. Asimismo el presente proceso cuenta con la intervención de la empresa Motoren Und Energietechnik Btetrobsgesellschaft Mbh.

VISTOS:

A. ANTECEDENTES:

1. Que, de conformidad con lo dispuesto por la Cláusula Décima del Contrato N° GG -132-2003 para la «Adquisición de materiales y repuestos mecánicos grupos Caterpillar centrales térmicos Electro Oriente S.A. – Iquitos», celebrado el 31 de octubre de 2003 – en adelante El Contrato, la empresa

IBA – International Business Association S.R.L. en adelante IBA y la Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente S.A., en adelante Electro Oriente, pactaron que cualquier controversia que surja desde la celebración del contrato será resuelta mediante arbitraje, conforme a las disposiciones del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento.

2. Que, del mismo modo, de conformidad con lo previsto por el artículo 53º del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2001-PCM, las controversias que surjan sobre la ejecución o interpretación del contrato se resolverán obligatoriamente mediante los procedimientos de conciliación o arbitraje.
3. Que, mediante Carta N° CAR0404-27 de fecha 28 de abril de 2004, remitida vía Notarial, IBA, solicitó a Electro Oriente S.A. el inicio del procedimiento arbitral para resolver las controversias descritas en dicho documento, de conformidad con lo dispuesto por la cláusula Décima del contrato antes referido, así como por los artículos 189º y 191º del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Asimismo, se designó como árbitro a la Dra. Karina Montestruque Rosas.
4. Que, mediante Carta N° GG-685-2004 de fecha 06 de mayo de 2004, remitida vía notarial, Electro Oriente procedió a contestar la solicitud de inicio de arbitraje, manifestando su posición respecto de los puntos controvertidos señalados por la empresa en la carta antes citada; asimismo, procedió a designar como árbitro al doctor César Livia Valle.
5. Que, mediante Carta Simple de fecha 03 de junio de 2004, el árbitro César Livia Valle, manifiesta que no ha sido posible llegar a un acuerdo en la designación del Presidente del Tribunal Arbitral, por lo que se deja a cualquiera de las partes la facultad de solicitar tal designación ante el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – CONSUCODE.
6. Que, habiendo las partes recurrido al Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones - CONSUCODE, a efectos de resolver la controversia a través del proceso arbitral, mediante Resolución N° 228-2004-CONSUCODE/PRE se designó como Presidente del Tribunal Arbitral a la doctora María del Carmen Tovar Gil; habiendo aceptado ambas la designación de la referida Presidente del Tribunal Arbitral. Mediante Acta de Instalación del Tribunal Arbitral de fecha 01 de julio de 2004, se dictaron las reglas de procedimiento a las que debía sujetarse el proceso; y se designó a la Gerencia de Conciliación

y Arbitraje del Consejo Superior de Contrataciones del Estado-CONSUCODE- como Secretaría Arbitral.

7. Que, mediante escrito de fecha 30 de marzo de 2004, la Municipalidad presentó su demanda, sustentando su petitorio en los fundamentos que expone y en los medios probatorios ofrecidos, solicitando:
 - Como Pretensión Principal:
Que la Electro Oriente cumpla con abonar la suma de US\$130,833.97 (Ciento Treinta Mil Ochocientos Treinta y Tres con 97/100 Dólares Americanos) de conformidad con la Liquidación presentada con fecha 10 de diciembre de 2003 y de acuerdo a los términos contenidos en la Cesión de Derechos, comunicada mediante carta notarial de fecha 12 de marzo de 2004.
 - Como Pretensión Accesoría:
Que Electro Oriente cumpla con abonar los intereses por la suma que adeuda, desde la fecha de presentación de los comprobantes de pago hasta la fecha efectiva de pago.
8. Que, mediante Escrito N° 02 de fecha 25 de agosto de 2004, Electro Oriente, contesta la demanda arbitral, solicitando se declare infundada la misma, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos y ofreciendo como medios probatorios los mismos que fueron ofrecidos por la Demandante en la Demanda.
9. Que, mediante escrito de fecha 25 de agosto de 2004, Electro Oriente deduce excepción de falta de legitimidad para obrar por parte de la demandante IBA.
10. Que, mediante Resolución N° 04 de fecha 26 de agosto de 2004 el Tribunal Arbitral procedió a correr traslado a IBA de la excepción deducida por Electro Oriente, para que en un plazo de diez (10) cumpla con expresar lo que mejor convenga a su derecho.
11. Que, mediante Escrito N° 02 de fecha 23 de setiembre de 2004, la empresa IBA – International Business Association SRL absuelve el traslado.
12. Que, mediante Resolución N° 09 de fecha 06 de octubre de 2004 se citó a las partes a la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos para el 13 de octubre de 2004.

13. Que, con fecha 13 de octubre de 2004 se realizó la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos; el Tribunal Arbitral instó a las partes a fin de que lleguen a un Acuerdo Conciliatorio, el mismo que no se llegó a dar.

Luego de lo cual, el Tribunal Arbitral de conformidad con lo establecido en el artículo 39º de la Ley General de Arbitraje y la Regla 18 del Acta de Instalación, ha decidido continuar con las actuaciones arbitrales y resolver la referida excepción al momento de laudar.

Asimismo, se procedió a resolver respecto de la intervención de la empresa Motoren Und Energietechnik Betroebsgesellschaft Mbh., manifestando el Tribunal Arbitral que considera admisible la intervención de la referida empresa en el presente proceso arbitral, como tercero, con la finalidad de poder otorgar la oportunidad a dicha empresa a que exprese lo que convenga a su derecho.

Seguidamente, el Tribunal Arbitral fijó como puntos controvertidos DE LA DEMANDA Y CONTESTACION los siguientes:

- I. Determinar si procede ordenar a Electro Oriente cumpla con abonar la suma de US\$130,833.97, de conformidad con la Liquidación presentada con fecha 10 de diciembre de 2003.
- II. Determinar si procede ordenar realizar dicho pago de conformidad con lo establecido en la cesión de derechos, comunicada mediante Carta Notarial, de fecha 12 de marzo de 2004.
- III. Determinar si procede ordenar, como consecuencia de los puntos controvertidos anteriores, a Electro Oriente cumpla con abonar los intereses computados desde la fecha de presentación de los comprobantes de pago hasta la fecha efectiva de pago.

Asimismo, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por las partes en sus escritos de demanda y contestación a la misma respectivamente.

Finalmente el Tribunal Arbitral fijó fecha para la Audiencia de Actuación de Pruebas, para el 03 de noviembre de 2004, Audiencia en la cual se actuaría la prueba ofrecida en el numeral 1.A del Escrito de Demanda.

14. Que, con fecha 03 de noviembre de 2004 se llevó a cabo la Primera Audiencia de Actuación de Pruebas, la misma que fue suspendida debido a la solicitud

de reprogramación presentada por Electro Oriente mediante su escrito de fecha 03 de noviembre de 2005. Por lo que el Tribunal Arbitral reprogramó la Audiencia de Actuación de Pruebas para el día 12 de noviembre de 2004. Asimismo, se ordenó a la Secretaría Arbitral proceder a citar a las personas que deberían brindar su declaración.

15. Que, mediante Resolución N° 13 de fecha 10 de noviembre de 2004, el Tribunal Arbitral, debido a motivos de fuerza mayor, procedió a reprogramar la Audiencia de Actuación de Pruebas, y fijó como fecha el día 30 de noviembre de 2004.
16. Que, mediante escrito presentado con fecha 30 de noviembre de 2004, Electro Oriente S.A. manifiesta que las personas citadas para la presente diligencia no podrán acudir debido a los motivos expresados en dicho escrito.
17. Que, con fecha 30 de noviembre de 2004, el Tribunal Arbitral procedió a emitir la Resolución N° 14, por medio de la cual se procedió a reprogramar la Audiencia de Actuación de Pruebas por última vez, fijando como fecha el día 13 de diciembre de 2004.
18. Que, con fecha 13 de diciembre de 2004 se realizó la Audiencia de Actuación de Pruebas, a la cual no asistieron las personas previamente citadas para que brinden su declaraciones respectivas, ante lo cual el Tribunal Arbitral decidió, de conformidad con lo permitido por el artículo 37 de la Ley General de Arbitraje, prescindir de la actuación de las declaraciones testimoniales ofrecidas por ambas partes, y en consecuencia tener por actuados todos los medios probatorios y declarar concluida la etapa probatoria.

Asimismo, de conformidad con el numeral 24 del Acta de Instalación el Tribunal Arbitral otorgó a las partes un plazo de cinco (05) días hábiles para que cumplan con presentar sus respectivos alegatos escritos.
19. Que, las partes cumplieron con presentar sus alegatos y solicitar asimismo se señale fecha para sustentar oralmente el mismo.
20. Que, mediante Resolución N° 15 de fecha 07 de enero de 2005, de conformidad con lo establecido en el numeral 24 del Acta de Instalación, así como por lo solicitado por IBA, se señaló como fecha para la Audiencia de Informes Orales el día 19 de enero de 2005.

21. Que, con fecha 19 de enero de 2005 se llevaron a cabo los informes orales, interviniendo ambas partes.
22. Que, en dicho acto se fijó el plazo para laudar en veinte (20) días hábiles, contado a partir del día siguiente de celebrada la Audiencia de Informes Orales.
23. Que de acuerdo a lo permitido por el numeral 24 del Acta de Instalación se amplió el plazo para laudar.
24. Que ha llegado el momento de dictar el Laudo por lo que dentro del plazo establecido se dicta el presente Laudo.

EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMIDAD PARA OBRAR

Es preciso pronunciarse sobre la defensa PREVIA planteada por la demandada Electro Oriente quien al contestar la demanda planteó excepción de falta de legitimidad para obrar.

El Tribunal de conformidad con lo previsto en el artículo 39º de la Ley General de Arbitraje y la Regla 18 del Acta de Instalación, decidió resolver la excepción planteada por Electro Oriente al momento de Laudar.

Los argumentos que esgrime la demandada para oponerse al arbitraje, consisten en que considera que al haber cedido IBA sus derechos de crédito a un tercero, ha desaparecido su derecho a presentar la acción, por carecer de legitimidad y de interés para obrar, condiciones ambas indispensables para presentar una acción.

Para poder pronunciarse sobre este punto, es preciso definir primero, si IBA ha cedido sus derechos a un tercero y en caso afirmativo, analizar si los alcances de dicha cesión enervan la capacidad de dicha empresa de iniciar el presente arbitraje.

Con relación al primer punto, se advierte de las afirmaciones de la propia demandante y de la prueba aportada, que efectivamente IBA suscribió dos convenios de cesión de crédito, ambos de fecha 10 de marzo de 2004. Uno con la empresa Motorem Und Energietechnik y el segundo con la empresa International Business Association Inc.

En ambos convenios la demandante cede su derecho de crédito contra Electro Oriente señalando montos específicos.

Analizadas ambas cesiones, resulta que en la segunda cesión mencionada, es decir, en la cesión efectuada en favor de International Business Association Inc, se señala (cláusula tercera, cuarto párrafo) que el crédito cedido ya ha sido cancelado. De otro lado, en el documento de cesión a Motorem Und Energietechnik, el Cedente (IBA) declara que su crédito es cierto, expedito, vigente, que no le afectan embargos ni prohibiciones de cesión y que se encuentra en la plenitud de posesión del crédito que cede. Se añade además, de conformidad al artículo 1212º del Código Civil que el Cedente está obligado a garantizar la exigencia y exigibilidad del crédito, vale decir que el Cedente se encuentra legitimado a iniciar por si mismo, las acciones necesarias para que el Cesionario perciba de manera efectiva el integro del crédito cedido.

Que respecto de la cesión de créditos ocurrida es preciso anotar que se trata de un negocio jurídico celebrado por el acreedor cedente con otra persona, cesionaria, con la finalidad de producir la transmisión de la titularidad del crédito entre uno y otro. Así, los sujetos del negocio son sólo el cedente y el cesionario. El deudor cedido no es parte del negocio, ni tiene porqué manifestar su consentimiento.

En efecto, el contrato de cesión de créditos es válido y produce todos sus efectos desde el momento en que existe un acuerdo entre el cedente y el cesionario con relación al crédito, el cual debe cumplir a su vez con los requisitos de existencia, transmisibilidad y validez.

No se requiere, por tanto, el consentimiento del deudor cedido para que opere la cesión, bastando la notificación o la puesta en conocimiento a éste de la cesión ocurrida. En este sentido, la ausencia de consentimiento del deudor no invalida el contrato de cesión, en tanto no constituye un elemento constitutivo para la transmisión del crédito.

Así las cosas, la cesión celebrada por la IBA con las otras empresas señaladas anteriormente es perfectamente válida, habiéndose cumplido con la comunicación de la misma a Electro Oriente mediante carta de fecha 11 de marzo de 2004.

Ahora bien, resulta importante señalar también que nuestro ordenamiento distingue la figura de la cesión de derechos de la figura de la cesión de la posición contractual. Es así que, la primera figura, supone que una parte sale de un contrato cuyas prestaciones no están totalmente ejecutadas, dejando a un tercero en su lugar. Al ser una figura que afecta las prestaciones del contrato, para que opere la cesión de la posición contractual, es preciso que se de, además de la voluntad de la parte que cede, la aceptación de la parte cedida. La segunda

figura, es decir, la cesión de derechos, no supone a una parte salir de un contrato, sino ceder determinados derechos de los que es titular a favor de un tercero. Es así que, la cesión de derechos es una transferencia voluntaria, mediante la cual el acreedor cede un crédito al adquirente. El efecto normal es que el adquirente toma el lugar de acreedor sin que exista un cambio en el derecho de crédito mismo.

En nuestro caso, no existe duda de que la figura que se presenta no es la de una cesión de posición del contrato, sino la de una cesión de crédito. No solo porque así resulta del texto del documento de cesión y de la comunicación cursada a Electro Oriente, sino porque la cesión se da en marzo de 2004, cuando las prestaciones del contrato a cargo del demandante estaban ya ejecutadas, e incluso la liquidación del contrato presentada.

Cabe preguntarse ahora si por efecto de la cesión, IBA pierde la posibilidad de presentar el arbitraje contra Electro Oriente.

En nuestra opinión, la respuesta es negativa. Lo que IBA ha cedido es su crédito y no su posición en el contrato. Ha cedido su derecho a cobrar a Electro Oriente el saldo de la contraprestación pactada en el contrato. IBA sigue siendo parte del contrato. Ahora bien, es cierto que al haber cedido el crédito y notificado la cesión no puede exigir que se le pague directamente a ella conforme lo señala el artículo 1215º del código Civil. Sin embargo, siendo que no ha cedido el contrato, sí puede, en virtud del mismo, exigir su cumplimiento. Así, lo que puede hacer es exigir que se le pague el crédito al cesionario.

De otro lado, es claro que en el contrato de cesión, al momento de ceder el crédito, IBA señaló que mantenía la legitimidad para iniciar por sí misma, las acciones para que el Cesionario perciba de manera efectiva el íntegro del crédito cedido. De acuerdo al artículo 1354º del Código Civil, las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma imperativa. En consecuencia, es perfectamente válido obligarse a ceder el crédito, reservándose la Cedente el derecho a iniciar las gestiones u acciones legales necesarias para lograr el pago del crédito.

En este contexto, como quiera que IBA mantiene frente al Cesionario la obligación de garantizar la exigibilidad del crédito cedido, no puede considerarse que haya perdido el interés, ni la legitimidad en la acción.

Por lo expuesto, consideramos que la excepción de falta de legitimidad para obrar no procede y debe ser desestimada.

PUNTOS CONTROVERTIDOS

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si procede ordenar a ElectroOriente cumpla con abonar la suma de US\$ 130,833,97 de conformidad con la liquidación presentada con fecha 10 de diciembre de 2003.

Corresponde definir si procede ordenar a ElectroOriente que cumpla con pagar la suma de US\$ 130,833,97, de conformidad con la liquidación presentada por IBA, con fecha 10 de diciembre de 2003.

La empresa ElectroOriente convocó a licitación pública internacional LPI 0001-2003-EOL con el objeto de seleccionar al Postor que proponga la oferta técnica económica más favorable a los intereses de ElectroOriente para la adquisición de Materiales y Repuestos Mecánicos Grupos Catterpillar Centrales Térmicas-Iquitos- Electroorient. (Punto 1.2. de las Bases que obran como Anexo 2 de la Demanda).

Las Bases de la Licitación establecen como único requisito para ser postor, el ser una empresa debidamente constituida, que no esté inhabilitada para contratar con el Estado (Punto 1.7. de las Bases que obran como Anexo 2 de la Demanda). Se entiende además, aunque no se formula como requisito, sino como elemento para la evaluación del postor, que los postores debían acreditar experiencia en la venta de repuestos. Ello porque se pide como parte del sobre con la propuesta técnica, que las empresas indiquen las principales transacciones efectuadas con empresas nacionales e internacionales sobre ventas de repuestos similares en los últimos dos años. (Punto 3.6. i y Anexo II A1 Método de Evaluación y Calificación de Propuestas de las Bases que obran como Anexo 2 de la Demanda).

IBA resultó adjudicataria de la buena pro y las partes suscribieron un contrato con fecha 31 de octubre de 2003. En la Cláusula de Antecedentes del Contrato, se indica que la Empresa IBA recibió la buena pro, al haber presentado una propuesta técnica económica en condición, según los términos DDP (Delivery Duty Paid) puesto en almacenes de ElectroOriente. De acuerdo al texto del contrato, IBA se obligaba a la entrega de los bienes conforme a las especificaciones técnicas ofertadas a ElectroOriente en los almacenes fijados en el Anexo 4 del Contrato, siendo los gastos de embalaje, transporte y seguros contra todo riesgo asumidos por el contratista (Cláusula Segunda del Contrato)

Se establece además, en la Cláusula Tercera del Contrato, que ElectroOriente cancelará la factura en las condiciones de contado comercial, dentro de un máximo de 30 días, contados a partir de la recepción conforme de los bienes. Se indica que para el pago deberán presentarse los siguientes documentos:

- Factura comercial en original y copias,
- Solicitud de pago adjuntando los documentos que justifiquen el pago y acrediten la entrega del bien,
- Informe de conformidad de la recepción del bien por la Gerencia Empresarial de Loreto, quienes verificarán que los bienes entregados cumplan con la calidad, cantidad y condiciones técnicas contratadas.

A efectos de definir este punto, es importante advertir que no existe controversia respecto de que Electro Oriente recibió los bienes, ni de la calidad ni la oportunidad de la entrega. Tampoco existe controversia respecto de cual es monto del saldo del precio pendiente de pago. El motivo que origina el conflicto materia de arbitraje, de acuerdo a la correspondencia que obra en autos y a lo que las partes han expresado a este Tribunal durante las audiencias, consiste en que Electro Oriente se niega a pagar el saldo del monto pactado en el contrato, indicando que para que dicho pago proceda, es necesario que IBA emita una factura.

De las pruebas aportadas, resulta que mediante carta 312-13 fechada 9 de diciembre de 2003 (Anexo 9 de la demanda), IBA remite a ElectroOriente la liquidación del contrato indicando el saldo pendiente de US\$ 130,833,97.

Mediante Carta GA-L-019-2004 de 13 de enero de 2004, Electro Oriente devuelve a IBA las siguientes facturas que le fueron presentadas:

Factura N° 33311956 por US\$29,969.19 de IBA U.S.A.

Factura N° IBA 0308-24 por US\$ 126 727.98 de MAK Alemani.

Factura N° 2920 por US\$1 509.46 de César Pérez Bartra S.A.

Factura N° 2021 por US\$928.73 de César Pérez Bartra S.A.

Electro Oriente fundamenta la devolución de las facturas, en que los gastos en que incurrió IBA para hacer llegar los bienes a los almacenes de Electro Oriente, deben estar incluidos en una factura que IBA emita por dichos bienes, de acuerdo a su Oferta Económica. En tal sentido, indica que toda factura que se les haga llegar, que no sea emitida por IBA, será devuelta, no procediendo ningún interés por su cancelación. (Anexo 12 de la Demanda)

Mediante Carta 0401-15, fechada 20 de enero de 2004, IBA contesta indicando que los documentos que presenta son correctos, pues en la ejecución del Contrato, ElectroOriente actuó como el importador y que todos los documentos presentados suman los costos totales generados hasta la entrega en el Almacén de ElectroOriente y son concordantes con el monto total adjudicado. IBA sugiere en todo caso hacer una Addenda al contrato y vuelve a presentar los documentos (Anexo 13 de la Demanda).

Mediante Carta Notarial fechada 28 de enero de 2004, Electro Oriente devuelve nuevamente la documentación, e insiste en su posición inicial (Anexo 14 de la Demanda)

Teniendo en cuenta lo expuesto, es preciso, pues, para efectos de determinar si procede ordenar el pago materia de demanda arbitral, definir si existe fundamento legal o contractual para que Electro Oriente condicione el pago del saldo de la contraprestación del contrato a la presentación de una factura emitida por IBA. En otras palabras, el centro de la discusión consiste en definir, si efectivamente constituye una condición para que proceda el pago que IBA emita una factura, o si es suficiente la documentación ya remitida por IBA y devuelta por Electro Oriente.

A efectos de pronunciarnos sobre este punto resulta conveniente analizar cuales son las obligaciones que IBA asume de acuerdo al contrato.

Como hemos indicado en los párrafos anteriores, lo que se señala en la licitación, es que el objetivo de la misma era seleccionar al Postor que proponga la oferta técnica económica más favorable a los intereses de ElectroOriente, para la adquisición de Materiales y Repuestos Mecánicos Grupos Catterpillar Centrales Térmicas- Iquitos- Electrooriente. Lo único que se exigió, además de la descripción de los bienes que se quería adquirir, es que el Postor fuera una empresa constituida, que no tenga impedimento para contratar con el Estado y tenga experiencia en la venta de este tipo de repuestos.

Debe advertirse también que, ni en las Bases de la Licitación, ni en el Contrato, se indica que el Postor tenga que ser el fabricante o el propietario de los repuestos que debe proporcionar. Así, sólo se señala que el Postor debe obligarse a **entregar** los bienes que Electro Oriente quiere adquirir, conforme a las especificaciones técnicas ofertadas a Electro Oriente en los almacenes fijados en el Anexo 4 del Contrato, siendo los gastos de embalaje, transporte y seguros contra todo riesgo asumidos por el contratista (Cláusula Segunda del Contrato).

En efecto la obligación asumida por el contratista coincide con lo que son los términos DDP, INCOTERMS 2000, que significan que el vendedor realiza la entrega de mercancía al comprador, despachada para importación y no descargada, de los medios de transporte a su llegada al lugar de destino convenido. Esto significa que el vendedor debe soportar todos los costes y los riesgos de llevar la mercancía al lugar, incluyendo, cuando sea pertinente, cualquier derecho (término que incluye la responsabilidad y los riesgos de realizar los trámites aduaneros y el pago de los trámites, derechos de aduanas y otras cargas) exigible a la importación en el país de destino.

En este contexto, era perfectamente factible que se presentaran como postores empresas que sin ser fabricantes de los bienes, tuvieran relación comercial con fabricantes o mayoristas que provean repuestos y estuvieran en capacidad de comprometerse a la entrega de los bienes materia de licitación en las condiciones y plazos que ésta señalaba.

De los actuados resulta, que en todos los documentos correspondientes a la Licitación, intervino como importador directo Electro Oriente, estando todos los documentos firmados por su gerente general.

De los actuados resulta también, que si bien ElectroOriente figuró en los documentos como el importador de los bienes, no soportó los costos de los trámites, ni de las operaciones aduaneras, ni los riesgos del transporte, los que fueron asumidos por IBA tal como dispone el contrato.

Así, debe indicarse que, si bien no estaba expresamente previsto en las bases, o en el contrato, que Electro Oriente actuaría como el importador, el figurar como tal (en tanto es quien adquiere los bienes), no es contrario al contrato ni a las prácticas comerciales; en la medida en que IBA asumiera todas las obligaciones derivadas de la entrega DDP.

Es más, cabe indicar que, si bien no se dice expresamente en las Bases y en el Contrato que Electro Oriente figuraría como importador, en la Propuesta Detallada de IBA (anexo 9 y 10 de las Bases), figura una nota en la que se señala que el precio incluye todos los tributos que pudieran recaer sobre los bienes. No obstante, se señala también que Electro Oriente está exonerado del IGV de acuerdo a la Ley N° 27037, Ley de Promoción e Inversión a la Amazonía, prorrogada por la Ley N° 27897 hasta el 31 de diciembre de 2007 (Anexo 3 de la Demanda).

Siendo que la propuesta es parte integrante del contrato (Cláusula Décimo Tercera), se entiende que no era incompatible con sus términos que Electro Oriente realizará las acciones necesarias para que en los hechos se diera esta

exoneración, por lo que resulta consistente, a juicio de este Tribunal, la actuación del gerente general y los representantes de ElectroOriente, de suscribir los documentos para la importación, para hacer viable la exoneración, en la medida que no se viera forzado a asumir las obligaciones que le correspondían a IBA. Es decir, pese a lo expresado por los representantes de Electro Oriente en las Audiencias, lo actuado por el Gerente General de Electro Oriente, al aceptar firmar la documentación para la importación, no era incompatible, con lo contratado, sino consistente con los documentos contractuales.

En este contexto y estando a lo señalado por la Cláusula Tercera del Contrato, resulta que los documentos presentados por IBA, sí contenían la factura comercial emitida por la empresa que efectuaba la transferencia de bienes en favor de Electro Oriente y los documentos que justificaban los otros costos para la entrega de los bienes. En consecuencia, el requerimiento de pago efectuado por IBA es procedente, no justificándose la exigencia de facturas o comprobantes de pago distintos a las ya entregados.

Por tanto, conforme a lo señalado, procede ordenar a Electro Oriente S.A, que cumpla con abonar el saldo de la contraprestación pactada sin exigir la presentación de documentos o facturas adicionales a las ya presentadas.

Finalmente, de los actuados resulta que el monto pactado en el contrato como pago de los bienes materia de adquisición fue de S/ 569,618,39. El adelanto que Electro Oriente había efectuado era de S/ 113 923,69. En consecuencia, el saldo pendiente de pago sería de S/. 455 694,70. Es el caso sin embargo, que el monto que IBA ha demandado es de US\$ 130,833,97, suma que por efecto del tipo de cambio vigente a la fecha, es inferior al monto del saldo pendiente de pago en soles.

Siendo que el Tribunal no puede ordenar el pago de una suma superior a la demandada, sin perjuicio del derecho de IBA a solicitar a Electro Oriente que reconozca y pague la diferencia, este Tribunal sólo puede ordenar el pago de US\$ 130,833,97 conforme se ha demandado.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si procede ordenar a ElectroOriente S.A. realizar dicho pago de conformidad con lo establecido en la cesión de derechos comunicada mediante carta notarial de fecha 12 de marzo de 2004

En segundo lugar y siendo que de acuerdo a lo concluido en el primer punto controvertido, procede que ElectroOriente pague el saldo de la liquidación, corresponde determinar si procede ordenar hacerlo de acuerdo con lo

establecido por la cesión de derechos comunicada a Electro Oriente mediante carta notarial entregada el 12 de marzo de 2004.

Como se señaló al analizar la excepción de falta de legitimidad para obrar, de la prueba aportada resulta que la Demandante ha efectuado cesión de crédito de fecha 10 de marzo de 2004 a favor de la empresa Motorem Und Energietechnik. De la Cláusula Segunda de este documento resulta claro que el monto demandado de US\$ 130,833,97, ha sido materia del convenio de cesión suscrito con Motorem. Este documento fue puesto en conocimiento de Electro Oriente, mediante carta notarial entregada el 12 de marzo de 2004.

Considerando que la cesión efectuada cumple con el requisito de haberse formalizado por escrito, conforme lo establece el artículo 1207º del Código Civil y ha surtido efectos respecto de Electro Oriente, desde que ha sido comunicada a dicha empresa en forma fehaciente como lo dispone el artículo 1215º del Código Civil, procede que el monto demandado que Electro Oriente debía pagar IBA en virtud del contrato celebrado con esta empresa, sea pagado a la empresa cesionaria Motorem Und Energietechnik.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si procede ordenar a Electro Oriente, como consecuencia de los puntos controvertidos anteriores, que cumpla con abonar los intereses computados desde la fecha de presentación de pago hasta la fecha efectiva

Del análisis del primer punto controvertido se concluye que Electro Oriente, de conformidad con el contrato celebrado entre las partes, debe cancelar el monto del saldo impago por la adquisición de los bienes provenientes del contrato.

Ahora bien, corresponde analizar, si Electro Oriente debe pagar intereses por ese saldo y en caso afirmativo, definir a partir de que fecha corresponde pagarlos. Asimismo, considerando lo resuelto en el Segundo Punto Controvertido, es necesario, definir a quien debe efectuarse el pago de los mencionados intereses.

De conformidad a la Cláusula Tercera del Contrato el pago de la factura debe realizarse en condiciones de contado comercial, dentro de los 30 días contados a partir de la recepción conforme de los bienes materia del presente contrato, o alternativamente, a través de pagos a cuenta por entregas de ítems completos a solicitud del contratista.

Señala también el numeral 5.6 de la Cláusula Quinta del Contrato que el contratista tendrá derecho al pago de intereses conforme a lo establecido por el Código Civil en caso de retraso en el pago, contado desde la oportunidad que debió efectuarse, salvo causas de fuerza mayor o caso fortuito que impidan que Electro Oriente cumpla su obligación.

Por su parte, los artículos 1244° y 1245° del Código Civil disponen, respectivamente, que la tasa de interés legal es fijada por el Banco Central de Reserva, y que cuando deba pagarse interés, sin haberse fijado la tasa, el deudor debe abonar el interés legal.

El artículo 1324° del Código Civil establece que, las obligaciones de dar sumas de dinero devengan el interés legal que fije el Banco Central de Reserva, desde el día que el deudor incurra en mora, sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daño alguno.

De otro lado, de acuerdo al artículo 1333° del Código Civil, incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de la obligación. Aclara sin embargo este artículo, que la intimación en mora no es necesaria, cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir con la obligación.

Que en el caso materia de análisis, de los documentos que obran en el expediente, resulta que por lo menos desde el 10 de diciembre de 2003, fecha en que IBA presenta a Electro Oriente la liquidación del contrato, los bienes habían sido íntegramente recibidos sin que existiera objeción de Electro Oriente respecto de la conformidad con la entrega.

Por lo tanto, resulta indiscutible que el monto pendiente de pago era exigible a partir de haberse cumplido los 30 días posteriores a esa fecha. Es decir, es indiscutible que el pago era exigible a partir del 10 de enero de 2004.

En consecuencia, procede el pago de intereses, a partir del momento en que, con posterioridad a la fecha anotada, Electro Oriente haya quedado constituido en mora. Ahora bien, analizando la documentación presentada en autos, resulta que mediante carta de fecha 13 de enero de 2004, Electro Oriente devuelve a IBA los documentos presentados a pago y manifiesta su negativa a pagar, en tanto no le presenten otra factura. Que por lo expresado al analizar el Primer Punto Controvertido, esta exigencia de Electro Oriente no procedía.

En consecuencia, la referida carta tiene el efecto de constituir una negativa a pagar y por lo tanto, a partir de la fecha de la misma debe considerarse a Electro

Oriente constituido en mora. Por consiguiente, Electro Oriente debe pagar intereses legales sobre la suma demandada desde el 13 de enero de 2004, hasta la fecha en que efectivamente cumpla con su obligación de pago.

Asimismo, de acuerdo a lo señalado en el segundo punto controvertido IBA cedió su derecho de cobrar la suma demandada a la empresa Motoren Und Energietechnik. Por lo que, al haber cedido el crédito, los intereses que corresponden al mismo, corresponden también a MOTOREM y por lo tanto deben ser pagados a la referida empresa.

De acuerdo al análisis de los puntos controvertidos que antecede y por los fundamentos expuestos FALLAMOS DECLARANDO:

- 1. INFUNDADA LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMIDAD PARA OBRAR**
- 2. FUNDADA LA DEMANDA INTERPUESTA POR IBA INTERNATIONAL BUSINESS S.R.L Y EN CONSECUENCIA:**
 - 2.1. DECLARAMOS QUE ELECTRO ORIENTE DEBE PAGAR LA SUMA DE US\$ 130,833,97, SIN QUE PROCEDA EXIGIR PARA TAL EFECTO DOCUMENTOS ADICIONALES A LOS DOCUMENTOS YA PRESENTADOS OPORTUNAMENTE POR LA DEMANDANTE.
 - 2.2. ORDENAMOS QUE EL PAGO A QUE SE REFIERE EL PUNTO ANTERIOR, SEA EFECTUADO POR ELECTRO ORIENTE DIRECTAMENTE A LA EMPRESA MOTOREM UND ENERGIETECHNIK, EN SU CALIDAD DE ACTUAL TITULAR DEL DERECHO DE CREDITO, EN VIRTUD DE LA CESION COMUNIDADADA A ELECTRO ORIENTE EL 12 DE MARZO DE 2004.
 - 2.3. DECLARAMOS QUE ELECTRO ORIENTE DEBE PAGAR LOS INTERESES LEGALES DEVENGADOS SOBRE LA SUMA A QUE SE REFIERE EL PUNTO 2.1, QUE SERÁN LIQUIDADOS EN EJECUCIÓN DE LAUDO, DESDE EL 13 DE ENERO DE 2004, HASTA LA FECHA EN QUE EFECTIVAMENTE PAGUE EL MONTO PRINCIPAL ADEUDADO.
 - 2.4. ORDENAMOS QUE EL PAGO A QUE SE REFIERE EL PUNTO 2.3 ANTERIOR, SEA EFECTUADO DIRECTAMENTE A LA EMPRESA MOTOREM UND ENERGIETECHNIK, EN SU CALIDAD DE ACTUAL TITULAR DEL DERECHO DE CREDITO, EN VIRTUD DE LA CESION COMUNIDADADA A ELECTRO ORIENTE EL 12 DE MARZO DE 2004.

2.5. LAS COSTAS DE ARBITRAJE SERÁN ASUMIDAS POR ELECTRO ORIENTE S.A.

María del Carmen Tovar Gil
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL

Karina Montestruque Rosas
ÁRBITRO

Franz Kundmüller Caminiti
Gerente de Conciliación y Arbitraje
CONSUCODE

VOTO SINGULAR

Voto Singular emitido por el Dr. César Augusto Livia Valle en el proceso arbitral seguido entre la empresa IBA – International Business Association S.R.L. y la Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente S.A. Asimismo, el presente proceso cuenta con la intervención de la empresa Motoren Und Energietechnik Betroebgesellschaft Mbh.

VISTOS:

B. ANTECEDENTES:

1. Que, de conformidad con lo dispuesto por la Cláusula Décima del Contrato N° GG-132-2003 para la «Adquisición de materiales y repuestos mecánicos grupos Caterpillar centrales térmicos Electro Oriente S.A. – Iquitos», celebrado el 31 de octubre de 2003 – en adelante El Contrato, la empresa IBA – International Business Association S.R.L. en adelante IBA y la Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente S.A., en adelante Electro Oriente, pactaron que cualquier controversia que surja desde la celebración del contrato será resuelta mediante arbitraje, conforme a las disposiciones del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento.
2. Que, del mismo modo, de conformidad con lo previsto por el artículo 53° del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2001-PCM, las controversias que surjan sobre la ejecución o interpretación del contrato se resolverán obligatoriamente mediante los procedimientos de conciliación o arbitraje.

3. Que, en concordancia con lo señalado en el numeral anterior y de conformidad con lo establecido en el artículo 186º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2001-PCM, el arbitraje será de derecho.
4. Que, mediante Carta N° CAR0404-27 de fecha 28 de abril de 2004, remitida vía Notarial, IBA solicitó a Electro Oriente el inicio del procedimiento arbitral para resolver las controversias descritas en dicho documento, de conformidad con lo dispuesto por la cláusula Décima del contrato antes referido, así como por los artículos 189º y 191º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Asimismo, se designó como árbitro a la Dra. Karina Montestruque Rosas.
5. Que, mediante Carta N° GG-685-2004, de fecha 06 de mayo de 2004, remitida vía notarial, Electro Oriente procedió a contestar la solicitud de inicio de arbitraje, manifestando su posición respecto de los puntos controvertidos señalados por la empresa en la carta antes citada; asimismo, procedió a designar como árbitro al doctor César Livia Valle.
6. Que, mediante Carta Simple de fecha 03 de junio de 2004, el árbitro César Livia Valle, manifiesta que no ha sido posible llegar a un acuerdo en la designación del Presidente del Tribunal Arbitral, por lo que se deja a cualquiera de las partes la facultad de solicitar tal designación ante el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – CONSUCODE.
7. Que, habiendo las partes recurrido al Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones - CONSUCODE, a efectos de resolver la controversia a través del proceso arbitral, mediante Resolución N° 228-2004-CONSUCODE/PRE se designó como Presidente del Tribunal Arbitral a la doctora María del Carmen Tovar Gil; habiendo aceptado ambas la designación de la referida Presidente del Tribunal Arbitral. Mediante Acta de Instalación del Tribunal Arbitral de fecha 01 de julio de 2004, se dictaron las reglas de procedimiento a las que debía sujetarse el proceso; y se designó a la Gerencia de Conciliación y Arbitraje del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado CONSUCODE como Secretaría Arbitral.
8. Que, mediante escrito de fecha 27 de julio de 2004, IBA presentó su escrito de demanda, sustentando su petitorio en los fundamentos que expone y en los medios probatorios ofrecidos, solicitando:
 - Como Pretensión Principal:
Que la Electro Oriente cumpla con abonar la suma de US\$ 130 833,97 (Ciento Treinta Mil Ochocientos Treinta y Tres con 97/100 Dólares de los

Estados Unidos de América) de conformidad con la Liquidación presentada con fecha 10 de diciembre de 2003 y de acuerdo a los términos contenidos en la Cesión de Derechos, comunicada mediante carta notarial de fecha 12 de marzo de 2004.

· Como Pretensión Accesorias:

Que Electro Oriente cumpla con abonar los intereses por la suma que adeuda, desde la fecha de presentación de los comprobantes de pago hasta la fecha efectiva de pago.

9. Que, mediante Escrito N° 02, recibido con fecha 25 de agosto de 2004, Electro Oriente contesta la demanda arbitral, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, solicitando que la misma sea declarada improcedente y/o infundada y ofreciendo como medios probatorios los mismos que fueron ofrecidos por la Demandante en la Demanda.
10. Que, mediante escrito de fecha 25 de agosto de 2004, Electro Oriente deduce excepción de falta de legitimidad para obrar por parte de la demandante IBA.
11. Que, mediante Resolución N° 04 de fecha 26 de agosto de 2004 el Tribunal Arbitral procedió a correr traslado a IBA de la excepción deducida por Electro Oriente, para que en un plazo de diez (10) cumpla con expresar lo que convenga a su derecho.
12. Que, mediante Escrito N° 02 de fecha 14 de setiembre de 2004, IBA presentó recurso de reposición contra la Resolución N° 3 en el extremo que señala que se tiene presente el segundo otrosí de la contestación de la demanda, consistente en la reserva hecha por la demandada de poder ampliar y/o modificar su contestación y reconvenición dado que no se había presentado reconvenición alguna.
13. Que, mediante Resolución N° 5, el Tribunal Arbitral resolvió declarar infundado el recurso de reposición interpuesto por IBA.
14. Que, mediante Resolución N° 09 de fecha 06 de octubre de 2004 se citó a las partes a la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos para el 13 de octubre de 2004.
15. Que, con fecha 13 de octubre de 2004 se realizó la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos; el Tribunal Arbitral instó a las partes a fin de que lleguen a un Acuerdo Conciliatorio, el mismo que no se llegó a dar.

Luego de lo cual, el Tribunal Arbitral de conformidad con lo establecido en el artículo 39º de la Ley General de Arbitraje y la Regla 18 del Acta de Instalación, ha decidido continuar con las actuaciones arbitrales y resolver la excepción de falta de legitimidad para obrar deducida por la demandada al momento de laudar.

Asimismo, se procedió a resolver respecto de la intervención de la empresa Motoren Und Energietechnik Betroebsgesellschaft Mbh., considerando el Tribunal Arbitral admisible la intervención de la referida empresa en el presente proceso arbitral, como tercero, con la finalidad de poder otorgar la oportunidad a dicha empresa a que exprese lo que convenga a su derecho.

Seguidamente, el Tribunal Arbitral fijó como puntos controvertidos DE LA DEMANDA Y CONTESTACION los siguientes:

- IV. Determinar si procede ordenar a Electro Oriente cumpla con abonar la suma de US\$ 130 833,97; de conformidad con la liquidación presentada con fecha 10 de diciembre de 2003.
- V. Determinar si procede ordenar realizar dicho pago de conformidad con lo establecido en la cesión de derechos, comunicada mediante Carta Notarial, de fecha 12 de marzo de 2004.
- VI. Determinar si procede ordenar, como consecuencia de los puntos controvertidos anteriores, a Electro Oriente cumpla con abonar los intereses computados desde la fecha de presentación de pago hasta la fecha efectiva de pago.

Asimismo, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por las partes en sus escritos de demanda y contestación a la misma respectivamente.

Finalmente el Tribunal Arbitral fijó fecha para la Audiencia de Actuación de Pruebas, para el 03 de noviembre de 2004, Audiencia en la cual se actuaría la prueba ofrecida en el numeral 1.A del Escrito de Demanda.

16. Que, con fecha 03 de noviembre de 2004 se llevó a cabo la Primera Audiencia de Actuación de Pruebas, la misma que fue suspendida debido a la solicitud de reprogramación presentada por Electro Oriente mediante su escrito de fecha 03 de noviembre de 2005. Por lo que el Tribunal Arbitral reprogramó la Audiencia de Actuación de Pruebas para el día 12 de noviembre de 2004. Asimismo, se ordenó a la Secretaría Arbitral proceder a citar a las personas que deberían brindar su declaración.

17. Que, mediante Resolución N° 13 de fecha 10 de noviembre de 2004, el Tribunal Arbitral, debido a motivos de fuerza mayor, procedió a reprogramar la Audiencia de Actuación de Pruebas, y fijó como fecha el día 30 de noviembre de 2004.
18. Que, mediante escrito presentado con fecha 30 de noviembre de 2004, Electro Oriente S.A. manifiesta que las personas citadas para la diligencia a actuarse no podrían acudir debido a los motivos expresados en dicho escrito.
19. Que, con fecha 30 de noviembre de 2004, el Tribunal Arbitral procedió a emitir la Resolución N° 14, por medio de la cual se procedió a reprogramar la Audiencia de Actuación de Pruebas por última vez, fijando como fecha el día 13 de diciembre de 2004.
20. Que, con fecha 13 de diciembre de 2004 se realizó la Audiencia de Actuación de Pruebas, a la cual no asistieron las personas previamente citadas para brindar sus declaraciones respectivas, ante lo cual el Tribunal Arbitral decidió, de conformidad con lo permitido por el artículo 37 de la Ley General de Arbitraje, prescindir de la actuación de las declaraciones testimoniales ofrecidas por ambas partes, tener por actuados todos los medios probatorios y declarar concluida la etapa probatoria.

Asimismo, de conformidad con el numeral 24 del Acta de Instalación el Tribunal Arbitral otorgó a las partes un plazo de cinco (05) días hábiles para que cumplan con presentar sus respectivos alegatos escritos.
21. Que, las partes cumplieron con presentar sus alegatos y solicitar asimismo se señale fecha para sustentar oralmente los mismos.
22. Que, mediante Resolución N° 15 de fecha 07 de enero de 2005, de conformidad con lo establecido en el numeral 24 del Acta de Instalación, así como por lo solicitado por IBA, se señaló como fecha para la Audiencia de Informes Orales el día 19 de enero de 2005.
23. Que, con fecha 19 de enero de 2005 se llevaron a cabo los informes orales, interviniendo ambas partes.
24. Que, en dicho acto se fijó el plazo para laudar en veinte (20) días hábiles, contado a partir del día siguiente de celebrada la Audiencia de Informes Orales.
25. Que de acuerdo a lo permitido por el numeral 24 del Acta de Instalación, se amplió el plazo para laudar.

26. Que ha llegado el momento de dictar el Laudo por lo que dentro del plazo establecido se dicta el presente Laudo de Derecho.

EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMIDAD PARA OBRAR

Es preciso pronunciarse sobre la excepción de falta de legitimidad para obrar de la demandante deducida por la demandada Electro Oriente al contestar la demanda.

Los argumentos que esgrime la demandada para oponerse a la participación como demandante de IBA, consisten en que considera que al haber IBA cedido sus derechos de crédito a un tercero, ha desaparecido su derecho a presentar la acción, por carecer de legitimidad y de interés para obrar, condiciones ambas indispensables para presentar una acción.

Para poder pronunciarse sobre este punto, es preciso definir primero, si IBA ha cedido sus derechos a un tercero y en caso afirmativo, analizar si los alcances de dicha cesión han enervado la capacidad de dicha empresa de iniciar el presente arbitraje.

De las afirmaciones de la propia demandante y de la prueba aportada, resulta que efectivamente IBA suscribió dos convenios de cesión de crédito, ambos de fecha 10 de marzo de 2004. Uno con la empresa Motorem Und Energietechnik y el segundo con le empresa International Business Asociation Inc. En ambos convenios la demandante cede su derecho de crédito contra Electro Oriente señalando montos específicos. Analizadas ambas cesiones, resulta que en la segunda cesión mencionada, es decir, en la cesión efectuada en favor de International Business Asociation Inc, se señala (cláusula tercera, cuarto párrafo) que el crédito cedido ya ha sido cancelado. De otro lado, en el documento de cesión a Motorem Und Energietechnik, el Cedente declara que su crédito es cierto, expedito, vigente, que no le afectan embargos ni prohibiciones de cesión y que se encuentra en la plenitud de posesión del crédito que cede. Se añade además que el Cedente se encuentra legitimado a iniciar por sí mismo, las acciones necesarias para que el Cesionario perciba de manera efectiva el íntegro del crédito cedido.

Nuestro ordenamiento jurídico distingue la figura de la cesión de posición contractual, de la figura de la cesión de derechos. La primera figura, supone que una parte sale de un contrato cuyas prestaciones no están totalmente ejecutadas, dejando a un tercero en su lugar. Al ser una figura que afecta las prestaciones del contrato, para que opere la cesión de posición contractual, es preciso que se dé, además de la voluntad de la parte que cede, la aceptación de

la parte cedida. La segunda figura, es decir, la cesión de derechos, no supone a una parte salir de un contrato, sino ceder determinados derechos de los que es titular, a favor de un tercero. Es claro que la cesión de derechos es una transferencia voluntaria, mediante la cual el acreedor cede un crédito al adquirente. El efecto normal es que el adquirente toma el lugar de acreedor sin que exista un cambio en el derecho de crédito mismo.

En el presente caso, no existe duda de que la figura que se presenta es la de una cesión de derechos, específicamente de crédito. No sólo porque así resulta del texto del documento de cesión y de la comunicación cursada a Electro Oriente, sino porque a la fecha en que se realiza la referida cesión, IBA estaba reclamando ya el pago de la contraprestación a cargo de Electro Oriente, e incluso la liquidación del contrato había sido presentada.

Cabe preguntarse ahora si por efecto de la cesión, IBA ha perdido la posibilidad de iniciar el presente procedimiento arbitral contra Electro Oriente.

La cuestión bajo análisis debe considerar si IBA sigue siendo parte del contrato originalmente suscrito entre ella y Electro Oriente, y si la declaración contenida en el segundo párrafo de la cláusula tercera del documento de cesión de derechos, le permite efectivamente iniciar un arbitraje contra Electro Oriente para que el cesionario perciba de manera efectiva el íntegro del crédito cedido.

La respuesta a la primera interrogante planteada es que definitivamente IBA sigue siendo parte del contrato, conforme ha sido ya explicado; la segunda, si bien resulta un tanto discutible, por cuanto al haber cedido su crédito a favor de un tercero sería dicho tercero el llamado a exigir su pago, debemos concluir que al haberse reservado la posibilidad de iniciar las acciones necesarias para que el cesionario perciba de manera efectiva el íntegro del crédito cedido, IBA sí se encuentra facultada a interponer la demanda arbitral.

Por lo expresado, consideramos que la excepción de falta de legitimidad para obrar debe ser declarada infundada.

PUNTOS CONTROVERTIDOS

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si procede ordenar a Electro Oriente cumpla con abonar la suma de US\$ 130 833,97 de conformidad con la liquidación presentada con fecha 10 de diciembre de 2003.

La resolución de este primer punto controvertido requiere de una evaluación exhaustiva de la normativa aplicable, así como de los medios probatorios presentados por las partes.

En este orden de ideas y siendo éste, un arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en el artículo 186º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, debemos considerar lo dispuesto en el artículo 4º del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, que establece que dicha ley y su reglamento prevalecen sobre las normas generales de procedimientos administrativos y sobre aquéllas de derecho que fueran aplicables.

Asimismo, el contrato, que incluye las bases y la propuesta de IBA, tienen especial importancia para el presente análisis.

Tenemos pues que la empresa Electro Oriente convocó la Licitación Pública Internacional LPI 0001-2003-EOL «Adquisición de Materiales y Repuestos Mecánicos Grupos Caterpillar Centrales Térmicas Electro Oriente S.A. – Iquitos»

Conforme a lo establecido en el numeral 1.2 de los aspectos administrativos de las bases, el objeto de la referida licitación era **seleccionar al Postor que proponga la oferta técnica - económica más favorable a los intereses de Electro Oriente para la adquisición de Materiales y Repuestos Mecánicos Grupos Caterpillar Centrales Térmicas- Iquitos- Electro Oriente S.A. (Anexo 2 de la Demanda).**

La normativa sobre contrataciones y adquisiciones del Estado tiene por objeto, entre otros, que la asignación de los recursos económicos (estatales) se realice de manera transparente, procurando asimismo que los bienes, servicios y obras tengan la calidad requerida, que se obtengan en forma oportuna y a precios o costos adecuados.

Para alcanzar esta finalidad las entidades establecen unas reglas a seguir, las cuales están contenidas en las bases, las mismas que deben estar orientadas a seleccionar la mejor propuesta; para lo cual se realiza una evaluación integral, que comprende aspectos técnicos y económicos.

En el caso de la evaluación de las propuestas para la adquisición de bienes y suministros, el artículo 67º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establece que se podrán considerar, entre los factores técnicos de evaluación, la experiencia del postor, como en efecto se hizo en las bases de la LPI 0001-2003-EOL, considerándose un puntaje máximo de 15 puntos, los mismos que fueron alcanzados por el postor IBA al haber acreditado en el Anexo N° 08 de su propuesta (Anexo 3 de la

demanda), la experiencia en suministros similares. CORPAC S.A. no cancela o paga a Birk & Hillman Consultants Inc, quien hace el pago directo es la USTDA (US Trading and Development Agency) con el fondo no reembolsable o donación hecha por dicho organismo al confirmar la Corporación que se cumplieron con los términos de referencia con al parte de medio ambiente. La forma de pago, monto y selección del consultor, fueron acordados de antemano entre el MTC y USTDA.

La selección de la mejor propuesta en un proceso, si bien debe incidir principalmente en los aspectos técnicos y económicos de los bienes, servicios u obras a adquirir o contratar, deben considerar también la participación del postor, existiendo en este sentido normas relacionadas a la determinación de impedimentos para ser postor o contratista, así como otras relacionadas con la capacidad para poder participar.

Resulta evidente que es importante la evaluación del postor, tanto de su capacidad para participar en determinado proceso, como de su experiencia al momento de su calificación; por este motivo, las prestaciones a su cargo deben ser ejecutadas directamente por él, porque de no ser así y ser ejecutadas por un tercero, el objeto de la verificación de su capacidad para ser postor, así como la calificación de su experiencia no hubieran tenido sentido, pudiendo presentarse incluso problemas en caso que la ejecución de la prestación a cargo de un tercero pudiera ser parcial, tardía o defectuosa, en cuyo caso el Estado no estaría debidamente protegido.

No obstante lo expresado, el TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su reglamento permiten la subcontratación, aunque sujeta a ciertas restricciones y requisitos, que incluyen, la previa aceptación por escrito de la Entidad; que el subcontratista tenga capacidad para contratar con el Estado; y, que las prestaciones subcontratadas no excedan el 60% de las prestaciones derivadas del contrato original.

En este orden ideas corresponde revisar lo ocurrido en el presente caso, conforme a lo expresado por las partes tanto en sus escritos como en los informes orales presentados

Así, tenemos que IBA resultó adjudicataria de la buena pro y las partes suscribieron contrato con fecha 31 de octubre de 2005. De acuerdo a lo establecido en la cláusula segunda del contrato, IBA se obligaba a la entrega de los bienes conforme a las especificaciones técnicas ofertadas a Electro Oriente en los almacenes fijados en el Anexo 4 del Contrato, siendo los gastos de embalaje, transporte y seguros contra todo riesgo asumidos por el contratista (IBA).

Se establece además, en la Cláusula Tercera del Contrato, que Electro Oriente cancelará la factura en las condiciones de contado comercial, dentro de un máximo de 30 días, contados a partir de la recepción conforme de los bienes. Se indica que para el pago deberán presentarse los siguientes documentos:

- Factura comercial en original y copias,
- Solicitud de pago adjuntando los documentos que justifiquen el pago y acrediten la entrega del bien,
- Informe de conformidad de la recepción del bien por la Gerencia Empresarial de Loreto, quienes verificarán que los bienes entregados cumplan con la calidad, cantidad y condiciones técnicas contratadas.

De las pruebas aportadas, resulta que mediante carta 312-13 fechada 9 de diciembre de 2003 (Anexo 9 de la demanda), IBA remite a Electro Oriente la liquidación del contrato indicando el saldo pendiente de US\$ 130 833,97.

Mediante Carta GA-L-019-2004 de 13 de enero de 2004, Electro Oriente devuelve a IBA las siguientes facturas presentadas por IBA:

Factura N° 33311956 por US\$29,969.19 de IBA U.S.A.

Factura N° IBA 0308-24 por US\$ 126 727.98 de MAK Alemani.

Factura N° 2920 por US\$1 509.46 de César Pérez Bartra S.A.

Factura N° 2021 por US\$928.73 de César Pérez Bartra S.A.

Fundamenta la devolución de las facturas, en que los gastos en que incurrió IBA para hacer llegar los bienes a los almacenes de Electro Oriente, deben estar incluidos en una factura que IBA emita por dichos bienes, de acuerdo a su Oferta Económica. Indica que toda factura que se les haga llegar, que no sea emitida por IBA, será devuelta, no procediendo ningún interés por su cancelación. (Anexo 12 de la Demanda)

Mediante Carta 0401-15, fechada 20 de enero de 2004, IBA contesta indicando que los documentos que presenta son correctos, pues en la ejecución del Contrato, Electro Oriente actuó como el importador y que todos los documentos presentados suman los costos totales generados hasta la entrega en el Almacén de Electro Oriente y son concordantes con el monto total adjudicado. IBA sugiere en todo caso hacer una Addenda al contrato y vuelve a presentar los documentos (Anexo 15 de la Demanda).

Mediante Carta Notarial fechada 29 de enero de 2004, Electro Oriente devuelve nuevamente la documentación, e insiste en su posición inicial (Anexo 14 de la Demanda)

Corresponde entonces, para dar solución al punto controvertido bajo análisis, establecer si IBA cumplió con su obligación de entregar los bienes materia de contrato.

De lo expuesto tenemos que los bienes fueron entregados a Electro Oriente directamente por las empresas International Business Association Inc. y Motoren Und Energietechnik, habiendo sido Electro Oriente el importador directo de los bienes, por lo que se puede deducir que la prestación a cargo de IBA de entregar los bienes fue ejecutada por las empresas antes mencionadas; esto se corrobora además con lo señalado en el tercer párrafo de la cláusula segunda (Objeto del Acto) del documento que contiene la cesión de derechos realizada a favor de Motoren Und Energietechnik y el quinto párrafo de la cláusula segunda (Objeto del Acto) del documento que contiene la cesión de derechos realizada a favor de International Business Association Inc., que tienen el mismo texto, el que a la letra dice «Cabe mencionar que la **CESIONARIA**, ha cumplido con pagar todos los gastos correspondientes a la importación de los repuestos para generadores CATERPILLAR, hasta el almacén de **ELECTRO ORIENTE** (Flete aéreo, gastos de aduana, handling, almacenaje, transporte local, impuestos, comisión de agencia de aduana, gastos operativos, etc.)»; siendo que *la cesionaria* en el primer caso es la empresa Motoren Und Energietechnik y en el segundo caso es la empresa International Business Association Inc.

Es decir que la integridad de la prestación a cargo de IBA fue ejecutada por las dos empresas antes mencionadas, tanto la entrega de los bienes como la asunción de los gastos relacionados a la importación de los bienes.

Este hecho que supone una transgresión a la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado, conlleva también a determinar que IBA no ha cumplido con sus prestaciones derivadas del contrato, por lo que la liquidación presentada carece de sustento, no pudiendo este Tribunal Arbitral ordenar el pago como consecuencia de dicha liquidación.

Distinto hubiera sido el caso si IBA se hubiese presentado al proceso de selección en consorcio con las empresas que ejecutaron las prestaciones a su cargo, o si hubiera actuado como representante de éstas (también en consorcio), en cuyo caso el postor hubiera sido el consorcio conformado por dichas empresas; en ambos casos la evaluación del postor, respecto de su capacidad para contratar con el Estado y su experiencia al momento de la calificación hubiera incluido a las referidas empresas.

Por lo señalado, no procede ordenar a Electro Oriente que cumpla con abonar la suma de US\$ 130 833,97 de conformidad con la liquidación presentada con fecha 10 de diciembre de 2003.

Sin embargo, es preciso manifestar que Electro Oriente ha incluido en su esfera patrimonial los bienes para los cuales realizó la Licitación Pública Internacional N° LPI-0001-2003-EOL, por lo que, a efectos de evitar un enriquecimiento sin causa por parte de dicha empresa, corresponde que la misma cancele el saldo del precio de los bienes y los gastos en los que se hubiera incurrido para su importación, en este caso a la empresa Motoren Und Energietechnik, por cuanto según el documento de cesión de derechos a favor de International Business Association Inc., ésta tendría su parte debidamente cancelada. La cancelación de este pago la empresa Motoren Und Energietechnik deberá hacerse en cuanto ésta lo solicite formalmente.

Finalmente, cabe agregar que si bien debe cumplirse con el pago, Electro Oriente deberá realizar las acciones respectivas a efectos de determinar las responsabilidades y sanciones que correspondan por el mismo, dado que éste deviene de una adquisición irregular.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si procede ordenar a Electro Oriente S.A. realizar dicho pago de conformidad con lo establecido en la cesión de derechos comunicada mediante carta notarial de fecha 12 de marzo de 2004

Conforme a lo establecido en el primer punto controvertido, considerando que el mismo ha señalado la forma en que debe efectuarse el pago, carece de objeto pronunciarse sobre este punto controvertido

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si procede ordenar a Electro Oriente, como consecuencia de los puntos controvertidos anteriores, que cumpla con abonar los intereses computados desde la fecha de presentación de pago hasta la fecha efectiva

Considerando lo resuelto en el primer punto controvertido, en el sentido que Electro Oriente debe pagar a Motoren Und Energietechnik el saldo del precio de los bienes, así como los gastos de importación de los mismos, el pago de intereses corresponderá en caso que habiendo sido requerida Electro Oriente para el pago, demore su cancelación.

Para este efecto debemos remitirnos al artículo 1324 del Código Civil, el cual establece que las obligaciones de dar sumas de dinero devengan el interés legal que fije el Banco Central de Reserva, desde el día que el deudor incurra en mora, sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daño alguno. De otro lado, de acuerdo al artículo 1333 del Código civil, incurre en mora el

obligado desde que el acreedor le exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de la obligación.

De acuerdo al análisis de los puntos controvertidos que anteceden y por los fundamentos expuestos mi voto singular es en el siguiente sentido:

- 1. INFUNDADA LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMIDAD PARA OBRAR**

- 2. INFUNDADA LA DEMANDA INTERPUESTA POR IBA INTERNATIONAL BUSINESS ASSOCIATION SRL Y EN CONSECUENCIA:**
 - 2.1. NO PROCEDE QUE ELECTRO ORIENTE DEBA PAGAR LA SUMA DE US\$ 130 833,97, DE CONFORMIDAD CON LA LIQUIDACIÓN PRESENTADA CON FECHA 10 DE DICIEMBRE DE 2003.

 - 2.2. ELECTRO ORIENTE DEBE PAGAR DIRECTAMENTE A LA EMPRESA MOTOREM UND ENERGIETECHNIK, EL SALDO DEL PRECIO DE LOS BIENES, ASÍ COMO LOS GASTOS EN LOS QUE HUBIERA INCURRIDO PARA SU IMPORTACIÓN, PREVIA SOLICITUD DE PAGO DE DICHA EMPRESA.

 - 2.3. EN CASO QUE ELECTRO ORIENTE SE RETRASE EN EL PAGO ORDENADO, LUEGO DE HABER SIDO REQUERIDO PARA ELLO POR LA EMPRESA MOTOREM UND ENERGIETECHNIK, DEBERÁ PAGAR LOS INTERESES LEGALES QUE CORRESPONDAN HASTA LA FECHA EN QUE EFECTIVAMENTE PAGUE EL MONTO ADEUDADO.

 - 2.4. LAS COSTAS DE ARBITRAJE SERÁN ASUMIDAS POR AMBAS PARTES.

César Augusto Livia Valle
Árbitro

Franz Kundmüller Caminiti
Gerente de Conciliación y Arbitraje
CONSUCODE

Laudos Arbitrales Internacionales

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

Aguas del Tunari, S.A.,

Demandante/Inversionista

c/

República de Bolivia,

Demandado/Parte Contratante

Caso CIADI No.
ARB/02/3

**Decisión sobre las excepciones en materia de jurisdicción opuestas
por el Demandado**

Miembros del Tribunal

David D. Caron, Presidente

José Luis Alberro-Semerena

Henri C. Alvarez

Representando al Demandante

Michael E. Curtin

Aguas del Tunari, S.A.

Robert G. Volterra (hasta el
11 de febrero de 2005)

Matthew Weiniger

Herbert Smith

Ramiro Guevara

Enrique Barrios

Servicios Legales S.C.

Representando al Demandado

Mario Moreno Viruez

Ministro de Servicios y Obras Públicas

Dana Contratto

Crowell & Moring

José Antonio Criales

Criales, Urcullo, Freire & Villegas

Washington, D.C., 21 de octubre de 2005

ÍNDICE

Introducción y Resumen

Historia procesal

Solicitud de Arbitraje

Notificación del acto de inscripción

Designación de árbitros

Petición de una organización no gubernamental para intervenir y otros tipos de participación de partes ajenas a la controversia

Primera sesión

Orden procesal No. 1

Postergación de la audiencia sobre excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el Demandado

Mociones referentes a la presentación de testigos en la audiencia

Audiencia sobre excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el Demandado y escritos posteriores a la audiencia presentados por las Partes

Preguntas del Tribunal a los Países Bajos, el Estado parte del TBI ajeno a la controversia, formuladas con posterioridad a la audiencia

Relación de hechos

Aguas del Tunari, S.A.

La firma de la Concesión de agua y alcantarillado sanitario de Cochabamba en septiembre de 1999

Términos de la Concesión

La titularidad accionaria hacia arriba de AdT en septiembre de 1999

Hechos ocurridos en el otoño de 1999 tras la adjudicación de la Concesión

La estructura accionaria de AdT en diciembre de 1999

Impugnaciones a la Concesión y su terminación

Las cuestiones planteadas

Consideraciones generales referentes a la jurisdicción

Manifestaciones del Demandante en cuanto al fundamento de la jurisdicción

Excepciones del Demandado

El derecho aplicable

La Primera Excepción

El primer aspecto de la Primera Excepción del Demandado, según el cual el Acuerdo de la Concesión priva de jurisdicción al CIADI

Excepción opuesta por el Demandado

Réplica del Demandante

Decisión del Tribunal

El segundo aspecto de la Primera Excepción, según el cual Bolivia carece de legitimación procesal

Excepción opuesta por el Demandado

Réplica del Demandante

Decisión del Tribunal

El tercer aspecto de la Primera Excepción, según el cual el Artículo 2 del TBI reconoce la competencia exclusiva de la legislación boliviana en la controversia

Excepción opuesta por el Demandado

Réplica del Demandante

Decisión del Tribunal

El cuarto aspecto de la Primera Excepción, según el cual la transferencia de acciones de AdT excluye la competencia del Tribunal

Excepción opuesta por el Demandado

Réplica del Demandante

Decisión del Tribunal

El quinto aspecto de la Primera Excepción, según el cual las tergiversaciones de representantes del Demandante excluyen la competencia del Tribunal

Excepción opuesta por el Demandado

Réplica del Demandante

Decisión del Tribunal

El sexto aspecto de la Primera Excepción, según el cual, la invocación del TBI Países Bajos-Bolivia, constituye una afirmación de jurisdicción que no está comprendida en los límites del consentimiento el arbitraje por parte de Bolivia

Excepción opuesta por el Demandado

Réplica del Demandante

Decisión del Tribunal

La Segunda Excepción

La Segunda Excepción del Demandado, según la cual el Demandante no es una entidad boliviana «controladas directa o indirectamente» por nacionales de los Países Bajos, tal como lo requiere el TBI Países Bajos-Bolivia

Excepción opuesta por el Demandado

Réplica del Demandante

Decisión del Tribunal

Las cuestiones planteadas

El significado de la frase «controladas directa o indirectamente»

El sentido corriente de la frase «controladas directa o indirectamente»

La frase en su contexto y a la luz del objeto y fin del TBI

El Artículo 31 (3) de la Convención de Viena y la significación que debe darse a las declaraciones del Gobierno holandés

Conclusión en cuanto al significado de la frase «controladas directa o indirectamente»

Confirmación de la interpretación de la frase «controladas directa o indirectamente»

La historia de las negociaciones del TBI

La jurisprudencia referente al Artículo 25(2) del Convenio del CIADI

El contenido de otros laudos arbitrales referentes a «control»

La práctica general de ambos países con respecto al TBI

Práctica de los Países Bajos

Práctica de Bolivia

Aplicación de la interpretación: ¿AdT es «controlada directa o indirectamente» por IWH B.V. o por IWT B.V.?

Solicitud de producción de pruebas formulada por el Demandado

Observaciones finales

Decisión

Declaración de José Luis Alberro-Semerena

Apéndice I

Apéndice II

Apéndice III

Apéndice IV

Introducción y Resumen

1. El Demandante de autos es Aguas del Tunari, S.A. («AdT»), sociedad constituida de conformidad con la legislación de Bolivia.
2. En virtud del «Contrato de Concesión de Aprovechamiento de Aguas y de Servicio Público de Agua Potable y Alcantarillado Sanitario en la Ciudad de Cochabamba» («la Concesión») celebrado en septiembre de 1999, y de otros contratos relacionados con la Concesión de que se trata, AdT obtuvo el derecho de prestar servicios de agua y alcantarillado sanitario para la ciudad de Cochabamba (Bolivia). A principios de abril de 2000, la Concesión había quedado sin efecto.
3. AdT sostiene que la República de Bolivia («Bolivia»), mediante diversos actos y omisiones que llevaron a la rescisión de la Concesión en abril de 2000, transgredió diversas disposiciones de un tratado bilateral de inversiones, más precisamente, el Acuerdo sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Bolivia y el Reino de los Países Bajos (el «TBI Países Bajos-Bolivia» o «TBI»)¹.
4. AdT inició estas actuaciones contra Bolivia ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones («CIADI»), invocando el TBI Países Bajos-Bolivia como fundamento de sus jurisdicción.
5. Bolivia opuso varias excepciones en materia de competencia del Tribunal, incluyendo que Bolivia no había consentido la jurisdicción del CIADI y que AdT no es una entidad de nacionalidad holandesa, según la definición dada por el TBI.
6. Las Partes convinieron en que esas excepciones debían ser objeto de previo pronunciamiento.
7. En la presente Decisión, el Tribunal concluye que la diferencia de autos está dentro de la jurisdicción del Centro y de la competencia del Tribunal.

¹ El Acuerdo sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Bolivia y el Reino de los Países, *entró en vigor* el 1 de noviembre de 1994. Su texto puede examinarse en Internet en http://www.unctad.org/sections/dite/iiia/docs/bits/PaisesBajos_bolivia.pdf. En cuanto a la adopción de ese tratado, véase, en lo que respecta a Bolivia, la Ley No. 1586, del 12 de agosto de 1994, y en lo que respecta a los Países Bajos, Tractatenblad 1994, No. 239.

Historia procesal

Solicitud de Arbitraje

8. AdT inició este procedimiento el 12 de noviembre de 2001, cuando presentó ante el CIADI una Solicitud de Arbitraje, en la que sostuvo que diversos actos atribuibles a Bolivia constituían una expropiación de su inversión en Bolivia e implicaban el incumplimiento de obligaciones asumidas por Bolivia en virtud del TBI Países Bajos-Bolivia.

9. El 5 de diciembre de 2001, Bolivia presentó un documento titulado «Memorial sobre la jurisdicción del CIADI en la cuestión de Aguas del Tunari S.A.». En ese documento, Bolivia objetó la jurisdicción del Centro, sobre la base de distintos argumentos, y sostuvo que el arbitraje solicitado era «manifiestamente ajeno a la jurisdicción» del CIADI².

Notificación del acto de inscripción

10. El 25 de febrero de 2002, el Secretario General del CIADI notificó a AdT y a Bolivia «la inscripción» en el Registro de Arbitrajes, de la Solicitud de Arbitraje presentada por AdT conforme al Artículo 36(3) del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados («el Convenio del CIADI» o «el Convenio»)³.

11. En esa notificación, el Secretario General reconoció la oposición de Bolivia al registro de la Solicitud de Arbitraje⁴. También señaló que la tarea administrativa de la Secretaría consistente en registrar la diferencia era un requisito obligatorio conforme a lo previsto en el Artículo 36(3) del Convenio del CIADI, a menos que la diferencia descrita en la Solicitud de Arbitraje fuera manifiestamente ajena a la jurisdicción del CIADI. Tras un cuidadoso examen

² Memorial de la República de Bolivia, pág. 1, párrafo 1.1. (en lo sucesivo, «Mem. Ddo.». Ver Apéndice I para una lista completa de las abreviaturas utilizadas en la presente Decisión).

³ «Notificación del acto de inscripción», 25 de febrero de 2002, a AdT y a Bolivia. El Secretario General tomó nota de las cartas complementarias dirigidas por AdT al Centro los días 4 de enero, 21 de enero, 5 de febrero y 14 de febrero de 2002 como ampliatorias de la Solicitud de Arbitraje original de AdT.

⁴ Carta de Ko-Yung Tang, Secretario General del CIADI, del 25 de febrero de 2002, a AdT y Bolivia. El Secretario General tomó nota de las cartas complementarias dirigidas por Bolivia al Centro el 5 de diciembre de 2001 y el 7 de enero, 29 de enero, 8 de febrero y 15 de febrero de 2002.

de la información contenida en la Solicitud de Arbitraje y en la correspondencia complementaria intercambiada por las Partes, el Secretario General no encontró que la diferencia fuera «manifiestamente ajena a la jurisdicción del Centro». El registro de la Solicitud de Arbitraje se llevó a cabo sin perjuicio de los derechos de ambas Partes de efectuar una amplia presentación de sus respectivos argumentos referentes a la jurisdicción al Tribunal de Arbitraje que habría de convocarse conforme a los Artículos 41 y 42 del Convenio del CIADI.

Designación de árbitros

12. El 19 de abril de 2002, tras un intercambio de correspondencia, las Partes convinieron en utilizar el sistema del Artículo 37(2)(b) del Convenio del CIADI para determinar el número de árbitros y el método de su designación. Según ese artículo, cada parte debe designar un árbitro, y ambas Partes deben convenir en la designación de un tercer árbitro como Presidente del Tribunal. El 25 de abril de 2002, AdT designó como miembro del Tribunal de Arbitraje a Henri Alvarez, nacional de Canadá. El 29 de abril de 2002, Bolivia designó en igual calidad al Dr. José Luis Alberro-Semerena, nacional de México. Ninguna de esas dos designaciones fue objetada.

13. El 30 de mayo de 2002, no habiéndose llegado a un consenso dentro del plazo establecido por el Secretario General para la designación del Presidente del Tribunal, que expiraba el 29 de mayo, AdT solicitó que el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI designara a un árbitro como Presidente del Tribunal, según lo previsto por el Artículo 38 del Convenio y la Regla 4 de las Reglas de Arbitraje del CIADI («Reglas de Arbitraje»).

14. El 26 de junio de 2002, no existiendo objeción de las Partes, el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI designó como Presidente del Tribunal al profesor David D. Caron, nacional de los Estados Unidos. El Tribunal quedó constituido oficialmente el 5 de julio de 2002, conforme a lo dispuesto en el Convenio y en las Reglas de Arbitraje. La Sra. Margrete Stevens se ha desempeñado como Secretaria del Tribunal⁵.

Petición de una organización no gubernamental para intervenir y de otros tipos de participación de partes ajenas a la controversia

15. El 28 de agosto de 2002, una organización no gubernamental de asuntos ambientales presentó al Tribunal una Petición fechada el 29 de agosto de 2002,

⁵ La Sra. Frutos-Peterson fue designada Secretaria del Tribunal, pero posteriormente no pudo desempeñar sus funciones, por lo que el 29 de agosto de 2002 se designó en ese cargo a la Sra. Margrete Stevens.

en nombre de «La Coordinadora para la Defensa del Agua y Vida, La Federación Departamental Cochabambina de Organizaciones Regantes, SEMAPA Sur, Friends of the Earth-Netherlands, Oscar Olivera, Omar Fernández, el padre Luis Sánchez y el congresista Jorge Alvarado», quienes solicitaban autorización para intervenir en el arbitraje o participar de algún otro modo en las actuaciones de autos.

16. Los peticionarios, a través de su asesora jurídica, Earthjustice, solicitaron al Tribunal que les reconociera legitimación procesal como partes en las actuaciones que se dispusieran para resolver la reclamación de AdT, y que se les concedieran todos los derechos de participación acordados a las otras partes. También solicitaron, subsidiariamente, que si se denegara la calidad de parte a uno o más de los peticionarios, se reconociera a éstos el derecho de participar en las actuaciones como *amici curiae*, en el sentido de que se les autorizara: 1) a presentar escritos referentes a los aspectos procesales de las actuaciones del Tribunal, la competencia del Tribunal y la admisibilidad del arbitraje para resolver las reclamaciones planteadas por AdT y el fundamento de las mismas; 2) a asistir a todas las audiencias del Tribunal; 3) a formular exposiciones orales durante dichas audiencias, y 4) a tener acceso inmediato a todos los escritos presentados al Tribunal⁶. Además solicitaron al Tribunal: 1) que hiciera pública todas las declaraciones, incluidos los escritos presentados, referentes a las reclamaciones y defensas de ambas Partes; 2) que diera acceso al público a todas las audiencias, y 3) que visitara la zona de Cochabamba⁷. Los peticionarios se declararon procesalmente legitimados dado el interés directo de cada uno de ellos en el objeto de la reclamación de AdT. Sostuvieron que su participación conferiría mayor transparencia al proceso arbitral internacional y aportaría «experiencia técnica y conocimientos únicos» durante las actuaciones y deliberaciones del Tribunal.⁸

17. El 29 de enero de 2003, el Presidente del Tribunal dirigió una carta a los peticionarios. En ella tomó nota de las preocupaciones por ellos planteadas con respecto a la resolución de la diferencia de autos y, habiendo considerado las solicitudes de los peticionarios y las opiniones de las Partes de la diferencia, sostuvo en nombre del Tribunal:

[E]s opinión unánime del Tribunal que éste no es competente para acceder a sus solicitudes básicas. La interrelación de los dos tratados en

⁶ Petición de La Coordinadora para La Defensa del Agua y Vida, La Federación Departamental Cochabambina de Organizaciones Regantes, SEMAPA Sur, Friends of the Earth-Netherlands, Oscar Olivera, Omar Fernández, el padre Luis Sánchez y el congresista Jorge Alvarado, fechada el 29 de agosto de 2002, pág. 19, párrafo 63.

⁷ *Ibid.*, pág. 6, párrafo 17.

⁸ *Ibid.*, pág. 2, párrafo 2.

cuestión (el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones y el Acuerdo Bilateral sobre Promoción y Recíproca Protección de Inversiones entre la República de Bolivia y el Reino de los Países Bajos, de 1992) y el carácter consensual del arbitraje hacen que las cuestiones que ustedes plantean deban ser resueltas por las partes, y no por el Tribunal. A éste, en especial, le resulta manifiestamente claro que, a falta de consentimiento de las partes, carece de la potestad de admitir la intervención en los procedimientos de entidades que no sean partes; dar acceso a audiencias a tales entidades y, *a fortiori*, al público en general, o hacer públicos los documentos de los procedimientos (traducción informal).

La carta del Tribunal prosigue diciendo que «[n]o está presente el consentimiento de las Parte, que se requiere para acceder a las solicitudes», y que «[a]unque el Tribunal no recibió ninguna indicación de que ese consentimiento estuviera por darse, se mantiene abierto a toda iniciativa de las partes al respecto».

18. Finalmente, el Tribunal señaló que «en su opinión no es necesario a esta altura convocar testigos o promover comunicaciones complementarias de entidades que no sean partes en la fase jurisdiccional de su labor». También destacó que, en relación con futuras etapas del procedimiento, el Tribunal sostiene «esa opinión sin prejuzgar en modo alguno sobre el alcance de la potestad del Tribunal, por propia iniciativa, de convocar a testigos o recibir información de entidades que no sean partes»⁹.

Primera sesión

19. La primera sesión de este Tribunal se celebró en Washington, D.C., el 9 de diciembre de 2002¹⁰.

⁹ El Tribunal toma nota de que la petición y la carta en que éste responde a la misma no forman parte del expediente de estas actuaciones, y observa que la petición ha sido publicada en formato electrónico por los peticionarios en <http://www.earthjustice.org/news/documents/boliviapetition.pdf>. Dado el carácter inusual de la carta del Tribunal, se reproduce su texto en el Apéndice III de la presente decisión.

¹⁰ La fecha del 9 de diciembre, señalada para la primera sesión, fue acordada tras recibirse la notificación de las partes, el 29 de agosto de 2002, de que estaban de acuerdo en postergar la fecha originalmente prevista, del 9 de septiembre de 2002. El Orden del Día para la primera sesión se basó en parte en un «Escrito conjunto dirigido al Tribunal referente a cuestiones procesales preliminares», presentado por las partes el 15 de noviembre de 2002.

20. En ella, Bolivia reiteró las excepciones anteriormente expuestas y señaló que solicitaría al Tribunal que ordenara la producción de pruebas por parte de AdT para que Bolivia pudiera elaborar y probar sus excepciones en materia de competencia del Tribunal.
21. Las Partes convinieron y el Tribunal consistió que la cuestión de la competencia del Tribunal debía ser objeto de pronunciamiento previo.
22. El Tribunal señaló que si bien Bolivia había opuesto excepciones en materia de jurisdicción al registro de la reclamación cuando ésta se presentó al Centro, las reglas y prácticas del Tribunal imponían a Bolivia la obligación de oponer ulteriormente «excepciones en materia de jurisdicción», para que AdT y el Tribunal pudieran conocer su contenido. Teniendo en cuenta esa observación y dada la intención expuesta por Bolivia de solicitar que se intimara a AdT a presentar pruebas, el Tribunal adoptó las decisiones procesales que se mencionan a continuación de las que dejó constancia en las actas y transcripciones de la Primera Sesión. Específicamente, intimó a Bolivia a presentar sus «excepciones en materia de jurisdicción» y una eventual solicitud de producción de pruebas a más tardar el 17 de enero de 2003; ordenó a AdT presentar su contestación a la solicitud de producción de pruebas dentro de un plazo de dos semanas a partir de la fecha de presentación de su escrito por parte de Bolivia, o a más tardar el 31 de enero de 2003, si esta fecha fuera anterior, intimó a Bolivia a presentar cualquier réplica a la contestación de AdT dentro de un plazo de una semana a partir de la fecha de la contestación de AdT, o a más tardar el 7 de febrero de 2003, si esta fecha fuera anterior, e intimó a AdT a presentar su dúplica a la réplica de Bolivia dentro de un plazo de una semana a partir de esa réplica, o a más tardar el 14 de febrero de 2003, si esta fecha fuera anterior.

Orden procesal No. 1

23. Conforme a lo dispuesto por el Tribunal, Bolivia presentó oportunamente un documento titulado «Excepciones opuestas por la República de Bolivia en materia de jurisdicción y solicitudes de producción de pruebas y aclaraciones de los procedimientos». AdT presentó oportunamente su «Contestación a las excepciones de Bolivia en materia de jurisdicción y solicitudes de producción de pruebas y aclaración de los procedimientos». Bolivia presentó su «Réplica» a la contestación de AdT el 5 de febrero de 2003, y AdT presentó su «Dúplica» a la Réplica de Bolivia el 13 de febrero de 2003.
24. El 8 de abril de 2003 el Tribunal dictó la «Resolución procesal No. 1» en relación con las solicitudes formuladas por Bolivia sobre la producción de pruebas y el rechazo inmediato de las reclamaciones planteadas en su contra.

25. En cuanto a la solicitud de producción de pruebas, el Tribunal determinó que el Artículo 43 del Convenio y la Regla 34(2) de las Reglas de Arbitraje le concedían considerable discrecionalidad en cuanto a la producción de pruebas documentales o testimoniales por las Partes, aunque esa discrecionalidad estaba guiada por varias consideraciones:

13. Según la interpretación del Tribunal, el Artículo 43 le confiere considerable discrecionalidad para intimar a las partes a producir pruebas documentales o testimoniales. Véase CHRISTOPH H. SCHREUER, *THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY* 647 (Cambridge Univ. Press, 2001) (en que se establece que el «tribunal puede ejercer con total discrecionalidad... la potestad de disponer la producción de prueba adicionales»). El Tribunal concluye que el ejercicio de esa discrecionalidad no está, sin embargo, exento de límites, y que el Artículo 43 ofrece cierta orientación al respecto. En general, la potestad discrecional del Tribunal de disponer la producción de pruebas se rige por los principios de sustancialidad, pertinencia y especialidad, que están presentes en los regímenes legales sobre pruebas en general y en las normas consuetudinarias de producción de pruebas propias del arbitraje internacional en general. Más específicamente, el Artículo 43 establece que el Tribunal puede disponer la producción de pruebas en cualquier etapa del procedimiento, cuando ello, a su juicio, sea «necesario».

14. En consecuencia, al evaluar la cuestión de si corresponde o no disponer la producción de pruebas, el Tribunal tiene en cuenta, entre otras, las siguientes consideraciones: la necesidad de lo solicitado en relación con el punto al que la parte solicitante desea dar respaldo probatorio; la pertinencia y el probable fundamento del punto al que la parte solicitante desea dar respaldo probatorio; el costo y la carga que presenta la solicitud para el Demandante, y cómo puede especificarse la solicitud para dar lugar a solicitudes legítimas de una parte y a la vez que nos se de cabida a indagatorias que representen un abuso del proceso.

15. Al final de la Primera Sesión, el Tribunal instó al Demandado a formular su solicitud de documentos «identificando específicamente» lo solicitado. Transcripción de la Primera Sesión, pág. 58. El Tribunal toma nota de que en las solicitudes de documentos formuladas por el Demandado no se mencionan documentos específicos, sino que son generales. El Tribunal reconoce el hecho de que al Demandado le habría sido difícil enunciar una solicitud más específica, dado el amplio contexto fáctico que, según sostiene, le es preciso examinar para enunciar su segunda excepción en materia de jurisdicción. El Tribunal toma nota asimismo de que el Convenio del CIADI le confiere la potestad discrecional de adaptar y restringir las solicitudes generales del Demandado, teniendo en cuenta las consideraciones que se expresan en el párrafo 14.

26. Tras considerar los fundamentos de la jurisdicción aducidos por AdT y las excepciones opuestas por Bolivia al respecto, el Tribunal, concluyó que los argumentos de las Partes en cuanto a la necesidad de las diversas solicitudes de producción de pruebas no estaban suficientemente pormenorizados o claros para que pudieran acogerse o rechazarse esas solicitudes. El Tribunal manifestó:

30. A juicio del Tribunal, ninguna de las partes ha expuesto en forma suficientemente pormenorizada o clara argumentos sobre la necesidad de las diversas pruebas cuya producción se solicita como para que el Tribunal pueda acceder a esas solicitudes o rechazarlas en este momento. El argumento formulado por el Demandado para respaldar sus solicitudes de producción de documentos obliga al Tribunal a considerar el fundamento de la segunda excepción en materia de jurisdicción formulada por el Demandado sin contar con la información completa de las partes ni tener la oportunidad de proponer a las Partes preguntas durante una audiencia. Es preciso examinar la segunda excepción en materia de jurisdicción opuesta por el Demandando: 1) para determinar el probable fundamento de la excepción, aun cuando ésta contara con respaldo fáctico, y por lo tanto la necesidad de ordenar la producción de documentos que respalden la expresión más detallada de esa excepción, y 2) para determinar el alcance exacto de esa excepción y así acotar en forma apropiada las solicitudes de documentos formulados por el Demandado. Sin esa estimación del probable fundamento jurídico de la excepción opuesta y sin contar con criterios para limitar las solicitudes de producción de pruebas formuladas por el Demandado, el Tribunal se ve confrontado con una investigación intensa, y por consiguiente costosa y larga, sobre los hechos, que en última instancia puede no ser necesaria para resolver el caso de autos. Por lo tanto, aunque el Tribunal entiende que se encuentra facultado para realizar un examen incidental preliminar de esa clase sobre el fundamento de la segunda excepción en materia de jurisdicción, para pronunciarse sobre una solicitud de producción de pruebas, el Tribunal concluye, en ejercicio de sus facultades discrecionales, que esa decisión a esta altura sería prematura y que sus posibilidades de pronunciarse sobre esta importante solicitud aumentarían en gran medida si se le proporcionara información y pudiera escuchar argumentos orales.

27. Junto con su solicitud de producción de pruebas, Bolivia promovió el rechazo de la demanda, basándose en que AdT había «dados por presentados sus alegatos» referentes a la cuestión de la jurisdicción. El Tribunal concluyó que en ningún escrito anterior dirigido al CIADI AdT había renunciado a su derecho a presentar argumentos en esa materia, sino que en diversos puntos había formulado el ofrecimiento de ampliar sus argumentos y exponerlos más detalladamente. En consecuencia, fue denegada la solicitud de Bolivia de rechazo inmediato de la demanda.

28. El Tribunal elaboró un calendario de presentación de escritos de las partes sobre el tema de las dos principales excepciones en materia de jurisdicción opuesta por Bolivia. Los escritos referentes a las excepciones sobre jurisdicción requeridos por el Tribunal en la Orden No. 1 se presentaron ulteriormente dentro del plazo. El 4 de junio de 2003 el Demandante presentó su «Memorial sobre la jurisdicción»; el 4 de agosto de 2003 el Demandado presentó su «Memorial de contestación sobre la jurisdicción»; el 4 de septiembre de 2003 el Demandante presentó su «Réplica» y el 6 de octubre de 2003 el Demandado presentó su «Dúplica».

Postergación de la audiencia sobre excepciones en materia de jurisdicción opuesta por el Demandado

29. En la Orden procesal No. 1 el Tribunal solicitó al Secretariado del CIADI que dispusiera, de común acuerdo con el Tribunal y con las Partes, un lugar y momento mutuamente convenientes para una audiencia de tres días de duración referente a las «Excepciones sobre Jurisdicción» opuestas por Bolivia, en noviembre o diciembre de 2003. Se llegó a un acuerdo y se previó la realización de una audiencia en Washington, D. C. entre el 17 y el 19 de noviembre de 2003.

30. En una carta fechada el 22 de octubre de 2003, el Demandado señaló que «determinados hechos ocurridos en Bolivia en las últimas semanas habían requerido la atención prioritaria del Gobierno boliviano» (traducción informal), y solicitó «la postergación de la audiencia prevista para los días 17, 18 y 19 de noviembre»¹¹. Bolivia sostuvo que esos hechos habían desviado el enfoque y la atención del Gobierno boliviano, situación que podía persistir durante algún tiempo. En una carta fechada el 23 de octubre de 2003, AdT se opuso a cualquier postergación, manifestando que la solicitud de Bolivia no era «necesaria ni razonable», pues el abogado de Bolivia habría recibido instrucciones permanentes de seguir adelante, los argumentos anteriormente presentados no habían sufrido cambios materiales y los hechos ocurridos en Bolivia no habrían influido sobre la exposición, por parte de ese país, de sus argumentos jurídicos en materia de jurisdicción¹².

31. El 5 de noviembre de 2003, el Tribunal dictó la «Orden procesal No. 2» («Orden No. 2») sobre la solicitud de Bolivia de postergación de las audiencias que, según lo previsto, debían comenzar el 17 de noviembre de 2003. El Tribunal

¹¹ Carta de Dana Contratto, abogada de Bolivia, dirigida al CIADI el 22 de octubre de 2003..

¹² Carta de Matthew Weiniger, abogado de AdT, dirigida al CIADI el 23 de octubre de 2003.,.

tomó nota de la gravedad y seriedad de los disturbios ocurridos en La Paz y otros lugares de Bolivia en septiembre y octubre de 2003, y señaló que como principio general no corresponde acceder a una solicitud de postergación de una audiencia formulada por una sola de las partes –en especial cuando la solicitud se presente poco antes de la fecha de la audiencia– a menos que existan causas suficientes para acceder a ese pedido. Las audiencias se programan con meses de anticipación, teniendo en cuenta las actividades de las partes, sus abogados y los miembros del Tribunal. El Tribunal señaló que el requisito de la «causa suficiente» es especialmente estricto cuando la solicitud de postergación se efectúa poco antes de la fecha prevista.

32. En su Orden No. 2, el Tribunal subrayó que el abogado de Bolivia no había basado directamente su solicitud de postergación de la audiencia en la gravedad de los hechos de septiembre y octubre de 2003, sino en la posibilidad de no disponer de adecuadas oportunidades de realizar las necesidades consultas finales con las autoridades bolivianas.

33. El Tribunal, invocando sus atribuciones generales en materia de procedimientos arbitrales, en casos en que las Reglas de Arbitraje no brindan orientación específica y las Partes no llegan a un acuerdo, concluyó que la gravedad de los hechos ocurridos en Bolivia, y su cercanía en el tiempo con la audiencia prevista, podrían impedir al abogado de Bolivia realizar consultas con la autoridades bolivianas competentes, cuya atención se vería dispersada, justificadamente, por la necesidad de atender la situación interna.

34. El Tribunal discrepó con el argumento de AdT de que Bolivia no experimentaría perjuicio alguno por el hecho de que se rechazara su solicitud, porque las cuestiones de jurisdicción que habían de abordarse en la audiencia era principalmente de carácter jurídico. Aunque el alcance de la audiencia debía limitarse a los escritos ya presentados, en un arbitraje no era inusual, a juicio del Tribunal, que aspectos sutiles de la exposición oral de una parte, y el énfasis de los argumentos, sufrieran cambios determinados por las consultas finales entre la parte y su abogado. Además, el Tribunal advirtió que la relación abogado–cliente podría deteriorarse si el abogado se viera obligado a presentar un alegato sin tener la oportunidad de realizar consultas finales.

35. El Tribunal subrayó que su «conclusión de que la falta de oportunidades para que el abogado consulte a sus cliente podría ser perjudicial no implica necesariamente que, sin embargo, que se justifique una postergación». Según el Tribunal:

13.***. El hecho de que el abogado no pueda realizar consultas con su cliente no es en sí causa suficiente para postergar una audiencia, ya que

esa circunstancia ordinariamente está bajo el control de la parte. Tanto los Estado como los particulares se ven enfrentados a necesidades a las que quizá prefieran dar prioridad frente a la necesidad de que el abogado mantenga deliberaciones con la parte sobre un tema que sea objeto de arbitraje. Por lo tanto, sólo en circunstancias extraordinarias el hecho de que el abogado no pueda mantener consultas con su cliente puede ser una causa suficiente para postergar una audiencia.

Al examinar los hechos específicos del caso de autos, el Tribunal concluyó que las circunstancias mencionadas por el abogado del Demandado eran extraordinarias. Según el Tribunal:

14.*** [N]o parece irrazonable que la gravedad de los acontecimientos ocurridos en Bolivia en estas últimas semanas haya obligado al gobierno de ese país a dedicar a ellos máxima atención, en detrimento de la concedida al arbitraje de autos. Ese hecho, aunado a la proximidad en el tiempo de los acontecimientos ocurridos en Bolivia y la audiencia programada, pueden impedir en la práctica al abogado de Bolivia consultar a las autoridades bolivianas competentes. Simultáneamente, el Tribunal observa que a medida que los acontecimientos de las últimas semanas vayan quedando atrás, no tardará en atenuarse el reconocimiento, por parte del Tribunal, del compromiso especial de ese país para reestablecer el orden público.

36. El Tribunal concluyó, por lo tanto, que la gravedad y el carácter extraordinario de los hechos ocurridos en Bolivia constituían causa suficiente para postergar la audiencia.

37. Al llegar a esa conclusión, el Tribunal señaló que hasta entonces cada una de las Partes había cumplido plenamente todo lo ordenado por el Tribunal, incluso en cuanto a presentación de escritos. Agregó que las solicitudes de ampliación de plazos y postergaciones podrían representar una táctica dilatoria susceptible de comprometer la integridad del proceso arbitral en conjunto, por lo cual reconoció su obligación de adoptar salvaguardias al respecto. No obstante, no existía indicio alguno de que la solicitud de postergación formulada por Bolivia representara un caso de táctica dilatoria como la referida.

38. En la Orden No. 2 se recomendó celebrar la audiencia referente a las Excepciones sobre Jurisdicción opuestas por Bolivia entre los días 12 y 14 de enero de 2004, sujeto ello a la realización de consultas por parte del Secretariado con las Partes. Ulteriormente, en observancia de la Regla 13(2) de las Reglas de Arbitraje, la Secretaria del Tribunal dialogó con cada una de las Partes y, teniendo en cuenta diversas superposiciones de fechas, señaló para la audiencia los días 9, 10 y 11 de febrero de 2004.

Mociones referentes a la presentación de testigos en la audiencia

39. A través de la Orden No. 2, el Tribunal indicó a cada una de las partes que a más tardar el 15 de diciembre de 2003, debía notificar a la otra parte y al Tribunal su eventual intención de presentar testigos en la audiencia del 9 al 11 de febrero.

40. El 15 de diciembre de 2003, Bolivia presentó su contestación a la Orden No. 2 indicando que se proponía presentar en la audiencia a dos peritos: el profesor Rudolf Dolzer y el profesor Merritt B. Fox. También solicitó que se le concediera la posibilidad de examinar a todos los testigos propuestos por AdT. El 15 de diciembre de 2003, AdT también presentó una solicitud, indicando que no se proponía presentar en la audiencia a ningún perito y objetando lo solicitado por Bolivia de que todos los testigos pudieran ser objeto de repreguntas, mecanismo que calificó de costoso e innecesario, ya que los peritos cuyas declaraciones se escucharían se pronunciarían sobre cuestiones de derecho, y no de hecho.

41. El 31 de diciembre de 2003, el Tribunal dictó la «Orden procesal No. 3 («Orden No. 3»), señalando que a su juicio lo acostumbrado en el arbitraje internacional es que esos deponentes, independientemente de que se declaren sobre cuestiones de derecho o de hecho, deben poder ser examinados, si así se solicita. El Tribunal señaló también que, si fuera necesario, cabría aceptar la posibilidad de tomarles declaración a través de videoconferencias u otros medios, por más que presumiblemente sea preferible que comparezcan personalmente. Por lo tanto, el Tribunal accedió a la solicitud de Bolivia de que pudieran formularse repreguntas en la audiencia a los declarantes.

42. En la Orden No. 3 se estableció asimismo el orden de las exposiciones que habían de formularse en la audiencia y el plazo máximo disponible para cada una de ellas. Se dispuso que, a falta de acuerdo en contrario de las partes, el testigo cuya declaración se ofreciera como prueba de determinado asunto debía ser presentado y repreguntado durante la «primera ronda de presentaciones» de la parte respectiva. Todo el tiempo que ocupara el interrogatorio directo o mediante repreguntas a un deponente se deduciría del tiempo total asignado a la parte que los interrogara. El Tribunal indicó a ambas Partes que podían dedicar el tiempo asignado a sus exposiciones orales a la presentación de un testigo cuya declaración ya figurara en el expediente. Presentado un testigo, la otra parte podía optar por formularle repreguntas teniendo en cuenta que el tiempo que se le dedicara a estas se imputaría al tiempo concedido a esa parte.

Audiencia sobre excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el Demandado y escritos posteriores a la audiencia presentados por las Partes

43. La audiencia referente a las excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el Demandado tuvo lugar en Washington, D.C. los días 9, 10 y 11 de febrero de 2004.

44. El Tribunal toma nota de que, entre marzo de 2004 y junio de 2004, las Partes, solicitaron, mensualmente, conjuntamente al Tribunal que se abstuviera de dictar una decisión.

Preguntas del Tribunal a los Países Bajos, el Estado parte del TBI ajeno a la controversia, formuladas con posterioridad a la audiencia.

45. En diversas etapas de los procedimientos de autos, las Partes presentaron pruebas y expusieron argumentos referentes a varias declaraciones públicas formuladas por el Gobierno de los Países Bajos en relación con diversas disposiciones del TBI celebrado por ese país con Bolivia¹³.

46. Como el Gobierno de los Países Bajos no es parte de este arbitraje ni participa en él en otra calidad, se dejó librada a las partes la admisión o rechazo de la presentación de esas declaraciones.

47. El Tribunal concluyó que le resultaría útil obtener información específica del Gobierno de los Países Bajos, por lo cual, en aplicación de la Regla 34 de las Reglas de Arbitraje, el 1 de octubre de 2004 formuló preguntas específicas, por escrito, a Johannes G. Lammers, asesor jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores de los Países Bajos.

48. El Tribunal puso en conocimiento de las partes esta diligencia mediante una carta fechada el 4 de octubre de 2004, a la que adjuntó la carta que había enviado el 1 de octubre, y les hizo saber que, si correspondiera, se les daría la oportunidad de formular comentarios sobre la eventual contestación del Sr. Lammers.

49. El 14 de diciembre de 2004, el Tribunal recibió una carta de respuesta del Sr. Lammers, fechada el 29 de octubre de 2004, a la que se adjuntaba un documento titulado «Interpretación del Acuerdo sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Bolivia y el Reino de los Países Bajos, suscrito el 19 de marzo de 1992 y que entró en vigor el 1 de noviembre

¹³ Véase, *infra*, párrafos 259 y 260.

de 1994». En cumplimiento de la «Orden procesal No. 4» («Orden No. 4) se remitió a las partes dicha carta y su anexo, y se les solicitó que a más el 5 de enero de 2005 formularan los comentarios que desearan sobre los aspectos de la carta del Sr. Lammers en que éste respondiera al cuestionario limitado del Tribunal. Ambas partes formularon sus comentarios dentro del plazo referido.

Relación de hechos

50. En la sección que sigue se resumen los antecedentes fácticos referentes a las partes y a las transacciones que dieron lugar al procedimiento de autos. Las circunstancias fácticas que se sintetizan son las que integran los argumentos que formula Bolivia en sus excepciones en materia de jurisdicción.

Aguas del Tunari, S.A.

51. AdT, Demandante en estos procedimientos, es una persona jurídica constituida en conformidad con la legislación de Bolivia¹⁴.

La firma de la Concesión de agua y alcantarillado sanitario de Cochabamba en septiembre de 1999

52. En 1998, Bolivia puso en marcha una licitación pública internacional para privatizar servicios de agua y alcantarillado sanitario así como otorgar una licencia de generación de electricidad para su tercera ciudad más grande, Cochabamba. En abril de 1999 sólo se había presentado una oferta, formulada por un consorcio denominado «Aguas del Tunari»¹⁵, dirigido por Internacional Water Ltd¹⁶. Esa única oferta no cumplía los requisitos del proceso de licitación y, por lo tanto, no prosperó. El consorcio propuso a Bolivia iniciar negociaciones referentes a la concesión¹⁷, y el 19 de abril de 1999 se creó por decreto un comité de negociación¹⁸. En virtud de lo dispuesto por el Decreto Supremo del

¹⁴ AdT presentó al Tribunal: 1) la Escritura Pública de Constitución de una Sociedad de AdT, fechada el 23 de agosto de 1999 (Documento 1, anexo a la Solicitud de Arbitraje), 2) La Modificación de Estatutos de AdT, fechada el 2 de septiembre de 1999 (Documento 2, anexo a la Solicitud de Arbitraje) y 3) la Matrícula de Inscripción de AdT en el Registro de Comercio (Documento 3, anexo a la Solicitud de Arbitraje). Bolivia no cuestiona el hecho de que AdT es una persona jurídica boliviana.

¹⁵ Solicitud de Arbitraje, 12 de noviembre de 2001, párrafos 8 y 9.

¹⁶ Mem. Contest. Ddo., pág. 8, párrafo 15.

¹⁷ *Ibid.*, párrafo 16.

¹⁸ Decreto Supremo No. 25351, 19 de abril de 1999 (Documento 17, anexo a la Solicitud de Arbitraje).

11 de junio de 1999, las Superintendencias de Aguas y de Electricidad de Bolivia fueron autorizadas a negociar la concesión de agua y una licencia de generación eléctrica¹⁹.

53. El 2 de septiembre de 1999, AdT, el vehículo constituido localmente para la inversión extranjera del consorcio, se registró oficialmente como sociedad boliviana, culminando así un proceso de creación iniciado en julio de 1999²⁰.

54. El 2 de septiembre de 1999, el Gobierno boliviano aprobó el texto de la Concesión, lo que abrió camino para su adjudicación²¹. El 3 de septiembre de 1999 se celebró el contrato de Concesión, que suscribieron el Sr. Luis Guillermo Uzin Fernández, Superintendente de Aguas, y el Sr. Geoffrey Richard Torpe, de AdT, y que fue ratificado formalmente por Resolución Administrativa²². AdT señala que aproximadamente en el mismo período se celebraron además varios contratos conexos²³.

55. La Concesión se hizo efectiva al 1 de noviembre de 1999²⁴.

56. A continuación se describe la reacción del público ante la Concesión²⁵.

¹⁹ Decreto Supremo No. 25413, 11 de junio de 1999 (Documento 18, anexo a la Solicitud de Arbitraje).

²⁰ Matrícula de Inscripción de AdT en el Registro de Comercio (Documento 3, anexo a la Solicitud de Arbitraje).

²¹ Mem. Contest. Ddo., pág. 15, párrafo 27.

²² Contrato de Concesión entre la Superintendencia de Aguas y el Consorcio Aguas del Tunari (Documento 20, anexo a la Solicitud de Arbitraje); Resolución Administrativa SA No. 24/99 (documento 21, anexo a la Solicitud de Arbitraje).

²³ Solicitud de Arbitraje, pág. 6, nota 15. Según el Demandante, los otros contratos fueron los siguientes: el «Contrato del sistema de propiedades de SEMAPA» mutuamente celebrado por AdT y el Servicio Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Cochabamba (SEMAPA) (arrendamiento comercial y transferencia de bienes del SEMAPA a AdT), el «Contrato del sistema de propiedades de Mísicuni» mutuamente celebrado por AdT y la Mísicuni Company (venta a AdT de la estación de bombero de Tíuri). A ello se agregan dos contratos de licencias concedidas por «Resolución Conjunta» de las Superintendencias de Agua y Electricidad: «Licencia de generación de electricidad y concesión de uso de aguas de los ríos Mísicuni, Visacha y Putucuni y sus tributarios», y «Contrato de licencia para la generación de electricidad con las Superintendencias de Aguas y Electricidad».

²⁴ Resolución Administrativa SA No. 39/99 (Documento 24, anexo a la Solicitud de Arbitraje).

²⁵ Véanse los párrafos 62 a 70.

Términos de la Concesión

57. En la Concesión se preveía una relación de 40 años de duración entre AdT y las Superintendencias de Aguas y de Electricidad bolivianas. AdT se obligó a proporcionar un volumen regular de agua potable de determinada calidad para la ciudad de Cochabamba, a cambio de una rentabilidad negociada para su inversión. En la Concesión se preveía la posibilidad de que AdT ampliara sus operaciones para satisfacer las necesidades de una mayor población²⁶. Los contratos relacionados con la Concesión y a los que se hace referencia en el párrafo 56, implicaron entre otras cosas, la participación de AdT en proyectos de agua con componentes de generación de electricidad.

58. En el Artículo 41 de la Concesión, titulado «Resolución de diferencias», se preveía un sistema de solución de controversias, estableciéndose en lo pertinente:

Artículo 41.2 [AdT] reconoce la jurisdicción y competencia de las autoridades que componen el Sistema de Regulación Sectorial (SIRESE) y tribunales de la República de Bolivia, de conformidad con la Ley SIRESE y otras leyes bolivianas aplicables.

Artículo 41.3 Las estipulaciones del presente Contrato no podrán interpretarse como renuncia por parte de los Accionistas, los Accionistas Fundadores, incluyendo los Accionistas Últimos, a mecanismo de Resolución de controversias establecidos en tratados internacionales reconocidos por la República de Bolivia.

Artículo 41.4 [...]

Artículo 41.5 Las Partes [La Superintendencia de Aguas y AdT] reconocen que dichos Accionistas y Accionistas Últimos del Concesionario incluyendo los Accionistas Fundadores, son libres para ampararse en aquellos métodos de resolución de disputas que puedan serles legalmente disponibles de acuerdo a la Ley Boliviana (como por ejemplo arbitraje bajo las reglas de CCI, CIADI, o UNCITRAL y otros organismos internacionales similares). Las Partes acuerdan cooperar en el proceso arriba mencionado, en la medida que les sea permitido por Ley²⁷.

Este artículo es una base para parte de las excepciones opuestas por Bolivia en materia de jurisdicción.

59. La Concesión contiene también varias disposiciones referentes a la estructura de la propiedad de AdT. El Artículo 37.I establece, en lo pertinente:

²⁶ Texto de la Concesión, en el Anexo 6.

²⁷ Concesión (Documento 20, anexo a la Solicitud de Arbitraje). Los pasajes de la Concesión que revisten importancia para la presente decisión se reproducen en el Apéndice II.

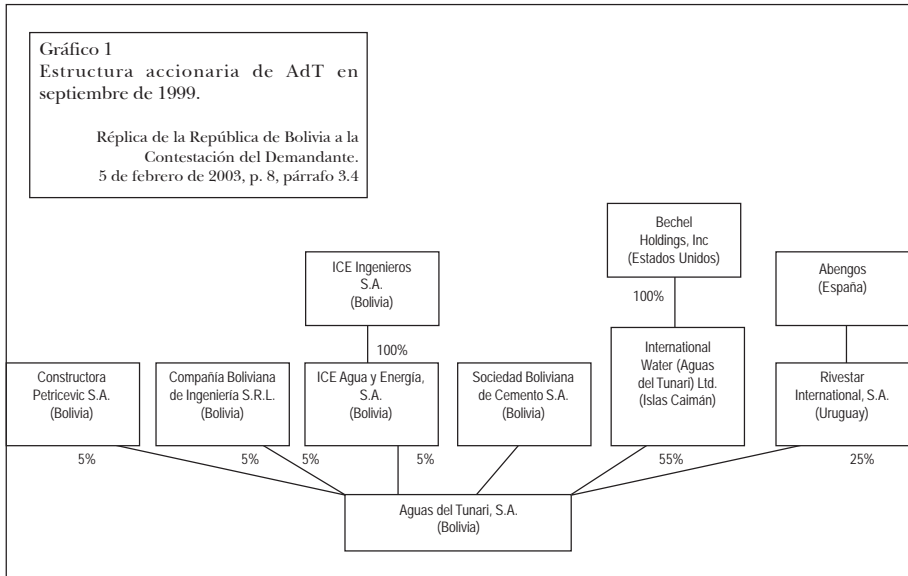
[C]ada Accionista Fundador deberá mantener más del 50% de su porcentaje original de participación en el capital con derecho a voto del Concesionario por lo menos durante los primeros siete (7) años de las Concesiones²⁸.

La titularidad accionaria hacia arriba de AdT en septiembre de 1999

60. A la fecha en que se adjudicó la Concesión, en septiembre de 1999, la titularidad accionaria de AdT era la siguiente:

1. El 20% de las acciones de AdT se dividían entre cuatro sociedades bolivianas²⁹;
2. Riverstar International S.A., de Uruguay, era la propietaria del 25% de las acciones³⁰, y
3. El 55% restante de las acciones eran de propiedad de Internacional Water (Tunari) Ltd («IW Ltd»), de las Islas Caimán. La totalidad de las acciones de IW Ltd eran de propiedad de Bechtel Enterprise Holding, Inc., sociedad organizada conforme a la legislación de los Estados Unidos de América.

61. Esta estructura accionaria está representada en el gráfico siguiente:



²⁸ *Ibíd.*

²⁹ Esas sociedades eran Constructora Petricevic, S.A.; Compañía Boliviana de Ingeniería, S.R.L.; ICE Agua y Energía, S.A., y Sociedad Boliviana de Cemento, S.A., cada una con un 5%.

³⁰ Riverstar es una sociedad perteneciente en un 100% a Abengoa, de España.

Hechos ocurridos en el otoño de 1999 tras la adjudicación de la Concesión

62. Dos series de hechos ocurridos en el otoño de 1999 revisten interés para el procedimiento de autos. Primero, la reacción del público frente a la adjudicación de la Concesión y las respuestas de Bolivia y de AdT ante esa reacción. Segundo, la planificación para una reorganización institucional de la estructura accionaria de AdT, y su eventual realización. Las partes discrepan sobre los detalles o la importancia de cada una de esas series de hechos y la existencia de una conexión entre ambas.

63. Con respecto a la primera serie de hecho, de los antecedentes que tiene ante sí el Tribunal parece surgir que ciertas entidades ciudadanas estaban al tanto de la negociación de una concesión de manera general, pero deseaban obtener información más específica sobre ese proceso. Así, el 3 de septiembre de 1999 (el día en que se adjudicó la Concesión), en un artículo periodístico se informó que el Comité de Defensa del Agua criticaba las negociaciones, atribuyéndoles falta de transparencia, y solicitaba que el Gobierno boliviano, antes de hacer efectiva la Concesión, publicara las tarifas reales que habían de regir³¹.

64. El Demandado manifiesta: «A decir verdad, ninguno de los que negociaron la concesión pudo haber previsto la reacción intensamente hostil con que fue recibida AdT inmediatamente después de la firma del Acuerdo»³² (traducción informal). El 14 de septiembre de 1999, en un artículo periodístico se dieron a conocer las declaraciones del Gobierno y las preocupaciones de entidades ciudadanas en cuanto al monto de las nuevas tarifas. El gobierno señaló que las tarifas entrarían en vigor el 1 de diciembre de 1999³³. En octubre un artículo dio cuenta de las opiniones de la sociedad, del Gobierno y de las entidades privadas acerca de los posibles efectos de la Concesión sobre los pozos de agua privados existentes en la zona de la Concesión y se dejó constancia de las preocupaciones de los ciudadanos³⁴.

65. De expediente que tiene ante sí el Tribunal se desprende que las críticas formuladas por entidades ciudadanas con respecto a la Concesión se intensificaron después que ésta se hizo efectiva, en noviembre de 1999. En un artículo fechado el 17 de noviembre de 1999 se analizan los incrementos de tarifas y sus posibles repercusiones. En la nota del artículo se propone la anulación de la Concesión³⁵.

³¹ Mem. Contest. Ddo., Documento 5.

³² Mem. Contest. Ddo., pág. 16, párrafo 30.

³³ Mem. Contest. Ddo., Documento 7.

³⁴ Mem. Contest. Ddo., Documento 8.

³⁵ Mem. Contest. Ddo., Documento 10.

66. El Demandado señala que «representantes de la Superintendencia de Aguas celebraron reuniones y dialogaron con entidades de la comunidad de Cochabamba para aclarar el alcance de las facultades de AdT dentro de la zona de la concesión»³⁶ (traducción informal). El 28 de noviembre de 1999, AdT procuró responder a las críticas públicas dando a conocer en varios diarios bolivianos, incluidos algunos de Cochabamba, una «Carta Abierta» en que trataba de exponer claramente su opinión sobre siete puntos³⁷. En un artículo periodístico fechado el 29 de noviembre de 1999 se describe la manera en que se preveía que diversas organizaciones sindicales de Cochabamba interpusieran recursos de inconstitucionalidad contra la Ley de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado y exigieran la rescisión de la Concesión³⁸. Al hacerse efectivas las nuevas tarifas, el 1 de diciembre de 1999, en una crónica periodística se hizo hincapié en que políticos, sindicalistas y dirigentes vecinales de Cochabamba reclamaban contra los incrementos de tarifas³⁹. En otra crónica, fechada el 5 de diciembre de 1999, se indicaba que el Superintendente de Aguas había señalado que las nuevas tarifas seguirían en vigor a menos que se adoptara una nueva Resolución Administrativa⁴⁰.

67. En cuanto a la segunda serie de hechos, el 9 de noviembre de 1999 Bechtel anunció que había llegado a un acuerdo con Edison, S.p.A., de Italia, en virtud del cual ambas empresas unirían sus respectivos proyectos de gestión de aguas, incluido IW Ltd, en una única operación conjunta en virtud de la cual Edison asumiría un interés del 50% en IW Ltd.

68. El 24 de noviembre de 1999 Bechtel escribió a la Superintendencia de Aguas y Electricidad, dándoles cuenta de las modificaciones de la propiedad propuestas para AdT como consecuencia de la participación de Edison⁴¹. En esa carta, Bechtel señalaba: «[d]e nuestro examen de los contratos en relación con el proyecto, para completar la Transacción parece surgir la necesidad de que ustedes acepten la transferencia de las Acciones» (traducción informal). El 3 de diciembre de 1999, el abogado local boliviano de Bechtel escribió a la Superintendencia de Aguas y de Electricidad manifestando que, a su juicio,

³⁶ Mem. Contest. Ddo., pág. 18, párrafo 35.

³⁷ Mem. Contest. Ddo., Documento 28.

³⁸ Mem. Contest. Ddo., Documento 12.

³⁹ Mem. Contest. Ddo., Documento 14.

⁴⁰ Mem. Contest. Ddo., Documento 18.

⁴¹ Mem. Contest. Ddo., Documento 1.

«como ese cambio guarda[ba] relación con obligaciones tributarias ante jurisdicciones distintas de Bolivia», la transferencia dejaría a AdT «sometida al mismo control», no suscitaría «ningún impacto desfavorable» para Bolivia, y «no habría razón para denegar la aprobación»⁴² (traducción informal). La Superintendencia de Aguas dio su aprobación a la propuesta de transferencia de las acciones de IW Ltd en AdT a una sociedad holandesa el 3 de diciembre de 1999, aunque Bolivia cuestiona el contenido y los efectos jurídicos de ese acto⁴³.

69. El Demandante manifiesta que interrumpió su programa de transferencia de las acciones de IW Ltd, sociedad de las Islas Caimán, a una nueva sociedad holandesa, según lo descrito en el párrafo anterior, y que decidió, en cambio, migrar la compañía de las Islas Caimán a Luxemburgo. El Demandado discrepa con la distinción efectuada entre transferencia y migración. (El Tribunal se refiere a esta diferencia entre las partes al considerar el cuarto aspecto de la Primera Excepción, a partir del párrafo 156).

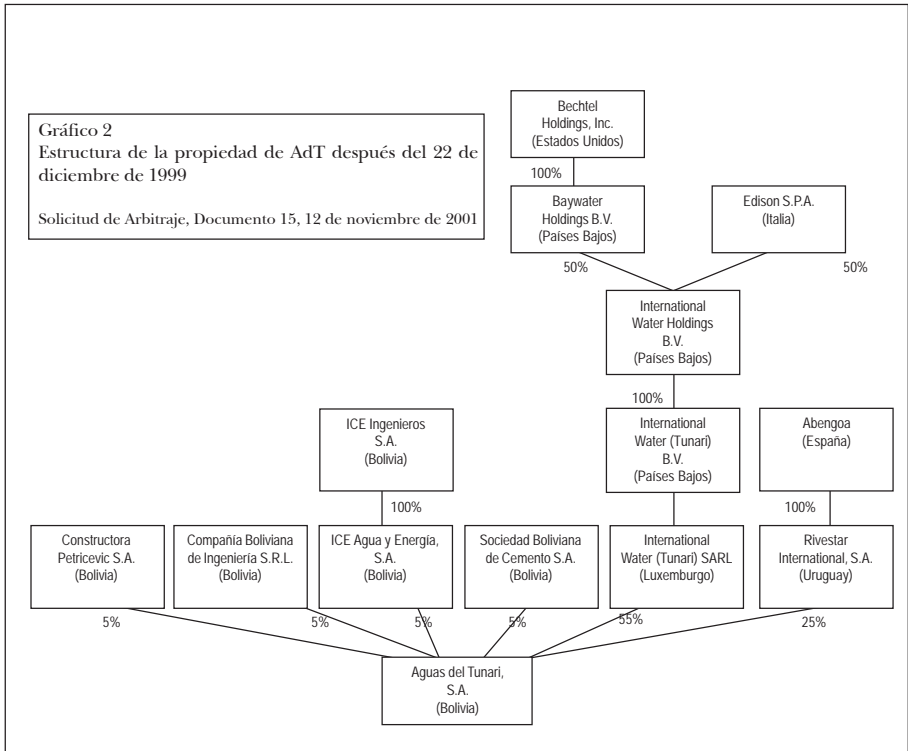
70. En previsión de la reorganización institucional prevista como parte de la operación conjunta con Edison, el 25 de noviembre de 1999 se constituyó Baywater Holdings B.V. («Baywater») en el marco de la legislación holandesa. En ese mismo marco, el 8 de diciembre de 1999, Baywater e IWH B.V. constituyeron Internacional Water Holdings B.V. («IWH B.V.»), respectivamente. El 21 de diciembre de 1999, IW Ltd, de las Islas Caimán, «emigró» a Luxemburgo, donde pasó a denominarse Internacional Water (Tunari) S.a.r.l. («IW S.a.r.l.»). Finalmente, el 22 de diciembre de 1999 IWT B.V. pasó a ser titular del 100% de las acciones de IW S.a.r.l.

⁴² Mem. Contest. Ddo., Documento 2.

⁴³ Mem. Contest. Ddo., págs. 26 y 43. El Demandado expresa: «Basándose en las manifestaciones del Sr. Guevara, el Superintendente de Aguas dio su aprobación a Bechtel, para que procediera a la transferencia de acciones» (traducción informal). Véase Contest. Ddo. Págs. 25 y 26, párrafos 47 y 48. El Demandado niega que la Superintendencia de Aguas estuviera facultada para aprobar la transferencia de acciones propuesta. *Ibid.*, pág 26, párrafo 48.

La estructura accionaria de AdT en diciembre de 1999

71. AdT sostiene que la estructura resultante de la reorganización de diciembre de 1999 es la que se describe en el gráfico siguiente:



72. Aunque el Demandado no cuestiona este gráfico, tampoco resulta claro que acepte su exactitud. En relación con las excepciones en materia de jurisdicción opuestas en esta etapa de los procedimientos, las Partes están de acuerdo en que esos cambios significaron que a diciembre de 1999 AdT ya no era de propiedad de una sociedad de las Islas Caimán. Finalmente, aunque las Partes también parecen aceptar que el 55% del control accionario de AdT se transfirió a través de sociedades holandesas con posterioridad al 22 de diciembre de 1999, Bolivia cuestiona la existencia real de esas entidades holandesas, describiéndolas como empresas vacías.

Impugnaciones a la Concesión y su terminación

73. Las partes están contestes en que en diversas zonas de Bolivia, y en especial en Cochabamba, existió una fuerte oposición a la Concesión con posterioridad

al 1 de enero de 2000, pero discrepan sobre las razones de esa oposición y sobre si alguna de ellas incurrió en incumplimiento de las obligaciones que le imponía la Concesión en respuesta a los grupos en oposición. Las partes coinciden en que el movimiento de oposición se exacerbó en los primeros meses de 2000, después que AdT comenzó a operar, en enero de 2000, y que la Concesión fue terminada a principios de abril de 2000, tras fuertes y violentas protestas.

Las cuestiones planteadas

Consideraciones generales referentes a la jurisdicción

74. Este Tribunal se encuentra constituido conforme al Convenio del CIADI, del que Bolivia y los Países Bajos son Estados partes⁴⁴. La jurisdicción, en los arbitrajes del CIADI, requiere el consentimiento del Demandante y del Demandado. El Artículo 25 (1) de dicho convenio establece:

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. (Destaque agregado)

75. El consentimiento de las partes requerido por el Artículo 25(1) puede expresarse a través de diversos instrumentos escritos, uno de los cuales puede contener la oferta de arbitraje y otro la aceptación. Es el Demandante el llamado a probar las bases de la competencia de un Tribunal del CIADI.

76. AdT basa la competencia del Tribunal en el Acuerdo sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Bolivia y el Reino de los Países Bajos⁴⁵. En esos tratados bilaterales de inversión, ambos Estados partes dan su consentimiento al arbitraje mediante una oferta para arbitrar las reclamaciones de inversionistas establecidos en un Estado contratante que alegan incumplimientos del tratado por agentes del otro Estado contratante.

⁴⁴ Bolivia suscribió el Convenio el 3 de mayo de 1991 y lo ratificó el 23 de junio de 1995. El Convenio entró en vigor para Bolivia el 23 de julio de 1995. Los Países Bajos suscribieron el Convenio el 25 de mayo de 1966 y lo ratificaron el 14 de septiembre de 1966. El Convenio entró en vigor para los Países Bajos el 14 de octubre de 1966 (véase <http://www.worldbank.org/icsid/constate/c-states-en.htm>).

⁴⁵ Véase la nota 1, *supra*.

77. Conforme a la Regla 41(1) de las Reglas de Arbitraje, las excepciones en materia de jurisdicción «deberá[n] oponerse lo antes posible». Bolivia planteó una serie de excepciones cuando AdT presentó su Solicitud de Arbitraje, y mantuvo su oposición en escritos subsiguientes. Esas excepciones se presentaron dentro del plazo.

78. El Tribunal toma nota de que la Regla 41(2) de las reglas de Arbitraje establece: «[e]l Tribunal podrá considerar de oficio en cualquier estado del procedimiento, si la diferencia que se le ha sometido cae dentro de la jurisdicción del Centro y es de su propia competencia»⁴⁶. A juicio del Tribunal, esa potestad comprende necesariamente la de considerar los efectos, en materia de jurisdicción, de una excepción ambigua o falta de claridad, y si es preciso modificar la redacción de la excepción para hacer posible un examen cabal de la cuestión de la jurisdicción.

Manifestaciones del Demandante en cuanto al fundamento de la jurisdicción

79. El Demandante promueve el arbitraje ante el CIADI basándose en el TBI Países Bajos-Bolivia⁴⁷, cuyo Artículo 9 (6) establece más precisamente:

Si ambas Partes Contratantes se han adherido al Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados del 18 de marzo de 1965 [Convenio del CIADI], las diferencias derivadas de inversiones que pudieran surgir entre una de las Partes Contratantes y un nacional de la otra Parte Contratante, serán, de acuerdo con las disposiciones de dicho Convenio, sometidas a conciliación o arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

80. AdT sostiene que es una entidad «nacional» de los Países Bajos tal como las define el TBI. Los artículos 1 (b) (ii) y (iii) del TBI definen como «nacionales»:

- (ii) sin perjuicio de las provisiones de (iii), personas jurídicas constituidas en conformidad con la ley de esa Parte Contratante;
- (iii) personas jurídicas controladas directa o indirectamente por nacionales de esa Parte Contratante, pero constituidas en conformidad con la ley de esa Parte Contratante.

⁴⁶ Véanse las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI, Capítulo 5, que puede consultarse en: <http://www.worldbank.org/icsid/basidoc/partF-chap05.htm#r41>.

⁴⁷ Solicitud de Arbitraje, pág. 2, párrafo 3.

81. AdT se identifica como persona jurídica constituida en conformidad con la legislación de Bolivia y «controlada directa o indirectamente» por nacionales de los Países Bajos, a saber, IW.T B.V. e IWH B.V., de los Países Bajos⁴⁸.

82. AdT sostiene que, siendo Bolivia y los Países Bajos partes del Convenio del CIADI y siendo AdT nacional de los Países Bajos conforme a la definición contenida en el TBI, el CIADI es un foro al que puede recurrir en su diferencia con Bolivia en materia de inversiones.

Excepciones del Demandado

83. El Demandado opone dos excepciones en materia de jurisdicción del Tribunal.

84. La Primera excepción del Demandado consiste en que Bolivia no consintió la jurisdicción del CIADI. Esa excepción contiene numerosos aspectos expuestos separadamente y en conjunto. Aunque el texto de la Primera Excepción no es claro, el Tribunal ha hecho grandes esfuerzos para considerar los diversos aspectos que puede abarcar y ha identificado seis de ellos.

1. Primero, que las circunstancias que rodearon la negociación de la Concesión y la cláusula de resolución de controversias contenida en la Concesión privan de jurisdicción al CIADI.
2. Segundo, que Bolivia carece de legitimación procesal en estas actuaciones.
3. Tercero, que el TBI, a través de su Artículo 2, encomienda al Tribunal examinar los límites existentes en la legislación y los reglamentos bolivianos, y que esos límites privan de jurisdicción al CIADI en el caso de autos.
4. Cuarto, que la Concesión determinó la estructura accionaria de AdT y que la reorganización por AdT en diciembre de 1999 representó un incumplimiento de la Concesión, lo que priva de jurisdicción a este Tribunal.
5. Quinto, que determinadas manifestaciones referentes a las consecuencias jurídicas del proyecto de transferencia de la propiedad de AdT no resultaron ciertas, lo que implica incumplimientos que privan de jurisdicción al CIADI.
6. Sexto, la situación que se expone en estas actuaciones no está comprendida en los límites del consentimiento dado por Bolivia al TBI.

⁴⁸ Solicitud de Arbitraje, págs. 3 y 4, párrafo 6.

85. La Segunda Excepción opuesta por el Demandado es más específica. En la misma se sostiene que AdT no es un «nacional» de los Países Bajos según la definición de esa expresión contenida en el Artículo 1(b)(ii) y (iii) del TBI, ya que no es «controlada directa o indirectamente» por nacionales de los Países Bajos.

El derecho aplicable

86. La legislación sustantiva aplicable aparece en el TBI, en especial en los Artículos 1(b)(iii), 2 y 9(6). Dicho tratado entró en vigor entre Bolivia y los Países Bajos el 1 de noviembre de 1994.

87. Puesto que el Artículo 9(6) del TBI implica el consentimiento al arbitraje ante el CIADI, las normas sobre jurisdicción previstas en ese tratado están limitadas por las disposiciones sobre jurisdicción contenidas en el Convenio del CIADI.

88. La ley aplicable para la interpretación del TBI es la que surge del derecho internacional consuetudinario. Los Países Bajos son parte de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados («Convención de Viena»); Bolivia no lo es⁴⁹. Las Partes, sin embargo, coinciden en que las disposiciones de esa convención referentes a la interpretación de los tratados reflejan el derecho internacional consuetudinario. El Tribunal comparte esa opinión y por esa razón aplica la Convención de Viena⁵⁰.

89. El Tribunal toma nota de que el TBI está dado en tres idiomas: español, holandés e inglés. En su cláusula final, el tratado establece que los tres textos son igualmente auténticos, pero que en caso de diferencias de interpretación «prevalecerá el texto en inglés». Por lo tanto, en caso de diferencias el Tribunal debe interpretar los tres textos remitiéndose especialmente al texto en inglés. Tanto Bolivia como AdT, al parecer porque no creen que valga la pena proceder de otro modo, se basan en el texto en inglés para exponer sus argumentos sobre el sentido de las disposiciones del TBI. El Tribunal hace lo propio.

⁴⁹ La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *adoptada y abierta a la firma* el 23 de mayo de 1969, *entró en vigor* el 27 de enero de 1980 (1155 United Nations Treaty Series 331) y Bolivia la suscribió el 23 de mayo de 1969, pero aún no la ha ratificado. Los Países Bajos adhirieron a la Convención de Viena el 9 de abril de 1985. En cuanto al estado de los proceso de ratificación, véase: <http://untreaty.un.org/ENGLISH/bible/englishinternetbible/partI/chapterXXIII/treaty1.asp#N8>.

⁵⁰ Véase, por ejemplo, Mem. Dtc., págs. 51 a 53, párrafos 142 a 146; Mem. Contest. Ddo., pág. 71, párrafo 149; Dúp. Ddo., pág. 48, párrafo 91.

90. El Artículo 31 de la Convención de Viena establece la «regla general de interpretación».

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 que 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 aplica 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.

91. La interpretación prevista en el Artículo 31 de la Convención de Viena es un proceso de círculos concéntricos, en que el intérprete comienza a considerar, en el marco de la norma general, 1) el sentido corriente de los términos del tratado, 2) en su contexto, y 3) a la luz del objeto y del fin del tratado, y recorriendo esa senda hermenéutica de tres pasos avanza hacia la interpretación apropiada. Al abordar esa tarea, es esencial observar dos cosas con respecto a la norma general de interpretación prevista en la Convención de Viena. Primero, dicha convención no da preferencia a ninguno de los tres aspectos del método de interpretación. El significado de un vocablo o frase no surge exclusivamente de diccionarios o datos etimológicos. Como señaló Schwarzenberger, la propia palabra «sentido» tiene por lo menos 16 acepciones en el diccionario⁵¹. Por el contrario, la interpretación de un vocablo o una

⁵¹ Georg Schwarzenberger, *Myths and Realities of Treaty Interpretation: Articles 27-29 of the Viena Draft Convention on the Law of Treaties*, 22 CURRENT LEGAL PROBLEMS 205, 219 (1969). Según Barak: «Desde el punto de vista idiomático, un significado no prevalece sobre otro. Todo significado posible en un contexto semántica también es semánticamente permisible. Sería un error basar una doctrina de interpretación jurídica en lo que podríamos llamar el dictado de la lingüística». AHARON BARAK, JUDICIAL DISCRETION 341-342 (1987).

frase implica, en cambio, una complicada tarea consistente en considerar el sentido corriente de un vocablo o frase en el contexto en que se encuentren y a la luz del objeto y la finalidad del documento. Segundo, la Convención de Viena se aparta de los cánones de interpretación anteriormente comunes en materia de exégesis de tratados, que actualmente persisten por error en diversas decisiones internacionales. No menciona, por ejemplo, el canon en virtud del cual los tratados deben interpretarse en sentido estricto, según el cual se presume que los Estados no pueden haber tenido la intención de restringir su gama de acción⁵². En lugar de catalogar esos cánones (que en el mejor de los casos puede decirse que reflejan una *modalidad general*), la Convención de Viena encomienda al intérprete centrar la atención en el *caso específico*, que puede o no ser representativo de esa modalidad general.

Decir que un canon refleja una práctica generalizada no implica que refleje una práctica universal. La directriz de la Convención de Viena según la cual debe examinarse el sentido corriente de un vocablo en su contexto y a la luz del objeto y el fin del tratado está destinada a: 1) descubrir la intención que tuvieron las partes en el instrumento de que se trata, 2) respetar la posibilidad de que las partes hayan utilizado el instrumento para abordar cuestiones de interés común en forma innovadora, y 3) no adaptar, forzándolas, la metas específicas de un tratado a supuestos generales referentes a la intención de los Estados, supuestos que necesariamente se basan en evaluaciones de prácticas anteriores⁵³.

92. El Artículo 32 de la Convención de Viena se refiere a «medios de interpretación complementarios» y establece:

Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, incluyendo 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:

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

⁵² Ambas partes, en diversos puntos de sus escritos, hacen referencia a cánones de interpretación.

⁵³ Lauterpacht, con respecto a la situación imperante antes de la Convención de Viena, señaló: «La opinión que va ganando cada vez mayor aceptación parece ser la de que algunas de las actuales reglas de interpretación de tratados * * *, en lugar de contribuir a alcanzar la que ha sido considerada como finalidad principal de la interpretación, es decir el descubrimiento de la intención de las partes, en definitiva dificulta el logro de ese objetivo». Hersch Lauterpacht, *Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties*, 26 BRITISH YEARBOOK OF INTERNATIONAL LAW, 48, 52 (1949).

En el comentario de la CDI sobre su borrador anterior de este artículo se señala que el papel «complementario» del Artículo 32 sirve para hacer hincapié en la importancia capital del Artículo 31, según el cual «debe presumirse que el texto del tratado es la expresión auténtica de las intenciones de las partes, y que el objeto de la interpretación consiste en la elucidación del significado del texto, y no la investigación *ab initio* de las supuestas intenciones de las partes»⁵⁴.

93. Por lo tanto, el Tribunal, al aplicar la Convención de Viena, en especial en cuanto a la interpretación de la expresión «controladas directa o indirectamente»:

Primero, considera el sentido de un vocablo de un texto conforme al Artículo 31 de la Convención de Viena;

Segundo, confirma la interpretación resultante conforme al Artículo 32 de convencional Convención de Viena; y

Tercero, aplica esa interpretación al caso que tiene ante sí.

La Primera Excepción

El primer aspecto de la Primera Excepción del Demandado, según el cual el Acuerdo de la Concesión priva de jurisdicción al CIADI

Excepción opuesta por el Demandado

94. El Demandado sostiene que el texto y la historia de las negociaciones de la Concesión, así como la legislación de Bolivia, indican que las diferencias referentes a la Concesión deben resolverse en los tribunales bolivianos conforme a la legislación boliviana.

95. El Demandado sostiene, en primer lugar, que el texto de la Concesión requiere que esa diferencia se resuelva en tribunales bolivianos conforme a la legislación boliviana⁵⁵.

96. El Demandado hace referencia, en forma general al Artículo 41 de la Concesión (titulado «Resolución de controversias») y, en especial, sostiene que el Artículo 41.2 constituye una cláusula de competencia exclusiva por la que se

⁵⁴ I.L.C. Report on the Work of Its 8th Session, 1996 I.L.C. YEARBOOK (II) 223, Comentario al Artículo 28, párrafo 18.

⁵⁵ Mem. Contest. Ddo., págs 10 y 11, párrafo 18 y 19.

selecciona a los tribunales bolivianos, que impide a AdT promover un arbitraje ante el CIADI⁵⁶. El Artículo 41 (2) dispone:

[El Concesionario] reconoce la jurisdicción y competencia de las autoridades que componen el Sistema de Regulación Sectorial (SIRESE) y de los tribunales de la República de Bolivia, de conformidad con la Ley SIRESE y otras leyes bolivianas aplicables⁵⁷.

Según Bolivia, el Artículo 41 contiene «una mecánica muy cuidadosamente diseñada de resolución de controversias»⁵⁸ (traducción informal) que debe aplicarse a las controversias relacionadas con la Concesión. Bolivia sostiene que la Concesión «limita expresamente» a AdT a la competencia de las autoridades regulatorias y los tribunales de Bolivia⁵⁹ y que al suscribir el contrato de Concesión, AdT «se comprometió» a aceptar la «jurisdicción y la competencia de las autoridades reguladoras y los tribunales de Bolivia»⁶⁰ (traducción informal).

97. Según el Demandado, su interpretación del Artículo 41.2 cuenta con el respaldo del Artículo 41.2 leído en conjunto. Bolivia toma nota de que el uso del término «Concesionario» en el Artículo 41.2 y del término «accionistas» en el Artículo 41.3 fue deliberado⁶¹, y de que en los Artículos 41.3 y 41.5 se reconoce expresamente el hecho de que los accionistas de AdT pueden invocar la jurisdicción del CIADI. Por el contrario el Artículo 41.2, haciendo referencia a la resolución de controversias por parte del Concesionario, no menciona al CIADI. Bolivia sostiene que la diferencia entre, por una parte, el Artículo 41.2 y, por otra parte, los Artículos 41.3 y 41.5 implica que AdT, como «Concesionario», no puede invocar la jurisdicción del CIADI.

98. Segundo, el Demandado sostiene que la historia de las negociaciones de la Concesión respalda ese argumento. Haciendo referencia a la Constitución boliviana, Bolivia sostiene que se hizo notar claramente a todas las partes que

⁵⁶ *Ibid.*, pág. 14, párrafo 25 y 26.

⁵⁷ El texto original está en español y figura en el Apéndice II.

⁵⁸ Excep. Bolivia, pág. 3.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Ibid.* En sus exposiciones orales, Bolivia amplía su interpretación de la Concesión, explicando que AdT, en su carácter de concesionario, está sujeto exclusivamente al Sistema de Regulación Sectorial [«SIRESE»] y a la competencia de la Corte Suprema de Bolivia. Véanse, *infra*, párrafos 96 y 100. El SIRESE es un sistema regulatorio completo, que posee su propio proceso administrativo de resolución de controversias. Declaración del abogado de Bolivia, José Antonio Criales (11 de febrero de 2004), págs. 574 a 577.

⁶¹ Excep. Bolivia, pág. 3. El texto pertinente en español figura en el Apéndice II.

«... era inconcebible, e igualmente inaceptable, conforme al Artículo 24 de la Constitución de Bolivia, que esa compañía [el Concesionario] pudiera plantear cualquier controversia que tuviera con el Gobierno boliviano *fuera* de Bolivia, o someterse a cualquier ley que no fuera la de Bolivia»⁶² (traducción informal). El Demandado subraya que sólo habría considerado a sociedades bolivianas para adjudicar una concesión referente a los servicios de agua de Cochabamba⁶³. Como AdT era una sociedad boliviana que operaba en el marco de las leyes y reglamentos de Bolivia, AdT no debió haber previsto que le fuera aplicable un tratado de inversiones bilaterales que le diera acceso al CIADI.

99. El Demandado cita como respaldo de su posición un informe interno boliviano sobre las negociaciones, fecha el 8 de junio de 1999, y menciona, en especial, la descripción contenida en el informe sobre los esfuerzos realizados por el consorcio de AdT para incluir un mecanismo general de derivación al CIADI de controversias emanadas de la Concesión⁶⁴. El demandado señala que el informe de junio de 1999 recoge la opinión de Bolivia de que ni «las normas del sistema regulatorio [SIRESE] ni las leyes que rigen la materia admiten el arbitraje»⁶⁵ (traducción informal).

⁶² Mem. Contest. Ddo., pág 11, párrafo 19 (destaque en el original). El Artículo 24 de la Constitución boliviana establece:

Las empresas y súbditos extranjeros están sometidos a las leyes bolivianas, sin que en ningún caso puedan invocar situación excepcional ni apelar a reclamaciones diplomáticas.

⁶³ Mem. Contest. Ddo., págs. 10 y 11, párrafo 19.

⁶⁴ En especial, el Demandado hace referencia al párrafo 27 del «Informe sobre el Comité de Negociaciones creado para negociar con el Consorcio Aguas del Tunari» (documento 38, nexa a la Dúp. Ddo.), cuyo texto es el siguiente:

El 31 de mayo de 1999, AGUAS DEL TUNARI elevó a consideración de la COMISIÓN los aspectos que pretendía incorporar en los contratos para poder obtener el financiamiento requerido para la concesión de SEMAPA y la ejecución de MISICUNI, los cuales se resumen a continuación:

a. El Arbitraje ante organismos internacionales, como ser el ICSID, para resolver cualquier disputa sobre revisión de tarifas, pagos por terminación de contrato, cumplimiento de criterios de calidad o asuntos similares.

⁶⁵ Declaración del abogado de Bolivia, Alexandre de Gramont (9 de febrero de 2004), págs. 137 a 141. «Y el comité [de negociación] dio a conocer a AdT su respuesta en forma específica. Tras analizar esas propuestas, el Comité hizo saber al consorcio que ni

100. Tercero, el Demandado sostiene que su interpretación, según la cual la Concesión confiere competencia exclusiva a Bolivia, es la que impone forzosamente el derecho boliviano. El Demandado llama la atención del Tribunal sobre: 1) el Artículo 136 de la Constitución boliviana, que dispone que los recursos naturales de Bolivia (incluida el agua) forman parte del «dominio originario» del Estado, y 2) el sistema legal SIRESE, que aplica el Artículo 136⁶⁶. Según Bolivia, el hecho de que AdT haya cumplido voluntariamente los requisitos del SIRESE para poder ser tenida en cuenta para la concesión de Cochabamba, implica que también consintió en registrarse exclusivamente por el proceso de resolución de controversias del SIRESE⁶⁷

101. Bolivia sostiene que el texto del Artículo 41.2 de la Concesión, leído en conexión con otras secciones del Artículo 41, con la historia de las negociaciones de la Concesión y con el contexto legal en que éstas se realizaron —a saber, los Artículos 21 y 136 de la Constitución boliviana— indican que la Concesión exigía que AdT fuera una entidad nacional de Bolivia sujeta exclusivamente a la legislación y a los tribunales bolivianos «que *no* quedaría comprendida en los términos del Tratado Bilateral de Inversiones Bolivia-Países Bajos (u otros TBI del mismo género) referentes a ‘control’ extranjero»⁶⁸ (traducción informal).

Réplica del Demandante

102. AdT sostiene que este aspecto de la Primera Excepción del Demandado es improcedente. El Demandante subraya que las reclamaciones que plantea en su Solicitud de Arbitraje se basan en el TBI, y no en la Concesión⁶⁹. Aun

el sistema regulatorio [SIRESE] ni las leyes que se refieren a la cuestión permiten el arbitraje. Y esa posición se refleja en el Acuerdo de Concesión...», pág. 138, renglones 6 a 12. (Traducción informal)

⁶⁶ El texto del Artículo 136 de la Constitución de Bolivia establece:

Son de dominio originario del Estado, además de los bienes a los que la Ley les da esa calidad, el suelo y el subsuelo con todas sus riquezas naturales, las aguas lacustres, fluviales y medicinales, así como los elementos y fuerzas físicas susceptibles de aprovechamiento. La ley establecerá las condiciones de este dominio, así como las de su concesión y adjudicación a los particulares.

⁶⁷ Declaración del abogado de Bolivia, José Antonio Criales (9 de febrero de 2004), págs. 176 a 187. «...los Concesionarios serán entidades bolivianas sujetas exclusivamente al SIRESE y a la Corte Suprema de Bolivia, en tanto que los accionistas extranjeros de esos Concesionarios en algunos casos pertinentes pueden promover arbitrajes internacionales en el marco de TBI». *Ibid.*, pág. 186, renglones 6 a 10.

⁶⁸ Mem. Contest. Ddo., pág. 33, párrafo 63.

⁶⁹ Solicitud de Arbitraje, págs. 2 a 4, párrafos 3 a 7.

suponiendo *arguendo*, que el Artículo 441.2 de la Concesión fuera una cláusula de selección de foro con carácter exclusivo, esta no sería pertinente en la consideración del Tribunal de su jurisdicción en virtud del TBI⁷⁰.

103. El Demandante sostiene, en especial, que la acción que inició contra Bolivia es «una causa de acción totalmente independiente», claramente diferente de las reclamaciones planteadas en el marco de la Concesión⁷¹, por lo cual «[u]na cláusula de jurisdicción exclusiva contenida en un contrato de concesión no influiría en ninguna medida sobre ninguna acción que se plantee en el marco de un tratado bilateral de inversiones»⁷²(traducción informal).

104. AdT remite al Tribunal a laudos anteriores del CIADI, que a su juicio respaldan esta aseveración⁷³. Primero, cita el caso *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c/ la República Argentina* («Vivendi»)⁷⁴ como respaldo de su argumento de que, aun cuando un contrato de concesión contenga una cláusula explícita y afirmativa de jurisdicción exclusiva, esa cláusula explícita y afirmativa de jurisdicción exclusiva, esa cláusula no afectaría a la competencia de un tribunal del CIADI en relación con una reclamación formulada en el marco de un TBI⁷⁵. Segundo, remite asimismo al Tribunal al caso *Lanco Internacional, Inc. c/ la República Argentina* («Lanco»)⁷⁶. AdT cree que existe analogía entre su caso y el caso *Lanco*, en que el tribunal concluyó que una cláusula de selección de foro contenida en el contrato de concesión no excluía la jurisdicción del CIADI basada en un TBI entre los Estados Unidos y Argentina⁷⁷. Basándose en el caso *Lanco*, AdT sostiene que su reclamación contra Bolivia tiene como fundamento «el incumplimiento, por parte del Demandado, de obligaciones de Derecho Internacional enmarcadas en el TBI [y] no en incumplimientos del Contrato de Concesión»⁷⁸ (traducción informal).

⁷⁰ Mem. Dte., pág. 29, 31 a 35, párrafos 90, 94 a 101.

⁷¹ *Ibid.*, pág. 34, párrafo 98.

⁷² *Ibid.*

⁷³ *Ibid.*, pág. 31, párrafo 94.

⁷⁴ *Compañía de Aguas de Aconquija S.A. y Vivendi Universal c/ la República Argentina*, Laudo del 21 de noviembre de 200, *reimpreso en* 40 ILM 426 (2001), 5 ICSID Rep. 299 (2002); decisión sobre anulación, 3 de julio de 2002, *reimpresa en* 41 ILM 933 (2002), 5 ICSID Rep. 240 (2002).

⁷⁵ Mem. Dte., pág. 31, párrafo 94.

⁷⁶ *Lanco Internacional, Inc. c/ la República Argentina*, «Decisión preliminar sobre la jurisdicción» fechada el 8 de diciembre de 1998, *reimpresa en* 40 ILM 457 (2001), 5 ICSID REP. 370 (2002).

⁷⁷ Mem. Dte., pág. 34, párrafo 99.

⁷⁸ *Ibid.*, pág. 35, párrafo 101.

105. El Demandado no se ocupa de la opinión del Demandante de esos dos casos en cuanto guardan relación con este aspecto de sus excepciones⁷⁹.

106. El Demandante sostiene además que si el Tribunal llegara a considerar pertinente la Concesión, la caracterización del Artículo 41 de la Concesión propuesta por Bolivia es un intento de «convertir» una cláusula que «reconoce los derechos del Demandado de regular sin carácter exclusivo cuestiones referentes al agua en su territorio, en una cláusula de jurisdicción exclusiva»⁸⁰ (traducción informal). Según AdT, dicho artículo debe ser interpretado, en cambio, como una cláusula en que las partes «...se reservaron expresamente el derecho de recurrir a mecanismos de arbitraje jurídicamente disponibles»⁸¹ (traducción informal).

107. AdT sostiene que el texto del artículo 41 de la Concesión no implica una renuncia o limitación a la jurisdicción del CIADI⁸². AdT aduce que el Artículo 41.2 de la Concesión no constituye, a su juicio, una cláusula de selección de foro con carácter exclusivo, sino que se limita a reconocer los derechos regulatorios que poseía Bolivia en cuestiones internas referentes a sus reservas de agua en el marco del sistema de regulación SIRESE⁸³.

108. El Demandante sostiene que las negociaciones que AdT mantuvo con el Gobierno de Bolivia dieron lugar a un acuerdo «a distancia» con respecto a los términos de la Concesión⁸⁴. Según AdT, en la ronda de negociaciones de junio de 1999 Bolivia no dio a conocer a su equipo de negociación su supuesta posición de que «el adjudicatario de la Concesión no debía estar sometido al control de ninguna entidad extranjera cuyo BIT ofreciera acceso al CIADI a la compañía boliviana»⁸⁵ (traducción informal). Además, AdT rechaza la utilización de «declaraciones subjetivas sobre la intención original», sosteniendo que no debe «dárseles cabida» al interpretar la Concesión⁸⁶.

⁷⁹ En cambio, Bolivia responde a los argumentos basados en los casos *Vivendi y Lanco* en relación con la cuestión del capital accionario y el control de la mayoría, denominando «improcedente» al argumento de AdT basado en esos casos. Mem. Contest. Ddo., págs. 65 y 66, párrafo 137. (Traducción informal).

⁸⁰ Contestación de AdT, pág. 4, párrafo 7.

⁸¹ *Ibid.*, Mem. Dte., pág. 30, párrafo 92.

⁸² Contestación de AdT, pág. 4, párrafos 7 y 8.

⁸³ *Ibid.*, Mem. Dte., pág. 30, párrafo 91.

⁸⁴ Mem. Dte., pág. 5, párrafo 14.

⁸⁵ Rép. Dte., pág. 10, párrafo 26, en que se cita Mem. Contest. Ddo., págs. 34 y 35, párrafo 66.

⁸⁶ *Ibid.*, párrafo 27.

Decisión del Tribunal

109. Esta excepción se refiere a la interrelación jurídica de cláusulas de selección de foro en relaciones contractuales y la disponibilidad de mecanismos de arbitraje en el marco de un tratado bilateral de inversiones. El Tribunal toma nota de que en los últimos años otros tribunales e han referido a esas cuestiones y, como más abajo se expone, comparte en general la orientación adoptada por esos tribunales, aunque el razonamiento aquí empleado difiere en varios aspectos.

110. El Demandante invoca el TBI entre Bolivia y los Países Bajos como base de admisibilidad del caso ante el Tribunal. El Demandado opone excepciones en materia de jurisdicción basándose en que la Concesión establece la competencia exclusiva de los correspondientes tribunales bolivianos, lo que impide a AdT invocar la competencia del CIADI.

111. Se plantean dos cuestiones. Primero, como cuestión-umbral, el Tribunal señala que para que el documento independiente invocado por el Demandado obste a la competencia del Tribunal, este tiene que referirse a los mismos asuntos y parte y contener necesariamente obligaciones contrapuestas. Segundo, si el conflicto en verdad existe, es preciso establecer qué efecto surte un documento de ese género en cuanto a la competencia del Tribunal.

112. Con respecto al requisito de que el documento independiente contenga obligaciones contrapuestas, el Tribunal concluye que el Artículo 41.2 de la Concesión no dispone que todas las controversias referentes a esta última sean de competencia *exclusiva* de los tribunales bolivianos, sino que establece:

[El Concesionario] reconoce la jurisdicción y competencia de las autoridades que componen el Sistema de Regulación Sectorial (SIRESE) y tribunales de la República de Bolivia, de conformidad con la Ley SIRESE y otras leyes bolivianas aplicables.

La redacción y estructura de esta cláusula difieren de otras cláusulas de selección de foros halladas por los miembros del Tribunal, y de aquellas presentes en otros procedimientos ante el CIADI en los que se consideró la cuestión del efecto de una cláusula contractual de selección de foro sobre la jurisdicción del CIADI. En el caso *Vivendi*, por ejemplo, la cláusula de selección de foro en cuestión disponía:

A los efectos de la interpretación y aplicación de este Contrato las partes se someten a la jurisdicción exclusiva de los Tribunales en lo

Contencioso Administrativo de la provincia de Tucumán.⁸⁷ (traducción informal).

Dos expresiones que se examinan en la cláusula del caso *Vivendi* son frecuentes y dignas de consideración para el procedimiento de autos: primero, la selección de determinado tribunal se califica expresamente como «exclusiva». Segunda, las partes, al elegir exclusivamente un tribunal, delimitan expresamente los asuntos que se le asignan; en este caso, «interpretación y aplicación de este Contrato». En el caso de autos, el Artículo 41.2 de la Concesión no tienen otro fin que declarar los derechos regulatorios de Bolivia en cuestiones internas referentes a sus reservas de agua en el marco del sistema de regulación SIRESE. Basta señalar que el Tribunal concluye que del Artículo 41.2 de la Concesión no surge que deban derivarse exclusivamente al sistema judicial boliviano todas las controversias que se planteen en el marco de la Concesión, ni mucho menos las conexas con esta última.

113. A semejanza de lo que ocurre en el caso de autor, el tribunal del caso *Lanco* parece haber considerado que la cláusula pertinente de ese caso no creaba una obligación incompatible con la jurisdicción del Centro. En el caso *Lanco*, la cláusula de selección de foro en cuestión establecía:

A todos los efectos derivados del acuerdo y del PLIEGO DE CONDICIONES DE LA LICITACIÓN, las partes aceptan la competencia de los Tribunales Federales de lo Contencioso Administrativo de la Capital Federal de la REPÚBLICA ARGENTINA⁸⁸.

Según el Tribunal del caso *Lanco*, dicha cláusula no constituía «una disposición preacordada sobre solución de diferencias» en el sentido del TBI aplicable, ya que «en lo contencioso administrativo no puede seleccionarse la competencia ni renunciarse a ella [. . .]»⁸⁹ (traducción informal).

114. En cuanto al requisito de que el documento independiente se refiera a los mismos asuntos y partes, el tribunal concluye que la competencia de los

⁸⁷ *Vivendi*, Laudo del 21 de noviembre de 2000, párrafo 27.

⁸⁸ *Lanco*, Laudo, párrafo 6.

⁸⁹ *Ibid.*, párrafo 26. tal como señaló recientemente un comentarista, «[l]a explicación más atractiva, que no es la menos plausible, sobre las razones por las cuales los fundamentos del fallo apuntaron al Artículo 26 es que la cláusula sobre el foro se consideraba como no exclusiva, por lo cual no implicaba una renuncia al derecho al arbitraje internacional». Ole Spiermann, *State Interests and the Power to Waive ICSID Jurisdiction under Bilateral Investment Treaties*, 20 ARBITRATION INTERNATIONAL 179, 191 (2004).

tribunales bolivianos reconocida conforme al Artículo 41.2 de la Concesión, aunque llegara a considerarse exclusiva, no comprende las mismas obligaciones o partes invocadas por el Demandante en el marco del TBI. En el procedimiento de autos, el Demandante no plantea una reclamación contra Superintendencia de Aguas como parte de la Concesión, sino contra la República de Bolivia misma como parte del TBI. Análogamente, suponiendo que el Artículo 41.2 fuera una cláusula de selección de foro de carácter exclusivo para controversias emanadas de la Concesión, el Demandante de autos no aduce el incumplimiento de una obligación enmarcada en la Concesión, sino de una obligación existente en el marco del TBI⁹⁰. La coincidencia fáctica entre una reclamación formulada en el marco de la Concesión contra la Superintendencia de Aguas y una reclamación contra Bolivia enmarcada en el TBI no debe desdibujar la distinción jurídica entre esos dos tipos de reclamaciones. Suele ocurrir que un mismo conjunto de hechos dé lugar a controversias basadas en diferentes leyes en diferentes foros. El Tribunal toma nota de que esta conclusión es congruente con los fundamentos dados por el tribunal en el caso *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c/ la República Argentina*, laudo del 21 de noviembre de 2000⁹¹, y con la subsiguiente decisión del Comité *ad hoc*, designado para el Procedimiento de Anulación en el mismo asunto, que al rechazar la solicitud de anulación de ese aspecto del laudo declaró compartir los fundamentos del laudo⁹².

115. En cuanto a la segunda de las cuestiones que se plantean en el párrafo 111, que antecede, el Tribunal sostiene que la cuestión de si una obligación incompatible con la competencia de un tribunal contenida en un documento independiente puede afectar a la jurisdicción del CIADI depende de la intención que hayan tenido las partes al otorgar ese documento. El Tribunal señala que esa investigación guarda relación con los hechos del caso concreto, pero es especialmente útil de distinguir entre: 1) un documento independiente por el que se renuncia al derecho de invocar la jurisdicción del CIADI o se modifica su alcance (cuando las partes han tenido la expresa intención de modificar la

⁹⁰ En general, una cláusula de selección de foro con carácter exclusivo contenida en un contrato se considera separable del contrato del que forma parte. Además, aunque en general esa cláusula sólo se refiere a controversias emanadas del contrato del que forma parte. Además, aunque en general esa cláusula sólo se refiere a controversias emanadas del contrato, puede ser de alcance más amplio. Por ejemplo, algunas cláusulas se refieren no exclusivamente a controversias «emanadas en virtud» del contrato, sino también «relacionadas con» el contrato.

⁹¹ *Vivendi*, Laudo, párrafo 53.

⁹² *Vivendi*, Decisión sobre el procedimiento de anulación, párrafos 73, 76, 80 y 95 a 97. «De conformidad con este principio general (que es sin duda declaratorio del derecho internacional general), son cuestiones distintas la de si ha habido incumplimiento del TBI y la de si ha habido incumplimiento del contrato». *Ibid.*, párrafo 96.

posibilidad de que el CIADI asuma jurisdicción), y 2) un documento independiente que contiene una cláusula de selección de foro con carácter exclusivo por la que se designa a un foro distinto del CIADI (donde la intención de las partes de alterar la posibilidad de recurrir a la jurisdicción del CIADI debe ser inferida).

116. En cuanto al primero de esos casos—documento independiente por el que se renuncia al derecho de invocar la jurisdicción del CIADI o se modifica el alcance de ésta última—, el Tribunal toma nota de que el Demandante, en la audiencia del caso de autos, señaló como cuestión general que «la opinión de los especialistas esta dividida» en torno a la cuestión de si esa renuncia es posible⁹³ (traducción informal), y llamo la atención del Tribunal, más específicamente, sobre la Decisión sobre jurisdicción recaída en el caso *Azurix Corp. c/ la República Argentina*⁹⁴ («Azurix»).

117. No obstante, la decisión del caso *Azurix* no se refiere a la cuestión de si un inversionista puede renunciar a su derecho al arbitraje ante el CIADI, sino que sostiene que las cláusulas sobre jurisdicción contenidas en el pliego de Condición de una Licitación, un Acuerdo de Concesión y Cartas de Compromiso no constituían una renuncia de ese género⁹⁵. En *Azurix*, las cláusulas en cuestión eran similares entre sí, de lo que es ejemplo la cláusula 1.5.5. del Pliego de Condiciones de la Licitación, que preveían la competencia exclusiva del fuero contencioso administrativo de la ciudad de La Plata «para todos los conflictos que puedan suscitarse con relación a la Licitación, con renuncia a cualquier otro fuero, jurisdicción o inmunidad que pudiera corresponder»⁹⁶. El tribunal del caso *Azurix* adujo dos razones por las cuales esa cláusula no implicaba la renuncia de un demandante a su derecho al arbitraje ante el CIADI. Primero, la cláusula de renuncia figuraba en un contrato del que el demandado no era parte, por lo cual la obligación contractual del demandante de renunciar al acceso a ciertos otros foros no se efectuaba «a favor de Argentina»⁹⁷. Segundo,

⁹³ Declaración del abogado de AdT, Matthew Weiniger (9 de febrero de 2004), pág. 38, renglones 13 y 14.

⁹⁴ *Azurix Corp. c/ la República Argentina*, «Decisión sobre jurisdicción», fechada el 8 de diciembre de 2003, que puede consultarse en: <http://www.asil.org/ilib/azurix.pdf>.

⁹⁵ «Puesto que el Tribunal ha llegado a la conclusión de que la renuncia no abarca la reclamación de Azurix en la diferencia que se le ha planteado, no hay necesidad de que el Tribunal formule más comentarios sobre la cuestión de la renuncia por parte de individuos a los derechos que se les han otorgado a través de un tratado». *Ibid.*, párrafo 85.

⁹⁶ *Ibid.*, párrafo 26.

⁹⁷ *Ibid.*, párrafo 85.

se concluyó que el análisis de la cláusula de renuncia era análogo al efectuado con respecto a las cláusulas de selección de foro, porque la renuncia a otros foros se limitaba a las reclamaciones enmarcadas en el contrato, tal como ocurría con la selección de un foro exclusivo⁹⁸. El tribunal del caso *Azurix* concluyó, por lo tanto, que la cláusula de renuncia no representaba una obligación incompatible con la jurisdicción del CIADI. Ambas conclusiones de dicho tribunal se referían a los hechos específicos del caso en que se formularon. Ambas son la consecuencia de una investigación de la intención de las partes e implican preferencia por una redacción específica de la renuncia del derecho de invocar la jurisdicción del CIADI cuando se trata de reclamaciones emanadas de un TBI, preferencia que comparte este Tribunal⁹⁹.

118. El Tribunal opina que si las Partes hubieran acordado claramente la renuncia a la jurisdicción del CIADI, esa renuncia sería eficaz. Dado que parece claro que las partes de un arbitraje del CIADI podrían convenir mutuamente en un mecanismo diferente del CIADI para la resolución de sus controversias,

⁹⁸ *Ibid.*, párrafo 80 y 81.

⁹⁹ En *Société Générale de Surveillance c/ la República de Filipinas* 829 de enero de 2004) (que puede consultarse en www.worldbank.org/icsid/cases/SGSvPhil-final.pdf) («SGS»), el tribunal hizo efectiva una cláusula de selección de foro. El Tribunal hace hincapié en que los hechos del caso SGS son claramente distintos de los del procedimiento de autos.

Primero, se concluyó que la cláusula contractual sobre foro que estaba en cuestión en el caso SGS contenía obligaciones incompatibles. La cláusula establecía que «las acciones referentes a controversias relacionadas con obligaciones de cualquiera de las dos partes del presente Acuerdo deben presentarse ante los tribunales de primera instancia regionales de Makati o Manila». El Tribunal del caso SGS concluyó que la cláusula es una cláusula «obligatoria sobre competencia exclusiva» en relación con «todas las acciones referentes a controversias relacionadas» con obligaciones contractuales. (Cabe señalar que SGS no objetó el hecho de que esta cláusula se aplicara, con carácter obligatorio, a ambas partes). El procedimiento de autos no se refiere a una cláusula de selección de foro con esas características.

Segundo, la ley aplicable era diferente. SGS presentó su reclamación en el marco del TBI Suiza-Filipinas. El tribunal en el caso SGS hizo efectiva la cláusula de selección de foro, aunque reconoció que en las reclamaciones de SGS se invocaba incumplimiento de las obligaciones del tratado contenidas en el Artículo X(2) («la cláusula general») del TBI Suiza-Filipinas, porque a su juicio las reclamaciones de SGS eran esencialmente de carácter contractual. En el procedimiento de autos no se está ante una cláusula de alcance general.

Pese a estas diferencias, el Tribunal reconoce asimismo que los fundamentos que invoca son diferentes de los enunciados por el tribunal que entendió en el caso SGS. El Tribunal señala que su punto de vista es más a final párrafo 11 de la Declaración disidente del árbitro Antonio Crivellaro en el caso *Société Générale de Surveillance c/ la República de Filipinas*.

parecería que un inversionista puede también renunciar a su derecho de invocar la jurisdicción del CIADI¹⁰⁰. No obstante. El Tribunal no tiene por qué pronunciarse sobre este tema en el caso de autos.

119. En cuanto al segundo de los casos mencionados, de un documento independiente que contenga una cláusula de selección de foro con carácter exclusivo en que se designe a un foro distinto del CIADI, el Tribunal toma nota de que la intención específica de las Partes de excluir la jurisdicción del CIADI será más difícil de probar que si se trata de una renuncia expresa. El Tribunal opina que no es la existencia de la cláusula de selección de foro con carácter exclusivo a la cual reconocería eficacia un tribunal del CIADI, sino que éste a lo sumo podría dar eficacia a una renuncia implícita en virtud de la existencia de la referida cláusula. El Tribunal no cree que el Convenio del CIADI le confiera la potestad de abstenerse de ejercer su competencia en esos casos cuando no existe indicio alguno de que las partes hubieran tenido la intención específica de que la cláusula incompatible con la jurisdicción del Centro operara como renuncia a, o modificación de, un mecanismo existente de otorgamiento de jurisdicción al CIADI. Un documento independiente e incompatible debe ser considerado obstando la jurisdicción de un tribunal del CIADI sólo si está claramente destinado a modificar la jurisdicción otorgada por otra parte al CIADI. Como ya se señaló, la renuncia expresa, por parte de un inversionista, a sus derechos de invocar la jurisdicción del CIADI en virtud de un TBI podría afectar a la competencia, de un tribunal del CIADI. No obstante, el Tribunal no declarará la existencia de una renuncia o modificación implícitas de la jurisdicción del CIADI a menos que existan indicios específicos de la intención común de las Partes.

120. Basándose en el Artículo 41 tomado en conjunto, en la historia de las negociaciones de la Concesión y en los requisitos establecidos por la legislación boliviana, el Demandado sostiene que AdT, al aceptar la Concesión, se obligó también a no invocar la jurisdicción del CIADI. El Tribunal no concluye que las pruebas presentadas sean suficientes para probar esa aseveración.

121. Primero, el Tribunal toma nota de que el Demandado no sostiene que AdT haya renunciado expresamente a la jurisdicción del CIADI, Aun suponiendo que el Artículo 41 de la Concesión determine una competencia exclusiva, ese artículo no implica una renuncia expresa a la jurisdicción del CIADI.

122. Segundo, el Tribunal concluye que en los escritos y las manifestaciones orales que se le presentaron no existen bases suficientes para concluir que el

¹⁰⁰ Véase Spiermann, *supra*, nota 89.

texto de la Concesión y la posición adoptada por Bolivia en las negociaciones impliquen una renuncia de ese género. Ambas partes han presentado argumentos contrapuestos acerca de lo que se concluyó, o no, en las negociaciones de la Concesión. El Artículo 41 no se pronuncia sobre la cuestión de que AdT pudiera recurrir al CIADI y al arbitraje en general. El Demandado pretende que el Tribunal extraiga de ese silencio, de la estructura del Artículo 41 en general y de la legislación de Bolivia, incluida su Constitución, la renuncia del AdT al derecho que pudiera tener para invocar la jurisdicción del CIADI. Considerada la redacción del Artículo 41 en cuanto al derecho de AdT de invocar el arbitraje ante el CIADI refleje un punto muerto en las negociaciones entre las Partes sobre la cuestión. En consecuencia, el Tribunal no concluye que haya existido una intención común de las Partes de excluir la jurisdicción del CIADI en caso de una reclamación de AdT, ni una clara renuncia de parte de AdT, a través del Artículo 41 o de la Concesión en general, a su derecho de promover sus reclamaciones ante el CIADI. El Tribunal no interpretará una cláusula ambigua como una renuncia implícita a la jurisdicción del CIADI; el silencio, en tal sentido, no es suficiente.

123. Por las razones que anteceden el Tribunal rechaza el primer aspecto de la Primera Excepción del Demandado.

El segundo aspecto de la Primera Excepción, según el cual Bolivia carece de legitimación procesal

Excepción opuesta por el Demandado

124. El Demandado sostiene que carece de legitimación procesal en la diferencia de autos.

125. Bolivia invoca los Artículos 25(1) y 25(3) del Convenio del CIADI para sostener que su Gobierno tendría que haber designado específicamente a la Superintendencia de Aguas como «organismo público o subdivisión política» para que el CIADI tuviera jurisdicción, pero no lo hizo, ni tampoco prestó su consentimiento a la jurisdicción del Centro en relación con los actos de Superintendencia de Aguas¹⁰¹.

126. Bolivia sostiene que la Superintendencia de Aguas es una «persona jurídica independiente y autónoma» (traducción informal), que no forma parte del gobierno central de la República de Bolivia¹⁰². Todos los actos unilaterales

¹⁰¹ Mem. Contest. Ddo., pág. 46, párrafos 91 y 92.

¹⁰² *Ibid.*, pág 47, párrafo 94.

y plurilaterales en que AdT basa sus reclamaciones, incluida la rescisión de la Concesión, fueron actos de la Superintendencia de Aguas¹⁰³.

127. Como respaldo de esa excepción, Bolivia se basa en el laudo dictado por el tribunal del CIADI en el caso *Cable Televisión of Nevis, Ltd. And Cable Televisión of Nevis Holdings, Ltd. V. Federation of. St. Kitts and Nevis* («Cable TV»)¹⁰⁴.

128. Bolivia, entiende que el laudo *Cable TV* implica el rechazo, por parte de un tribunal del CIADI, de la conclusión de que el Centro tiene jurisdicción en relación con una parte que no haya sido designada como «subdivisión política u organismo público» por un Estado Contratante, conforma a lo previsto por el Artículo 25(1). El Demandado señala que el Tribunal debe concluir que la relación entre la Superintendencia de Aguas y Bolivia es paralela, en importantes aspectos, a la que existía entre la Administración de la Isla de Nevis y la Federación de Saint Kitts y Nevis.

129. En consecuencia, el Demandado opone excepciones a la competencia de este Tribunal en que la República de Bolivia no era parte en el Acuerdo de Concesión y en que la Superintendencia de Aguas nunca fue designada como «subdivisión política u organismo público» de Bolivia a los efectos de la jurisdicción del CIADI¹⁰⁵.

Réplica del Demandante

130. AdT afirma que plantea su reclamación contra Bolivia; no contra la Superintendencia de Aguas¹⁰⁶, y que la naturaleza jurídica de la Superintendencia de Aguas y las referencias del Demandado a los Artículos 25(1) y 25(3) del Convenio de CIADI carecen de interés para establecer la jurisdicción en estas actuaciones.

131. El Demandante discrepa con la conclusión que extrae el Demandado del caso *Cable TV*. Subraya que, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento de autos, ese caso se planteó en el marco de un acuerdo de concesión mutuamente adoptado por las partes, no de un tratado bilateral de inversiones¹⁰⁷.

¹⁰³ ***Ibíd.*, pág. 48, párrafo 96.

¹⁰⁴ *Ibíd.*, pág. 47, párrafo 95; *cable Televisión of Nevis Ltd. y Cable Televisión of Nevis Holdings Ltd c/ la Federación de Saint Kitts y Nevis*, laudo del 13 de enero de 1997, *reimpreso en* 5 Icsid REP. 106 (2002).

¹⁰⁵ Mem. Contest. Ddo., pág. 51, párrafo 103.

¹⁰⁶ Rép. Dte., pág. 26, párrafo 72.

¹⁰⁷ *Ibíd.*, pág. 27, párrafo 74.

Según AdT, Bolivia consintió la jurisdicción del CIADI al ratificar el TBI. Al hacer hincapié en que reclama contra Bolivia por actos violatorios de las obligaciones asumidas por ese país en el marco del TBI, AdT sostiene que no tiene la intención de sustituir a la Superintendencia de Aguas por Bolivia como parte de la Concesión y que no es necesario examinar esa cuestión.

132. AdT reconoce que en las actuaciones sobre el fondo del asunto tendrá la carga de probar la responsabilidad del Estado de Bolivia en virtud del TBI por la expropiación de inversiones de AdT que ésta aduce¹⁰⁸. Admite también que cuando sea necesario tendrá también la carga de probar que los actos de la Superintendencia de Aguas son imputables a Bolivia¹⁰⁹. AdT señaló al respecto: 1) que la Concesión se negoció bajo la supervisión de autoridades bolivianas con facultades independientes de la del Superintendente de Aguas¹¹⁰, 2) que la Concesión fue tan sólo uno de seis contratos mutuamente celebrados por AdT y diversos organismos públicos bolivianos¹¹¹, 3) que la amplitud de su inversión sólo puede implicar la existencia de coordinación a cargo del propio gobierno boliviano¹¹², y 4) que fue privada de su inversión no sólo por los actos de la Superintendencia de Aguas, sino también por la omisión de Bolivia de brindar seguridad a los bienes y al personal de AdT durante los disturbios ocurridos en Cochabamba y por la transferencia de AdT a una sociedad de propiedad pública¹¹³.

Decisión del Tribunal

133. El Demandado opone excepciones en materia de jurisdicción del CIADI basándose en que en este arbitraje la legitimación procesal pasiva reside en la Superintendencia de Aguas y no en la República de Bolivia. El Tribunal ‘toma nota de que este aspecto de la Primera Excepción del Demandado guarda relación con el primer aspecto, ya que se basa en la premisa de que la controversia emana de la Concesión (de la que era parte la Superintendencia de Aguas), y no del TBI (del que es parte Bolivia).

134. Bolivia invoca el laudo dictado por un tribunal del CIADI en el caso *Cable TV*, pero la base para determinar la jurisdicción de ese caso es a todas luces diferente de la formulada en las actuaciones de autos.

¹⁰⁸ *Ibid.*, pág. 26, párrafo 72(b).

¹⁰⁹ *Ibid.*, pág. 28, párrafo 77.

¹¹⁰ *Ibid.*, pág. 33, párrafo 90, en que se cita la Solicitud de Arbitraje, Documentos 16 a 19.

¹¹¹ *Ibid.*, pág. 28, párrafo 77.

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ *Ibid.*, pág. 29, párrafo 78, en que se cita la Solicitud de Arbitraje, párrafos 33 a 35.

135. En el caso *Cable TV*, la sociedad de televisión por cable demandante invirtió más de US\$1 millón en la Isla de Nevis en el marco de un contrato con el Gobierno de Nevis. La cláusula del acuerdo referente a controversias indicaba que las controversias relacionadas con el contrato debían someterse a arbitraje conforme a las normas y procedimientos previstos en el Convenio del CIADI. El tribunal se declaró incompetente para entender en el caso porque: 1) la Federación de Saint Kitts y Nevis fue denominada incorrectamente como parte en una disputa emanada de un contrato que sólo se refería a la Administración de la Isla de Nevis, y 2) no existían otras bases para concluir que la Federación hubiera consentido el arbitraje como parte o en nombre de la Administración de la Isla de Nevis¹¹⁴.

136. El Tribunal reconoce el argumento de Bolivia de que la Superintendencia de Aguas se asemeja a la Administración de la Isla de Nevis, por tratarse de una unidad dotada de cierta autonomía dentro de un Estado de mayor extensión. Un elemento más decisivo, sin embargo, es que la base de determinación de la jurisdicción declarada en el caso *Cable TV* fue una cláusula de un contrato de concesión, y no, como en este procedimiento, un tratado bilateral de inversiones. La diferencia planteada por AdT ante este Tribunal se basa en supuestos actos de Bolivia que violarían del TBI entre los Países Bajos y Bolivia. A diferencia de la situación existente en el caso *Cable TV*, AdT no ha identificado como demandada a una entidad que no sea parte en el instrumento que contiene la cláusula referente a la competencia. Lo declarado por el tribunal en el caso *Cable TV* no guarda relación con la situación que se presenta en el procedimiento de autos.

137. Las partes plantean varias cuestiones que requieren conclusiones más amplias, basadas en pruebas adicionales. En esta fase de los procedimientos, referente a la determinación de la competencia, el Tribunal no tiene por qué pronunciarse sobre: 1) atribución y responsabilidad del Estado en el marco del TBI, o 2) relación precisa entre la República de Bolivia y la Superintendencia de Aguas, cuestiones ambas sobre las que el Tribunal, si fuere necesario, se pronunciará más adelante, en la etapa de sus actuaciones referente al fondo del asunto.

138. El Tribunal rechaza el segundo aspecto de la Primera Excepción del Demandado.

El tercer aspecto de la Primera Excepción, según el cual el Artículo 2 del TBI reconoce la competencia exclusiva de la legislación boliviana en la controversia

¹¹⁴ *Cable TV*, Sección 8.01.

Excepción opuesta por el Demandado

139. En el tercer aspecto de su Primera Excepción, Bolivia sostiene que el Artículo 2 del TBI contiene referencias a disposiciones legales bolivianas que excluyen la jurisdicción del CIADI en el caso de autos. Señala que ese artículo reconoce expresamente que, al proteger y admitir inversiones, Bolivia lo hace «en el marco de sus leyes y reglamentos» y «con sujeción a sus leyes y reglamentos»¹¹⁵, y por lo tanto sostiene:

El Artículo 2 del TBI se remite a la ley boliviana como marco en que esas potestades y normas reglamentarias regirán a la inversión y al inversionista privado invitado a acudir a Bolivia. Por lo tanto, AdT está obligada a someterse a la legislación boliviana, al SIRESE y a la Corte Suprema de Bolivia¹¹⁶. . . . (Traducción informal).

140. En consecuencia, el Demandado opone excepciones en materia de competencia de ese Tribunal basándose en que el Artículo 2 del TBI se remite a la legislación boliviana y en que la aplicación de esa legislación al caso de autos exige a AdT someterse a la jurisdicción exclusiva de los juzgados y tribunales bolivianos pertinentes.

Réplica del Demandante

141. El Demandante discrepa con la interpretación del Demandado sobre el Artículo 2 del TBI, que a su juicio es una «cláusula de admisión» estándar. Alega que la referencia contenida en ese artículo a la legislación y reglamentos de Bolivia no guarda relación con ningún tema que no sea la admisión de una inversión en el mercado boliviano, pues su única finalidad es inducir el ingreso de inversiones extranjeras en Bolivia. A juicio del Demandante, la interpretación del Demandado va más allá de la finalidad original del Artículo 2, y no cuenta con el respaldo de la correspondiente práctica comparada. AdT sostiene que si se llevara a su fin lógico la interpretación dada por el Demandado al Artículo 2, «no existiría ningún arbitraje del CIADI»¹¹⁷ (traducción informal). Agrega que

¹¹⁵ Declaración del abogado de Bolivia, Alexandre de Gramont (9 de febrero de 2004), pág. 142, renglones 9 a 11.

¹¹⁶ Presentación oral del abogado de Bolivia, José Antonio Ciales (9 de febrero de 2004), págs. 177 y 178, renglones 19 a 21 y 1 a 5.

¹¹⁷ Presentación oral del abogado del Demandante, Matthew Weiniger (9 de febrero de 2004), pág. 247, renglones 8 a 12.

esa interpretación permitiría también una resurrección indirecta de la Doctrina Calvo¹¹⁸.

Decisión del Tribunal

142. En virtud del primer aspecto de la Primera Excepción, se sostiene que los términos de la Concesión y las circunstancias que la rodean indican que AdT aceptó someterse a un régimen de resolución de controversias regido por la legislación boliviana dentro de Bolivia¹¹⁹. En cambio, en este aspecto de la Primera Excepción se sostiene que el Artículo 2 del TBI se remite a disposiciones legales bolivianas que establecen que la reclamación planteada por AdT está comprendida dentro de la competencia exclusiva de los juzgados y tribunales de Bolivia.. En la Primera Excepción hay frecuentes idas y venidas entre esos dos aspectos. El Tribunal recuerda que, al considerar el primer aspecto de la Primera Excepción, basado en la Concesión, rechazó los argumentos del Demandado de que las circunstancias que rodean a la oferta formulada en la licitación, la negociación de la Concesión o el texto concreto de la misma hicieran que la diferencia de autos estuviera comprendida dentro de la competencia exclusiva de los juzgados y tribunales bolivianos. Separando las distintas vertientes por las que discurren los argumentos del Demandado, el Tribunal se ocupará, por lo tanto, en relación con este aspecto, exclusivamente del argumento referente al Artículo 2 del TBI.

143. El Artículo 2 del TBI dispone:

Cada Parte Contratante podrá [‘deberá’ según el texto en inglés], dentro del marco de sus leyes y regulaciones, promover la cooperación económica a través de la protección en su territorio de las inversiones de nacionales de la otra Parte Contratante. Sin perjuicio de su derecho de ejercer los poderes conferidos por sus leyes o regulaciones, cada Parte Contratante admitirá tales inversiones.

144. En ambas oraciones del Artículo 2 del TBI se hace referencia a las leyes y/o a los reglamentos de Bolivia. El Demandado parece remitirse al texto de ambas referencias, aunque en sus argumentos parece predominar el de la primera.

¹¹⁸ El Tribunal no tiene por qué examinar la Doctrina Calvo, salvo para señalar que Bolivia ha concluido diversos TBI y es un Estado Contratante del CIADI. Para obtener mayores detalles sobre esta doctrina, véase, *en general*, D. SHEA, THE CALVO CLAUSE: A PROBLEM OF INTER-AMERICAN AND INTERNATIONAL LAW AND DIPLOMACY (1955) e INTERNATIONAL ARBITRATION IN LATIN AMERICA (Nigel Blackaby, David Lindsey y Alessandro Spinillo, eds., 2002).

¹¹⁹ Dúp. Ddo., pág. 22, párrafo 10.

145. En cuanto a la primera oración, el Tribunal observa que si se omite la remisión a la legislación boliviana, en ella se establece que Bolivia y los Países Bajos «promoverán» la cooperación económica recíproca protegiendo en su territorio las inversiones de nacionales del otro Estado contratante. Esa oración establece, por lo tanto, la obligación de «promover la cooperación económica» como objetivo fundamental del TBI¹²⁰ a través de la protección de las inversiones. En sus restantes disposiciones, el TBI establece un foro y un régimen jurídico sustancial pertinente para las reclamaciones basadas en falta de protección de una inversión. En este sentido, el Artículo 2 establece el importante requisito de que el Estado de destino de la inversión se esfuerce en proteger inversiones en su territorio antes de que se plantee una controversia de ese género.

146. Dada esta interpretación de la primera oración, ¿qué sentido ha de darse a la frase subordinada «dentro del marco de sus leyes y regulaciones»? El TBI no sólo prevé un recurso para casos de incumplimiento, sino que además procura facilitar la creación de un entorno propicio para la cooperación económica recíproca. Por lo tanto, el Tribunal interpreta la referencia a «el marco de sus leyes y regulaciones» como una referencia que se limita a los detalles de cómo cada una de las partes contratantes asume según sus leyes y reglamentos la promoción económica mediante la protección de las inversiones.

147. En cuanto a la segunda oración, el Tribunal observa que si se omite la referencia a la legislación boliviana, dicha oración establece que tanto Bolivia como los Países Bajos deberán admitir las inversiones de nacionales de la otra Parte Contratante. Esta obligación de autorizar el ingreso de inversiones extranjeras aparece comúnmente en los tratados bilaterales de inversiones y suele denominarse «cláusula de admisión». La obligación de admitir es «sujeta a» la decisión de Bolivia («su derecho») de «ejercer los poderes conferidos por sus leyes o regulaciones». El Tribunal concluye que la inclusión de la expresión «sujeta a» indica que la obligación de admitir inversiones está limitada por «el derecho de ejercer los poderes conferidos por sus leyes o regulaciones». El Tribunal toma nota de que la referencia en cuestión somete específicamente la obligación del Estado de admitir inversiones, no a las leyes y reglamentos de Bolivia, sino al «derecho de «ejercer los poderes conferidos» por sus leyes o

¹²⁰ Específicamente, en el Preámbulo de ese tratado se señala que los dos gobiernos lo celebran «[d]eseando, extender e intensificar las relaciones económicas entre ellos, particularmente en relación con las inversiones de los nacionales de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante» y «[r]econociendo que un acuerdo sobre el tratamiento que se dé a estas inversiones estimulará la afluencia de capital y el desarrollo económico de las Partes Contratantes [...]».

regulaciones. El Tribunal concluye que ese texto es significativo en cuanto implica un acto al momento de la admisión congruente con las leyes o reglamentos entonces en vigor.

148. Por lo tanto, el Tribunal concluye que: 1) en la primera y segunda oración del Artículo 2 del TBI remiten efectivamente a la legislación boliviana, y 2) que ambas referencias son de alcance limitado. El Tribunal pasará a referirse ahora a la cuestión, más ambigua, del alcance preciso de esas referencias limitadas a la legislación boliviana.

149. Bolivia sostiene que debe darse una interpretación amplia a las referencias a su legislación que contiene el Artículo 2, que en su opinión permiten al Demandado imponer condiciones al ingreso de una inversión extranjera en su mercado. Afirma, por ejemplo, que ese artículo autoriza la aplicación del requisito de la constitución de una sociedad local. En forma más amplia, alega que la remisión a la legislación boliviana puede implicar que una inversión esté sometida a la jurisdicción exclusiva de los juzgados y tribunales bolivianos.

150. El perito presentado por Bolivia, profesor Rudolph Dolzer, se pronunció a favor de la interpretación de Bolivia¹²¹. Sostuvo que la cuestión de la admisión de una inversión en un país de destino no puede separarse de la cuestión de la jurisdicción¹²². Alegó asimismo que la práctica boliviana de exigir a los inversionistas que constituyan una sociedad local y se sometan al sistema judicial boliviano constituye una práctica respetada y firme. Mencionó también la «referencia específica» al marco jurídico boliviano contenida en el Artículo 2 del TBI¹²³.

151. El Tribunal discrepa con el alcance de la interpretación dada por Bolivia al Artículo 2.

152. El Tribunal toma nota de que no tiene por qué pronunciarse acerca de si el requisito de constitución local del vehículo de la inversión extranjera impuesto por Bolivia está autorizado por el Artículo 2 del TBI. En primer lugar, es evidente que no se ha cuestionado el hecho de que AdT, el vehículo de la inversión extranjera previsto en la Concesión, cumplió ese requisito. Segundo, tal como se expresó en relación con el primer aspecto de esta Excepción, el Tribunal no

¹²¹ Declaración del perito de Bolivia, profesor Rudolph Dolzer (9 de febrero de 2004), págs. 188 a 211.

¹²² *Ibid.*, pág. 197, renglones 13 a 15.

¹²³ *Ibid.*, pág. 198, renglones 6 a 14.

acepta el argumento de Bolivia de que el hecho de que un inversionista esté constituido en el ámbito local confiere de por sí jurisdicción exclusiva a los juzgados y tribunales bolivianos¹²⁴.

153. En cuanto a la cuestión, más pertinente, de si las referencias a la legislación boliviana contenidas en el Artículo 2, por su amplitud, llevan a concluir que los juzgados y tribunales bolivianos poseen competencia exclusiva, el alcance de las dos referencias contenidas en el Artículo 2 debe entenderse en función de su contexto y su finalidad. En este sentido, es necesario recordar que uno de los principales objetivos del TBI, medido en relación con los motivos que llevaron a su celebración y con sus disposiciones sustanciales, consiste en la determinación del CIADI como foro independiente y neutral para la solución de diferencias relativas a inversiones conforme a un régimen jurídico sustancial aplicable previsto en el TBI. A la luz de estas consideraciones, el Tribunal concluye que los Estados Partes no pueden haber tenido la intención de que las referencias a la legislación nacional contenidas en el Artículo 2 sean tan amplias como para dejar de lado el objeto y la finalidad del tratado. La interpretación del Demandado permitiría a un Estado receptor de inversiones hacer uso de su responsabilidad afirmativa de «promover la cooperación económica a través de la protección en su territorio de las inversiones de nacionales de la otra Parte Contratante», transformándola en una oportunidad de introducir la regla de exclusividad de la jurisdicción local en materia de diferencias relativas a inversiones.

154. El Tribunal concluye, por lo tanto, que las referencias a la legislación boliviana que contiene el Artículo 2 del TBI no se extienden, como mínimo, a aspectos de la legislación boliviana que a su vez impondrían la competencia exclusiva en relación con controversias enmarcadas en el TBI.

155. El Tribunal rechaza el tercer aspecto de la Primera Excepción del Demandado.

¹²⁴ Véase *supra* párrafos 109 a 123. El Tribunal observa que constituye una práctica común, establecida como condición previa a una inversión, que el vehículo de la inversión extranjera se constituya en la esfera local. También observa que en la práctica ello no excluye la jurisdicción del CIADI. De hecho, en el Convenio del CIADI se prevé específicamente la posibilidad de que un inversionista constituido en la esfera local plantee reclamaciones; véase el Artículo 25(2) (b) del Convenio. Véase, por ejemplo, Nigel Blackaby, *Arbitration Under Bilateral Investment Treaties in Latin America*, en INTERNATIONAL ARBITRATION IN LATIN AMERICA 379, 388-89 (Nigel Blackaby, David Lindsey y Alessandro Spinillo, eds., 2002).

El cuarto aspecto de la Primera Excepción, según el cual la transferencia de acciones de AdT excluye la competencia del Tribunal*Excepción opuesta por el Demandado*

156. El Demandado sostiene que la Concesión fue estructurada cuidadosamente a fin de impedir cambios en la propiedad extranjera de AdT que puedan hacer de aplicación un TBI respecto de ésta. Observa que en diciembre de 1999 IW Ltd, entidad extranjera propietaria directa del 55% de las acciones de AdT, trasladó de las Islas Caimán a Luxemburgo su lugar de constitución y cambió su razón social por la de International Water (Tunari) S.a.r.l. («IW S.a.r.l.»)¹²⁵. Señala asimismo que simultáneamente se introdujeron modificaciones adicionales en el control accionario de esta, en virtud de las cuales IW S.a.r.l. a su vez pasó a ser de propiedad de una sociedad holandesa, IWT B.V., que es filial de IWT B.V., otra sociedad holandesa. Bolivia sostiene que cada una de esas entidades era una nueva persona jurídica y un nuevo accionista indefinido de AdT. La estructura de titularidad accionaria resultante no coincidió con la prevista en la Concesión. El Demandado caracteriza esos actos como una serie de ' «transacciones accionarias unilaterales y privadas» (traducción informal), no autorizadas por Bolivia¹²⁶.

157. El Demandado sostiene que la transferencia de acciones de AdT realizada por la sociedad controlante de las Islas Caimán implicó una trasgresión de la Concesión. En virtud de dicho incumplimiento de la Concesión, la Demandante opone excepciones a la competencia de este Tribunal.

Réplica del Demandante

158. El Demandante sostiene que los actos realizados en diciembre de 1999 no infringen restricciones impuestas por la Concesión a la modificación de la tenencia accionaria de AdT. Admite que todo cambio en la propiedad realizado por un Accionista Fundador habría requerido autorización de Bolivia, pero la transacción de diciembre de 1999 no implicó venta de acciones ni alteración de la propiedad, sino «migración» a Luxemburgo de una sociedad de las Islas Caimán.

159. En cuanto a las modificaciones de la estructura corporativa inicial de IW S.a.r.l., el Demandante sostiene que la Concesión no se refiere a las modificaciones de la propiedad realizadas por encima del primer nivel de

¹²⁵ Dúp. Ddo., págs. 18 a 20, párrafos 34 a 36.

¹²⁶ Excep. Bolivia, pág. 3.

propietarios de AdT, el de los Accionistas Fundadores¹²⁷. Sostiene además que la Concesión «no impuso restricción alguna a la transferencia de acciones por parte de ‘Accionistas Últimos’» poseedores de acciones en los «Accionistas Fundadores»¹²⁸. Por lo tanto, la Concesión no afecta ni se refiere a esos Accionistas Últimos¹²⁹.

Decisión del Tribunal

160. El Artículo 37.1 de la Concesión impone a «[c]ada Accionista Fundador [la obligación de] mantener más del 50% de su porcentaje original de participación en el capital con derecho a voto del Concesionario por lo menos durante los primeros siete (1) años de la Concesión».

161. El Anexo 13 de la Concesión lista entre los «Accionistas Fundadores» a IW Ltd, filial de propiedad plena de Bechtel Enterprises Holdings, Inc. (propietaria del 55% de las acciones de AdT).

162. En diciembre de 1999, IW Ltd, de las Islas Caimán, transfirió a Luxemburgo, sin autorización de Bolivia, su domicilio.

163. Bolivia sostiene que ese cambio de domicilio infringe el Artículo 37.1 de la Concesión. AdT lo niega, argumentando que IW Ltd, de las Islas Caimán, y IW S.a.r.l., de Luxemburgo, son una misma entidad: no se trata de que una entidad haya dejado de existir y otra la sustituya, sino que la misma entidad «migró» de una jurisdicción a otra.

164. Ante todo debemos establecer con precisión qué obligación imponía a los Accionistas Fundadores el Artículo 37.1 de la Concesión. El texto del Artículo 37.1 requiere que cada uno de los Accionistas Fundadores «mantenga más del 50% de su porcentaje original de participación en el capital con derecho a voto del Concesionario» (traducción informal). El Tribunal entiende que Bolivia argumenta que la intención del Artículo 37.1 consistía en crear la certeza de que en los primeros siete años de la Concesión AdT mantendría la estructura de control societario que tenía a la fecha de la fuma de la Concesión¹³⁰. Conforme

¹²⁷ Rép. Dte., págs. 21 y 22, párrafo 59.

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ En la versión en inglés de esta decisión, el Tribunal toma nota de que el Demandante utiliza el término «Final Shareholders», en tanto que la Concesión utiliza el equivalente en español del término «Ultimate Shareholders». El Tribunal utilizará el término «Accionistas Últimos».

¹³⁰ Dúp. Ddo., págs. 8 y 9, párrafo 19.

a esa línea argumental, toda transferencia de control de AdT realizada en ese período «sería una violación manifiesta» (traducción informal) del Artículo 37.1 de la Concesión¹³¹.

165. El Tribunal discrepa con el alcance de la interpretación de Bolivia,. A juicio del Tribunal, la Concesión permite modificar en cierta medida, sin consentimiento de Bolivia, la estructura corporativa de control social del Concesionario. Las restricciones del Artículo 37.1 se aplican a los Accionistas Fundadores, pero no a los Accionistas Últimos. Dada esta distinción entre la aplicación del Artículo 37.1 al primer nivel de titularidad accionaria AdT (la de los Accionistas Fundadores) y su inaplicabilidad al nivel final (los Accionistas Últimos), se sigue que el Artículo 37.1 no impone restricciones a los Accionistas Últimos en cuanto a la organización que quieran dar a los diversos niveles de titularidad accionaria. En consecuencia, el Tribunal concluye que el Artículo 37.1 no garantizó en ninguna medida la inmutabilidad de la estructura de control accionario de la sociedad. Por el contrario, el Tribunal interpreta esta disposición como requiriendo que entre los Accionistas Fundadores (el primer nivel de titularidad accionaria inicial de AdT), las entidades «mantengan más del 50% de» sus intereses originales. Por lo tanto, se trata de saber si el capital accionario de IW Ltd, en su calidad de Accionista Fundador, mantuvo más del 50% de su interés original.

166. No es objeto de controversia el hecho de que si IW Ltd de las Islas Caimán hubiera transferido todos sus derechos y obligaciones a una nueva sociedad en Luxemburgo, la sociedad de Luxemburgo no sería la misma entidad a los efectos del Artículo 37.1. Las Partes discrepan entre sí, sin embargo, acerca de si en virtud de la denominada «migración societaria» subsistió la misma entidad o nació una entidad diferente.

167. Bolivia sostiene que para que una sociedad siga siendo la misma entidad no debe variar su domicilio. Afirma que la «migración» de las Islas Caimán a Luxemburgo implicó nuevos derechos y obligaciones. Surgió una «nueva» sociedad, e IW Ltd, que era un «Accionista Fundador», dejó de ser la misma persona jurídica. AdT sostiene que tanto la legislación de las Islas Caimán como la de Luxemburgo reconocen a IW Ltd y a IW S.a.r.l. como una misma persona jurídica¹³². El Demandado califica de «manifiestamente absurda» la afirmación

¹³¹ Mem. Contesto Ddo., pág. 23, párrafo 46.

¹³² Mem. Dtc., págs. 43 y 44, párrafo 126; Carta de Maples and Calder, 28 de agosto de 2003, en Rép. Dtc., Documento 48, Sección 3.

de AdT de que IW S.a.r.l. de Luxemburgo e IW Ltd de las Islas Caimán son una misma persona jurídica¹³³.

168. El argumento del Demandante es que así como una persona natural puede emigrar de una jurisdicción a otra, cambiando su nacionalidad, una persona jurídica puede hacer lo propio.

169. El Demandante proporcionó al Tribunal dictámenes jurídicos sobre la legislación de las Islas Caimán y de Luxemburgo y su aplicación al caso de autos.

170. En primer lugar, el estudio jurídico Maples and Calder, de las Islas Caimán, examinó la Ley de Sociedades de ese país y concluyó que IW Ltd era una sociedad de responsabilidad limitada exenta conforme a la Sección 183 de la Ley de Sociedades de las Islas Caimán. Las Secciones 226 y 227 permiten asimismo a una sociedad exenta cancelar su registro y seguir siendo la misma entidad societaria en otra jurisdicción, en la medida en que la jurisdicción de destino lo permita¹³⁴.

171. En segundo lugar, la oficina de Luxemburgo del estudio Allen and Overy¹³⁵ señaló que la legislación de Luxemburgo no «se opone» a la transferencia del domicilio y lugar de administración efectiva registrados a Luxemburgo, «manteniendo su personería jurídica» en tanto la legislación del país de origen de la transferencia admita la posibilidad de continuar con la

¹³³ Mem. Contest. Ddo., pág. 27, párrafo 50.

¹³⁴ Rép. Dte., Documento 48, Carta-Dictamen, Maples and Calder, 28 de agosto de 2003, Sección 3. Maples and Calder sostienen que la Ley de Sociedades de las Islas Caimán (Revisión de 2003) estaba en vigor a la fecha de cancelación del registro. La Ley de Sociedades establece en lo pertinente: Sección 226. 1) Una sociedad exenta constituida y registrada con responsabilidad limitada y capital accionario bajo la presente Ley, incluida una sociedad registrada por vía de continuación según lo previsto en esta Parte, que propone registrarse mediante continuación como entidad societaria de responsabilidad limitada por acciones bajo la legislación de cualquier jurisdicción ajena a las Islas (en lo sucesivo, el «solicitante») puede solicitar al Encargado del Registro que cancele su registro en las Islas. 2) El Registro deberá cancelar el registro de un solicitante si: a) El solicitante se propone cancelar su registro mediante la continuación de sus actividades en una jurisdicción que permita o no prohíba la transferencia del solicitante según lo previsto en esta parte [. . .].».

¹³⁵ El Tribunal toma nota de que Allen and Overy patrocinó a IW S.a.r.l. en relación con su «transferencia de domicilio y lugar de administración efectiva registrados» y modificación de su razón social, que era IW Ltd y pasó a ser IW S.a.r.l. Véase Rép. Dte., Documento 50, Carta-Dictamen, Allen & Overy Luxembourg, 28 de agosto de 2003, Sección 1.

personería jurídica. Por lo tanto, IW Ltd «adoptó» la nacionalidad de Luxemburgo en la fecha de la transferencia.

172. Con respecto a la cuestión de la migración de una compañía, Bolivia proporcionó al Tribunal un dictamen del profesor Merritt B. Fox¹³⁶, según el cual IW S.a.r.l. de Luxemburgo es una «sociedad diferente» de IW Ltd. Según el profesor Fox, dos factores hacen que cada una de las sociedades posea características «singulares» y sea «distinta» de la otra: su nombre y su domicilio. Cada una de las sociedades tiene «derechos y obligaciones contractuales [que] le corresponden en forma característica y exclusiva»¹³⁷ (traducción informal). Como IW S.a.r.l. no existía antes de diciembre de 1999, no puede considerarse «Accionista Fundador» ni podía poseer, ni poseía, acciones de AdT. Además, del hecho de que IW S.a.r.l. adquirió acciones de AdT a IW Ltd después del otorgamiento de la Concesión se infiere, según el profesor Fox, que había dos entidades: una que poseía anteriormente acciones de AdT (IW Ltd) Y otra que adquirió esas acciones (IW S.a.r.l). El profesor Fox concluye, por lo tanto, que IW S.a.r.l. es una «sociedad diferente... y, por consiguiente, una persona jurídica diferente»¹³⁸.

173. Las Partes cuestionaron la gravitación que ha de darse a los dictámenes presentados por la otra Parte. Bolivia sostuvo que los dos estudios jurídicos a cuyos servicios recurrió el Demandante no son expertos independientes, sino «asesores legales institucionales de Bechtel, claramente interesados en defender las transacciones que realizaron por mandato de Bechtel»¹³⁹. El Demandante cuestiona la pertinencia del dictamen del profesor Fox, señalando que dicha persona es un abogado estadounidense sin experiencia técnica en la legislación de Bolivia, de las Islas Caimán o de Luxemburgo, que sólo puede sustentar «una opinión general de derecho comparado»¹⁴⁰. Por lo tanto, las conclusiones del profesor Fox no son confiables, ya que éste no especifica qué cuerpos legislativos comparó al realizar su evaluación¹⁴¹. Además, en el dictamen de Maples and Calder se sostiene que las declaraciones del profesor Fox son «inexactas desde el punto de vista de la legislación de las Islas Caimán»¹⁴². Análogamente, el dictamen de Allen and Overy discrepa con el dictamen del profesor Fox en cuanto al contenido de la legislación de Luxemburgo.

¹³⁶ Mem. Contest. Ddo., Documento B, págs. 14 y 15.

¹³⁷ *Ibíd.*, pág. 15.

¹³⁸ *Ibíd.*

¹³⁹ Dúp. Ddo., pág. 20, párrafo 37.

¹⁴⁰ Declaración del abogado de AdT, Matthew Weiniger (9 de febrero de 2004), pág. 67, renglones 7 a 20.

174. El Tribunal concluye que si bien el dictamen del profesor Fox puede ser acertado en términos generales, no tiene relevancia en la situación concreta planteada en el caso de autos. La posibilidad de una sociedad de migrar entre dos jurisdicciones parece relativamente infrecuente. Es preciso que la admita los sistemas legales de la jurisdicción que se abandona y aquella en que se ingresa. No muchos sistemas jurídicos nacionales prevén la migración de sociedades. El Tribunal concluye que, aunque inusual, esa migración es admisible conforme a la legislación de las Islas Caimán y que la legislación de Luxemburgo permite el mantenimiento de la personería jurídica de la sociedad.

175. Bolivia alega, además, que la cuestión de si IW Ltd e IW S.a.r.l. son una misma entidad debe decidirse en relación con la legislación boliviana, y no con la de las Islas Caimán o Luxemburgo. Sostiene que su legislación gobierna el registro y la cancelación del registro de una sociedad y la subsiguiente situación jurídica de los accionistas de AdT, y que bajo la ley boliviana no se permite la migración de sociedades¹⁴³. A juicio de Bolivia, el concepto de «Accionista Fundador» debe interpretarse conforme a la legislación boliviana, que no admite identidad entre IW S.a.r.l. y IW Ltd¹⁴⁴. AdT sostiene que la legislación de las Islas Caimán y la de Luxemburgo son las únicas pertinentes para regir el cambio de domicilio y razón social de IW Ltd¹⁴⁵.

176. El Tribunal discrepa con Bolivia. La situación de IW S.a.r.l. se rige, en primer lugar, por la legislación de Luxemburgo. Ciertamente, cada país tiene la opción de reconocer o no reconocer a las sociedades de otros Estados. Como cuestión de derecho privado internacional, los Estados, al examinar la situación de una sociedad extranjera, generalmente acuden a la legislación de la sede o del lugar de constitución de la sociedad¹⁴⁶. Cualquiera sea el enfoque que se adopte en el caso de autos, el Tribunal concluye, sobre la base de los argumentos formulados y de las pruebas presentadas, que la legislación que determina la situación jurídica de IW S.a.r.l. no sería la legislación sustancial sobre sociedades de Bolivia.

177. Finalmente, Bolivia señala la correspondencia dirigida por la sociedad controlante de la Demandante a la Superintendencia de Aguas, en la que solicita

¹⁴¹ *Ibid.*, pág. 68, renglones 5 a 10.

¹⁴² Maples & Calder, *supra*, nota 134, Sección 3.5.

¹⁴³ Dúp. Ddo., pág. 22, párrafo 38.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ Rép. Dte., págs. 23 a 24, párrafos 61 a 66.

¹⁴⁶ U. Drobniq, *Private International Law*, en III ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW 1116 (R. Bernhardt, ed., 1992).

“la aprobación» de determinada serie de transferencias de acciones de IW Ltd, como una admisión de parte de AdT, de que ese tipo de transacciones habría de otra forma representado una actividad no autorizada¹⁴⁷. El Tribunal examina esa correspondencia al considerar el quinto aspecto de la Primera Excepción. Basta decir sobre este aspecto de la Primera Excepción: 1) que dicha correspondencia no se refiere a una migración societaria, sino a una transferencia directa de acciones de AdT; 2) que la transacción que se describe en la correspondencia nunca se llevó a cabo, y 3) que el Demandante admite que esa transferencia habría requerido la aprobación de las autoridades bolivianas pertinentes.

178. Por lo tanto, el Tribunal concluye que la migración de IW Ltd de las Islas Caimán a Luxemburgo, con el cambio de su razón social por IW S.a.r.l., no transgredió el Artículo 37.1 de la Concesión. .

179. El Tribunal hace notar que, dadas sus conclusiones, no es preciso que se pronuncie sobre otro tema no planteado por las Partes, a saber, si el incumplimiento de la Concesión determinaría la incompetencia de este Tribunal. El Demandado parece suponer que el recurso apropiado en caso de incumplimiento de determinadas disposiciones de la Concesión consiste en que este Tribunal se abstenga de asumir competencia en un tema que, por lo demás, se le planteó en forma apropiada.

180. El Tribunal rechaza el cuarto aspecto de la Primera Excepción del Demandado.

El quinto aspecto de la Primera Excepción, según el cual las tergiversaciones de representantes del Demandante excluyen la competencia del Tribunal

Excepción opuesta por el Demandado

181. En noviembre y diciembre de 1999, Bolivia recibió dos cartas de representantes de Bechtel Enterprises Holdings, Inc., analizando el proyecto de modificación de la propiedad de AdT y formulando ciertas revelaciones sobre los efectos y repercusiones jurídicas de la transacción propuesta¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Carta de Michael C. Bailey, Vicepresidente y Director general de Bechtel, 24 de noviembre de 1999, Documento 1, anexo al Mem. Contest. Ddo.

¹⁴⁸ Carta de Michael C. Bailey, Vicepresidente y Director general de Bechtel, a las Superintendencias de Aguas y Electricidad, 24 de noviembre de 1999, y carta del Dr. Ramiro Guevara, Servicios Legales S.C. , a Luis Uzin, superintendente de Aguas, 3 de diciembre de 1999. Presentadas por primera vez al Tribunal junto con la Réplica de Bolivia; figuran en el Mem. Contest. Ddo., Documentos 1 y 2.

182. El Demandado sostiene que la primera de esas cartas contenía revelaciones referentes a una transferencia directa de acciones de AdT de IW Ltd en las Islas Caimán a una sociedad diferente que iba a instalarse en los Países Bajos¹⁴⁹. Según el Demandado, en esa carta se expresaba que «en virtud de la Transacción, el accionista dejará de ser una compañía establecida en las Islas Caimán controlada en un 100% por IWL, sino otra compañía, establecida en los Países Bajos y controlada por New IWL»¹⁵⁰ (traducción informal). Bolivia señala que en la segunda de esas cartas, suscrita por el asesor jurídico boliviano de Bechtel, se sostenía que «la transferencia de la calidad de Accionista Fundador» de las Islas Caimán a una «empresa holandesa» no determinaría «efecto o impacto desfavorable alguno para el Gobierno boliviano, para entidades bolivianas ni para la municipalidad de Cochabamba. [...]»¹⁵¹ (traducción informal).

183. El Demandado sostiene que el Demandante no cumplió lo manifestado en esas dos cartas. Mediante esa excepción, el Demandado no cuestiona la legalidad de la transferencia realizada, como lo hace al plantear el cuarto aspecto de la Primera Excepción, sino que sostiene que recibió seguridades de que AdT seguiría estando sujeta al «mismo control», sin «efecto o impacto desfavorable alguno» (traducción informal) después de la transferencia propuesta. El Demandado alega que, en realidad, la transferencia hizo surgir una sociedad diferente, dotada de nuevos derechos y obligaciones, y que uno de esos nuevos derechos consistía en gozar de la protección y de la posibilidad de invocar un TBI mutuamente celebrado por los Países Bajos y Bolivia¹⁵².

184. El Demandado sostiene que, por el hecho mismo de presentar una Solicitud de Arbitraje contra Bolivia, AdT faltó a las garantías otorgadas. El Demandado niega que este incumplimiento de las manifestaciones respecto de los efectos legales de la transferencia propuesta de las acciones debiera impedir a AdT el beneficio de acceder a la jurisdicción del CIADI¹⁵³.

¹⁴⁹ *Ibíd.*

¹⁵⁰ Carta de Michael C. Bailey, Mem. Contest. Ddo., Documento 1.

¹⁵¹ Carta de Dr. Ramiro Guevara, Mem. Contest. Ddo., Documento 2, págs. 41 y 42, párrafo 81.

¹⁵² Dúp. Ddo., págs. 19 a 22, párrafo 35 a 38. Al igual que en el cuarto aspecto de la Primera Excepción, el Demandado ha sostenido asimismo que el Artículo 37.1 de la Concesión prohibía esas reorganizaciones, cualquiera de las cuales habría constituido un incumplimiento de la Concesión que, por lo tanto, privaría al Demandante de la posibilidad de acudir al CIADI en procura de reparación. Véase, *supra*, párrafos 156 y

¹⁵³ Dúp. Ddo., págs. 19 y 20, párrafo 36.

Réplica del Demandante

185. El Demandante subraya que la transacción propuesta en las dos cartas en realidad no se produjo¹⁵⁴. La transferencia de la titularidad accionaria allí propuesta fue abandonada, y en diciembre de 1999 se realizó una serie diferente de transacciones¹⁵⁵.

186. AdT admite que en efecto se requería la aprobación de las autoridades bolivianas para la transacción específica detallada en las cartas de noviembre y diciembre de 1999, pues en ese plan se preveía «la venta de sus acciones, por parte de International Water (Aguas del Tunan) Ltd. (IWL), a una nueva compañía que habría de constituirse en los Países Bajos»¹⁵⁶. Como IW Ltd era un «Accionista Fundador», AdT admite que sin el consentimiento de Bolivia esa venta habría estado prohibida en virtud del Artículo 37.1, de la Concesión. El Demandante sostiene que no se requería consentimiento para la migración societaria que tuvo lugar ya que la titularidad de la sociedad controlante de AdT no «se modificó ni [se realizó] transferencia alguna»¹⁵⁷ (traducción informal).

187. AdT sostiene que no existían requisitos similares de consentimiento para la modificación de la propiedad por parte de los «Accionistas Últimos»¹⁵⁸. Por lo tanto, «[...] cuando se modificó la estructura de la transacción, decidiéndose que las acciones de IW S.a.r.l. quedaran en manos de una compañía holandesa, y no que la compañía holandesa tuviera las acciones de IW' S.a.r.l en AdT en forma directa, se eliminó la necesidad de consentimiento» (traducción informal). AdT concluye que las cartas que invoca Bolivia sin por lo tanto «irrelevantes», ya que la transacción realmente realizada difirió significativamente del curso de acción propuesto que se describía en esa correspondencia¹⁵⁹.

Decisión del Tribunal

188. Bolivia sostiene que las manifestaciones formuladas en dos cartas dirigidas al Superintendente de Aguas por representantes de Bechtel referentes al efecto jurídico de una modificación de la titularidad accionaria de AdT no se correspondieron con la verdad y que esa infracción torna incompetente a este Tribunal. No obstante, el hecho de que se hayan recibido esas cartas no significa necesariamente que el curso de acción propuesto fuera el que realmente se produjo. La prueba que tiene ante sí el Tribunal indica, por el contrario, que la transacción propuesta nunca se realizó.

189. Como se recordará, al analizar el cuarto aspecto de la Primera Excepción del Demandado, el Tribunal estableció que la transacción realmente ocurrida consistió en la migración de IW Ltd de las Islas Caimán a Luxemburgo bajo el nombre de IW S.a.r.l. Esa transacción no era la propuesta en las cartas de noviembre y diciembre, en que no se mencionó a Luxemburgo. Por el contrario la transacción propuesta consistía en la transferencia de la propiedad a una sociedad holandesa. Por lo tanto, no es necesario que el Tribunal determine el contenido exacto de las manifestaciones que figuran en la correspondencia en cuestión, ya que la propuesta nunca se realizó y esas manifestaciones no podían surtir efecto jurídico alguno.

190. Accesoriamente, el Demandado acusa a AdT de un fraude¹⁶⁰. También en este caso, como la transacción descrita en las manifestaciones supuestamente falsas nunca tuvo lugar, no es necesario que el Tribunal se pronuncie sobre dicha acusación de fraude.

191. El Tribunal toma cuenta de que, dadas las conclusiones a las que ha llegado, no es preciso que se ocupe del argumento del Demandado de que si el Tribunal detectó una manifestación falsa del tipo de la denunciada por el Demandado, el Demandante no estaría facultado para invocar la competencia de este Tribunal¹⁶¹.

¹⁵⁴ Rép. Dte., pág. 11, párrafo 30.

¹⁵⁵ *Ibid.*, AdT remite a los Documentos 8 a 14, relacionados con la migración societaria de la controlante de AdT, en la Solicitud de Arbitraje como evidencia en apoyo de este argumento.

¹⁵⁶ *Ibid.*, págs. 11 Y 12, párrafos 31 y 32.

¹⁵⁷ Véase, *supra*, párrafos 158 y 159; Declaración del abogado de AdT, Matthew Weiniger (9 de febrero de 2004), pág. 93, renglón 17.

¹⁵⁸ Rép. Dte., págs. 11 y 12, párrafo 32.

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ Bolivia sostuvo asimismo que la aprobación por parte del Superintendente de Aguas se «logró exclusivamente en virtud de una tergiversación (es decir, mediante fraude)» (traducción informal), Mem. Contest. Ddo., pág. 43, párrafo 84.

¹⁶¹ Bolivia sostiene que el Demandante está impedido de invocar la competencia de este tribunal. Véase, *por ejemplo*, Dúp. Ddo., pág. 23, párrafo 42; Declaración del perito de Bolivia, profesor Rudolf Dolzer (9 de febrero de 2004), pág. 201, renglones 13 a 17. No obstante, como las supuestas manifestaciones analizadas en el quinto aspecto de la Primera Excepción nunca se realizaron, estas manifestaciones no pueden servir como impedimento. El Tribunal recuerda asimismo la declaración formulada por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Temple of Preah Vihear*, según la cual la manifestación en que se basa la contraparte debe ser «clara e inequívoca». ICJ REPORTS (1962) págs. 143 y 144. Véase, *en general*, J.P. Müller y T. Cottier, *Estoppel*, en II ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC

192. En consecuencia el Tribunal concluye que el quinto aspecto de la Primera Excepción del Demandado no ha de prosperar, puesto que la transacción propuesta en las dos cartas no se llevó a cabo.

El sexto aspecto de la Primera Excepción, según el cual, la invocación del TBI Países Bajos-Bolivia, constituye una afirmación de jurisdicción no comprendida en los límites del consentimiento al arbitraje por parte de Bolivia

Excepción opuesta por el Demandado

193. Bajo este aspecto de la Primera Excepción, el Demandado, basándose en todos los aspectos anteriores de su excepción, sostiene que los mismos, en conjunto, prueban que Bolivia consintió condicionalmente al arbitraje del CIADI.

194. Bolivia sostiene que la posibilidad de que el CIADI posea jurisdicción debe estar comprendida dentro de los límites de la «previsión razonable» de las partes¹⁶². Reitera que el «consentimiento» es la piedra angular del sistema del CIADI y debe estar limitado a circunstancias que el Estado contratante haya podido prever razonablemente:

[S]in perjuicio de la disposición general sobre jurisdicción contenida en un TBI el Estado que recibe la inversión podrá invitar a realizar inversiones, y esa invitación podrá limitar el consentimiento del Estado que recibe la inversión a la jurisdicción del CIADI. Si el inversionista acepta la invitación de invertir en esas condiciones, esa aceptación no podrá rebasar los límites de la oferta del Estado de destino de la inversión¹⁶³ (traducción informal).

195. En relación con el caso de autos, el Demandado alega lo siguiente:

De hecho, Bolivia condicionó específicamente la adjudicación de los servicios de agua de Cochabamba a que el adjudicatario fuera una compañía boliviana no comprendida en el Tratado Bilateral de Inversiones (u otro TBI como éste). En otras palabras, exigió específicamente que el adjudicatario del Acuerdo de Concesión no estuviera controlado por

INTERNATIONAL LAW, 116 (R. Bernhardt ed., 1992) (en que se define en forma restrictiva la doctrina de *estoppel*).

¹⁶² Mem. Contest. Ddo., págs. 36 y 37, párrafo 71 (en que se cita SCHREUER, THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY, 239 (2001) y Rand, Hornick y Friedland, *ICSID's Emerging Jurisprudence*, 19 N.Y.U. INT'L L. & POL. 33, 57 (1986). (Se omiten las citas internas).

¹⁶³ *Ibid.*, pág. 37, párrafo 72. (Se omiten las citas internas).

ninguna entidad externa cuyo TBI brindara acceso al CIADI a la compañía boliviana¹⁶⁴ (traducción informal).

En especial, Bolivia sostiene que 1) las circunstancias que rodean a la oferta formulada en la licitación, 2) los términos de la Concesión, en especial en cuanto imponía límites a la modificación de la propiedad de AdT, y 3) el contenido de la legislación boliviana, en especial en cuanto es pertinente a la luz del Artículo 2 del TBI, son todos factores que definen válidamente «expectativas razonables» de las partes con respecto a la posibilidad de invocar la jurisdicción del CIADI en las actuaciones de que se trata. El Demandado subraya:

Que sea de conocimiento de Bolivia, los hechos de este caso carecen de antecedentes en la jurisprudencia del CIADI. Bolivia no conoce ningún otro caso en que un Estado receptor de una inversión haya supeditado la adjudicación de un contrato de inversión a la condición expresa de que el adjudicatario no estuviera sujeto a ese control extranjero que permitiera al adjudicatario invocar la jurisdicción del CIADI; en que el adjudicatario consintiera específicamente y manifestara en el contrato de inversión que no estaría sujeto a ese control; en que el accionista controlantes del adjudicatario, al introducir determinadas modificaciones posteriores al contrato en la estructura de control accionario del adjudicatario, manifestara específicamente que el control no variaría, y en que el adjudicatario, basándose en esas modificaciones de la propiedad inicial posteriores al contrato, de todos modos pretendiera invocar la jurisdicción del Centro¹⁶⁵ (traducción informal).

196. Bolivia sostiene que, al ratificar el tratado del CIADI, nunca consintió en reconocer la posibilidad de acudir a la jurisdicción del CIADI a una entidad como AdT, con intereses accionarios migratorios. Alega que el consentimiento al arbitraje del CIADI debería evaluarse caso a caso, teniendo en cuenta la conducta de las partes de un acuerdo sobre inversiones, el texto de dicho acuerdo, la legislación interna del Estado miembro y los tratados internacionales¹⁶⁶.

197. Bolivia sostiene que la aseveración de AdT de que Bolivia otorgó su consentimiento cuando el Convenio del CIADI entró en vigor para ese país, en 1995, es demasiado «simple» y pasa por alto la «conducta» observada por las

¹⁶⁴ *Ibid.*, pág. 35, párrafo 66. (Destaque en el original).

¹⁶⁵ *Ibid.*, pág. 36, párrafo 70.

¹⁶⁶ *Ibid.*, págs. 37 a 39, párrafos 73 a 75. (En que se cita como fuente MOSHE HIRSCH, THE ARBITRATION MECHANISM OF THE INTERNATIONAL CENTRE FOR THE SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, 48 (1994))

partes antes de la inversión y durante su realización¹⁶⁷. Bolivia califica como «simple y formulista» el enfoque de AdT con respecto al tema del consentimiento¹⁶⁸, pues contraviene un «principio básico» de la jurisprudencia del CIADI: el de «[1]a tendencia del CIADI a ampliar la jurisdicción dentro de los límites de la previsión razonable de las partes [...]»¹⁶⁹ (traducción informal).

198. Bolivia sostiene, por 10 tanto, que el Tribunal debería rechazar la fórmula «rígida» de AdT, consistente en determinar el consentimiento sobre la única base del Tratado, el Convenio y la Solicitud de Arbitraje. Bolivia sostiene, por el contrario, que «en el presente caso, carece de sustento el argumento del Demandante de que para determinar el consentimiento sólo debe tenerse en cuenta el Tratado, el Convenio y la Solicitud de Arbitraje. Los hechos y circunstancias que rodean al Acuerdo de Concesión, y el Acuerdo mismo»¹⁷⁰ (traducción informal).

199. Por último, Bolivia ofrece el dictamen pericial del profesor Rudolf Dolzer, quien sostiene que los «círculos de beneficiarios» del TBI se describieron y negociaron «cuidadosamente», por lo que los gobiernos participantes considerarían «muy grave» cualquier modificación de los mismos. El profesor Dolzer sostiene que esas consideraciones básicas merecen tenerse especialmente en cuenta en una evaluación realista de la situación, no limitada a formalidades de texto¹⁷¹. Hace hincapié en el argumento de que el Artículo 2 del TBI hace saber a ambas partes el hecho de que están operando en un «contexto específico», que tiene de una «relevancia jurídica característica»: el del sistema jurídico boliviano¹⁷². Concluye que ambas partes conocían esa «referencia específica», y que «el inversionista ha optado por aceptar el contexto de la inversión en el marco de las leyes y reglamentos de Bolivia a los que hace referencia específica el TBI entre Bolivia y los Países Bajos»¹⁷³.

Réplica del Demandante

200. AdT no se refiere directamente a cada uno de los puntos comprendidos en este aspecto, sino que sostiene que «[n]i el TBI ni el Convenio del CIADI,

¹⁶⁷ Mem. Contest. Ddo., págs. 37 y 38, párrafo 73.

¹⁶⁸ Dúp. Ddo., pág. 31, párrafo 59.

¹⁶⁹ *Ibid.*, pág. 32, párrafo 61.

¹⁷⁰ *Ibid.*, pág. 38, párrafo 71

¹⁷¹ Declaración del perito del Demandado, profesor Rudolph Dolzer (9 de febrero de 2004), págs. 193 a 196.

¹⁷² *Ibid.*, pág. 197, renglones 17 y 18.

¹⁷³ *Ibid.*, pág. 198, renglones 8 a 14.

en que se basa la competencia del Tribunal, establecen que Bolivia debe consentir el control holandés de un nacional de Bolivia, para que un tribunal del CIADI tenga competencia en controversias entre ese nacional boliviano bajo control holandés y Bolivia»¹⁷⁴ (traducción informal).

201. Por lo tanto, AdT señala que Bolivia ha consentido en que las controversias que se planteen en el marco del TBI entre Bolivia y una sociedad boliviana bajo el control directo o indirecto de un nacional de los Países Bajos se sometan al CIADI¹⁷⁵. AdT reitera que su reclamación se basa en el TBI, que «constituye un consentimiento general, escrito, por parte del Demandado, y la Solicitud de Arbitraje un consentimiento general, escrito, por parte del Demandante»¹⁷⁶. Un hecho importante es que AdT sostiene que «[n]inguna de las partes pretendió limitar en modo alguno su consentimiento escrito»¹⁷⁷ (traducción informal).

Decisión del Tribunal

202. Bolivia sostiene que su consentimiento a la jurisdicción del CIADI en el marco del TBI se encuentra condicionado por las circunstancias especiales del caso: la negociación y los términos de la Concesión, y el Artículo 2 del TBI, leído en conjunción con la legislación de Bolivia. Bolivia opone esta excepción como prolongación de todas las excepciones que formuló con respecto a la totalidad de la situación con la que se ve confrontada.

203. El Tribunal, por mayoría, concluye que la excepción de Bolivia, según la cual ese país limitó el alcance de su consentimiento a la jurisdicción del CIADI a través del Artículo 2 del TBI y de la estructuración de la Concesión –en especial a través de los requisitos referentes a la estructura societaria de AdT– ya fue objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal a través de las decisiones referentes al primero, segundo, tercer y cuarto aspectos de la Primera Excepción ¹⁷⁸.

204. En su declaración, el árbitro Alberro-Semerena expresa su disenso con respecto a la decisión del Tribunal referente al sexto aspecto de la Primera Excepción. El Tribunal señala que su pronunciamiento es unánime en cuanto a los restantes aspectos de su decisión sobre la Primera Excepción, y que muchos

¹⁷⁴ Rép. Dte., pág. 13, párrafo 49.

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁷⁸ Véase, *infra*, párrafos 109 a 123, 133 a 138, 142 a 155, 166 a 184.

de los puntos en ella determinados se refieren al sexto aspecto de la Primera Excepción¹⁷⁹. En la Orden procesal No.1, el Tribunal concluyó que sus facultades discrecionales de ordenar la producción de pruebas se regían por los principios de sustancialidad, pertinencia y especificidad. Dadas las conclusiones del Tribunal sobre los restantes aspectos de la Primera Excepción, la mayoría del Tribunal no cree que esté presente una cuestión no resuelta que justifique se intime a producir los documentos solicitados.

205. El Tribunal rechaza el sexto aspecto de la Primera Excepción del Demandado.

La Segunda Excepción

La Segunda Excepción del Demandado, según la cual el Demandante no es una entidad boliviana «controlada directa o indirectamente» por nacionales de los Países Bajos, tal como lo requiere el TBI Países Bajos-Bolivia.

Excepción opuesta por el Demandado

206. El Demandado opone una excepción a la competencia del Tribunal, basándose en que AdT no es «nacional» de los Países Bajos según la definición dada por los Artículos I(b) (ii) y (iii) del TBI. En especial alega que AdT no esté «controlada por nacionales de los Países Bajos»¹⁸⁰ (traducción informal).

207. Según el Demandado, AdT no es una entidad controlada por nacionales de los Países Bajos por dos razones principales. Primero, el vocablo «control» se refiere a quien ejerce el control final, que en este caso es Bechtel, una sociedad

¹⁷⁹ Son, principalmente, los siguientes: 1) «el Tribunal no encuentra que haya existido una intención común de las Partes de excluir la jurisdicción del CIADI en caso de una reclamación de AdT, ni una clara renuncia de parte de AdT, a través del Artículo 41 o de la Concesión en general, a su derecho de promover sus reclamaciones ante el CIADI» (párrafo 122, *supra*), 2) «el Tribunal... concluye que el Artículo 37.1 no garantizó en ninguna medida la inmutabilidad de la estructura de control accionaria de la sociedad» (párrafo 165, *supra*), 3) «el Tribunal... concluye que la migración de IW Ltd de las Islas Caimán a Luxemburgo, con la modificación de su razón social por la de IW S.a.r.l., no constituyó un incumplimiento del Artículo 37.1 de la Concesión» (párrafo 178, *supra*), y 4) «no es necesario que el Tribunal determine el contenido exacto de las manifestaciones que figuran en la correspondencia [del 24 de noviembre de 1999], ya que la propuesta nunca se realizó y esas manifestaciones no podían surtir efecto jurídico alguno» (párrafo 189, *supra*).

¹⁸⁰ Véase, por ejemplo, Mem. Contest. Ddo., pág. 51, párrafo 104.

estadounidense¹⁸¹. Segundo, el Demandado, alega que la cuestión de si una entidad es «controlada, directa o indirectamente», es una cuestión de hecho, cuyo cumplimiento no requiere necesariamente que la titularidad accionaria pertenezca en un 100% a otra entidad.

208. El Demandado sostiene que IWT B.V. e IWH B.V., las sociedades holandesas que según el Demandante controlan a AdT, son meras empresas vacías que no «controlan» al Demandante¹⁸². Es sobre la base del ejercicio fáctico del control que el Demandado promueve la producción de documentos a los que se hace referencia *supra*, en los párrafos 26 y 27.

209. El Demandado sostiene, por lo tanto, que «[l]a cuestión del control, en el caso de autos, consiste en establecer si las entidades de los Países Bajos en la práctica están facultadas para controlar, sin el consentimiento de terceros, sus propios destinos societarios y, según el Demandante, para controlar a AdT»¹⁸³ (traducción informal). A juicio del Demandado, Bechtel mantiene el control del Demandante y las entidades societarias holandesas son «empresas vacías»¹⁸⁴.

¹⁸¹ Véase, por ejemplo, Mem. Contest. Ddo., pág. 72, párrafos 149 y 150, en que Bolivia sostiene: «el argumento de AdT, de que el ‘sentido corriente’ de la expresión ‘directa o indirectamente’ modifica al concepto de ‘control’ expresado en el Tratado Bilateral de Inversiones, en forma tal que una compañía puede tener múltiples controladores es, en el mejor de los casos, fantasioso. * * *. Lo que es preciso determinar es, en cambio, quién ejerce el control final, y es por ello que el término ‘indirecto’ llega a usarse para denotar el hecho de que el control puede ejercerse a través de otra entidad societaria, tal como el control de AdT por parte de Bechtel en el caso de autos se ejerce a través de entidades de los Países Bajos y de Luxembourg». Véase, también, *ibíd.*, pág. 52, párrafos 106 y 107. En otros puntos, Bolivia sostiene también que una entidad debe «tener la potestad de controlar, sin permiso de terceros, su propio destino societario». Véase, por ejemplo, Rép. de Bolivia, párrafo 1.2. En conjunto, esas aseveraciones llevan a pensar que Bolivia alega que sólo hay una entidad controladora, que sería la sociedad madre final.

¹⁸² Véase, por ejemplo, Mem. Contest. Ddo., págs. 56 a 59, párrafos 115 a 122, Dúp. Ddo., págs. 62 a 75, párrafos 116 a 134, en que Bolivia sostiene: «[L]a propiedad de la mayoría de las acciones, o incluso de la mayoría de los derechos de voto, no constituye, *per se*, control». ... [E]l hecho de que las partes hayan optado por una prueba de ‘control’, en lugar de una prueba más convencional y objetiva, como la del lugar de constitución o de la sede de la compañía, indica su intención de no limitarse a las determinaciones formalistas de la nacionalidad de una compañía, y considerar la realidad de la misma» (traducción informal).

¹⁸³ Rép. de Bolivia, párrafo 1.2.

¹⁸⁴ *Ibíd.*, párrafo 3.10.

Réplica del Demandante

210. El Demandante sostiene que, cuando existe un 100% de la titularidad accionaria, necesariamente existe control. Alega que el término «control» fue introducido en el Convenio del CIADI y en el derecho internacional de las inversiones en general, no para descartar las situaciones en que exista una titularidad accionaria mayoritaria, sino para ampliar la protección de las inversiones a situaciones en que exista un interés accionario minoritario que en virtud de derechos de voto u otros factores jurídicos también ejerza control jurídico¹⁸⁵.

211. El Demandante sostiene que, conforme al TBI, AdT puede considerarse nacional de los Países Bajos, ya que si bien está constituida en Bolivia, es controlada, directa o indirectamente, por nacionales de los Países Bajos. Específicamente, manifiesta que si bien AdT está constituida en Bolivia, el 55% de sus acciones está en manos de IW S.a.r.l. A su vez, el 100% de las acciones (y derechos de voto) de IW S.a.r.l. está en manos de IWT B.V., entidad nacional de los Países Bajos. Además, el 100% de las acciones (y derechos de voto) de IWT B.V. están en manos de otra sociedad holandesa, IWH B.V.¹⁸⁶.

212. El Demandante cuestiona también categóricamente las manifestaciones del Demandado según las cuales IWT B.V. e IWH B.V. son meras «sociedades ficticias», creadas exclusivamente para lograr que el CIADI tenga jurisdicción. En especial, el Demandante sostiene que la modificación de la estructura de titularidad accionaria de AdT fue sólo uno de los elementos de una empresa conjunta mucho más amplia mutuamente establecida por Bechtel Enterprises Holdings, Inc. y Edison S.p.A.; que esa empresa y el cambio de la estructura tuvieron lugar antes de que pudieran preverse los hechos que habían de afectar tan gravemente a la Concesión, y que es incuestionable, en cuanto atañe a la Segunda Excepción del Demandado, que tanto IWT B.V. como IWH B.V. estaban facultadas para plantear directamente sus reclamaciones en el marco del TBI.

213. El Demandante concluye que está sujeto al control indirecto de nacionales de los Países Bajos, IWT B.V. e IWH B.V., según lo previsto por el TBI¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Mem. Dte., págs. 46 a 50, párrafos 133 a 138.

¹⁸⁶ *Ibid.*, pág. 15, párrafo 49.

¹⁸⁷ *Ibid.*

*Decisión del Tribunal**Las cuestiones planteadas*

214. El Demandante promueve un arbitraje ante el CIADI basándose en el Artículo 9(6) del TBI Países Bajos-Bolivia¹⁸⁸.

215. No es objeto de controversia entre las partes el hecho de que el Demandante, AdT, es una entidad nacional de Bolivia. La cuestión que tiene ante sí el Tribunal consiste en establecer si AdT –a los efectos del TBI y conforme a sus disposiciones– debe considerarse también como «nacional» de los Países Bajos.

216. El TBI Países Bajos-Bolivia, al igual que el Convenio del CIADI y la mayoría de los TBI, reconoce el hecho de que un inversionista de uno de los Estados Partes puede constituir en el otro Estado Parte una entidad que le sirva de vehículo para su actividad de realización de inversiones. De hecho, no es una práctica para nada infrecuente que el Estado que recibe la inversión imponga a los inversionistas extranjeros la obligación de constituirse en su jurisdicción.

217. Para abordar el tema de la posible constitución local del inversionista, el TBI Países Bajos-Bolivia sigue los lineamientos de muchos otros TBI, disponiendo que el concepto de «nacional» de los Países Bajos, tal como lo define el Artículo 1(b), comprende no sólo a:

- (i) personas naturales que tienen la nacionalidad de esa Parte Contratante en conformidad con su ley;
- (ii) sin perjuicio de las provisiones de (iii), personas jurídicas constituidas en conformidad con la ley de esa Parte Contratante;

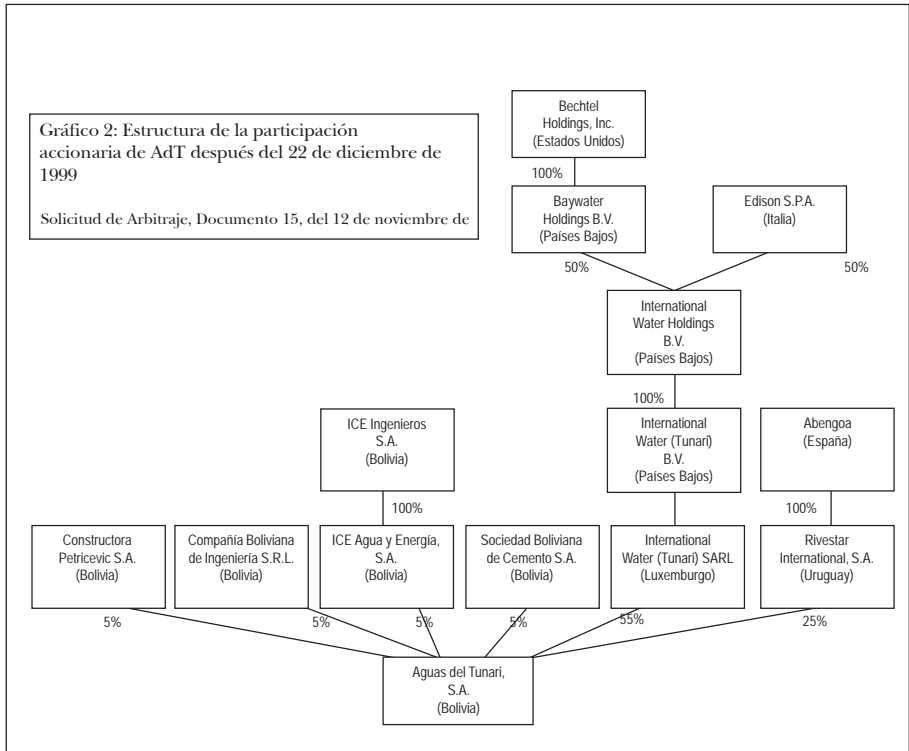
sino también a:

- (iii) personas jurídicas controladas, directa o indirectamente, por nacionales de esa Parte Contratante, pero constituidas en conformidad con la ley de esa [«la otra» según el texto en inglés] Parte Contratante.

¹⁸⁸ El Artículo 9(6) del TBI dispone:

«Si ambas Partes Contratantes se han adherido al Convenio sobre Arreglo de Controversias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, de 18 de marzo de 1965 [Convenio del CIADI], las divergencias derivadas de inversiones entre una de las Parte Contratante y un nacional de la otra Parte Contratante, serán, de acuerdo con las disposiciones de dicho Convenio, sometidos a conciliación ó arbitraje por el Centro Internacional para el Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones».

218. Se recordará que, a partir del 22 de diciembre de 1999, la estructura de la propiedad de AdT es la que ilustra el siguiente gráfico:



219. Teniendo presente esta estructura de participación accionaria, es útil reconocer los temas a los que *no* se refiere esta excepción.

Primero, no parece existir disenso alguno en cuanto a que AdT es una entidad sujeta a control extranjero; la discrepancia se refiere, en cambio, al lugar de ejercicio de ese control¹⁸⁹.

Segundo, tampoco parece existir disenso en cuanto a que la estructura de participación social holandesa (a saber, IWT B.V., IWH B.V. y Baywater) comprende a «personas jurídicas constituidas en conformidad con la ley de» los Países Bajos, según lo requiere el Artículo 1 (b) (ii). En su Primera Excepción, el Demandado sostenía que el acto de insertar a las entidades holandesas en la cadena de propiedad de AdT implicaba el incumplimiento de la Concesión o de manifestaciones efectuadas al

¹⁸⁹ Declaración del abogado de AdT, Robert Volterra (10 de febrero de 2004), pág. 407.

Demandado¹⁹⁰. Éste no sostiene, sin embargo, que las sociedades holandesas no estén debidamente constituidas conforme a la legislación de los Países Bajos. Aunque el requisito del control que se plantea en la Segunda Excepción no es aplicable a esas entidades, éstas no han comparecido como Demandantes en las presentes actuaciones¹⁹¹. En estas actuaciones, es en cambio la entidad boliviana, AdT, la que ha comparecido como Demandante, y, en virtud de esa elección, esta excepción se basa en el Artículo 1(b) (iii).

220. Además, vale la pena señalar que no se ha señalado que exista además alguna otra entidad no mencionada en el Gráfico 2, que controle AdT. El Demandante sostiene que tanto IWT B.V. como IWH B.V. califican, a los efectos del TBI, como entidades holandesas controlantes de AdT. El Demandado sostiene que la entidad que realmente había controlado a AdT en todo momento era Bechtel, una sociedad estadounidense.

221. Reconociendo lo que no se discute a esta excepción, el Tribunal identifica dos cuestiones que plantea la aplicación del Artículo 1 (b) (iii) al caso de autos.

Primero, el Artículo 1 (b) (iii) requiere que AdT, Demandante y sociedad boliviana, sea «controlada directa o indirectamente» por IWT B.V. o por IWH B.V. Las partes han debatido ampliamente esta cuestión, que versa principalmente sobre la interpretación y aplicación de la frase «controladas, directa o indirectamente» que aparece en el Artículo 1 del TBI.

Segundo, como surge del Gráfico 2, IW S.a.r.l., sociedad luxemburguesa, se encuentra entre AdT y las diversas sociedades holandesas y su propiedad pertenece en un 100% a diversas entidades holandesas. IW S.a.r.l. sólo posee el 55% de AdT. Para que AdT sea «controlada directa o indirectamente», es preciso que IW S.a.r.l. la controle, cuestión que las Partes no han debatido en sus escritos, pero que se planteó en la audiencia.

222. Las partes discrepan sobre los requisitos legales de que depende la cuestión de si AdT es «controlada directa o indirectamente» por IWT B.V. o por IWH B.V. El Demandante sostiene que posee el 100% de la propiedad

¹⁹⁰ The Tribunal concluyó, respecto del cuarto y el quinto aspectos de la Primera Excepción que esos actos no implicaron incumplimiento de la Concesión ni contrariaron ninguna manifestación.

¹⁹¹ El Tribunal toma nota de que la Primera Excepción del Demandado se aplicaría igualmente si las entidades holandesas figuraran como Demandantes. La Segunda Excepción, en cambio, se refiere especialmente a la designación de AdT como Demandante. Quizás existan razones aún no dadas a conocer por las cuales esa designación haya recaído sobre AdT y no sobre alguna de las entidades holandesas. El Tribunal considerará la eventual trascendencia de esas razones, si las hubiese, cuando ellas sean expresadas (si lo fueran).

equivale necesariamente a controlar, y que la posesión de la mayoría de las acciones es, en sí misma, prueba suficiente de control¹⁹². Para el Demandado la palabra «control» significa que debe haber algo *más* que «titularidad»: entraña, a su juicio, ejercicio de potestades o administración, y no la mera posibilidad legal de hacerlo¹⁹³. Por lo tanto, el Demandado utiliza en sus escritos términos tales como «control real»¹⁹⁴ para reclamar «algo más»¹⁹⁵ que determine la «realidad de la personería societaria»¹⁹⁶. El Demandante sostiene que poseer el 100% de la propiedad implica la posibilidad legal de controlar, y que no se justifica el uso, por parte del Demandado, de calificativos de «control», como «efectivo» o «real»¹⁹⁷. El Demandado sostiene que el control implica una cuestión de hecho, especialmente pertinente en situaciones en que la sociedad que supuestamente controla a otra sociedad en realidad tiene escasa capacidad de ejercer ese control, o está desprovista de esa capacidad¹⁹⁸.

223. Por ende, la cuestión decisiva sobre la que versa la discrepancia es que el Demandante, por una parte, interpreta la frase «controladas directa o

¹⁹² AdT sostiene, por ejemplo, que «en una situación en que la propiedad accionaria se encuentra claramente en un nivel que le confiere control, la propiedad accionaria es el único factor pertinente» (traducción informal). Mem. Dte., pág. 46, párrafo 134.

¹⁹³ Así, Bolivia replica, por ejemplo, que «[l]a manifestación de AdT de que la propiedad de la mayoría de las acciones constituye *per se* control a los efectos del Tratado Bilateral de Inversiones es exactamente el tipo de resultado formalista que se procura evitar mediante la prueba del ‘control’... El control no reside, en realidad, en los accionistas holandeses situados por encima de AdT en la cadena institucional de AdT, sino en otra parte, en un ámbito que no permitiría acudir a la jurisdicción del CIADI» (traducción informal). Mem. Contest. Ddo., pág. 59, párrafo 122.

¹⁹⁴ Mem. Contest. Ddo., pág. 67, párrafo 140.

¹⁹⁵ En sus exposiciones orales ante el Tribunal, la abogada de Bolivia manifestó: «creemos que para dar respuesta a la pregunta de quién controla a AdT no basta establecer quién posee la propiedad mayoritaria de las acciones con derecho de voto, especialmente teniendo en cuenta los hechos y circunstancias singulares de este caso específico» (traducción informal). Declaración de la abogada de Bolivia, Dana Contratto (10 de febrero de 2004), pág. 425, renglones 1 a 5.

¹⁹⁶ Mem. Contest. Ddo., págs. 66 y 67, párrafo 139.

¹⁹⁷ En sus exposiciones orales ante el Tribunal, el abogado de AdT manifestó: «En el alegato del Demandante se utiliza el vocablo «control» simplemente como sinónimo de control. Pero el Demandado, al analizar ese concepto, en el estilo que utiliza para tratar de convencer al Tribunal sobre cuál debe ser, en los hechos, el nivel de control que prevé el TBI, siempre se ve obligado a modificar el vocablo ‘control’. Utiliza expresiones tales como ‘control efectivo, control final, control actual, control real’, pero estos términos no figuran en el Tratado Bilateral de Inversiones [...]». Declaración del abogado de AdT, Robert Volterra (10 de febrero de 2004), pág. 287, renglones 4 a 14 (traducción informal).

¹⁹⁸ Mem. Contest. Ddo., pág. 67, párrafo 140.

indirectamente» en el sentido de que basta la posibilidad jurídica de controlar al demandante, y que por lo tanto la frase puede referirse no sólo a la compañía madre final de AdT, sino también a las filiales de ésta última ubicadas por encima del Demandante. El Demandado, por su parte, interpreta la frase «controladas directa o indirectamente» como requiriendo el control «final» de AdT o, si esa frase no se limitara a la compañía que ejerce el control final, entonces un control «efectivo», «real» de AdT. Así pues, la diferencia de puntos de vista entre las Partes no gira en torno a «control» y «titularidad», sino a «control» en el sentido de posibilidad jurídica de controlar y «control» en el sentido de ejercicio real del control.

224. Finalmente, es importante observar que la necesidad de enmarcar adecuadamente la cuestión que tiene ante sí el Tribunal surge de que el Demandante se basa en la prueba documental presentada por su parte sobre el interés jurídico como propietarios que IWT B.V e IWH B.V. poseen en AdT, y la consiguiente posibilidad de control que poseen esas sociedades, como prueba suficiente para determinar la competencia en el marco del TBI. Como ya se señaló, el Demandado ha solicitado que se intime al Demandante a producir documentos que prueben el control de hecho de AdT por parte de IWT B.V. o IWH B.V. El Demandante se opone a esa intimación, sosteniendo que esos documentos carecen de pertinencia jurídica y que en la práctica sería engorroso dar cumplimiento a esa amplia orden de producción de documentos. Además, como se señala en el párrafo 246, *infra*, el Demandado no aclaró qué pruebas serían suficientes para demostrar el ejercicio de control que, según el Demandado, exige el TBI. La cuestión, tal como la enmarca el Demandante, se dispararía si el Tribunal ordenara la producción de documentos y éstos demostraran no sólo la posibilidad jurídica, sino también el ejercicio del control. Pero como el Demandado no ha señalado qué pruebas demostrarían el control efectivo, no existen bases para dictar una orden de ese género en los términos apropiados. Además, es prerrogativa del Demandante el estructurar su reclamación como lo desee, corriendo el riesgo, al hacerlo, de que el Tribunal decline competencia en la cuestión de que se trata.

El significado de la frase «controladas directa o indirectamente»

El sentido corriente de la frase «controladas directa o indirectamente»

225. El Artículo 1 (b) (iii) establece que el concepto de nacional de una Parte Contratante comprende a las «personas jurídicas controladas, directa o indirectamente, por nacionales de esa [«la otra» según el texto en inglés] Parte Contratante, pero constituidas en conformidad con la ley de esa Parte Contratante».

226. El Artículo 31(2) de la Convención de Viena establece que una de las tareas del intérprete consiste en examinar el «sentido corriente» de un vocablo o frase, a menos que las partes le hayan dado un «sentido especial». La frase que debe interpretarse es «controladas directa o indirectamente», siendo «controladas» el participio pasado del verbo transitivo «controlar». Como lo preveía la propia Convención de Viena al imponer al intérprete la obligación de examinar no sólo el sentido corriente de una frase, sino también el contexto en que ella se encuentra, y a la luz del objeto y el fin del documento, el sentido corriente de «controladas directa o indirectamente», aunque evidentemente es un elemento esencial en la tarea hermenéutica, no determinante en este caso.

227. Para encontrar el «sentido corriente» de la palabra «controladas», el Tribunal buscó orientación en los diccionarios comunes. Un diccionario estándar de inglés de los Estados Unidos define al verbo transitivo «controlar» como «restringir o influir directamente sobre...; tener poder sobre»¹⁹⁹. Según otro diccionario común, la voz «controlar» puede definirse como «manejar: ejercer poder o autoridad sobre algo, por ejemplo una empresa o una nación»²⁰⁰. Análogamente, un diccionario estándar de inglés británico define «control» como «el hecho de controlar» y «la función o potestad de dirigir y regular; dominio; mando; poder»²⁰¹. Por otra parte, el uso de la palabra «manejar», en la segunda cita, parece congruente con la opinión de Demandado de que el concepto de control implica el ejercicio real de potestades o administración. Por otra parte, los vocablos «potestad» y «autoridad» apuntan en sentido opuesto. El concepto de «autoridad» se define simplemente como «el derecho o la potestad de hacer cumplir normas o impartir órdenes»²⁰² y «potestad» es «la habilidad, aptitud o capacidad de hacer algo» o «la autoridad de actuar o hacer algo conforme a una ley o regla»²⁰³. En consecuencia, en tanto que algunas definiciones aluden al ejercicio real de cierta influencia, otras hacen hincapié en una potestad que recae sobre un objeto. Por lo tanto, el sentido corriente de la palabra «control» parecería abarcar tanto el ejercicio real de potestades o facultades de dirección como los derechos que emanan de la titularidad de acciones.

¹⁹⁹ Diccionario en línea de Webster, www.m-w.com (2005); I WEBSTER'S THIRD NEW INTERNATIONAL DICTIONARY, 496 (1971) («to exercise restraining or directing influence over ... [and] [to] have power over...»).

²⁰⁰ ENCARTA WORLD ENGLISH DICTIONARY, 1999, pág. 395.

²⁰¹ OXFORD ENGLISH DICTIONARY III 851-52, 853 (segunda edición, 1989).

²⁰² ENCARTA WORLD ENGLISH DICTIONARY, 1999, pág. 113.

²⁰³ *Ibid.*, pág. 1411.

228. El Tribunal toma nota de que el Demandado, entre otras cosas, atribuye importancia al uso de la palabra «controladas», en lugar de «controlar»²⁰⁴. Al igual que el Tribunal, el Demandado comienza con la definición de «control», pero a partir de ella sostiene:

El vocablo «controladas», utilizado en el Tratado, es un participio, es decir la forma adjetival de un verbo. Decir que una cosa está «controlada» no equivale a decir que sea susceptible de ser «controlada», sino que efectivamente es objeto de control. El vocablo «controlado» no es complejo ni inusual. Aplicarlo al caso de autos significa que AdT debe haber sido «controlada», es decir, sujeta a órdenes, reglamentos, restricciones o dirigida por parte de una o más compañías holandesas²⁰⁵ (traducción informal).

El Demandado sostiene, por lo tanto, que el uso del participio pasivo «controladas» que aparece en el Artículo 1 (b) (iii) del TBI implica el requisito del ejercicio de un control real o efectivo.

229. De hecho, la definición general de «controladas», vocablo usado en lugar de «control», respalda el argumento de Demandado. El término «controlado» en algunos casos se define simplemente como participio pasado de «controlar» y se remite al lector a la definición de control. En otros casos, en cambio, se define más específicamente como «[r]estringido, manejado o mantenido dentro de límites»²⁰⁶, y «confinado, restringido, dominado»²⁰⁷. Por lo tanto, mediante el participio pasado en algunos casos se hace referencia al ejercicio real de restricciones.

230. El Tribunal toma nota de que en el Artículo 31(4) de la Convención de Viena se señala que debe darse un sentido especial a un término si la partes tenían la intención de dárselo. En autos no existe indicio alguno de que las Partes Contratantes hayan tenido la intención de dar un sentido especial al

²⁰⁴ El Tribunal toma nota de que el propio Demandado no utiliza en forma sistemática la palabra «controladas», en lugar de «control». Por ejemplo, sostiene principalmente que la frase «controladas directa o indirectamente» que aparece en el TBI tiene la misma extensión que la frase «control extranjero» en el Convenio de CIADI. Véase, *por ejemplo*, Mem. Contest. Ddo., párrafo 113.

²⁰⁵ Dúp. Ddo., párrafo 92. La única referencia adicional al significado del uso del participio pasado adjetival de «control» se efectuó durante la audiencia. Véase Transcripción (10 de febrero de 2004), págs. 422 y 423.

²⁰⁶ MERRIAM WEBSTER'S INTERNATIONAL DICTIONARY 497 (1993).

²⁰⁷ OXFORD ENGLISH DICTIONARY III 853 (Segunda edición, 1989).

vocablo «controladas». No obstante, el Tribunal toma nota de que los negociadores del TBI Países Bajos-Bolivia probablemente poseían un conocimiento profundo de negocios y de derecho. Para ellos, el sentido corriente de un vocablo o de una frase comprende también los significados jurídicos de esos vocablos o frases. Por lo tanto, el Tribunal pasa a considerar el significado jurídico de los vocablos «control» y «controladas».

231. La definición jurídica del verbo «controlar» encierra varios significados²⁰⁸. En la primera acepción significa «ejercer poder o influencia sobre <el juez controló los procedimientos>». La segunda consiste en «regular o regir <conforme a la ley, el oficial de presupuesto controla el gasto>». La definición final consiste en «tener un interés de control en <los cinco accionistas controlaban la compañía>». La primera acepción indica el ejercicio real de control, haciéndose hincapié en el derecho de ejercer control sobre un objeto, pero no indica propiedad del objeto. La segunda acepción indica, análogamente, derecho de control, pero no propiedad de lo controlado. La tercera acepción vincula control con interés dominial, estableciendo que por «interés controlante» se entiende una «participación jurídica en algo... la propiedad de un porcentaje suficiente de acciones en una compañía como para controlar su política y su administración, especialmente un interés dominial de más del 50% en una empresa»²⁰⁹.

232. Las definiciones jurídicas del vocablo «controlado» son especialmente ilustrativas, ya que se oponen frontalmente al significado del uso del participio pasado adjetival indicado por el Demandado. La frase «grupo controlado (grupos societarios controlados)» se define como «dos o más sociedades cuyas acciones están sustancialmente en poder de no más de cinco personas»²¹⁰. Por «sociedad controlada (compañía controlada)» definiciones definida como, una «sociedad la mayoría de cuyas acciones están en manos de una persona o empresa»²¹¹. Finalmente, se define «sociedad extranjera controlada» como «una sociedad extranjera más del 50% de cuyas acciones son de propiedad de ciudadanos estadounidenses, cada uno de los cuales es propietario de no menos del 10% de las acciones con derecho de voto». Estas tres definiciones se refieren exclusivamente al poder de controlar, y no a su ejercicio real.

233. Por lo tanto, el Tribunal concluye que el uso de los vocablos «controladas» o «control» no es un factor determinante. El adjetivo «controladas» puede

²⁰⁸ BLACK'S LAW DICTIONARY, 353 (octava edición, 2004).

²⁰⁹ *Ibid.*, 828.

²¹⁰ BLACK'S LAW DICTIONARY, 353 (octava edición, 2004).

²¹¹ *Ibid.*, 365.

indicar el hecho de que en realidad se haya ejercido «control» en el pasado, o que otra persona o entidad haya tenido la capacidad de controlar esa compañía en el pasado, (o, de hecho, en el presente). Por una parte, «controlada» puede significar que una entidad estaba sujeta al control real de otra. Por otra parte, «controlada» puede significar que una entidad estaba sujeta a la capacidad de control de otra.

234. El Tribunal observa que de ninguno de los diccionarios consultados surge indicio alguno de que el concepto de «control» implique necesariamente cierto grado de ejercicio activo de potestades o dirección. Si las partes hubieran querido ese resultado, un vocablo más adecuado para el TBI habría sido «manejadas», en lugar de «controladas». Además, aunque los Estados contratantes hubieran disipado la incertidumbre utilizando expresiones tales como «bajo control directo o indirecto de» o «sujetas al control directo o indirecto de», en lugar de «controladas directa o indirectamente» por otra sociedad, la ambigüedad del vocablo «controladas» lleva al Tribunal a concluir que la diferencia de redacción no resulte determinante.

235. El Demandado alega que, a la luz de la falta de una definición específica de «control» en el TBI, el Tribunal debería examinar ese concepto de «control» tal como ha sido utilizado para definir la nacionalidad de las sociedades conforme al derecho internacional. Bolivia sostiene que hay cuatro pruebas tradicionales para determinar la nacionalidad de una entidad societaria. Tanto la prueba del lugar de asiento físico de la sociedad como el de la jurisdicción en que se ha constituido «por razones de simplicidad se centran en factores objetivos, y pasan por alto la posibilidad de que la nacionalidad asignada no refleje la realidad de las actividades de la compañía»²¹² (traducción informal). Los otros dos criterios se refieren, respectivamente, a control y a interés predominante en la sociedad y, según sostiene Bolivia, los Estados seleccionan el criterio de «control» porque «se entra en la realidad que subyace a la personalidad de la compañía... [y] a menudo se usa 'para evitar resultados contrarios a la equidad»²¹³ (traducción informal). No obstante, de autos no surge que las partes contratantes hayan tenido presente ese sentido especial del vocablo «control». Tampoco puede suponerse esa intención, ya que el Tribunal concluye que los contextos de protección de las inversiones extranjeras y regulación de la actividad de las sociedades son bastante particulares²¹⁴.

²¹² Mem. Contest. Ddo., pág. 57, párrafo 116.

²¹³ Mem. Contest. Ddo., págs. 57 y 58, párrafo 118 (se omiten las citas).

²¹⁴ Es peligroso transferir el significado de un concepto de un marco regulatorio a otro, en casos en que los motivos que llevan a elegir cierta terminología suelen ser decisivos.

236. La palabra «controlada» es modificada por la frase «directa o indirectamente», que indica claramente que una entidad puede controlar a otra por una de dos vías. El hecho de que una entidad esté *controlada directamente* implica inexistencia de un intermediario entre las dos entidades, en tanto que el hecho de que una entidad esté *controlada indirectamente* implica que entre las dos existe por lo menos una entidad intermediaria.

237. Como ya se señaló, uno de los puntos en la interpretación del Demandado es que la frase «controladas directa o indirectamente» apunta hacia el «controlador final». Un argumento del Demandante, yuxtapuesto a la interpretación del Demandado, es que «[e]n virtud del criterio el TBI, es posible que a los efectos del tratado haya más de una entidad que ejerza el control»²¹⁵ (traducción informal). El Tribunal comparte la opinión del Demandante. La frase «directa o indirectamente», al modificar el término «controladas», crea la posibilidad de que exista simultáneamente un controlador directo y uno o más controladores indirectos. El TBI no limita la categoría de demandantes legitimados exclusivamente al que ejerce el «control final».

En la esfera tributaria, por ejemplo, el Tribunal concluyó que las definiciones jurídicas en que se hace hincapié en la capacidad de control (véase el párrafo 230 de la Decisión) se utilizan para definir sociedades «controladas» en las diversas leyes tributarias. Según la agencia de Ingresos Públicos de los Estados Unidos, por «sociedad extranjera controlada» se entiende «toda sociedad extranjera en que más del 50% del poder de voto total combinado de todas las clases de acciones con derecho de voto sean de propiedad directa, indirecta, o por vía de interpretación, de accionistas estadounidenses en cualquier día del ejercicio tributario de esa sociedad extranjera o más del 50% del valor total de las acciones de la misma sean de propiedad directa, indirecta, o por vía de interpretación, de accionistas estadounidenses en cualquier día del ejercicio tributario de esa sociedad extranjera controlada», Manual de Ingresos Públicos, Sección 4.61.7.3, [http:// www.irs.gov/irm/ part4/ch46s07.html](http://www.irs.gov/irm/part4/ch46s07.html). Análogamente, Canadá, en su Ley de Impuestos sobre el Capital Social, define «sociedad subsidiaria controlada» como «una sociedad más del 50% de cuyas acciones, con plenos derechos de voto en todas las circunstancias, sean de propiedad directa o indirecta de otra sociedad». Ley Referente al Impuesto sobre el Capital de Determinadas Sociedades Financieras, Legislación revisada, 1989, enmendada en 1990, c. 10, s. 2; 1992, c. 15, s. 2; 1993, c. 17; 2004, c.3, s.3, que puede consultarse en: [http:// www.gov.ns.ca/legi/legc/statutes/orpct.htm](http://www.gov.ns.ca/legi/legc/statutes/orpct.htm), Sección 2(z). El Tribunal, sin embargo, no conoce los motivos que en materia tributaria lleven a esa definición, por lo cual, como se expresa en el texto, se abstiene de hacer inferencias en tales casos. Por razones similares, el Tribunal se abstiene de hacer inferencias a partir de otras definiciones de «control» que aparecen en los contextos de la reglamentación estadounidense de la Ley de Bolsas de Valores de ese país o en los Principios de administración empresarial, del American Law Institute, citadas por el profesor Fox, perito de la Demandada.

²¹⁵ Mem. Dtc., pág.53, párrafo 148.

238. No obstante, esta conclusión no elimina necesariamente el segundo punto de la interpretación del Demandado, consistente en que cualquier entidad que ejerza control, directo o indirecto, deba ejercer el control real. Al aplicar esta frase, el Demandante lo hace subrayando la capacidad legal de control que emana de la propiedad. Así pues, IW Sa.r.l es el controlador directo de AdT, por ser la primera entidad de la cadena de propiedad de control por encima de AdT. IWT B.V. e IWH B.V., como entidades situadas por encima de IW S.a.r.l., serían controladoras indirectas. El Demandado, por el contrario, al aplicar la frase hace hincapié en el control real y sostiene que Bechtel realmente controla a AdT, y que las entidades legales intermediarias no revisten importancia, ya que no ejercen control sobre AdT, y que las entidades legales intermediarias no revisten importancia, ya que no ejercen control sobre AdT.

239. El Tribunal prosigue la labor exegética considerando los otros dos elementos básicos del método de interpretación previsto en la Convención de Viena: el contexto de la frase «controladas directa o indirectamente» y el objeto y fin del TBI.

La frase en su contexto y a la luz del objeto y fin del TBI

240. Es teniendo en cuenta el contexto en que se encuentra la frase «controladas directa o indirectamente», y a la luz del objeto y fin del TBI, que el Tribunal encuentra la base de interpretación de la frase.

241. En cuanto al objeto y fin del TBI, el Tribunal toma nota de que el Preámbulo del TBI establece:

El Gobierno del Reino de los Países Bajos y el Gobierno de la República de Bolivia,

Desearo fortalecer los lazos tradicionales de amistad entre sus países, extender e intensificar las relaciones económicas entre ellos, particularmente en relación con las inversiones de los nacionales de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante,

Reconociendo que un acuerdo sobre el tratamiento que se dé a estas inversiones estimulará la afluencia de capital y tecnología y el desarrollo económico de las Partes Contratantes, y que es deseable un tratamiento justo y equitativo para las inversiones [...] ²¹⁶.

²¹⁶ Es una regla ampliamente aceptada que el texto del preámbulo de un tratado puede ser especialmente útil para determinar el motivo, el objeto y las circunstancias del tratado. Dolzer y Stevens señalan, en su libro sobre TBI, que aunque el preámbulo rara vez

Por lo tanto, el objeto y fin del tratado consiste en «estimular la afluencia de capital y tecnología», y las Partes Contratantes reconocen expresamente el hecho de que ese estímulo surgirá del «acuerdo referente al tratamiento que se dé a esas inversiones» realizadas por «nacionales de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante».

242. En cuanto al contexto en que se encuentra la frase «controladas directa o indirectamente», el Tribunal toma nota de que el Artículo 1, al definir el concepto de «nacional», no sólo define la categoría de personas y entidades que deben considerarse beneficiarias de los derechos sustanciales del TBI, sino que también define a las personas y entidades a las que va dirigida la oferta de arbitraje y que por lo tanto son potenciales demandantes. Dado el contexto de la definición de la categoría de demandantes legitimados, el vocablo «controladas» no ha sido concebido como una alternativa a la propiedad, ya que el control sin titularidad accionaria abarcaría a un grupo de entidades que no poseen necesariamente un interés que pueda ser objeto de una reclamación. En este sentido, la palabra «controladas» indica una cualidad de la participación social.

243. Por lo tanto, se trata de saber en qué medida el término «controladas» del Artículo 1(b)(iii) está destinado a calificar de «participación social». El Demandante sostiene que el «control» es una capacidad propia de titularidad accionaria. A su juicio, si una entidad es la propietaria del 100% del capital de otra entidad, la primera posee la capacidad de controlar a la segunda, que por lo tanto es una entidad «controlada». Según el Demandante, el uso en el TBI del vocablo «control», en vez de «titularidad accionaria», tiende a contemplar la situación en que un accionista minoritario, por ejemplo a través de derechos de voto, posee la capacidad de controlar a la otra entidad. El Demandado alega que el «control» consiste en una capacidad que debe ejercer el titular de la participación social. Además, parece alegar que es la misma entidad propietaria la que debe ejercer ese control²¹⁷.

244. El Tribunal no considera convincente la opinión del Demandado por tres razones.

245. Primero, la opinión del Demandante de que «control» es un atributo de la propiedad encuentra sustento en el derecho en general. Una entidad que es

contiene obligaciones vinculantes, puede servir como «un auxiliar útil para la interpretación del tratado». RUDOLF DOLZER y MARGRETE STEVENS, *BILATERAL INVESTMENT TREATIES*, 20 (1995).

²¹⁷ Véase, *por ejemplo*, Declaración del abogado de Bolivia, Dana Contratto (9 de febrero de 2004), págs. 422 y 423, renglones 17 a 21.

propietaria del 100% de las acciones de otra entidad necesariamente tiene la potestad de controlarla. Puede renunciar a ejercer esa potestad, pero ello queda a su arbitrio. Además, según diversas doctrinas sobre derecho de las sociedades, puede ser llamada a responsabilidad por los actos de su subsidiaria, independientemente de que haya controlado o no los actos de esta última. El Demandado sostiene que IWT B.V. e IWH B.V. son meras «empresas vacías», que ni siquiera pueden rehusarse a ejercer el control que está a su alcance. Las compañías de control («holding») (si en el caso de autos IWT B.V. e IWH B.V. tienen tan sólo esa calidad) poseedoras de activos sustanciales (en este caso, los derechos previstos en la Concesión) son, sin embargo, un instrumento común y jurídicamente legítimo de organización de sociedades, y sobre ellas recaen las mismas obligaciones jurídicas que las que pesan sobre las sociedades en general²¹⁸. El Tribunal reconoce que la forma societaria puede ser objeto de abusos y que puede desconocerse por razones de fraude u otros motivos. Tal como se señala en el párrafo 331, *infra*, el Tribunal no considera probada en autos la presencia de razones extraordinarias de esa naturaleza.

246. Segundo, el Demandado no ha expuesto con suficiente precisión su argumento de que el «control» implica necesariamente cierto nivel de control real; el concepto es, más bien, tan vago que resulta inabordable. El Demandado alega que la frase «controladas directa o indirectamente», aplicada a la entidad que ejerce el «control final», proporciona un criterio definido, sin embargo, como se establece en el párrafo 237, el Tribunal rechaza esta interpretación, por ser incompatible con la expresión «directa o indirectamente». Admitida la posibilidad de que varias entidades ejerzan control, resulta difícil definir un concepto de control «real» suficiente en relación con una de ellas, especialmente cuando una entidad está facultada para delegar ese control real. Esto resulta evidente teniendo en cuenta la dificultad que experimenta el Demandado para ofrecer al Tribunal los detalles de la prueba de control «real» que propone. Respondiendo a una pregunta del Tribunal en cuanto a los detalles de una prueba de ese género, el abogado del Demandado manifestó que «[e]l control no es un –un objetivo- no existe una prueba objetiva nítida de control en el

²¹⁸ El Tribunal coincide con el tribunal del caso *Aucoven*, aunque operando en un contexto diferente del Artículo 25 del Convenio del CIADI, enfrentando a un argumento similar referente a los atributos sustanciales de la entidad de la que se afirma que «controla» al Demandante de esa controversia, estableció: «Aunque [Venezuela] considera [que la identidad corporativa de la que se afirma que controla al Demandante] es una simple formalidad, esa formalidad es el elemento esencial de la economía global. *Autopista Concesionada de Venezuela CA c/ la República Bolivariana de Venezuela* (en lo sucesivo denominada «*Aucoven*»), en su Decisión sobre Jurisdicción del 27 de septiembre de 2001, párrafo 67, *reimpresa en* 16 ICSID Rev.-FILJ 469 (2001), 6 ICSID 419 (2004).

sentido de control institucional de una sociedad. Es preciso conocer los detalles»²¹⁹ (traducción informal). De hecho, el argumento del Demandado de que el concepto de «control» implica necesariamente determinado nivel de control real de una entidad sobre otra pasa por alto la realidad de que el ejercicio de ese control puede delegarse a una filial, o incluso a un subcontratista independiente²²⁰. Además, la amplia gama de dimensiones que implica el control real de una entidad societaria va desde el control de las operaciones cotidianas hasta la adopción de decisiones estratégicas. ¿Serían las actas de una reunión del Directorio, en que se delegue a una empresa de consultoría la administración de una compañía de la que se posea la mayoría de las acciones prueba del ejercicio de control real sobre esa compañía? ¿Serían las actas de una reunión del Directorio, en que se delegue a una compañía madre o filial la administración de una compañía de la que se posea la mayoría de las acciones prueba del ejercicio de control real sobre esa compañía? ¿La dirección cotidiana, por parte de una compañía, de las operaciones de otra de la que posea la mayoría de las acciones no bastaría para probar el control real si la compañía controlante hubiese determinado qué oportunidades de negocios habrían de aprovechar o desechar la compañía controlada? A juicio del Tribunal, la dificultad que supone articular cierta prueba refleja no sólo el hecho de que el Demandado no aportó un determinado criterio, sino también la posibilidad de que ello no sea viable, y, como se expresa en el párrafo siguiente, la consiguiente incertidumbre frustraría el objeto y fin del TBI.

²¹⁹ Declaración del abogado del Demandado, Dana Contratto (11 de febrero de 2004), pág. 595, renglones 9 a 12. Un razonamiento similar al del Tribunal puede encontrarse en *Aucoven, supra*, nota 217, en que el tribunal señaló:

69. La posición que sostiene Venezuela obligaría al Tribunal Arbitral a enredarse en una maraña jurídica; esto es precisamente lo que trataron de evitar los redactores del Convenio del CIADI. Averiguar quién ejerce el control «final» o «efectivo» o «verdadero» implicaría muchas veces investigaciones factuales difíciles y prolongadas, cuyos resultados son inciertos.

²²⁰ El Tribunal tiene presente que el Demandado alega, en especial, que IWT B.V. e IWH B.V. son a su juicio meras empresas vacías, que no supervisan en ninguna medida las operaciones del Demandante. Para ese caso limitativo, podría caber la aplicación de una prueba fáctica de control gerencial. No obstante, la vaguedad de la investigación de los hechos realizada por el Demandado afectaría a todas las aseveraciones de que una entidad controla a otra. Del TBI no se desprende que exista una prueba para las «empresas vacías» y otra para todas las demás situaciones. Lo que es más importante, el uso peyorativo de la mal definida expresión «empresa vacía» conduce a situaciones hipotéticas para las que resultan más apropiadas doctrinas creadas para examinar el uso fraudulento o abusivo de la forma societaria, y, conforme a la conclusión que expone el Tribunal en el párrafo 331, *infra*, en el caso de autos no parece darse ninguna de esas dos situaciones.

247. Tercero, la incertidumbre inherente a la pretensión del Demandado de que se establezca un criterio sobre base de un nivel indefinido de control real, no sería compatible con el objeto y el fin del TBI. Ese tratado está destinado a estimular inversiones a través de un acuerdo sobre el tratamiento que ha de darse a las inversiones, incluida la posibilidad de arbitraje ante el CIADI. Si un inversionista no puede establecer si la inversión que realice a través de un vehículo societario de su propiedad constituido en la esfera local ha de gozar o no de protección serán en vano los esfuerzos realizados mediante el TBI para estimular la inversión.

248. Antes de llegar a una conclusión sobre la interpretación de la frase «controladas directa o indirectamente» conforme a lo dispuesto en el Artículo 31 de la Convención de Viena, el Tribunal se referirá a un aspecto singular de este procedimiento: la necesidad de considerar la pertinencia de varias declaraciones de los Países Bajos, Estado Parte del TBI que es ajeno a la controversia.

El Artículo 31(3) de la Convención de Viena y la significación que debe darse a las declaraciones del Gobierno holandés

249. El Demandado hace mucho hincapié en diversas declaraciones efectuadas en 2002 por el Gobierno de los Países Bajos, sosteniendo que respaldan la interpretación dada al TBI por Bolivia. Además, sostiene que esas declaraciones determinan una situación sin precedentes, en que ambos Estados Partes del TBI coinciden en que el Tribunal carece de competencia para entender en la controversia que tiene ante sí: «Éste es el único caso del CIADI, de que tengamos conocimiento, en que ambas partes del tratado invocado por el Demandante manifiestan que el tratado no se aplica a ese caso»²²¹ (traducción informal).

250. El Tribunal observa que el Artículo 31(3) de la Convención de Viena establece que «[j]untamente 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 [...]».

251. La posición adoptada por Bolivia en las presentes actuaciones y las declaraciones efectuadas por ministros del Gobierno de los Países Bajos ante el

²²¹ Declaración del abogado de Bolivia, Alexandre de Gramont (9 de febrero de 2004), pág. 121, renglones 16 a 20.

Parlamento de ese Estado se refieren a la controversia de autos, pero no representan un «acuerdo ulterior entre las partes». La coincidencia de varias declaraciones no hace de ellas una declaración conjunta. Además, en el caso de autos resulta claro que no hubo intención de que esas declaraciones se consideraran como un acuerdo. Por lo tanto, el Tribunal examina la cuestión de si la posición de Bolivia en las presentes actuaciones y las declaraciones internas de Ministros del Gobierno de los Países Bajos constituyen una «práctica ulterior... que pruebe el acuerdo de las partes» sobre la interpretación del TBI.

252. Las declaraciones holandesas pasaron a formar parte de estas actuaciones a través del dictamen pericial del profesor Nico Schrijver, presentado por el Demandante. Según ese perito, en los Países Bajos los legisladores acostumbran plantear preguntas por escrito a los ministros del Gobierno de los Países Bajos. El Ministro interpelado prepara su respuesta también por escrito mediante un proceso en el que puede consultar a otros ministros. En su dictamen, el profesor Schrijver llama la atención del Demandado y del Tribunal sobre tres preguntas formuladas por legisladores y sobre las contestaciones respectivas formuladas entre el 21 de febrero de 2002 y el 5 de junio de 2002. Según el Demandado, la tercera pregunta y su correspondiente respuesta son las que pueden resultar pertinentes²²², pero ambas deben examinarse a la luz de las dos primeras preguntas y sus respectivas respuestas.

253. El primer intercambio de preguntas y respuestas se inició el 21 de marzo de 2002, cuando el legislador holandés Van Bommel formuló varias preguntas por escrito al Secretario de Estado para Asuntos Económicos y al Ministro de Cooperación para el Desarrollo, relacionadas entre otras cosas, con la cuestión de si determinadas sociedades podían invocar el TBI Países Bajos-Bolivia en la controversia específica puesta a consideración de este Tribunal²²³. El Secretario de Estado para Asuntos Económicos (Ministro Ybema) respondió el 6 de marzo de 2002 en nombre del Ministro de Cooperación para el Desarrollo y su Ministerio,. Se abstuvo de pronunciarse acerca de si la controversia de autos está comprendida en el TBI y manifestó, entre otras cosas, que la respuesta está sujeta a la «discrecionalidad del tribunal arbitral al que se someta la controversia»²²⁴.

254. El segundo intercambio de preguntas y respuestas se inició el 25 de marzo de 2002, cuando el legislador Van Bommel formuló preguntas escritas adicionales al Secretario de Estado y al Ministro, a quienes solicitó que «establecieran en

²²² Mem. Contest. Ddo., págs. 27 y 28, párrafos 49 a 51.

²²³ Preguntas de legisladores («Kamervragen»), Ejercicio legislativo de 2001-2002, No. 765.

²²⁴ *Ibid.*, respuesta 6.

forma clara e inequívoca si en el caso de que se trata esas multinacionales pueden invocar el tratado de inversiones entre los Países Bajos y Bolivia»²²⁵. El Secretario de Estado contestó el 6 de abril de 2002 y remitió al legislador a la respuesta que había dado el 6 de marzo de 2002 a sus preguntas anteriores, limitándose, por lo demás, a formular comentarios generales.

255. El tercer y último intercambio de preguntas y respuestas se inició el 18 de abril de 2002, cuando un grupo de cinco legisladores holandeses, incluido el Sr. Van Bomel, formularon preguntas adicionales al Ministro de Vivienda, Planificación Espacial y Medio Ambiente, al Ministro de Cooperación para el Desarrollo y al Secretario de Estado para Asuntos Económicos²²⁶. Las preguntas fueron las siguientes:

¿Conocen ustedes la publicación 'Water, Human Right or Merchandise', de la Asociación Milieudedefensie (Amigos de la Tierra)? ¿Qué opinión les merece, en términos generales, esa publicación?²²⁷

En nombre propio y del secretario de Estado, el Ministro de Vivienda, Planificación Espacial y Medio Ambiente (Ministro Pronk) contestó el 5 de junio de 2002:

Sí. El acceso a un agua segura y pura reviste importancia. En la publicación se llama la atención del público en general sobre varios aspectos del complicado tema del agua. La cuestión merece atención, pero ese folleto contiene algunos errores fácticos o material sugestivo. Desearía hacer hincapié en determinado punto. En la página 16 («La Guerra del Agua en Bolivia») se sostiene que Aguas del Tunari puede recurrir a la comisión de solución de controversias del Banco Mundial en el marco del Tratado de Inversiones Países Bajos-Bolivia. Esto es inexacto. Tal como recientemente se señaló al responder a preguntas del legislador Van Bommel (citándose las respuestas anteriores dadas a este último), el Gobierno sostiene que el tratado de inversiones no es aplicable a ese caso²²⁸.

256. El Demandante, a través de la declaración testimonial del profesor Schrijver, expresa que «parece existir cierta confusión en cuanto a los hechos»²²⁹.

²²⁵ Preguntas de legisladores («Kamervragen»), Ejercicio legislativo de 2001-2002, No. 959.

²²⁶ Preguntas de legisladores («Kamervragen»), Ejercicio legislativo de 2001-2002, No. 1229.

²²⁷ *Ibid.*, pregunta 1.

²²⁸ *Ibid.*, respuesta 1.

²²⁹ Mem. Dte., Documento 46, Dictamen pericial del profesor Schrijver, pág. 18, párrafo 40.

El profesor Schrijver opina que en la tercera respuesta se aplican «hechos inexactos a la evaluación jurídica correcta contenida en las contestaciones anteriores del Gobierno»²³⁰ (traducción informal).

257. La tercera respuesta del Gobierno de los Países Bajos es incongruente con las dos primeras, a las que parece remitirse a estas por error. En consecuencia, pocas conclusiones pueden extraerse de las tres respuestas escritas de ese gobierno. No obstante, teniendo en cuenta la gran importancia que da el Demandado a esas respuestas, el Tribunal concluyó que podría resultarle útil obtener cierta información adicional sobre los elementos que sirvieron de base a los Países Bajos para formular dichas respuestas.

258. Como se señaló en el párrafo 47, el Tribunal, en una carta fechada el 1 de octubre de 2004, planteó varias preguntas específicas al Asesor Jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores de los Países Bajos. Dado que esa carta representa la primera investigación de un Estado Parte de un TBI que no tiene que ver con la controversia, se adjunta a la presente decisión, como Apéndice III, el texto completo. El Tribunal, sin embargo, destacó tres aspectos de esa carta, señalando, en primer lugar, que:

(r)econoce la obligación que impone a los Países Bajos el (Artículo 27 del) Convenio del CIADI de abstenerse de brindar protección diplomática a sus naciones en caso de controversias sobre inversiones a las que se refiera el Convenio. En este sentido, el Tribunal desea subrayar que no pretende conocer la opinión de los Países Bajos en cuanto a la competencia del Tribunal en la cuestión de autos, sino tan sólo recibir los comentarios de ese país con respecto a las bases documentales específicas de las respuestas escritas que su Gobierno dio a las preguntas de los legisladores.

En segundo lugar, el Tribunal declaró:

El convenio del CIADI confía al Tribunal la pronunciación sobre su competencia en el caso de autos. Las partes de este arbitraje han cuestionado disposiciones del TBI mutuamente celebrado por los Países Bajos y Bolivia. Como el Gobierno de los Países Bajos no es parte en este arbitraje ni está presente en él en otra calidad, el Tribunal considera útil obtener información de ese gobierno. Teniendo en cuenta asimismo el Artículo 27 del Convenio del CIADI, arriba citado, y el hecho de que los Países Bajos no son parte en este arbitraje, el Tribunal también cree que esas preguntas deben ser específicas y de alcance limitado, encaminadas a obtener información que respalde las posiciones hermenéuticas de

²³⁰ *Ibíd.*

aplicación general, en lugar de las relaciones exclusivamente con determinado caso. El Tribunal se considera facultado para obtener esta información en virtud de lo dispuesto por la Regla 34 de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

En tercer lugar, el Tribunal preguntó:

Teniendo en cuenta todos esos factores, el Tribunal toma nota de que las respuestas escritas a las preguntas de los legisladores, resumidas [en la carta] y cuyo texto completo se adjunta, no enuncian de por sí razones de aplicación general. Si la declaración del Gobierno de los Países Bajos por la que éste responde a las preguntas de los legisladores del 18 de abril de 2002 refleja la posición hermenéutica de aplicación general del gobierno de los Países Bajos, el Tribunal solicita a éste que le proporcione información (de tipo indicado por los Artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados como posiblemente pertinente), en que se base esa posición.

259. Tal como se señala en el párrafo 49, el Tribunal recibió el 14 de diciembre de 2004 una carta de respuestas del Sr. Lammers, fechada el 29 de octubre de 2004, a la que se adjuntaba un documento titulado «Interpretación el Acuerdo sobre Promoción y Recíproca Protección de Inversiones entre la República de Bolivia y el Reino de los Países Bajos, suscrito el 19 de marzo de 1992 y que entró en vigor el 1 de noviembre de 1994».

260. Ante todo, el Tribunal observa que el documento adjunto a la carta del Sr. Lammers sólo contenía comentarios de carácter general, que pueden ser útiles para la tarea de confirmar una interpretación basada en el Artículo 32 («medios de interpretación complementarios») de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, pero no proporcionan al Tribunal información alguna del tipo indicado por el Artículo 31 de dicha Convención como posiblemente pertinente, y en la que pueda basarse una posición hermenéutica general. Por lo tanto, el Tribunal no ha utilizado este documento para llegar a la decisión adoptada.

261. Segundo, el Tribunal observa que, en la carta de presentación de su respuesta, el Sr. Lammers señala que las contestaciones dadas por el Gobierno holandés a la serie de preguntas de los legisladores se basaron en información periodística que, a la fecha en que se proporcionaron las contestaciones, «puede no haber sido exacta»²³¹.

²³¹ Véase carta del 29 de octubre de 2004, dirigida por Johan Lammers, abogado del Ministerie van Buietenlanse Zaken, a David Caron, presidente del Tribunal.

262. Dadas esas dos observaciones, el Tribunal no encuentra una «práctica ulteriormente subsiguiente... por la cual conste el acuerdo de las partes» acerca de la interpretación del TBI. Además, la respuesta de los Países Bajos no contiene información adicional del tipo indicado por el Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que pueda ser pertinente y en la que pueda basarse una posición hermenéutica general.

263. La tercera y última observación del Tribunal es que evidentemente no se le ha presentado, ni por lo tanto tiene por qué considerar, la situación en que los dos Estados Partes de un TBI expresen la posición de que un tribunal es incompetente para atender en determinada controversia sometida a su consideración. La incongruencia entre, por una parte, la primera y la segunda de las respuestas del Gobierno de los Países Bajos, y, por otra parte, la tercera respuesta de ese gobierno por lo otro, y la referencia, evidentemente inexacta, que aparece en esa última, a las dos primeras respuestas, no refleja con ninguna claridad, a juicio del Tribunal, la posición de que el TBI no sea aplicable al caso de autos²³². Además, y de todos modos, el Tribunal hace hincapié, sin embargo, en su firme opinión de que es el Tribunal, y no las Partes Contratantes, quien debe pronunciarse sobre su competencia.

Conclusión en cuanto al significado de la frase «controladas directa o indirectamente»

264. El Tribunal, por mayoría, concluye que la frase «controladas directa, o indirectamente» significa que pueda predicarse de una entidad que controla a otra (ya sea directamente, es decir sin que exista una entidad intermediaria, o indirectamente) si tal entidad posee capacidad jurídica para controlar a la otra entidad. Con sujeción a la prueba de la existencia de restricciones especiales para el ejercicio de derechos de voto, esa capacidad jurídica debe establecerse en relación con el porcentaje de acciones que se poseen. En el caso de un accionista minoritario, la capacidad jurídica de controlar a una entidad puede existir en virtud del porcentaje de acciones poseídas, de los derechos jurídicos transferidos en instrumentos o acuerdos tales como convenios constitutivos o acuerdos de los accionistas, o de una combinación de esos factores. A juicio del Tribunal, el TBI no exige un control real cotidiano o final para que se configure lo requerido por la expresión «controladas directa o indirectamente» contenida

²³² La mayoría del Tribunal admite que las dos primeras respuestas del Gobierno holandés reflejan adecuadamente su opinión o intención, que es compatible con la opinión del Tribunal de que es éste el que debe fallar sobre su competencia. Corresponde al Tribunal arbitral determinar, en las circunstancias de hecho específicas del caso, si un inversionista está comprendido en el ámbito de un tratado bilateral de inversiones.

en el Artículo 1(b)(iii). El Tribunal observa que no le compete determinar todas las formas que podría asumir ese control y concluye, por mayoría, que en las circunstancias del caso de autos, en que una entidad posee capital accionario mayoritario y es propietaria de la mayoría de los derechos de voto, existe un control como el referido en la frase operativa «controladas directa o indirectamente».

265. En su declaración, el árbitro José Luis Alberro-Semerena expresa su disenso con respecto a la decisión del Tribunal sobre la interpretación que ha de darse a la frase «controladas directa o indirectamente». La diferencia entre la mayoría y el árbitro discorda con respecto a la solicitud de producción de documentos formulada por el Demandado es consecuencia directa de la diferencia de sus posiciones en cuanto a la interpretación de esa frase.

Confirmación de la interpretación de la frase «controladas directa o indirectamente»

266. El tribunal procede a realizar un análisis del Artículo 32 para confirmar su interpretación de la frase «controladas directa o indirectamente», y para ello examina:

- a. La historia de las negociaciones del TBI
- b. La jurisprudencia referente al Artículo 25(2) del Convenio del CIADI
- c. El contenido de otros laudos arbitrales referentes al concepto de «control»
- d. La práctica general de ambos países en relación con el TBI

267. El Tribunal tiene presente que el Demandado acude a muchas de esas mismas fuentes para confirmar su interpretación de la frase «controladas directa o indirectamente» o porque cree que la interpretación ofrecida por el Demandante es «manifiestamente absurda o carente de razonabilidad» (traducción informal).

La historia de las negociaciones del TBI

268. En la Orden Procesal No. 1, el Tribunal dispuso «que ambas partes presenten las pruebas de que dispongan con respecto a la interpretación y práctica que el Reino de los Países Bajos y la República de Bolivia han dado a las partes pertinentes del Tratado Bilateral sobre Inversiones».

269. El Demandante presentó pruebas consistentes en un informe pericial y una declaración pericial del Dr. Nico Schrijver, profesor de Derecho Internacional Público de la Universidad Libre de Amsterdam y miembro del Comité Asesor sobre Cuestiones de Derecho Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores de los Países Bajos. El Demandado presentó pruebas

consistentes en argumentos orales. Pese a esos esfuerzos, son escasas las pruebas que posee el Tribunal sobre la historia de las negociaciones del TBI.

270. Los países Bajos y Bolivia suscribieron el TBI el 10 de marzo de 1992; el tratado entró en vigor el 1 de noviembre de 1994²³³.

271. El Gobierno holandés presentó una Nota Aclaratoria ante su Parlamento tras la negociación del TBI, señalando que en él se prevén:

[G]arantías.... con respecto a la expropiación de una inversión y posibles controversias que pueden ser objeto de arbitraje internacional neutral²³⁴.

272. En esa nota, el Gobierno holandés se limita a formular breves comentarios que se refieren, en especial, a dos diferencias de texto con respecto al TBI Modelo de los Países Bajos. Primero, en el Artículo 1 se sustituye la expresión «obtención de recursos naturales» por «explotación de recursos naturales». Segundo, en el Artículo 9 se señala que Bolivia aún no era un Estado Parte del CIADI, por lo cual en este artículo se agregaban referencias a un arbitraje *ad hoc*.

273. En su presentación oral, el Demandado resumió su interpretación del tratado, sosteniendo que éste permite «a entidades bolivianas controladas por naciones de los Países Bajos promover que el CIADI ejerza su jurisdicción»²³⁵ (traducción informal).

274. En consecuencia, esta escueta historia de las negociaciones poco agrega con respecto al significado de los aspectos del TBI considerados, que en particular ni confirma ni desmiente la interpretación del Tribunal.

La jurisprudencia referente al Artículo 25(2) del Convenio del CIADI.

275. El Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI refiere a la cuestión de la jurisdicción que atañe al procedimiento de autos. En lo pertinente, ese artículo establece:

(2) Se entenderá como «nacional de otro Estado Contratante»

...

²³³ Lista de acuerdos relativos a la promoción y protección recíproca de inversiones del Reino de los Países Bajos en dictamen pericial sobre la práctica holandesa, profesor Nico J. Schrijver, pág. 22 (Documento B, anexo al Mem. Dte.).

²³⁴ *Ibid.*, párrafo 24, nota al pie de página 18.

²³⁵ Declaración del abogado del Demandado, Alexandre de Gramont (10 de febrero de 2004), pág. 124, renglones 15 a 17.

(b) toda persona jurídica que las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, *por estar sometidas a control extranjero*. (Destaque agregado).

276. Para aclarar el significado de la expresión «controladas directa o indirectamente» que contiene el TBI, las Partes hacen referencia a diversos laudos de tribunales y opiniones doctrinarias, así como a trabajos preparatorios del Convenio del CIADI con respecto al uso de la frase «control extranjero» en su Artículo 25(2)(b).

277. Comprender en qué medida el Convenio del CIADI reviste importancia para un arbitraje iniciado en el marco de un TBI aclara por qué la interpretación del término «control» que aparece en el Artículo 25(2)(b) puede afectar o no a la interpretación de término «controladas» que figura en el TBI.

278. El TBI Países Bajos-Bolivia contiene la oferta de cada uno de esos países, a nacionales de la otra parte definidos como tales, de que determinadas controversias se sometan a arbitraje del CIADI. Para aceptar esa oferta, el reclamante debe presentar una solicitud de arbitraje. Este Tribunal es establecido conforme al Convenio del CIADI, y su competencia se encuentra limitada por el Convenio del CIADI, según lo establecido en el Artículo 25, ese Tribunal, por lo tanto, debe establecer si la controversia que le ha sido presentada en el marco del TBI cumple los requisitos de competencia definidos por el referido Artículo 25²³⁶. Los Estados Partes del TBI pueden tratar de incluir todo tipo de diferencias. Pero cuando se intenta hacer competente al CIADI, que es una institución regulada por un instrumento independiente, en las controversias que surjan en el marco de su TBI, la gama de las diferencias que pueden someterse al Centro se limita necesariamente a las que cumplen los requisitos en materia de competencia definidos en el Artículo 25²³⁷.

²³⁶ El párrafo 25 del Informe de los Directores Ejecutivos sobre el Convenio del CIADI, del 18 de marzo de 1965, establece:

Aunque el consentimiento de las partes constituye un requisito previo esencial para dar jurisdicción al Centro, *el mero consentimiento no es suficiente para someter una diferencia a su jurisdicción*. En concordancia con la finalidad del convenio, la jurisdicción del Centro resulta además limitada por la naturaleza de la diferencia y de las partes. (Destaque agregado).

²³⁷ En el caso *Vacuum Salt Products Ltd. c/ la República de Ghana*, Laudo del 16 de febrero de 1994, 9 ICSID REV.-FILJ (1994), 4 ICSID REP. 329 (1997), el tribunal señaló que «[l]a referencia contenida en el Artículo 25(2)(b) a 'control extranjero' necesariamente establece un límite *objetivo* del Convenio, más allá del cual el CIADI no tiene jurisdicción, por lo cual las partes no tiene la potestad de invocarla, por mucho que lo deseen». *Ibid.*,

279. La imagen del Artículo 25 del Convenio del CIADI como cerrojo en materia de jurisdicción deja en claro que la jurisprudencia referente al concepto de «control extranjero» que contiene el Artículo 25 (2) (b) reviste muy escasa utilidad para la interpretación del TBI.

280. El Artículo 1 (b) (iii) representa un acuerdo entre Bolivia y los Países Bajos de tratar a una persona jurídica de uno de esos países como nacional del otro si es «controlada, directa o indirectamente» por nacionales de ese otro país. La cuestión consiste en establecer si esa definición de control que contiene el TBI hace que las controversias enmarcadas en ese tratado cumplan los requisitos del Artículo 25 referentes a la jurisdicción. En ese contexto, no es para nada sorprendente que los trabajos preparatorios, los comentarios y los laudos arbitrales referentes a la frase «control extranjero» que figura en el Artículo 25 lleven a pensar que el concepto de «control extranjero» es «flexible», tal que definiciones razonables que aparezcan en los instrumentos de referencia puedan cumplir los requisitos previstos en materia de jurisdicción.

281. Así el profesor Schreuer señala que, en tanto sean razonables, deben aceptarse las definiciones nacionales y basadas en tratados:

Las definiciones de nacionalidad de sociedades contenidas en la legislación nacional o en tratados en que se prevea la jurisdicción del CIADI serán determinadas para establecer si se han cumplido los requisitos de nacionalidad del Artículo 25(2)(b). Esas definiciones forman parte del marco jurídico en virtud del cual el Estado de destino de la inversión acepta la jurisdicción del Centro, y una vez aceptadas por escrito por el inversionista, pasan a integrar el acuerdo sobre el consentimiento de las partes. Por lo tanto, toda *definición razonable* de la nacionalidad de personas jurídicas contenida en la legislación nacional o en un tratado debe ser aceptada por una comisión o tribunal del CIADI²³⁸.

282. El Demandado parece alegar que «la definición de ‘control’ contenida en el Tratado Bilateral de Inversiones coincidiría en extensión con la definición prevista en la Convención del CIADI, haciendo hincapié en que el control es un «elemento objetivo que debe determinar el Tribunal»²³⁹ (traducción informal). El Demandante sostiene que el Artículo 25(2) (b) y la definición de

párrafo 36 (destaque agregado). Sin embargo, aunque existe un límite objetivo, el Tribunal debe asimismo proceder de manera flexible, para que las partes puedan establecer de común acuerdo la definición de «control extranjero».

²³⁸ Schreuer, párrafo 481, pág. 286 (destaque agregado) (se omiten las citas internas).

²³⁹ Mem. Contest. Ddo., pág. 55, párrafos 113 y 114.

control que aparece en el TBI no tienen la misma extensión, y que las Partes tenían flexibilidad y «latitud para definir ‘control’ en el TBI a los efectos del Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI» en tanto lo acordado fuera razonable²⁴⁰.

283. La historia de la redacción del Artículo 25, así como laudos arbitrales y comentarios doctrinarios, indican, sin embargo, que los redactores del Artículo 25 deseaban establecer una definición flexible de «control», no porque consideraran que la determinación de ese concepto requiriera un amplio margen de investigaciones, sino porque – reconociendo la función de cerrojo que cumpliría el Artículo 25 – debía darse cabida a una amplia gama de acuerdos entre las partes con respecto al significado de la frase «control extranjero».

284. Según Aron Broches, presidente de las reuniones consultivas para la negociación del Convenio del CIADI y Consejero jurídico general del Banco Mundial, y posteriormente primer Secretario General del CIADI, durante el proceso de redacción se «abandonó» el intento de establecer una definición rigurosa de «control extranjero», decidiéndose que «debía procurarse... brindar a las partes las más amplias facultades para determinar en qué circunstancias una compañía podría ser tratada como ‘nacional de otro Estado Contratante’»²⁴¹.

²⁴⁰ Mem. Dte., pág. 18, párrafo 57; Dúp. Dte., pág. 37, párrafo 105; Declaración del abogado de AdT, Robert Volterra (10 de febrero de 2004), pág. 281, renglones 13 a 17.

²⁴¹ Aron Broches, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, 136 RECUEIL DES COURS 331, 360 (1972-II); véase también *Aucoven*, *supra*, nota 217:

96. [E]l consentimiento en y por sí mismo no es suficiente para garantizar el acceso al Centro. En efecto, en el Artículo 25 del Convenio del CIADI se establecen otros requisitos objetivos que se deben cumplir además del consentimiento. A saber: ... En el caso de que el inversionista sea una persona jurídica constituida de acuerdo con las leyes del Estado receptor de la inversión, las partes deben convenir en que atribuirán a la persona jurídica constituida localmente, en razón del «control extranjero», el carácter de «nacional» de otro Estado Contratante a los efectos del Convenio.

97. El Convenio no contiene ninguna definición de esos requisitos objetivos. Los redactores del Convenio se abstuvieron deliberadamente de definir las expresiones... «control extranjero». ... [P]refirieron otorgar amplias facultades a las partes para que ellas mismas proporcionarían una definición, siempre que los criterios convenidos entre las partes fuesen razonables y no totalmente inconsistentes con los fines del Convenio.

Aucoven, párrafos 96 y 97 (se omiten las citas).

285. A juicio del Tribunal, ni el Demandante ni el Demandado han puesto en tela de juicio, al interpretar el Artículo 1 del TBI, que éste representa un acuerdo con respecto a qué «control extranjero» cumple el requisito de flexibilidad y deferencia previsto en el Artículo 25(2).

286. Por las razones que anteceden, el Tribunal no cree que la jurisprudencia referente a la frase «control extranjero» contenida en el Artículo 25(2) (b) ayude al Tribunal a interpretar el Artículo 1(b) (iii) del TBI.

El contenido de otros laudos arbitrales referentes a «control»

287. Tanto AdT como Bolivia llaman la atención del Tribunal sobre diversas decisiones y laudos del CIADI en relación con los criterios examinados por los tribunales para determinar el concepto de «control».

288. El Tribunal concluye que muchos de los laudos citados no guardan relación con la cuestión planteada en este arbitraje, ya que los hechos de los casos respectivos no se refieren a un accionista mayoritario, sino minoritario. En especial, aunque en algunos de esos casos los tribunales tuvieron ante sí la cuestión del control y consideraron en cierta medida pruebas de control real, no resulta claro el que esas pruebas se hayan evaluado porque el tribunal considerara el ejercicio de poder u orientación como prueba de control, o si se examinó ese control real en cuanto demostrativo de capacidad de un accionista minoritario de ejercer control. Análogamente, el Tribunal toma nota de que, al parecer, los demandantes de esos casos presentaron esas pruebas de control real; aunque tampoco resulta claro que lo hayan hecho porque creyeran que el ejercicio de potestades o de orientación era la prueba del control o porque esos actos ponían de manifiesto su capacidad, como accionistas minoritarios, de controlar a la sociedad. Por lo tanto, el Tribunal concluye que el hecho de que los demandantes de los casos que dieron lugar a esos diversos laudos fueran accionistas minoritarios representa una diferencia esencial. Los tribunales de esos diversos casos no tuvieron necesidad de distinguir, como lo hace este Tribunal, entre capacidad de controlar y ejercicio del control. Careciendo de acceso a la totalidad de los expedientes de esos casos, el Tribunal no cree posible evaluar su significación para el arbitraje de autos.

La práctica general de ambos países con respecto al TBI.

289. En la Orden procesal No. 1, el Tribunal solicitó «que ambas partes [presentaran] las pruebas de que [dispusieran] con respecto a la interpretación y práctica que el Reino de los Países Bajos y la República de Bolivia han dado a las partes pertinentes el Tratado Bilateral de Inversiones, en otros tratados bilaterales de inversiones que han celebrado y en aspecto pertinentes de prácticas afines, por ejemplo la de la protección diplomática».

290. Tanto los Países Bajos como Bolivia han celebrado TBI con otros Estados. Las Partes presentaron al Tribunal muchos de esos tratados y expusieron argumentos orales en cuanto a la posible significación de esos acuerdos en relación con la cuestión de interpretación planteada en el caso de autos. Entre otras cosas, presentaron dos volúmenes, que contienen, además del TBI Países Bajos-Bolivia, siete TBI celebrados por Bolivia y 29 celebrados por los Países Bajos. Esos TBI no agotan la lista de los tratados de esta naturaleza celebrados por las partes. En la audiencia de febrero de 2004 el Tribunal señaló que bastaba con que las partes presentaran los TBI «mencionados específicamente»²⁴² (traducción informal).

291. La práctica de un Estado en relación con la conclusión de TBI distintos del TBI al que se refiere una controversia no influye directamente sobre la tarea interpretativa prevista en el Artículo 31 de la Convención de Viena. El hecho de que el contenido de los TBI celebrados por cierto Estado pueda representar una tendencia no significa que determinado TBI celebrado por ese Estado deba entenderse como necesariamente representativo de esa tendencia, y no una excepción a la misma.

292. En cambio puede ser útil considerar la práctica de un Estado en lo referente a la negociación de los TBI, para verificar las aseveraciones de las Partes en cuanto a las políticas generales de Bolivia o de los Países Bajos en relación con los TBIs, así como los supuestos que pueda adoptar un tribunal con respecto a esos tratados.

293. Más pertinentes para evaluar la práctica de un Estado que pueda haber influido en el TBI Países Bajos-Bolivia de 1992 resultan los TBIs negociados contemporáneamente, es decir, a principios de la década de los noventa.

Práctica de los Países Bajos

294. Según una fuente del Gobierno holandés, los Países Bajos promovieron negociaciones de TBI con otros países a fin de:

Crear un marco de normas referentes al tratamiento de inversiones que pudieran invocar directamente los inversionistas. Elaborar sistemas en forma de tratados ofrece a los inversionistas la seguridad de que durante el término del tratado las inversiones realizadas en el territorio del otro país gozarán de protección... Un tratado no puede ser modificado

²⁴² Declaración del árbitro Álvarez (11 de febrero de 2004), pág. 548, renglones 14 a 17.

unilateralmente por una de las partes; en cambio, cualquiera de ellas puede modificar en cualquier momento una ley ²⁴³.

En otra declaración, el Gobierno holandés describe los TBIs señalando que proporcionan garantías de que las controversias sobre inversiones extranjeras, incluidas «las referentes a expropiaciones», puedan ser «sometidas a arbitraje internacionales neutrales»²⁴⁴.

295. Entre 1991 y 1994 (el período que resulta más pertinente para el caso de autos), además del TBI celebrado con Bolivia, los Países Bajos celebraron TBI principalmente con países en desarrollo o en transición, tales como Albania, Argentina, Bangladesh, Cabo Verde, Estonia, Hong Kong, Indonesia, Jamaica, Letonia, Nigeria, Paraguay, Perú, Polonia, Repúblicas Federales Checa y Eslovaca, Rumania, Ucrania, Venezuela y Vietnam. El Tribunal no posee el texto de los TBI celebrados por los Países Bajos con Cabo Verde, Hong Kong, Indonesia, Paraguay y Vietnam, pero los 13 TBIs restantes y el TBI Modelo de los Países Bajos elaborado en 1993 proporcionan ciertas bases para examinar la práctica observada por los Países Bajos.

296. El Tribunal observa que muchos TBI celebrados por los Países Bajos entre 1991 y 1994 – aunque no todos – se guían por la terminología y la estructura del TBI Modelo de los Países Bajos²⁴⁵. En casi todos esos tratados, por ejemplo, se utiliza el texto del título y el preámbulo del TBI Modelo²⁴⁶. Un hecho que reviste especial importancia para las presentes actuaciones es que el TBI Modelo de los Países Bajos define «nacionales» en los siguientes términos:

²⁴³ «Investeringsbeschermingsovereenkomst» (Nota sobre un Acuerdo de Protección de Inversiones), Ministerio de Asuntos Económicos de los Países Bajos; en www.minez.nl, citado y traducido en el dictamen pericial sobre la práctica holandesa del profesor Nico J. Schrijver, párrafo 10 (Documento B, anexo al Mem. Dtc.)

²⁴⁴ Nota aclaratoria de los Países Bajos, en el dictamen pericial sobre la práctica holandesa del profesor Nico J. Schrijver, párrafo 24, nota al pie 18.

²⁴⁵ El TBI modelo establece que los intereses de inversiones deben recibir un «tratamiento justo y equitativo» (Acuerdo Modelo de los Países Bajos, Artículo 3) y gozar de protección frente a expropiaciones directas e indirectas (Acuerdo Modelo de los Países Bajos, Artículo 6). Además, «toda controversia jurídica que se plantee entre esa parte Contratante y un nacional del otro Estado Contratante con respecto a una inversión de ese nacional en el territorio de primer Estado Contratante» puede ser sometida al CIADI para que se resuelva mediante «conciliación o arbitraje». (Acuerdo Modelo de los Países Bajos, Artículo 9.)

²⁴⁶ EL TBI Modelo de los Países Bajos se titula «Acuerdo sobre la Promoción y Recíproca Protección de Inversiones» e incluye un preámbulo que establece el interés común de

(b) el término «nacionales» comprenderá, en relación con cualquiera de las Partes Contratantes:

(i) a las personas físicas que posean la nacionalidad de esa Parte Contratante.

(ii) a las personas jurídicas constituidas en el marco de la legislación de la Parte Contratante.

(iii) a las personas jurídicas no constituidas en el marco de la legislación de la Parte Contratante, pero controladas, directa o indirectamente, por personas naturales comprendidas en la definición (i) o por personas jurídicas comprendidas en la definición de (ii), *supra*...²⁴⁷

El Tribunal toma nota de que el lenguaje de la cláusula (b) (iii) es más amplio, desde el punto de vista geográfico, que el de la cláusula paralela contenida en el TBI mutuamente celebrado por los Países Bajos y Bolivia. En el TBI Modelo, la definición de «nacional» comprende no sólo a entidades existentes en el Estado que recibe la inversión y controladas por nacionales del otro Estado, sino también a entidades sometidas a ese control, sea cual fuere el lugar en que se encuentren.

297. El cinco de los 13 TBIs contemporáneos examinados por el Tribunal se utilizan exactamente los mismos términos que el TBI Modelo de los Países Bajos para definir «nacionales»²⁴⁸. En otros cuatro de los 13 TBIs negociados entre 1991 y 1994 se hace hincapié en el carácter ampliamente abarcativo desde el punto de vista geográfico y de la aplicación de esos tratados²⁴⁹. En ellos no se utiliza el lenguaje del TBI Modelo, sino que se sustituye la frase «no constituidas en el marco de la legislación de la Parte Contratante» por otra igualmente amplia: «sea cual fuere el lugar en que se encontraren»²⁵⁰. En un TBI celebrado

las partes de «ampliar e intensificar las relaciones económicas entre ellos, en particular con respecto a las inversiones por parte de nacionales de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante», y garantizar un «tratamiento justo y equitativo a las inversiones». En el preámbulo de los TBI celebrados con Jamaica y Polonia no se hace referencia a un «tratamiento justo y equitativo a las inversiones».

²⁴⁷ Acuerdo Modelo de los Países Bajos, Artículo 1 (b).

²⁴⁸ TBI Países Bajos-Albania (1994), TBI Países Bajos-Estonia (1992), TBI Países Bajos-Letonia (1994), TBI Países Bajos-Nigeria (1992) y TBI Países Bajos-Venezuela (1991).

²⁴⁹ TBI Países Bajos-Bangladesh (1994), TBI Países Bajos-Jamaica (1991), TBI Países Bajos-Perú (1994) y TBI Países Bajos-Polonia (1992).

²⁵⁰ En el caso de Jamaica, no se utiliza la expresión «personas jurídicas» sino que se hace referencia a «sociedades, empresas o asociaciones».

con Ucrania en 1994 se utilizaba un lenguaje idéntico al del TBI Modelo, pero se elimina la referencia a controlada «directa o indirectamente». Así pues, en 10 de los TBIs se utiliza la definición amplia de «nacionales» contenida en el TBI Modelo.

298. Los tres TBIs restantes difieren del TBI Modelo en varios aspectos en cuanto a la definición de «nacional». Como ya se señaló, el Tribunal reconoce la necesidad de evaluar cuidadosamente esas diferencias.

299. Primero, un TBI celebrado con Rumania en 1994 contiene un lenguaje idéntico al del TBI Modelo, salvo en cuanto a que incluye también la frase «de propiedad de»:

- (b) (iii) las personas jurídicas de propiedad de, o controladas, directa o indirectamente por, personas físicas comprendidas en la definición de
- (i) o por personas jurídicas comprendidas en la definición de (ii), *supra*²⁵¹.

El Tribunal no conoce las razones por las cuales los Estados Partes incluyeron la frase «de propiedad de». Dada la opinión del Tribunal de que el vocablo «controladas», en el contexto de la definición del círculo de demandantes legitimados, necesariamente se usa, no como alternativa a la frase «de propiedad de», sino para indicar un atributo de la titularidad accionaria, el Tribunal considera que esa disposición significa «de propiedad de [probada a través de la titularidad accionaria mayoritaria] o controlada por [probado a través de la propiedad minoritaria aunada a derechos de voto]». No obstante, nada indica por qué se incluyó en esta disposición la frase «de propiedad de», y el Tribunal no encuentra ninguna respuesta en el texto de este TBI.

300. Segundo, el TBI Países Bajos-República Checa y Eslovaca celebrado en 1991, en lugar de definir a los «nacionales», define a los «inversionistas», en forma amplia, como nacionales o persona jurídicas constituidas conforme a ley de cualquiera de las Partes Contratantes:

- (b) el término «inversionista» comprenderá
 - i. a las personas físicas que tengan la nacionalidad de una de las Partes Contratantes conforme a la ley;
 - ii. a las personas jurídicas constituidas conforme a la ley de alguna de las Partes Contratantes²⁵² (traducción informal).

En una presentación oral, el Demandante hizo referencia a ese TBI y a las actas acordadas entre la República Checa y los Países Bajos, fechadas el 30 de octubre

²⁵¹ TBI Países Bajos-Rumania (1994), Artículo 1.

²⁵² TBI Países Bajos-Repúblicas Checa y Eslovaca, Artículo 1 (b).

de 2001, como ejemplo de la política holandesa según la cual las modificaciones de los TBIs, a diferencia de las aclaraciones del texto de los mismos, deben realizarse mediante enmiendas²⁵³. El Demandado alegó que no es pertinente tener en cuenta esa práctica para interpretar el TBI Países Bajos – Bolivia²⁵⁴. El Tribunal coincide con el Demandado y no cree que este TBI ayude a comprender la práctica de los Países Bajos en cuanto pueda incidir sobre el TBI Países Bajos-Bolivia.

301. Tercero, el TBI Países Bajos-Argentina, celebrado en 1992, contiene una definición de «inversionista» que comprende, en relación con cualquiera de las Partes Contratantes, a:

- i. las personas físicas que posean la nacionalidad de esa Parte Contratante, de conformidad con su legislación;
- ii. sin perjuicio de las disposiciones del apartado iii), las personas jurídicas constituidas de conformidad con la legislación de esta Parte Contratante y con actividades económicas reales conforme con las leyes vigentes en cualquier parte del territorio de esa Parte Contratante en la cual está situado un lugar de administración efectiva; y
- iii. las personas jurídicas, donde quiera que se encuentren localizadas, controladas, directa o indirectamente, por nacionales de esa Parte Contratante²⁵⁵.

En la sección (iii) se utiliza el mismo lenguaje que en los TBI celebrados con Bangladesh, Jamaica, Perú y Polonia, y, conforme al análisis ya realizado, se aplica un criterio geográfico amplio para definir «inversionistas».

302. El Tribunal toma nota de que, a diferencia de lo que ocurre en los otros TBI arriba descritos, los Países Bajos y Argentina celebraron un Protocolo adicional que indica que el vocablo «control» debe entenderse a la luz de criterios objetivos claros. El Protocolo establece:

- Con referencia al Artículo 1, párrafo (b) (iii) la Parte Contratante en cuyo territorio las inversiones tienen lugar puede solicitar la prueba del control invocado por los inversores de la otra Parte Contratante. Los hechos siguientes pueden ser, entre otros, aceptados como evidencia del control:
- i. el carácter de filial de una persona jurídica de la otra Parte Contratante;

²⁵³ Declaración del perito del Demandante, profesor Schrijver (10 de febrero de 2004), págs. 315 y 316, renglones 20 a 21, 1 a 5.

²⁵⁴ Declaración del abogado del Demandado, Dana Contratto (10 de febrero de 2004), pág. 424, renglones 8 a 13.

²⁵⁵ TBI Países Bajos-Argentina, Artículo 1 (b).

ii. la participación directa o indirecta en el capital de una sociedad mayor del 49% o la posesión directa o indirecta de los votos necesarios para obtener una posición dominante en las asambleas o en los órganos de la sociedad²⁵⁶.

303. El Demandante alega que el lenguaje más restrictivo del Artículo 1 del Protocolo del TBI Países Bajos-Argentina «se insertó por iniciativa de Argentina»²⁵⁷. El Demandado sostiene que la definición de «controlada» contenida en el Protocolo está destinada, para los fines de los inversionistas argentinos y holandeses, «a aclarar que la prueba de control o titularidad de la mayoritaria de acciones con derecho de voto puede constituir control»²⁵⁸ (traducción informal). El Tribunal observa que la definición de «controlada» que aparece en el Protocolo es fácil de administrar, basándose en criterios fácilmente verificables, tales como participación accionaria y derechos de voto.

Práctica de Bolivia

304. Entre 1991 y 1994, Bolivia, además del TBI celebrado con los Países Bajos, celebró sendos TBI con Perú y Argentina.

305. En el TBI celebrado con Perú en 1993, la definición de «nacionales» comprende a compañías «controladas, directa o indirectamente, por nacionales» de una Parte Contratante²⁵⁹. El Tribunal toma nota de que ese TBI, suscrito en 1993 es, en lo sustancial, muy similar al TBI Bolivia – Países Bajos²⁶⁰.

²⁵⁶ Protocolo al TBI Países Bajos-Argentina, Sección B.

²⁵⁷ Dictamen pericial sobre la práctica holandesa, profesor Nico J. Schrijver, párrafo 18, Apéndice 46, anexo al Mem. Dte.; Declaración del perito del Demandante, profesor Schrijver, 10 de febrero de 2004, pág. 306, renglones 12 a 18 «[E]llas (las cláusulas restrictivas) siempre se insertan ante la insistencia de Estados partes, porque, como surge del TBI Modelo de los Países Bajos y de la mayoría de los Tratados Bilaterales de inversiones celebrados por los Países Bajos, no se trata de una línea de política propia de ese país, sino que obedece, naturalmente, a que todo TBI implica concesiones recíprocas».

²⁵⁸ Declaración oral del abogado de Bolivia, Dana Contratto (10 de febrero de 2004), pág. 243, renglones 4 a 8.

²⁵⁹ TBI Bolivia-Perú, Sección 4(b)

²⁶⁰ El lenguaje contenido en la cláusula 4(b) del TBI Bolivia-Perú presenta un escenario disyuntivo. El concepto de nacionales comprende a «las sociedades constituidas de acuerdo con la legislación de esta parte contratante o que estén controladas, directa o indirectamente, por nacionales de la misma».

306. El TBI Bolivia-Argentina, suscrito en 1994, requiere que un inversionista esté «efectivamente controlado» por inversionistas de la otra Parte Contratante²⁶¹. El texto establece:

(2) El término «inversor» designa:

- a) toda persona física que sea nacional de una de las Partes Contratantes, de conformidad con su legislación;
- b) toda persona jurídica constituida de conformidad con las leyes y reglamentaciones de una Parte Contratante y que tenga su sede en el territorio de dicha Parte Contratante independientemente de que su actividad tenga o no fines de lucro;
- c) toda persona jurídica establecida de conformidad con la legislación de cualquier país que esté efectivamente controlada por inversores de la otra Parte Contratante²⁶².

307. El término «efectivamente controlada» se define además en un Protocolo y es muy similar al del Protocolo Países Bajos-Argentina. Específicamente, el Protocolo Bolivia-Argentina establece:

II Adendum Artículo 1, apartado (2), inciso c).

Se podrá solicitar a las entidades jurídicas mencionadas en el Artículo I, apartado (2), inciso c) que quieran prevalerse del presente Convenio que aporten la prueba de dicho control. Se aceptarán como prueba, entre otros, los siguientes hechos:

- (1) El carácter de filial de una entidad jurídica constituida según la legislación de esa Parte Contratante.
- (2) Un porcentaje de participación directa o indirecta en el capital de una entidad jurídica que permita un control efectivo tal como, en particular, una participación en el capital superior a la mitad.
- (3) La posesión directa o indirecta de la cantidad de votos que permita tener una posición determinante en los órganos societarios o de influir de manera decisiva en el funcionamiento de la entidad jurídica²⁶³.

308. El Demandado alega que la expresión «efectivamente controlada», utilizada para definir a un nacional, difiere del vocablo «controlada», porque

²⁶¹ TBI Bolivia-Argentina, Sección 2(c).

²⁶² TBI Bolivia-Argentina Sección 2.

²⁶³ Protocolo del TBI Bolivia-Argentina.

implica una «estructura de adopción de decisiones»²⁶⁴. El Tribunal no cree que esa distinción se refleje en la definición de «controlada» que figura en el Protocolo de Países Bajos-Argentina o en el Protocolo Bolivia-Argentina.

309. Habiendo examinado la práctica de los Países Bajos y de Bolivia, el Tribunal señala cuatro cosas.

310. Primero, aunque seguido a menudo, el TBI Modelo de los Países Bajos no siempre ha sido aceptado sin modificaciones, como podrían llevar a pensar algunas imágenes comunes de negociaciones de tratados bilaterales de inversiones.

311. Segundo, el TBI Modelo de los Países Bajos y no menos de 10 de los 13 TBIs holandeses examinados contienen definiciones de «nacionales» al parecer más amplias que la que figura en el TBI Países Bajos-Bolivia.

312. Tercero, el Tribunal observa que el término «controlada» que aparece en el TBI Países Bajos-Argentina es definido por ambos Estados, en un Protocolo Adicional, haciendo referencia exclusiva al vocablo «control»:

«Con referencia al Artículo 1, párrafo b iii) la Parte Contratante en cuyo territorio las inversiones tienen lugar puede solicitar la prueba del *control* invocado por los inversores de la otra Parte Contratante. Los hechos siguientes pueden ser, entre otros, aceptados como evidencia del *control*. (Destaque agregado).

Análogamente, la expresión «efectivamente controlada» que aparece en el TBI Bolivia-Argentina se define en un Protocolo haciendo referencia exclusiva al vocablo «control»:

«Se podrá solicitar a las entidades jurídicas mencionadas en el Artículo 1, apartado (2), inciso c) que quieran prevalerse del presente Convenio que aporten la prueba de dicho *control*. (Destaque agregado).

Tal como lo estableció el Tribunal en el párrafo 233, que antecede, el uso del participio pasado de «control» no determina el sentido de la frase «controlada, directa o indirectamente». El Tribunal observa que en otros TBIs, tanto Bolivia como los Países Bajos definen la prueba de que una entidad está «controlada» haciendo referencia a «control», y no, por ejemplo, al «hecho de que el

²⁶⁴ Declaración del abogado del Demandado, Dana Contratto (10 de febrero de 2004), pág. 427, renglones 17 a 20.

inversionista estuviera controlado». Esta práctica es congruente con la opinión del Tribunal de que no existe diferencia apreciable entre una compañía que está «controlada directa o indirectamente por otra compañía» y una compañía que esté «bajo el control directo o indirecto de» o sujeta el control directo o indirecto de» otra compañía.

313. Cuarto, el Tribunal observa que el Protocolo del TBI Países Bajos-Argentina, al definir «controlada», y el Protocolo del TBI Bolivia-Argentina, al definir «efectivamente controlada», delinean una serie de factores objetivos para determinar quién es «nacional» o «inversionista» y quién no lo es. El Tribunal, según lo establecido en el párrafo 247, que antecede, declaró que para avanzar hacia el objetivo de estimular la inversión se establecieron definiciones claras que, de esta forma, permiten a los potenciales inversionistas determinar si cierto TBI los ampara o no. El Tribunal se abstiene de especular, como cabría hacerlo, sobre las razones por las que se negociaron protocolos para el TBI Países Bajos-Argentina y para el TBI Bolivia-Argentina, pero no para el TBI Países Bajos-Bolivia. Sin embargo, toma nota de que el supuesto del Tribunal de que las partes-Estados tratarían de establecer definiciones con criterios claros para hacer previsible el alcance de los mecanismos de protección de TBI parece surgir del texto de los Protocolos.

314. El Tribunal concluye que la práctica de los Países Bajos y Bolivia en relación con los TBIs es necesariamente de escaso valor probatorio en relación la tarea de interpretar el TBI mutuamente celebrado por esos dos países.

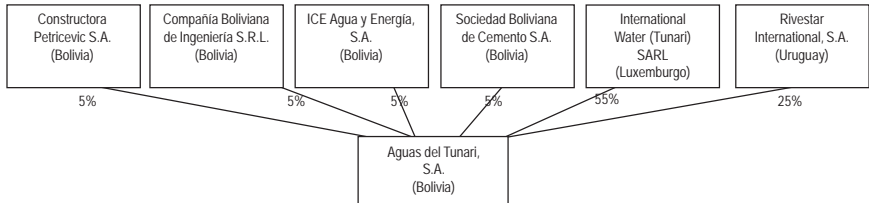
Aplicación de la interpretación: ¿AdT es «controlada directa o indirectamente» por IWH B.V. o por IWT B.V.?

315. Corresponde que el Tribunal determine si AdT es «controlada directa o indirectamente» por IWT B.V. o por IWH B.V., en el sentido en que el Tribunal interpreta esa frase.

316. El primer nivel de titularidad accionaria con respecto a AdT es el siguiente:

Gráfico 3: El primer nivel de titularidad
 Accionaria de AdT después del 22 de diciembre
 de 1999.

Solicitud de Arbitraje, Documento 15, 12 de noviembre de 2001

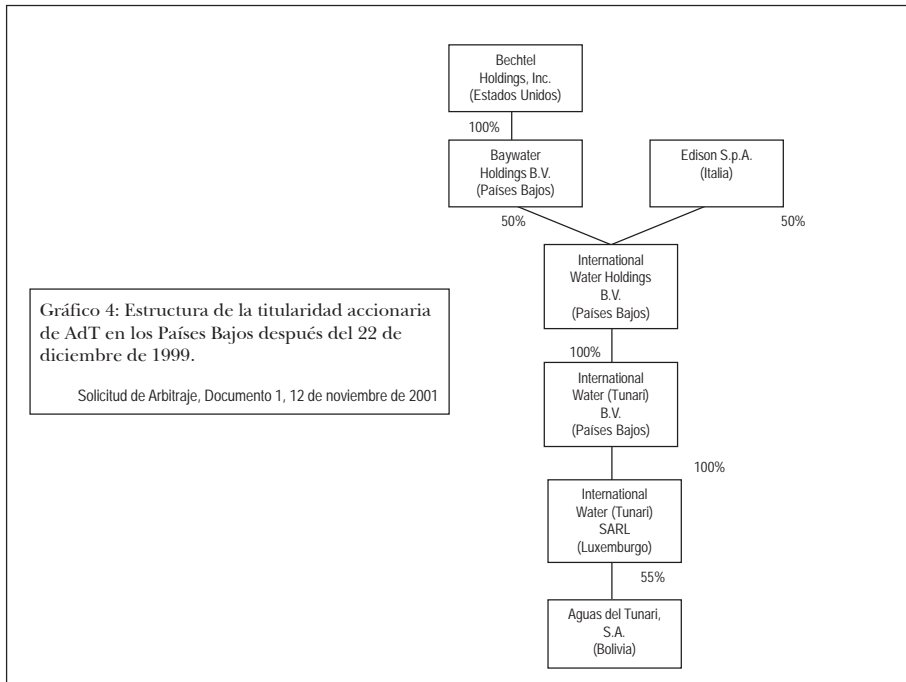


317. IW S.a.r.l., de Luxemburgo, es la titular del 55% de las acciones de AdT. El Artículo 15 del Convenio Constitutivo de AdT, titulado «Derechos de los Accionistas», establece: «[L]as acciones de la misma clase o serie proporcionarán iguales derechos y obligaciones. Cada acción ordinaria concede a su propietario el derecho de emitir un voto en la asamblea general»²⁶⁵. El Tribunal toma nota, al igual que el Demandado, que se requiere el voto de una mayoría de dos tercios de las acciones con derecho de voto de AdT para realizar determinados actos institucionales tales como: 1) adoptar el informe del Directorio, 2) autorizar el pago de dividendos u otras distribuciones con fondos de la compañía, 3) aprobar planes y presupuestos, y 4) determinar qué quórum se requiere para una reunión del Directorio del AdT²⁶⁶. Como se señaló, IW S.a.r.l. posee en AdT un interés accionario del 55%, que a juicio del Tribunal no le impide controlar a dicha empresa. IW S.a.r.l. posee la capacidad de ejercer un control afirmativo sobre AdT, para todo tipo de actos, salvo los actos específicos que acaban de mencionarse.. En cuanto a estos últimos, tiene la capacidad de vetarlos efectivamente. El Tribunal concluye que IW S.a.r.l. posee la capacidad de controlar a AdT.

²⁶⁵ Solicitud de Arbitraje, Documento 1.

²⁶⁶ Solicitud de Arbitraje, Documento 1, Convenio Constitutivo de AdT, Artículo 40 (1)(5)(9)(10).

318. La estructura de la propiedad inicial de AdT es, específicamente, la que aparece en el Gráfico 4:



319. IWT B.V. es la titular del 100% de las acciones de IW S.a.r.l., e IWH B.V. es la titular del 100% de las acciones de IWT B.V. Cada una de esas compañías poseía el 100% de los derechos de voto que correspondían a las acciones transferidas por IW S.a.r.l.²⁶⁷ En consecuencia, el Tribunal concluye que tanto IWT B.V. como IWH B.V. controlan indirectamente a AdT, cumpliéndose así los requisitos del Artículo 1(b) (iii).

320. Dados los argumentos del Demandado de que IWT B.V. e IWH B.V. son meras empresas vacías, el Tribunal observa que la primera de ellas, como

²⁶⁷ Solicitud de Arbitraje, Documento 9, Documento 10, Artículo 16(7) y Documento 13, Artículo 32(2).

emprendimiento conjunto, ocupa un lugar especial, por encima de AdT, en la estructura societaria.

321. A la luz de las pruebas disponibles, cabe sostener que IWH B.V. no es una mera sociedad ficticia establecida para lograr que el CIADI tenga jurisdicción en la controversia de autos, sino una empresa conjunta cuya propiedad, en sendas proporciones del 50% corresponde a Baywater y a la sociedad italiana Edison S.p.A., e IWH B.V. está estructurada de modo que ni Baywater ni Edison puede controlarla con prescindencia de la otra compañía: ambas deben operar juntas para dirigirla²⁶⁸.

322. El Tribunal considera resaltable, a la luz de las exposiciones orales y escritas de las Partes y de un examen de los Informes Anuales de 2000 y 2001 de IWH B.V., que en 2000 ésta tenía una «cartera de ocho contratos, más dos que se agregaron a principios de 2001»²⁶⁹, IWH y sus subsidiarias consolidadas empleaban, en promedio, a 55 personas», y «IWH tenía un giro neto de • 8.6 millones, generado por sus principales actividades de desarrollo y servicios de operaciones»²⁷⁰ (traducción informal).

323. Por lo tanto, el Tribunal concluye que tanto IWT B.V. como IWH B.V. controlaban indirectamente a AdT conforme a la interpretación dada por el Tribunal a la frase «controladas directa o indirectamente» que aparece en el Artículo 1(b)(iii) del TBI.

²⁶⁸ El Convenio Constitutivo de IWH B.V. indica un reparto por partes iguales de potestades en la compañía entre Bechtel Enterprises Holding, Inc. y Edinson S.p.A. El Convenio figura reimpresso como Documento 13 anexo a la Solicitud de Arbitraje. Bechtel Enterprises Holding, Inc. y Edinson S.p.A. tienen sendos intereses del 50% en IWH B.V. Documento 33, anexo al Mem. Contest. Ddo., Informe Anual de 2000 de IWH B.V., pág. 1. Bechtel y Edison tienen igual número de miembros en el Directorio Ejecutivo de IWT B.V. Artículos 14 y 19 del Convenio Constitutivo. En el Artículo 18 se indican las obligaciones y el proceso de adopción de decisiones del Directorio Ejecutivo.

²⁶⁹ Véase, *por ejemplo*, Informe Anual de 2000 de International Water Holdings B.V., pág. 1 (Documento 33, anexo al Mem. Contest. Ddo.).

²⁷⁰ El Tribunal toma nota, además, de que IW S.a.r.l. e IWT B.V. figuran en el Informe Anual como principales filiales de IWH B.V., con respecto a las cuales IWH «tiene la potestad de ejercer control en forma directa o indirecta». Véase, *por ejemplo*, Informe Anual de 2000 de International Water Holdings B.V., págs. 6 y 7 (Documento 33, anexo al Mem. Contest. Ddo.). Esta referencia especial, sin embargo, tiene escasa significación, ya que se trata de la declaración de parte interesada, formulada en el curso de la controversia.

Solicitud de producción de pruebas formulada por el Demandado

324. Tal como se recordó en el párrafo 23, *supra*, Bolivia solicitó al Tribunal que intimara al Demandante a presentar pruebas documentales del control ejercido sobre AdT por IWT B.V. e IWH B.V. Esa solicitud tiene un alcance que corresponde a la aseveración del Demandado de que para determinar el cumplimiento del requisito de que AdT sea «controlada directa o indirectamente» es necesario investigar si IWT B.V. e IWH B.V. controlaban efectiva y realmente los asuntos de AdT²⁷¹.

325. A través de la Orden Procesal No. 1, el Tribunal rechazó en los siguientes términos la solicitud de presentación de pruebas:

A juicio del Tribunal, ninguna de las partes ha expuesto en forma suficientemente pormenorizada o clara argumentos sobre la necesidad de las diversas pruebas cuya producción se solicita como para que el Tribunal pueda hacer lugar a esas solicitudes o rechazarlas a esta altura. El argumento formulado por el Demandado para respaldar sus solicitudes de producción de documentos obliga al Tribunal a considerar el fundamento de la segunda excepción en materia de jurisdicción formulada por el Demandado sin contar con la información completa de las partes ni tener la oportunidad de proponer a éstas preguntas durante una audiencia. Es preciso examinar la segunda excepción en materia de jurisdicción opuesta por el Demandado: 1) para determinar el probable fundamento de la excepción, aunque ésta contara con respaldo fáctico, y por lo tanto la necesidad de ordenar la producción de documentos que respalden la expresión más detallada de esa excepción, y 2) para determinar el alcance exacto de esa excepción y así limitar en forma apropiada las solicitudes de documentos formuladas por el Demandado. Sin esa estimación del probable fundamento jurídico de la excepción opuesta y sin contar con criterios para limitar las solicitudes de producción de pruebas formuladas por el Demandado, el Tribunal se ve confrontado con una investigación intensa, y por consiguiente costosa y larga, sobre los hechos que en última instancia puede no ser necesaria para resolver el caso de autos. Por lo tanto, aunque el Tribunal concluye que está facultado para realizar un examen incidental preliminar de ese género sobre el fundamento de la segunda excepción en materia de jurisdicción para pronunciarse sobre una solicitud de producción de pruebas, concluye, en ejercicio de sus facultades discrecionales, que a esta altura esa decisión sería prematura, y que sus posibilidades de pronunciarse

²⁷¹ Véase, por ejemplo, Mem. Contest. Ddo., pág. 67, párrafo 140.

sobre esta importante solicitud aumentarían en gran medida si se le proporcionara información y pudiera escuchar argumentos orales²⁷² (traducción informal).

326. El Tribunal señaló, además, que tenía la intención de pronunciarse sobre la solicitud de producción de documentos formulada por Bolivia como parte de su decisión sobre las excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el Demandado²⁷³.

327. En virtud de lo decidido con respecto a la segunda excepción del Demandado, el Tribunal concluye que la solicitud del Demandado tendiente a la producción de pruebas carece de objeto, por lo que no se hace lugar a la misma.

Observaciones finales

328. Teniendo presente la importancia que reviste este caso para los Estados y para diversas entidades no estatales, el Tribunal observa que el Demandado ha formulado en forma imaginativa y categórica diversos argumentos tendientes a impugnar la jurisdicción del CIADI en estas actuaciones y posiblemente, como consecuencia no buscada, ha puesto en tela de juicio la integridad del proceso del CIADI. Como nota final, el Tribunal desea hacer hincapié en que no considera fundados los argumentos más punzantes planteados por el Demandado, y que a la mayoría del Tribunal le resulta sumamente evidente que la controversia de autos está comprendida dentro de la jurisdicción del CIADI y del TBI.

329. En la medida en que Bolivia cuestiona la oportunidad de la transferencia de la propiedad del Demandante (noviembre-diciembre de 1999), señalando que se realizó en previsión de los hechos que habían de ocurrir en la primavera de 2000, el Tribunal señala:

- a. Que, la planificación de una empresa conjunta de la escala de la establecida por Bechtel Enterprises Holding Inc. y Edison S.p.A, en noviembre-diciembre de 1999, de la que formó parte la transferencia, probablemente precedió a esta última en al menos varios meses.

²⁷² Resolución No. 1, párrafo 30.

²⁷³ *Ibid.*, párrafo 32 («[E]s intención del Tribunal pronunciarse como mínimo sobre la primera excepción en materia de jurisdicción y sobre la solicitud de producción de pruebas formulada por el Demandado»).

- b. Que del expediente de autos se desprende que en noviembre-diciembre de 1999 entidades de la sociedad civil expresaron seria preocupación sobre la estructura de tarifas propuesta, y unas pocas de ellas promovieron la anulación de la concesión.
- c. Que de autos no surge que la gravedad de los hechos que habían de salir a la luz en la primavera de 2000 pudiera preverse en noviembre o diciembre de 1999.

330. El Demandado cuestiona la aseveración del Demandante con respecto a la jurisdicción, señalando que la disponibilidad del TBI es el resultado de cambios estratégicos en la estructura societaria que de algún modo asumen proporciones de fraude o abuso de la forma societaria. El Tribunal observa, en relación con la afirmación de Bolivia de que la transferencia de la propiedad realizada en diciembre de 1999 fue una maniobra fraudulenta o abusiva para establecer la competencia en el marco del TBI:

- a. Que la empresa conjunta mutuamente establecida por Bechtel Enterprises Holding Inc. y Edison S.p.A. en noviembre-diciembre de 1999 comprendía muchas operaciones más que las relativas a los derechos y obligaciones de AdT como concesionaria.
- b. Que de autos no surgen las razones por las que la empresa conjunta se estableció en los Países Bajos, y no en alguna otra jurisdicción, aunque el Demandante señaló que se eligió los Países Bajos por razones tributarias.
- c. Que la elección del lugar de establecimiento de una empresa conjunta suele obedecer a consideraciones tributarias, aunque otros factores, como la disponibilidad de TBI, pueden influir de manera importante en esa elección.
- d. Que en la práctica no es infrecuente, ni tampoco ilegal –salvo prohibición especial al respecto– establecer las operaciones en una jurisdicción que se considere más beneficiosa desde el punto de vista del entorno reglamentario y legal, por ejemplo en relación con el régimen tributario o con la legislación sustancial de la jurisdicción, incluida la posibilidad de invocar un TBI.

331. El Tribunal no encuentra en las presentes actuaciones bases suficientes que respalden la alegación de abuso de la forma societaria o fraude. No obstante, toma nota de que la Regla 41 (2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI establece:

El Tribunal podrá considerar de oficio en cualquier estado del procedimiento, si la diferencia que se le ha sometido cae dentro de la jurisdicción del Centro y es de su propia competencia.

El Tribunal tendrá en cuenta su obligación de proteger la integridad de la jurisdicción del CIADI durante la fase de consideración del fondo del asunto, una vez que las Partes hayan presentado todos sus memoriales y la prueba de respaldo.

332. Esta Decisión refleja la creciente entramada de casos en que, al amparo de tratados, se acude al arbitraje frente a determinadas controversias sobre inversiones. Aunque esos tratados reciben el nombre de tratados «bilaterales» de inversiones, este caso pone claramente de manifiesto lo que a los Estados negociadores les resulta evidente desde hace algún tiempo, a saber, que a través de la definición de «nacional» o «inversionista», esos tratados constituyen en muchos casos, en forma más amplia, portales a través de los cuales se estructuran, se organizan y, lo que es más importante, se promueven inversiones poniendo a disposición de las partes un foro neutral²⁷⁴. El lenguaje de la definición de «nacional» que aparece en muchos TBI pone de manifiesto que ese encaminamiento nacional de las inversiones es totalmente congruente con la finalidad de los instrumentos y con los motivos que animan a los Estados partes.

333. El Tribunal, al rechazar, en virtud de la presente Decisión, las excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el Demandado, concede al Demandante un foro neutral en que puedan ser objeto de arbitraje los aspectos sustanciales de la diferencia que con él mantiene el Demandado.

Decisión

334. A la luz de lo que antecede, el Tribunal decide:

- a. Rechazar la Primera Excepción opuesta por el Demandado con respecto a la competencia del Tribunal, en lo que refiere a la falta de consentimiento, salvo en lo referente a su sexto aspecto;
- b. Rechazar por mayoría el sexto aspecto de la Primera Excepción opuesta por el Demandado;
- c. Rechazar por mayoría la Segunda Excepción opuesta por el Demandado con respecto a la competencia del Tribunal, basada en la cuestión de si el Demandante es «controlado directa o indirectamente» por nacionales de los Países Bajos, y

²⁷⁴ De hecho, la historia de las negociaciones del Convenio del CIADI indica que el «PRESIDENTE [Aron Broches] señaló que la consideración de la definición de 'nacional de un Estado Contratante' estaba relacionada con todo el alcance de la Convención previsto en el proyecto respectivo. II(1) DOCUMENTOS RELATIVOS AL ORIGEN Y A LA FORMULACIÓN DEL CONVENIO DEL CIADI 395 (1968).

- d. Por mayoría, y como consecuencia de lo decidido por el Tribunal con respecto a la Segunda Excepción, rechazar, por carecer de objeto, la solicitud de producción de pruebas formuladas por el Demandado.

335. El Tribunal se pronunciará sobre los costos al dictar el laudo final en la cuestión de autos.

336. El Tribunal procederá a establecer las fechas de la fase de consideración del fondo del asunto.

337. Se anexa a la presente decisión la Declaración en disenso de José Luis Alberro-Semerena.

Dado en versiones en inglés y en español igualmente auténticas.

(firmado)

(firmado)

Henri C. Alvarez
Arbitro

Fecha: 6 de octubre de 2005

José Luis Alberro-Semerena
Arbitro

Fecha: 11 de octubre de 2005

(firmado)

David D. Caron
Presidente
Fecha: October 3, 2005

Declaración de José Luis Alberro-Semerena

1. Discrepo con las decisiones adoptadas por el Tribunal en materia de jurisdicción en lo que atañe al sexto aspecto de la Primera Excepción y a la Segunda Excepción.
2. El Tribunal se estableció conforme a lo previsto en el Tratado Bilateral de Inversiones Países Bajos-Bolivia (TBI) y al Convenio del CIADI, por lo cual corresponde que se pronuncie acerca de si la controversia cumple dos diferentes criterios en materia de jurisdicción, definidos por el Artículo 1(b)(iii) del TBI y por el Artículo 25 del Convenio del CIADI. Las partes han convenido en que las disposiciones de la Convención de Viena relativas a la interpretación de los tratados reflejan el derecho internacional consuetudinario y las consideran derecho aplicable para interpretar el TBI.
3. La primera cuestión sobre la que discrepo con la mayoría del Tribunal se refiere a si la prueba de autos permite determinar los motivos que inspiraron al Demandante, y la oportunidad que éste eligió, para abandonar la transacción descrita por Bechtel en la carta que ésta dirigió el 24 de noviembre de 1999 a las Superintendencias de Aguas y Electricidad, y para adoptar la que en definitiva estableció.
4. Se trata de una cuestión decisiva, porque AdT no tenía acceso al arbitraje del CIADI antes de su reestructuración de fines de 1999, porque el proyecto de reestructuración presentado por Bechtel a las autoridades bolivianas a fines de noviembre de 1999 incluía la inserción de una compañía holandesa en la cadena de titularidad accionaria, lo que no fue aprobado por aquellas, porque la estructura que en definitiva se estableció efectivamente insertó a una compañía holandesa en la cadena de titularidad accionaria, y porque «si se puede probar la existencia de engaño o falsas manifestaciones, del hecho del consentimiento nada puede inferirse sobre la existencia de un acuerdo en materia de nacionalidad»¹.
5. El Demandante sostiene que «nada hay en el TBI que niegue cobertura a una parte por lo demás legitimada porque haya adquirido una inversión en el contexto de rumores sobre problemas que se avizoren»² (traducción informal).

¹ Véase CHRISTOPH H. SCHREUER, *THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY* 476 (Cambridge Univ. Press, 2001).

² Audiencia sobre excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el Demandado, 11 de febrero de 2004, Transcripción, pág. 628.

6. El Demandado, por el contrario, considera que «la cuestión consiste sencillamente en establecer si puede considerarse que Bolivia consintió un sistema en virtud del cual una compañía registrada en Bolivia pueda, en cualquier momento y en cualesquiera circunstancias, reorganizarse, reestructurarse, para adquirir el derecho de promover una reclamación ante el CIADI, en todos los casos en que ese litigio parece conveniente y deseable desde la perspectiva de los inversionistas, sostenemos que la respuesta a esa pregunta es no»³ (traducción informal).
7. El disenso con respecto a la mayoría del Tribunal no se refiere a la cuestión de si una sociedad puede o no reestructurarse adoptando una forma jurídica que no esté prohibida contractualmente para establecerse en una jurisdicción que a su juicio le ofrece beneficios reglamentarios y legales, sino a la cuestión de si ello se realiza en cumplimiento del TBI, sean cuales fueren las circunstancias.
8. El disenso se origina en el hecho de que si AdT puede reestructurarse mientras «el Gobierno de Bolivia emprendía un curso de acción ajeno al Contrato de Concesión que infringió derechos de AdT»⁴ (traducción informal), se rompe el equilibrio entre los beneficios y las obligaciones del Estado que recibe la inversión, ya que estas últimas se vuelven imprevisibles. «Demás está decir que ese sistema no sería compatible con los principios básicos de apropiada reciprocidad como una relación de tratamiento idéntico o equivalente, que sólo puede lograrse en un marco jurídico en que las obligaciones emanadas de un tratado sean, en medida razonable, previsibles y limitadas»⁵.
9. El Demandante considera que «las partes del Tratado Bilateral de Inversiones dieron cabida en forma clara, en el texto del tratado, a un margen de protección que extiende a las filiales de propiedad extranjera constituidas en su territorio. Como lo señalé ayer al Tribunal, el universo, en ese sentido, se volvió ilimitado. Ninguna disposición del Tratado Bilateral de Inversiones reduce su alcance»⁶ (traducción informal). Si bien existen casos de ofertas ilimitadas de arbitraje en que los Estados mantienen leyes sobre inversiones en que formulan una oferta mundial de arbitraje, la noción de que el universo

³ Audiencia sobre excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el Demandado, 11 de febrero de 2004, Transcripción, pág. 206.

⁴ Solicitud de Arbitraje, párrafo 12.

⁵ Dictamen pericial del profesor Rudolf Dolzer, pág. 25.

⁶ Audiencia sobre excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el Demandado, 11 de febrero de 2004, transcripción, pág. 626.

de los beneficiarios de un tratado bilateral de inversiones es ilimitado carece de precedentes en comentarios doctrinarios o laudos de tribunales, y no se han proporcionado pruebas directas de la validez de esa interpretación, por ejemplo en relación la historia de la redacción del tratado.

10. Ya en septiembre de 1999, el público había comenzado a protestar contra los Acuerdos de Concesiones, y a mediados de noviembre de 1999 existían exigencias públicas expresas de anulación de esos acuerdos. El Demandante sostiene que «en diciembre de 1999, el Gobierno de Bolivia (a través del Superintendente de Aguas) celebró un acuerdo con comunidades comprendidas en la zona de la Concesión que, *inter alia*, tendían a limitar el territorio efectivo de la Concesión»⁷ (traducción informal).
11. Aunque de estos autos no resulta probado que en noviembre o diciembre de 1999 pudiera preverse la gravedad de los hechos que iban a acontecer en la primavera de 2000, tampoco se ha probado en autos que esa gravedad no pudiera preverse en noviembre o diciembre de 1999. La prueba *prima facie* del hecho de que AdT se mostró alarmada ante la gravedad de las reclamaciones públicas es que a fines de noviembre publicó en la prensa de Cochabamba una «Carta Abierta» en que defendía sus actos. En el preámbulo de la carta se expresaba preocupación acerca de «declaraciones y publicaciones hechas circular por diferentes ciudadanos, instituciones y medios masivos de comunicación», y se señalaba que «muchos de los pronunciamiento [eran] inexactos y maliciosos» (traducción informal).
12. El 24 de noviembre, Bechtel notificó a Bolivia «que había suscrito un contrato con Edison S. p.A., de Italia, en virtud del cual Edison se convertiría en asociada de las actividades de Bechtel Enterprises Holdings, Inc. en sus negocios internacionales de agua». Las partes se proponían llevar a cabo la transacción creando una nueva compañía en los Países Bajos. En virtud de la transacción, los propietarios del 55% de las acciones y derechos de voto de AdT dejarían de formar una compañía establecida en las Islas Caimán y Pasarían a formar una compañía establecida en los Países Bajos. Como es nuevo accionista holandés sería el propietario del 55% de las acciones de AdT, Bechtel comenzó a gestionar una dispensa por parte de las superintendencias de Aguas y Electricidad, que le permitiera llevar a cabo la transacción sin perjuicio de respetar las disposiciones de la Concesión.
13. El proyecto de transferencia a una compañía neerlandesa de las acciones de AdT de propiedad de IW Ltd no fue autorizado.

⁷ Solicitud de Arbitraje, párrafo 12.

14. En diciembre prosiguieron los disturbios sociales y la oposición pública a las nuevas tarifas.
15. El 21 de diciembre de 1999, IW Ltd de las Islas Caimán emigró a Luxemburgo, modificando su nombre, y al día siguiente una compañía neerlandesa se convirtió en la propietaria del 100% de sus acciones.
16. Las pruebas de autos no bastan para esclarecer los motivos ni la oportunidad por la que se abandonó la transacción descrita por Bechtel en su carta del 24 de noviembre de 1999 (nueva titularidad accionaria directa holandesa de AdT) a favor de la que en definitiva se llevó a cabo 27 días después (migración y titularidad accionaria holandesa indirecta de la propiedad). La única diferencia entre ambas situaciones que puede deducirse del expediente es que la primera transacción tenía que ser amortizada por las Superintendencias de Aguas y Electricidad, en tanto que la segunda se realizó sin conocimiento de esas autoridades, tras varios meses de perturbaciones sociales. En ambos casos se insertó a una compañía holandesa en la cadena de titularidad accionaria.
17. El Tribunal debió haber solicitado al Demandante que presentara la siguiente información referente al período comprendido entre el 24 de noviembre de 1999 (fecha en que Bechtel escribió a Bolivia dando a conocer las modificaciones que se proponía introducir en la estructura de propiedad de AdT) y el 21 de diciembre de 1999 (en que IW Ltd emigró en las Islas Caimán a Luxemburgo): (I) todos los documentos probatorios de las fechas en que se adoptaron las decisiones de transferir a IW Ltd de las Islas Caimán a Luxemburgo en lugar de realizar la transacción anunciada el 24 de noviembre de 1999, así como, (II) todos los documentos en que se enunciaban los argumentos en contra y a favor de la emigración de IW Ltd de las Islas Caimán y la adquisición del 100% de sus acciones por parte de International Water (Tunari) B.V.
18. La mayoría del Tribunal rechazó la solicitud del Demandado tendiente a la producción de pruebas por considerarla carente de objeto. Por lo tanto, llegó a la conclusión de que Bolivia no consintió la jurisdicción del CIADI en el marco del TBI que había celebrado entre Bolivia y los Países Bajos por lo que el Demandante no tiene derecho a invocarlo.
19. La segunda cuestión en la que discrepo con la mayoría del Tribunal refiere al tema de si la prueba de autos es suficiente para determinar, a los efectos de la jurisdicción, si el Demandante estaba directa o indirectamente controlado por nacionales holandeses.

20. El Demandante sostiene que éste caso se refiere a la «cuestión de si IWT o IWH controlan directa o indirectamente a AdT» y que la propiedad accionaria mayoritaria con derechos de voto representa la prueba de control más estricta posible⁸. Bolivia, por su parte, sostiene que «estar controlado es incuestionablemente distinto de estar en condiciones de ser controlado o poder ser controlado»⁹ (traducción informal) y que la cuestión consiste en establecer si AdT estaba controlada por nacionales de los Países Bajos, cumpliéndose así el requisito del Artículo 1(b)(iii) del TBI.
21. La mayoría del Tribunal concluyó que AdT era una persona jurídica boliviana controlada indirectamente por compañías holandesas, y por lo tanto que el Tribunal es competente.
22. Tras examinar el sentido corriente de la frase «controladas directa o indirectamente» y examinar dicha expresión a la luz del contexto y la finalidad del TBI, debo expresar que mi interpretación difiere de la de la mayoría, pues considero que la prueba presentada por el Demandante no basta para probar que AdT estuviera directa o indirectamente controlada por nacionales holandeses. La mayoría del Tribunal, en virtud de su interpretación, rechazó la solicitud del Demandado tendiente a la producción de pruebas por considerarla carente de objeto. Por el contrario, mi interpretación me lleva a considerar que correspondía hacer lugar a lo solicitado. Por lo tanto, discrepo con la decisión del Tribunal referente a la excepción opuesta por Bolivia con respecto a la competencia del Tribunal, y considero que debe hacerse lugar a esa excepción.
23. La respuesta a la cuestión reside en el uso del término «controlada».
24. Con respecto al sentido corriente del vocablo «control», la mayoría del Tribunal concluyó: «en tanto que algunas definiciones aluden al ejercicio real de la influencia, otras hacen hincapié en una potestad que recaer sobre un objeto. Por lo tanto, el sentido corriente de la palabra ‘control’ parecería abarcar tanto el ejercicio real de potestades o facultades de orientación como los derechos que emanan de la titularidad accionaria» (Párrafo 227).
25. En cuanto a la definición jurídica del vocablo, la mayoría del Tribunal se basa en tres definiciones: «ejercer poder o influencia sobre...; regular o regir..., [y] tener un interés de control en...». Por lo tanto, el sentido

⁸ Audiencia sobre excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el Demandado, 11 de febrero de 2004. Transcripción, págs. 620 y 621.

⁹ *Ibid.*, pág. 422, renglones 12 a 14.

jurídico del vocablo «control» también abarca el ejercicio real de control y el derecho de controlar. (Párrafo 231).

26. En el Artículo I(b) (iii) del TBI, la palabra «controladas» es un participio pasado adjetival del verbo «controlar», que modifica el sustantivo «personas jurídicas». Los participios pasados adjetivales describen sustantivos que reciben los efectos de una acción. La gramática indica que para que «personas jurídicas» constituidas conforme al derecho de una parte contratante sean «controladas directa o indirectamente» por nacionales de otra parte contratante, esas entidades deben recibir los efectos de los actos realizados por nacionales de la segunda parte contratante. En consecuencia, si bien el sentido corriente, al igual que la definición jurídica, del vocablo «control» abarca tanto el ejercicio real de control como el derecho de controlar, el participio pasado adjetival exige los efectos de una acción. Para que el Tribunal sea competente, el Demandante debe probar que AdT experimentó los efectos de actos realizados por compañías holandesas.
27. El Artículo 31(4) de la Convención de Viena indica que debe darse un significado especial a un término cuando esa ha sido la intención de las partes. De las constancias de autos no sé desprende que las partes contratantes hayan querido dar un sentido especial al vocablo «control». Coincido con la mayoría del Tribunal en que los negociadores que contribuyeron a definir el lenguaje del TBI eran probablemente experimentados negociadores extranjeros con cierto conocimiento de negocios y de la ley. (Párrafo 230). En el Artículo I(b) (iii) del TBI, sin embargo, no se utiliza el vocablo «control», sino la voz «controladas». Las partes pudieron haber utilizado las expresiones «bajo control directo o indirecto de», «sometidas al control directo o indirecto de» o «en virtud del control extranjero», como en el Convenio del CIADI, que era de conocimiento público antes de que se negociara el TBI y habría incorporado jurisprudencia y comentarios doctrinarios existentes. Por el contrario, optaron por utilizar el participio pasado adjetival «controladas», que implica necesariamente los efectos de una acción.
28. Es considerando el contexto en que encontramos la frase «controladas directa o indirectamente» y a la luz del objeto y fin del tratado como hallamos la base de la interpretación de esa frase. (Párrafo 240).
29. El objeto y el fin del TBI consisten en estimular el flujo de capital y tecnología. De hecho, las Partes Contratantes reconocen expresamente que ese estímulo resultará de «un acuerdo sobre el tratamiento que se dé a... inversiones» realizadas por «nacionales de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante». (Párrafo 240). El Artículo

1 del TBI determina el círculo de beneficiarios, que es un subconjunto de todas las personas existentes.

30. El Artículo 1(b) (i) y el Artículo 1(b) (ii) confieren derechos a todas las personas naturales que tengan la nacionalidad de una Parte Contratante y a todas las personas jurídicas constituidas conforme a la legislación de una Parte Contratante.
31. El Artículo 1(b) (iii) extiende la protección del TBI a las personas jurídicas contra los actos de su propio gobierno¹⁰, pero limita esos beneficios a las personas jurídicas que tengan el atributo especial de estar «controladas» por nacionales del otro signatario.

Suponiendo, retóricamente, que una entidad propietaria del 100% de las acciones y derechos de voto de otra entidad tenga la potestad de controlar a la segunda entidad, no hay motivo para sostener que sea más razonable otorgar los privilegios concomitantes al Artículo 1(b) (iii) a compañías que puedan estar sujetas al control de nacionales del otro signatario que a compañías que realmente experimenten los efectos de un acto realizado por nacionales del otro signatario. Es más razonable lo contrario: el criterio de acceso a los privilegios concomitantes al Artículo 1(b) (iii) debería ser un hecho real, un acto («controlada»), y no una posibilidad.

32. Es inexacto igualar los conceptos de «controlado» y «control». Debería «tenerse presente el principio general de interpretación en virtud del cual un texto debería interpretarse del modo que le confiera eficacia: *ut magis valeat quam pereat*. No obstante, ese principio no debe llevar a conferir, *a posteriori*, a una disposición desprovista de su objeto y finalidad, un resultado que se contraponga a su texto claro y explícito»¹¹. Sustituir el término «controlado» por «control» es contrariar los términos claros y explícitos del texto. Las cuestiones fundamentales de previsibilidad, transparencia y «estabilidad aceptadas por las partes de un TBI no pueden resolverse limitando el concepto de «control» a propiedad mayoritaria y derechos de voto, cuando el tratado utiliza expresamente la frase «controladas directa o indirectamente».

¹⁰ Aron Broches, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, pgs. 358 y 359; CHRISTOPH H. SCHREUER, *THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY*. Párrafo 496 (Cambridge University Press, 2001).

¹¹ *Banro American Resources, Inc. y Société Auriifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. c/ la République Démocratique del Congo*. (Caso CIADI No. ARB / 98 / 7), laudo del tribunal del 1 de septiembre de 2000.

33. Ni la jurisprudencia referente a la frase «control extranjero» del Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI, ni otros laudos arbitrales referentes a «control», como tampoco las prácticas de Países Bajos y de Bolivia relacionadas con el TBI, pueden ayudar a interpretar el Artículo 1 (b) (iii) del TBI.
34. Como el TBI no proporciona una definición de la expresión «controladas directa o indirectamente» y, a diferencia de los que ocurre con el Convenio del CIADI, son escasas, o inexistentes, la historia o los comentarios referentes al TBI, corresponde que el Tribunal interprete el significado de la expresión. En muchos casos se subraya la importancia de la potestad del Tribunal de interpretar las disposiciones de acceso sin ceñirse a las interpretaciones formales, abarcando las relaciones reales. «Los tribunales del CIADI no aceptan la opinión de que su competencia esté limitada por consideraciones formales, sino que se pronuncian sobre su competencia basándose en un examen de las circunstancias que rodean el caso y, en especial, de las relaciones reales entre las compañías de que se trate»¹².
35. Esta elucidación del sentido del vocablo «controlada» se refuerza teniendo en cuenta las casi seculares dificultades que implica identificar la nacionalidad de una sociedad desde el punto de vista del derecho internacional, ya que las guerras han dado forma al sentido asignado al término por los poderes» soberanos. Se han enunciado diferentes criterios — lugar de constitución, sede de la compañía, propiedad y los derechos de voto—, mas ninguno ha prevalecido¹³. Recurrir a una interpretación mecanicista de «control» sería contrariar el desarrollo histórico del concepto. Una interpretación que favorezca una acción es congruente con la búsqueda de una definición funcional.
36. El Demandante sostiene que «la cuestión de la jurisdicción... reside en determinar si la propiedad de acciones y derechos de voto en el Demandado, por parte de una entidad de los Países Bajos, en un nivel

¹² *Banro American Resources, Inc. y Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. c/ la República Democrática del Congo.* (Caso CIADI No. ARB / 98 / 7), laudo del tribunal del 1 de septiembre de 2000.

¹³ «En un principio, el criterio se basó exclusivamente en la propiedad de las acciones, pero se ha ampliado de manera de cubrir la nacionalidad de las principales autoridades, el ejercicio de influencia de control a través de medios distintos de la tenencia de acciones y la presencia de intereses sustanciales, aunque no necesariamente de control». A Fatouros, «Nacional Legal Persons in International Law», en *ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW*, R. Bernhardt, ed., vol.3., 1997, pág. 495, citado por el profesor Dolzer en su dictamen pericial.

superior al 50%, basta para configurar control directo o indirecto»¹⁴ y «da por probados sus argumentos sobre la jurisdicción en la suficiencia del interés de control de IWH e IWT como constitutivo de control sobre el Demandante a los efectos del TBI»¹⁵ (traducción informal).

37. Decir que A es condición suficiente de B equivale a decir que no puede producirse A sin que se produzca B, o que cada vez que se produce A se produce B.
38. En el comentario sobre la redacción del Convenio del CIADI se establece claramente que la propiedad de las acciones en un nivel de más del 50% podría no representar un interés de control: «Así, cuando nacionales de un Estado Contratante poseen el 35% de las acciones de una sociedad y nacionales de un Estado no contratante poseen el 55% de las acciones, un tribunal puede admitir la validez de un acuerdo según el cual la sociedad tiene la nacionalidad del Estado Contratante»¹⁶. «En el curso de la redacción del Convenio se dijo... que incluso un 51% de las acciones podría no constituir control»¹⁷.
39. En laudos anteriores se ha establecido que un inversionista propietario de una minoría de las acciones de una compañía puede controlarla, proporcionando por lo tanto ejemplos contrarios a la aseveración de que la propiedad accionaria mayoritaria y los derechos de voto mayoritarios implican de por sí control. Aun en el caso de una propiedad del 100%, los tribunales han examinado la cuestión de si existe «control efectivo»: «Ese control no resulta exclusivamente del hecho de que el capital accionario de LETCO fuera en un 100% de propiedad de nacionales franceses, como lo señalaron tanto LETCO como documentos oficiales del Gobierno liberiano, sino que surge asimismo de lo que parece ser un control efectivo por parte de nacionales franceses; control efectivo en el sentido de que, aparte de existir tenencias de acciones por parte de franceses, nacionales franceses regían en la estructura de adopción de decisiones»¹⁸.

¹⁴ Memorial del Demandante sobre las excepciones en materia de jurisdicción opuestas por Bolivia y sobre la Solicitud de producción de pruebas, pág. 73 párrafo 209.

¹⁵ *Ibid.*, pág. 69, párrafo 199.

¹⁶ C.F. Amerasinghe *Jurisdiction Rationae Personae under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*, 47 BYIL 227, 1976, págs. 264 y 265.

¹⁷ *Vacuam Salt Products Ltd. c/ la República de Ghana*, laudo del 16 de febrero de 1994, 9 ICSID Rev.-FILJ (1994), 4 ICSID 329 (1997), párrafo 43.

¹⁸ *Liberian Eastern Timber Corp [LETCO] c/ la República de Liberia*, laudo del 31 de marzo de 1986 y rectificación del 17 de junio de 1986, reimpresso en 26 ILM 647 (1987), 2 ICSID Rep 346 (1994).

40. Así pues, la interpretación del vocablo «control» enunciada por el Demandante resulta desde la lógica inconsistente. La titularidad accionaria mayoritaria y los derechos de voto mayoritarios no constituyen, *per se*, control.
41. Dado que «el Demandante ya presentó todos los documentos en que se basa para demostrar que a través de una propiedad accionaria y un control de voto mayoritarios, SARL controla al Demandante»¹⁹, y dado que los escritos presentados no contienen pruebas de que los efectos de los actos de control hayan recaído sobre AdT, ni se ha probado, por lo tanto, que AdT estuviera «controlada directa o indirectamente» por nacionales holandeses, el Tribunal debió haber intimado a producir pruebas que respaldaran la afirmación de que AdT estaba controlada directa o indirectamente por IWH B.V. o por IWT B.V. En el caso *Aucoven*, por ejemplo, el tribunal mencionó criterios diferentes de la propiedad accionaria que pudieron haberse usado como prueba del control: nacionalidad de los miembros del Directorio; frecuencia de visitas de los miembros del Directorio al accionista directo; frecuencia del «seguimiento» de las actividades de *Aucoven*, y respaldo financiero²⁰.
42. Para evaluar específicamente los actos de control de AdT, el Tribunal debió haber solicitado al Demandante que presentara, *inter alia*, la siguiente información referente al período comprendido entre el 22 de diciembre de 1999—fecha en que una compañía holandesa adquirió International Water (Tunari) S.a.r.l, antes denominada IW Ltd de las Islas Caimán—y el 12 de noviembre de 2001—fecha en que AdT presentó su Solicitud de Arbitraje— : I) todos los documentos que reflejaran o constituyeran comunicaciones entre AdT y: a) International Water (Tunari) S.a.r.l, b) International Water (Tunari) B.V., c) International Water Holdings B.V. y d) Baywater Holdings B.V.; II) todos los documentos que reflejaran o constituyeran comunicaciones relativas a AdT entre dos o más de las siguientes entidades: a) International Water (Tunari) S.a.r.l, b) International Water (Tunari) B.V., c) International Water Holdings B.V. y d)

¹⁹ Memorial del Demandante sobre las excepciones en materia de jurisdicción opuestas por Bolivia y sobre la Solicitud de Producción de Pruebas, pág. 73 párrafo 210.

²⁰ *Autopista Concesionada de Venezuela CA c/ la República Bolivariana de Venezuela* (en lo sucesivo en el presente «*Aucoven*»), en su Decisión sobre Jurisdicción del 27 de septiembre de 2001, *reimpresa en* 16 ICSID Rev.-FILJ 469 (2001), 6 ICSID 419 (2004), pág. 26, párrafo 65.

Baywater Holdings B.V., y, finalmente, III) todas las actas de directorios y asambleas de accionistas de: a) AdT, b) International Water (Tunari) S.a.r.l, c) International Water (Tunari) B.V., d) International Water Holdings B.V. y e) Baywater Holdings B.V. Si, en efecto, AdT era controlada directa o indirectamente por International Water (Tunari) B.V. e International Water Holdings B.V., esos documentos constituirían pruebas de esos actos de control.

43. La mayoría del Tribunal rechazó la solicitud de producción de pruebas formulada por el Demandado, porque, dada su interpretación, la consideró carente de objeto.

44. Al basar sus argumentos en materia de competencia en la propiedad accionaria mayoritaria acompañada de derechos de voto y no ofrecer pruebas de que los efectos de los actos de control realizados por compañías holandesas recayeran sobre AdT, el Demandante no probó que esta controversia esté comprendida dentro de la jurisdicción prevista por el TBI.

Es por las razones que anteceden que discrepo con la decisión de la Mayoría a favor de la jurisdicción y concluyo que el Demandante no está facultado para invocar la competencia del CIADI en el marco del TBI mutuamente celebrado por Bolivia y los Países Bajos. Comparto sin reservas la determinación del Tribunal de cumplir su obligación de preservar la integridad de la jurisdicción del CIADI durante la fase de consideración del fondo del asunto, cuando las partes presenten sus memoriales completos y pruebas de respaldo.

(firmado)

José Luis Alberro-Semerena
Arbitro

Fecha: 11 de octubre de 2005

Apéndice I

Abreviaturas utilizadas en el presente laudo

Abreviaturas utilizadas en el texto

AdT (Demandante)	Aguas del Tunari
Baywater	Baywater Holdings, B.V.
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
Concesión	Contrato de concesión de aprovechamiento de aguas y de servicio público de agua potable y alcantarillado sanitario en la ciudad de Cochabamba.
Convenio de CIADI	Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, que <i>entró en vigor</i> el 14 de octubre de 1996.
Demandado	La República de Bolivia.
IW Ltd	International Water (Tunari) Ltd.
IW S.a.r.l.	International Water (Tunari) S.a.r.l.
IWH B.V.	International Water Holdings B.V.
IWT B.V.	International Water (Tunari) B.V.
Orden procesal No. 2	Resolución Orden procesal No.2, referente al pedido de postergación, formulado por el Demandado, de la audiencia de los días 17, 18 y 19 de noviembre de 2003, sobre excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el Demandado; 5 de noviembre de 2003
Orden procesal No. 3	Resolución Orden procesal No. 3, referente a la audiencia de los días 9, 10 y 11 de febrero de 2004, sobre excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el Demandado, y a la solicitud de interrogatorio de testigos y peritos formulada por el Demandado el 15 de diciembre de 2003; 31 de diciembre de 2003

Orden procesal No.4	Resolución procesal No. 4, por la que se invita a formular comentarios sobre la carta fechada el 29 de octubre de 2004, en que el Sr. Lammers, Asesor Jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores de los Países Bajos, responde a las preguntas de alcance limitado formuladas por el Tribunal por carta del 4 de octubre de 2004; 14 de diciembre de 2004
Reglas de Arbitraje	Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje
SEMAPA	Servicio Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Cochabamba
SIRESE	Sistema de Regulación Sectorial
TBI	Acuerdo sobre Promoción y Recíproca Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Bolivia y el Reino de los Países Bajos, <i>que entró en vigor</i> el 1 de noviembre de 1994.

Abreviaturas utilizadas en citas y notas de pie de página

Contest. de AdT	Contestación de AdT a las excepciones en materia de jurisdicción opuestas por Bolivia y solicitudes Solicitudes sobre producción Producción de pruebas Pruebas y aclaración Aclaración de los procedimientos Procedimientos presentadas por ese país, el 29 de enero de 2003
Dúp. Ddo.	Dúplica de la República de Bolivia, de oposición Oposición a la jurisdicción Jurisdicción y respaldo Respaldo a la producción de pruebas Pruebas, del 6 de octubre de 2003
Dúp. de AdT	Dúplica de AdT a la Réplica de Bolivia, 13 de Febrero de 2003
Excep. Bolivia	Excepciones en materia de jurisdicción opuestas por la República de Bolivia y solicitudes Solicitudes sobre producción Producción de pruebas Pruebas y aclaración Aclaración de los procedimientos Procedimientos presentadas por ese país, el 17 de enero de 2003

Mem. Contest. Ddo.	Memorial de Contestación de la República de Bolivia, de oposición a la jurisdicción Jurisdicción y respaldo Respaldo a la producción Producción de pruebasPruebas, del 4 de agosto de 2003
Mem. Dte.	Memorial de AdT sobre jurisdicción, 4 de junio de 2003
Rép. de Bolivia	Réplica de la República de Bolivia a la contestación del Demandante a las excepciones en materia de jurisdicción opuestas por Bolivia y a las solicitudes Solicitudes de producción Producción de pruebas Pruebas y aclaración Aclaración de los procedimientos Procedimientos presentadas por ese país, y pedido Pedido de desestimación Desestimación, del 5 de febrero de 2003
Rép. Dte	Réplica del Demandante al Memorial de Contestación de Bolivia, de oposición a la jurisdicción y respaldo a la producción de pruebas, del 4 de septiembre de 2003

Casos CIADI analizados y citados

<i>Aucoven</i>	<i>Autopista Concesionada de Venezuela CA [Aucoven] c/ la República Bolivariana de Venezuela</i> , Decisión sobre jurisdicción del 27 de septiembre de 2001, <i>reimpreso en 16 ICSID Rev. –FILJ 469 (2201), 6 ICSID 419 (2004)</i> .
<i>Azurix</i>	<i>Azurix Corp. c/ la república Argentina</i> , «Decisión sobre jurisdicción» fechada el 8 de diciembre de 2003, <i>disponible en: http:// www.asil.org/ilib/azurix.pdf</i> .
<i>Cable TV</i>	<i>Cable Television of Nevis Ltd. y Cable Television of Nevis Holdings Ltd. c/ la Federación de Saint Kitts y Nevis</i> , laudo del 13 de enero de 1997, <i>reimpreso en 13 ICSID Rev.–FILJ 328 (1998), 5 ICSID Rep. 108 (2002)</i>
<i>Lanco</i>	<i>LANCO International, Inc. / la República Argentina</i> , «Decisión preliminar: Competencia del Tribunal Arbitral», fechada el 8 de diciembre, <i>reimpreso en 40 ILM 457 (2001), 5 ICSID Rep. 367 (2002)</i> .

<i>Vacuum SALT</i>	<i>Vacuum Salt Products Ltd. c/ la República de Ghana</i> , Laudo del 16 de febrero de 1994, 9 ICSID Rev.–FILJ (1994), 4 ICSID 329 (1997).
<i>Viviendi</i>	<i>Compañía de Aguas del Aconquija S.A y Vivendi Universal c/ la República Argentina</i> , Laudo del 21 de noviembre de 2000, <i>reimpreso en</i> 16 ICSID Rev.–FILJ–(2001), 5 ICSID Rep. 299 (2002), Decisión sobre Anulación, 3 de julio de 2002, <i>reimpreso en</i> 17 ICSID Rev.–FILJ–(2002), 5 ICSID Rev. 240 (2002).

Apéndice II

Texto de las disposiciones de tratados y contratos citadas

TBI Países Bajos-Bolivia

Artículo 1(b) el término «nacionales» comprenderá, con relación a cada Parte Contratante:

- i personas naturales que tienen la nacionalidad de esa Parte Contratante en conformidad con su ley;
- ii. sin perjuicio de las provisiones de (iii), personas jurídicas constituidas en conformidad con la ley de esa Parte Contratante;
- iii. personas jurídicas controladas, directa o indirectamente por nacionales de esa Parte Contratante pero constituidas en conformidad con la ley de es Parte Contratante.

Artículo 9

1) A los efectos de la resolución de diferencias que puedan suscitar inversiones entre una Parte Contratante y un nacional de la otra Parte del presente Acuerdo, se celebrarán consultas para resolver en forma amistosa el conflicto entre las partes de la controversia.

2) Si una divergencia no puede ser dirimida dentro un plazo de seis meses, contado desde la fecha en que el nacional interesado la haya notificado formalmente, ésta será sometida a petición del nacional interesado a un tribunal arbitral.

3) El tribunal arbitral será constituido ad-hoc, nombrando cada parte un árbitro, y poniéndose los árbitros de acuerdo para elegir como presidente del

tribunal a un nacional de un tercer Estado. Los árbitros serán nombrados dentro de los dos meses y el Presidente dentro de los tres meses, después de que el nacional interesado haya comunicado su propósito de someter la divergencia a un tribunal arbitral.

4) Si los plazos previstos en el párrafo 3 no son observados y a falta de otras disposiciones entre las partes en litigio, cualquiera de ellas podrá solicitar el Presidente de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París que proceda a las designaciones necesarias.

5) Los párrafos 4 a 7 del Artículo 13 del presente Acuerdo se aplicarán mutatis mutandis.

6) Si ambas Partes Contratantes se han adherido al Convenio sobre Arreglo de diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, de 18 de marzo de 1965 [Convenio del CIADI], las divergencias derivadas de inversiones entre una de las Partes Contratantes y un nacional de la otra Parte Contratante, serán, de acuerdo con las disposiciones de dicho Convenio, sometidas a conciliación o arbitraje por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

Constitución boliviana

Artículo 24 Las empresas y súbditos extranjeros están sometidos a las leyes bolivianas, sin que en ningún caso puedan invocar situación excepcional ni apelar a reclamaciones diplomáticas.

Artículo 136 Son de dominio originario del Estado, además de los bienes a los que la Ley les da esa calidad, el suelo y el subsuelo con todas sus riquezas naturales, las aguas lacustres, fluviales y medicinales, así como los elementos y fuerzas físicas susceptibles de aprovechamiento. La ley establecerá las condiciones de este dominio, así como las de su concesión y adjudicación a los particulares.

Concesión

Artículo 37.1 Cada Accionista Fundador deberá mantener más del 50% de su porcentaje original de participación en el capital con derecho a voto del Concesionario por lo menos durante los primeros siete (7) años de las Concesiones. No obstante lo anterior, nada en este Contrato impide a los Accionistas gravar sus acciones como garantía ante las Entidades Financieras

Artículo 41.2 El Concesionario reconoce la jurisdicción y competencia de las autoridades que componen el Sistema de Regulación Sectorial (SIRESE) y

tribunales de la República de Bolivia, de conformidad con la Ley SIRESE y otras leyes bolivianas aplicables.

Artículo 41.3 Las estipulaciones del presente Contrato no podrán interpretarse como renuncia por parte de los Accionistas, los Accionistas Fundadores, incluyendo los Accionistas Últimos, a mecanismos de Resolución de controversias establecidos en tratados internacionales reconocidos por la República de Bolivia.

Artículo 41.5 Las Partes reconocen que dichos Accionistas y Accionistas Últimos del Concesionario incluyendo los Accionistas Fundadores, son libres para ampararse en aquellos métodos de resolución de disputas que puedan serles legalmente disponibles de acuerdo a la Ley Boliviana (como por ejemplo arbitraje bajo las reglas del CCI, ICSID, o UNCITRAL y otros organismos internacionales similares). Las Partes acuerdan cooperar en el proceso arriba mencionado, en la medida que les sea permitido por Ley.

Convenio del CIADI

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.

(2) Se entenderá como «nacional de otro Estado Contratante»:

(a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del Artículo 28 o en el apartado (3) del Artículo 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia; y

(b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídica que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado

atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero.

(3) El consentimiento de una subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante requerirá la aprobación de dicho Estado, salvo que éste notifique al Centro que tal aprobación no es necesaria.

(4) Los Estado Contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. El Secretario General transmitirá inmediatamente dicha notificación a todos los Estado Contratantes. Esta notificación no se entenderá que constituye el consentimiento a que se refiere el apartado (1) anterior.

Artículo 43

Salvo que las partes acuerden otra cosa, el Tribunal en cualquier momento del procedimiento, podrá, si lo estima necesario,

- (a) solicitar de las partes la aportación de documentos o de cualquier otro medio de prueba
- (b) trasladarse al lugar en que se produjo la diferencia y practicar en él las diligencias de prueba que considere pertinentes.

Reglas de Arbitraje del CIADI

Artículo 34 Prueba: Principios generales

(1) El Tribunal decidirá sobre la admisibilidad de cualquiera prueba rendida y de su valor probatorio.

(2) El Tribunal podrá, si lo estima necesario en cualquier etapa del procedimiento:

- (a) requerirle a las partes que presenten documentos, testigos y peritos; y
- (b) visitar cualquier lugar relacionado con la diferencia o llevar a cabo indagaciones en él.

(3) Las partes cooperarán con el Tribunal en la producción de la prueba y en las demás medidas contempladas en el párrafo (2). El Tribunal tomará nota formal del incumplimiento por una parte de sus obligaciones de

acuerdo con este párrafo y de las razones aducidas para tal incumplimiento.

(4) Se considerará que los gastos incurridos en la presentación de la prueba y la adopción de las demás medidas previstas en el párrafo (2) son parte de los gastos incurridos por las partes, como lo dispone el Artículo 61(2) del Convenio.

Artículo 41 Excepciones en materia de jurisdicción

(1) Toda excepción que la diferencia o una demanda subordinada no cae dentro de la jurisdicción del Centro o que, por otras razones, no es de la competencia del Tribunal, deberá oponerse lo antes posible. La parte que oponga la excepción deberá presentársela al Secretario General a más tardar antes del vencimiento del plazo fijado para la presentación del memorial de contestación o, si la excepción se refiere a una demanda subordinada, para la presentación de la réplica, a menos que la parte no haya tenido conocimiento entonces de los hechos en los que se funda la excepción.

(2) El Tribunal podrá considerar de oficio en cualquier estado del procedimiento, si la diferencia que se le ha sometido cae dentro de la jurisdicción del Centro y es de su propia competencia.

(3) En cuanto se oponga formalmente una excepción sobre la diferencia, se suspenderá el procedimiento sobre el fondo de la cuestión. El Presidente del Tribunal, después de consultar a los demás miembros, fijará un plazo dentro del cual las partes podrán hacer presente su parecer sobre la excepción.

(4) El Tribunal decidirá si las actuaciones adicionales relacionadas con la excepción serán orales. Podrá pronunciarse sobre la excepción como una cuestión preliminar o conjuntamente con el fondo de la diferencia. Si el Tribunal decidiere rechazarla o decidirla junto con el fondo de la diferencia, fijará nuevamente plazos para las actuaciones adicionales.

(5) Si el Tribunal decidiere que la diferencia no cae dentro de la jurisdicción del Centro o que no es de su competencia, dictará un laudo declarándolo.

Apéndice III**Traducción del texto de la carta del 29 de enero de 2003 remitida por el Tribunal a Earthjustice, asesora jurídica de los Peticionarios**

Profesor David D. Caron
C / o Ms. Margrete Stevens
Consejero jurídico principal
Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, MC6-611
Grupo Banco Mundial
Washington, D.C. 20433 Estados Unidos

29 de enero de 2003

J. Martin Wagner
Director, International Program Earthjustice
426 17th Street, 6th Floor
Oakland, CA 94612

Estimado Sr. Wagner:

Me dirijo a usted en respuesta a su carta del 28 de agosto de 2002, enviada al Secretario General del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), en que se solicita la remisión al Tribunal de una petición de intervención en el Caso del CIDI No. Arb/ 02/ 03, *Aguas de Tunari c/ la República de Bolivia*, solicitud que el Secretario General transmitió prontamente al suscrito y a los demás miembros del Tribunal, José Alberto y Henri Álvarez. Usted procedió con todo acierto al dirigir su solicitud al Tribunal, y no al propio CIADI, que cumple exclusivamente una función administrativa y de apoyo en la tramitación de casos por parte de cualquier tribunal.

El Tribunal ha examinado ampliamente su solicitud; además solicitó, y ulteriormente recibió, las opiniones de las partes de la controversia. Tal como surge del registro público del CIADI correspondiente a este caso, el Tribunal se constituyó conforme a las Reglas el 5 de julio de 2002, sin que las partes formularan objeciones, y celebró la Primera Sesión sobre este tema el 9 de diciembre de 2002. En esa reunión, el Tribunal analizó su carta y la solicitud que en ella se formula, y consideró lo solicitado. Me dirijo a usted y a sus copeticionarios en nombre del Tribunal, acompañando la respuesta del cuerpo

a cada una de las solicitudes enunciadas en su petición (cuya copia se adjunta ala presente).

Primero, es opinión unánime del Tribunal que a sus solicitudes básicas exceden las facultades y autoridad reconocida a este Tribunal. La interrelación de los dos tratados en juego (el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones y el Acuerdo Bilateral sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de los Países Bajos y Bolivia, de 1992) y el carácter consensual del arbitraje hacen que las cuestiones que ustedes plantean estén bajo el control de las partes, y no del Tribunal. En especial, al Tribunal le resulta manifiestamente claro que, a menos que las partes lo consientan, no está facultado para admitir la intervención en los procedimientos de entidades que no sea partes, dar acceso a audiencias a tales entidades o, *a fortiori*, al público en general, o hacer públicos los documentos de los procedimientos.

Segundo, no se cuenta con el consentimiento de las Partes que se requiere para acceder a las solicitudes formuladas. El Tribunal no recibió ninguna indicación de que ese consentimiento estuviera por darse, pero se mantiene abierto a toda iniciativa de las partes en ese sentido.

Tercero, el Tribunal opina que no es necesario a esta altura convocar a testigos o peritos o promover comunicaciones complementarias de entidades que no sean partes en la fase jurisdiccional de su labor. Esta opinión no implica prejuzgar en modo alguno sobre la cuestión del alcance de la potestad del Tribunal de convocar a testigos o recibir información de entidades que no sean partes por iniciativa propia del cuerpo.

El Tribunal desea hacer hincapié en que ha considerado detenidamente su solicitud. La brevedad de nuestra respuesta no debe interpretarse en el sentido de que su solicitud no haya sido objeto de detenida consideración. Por el contrario, el Tribunal ha procurado responder a ella en forma diligente y eficiente. Además, como Earthjustice no es parte en esta diferencia, en nuestra respuesta necesariamente hemos tenido que evitar toda infracción a los compromisos asumidos en nuestras declaraciones como árbitros, suscritas conforme a la Regla de Arbitraje 6(2), para mantener el carácter confidencial de los procedimientos.

El Tribunal valora el hecho de que a ustedes y a las entidades y personas con las que trabajan les preocupe la solución de esta controversia, pero las obligaciones del Tribunal surgen de los tratados que rigen esta controversia. Se ha hecho público que el nuevo tratado bilateral de inversiones entre Singapur y los Estados Unidos contiene disposiciones referentes a la participación, en calidad de *amicus curiae*, de organizaciones no gubernamentales. La obligación del tribunal, en todo caso que se plantee en el marco de ese instrumento, consistirá en acatar sus disposiciones. No menos estricta es nuestra obligación de respetar la estructura y los requisitos de los instrumentos que rigen el caso de autos.

El Tribunal agradece su carta y la petición adjunta a la misma, que quedarán archivadas en la Secretaría. Se han dado a conocer sus opiniones a la Secretaría del CIADI y a las Partes.

En nombre propio y de los restantes miembros del Tribunal, saludo a usted respetuosamente.

David D. Caron

Presidente del Tribunal que entiende en el caso
Aguas del Tunari c/ la República de Bolivia

Apéndice IV

Traducción del texto de la carta del 1 de octubre de 2004, dirigida por el Tribunal al Gobierno de los Países Bajos

Profesor David D. Caron
C / o Ms. Margrete Stevens
Consejero jurídico principal
Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
1818 H St., N.W.
Washington, D.C. 20433, Estados Unidos

1 de octubre de 2004

Mr. J. G. Lammers
Legal Adviser
Ministerie van Buitenlandse Zaken
PO Box 20061
2500 EB The Hague, Países Bajos

Estimado Sr. Lammers:

Me dirijo a usted en relación con tres preguntas y respuestas parlamentarias formuladas por legisladores entre el 21 de febrero y el 5 de junio de 2002, que han sido presentadas como prueba pertinente para el caso *Aguas del Tunari c/ la República de Bolivia*, arbitraje que tiene ante sí el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), Caso No. Arb/ 02/ 03.

Me dirijo a usted en nombre del Tribunal constituido para ocuparse del asunto arriba referido, integrado por los Sres. José Luis Alberro-Semerena, Henri Álvarez y por el suscrito en calidad de Presidente. El Demandante del caso de autos basa la competencia del Tribunal en el Tratado Bilateral de Inversiones (TBI) entre los Países Bajos y Bolivia, suscrito el 10 de marzo de 1992, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1994. El Tribunal ha escuchado argumentos con respecto a su competencia, cuestión sobre la que está deliberando. Asimismo, reconoce la obligación de los Países Bajos, en el marco del Convenio del CIADI, de abstenerse de conceder protección diplomática a sus nacionales en caso de que se planteen las diferencias relativas a inversiones a las que se refiere el Convenio¹. En ese sentido, el Tribunal desea hacer hincapié en que

¹ Véanse los Artículos 25 a 27 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados del CIADI, en especial el Artículo 27:

no pretende que los Países Bajos den a conocer su opinión con respecto a su competencia en la cuestión de autos; antes bien sólo tiene interés en recibir comentarios de Países Bajos sobre las bases documentales específicas de las respuestas escritas que el Gobierno holandés dio a las preguntas de los legisladores.

Específicamente, las partes del caso de autos han presentado pruebas y formulado argumentos referentes a la interpretación dada por el Gobierno de los Países Bajos a ciertas disposiciones del TBI celebrado con Bolivia. Las partes hacen referencia en parte a tres conjuntos de respuestas a dichas preguntas. Es en relación con esas respuestas que escribe el Tribunal. Adjuntamos los originales en holandés de tales respuestas, así como las traducciones extraoficiales al inglés de las mismas, tal como se proporcionaron al Tribunal².

En resumen, las tres series de respuestas a las preguntas de los legisladores son las siguientes.

Primero, el 21 de febrero de 2002, el legislador Van Bommel planteó preguntas escritas al Secretario de Estado de Asuntos Económicos y al Ministro de Cooperación para el Desarrollo, referentes, *inter alia*, a la cuestión de si determinadas sociedades podían invocar el TBI Países Bajos-Bolivia en la diferencia en la que entiende este Tribunal³. En nombre del Ministro de Cooperación para el Desarrollo y su Ministerio, el Secretario de Estado para Asuntos Económicos (ministro Ybema) respondió el 6 de marzo de 2002, absteniéndose de declarar si la diferencia de que se trata está comprendida en el marco del TBI, y señalando, en lugar de ello, *inter alia*, que la respuesta queda a «discreción del tribunal arbitral ante el que se ha planteado la diferencia»⁴.

Segundo, el 25 de marzo de 2002, el legislador Van Bommel formuló preguntas escritas adicionales, solicitando al Secretario de Estado y al Ministro

(1) Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo.

(2) A los efectos de este Artículo, no se considerará como protección diplomática las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia.

² Véanse los anexos 1 a 6.

³ Véase, Preguntas de Legisladores («Kamervragen»), Ejercicio legislativo 2001-2002, No. 765; véase el Anexo 1, traducción extraoficial al inglés, y el Anexo 2, original en holandés.

⁴ Véase *Ibid.*, respuesta 6.

que se pronunciaran «clara e inequívocamente acerca de si esas multinacionales pueden invocar el tratado de inversiones entre los Países Bajos y Bolivia en el caso de que se trata»⁵. El Secretario de Estado contestó el 5 de abril de 2002, invitando al legislador a remitirse a su respuesta del 6 de marzo de 2002 y formulando comentarios adicionales de carácter general, que figuran en los Anexos 3 y 4.

Tercero, el 18 de abril de 2002 un quinto grupo de legisladores, incluido el Sr. Van Bommel, plantearon preguntas adicionales al Ministro de Vivienda, Planificación Espacial y Medio Ambiente, al Ministro de Cooperación para el Desarrollo y al Secretario de Estado para Asuntos Económicos⁶. Los legisladores preguntaron «¿Conocen ustedes la publicación ‘Water, Human Right or Merchandise’, de la Asociación Milieudedefensie (Amigos de la Tierra)? ¿Qué opinión les merece, en términos generales, esa publicación?»⁷. En nombre propio y del Secretario de Estado, el Ministro de Vivienda, Planificación Espacial y Medio Ambiente (Ministro Pronk) contestó el 5 de junio de 2002:

Sí. El acceso a un agua segura y pura reviste importancia. En la publicación se llama la atención del público en general sobre varios aspectos del complicado tema del agua. La cuestión merece esta atención, pero ese folleto contiene algunos errores fácticos o material sugestivo. Desearía hacer hincapié en determinado punto. En la página 16 («La Guerra del Agua en Bolivia») se sostiene que Aguas del Tunari puede recurrir a la comisión de solución de controversias del Banco Mundial en el marco del Tratado de Inversiones Países Bajos-Bolivia, lo que es inexacto. Tal como recientemente se señaló al responder a preguntas del legislador Van Bommel [citándose las respuestas anteriores dadas a este último], el Gobierno sostiene que el tratado de inversiones no es aplicable a ese caso⁸.

En virtud del Convenio del CIADI, el Tribunal tiene el cometido de pronunciarse sobre su competencia en el caso de autos. Las partes de este arbitraje han cuestionado disposiciones del TBI mutuamente celebrado por los

⁵ Preguntas de Legisladores, No. 959; véase el Anexo 3, traducción extraoficial al inglés, y el Anexo 4, original en holandés.

⁶ Preguntas de Legisladores, No. 1229; véase el Anexo 5, traducción extraoficial al inglés, y el Anexo 6, original en holandés. Véase también el Anexo 7, traducción extraoficial al inglés de una síntesis de la publicación, y el Anexo 8, original en holandés.

⁷ *Ibid.*, pregunta 1.

⁸ Véase *Ibid.*, respuesta 1. Véase también el Anexo 5, traducción extraoficial al inglés, y el Anexo 6, original en holandés.

Países Bajos y Bolivia. Como el Gobierno de los Países Bajos no es parte en este arbitraje ni participa en ninguna otra calidad, la información provista por el Gobierno de los Países Bajos contribuiría con la labor del Tribunal. Teniendo en cuenta asimismo el Artículo 27 del Convenio del CIADI, arriba citado, y el hecho de que los Países Bajos no son parte en este arbitraje, el Tribunal es de la opinión de que esas preguntas deben ser específicas y de alcance limitado, encaminadas a obtener información que respalde las posiciones hermenéuticas de aplicación general, en lugar de las relacionadas exclusivamente con determinado caso. El Tribunal se considera facultado para obtener esta información en virtud de lo dispuesto por la Regla 34 de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

Teniendo en cuenta todos esos factores, el Tribunal toma nota de que las respuestas dadas por escrito a las preguntas de los legisladores, arriba resumidas y cuyo texto completo se adjunta, no enuncian de por sí razones de aplicación general. Si la declaración del Gobierno de los Países Bajos por la que responde a las preguntas de los legisladores del 18 de abril de 2002 refleja la posición hermenéutica de aplicación general de ese Gobierno, el Tribunal solicita a éste que le proporcione información (del tipo indicado por los Artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados como posiblemente pertinente), en que se base esa posición. El Tribunal hace saber que ya tiene ante sí el texto del TBI y la Nota Aclaratoria publicada en Staten-Generaal, Ejercicio Legislativo 1992-1993, 22870 (R 1452), Nos. 37 y 1.

El Tribunal se encuentra actualmente en deliberaciones sobre esta cuestión. Su respuesta podrá ser tenida en cuenta si se recibe antes del 15 de noviembre de 2004.

El Tribunal le agradece la atención que se sirvan dispensar al asunto. En nombre propio y de los restantes miembros del Tribunal saludo a usted respetuosamente.

David D. Caron
Presidente del Tribunal que entiende en el caso
Aguas del Tunari c/ la República de Bolivia

[No se reimprime la Lista de Anexos].

**CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE
DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES
Washington, D.C.**

**IBM World Trade Corporation, Actor,
Vs.
República del Ecuador
(Caso CIADI No. ARB/02/10)**

DECISIÓN SOBRE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

1. Miembros del Tribunal

Rodrigo Jijón, Presidente
Alejandro Ponce Martínez, Árbitro
León Roldós Aguilera, Árbitro

2. Secretaria del Tribunal

Gabriela Álvarez Ávila

Representantes de la Demandante

Dr. Edgar Terán Terán
Dra. María del Carmen Arcos y
Sr. Santiago Concha
Avenida 12 de Octubre No. 26-97 y
Lincoln, Edificio Torre 1492
Oficina 1601
Quito, Ecuador

Representantes de la Demandada

Dr. José María Borja
Procuraduría General de la
República del Ecuador
Calle Robles No. 731
Quito, Ecuador

Econ. Mauricio Pozo
Ministerio de Economía y
Finanzas
Av. 10 de Agosto y Jorge
Washington
Quito, Ecuador

Dra. María Muñoz Villacís
Subsecretaría General Jurídica
Av. Amazonas 3535 y Av.
Atahualpa
Quito, Ecuador

I. ANTECEDENTES:

1. Con fecha 6 de septiembre de 2002, el Secretario General Interino del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante CIADI), registró la solicitud de arbitraje presentada al amparo del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estado, (en adelante simplemente «el Convenio»), por IBM World Trade Corporation, (en adelante simplemente «IBM»), una compañía constituida conforme a las leyes del Estado de Nueva York, Estados Unidos de América, en contra de la República del Ecuador.
2. La solicitud de arbitraje se presentó sobre la base de una cláusula de arbitraje contenida en el Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (en adelante el TBI), ratificado por el Ecuador el 11 de abril de 1995 y que entró en vigor el 11 de mayo de 1997.
3. La demandante alega que la falta de pago de los valores adeudados a IBM del Ecuador C.A. (en adelante «IBM Ecuador»), una compañía cuyas acciones pertenecen, en su totalidad, a IBM, en virtud de un contrato de concesión suscrito con la República del Ecuador, constituye una violación del TBI por parte del Estado ecuatoriano.
4. De conformidad con el artículo 39 del Convenio, las partes, de común acuerdo, designaron como árbitros de la presente causa al doctor Alejandro Ponce Martínez, al abogado León Roldós Aguilera y, como Presidente del Tribunal, al doctor Rodrigo Jijón Letort.
5. El 5 de junio de 2003 se celebró en la ciudad de Quito, República del Ecuador, en el auditorio de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, la primera sesión del Tribunal a la que asistieron las partes.
6. En dicha sesión, el Presidente manifestó a las partes que el Tribunal conocía la objeción expuesta por la República del Ecuador respecto a la jurisdicción del Centro y a la competencia del Tribunal Arbitral.
7. En efecto, el señor Ministerio de Economía y Finanzas de la República del Ecuador, en Oficio No. 7254 de 10 de diciembre de 2002, expresamente señala:

«No existe disposición legal ni convencional que obligue al Ministro de Economía y Finanzas a someterse a un procedimiento distinto al expresamente acordado contractualmente por las partes, este Ministerio de Economía y Finanzas e IBM del Ecuador, y que no hay sustento legal para fundamentar el pretendido proceso arbitral, sin que esta comunicación implique reconocimiento sobre la procedencia del arbitraje y sólo con el propósito de evitar que el Ministerio de Economía y Finanzas se vea expuesto a un estado de indefensión, a efectos de cumplir con la formalidad establecida en la Regla de Arbitraje para la integración del Tribunal...»

8. De conformidad con el artículo 41 del Convenio y la regla 41 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, el Tribunal decidió resolver la excepción de falta de jurisdicción del Centro y de competencia del Tribunal, planteada por el Estado ecuatoriano, como cuestión previa y fijó un calendario para que las partes presentaran memoriales para sustentar sus puntos de vista sobre esta excepción.
9. Con fecha 7 de julio de 2003 la República del Ecuador presentó su memorial objetando la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal. Se corrió traslado de este Memorial a la demandante IBM y ésta presentó, el 21 de julio de 2003, el Memorial que contiene su criterio legal sobre las objeciones de falta de jurisdicción del Centro y de competencia del Tribunal Arbitral planteadas por la República del Ecuador.
10. El Tribunal Arbitral se reunió en la ciudad de Quito el día 11 de septiembre de 2003, y de conformidad con el artículo 41 de «El Convenio» que le faculta a resolver sobre su propia competencia, trató y resolvió sobre las objeciones expuestas por la República del Ecuador.

II. ANALISIS SOBRE LAS OBJECIONES DEL ECUADOR:

- 2.1. **Primera objeción a la competencia del Tribunal: falta de jurisdicción del Centro y de competencia del Tribunal, pues al diferencia proviene de un contrato nulo.-**
 11. Alega el Estado ecuatoriano que no está obligado a someterse a la Jurisdicción del Centro, al no ser aplicables al presente caso las disposiciones contenidas en el TBI, publicado en el Registro Oficial No. 49 de 22 de abril de 1997.

12. Sostiene que de conformidad con el TBI, «Inversión» significa «todo tipo de inversión de capital social, las deudas y los contratos de servicios» y que comprende, dice el demandado, entre otros aspectos «todo derecho conferido por la ley o por contrato y cualesquiera licencias y permisos conferidos conforme a la Ley.»
13. Añade que, a su juicio, para los efectos de la aplicación del TBI, para que la parte afectada pueda someterse al procedimiento arbitral, **«debe ser titular de un derecho que nazca de un contrato legítimo y aplicable»** y que, en este caso, los contratos de los que podría nacer el derecho contienen vicios de nulidad absoluta. Sostiene además, que el contrato suscrito con IBM del Ecuador el 20 de junio de 1996 nunca entró en vigencia y deberá tenérselo como no celebrado, pues no se cumplió la condición establecida en su cláusula novena que establece que si no se celebra un fideicomiso el contrato se entenderá como no celebrado. Manifiesta, finalmente, que ese fideicomiso nunca se celebró.
14. En su Memorial de contestación, la demandante sostiene que la alegación de la República del Ecuador es inadmisibles, por que el propio Estado ecuatoriano ha admitido la validez del contrato de concesión. Cita en su favor pronunciamientos del Procurador del Estado ecuatoriano, contenidos en los Oficios 15558 de 14 de diciembre de 2000 y No. 16103 de 31 de enero de 2001 en los que dicho funcionario, representante judicial y patrocinador del Estado ecuatoriano, habría reconocido la validez del contrato.
15. Alega adicionalmente IBM que el Estado nunca ha demandado la declaración de nulidad del contrato y que ningún juez ha declarado tal nulidad, siendo el contrato, según la ley ecuatoriana, ley para las partes.
16. El Tribunal considera que no puede declarar «prima facie» la nulidad del contrato. La declaración de nulidad de un contrato debe ser realizada normalmente por un juez. El argumento expuesto por la República de Ecuador de que el contrato nulo, y que por tanto, se lo debe tener como no celebrado, no puede ser considerado en este instante procesal en que se esta resolviendo única y exclusivamente sobre la propia competencia del Tribunal. De igual modo, el Tribunal no puede aceptar, en este momento procesal, la alegación del Estado ecuatoriano que el contrato no se ha celebrado por no haberse constituido el fideicomiso.
17. Por lo expuesto, en este momento procesal, el Tribunal ha de admitir, prima facie, la existencia del contrato de concesión y consiguientemente,

la existencia de la inversión reclamada por IBM sin que tal hecho signifique que cuando el Tribunal analice el fondo de la controversia y las pruebas presentadas por las partes pueda llegar a una conclusión diferente.

18. Adicionalmente, debe tomarse en cuenta que la reclamación de IBM se sustenta también en el derecho a cobrar dinero, capital e intereses nacidos del Acta de Entrega Recepción Final del Contrato, suscrita el 11 de noviembre de 1999, que constituye también una inversión protegida por el TBI.

2.2. Objeción segunda: Falta de consentimiento del Estado ecuatoriano a la jurisdicción del CIADI.-

19. Alega el Estado ecuatoriano que no existe documento alguno que demuestre la aceptación del Estado ecuatoriano para someter la diferencia, materia de este arbitraje, al procedimiento del CIADI.
20. Sostiene que el numeral 2 del artículo 36 del Convenio, la Regla 2, numeral 1 liberal c) y el numeral 3, de las Reglas de Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje (en adelante «Las Reglas de Iniciación») determinan que la obligación de someterse a arbitraje se encuentra condicionada a la aceptación expresa de cada una de las partes, condición que en el presente caso no se cumple, pues la República del Ecuador no ha dado su consentimiento para que la presente diferencia se resuelva a través del procedimiento arbitral del CIADI y muy por el contrario, en el Oficio SJM-2002-6410 de 29 de octubre de 2002, el Ecuador objeta la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal.
21. Por su parte, la demandante rechaza el razonamiento del Estado ecuatoriano y sostiene que lo que el TBI establece es la obligación de las Partes, una de las cuales es el Estado ecuatoriano, de someterse a los procedimientos arbitrales que se enumeran en el Art. VI del Tratado y que tal sometimiento al procedimiento arbitral no exige otro requisito que el perfeccionamiento del TBI y su vigencia. De esta manera, añade que no se requiere, para iniciar el procedimiento arbitral, de ningún consentimiento adicional al expuesto mediante la suscripción del TBI. Las partes, alega IBM, es decir los Estados soberanos, mediante la suscripción del TBI, han resuelto que el arbitraje sea norma de solución de conflictos sin posibilidad de veto o retractación de uno de estos Estados para someterse a dicho procedimiento, si lo plantea un nacional o sociedad del otro Estado.

22. Concluye el demandante que el sometimiento al procedimiento arbitral, al que se refiere el TBI, es el procedimiento unilateral de la parte que formula su demanda y escoge el sistema arbitral con el que quiere llevar el litigio. Así el Estado queda sometido a las normas del CIADI o al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, o a las de cualquier otra institución arbitral seleccionada según el TBI, Bajo el supuesto que los Estados se han sometido ya a sistemas arbitrales, mediante la suscripción del TBI, la parte que inicia el procedimiento tiene la facultad de escoger el Tribunal o Sistema Arbitral.
23. El Tribunal estima que a diferencia de la jurisdicción estatal que es impuesta por el Estado a quienes están sometidos a su soberanía, la jurisdicción arbitral presupone la aceptación de las partes para que sus disputas sean resueltas por un Tribunal integrado por personas que no forman parte del órgano jurisdiccional de ningún Estado y que, por lo tanto, no tienen facultad ni imperio para imponer sus decisiones a terceros.
24. En el caso del CIADI, el consentimiento de las partes para el arbitraje puede expresarse de varias maneras: a) Por medio del acuerdo concreto de las partes de someter sus diferencias específicas al arbitraje de un Tribunal Arbitral del CIADI. Este acuerdo puede instrumentarse convencionalmente en un contrato de inversión o en un contrato de garantía de inversión o en cualquier otro contrato, o posteriormente, a través de un compromiso arbitral al que llegan la partes una vez suscitada la diferencia; b) Por medio del compromiso unilateral del Estado receptor de la inversión, establecido en su legislación, por ejemplo sobre promoción de inversiones en que ofrece someter a la jurisdicción del CIADI las diferencias producidas con motivo de cualquier inversión o de algún tipo de ellas, y c) Por medio del compromiso recíproco de Estados, contenido en Tratados o Acuerdos de Promoción y Garantía de Inversiones, de someter a la jurisdicción del CIADI las diferencias que, en materia de inversiones, surjan entre cualquiera de los Estados contratantes y los nacionales del otro Estado.
25. IBM ha planteado su demanda en base al TBI vigente entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América, cuyo artículo VI establece entre las alternativas para la solución de controversias relativas a inversiones la de recurrir a los tribunales judiciales o administrativos de cualquiera de los Estados contratantes o el recurrir al arbitraje obligatorio, entre otros posibles de elección, al sujeto al sistema administrado por el CIADI (artículo VI, numerales 2, 3 y 4).

26. Según el TBI, la República del Ecuador se comprometió de manera irrevocable a la jurisdicción del CIADI para la solución de disputas que surjan del TBI y cuando se cumplan con los requisitos impuestos por él y por el Convenio.
27. También establece de manera indudable que la selección de las diferentes formas de solución de controversias previstas en el Artículo VI del TBI le corresponde al inversionista, al presentar su demanda. Por ello, en el presente caso, tal selección se ha realizado por parte de IBM, al presentar la demanda ante el CIADI manifestando de manera expresa que es su voluntad que la disputa sea resuelta por un Tribunal Arbitral del CIADI.
28. El Estado ecuatoriano no puede, pues, unilateralmente, sustraerse de sus deberes soberanamente adquiridos cuando libremente negoció con los Estados Unidos de América el TBI, en el cual se comprometió, entre otras formas de solución de las controversias en materia de inversiones, a la jurisdicción arbitral del CIADI.
29. Precisamente un Acuerdo de la naturaleza del TBI buscar asegurar que los Estados contratantes cumplan con las obligaciones que dimanen de las inversiones que se efectúan, por extranjeros, en sus territorios. Con ello intentan consagrar mecanismos de solución de controversias que se impongan obligatoriamente hacia el futuro, cualquiera que sea el nacional o inversionista de otro Estado que se considere real o presuntamente afectado por actos o hechos que, en su opinión, alteren los derechos sobre sus inversiones.
30. Ello significa que una vez que fue expresada la voluntad del Ecuador para solucionar de esa forma las controversias que surjan a futuro, no se requiere, como pretende hoy la República del Ecuador, de un nuevo acuerdo de voluntades para tal sometimiento a arbitraje.

2.3 Objeción tercera: Falta de consentimiento del Estado ecuatoriano para que IBM del Ecuador S.A. sea considerada como un inversionista de los Estados Unidos de América.

31. Sostiene el Estado demandado que no existe vínculo arbitral alguno entre el Estado ecuatoriano e IBM, ya que la relación jurídica se estableció entre el Ministerio de Finanzas y Crédito Público, actual Ministerio de Economía y Finanzas y la empresa IBM del Ecuador C.A. constituida al amparo de la Ley de Compañías del Ecuador.

32. Esta falta de vínculo contractual, a juicio del Estado ecuatoriano, ocasiona que no «opere» el arbitraje del CIADI, pues la demandante no ha podido cumplir con la condición impuesta en el numeral (iii) de la Regla 2 de las Reglas de Iniciación.
33. El Estado ecuatoriano se refiere al numeral (iii) del literal (d) del párrafo (1) de la Regla 2 de las Reglas de Iniciación, que dice:
- «(iii) si la parte es una persona jurídica que a la fecha del otorgamiento del consentimiento tenía la nacionalidad del Estado Contratante que es parte de la diferencia, debe acompañarse el acuerdo mediante el cual las partes consienten que la primera sea tratada como si fuese nacional de otro Estado Contratante a los fines del Convenio;»*
34. Alega el Estado ecuatoriano que no existe el acuerdo requerido en la norma citada para que IBM del Ecuador sea tratada como nacional de los Estados Unidos de América y que, por lo tanto, no cabe el arbitraje.
35. Sobre esta objeción, el Tribunal considera que el actor o demandante en este proceso arbitral es IBM World Trade Corporation, una sociedad creada y existente según las leyes del Estado de Nueva York, es decir una sociedad nacional de los Estados Unidos de América.
36. La demanda no fue planteada por IBM del Ecuador C.A., compañía constituida en la República del Ecuador, por lo que, a juicio de este Tribunal, el requisito invocado por la parte demandada, es decir, el consentimiento para que la demandante sea tratada como nacional de Estados Unidos, es improcedente.
37. Lo que sí debe analizar este Tribunal es si la diferencia invocada por la demandante, IBM World Trade Corporation, esto es la falta de pago por parte del Estado ecuatoriano, se refiere a una inversión protegida por el TBI que da lugar a someter obligatoriamente las discrepancias que surjan de esa inversión a un Tribunal del CIADI.
38. El artículo 25 del Convenio del CIADI otorga jurisdicción al Centro para conocer las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión de un Estado Contratante (...) y el nacional de otro Estado Contratante (...).

39. En vista de que el Convenio, no define qué se entiende por inversión, pero que la jurisprudencia del CIADI¹ ha considerado criterios objetivos para el concepto de inversión, se debe analizar dicho concepto tanto a la luz de la jurisprudencia del CIADI como del TBI respectivo. El TBI, en su artículo 1, señala:

«A efectos del presente Tratado:

- a) *«Inversión» significa todo tipo de inversión tales como el capital social, las deudas y los contratos de servicio e inversión, que se haga en el territorio de una Parte y que directa o indirectamente sea de propiedad de los nacionales o sociedades de la otra parte o esté controlada por dichos nacionales o sociedades, y comprende:*
- i) *Los bienes corporales e incorporeales, incluso derechos tales como los de retención, las hipotecas y las prendas;*
 - ii) *Las sociedades o las acciones de capital u otras participaciones en sociedades o en sus activos;*
 - iii) *El derecho al dinero o alguna operación que tenga valor económico y que esté relacionado con una inversión;*
 - iv) *La propiedad intelectual que, entre otros, comprende los derechos relativos a:*
Las obras artísticas y literarias, incluidas las grabaciones sonoras;
Los inventos en todos los ámbitos del esfuerzo humano;
Los diseños industriales;
Las obras de estampado de semiconductores;
Los secretos comerciales, los condicionamientos técnicos y la información comercial confidencial y las marcas registradas, las marcas de servicio y los nombres comerciales; y
 - v) *Todo derecho conferido por ley o por contrato y cualesquiera licencias y permisos conferidos conforme a la Ley».*

40. Tal como consta en la demanda, la actora sostiene que la «diferencia en materia de inversión» queda configurada por el incumplimiento de la

¹ Ver Salini Costruttori SpA e Italstrade SpA c. Reino de Marruecos, Decisión sobre competencia de fecha 16 de julio de 2003, párrafos 43 y siguientes, *Journal du droit international*, 129 Année 2002, Janvier-Février-Mars, N.º. 1, pp. 196 a 206. y Fedax N.V. c. República de Venezuela, Decisión sobre competencia de fecha 11 de julio de 1997, párrafos 21 y siguientes, *ICSID Reports*, Vol 5, 2002.

República del Ecuador de su obligación de pagar a IBM del Ecuador por el contrato y otros contratos adicionales, al ser IBM del Ecuador una compañía de propiedad total de IBM.

41. En su comunicación de 14 de agosto de 2002, la demandante añade que la falta de cumplimiento de la obligación de pagar dinero, que figura liquidada en el acta de entrega-recepción final del contrato de concesión, y que continúa sin ser cancelado pese a haber sido requerido el Estado ecuatoriano para el pago, crea la obligación legal de pagar intereses. Dice, además, que esta diferencia nace de una inversión de IBM porque: (i) realizó una inversión directa del 100% del capital de IBM del Ecuador C.A.; (ii) los contratos de IBM del Ecuador C.A. constituyen una inversión para IBM, pues le pertenecen indirectamente; y (iii) el derecho a cobrar dinero, capital e intereses es un derecho legal y contractual derivado de los contratos y del acta de entrega-recepción definitiva, al ser IBM propietaria indirecta de este derecho.
42. Es indudable que el contrato de concesión fue celebrado con IBM del Ecuador, como fue también tal compañía la que suscribió el acta final de liquidación. Es cierto que IBM del Ecuador es una compañía ecuatoriana y que su personalidad jurídica no puede, en modo alguno, confundirse con la de IBM.
43. La existencia del contrato como fuente de obligaciones genera un vínculo en cuya virtud IBM del Ecuador puede exigir las prestaciones que del contrato se deriven a la República del Ecuador, representada por su gobierno y las autoridades pertinentes. Pero, además, por definición del TBI los contratos también constituyen o representan inversiones. En ese contexto, al contrato no se lo mira como una fuente de obligaciones, sino como el mecanismo a través del cual se efectúa un flujo de capitales de un país hacia otro. Si es que el TBI conceptúa como inversión al contrato, se debe analizar y descubrir por qué las altas partes contratantes, la República del Ecuador y los Estados Unidos de América, estimaron que los contratos tenían que ser considerados como inversiones.
44. La interpretación de los tratados internacionales, además de sujetarse a principios tales como la intención de las partes, la literalidad según el significado natural y ordinario, la buena fe, la liberalidad según el contexto, la aplicación práctica de las partes o de las organizaciones internacionales, la interpretación basada en los trabajos preparatorios, las interpretaciones restrictiva y efectiva (según la naturaleza de los asuntos sobre los que versa el tratado), ha de efectuarse también según los fines

específicos del tratado (interpretación teleológica).² De esta forma, en el caso sub judice se debe buscar la finalidad que un tratado de inversiones persigue cuando enumera a los contratos como una de las maneras en que se puede configurar una inversión y, por ello, sólo para efectos de tal concepto (el del contrato como inversión) puede sostenerse, como lo considera este Tribunal, que el inversionista es la única accionista de IBM del Ecuador, pues fue la empresa que, posiblemente autorizada o atraída por las condiciones jurídicas o económicas que brindaba el estado ecuatoriano, decidió constituir una compañía en el Ecuador con el fin de que condujera las actividades que en su objeto social se señalan. Por lo tanto, quien efectuó la inversión y quien, por lo mismo, podría eventualmente ser afectada por un posible incumplimiento de las reglas que garantizaban tal inversión, sería IBM.

45. Por estas razones, antes que por las expresadas por la parte actora, este Tribunal desecha la objeción del Estado ecuatoriano fundamentada en el hecho cierto de que IBM del Ecuador fue la empresa que celebró el contrato.
46. Este Tribunal destaca además que en el juicio arbitral conducido ante el CIADI, por Salini Costruttori SpA e Italstrade SpA contra el Reino de Marruecos, fundamentado en un acuerdo de inversiones entre Marruecos e Italia, se basó la competencia del Tribunal Arbitral (integrado por Robert Briner como Presidente y Bernardo Cremades y Ibrahim Fadlallah como árbitros) en que los contratos son una fuente de inversión.³ Con respecto a tal decisión el editor de la Revista mencionada hace la siguiente observación:

«La décision par laquelle le tribunal arbitral constitué dans l'affaire Salini Costruttori SpA et Italstrade SpA c/ Royaume du Maroc retient sa compétence pour connaître des demandes formées par les deux sociétés italiennes adjudicataires du marché de la construction d'une autoroute au Maroc est importante à un double titre. La première tient au fait qu'elle admet pour la première fois dans la jurisprudence du Centre qu'un contrat de construction puisse être

² Cfr. Brownlie, Ian «Principles of Public International Law», Oxford Country Press, London, 1966, p. 503 a 507.

³ Cfr. Salini Costruttori SpA e Italstrade SpA c. Reino de Marruecos, Decisión sobre competencia de fecha 16 de julio de 2003, *Journal du droit international*, 129 Année 2002, Janvier-Février-Mars, N^o. 1, pp. 196 a 206.

qualifié d'investissement au sens de l'article 25 de la Convention de Washington ; le second au fait qu'elle illustre la situation relativement fréquente dans laquelle la compétence du Centre pour connaître des litiges opposant l'investisseur à l'Etat sur le fondement d'un traité vient en concours avec celle des juridictions ou des tribunaux arbitraux désignés par les parties à l'opération pour connaître des différends de nature contractuelle susceptibles d'en découler (II)».

47. De igual modo, en el caso propuesto por SGS Société Générale de Surveillance S.A. contra la República Islámica de Pakistán, la demandada objetó la jurisdicción arbitral del CIADI sobre la base del contrato suscrito entre las partes, en el cual se sujetaban a arbitraje según la Ley de Arbitraje de Pakistán; el Tribunal, presidido por el Juez Florentino P. Feliciano e integrado por André Faurès y Christopher Thomas, resolvió que era competente, ya que la alegación de la compañía actora fue que Pakistán había violado el Tratado de Inversiones entre la Confederación Suiza y Pakistán.⁴
48. De esta forma, teniendo como precedentes los casos citados, este Tribunal estima que al haber IBM adquirido acciones en una sociedad ecuatoriana, IBM del Ecuador, IBM ha invertido en el estado ecuatoriano. En tal sentido, el Tribunal requiere recalcar que la inversión de IBM constituye IBM del Ecuador, empresa que realiza una serie de actividades y negocios en el territorio ecuatoriano; y, de esta forma, de manera indirecta el incumplimiento por parte del Ecuador de una obligación de pago que forma parte la actividad comercial de IBM del Ecuador, afecta a su inversionista, IBM Por consiguiente, IBM tiene derecho a recurrir a esta jurisdicción arbitral.
49. Por todo ello, no existe razón en la objeción del Estado ecuatoriano.
- 2.4. Cuarta objeción: Falta de jurisdicción y competencia del tribunal Arbitral porque en el contrato de concesión se convino en la jurisdicción de los jueces ordinarios de la ciudad de Quito.-**
50. Alega el Estado ecuatoriano que en supuesto no consentido que se considere válido el contrato de concesión, suscrito entre el Ministerio de

⁴Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán, Decisión sobre competencia de 6 de agosto de 2003, *Mealey's International Arbitration Report*, Vol. 18, No. 9, septiembre de 2003, pp. 3 a 66.

Finanzas y Crédito Público el 20 de junio de 1996, su cláusula vigésimo tercera dispone que toda controversia que surgiera en relación con la interpretación, aplicación, ejecución o causa de incumplimiento del contrato, las partes se obligaron a someterla únicamente a la jurisdicción de los jueces o tribunales competentes de la ciudad de Quito, renunciando expresamente a otra jurisdicción.

51. Alega también en su favor la disposición del artículo VIII del TBI que señala que el TBI no menoscabará «a) Las leyes, los reglamentos, las prácticas y los procedimientos administrativos y los fallos administrativos y judiciales de cualesquiera de las partes;».
52. El demandante se opone a esta excepción señalando que la Constitución de la República del Ecuador reconoce al arbitraje como un medio alternativo para la solución de controversias, que el TBI, norma jurídica de mayor jerarquía, establece el derecho unilateral de una sociedad o nacional de una Parte de acudir al arbitraje contra el estado receptor de la inversión y que, consiguientemente, estos derechos están vigentes y no pueden ser anulados por un contrato celebrado con anterioridad al nacimiento de los derechos procesales alternativos. Alega además que según las disposiciones del Código Civil del Ecuador sobre conflicto de leyes en el tiempo, los procedimientos establecidos en la ley posterior prevalecen por sobre aquellos contemplados en la ley anterior, mucho más cuando el nuevo procedimiento nace de una ley de mayor valor jerárquico como es el caso de los tratados internacionales.
53. El actor sostiene que IBM del Ecuador pudo haber acudido a la justicia ordinaria en el Ecuador, si eso le hubiera convenido, mientras que IBM tiene derecho de someterse a la justicia arbitral del CIADI al no haber iniciado antes ningún proceso de reclamo en la República del Ecuador.
54. En definitiva, lo que debe resolver el Tribunal al conocer esta objeción, es si el hecho de que IBM del Ecuador y el Ministerio de Finanzas y Crédito Público (hoy denominado Ministerio de Economía y Finanzas) en el contrato de prestación de servicios informáticos bajo el sistema de concesión, suscrito el 20 de junio de 1996, acordaron voluntariamente someter las diferencias derivadas de ese contrato a la justicia ordinaria de la ciudad de Quito, ocasiona que este Tribunal carezca de competencia para resolver el litigio existente.
55. El Tribunal considera que los razonamientos expuestos en el apartado anterior 2.3 son suficientes para asegurar su propia competencia sin embargo cree pertinente añadir otros argumentos sobre este punto.

56. El sistema arbitral tiene como origen y sustento la voluntad de las partes de solucionar sus conflictos por esta vía alternativa. Esta voluntad de las partes puede expresarse en contratos o en tratados internacionales.
57. En el contrato suscrito entre IBM del Ecuador y el Ministerio de Finanzas y Crédito Público de la República del Ecuador, las partes sometieron, de manera voluntaria, sus diferencias a la justicia ordinaria del Ecuador, razón por la cual los conflictos derivados de ese contrato deberían resolverse por los jueces por ellos seleccionados, (si es que tal cláusula fuera aplicable, bajo las normas existentes en el Ecuador sobre contratación pública) aspecto sobre el cual este Tribunal no hace ni puede hacer pronunciamiento alguno.
58. El Convenio y el TBI exigen, para que se pueda recurrir al arbitraje administrado por el CIADI, que la parte que inicia el procedimiento arbitral no haya recurrido a los jueces del país donde se efectuó la inversión. Ello significa que bajo el Convenio y el TBI existe la alternativa de recurrir a los jueces mencionados o a este arbitraje internacional, como también ocurre con relación a la Corte Internacional de Justicia.⁵ Los Estados pueden conferir jurisdicción arbitral en virtud de una cláusula compromisoria contenida en un tratado bilateral o un tratado multilateral. El Convenio es un tratado multilateral; mientras el TBI es un acuerdo bilateral. Si IBM hubiera recurrido a la justicia ordinaria del Ecuador, tal hecho hubiera impedido que IBM recurriera a esta jurisdicción arbitral.
59. La República del Ecuador, al ratificar el TBI, consintió en que las diferencias en materia de inversión amparadas por el TBI, pudieran ser resueltas por medio de procedimientos arbitrales bajo el CIADI. Por ello, el hecho de que en un contrato (que es una forma de inversión) las partes contratantes se hayan sometido a la jurisdicción del Estado ecuatoriano, no impide que el inversionista se acoja al TBI y recurra al arbitraje del CIADI para reclamar sobre la presunta violación de sus derechos sobre la inversión, siempre y cuando no haya iniciado previamente cualquier procedimiento ante los jueces ecuatorianos.
60. Más aún en todo aquello que no se resuelva por la jurisdicción arbitral, por no ser materia de inversión, en el pronunciamiento de fondo que llegue a dictar este Tribunal, subsistirá la jurisdicción ecuatoriana.

⁵ Cfr. Rosenne, Shabtai, *The law and practice of the International Court, 1920-1996*, volume II, «Jurisdiction», Martinus Nijhoff publishers, La Haya, 1997, p. 665-668.

61. Desde otro punto de vista, a la actora IBM ha alegado adicionalmente en su demanda que la falta de pago de los valores supuestamente adeudados a IBM del Ecuador constituye una infracción a las normas sobre inversión.
62. Este Tribunal considera, por lo tanto, que la demanda de IBM se basa en una presunta violación al TBI y no en una presunta violación del contrato, por lo que el procedimiento previsto por el TBI, en concordancia con lo dispuesto en el Convenio, otorga jurisdicción y competencia a este Tribunal Arbitral para conocer y resolver la demanda planteada por IBM en contra de la República del Ecuador.
63. La demandante sostiene que existe una violación a sus derechos de inversora que nacen del contrato de 20 de junio de 1996 y de los suplementos a él; en el ámbito de lo previsto por el TBI se encuentra que una diferencia en materia de inversiones se refiere, entre otros aspectos, a «una supuesta infracción de cualquier derecho conferido o establecido por el presente Tratado respecto a una inversión». Por ello, si se considera, por parte de la actora, que hay una infracción a un derecho consignado por el TBI, tal alegación es suficiente para que este Tribunal se declare competente para conocerla, en tanto en cuanto se cumplan las demás condiciones impuestas por el Convenio y el TBI.
64. Conforme se expresó anteriormente, existen pronunciamientos previos de otros tribunales arbitrales, organizados bajo el CIADI, sobre este punto.
65. El Tribunal considera pertinente citar el proceso entre la Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal c. República Argentina (Caso CIADI No. ARB/97/3), en el cual la República Argentina planteó la excepción de falta de jurisdicción del Tribunal Arbitral, porque una cláusula del contrato de concesión suscrito entre las partes, establecía el sometimiento de cuestiones de interpretación o aplicación del contrato a la jurisdicción exclusiva de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Tucumán.
66. El Tribunal Arbitral consideró que la reclamación estuvo basada en el argumento que Argentina había violado sus obligaciones de acuerdo al TBI y no en un incumplimiento de las estipulaciones del contrato de concesión resolvió, consecuentemente, que su jurisdicción bajo el CIADI no se encontraba precluida.⁶

⁶ Compañía de Aguas del Aconquija y Vivendi Universal c. República Argentina, Laudo de 21 de noviembre de 2000, *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, Vol. 16, No. 2, 2001, párrafo 50, p. 19.

67. Sostuvo además tal Tribunal que la disposición contractual que regulaba las controversias entre las partes, no despojaba al Tribunal de jurisdicción para conocer el caso, porque dicha disposición no constituía ni puede constituir renuncia del demandante de sus derechos bajo el TBI.⁷
68. En el caso Vivendi⁸, el Comité Ad Hoc, refiriéndose a lo sostenido por el Tribunal Arbitral, resaltó que la violación del TBI y la violación de un contrato son dos cuestiones distintas y que, por lo tanto, cada una de estas cuestiones debe ser resuelta con la ley aplicable, que en el caso del TBI es el derecho internacional y en el caso del contrato es la ley a la acordada por las partes en dicho instrumento.
69. Más aún, en el mismo caso Vivendi, el Tribunal decidió que cuando la base esencial de la reclamación es un contrato, el Tribunal deberá aplicar cualquier jurisdicción válida según el contrato. Sin embargo, cuando la base fundamental de la reclamación es un tratado bilateral de inversiones, la existencia de una cláusula, relativa a las controversias, incluida en el contrato suscrito entre la empresa demandante y el Estado demandado, no impide que opere el sometimiento jurisdiccional a arbitraje previsto en el tratado.
70. La alegación de IBM sobre la aplicación en el tiempo de las leyes procesales, en cuya virtud éstas rigen desde su vigencia, no es aplicable al caso, pues no existe contradicción entre las dos normas sobre jurisdicción, la contractual y la del Tratado Internacional. La norma contractual se aplicará a las controversias derivadas del contrato y la norma del TBI se aplicará a las diferencias que surgieren por violación de las garantías que otorga el TBI.

2.5. Quinta objeción: La materia arbitral no es transigible pues no hay disposición constitucional o legal alguna que faculte al Estado ecuatoriano para intervenir en la transacción de contratos violatorios a la Ley.

71. Al haber el Ecuador ratificado en 1986 el Convenio y en 1997 el TBI, reconoció que ninguno de los dos instrumentos alteraba su ordenamiento jurídico constitucional. Al momento en que un Estado deposita los documentos de ratificación de los convenios internacionales, declara so-

⁷ Compañía de Aguas del Aconquija y Vivendi Universal c. República Argentina, Laudo de 21 de noviembre de 2000, *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, Vol. 16, No. 2, 2001, párrafo 53, p. 21.

⁸ Compañía de Aguas del Aconquija y Vivendi Universal c. República Argentina, Decisión sobre anulación de 3 de julio de 2002, 41 ILM 1135, 2002, párrafo 95, p. 1154.

lemnemente que se ha cumplido con todos los requisitos para su plena vigencia y, por ello, salvo que denuncie el tratado, no puede desligarse de las obligaciones que de él dimanen. No es, pues, admisible que el Estado ecuatoriano pretenda hoy, luego de diecisiete años de haber depositado el instrumento de ratificación de el Convenio y después de seis años de haberlo hecho respecto del TBI, sustraerse a la jurisdicción que se comprometió a aceptar, frente a la comunidad internacional, precisamente para fomentar las inversiones en el Ecuador y darles un cauce de seguridad jurídica. Para proceder de esa manera, el Ecuador tendría que, a través del órgano que maneja las relaciones internacionales, desligarse del Convenio o del TBI. Mientras tales tratados internacionales continúen vigentes, constituye una obligación internacional del Estado ecuatoriano el respetarlos, so pena de que su violación le acarree responsabilidad internacional. Atenta contra el ordenamiento jurídico internacional el que un Estado pretenda desconocer las normas voluntariamente aceptadas en convenios internacionales, desconocimiento que se deriva en el presente caso de la afirmación de que la materia del arbitraje (violación del TBI) no es transigible.

72. Los tratados internacionales consagran normas de conducta entre y para los Estados, de cuya obligatoriedad no pueden sustraerse, tanto más cuanto que la tendencia del derecho internacional contemporáneo es la de que sus normas prevalezcan inclusive sobre las disposiciones de las propias Constituciones Políticas. Así lo ha recogido no sólo la doctrina y los textos constitucionales, sino también la jurisprudencia sobre derechos humanos y el derecho comunitario. En efecto, Max Sorensen afirma que en el evento de «conflicto entre derecho internacional y el derecho interno que surja ante la jurisdicción de un tribunal internacional se resuelve por consiguiente sobre la supremacía del derecho internacional. Cuando surge en el ámbito del derecho interno y no se resuelve de la misma manera, la posición que se adopta es la de que hay una violación del derecho internacional y trae consigo las mismas consecuencias que cualquier otro acto ilegal. Por lo tanto, en cualquiera de los dos casos, se afirma la primacía del derecho internacional».⁹ En similar sentido, desde distintas ópticas, se han pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁰ y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones.¹¹

⁹ Max Sorensen, Manual de Derecho Internacional Público, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, p. 196.

¹⁰cfr. Caso «La última tentación de Cristo», sentencia de 3 de febrero de 2001, Serie C No. 73, párr. 72 y 87.

¹¹ cfr. Acción de incumplimiento contra la República de Colombia, proceso No 03-11-97, sentencia de 7 de diciembre de 1998.

73. Aún desde el punto de vista exclusivo del derecho interno del Ecuador, el TBI y El Convenio son tratados internacionales válidamente suscritos por la República del Ecuador, por lo que sus normas forman parte del ordenamiento jurídico nacional vigente como lo prescribe el artículo 163 de la Constitución Política de tal Estado. Consiguientemente, inclusive el ordenamiento jurídico interno del Ecuador reconoce y faculta que las diferencias jurídicas en materia de inversión, en los términos señalados en estos dos Tratados Internacionales, sean sometidas al arbitraje del CIADI.

2.6. Sexta objeción: De la caducidad del derecho para demandar-

74. El Estado ecuatoriano afirma que la acción del actor está prescrita según el derecho ecuatoriano y que, a través del procedimiento arbitral, se estaría intentando revivir un derecho caducado.

75. Esta alegación no puede ser considerada por el Tribunal en este momento procesal, ya que se está, resolviendo exclusivamente, como excepción previa, su propia competencia. Por lo que resulta improcedente el analizar la afirmación del Estado ecuatoriano que se refiere a un tema de fondo.

76. Además, cabe recordar a las partes que el Tribunal se ha declarado competente para conocer únicamente las posibles violaciones al TBI, que constituyen obligaciones internacionales resguardadas por el derecho internacional.

2.7. Séptima objeción: El recurso de agotamiento de las vías administrativas o judiciales como condición a su consentimiento al arbitraje-

77. Sostiene el Estado ecuatoriano, en su Memorial, que condiciona su consentimiento al arbitraje del CIADI a que previamente exista un pronunciamiento en firme del órgano judicial interno competente para resolver el caso, de acuerdo a la legislación ecuatoriana, principalmente en la relación a la nulidad del contrato.

78. Fundamenta esta excepción en la disposición del artículo 26 del Convenio que señala:

«Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento

previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio».

79. Como ya se pronunció este Tribunal, al momento en que el Estado ecuatoriano ratificó el TBI ya dio su consentimiento para someter las disputas que surjan en materia de inversiones entre el Estado ecuatoriano y un nacional de los Estados Unidos de América al arbitraje del CIADI; por lo que no es necesario ni pertinente que el Estado ecuatoriano vuelva a consentir para iniciar este procedimiento arbitral.
80. La disposición del artículo 26 del Convenio le facultaba al Estado ecuatoriano a establecer ciertas condiciones para la aplicabilidad de un Tratado Internacional; es decir, el Estado ecuatoriano debía haber incluido, como requisito previo, la condición de agotamiento de las vías administrativas o judiciales, al tiempo de ratificar el TBI. No se lo hizo. Al contrario, tanto la primera parte del artículo 26 del Convenio cuanto el numeral 2 del artículo 11 del TBI excluyeron la posibilidad de recurrir a los jueces nacionales si es que se ha recurrido al arbitraje del CIADI.
81. No solo que el Estado ecuatoriano no impuso esa condición al tiempo de suscribir el TBI, sino que, de manera expresa, facultó al nacional del otro país a escoger entre iniciar las acciones administrativas o judiciales en Ecuador para solucionar la divergencia en materia de inversiones o acudir directamente al arbitraje del CIADI.
82. En efecto el numeral 2 del artículo VI del TBI señala:

*«Cuando surja una diferencia en materia de inversión, las partes en la diferencia procurarán primero resolverla mediante consultas y negociaciones. Si la diferencia no se soluciona amigablemente, la sociedad o el nacional interesado, para resolverla, **podrá optar por someterla a una de las siguientes vías**, (el resaltado es del Tribunal) para su resolución:*

- a) A los tribunales judiciales o administrativos de la Parte que sea parte en la diferencia, o*
- b) A cualquier procedimiento de solución de diferencias aplicable y previamente convenido, o*
- c) Conforme lo dispuesto en el párrafo 3 de este artículo».*

83. Por su parte el referido párrafo 3 dispone:

«a) Siempre y cuando la sociedad o el nacional interesado no haya sometido la diferencia para su solución, según lo previsto en a) o en inciso b) del párrafo 2, y hayan transcurrido seis meses desde la fecha en que surgió la diferencia, la sociedad o nacional interesado podrá optar por consentir por escrito a someter la diferencia, para su resolución al arbitraje obligatorio;»

84. La redacción del artículo VI del TBI deja en claro que el Estado ecuatoriano no condicionó la posibilidad de acudir al arbitraje obligatorio al agotamiento de las vías administrativas o judiciales en la República del Ecuador. Muy por el contrario, el TBI establece que para acudir al arbitraje la sociedad o el nacional interesado no debe haber sometido la diferencia a los tribunales judiciales o administrativos del Ecuador.
85. El Tribunal reitera, una vez más, que el consentimiento de la República del Ecuador para someterse al arbitraje fue ya otorgado, mediante la suscripción del TBI y que de conformidad con la disposición del artículo 25 del Convenio cuando ambas partes han otorgado su consentimiento, este no puede ser revocado unilateralmente, ni condicionado al agotamiento de vías administrativas o judiciales.

III. DECISIÓN:

86. Por todos estos antecedentes, el Tribunal, desechando la excepción de falta de jurisdicción y competencia propuesta por la República del Ecuador, se declara competente para conocer las infracciones del TBI, reclamadas por la parte actora, conforme lo dispone el Artículo VI, párrafo 1 inciso c) del TBI, teniendo el actor la carga procesal de probar las violaciones a dicho Tratado.
87. Resuelta de esta manera la impugnación a la jurisdicción del Centro y a la competencia de este Tribunal Arbitral, de conformidad con la Regla de Arbitraje 41 (4) el proceso debe continuar, y así se lo declara.
88. Por consiguiente, de conformidad con el numeral 15.3 del acta resumida de la primera sesión del Tribunal de 5 de junio de 2003, se dispone que en el plazo de treinta días desde la notificación de esta decisión, la parte actora presente su Memorial.

Quito, 22 de diciembre de 2003

Rodrigo Jijón Letort
Presidente

Alejandro Ponce Martínez
Árbitro

**CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE
DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES
Washington, D.C.**

**IBM World Trade Corporation, Actor,
Vs.
República del Ecuador
(Caso CIADI No. ARB/02/10)**

VOTO SALVADO DEL AB. LEON ROLDOS AGUILERA

VISTOS: Quito, a los veinte y dos día del mes de diciembre de dos mil tres. La demanda presentada por IBM World Trade Corporation, lo actuado para la constitución del Tribunal de Arbitraje, la objeción expresa por la República del Ecuador, respecto a la jurisdicción del Centro y a la competencia de Tribunal Arbitral, el memorial de la República del Ecuador y el memorial de constitución de la demandante, para decidir, se considera:

- 1.- El Ecuador y Estados Unidos de América tienen vigente el tratado sobre promoción y protección recíproca de inversiones, que aparece publicado en el Registro Oficial No. 49 del 22 de abril de 1997, cuyo Art. IV establece que «... Si la diferencia en materia de inversión no se soluciona amigablemente, la sociedad o el nacional interesado, para resolverla, podrá optar por someterla a una de las siguientes vías, para su resolución: a) A los tribunales judiciales o administrativos de la Parte que sea parte en la diferencia, o - b) A cualquier procedimiento de solución de diferencias aplicable y previamente convenido, o.- c) Conforme a lo dispuesto en el párrafo 3 de este artículo.- 3.a) Siempre y cuando la sociedad o el nacional interesado no haya sometido la diferencia, para su solución, según lo previsto por el inciso a) o el inciso b) del párrafo 2, ...».
- 2.- En el texto de la llamada escritura pública del contrato de concesión y prestación de servicio de administración y mantenimiento del Sistema Informático de la Aduana y del control y supervisión del procedimiento automatizado del despacho del DUI, celebrado en Quito el 20 de junio de 1996, entre el Estado ecuatoriano, representado por el Ministerio de Finanzas y Crédito Público e IBM del Ecuador S.A., la cláusula vigésima tercera, bajo el subtítulo: «Jurisdicción y Ley aplicable», establece que para cualquier controversia que surja en relación con la interpretación, aplicación, ejecución o causas de incumplimiento, las partes convienen

en someterse a la jurisdicción de los jueces o tribunales competentes de la ciudad de Quito.

- 3.- La cláusula vigésima tercera antes transcrita es una cláusula contractual válida, entre las partes, en que una de éstas, IBM del Ecuador S.A., pacta con el Estado ecuatoriano, la otra parte contractual, los términos de jurisdicción y competencia, lo que es coherente con el inciso a) del párrafo 3 y el inciso a) del párrafo 2 del Art. VI del tratado antes mencionado. Más aún, los contratos para la provisión de soporte y servicio en la protección de automatización de la Aduana del 8 de septiembre de 1983, el modificatorio del 9 de julio de 1993 y el ampliatorio del 1 de agosto de 1994, todos mencionados en las reclamaciones, tienen similares cláusulas de jurisdicción y competencia.
- 4.- Es verdad que el Tratado con Estados Unidos de América, antes mencionado, contempla la posibilidad de someter las diferencias al convenio sobre el arreglo de diferencias relativas a inversión entre estados y nacionales de otros países, generado en Washington el 18 de marzo de 1995, (convenio del CIADI) acápite 3a). i), pero no es aplicable para el caso específico, por lo expuesto en el anterior numeral 1 (referentes a los acápites 2-a), 2-b) y 3-a) del tratado entre el Ecuador y Estados Unidos de América.
- 5.- La argumentación que hace el actor sobre la situación jurídica de la inversión, diferenciándola de los términos contractuales, para concluir que no son aplicables los compromisos de someterse a la jurisdicción del Ecuador y la competencia de jueces y tratados de Quito, bajo la cláusula a que se refieren los anteriores numerales 2 y 3, parte del supuesto que los continentes –los contratos- no son vinculantes de los contenidos –en este caso lo que se presenta como inversión de un nacional de los Estados Unidos de América en el Ecuador. De aceptarse esto, podríamos llegar a la improcedente conclusión de que cualquier cosa podría suscribirse, porque luego no se le reconocerá eficacia y vigencia.
- 6.- El argumento del demandante de que las actas de entendimiento y compromiso y el acta de entrega de recepción final, entre la Corporación Aduanera Ecuatoriana e IBM del Ecuador S.A. generan relaciones jurídicas diferentes de los contratos que fueron sus antecedentes, es improcedente, primero porque sólo en consecuencia de los instrumentos antes suscritos, segundo porque no concurre el Estado ecuatoriano a su suscripción, sino la Corporación Aduanera Ecuatoriana, que no representa al primero.

- 7.- La pretensión de que el literal a) del párrafo segundo Art. VI del tratado debe entenderse que condiciona el concepto de sometimiento al inicio de acciones administrativas o judiciales, es una interpretación limitativa, sin fundamento. Más aún, la propia cláusula vigésima tercera expresamente indica «...las partes acuerdan someterse a la jurisdicción del Ecuador y a la competencia de los Jueces y Tribunales de Quito».

La palabra «someterlo» del Tratado, y la expresión «someterse» de la cláusula contractual vienen de sumisión, y no deberá ser entendido como condicionado a una acción judicial o administrativa previa: En el caso específico, la sumisión ha tenido lugar de acuerdo con los términos contractuales.

Los otros aspectos de las objeciones del Gobierno y el memorial-respuesta del demandante remite a las preguntas legales de la controversia jurídica y económica de la República del Ecuador con IBM del Ecuador S.A., por lo tanto no es apropiado resolver sobre esos temas sino sobre la jurisdicción y la competencia, como cuestión previa.

Por lo expuesto, se acepta la excepción de incompetencia por falta de jurisdicción de CIADI y, por consiguiente, la incompetencia del Tribunal para decidir sobre esta causa.

León Roldós Aguilera
Árbitro

Decisiones Constitucionales y Judiciales

EXP. N° 1567-2006-PA/TC

**LIMA
COMPAÑÍA DE EXPLORACIONES
ALGAMARCA**

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 30 días del mes de abril de 2006, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados García Toma, presidente; Gonzales Ojeda, vicepresidente; Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Gonzales Ojeda y el voto singular del magistrado Bardelli Lartirigoyen

I. ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por la Compañía de Exploraciones Algamarca contra la resolución de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 1202, su fecha 21 de octubre de 2005, que declara improcedente la demanda de amparo de autos.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

Con fecha 20 de enero de 2004, la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. (Exploraciones Algamarca) interpone demanda de amparo (fojas 55) contra la Compañía Minera Algamarca S.A. (Minera Algamarca), la Compañía Sulliden Shahuindo S.A.C. (Sulliden) y el señor Miguel Orbegoso Tudela; asimismo, emplaza, en calidad de terceros legitimados, al Instituto Nacional de Derecho

de Minería, Petróleo y Energía (Instituto) y a los miembros del tribunal arbitral Sulliden-Algamarca, señores Jorge Santistevan de Noriega, Fernando Cantuarias Salaverry y Víctor Ávila Cabrera. La demanda se sustenta en la presunta vulneración del derecho al debido proceso legal, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada por la ley y a un tribunal competente, independiente e imparcial.

Fundamentos de hecho:

– La recurrente señala que el día 6 de noviembre de 2002, el señor Miguel Orbegoso Tudela suscribió un contrato de transferencia de propiedades mineras con la compañía Sulliden en nombre y representación de Minera Algamarca y Exploraciones Algamarca. No obstante, afirma que dicho contrato no la vincula, toda vez que su representante lo suscribió violando las facultades de representación que le habían sido conferidas por la junta general de accionistas.

– Al respecto, afirma que Sulliden suscribió el contrato a sabiendas que el señor Orbegoso carecía de facultades para tal efecto; e incluso insertó un convenio arbitral a fin de evitar que Exploraciones Algamarca pudiera acceder a la jurisdicción ordinaria.

– Con fecha 20 de julio de 2003, Sulliden dirigió una comunicación a Exploraciones Algamarca y Minera Algamarca, a fin de postular el inicio de un proceso arbitral por incumplimiento de contrato. La recurrente decidió no responder a este llamado con el objeto de evitar que su conducta fuera entendida como un sometimiento tácito al arbitraje.

– Posteriormente, Sulliden convocó en reiteradas ocasiones a Minera Algamarca y a Exploraciones Algamarca para la designación de árbitro único; sin embargo, estas últimas no concurren a ninguna citación. Por este motivo, Sulliden optó por la conformación de un tribunal arbitral, y, para tal efecto, designó como árbitro al señor Víctor Ávila Cabrera, dándose inicio al cómputo del plazo de treinta días naturales para la designación de un árbitro por Minera Algamarca y Exploraciones Algamarca. Sulliden advirtió en dicha comunicación que si vencido el plazo no se llevaba a cabo la designación, ésta la efectuaría el Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía, con arreglo al contrato de transferencia de propiedades mineras.

– Con fecha 27 de octubre de 2003, el Instituto recibió un oficio emitido por el Juzgado Mixto de La Esperanza, mediante el cual se le comunicó la existencia de una medida cautelar que disponía la suspensión de los efectos del contrato de transferencia de propiedades mineras. Según se refirió en dicha comunicación, la medida cautelar se hallaba debidamente inscrita en Registros Públicos.

– Ante estas circunstancias, la recurrente se dirigió al Instituto y le solicitó que se abstenga de designar árbitro en atención a la medida cautelar dictada por el juez del Juzgado Mixto de La Esperanza. No obstante, el 24 de diciembre de 2003 el Instituto designó como árbitro al señor Fernando Cantuarias Salaverry quien acordó, con el árbitro Víctor Ávila Cabrera, designar como tercer árbitro al señor Jorge Santistevan de Noriega, que aceptó presidir dicho tribunal.

– La recurrente cuestiona la imparcialidad del Instituto, pues considera que la decisión de designar un árbitro respondió a la presencia del señor Enrique Lastres Berninzon, quien además de ser miembro y directivo de dicha entidad desde su fundación, es también vicepresidente del directorio de Sulliden, con lo cual se manifiesta un evidente conflicto de intereses que vicia la designación del árbitro Fernando Cantuarias Salaverry.

– Finalmente, pese a la negativa reiterada de la recurrente de someterse a un tribunal arbitral, el día 13 de enero de 2004 se convocó a Exploraciones Algamarca a la sesión de instalación de dicho tribunal, que debía llevarse a cabo el día 21 de enero de 2004.

Fundamentos de derecho:

– Exploraciones Algamarca sostiene que se ha vulnerado su derecho fundamental al debido proceso legal, consagrado en el artículo 139º, inciso 3 de la Constitución. Del mismo modo, sustenta su petitorio en lo dispuesto por el artículo 10º de la Convención Universal de Derechos Humanos, según el cual «(...) toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal». La demandante invoca también el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

2. Contestación de la demanda por el Instituto Nacional de Derecho de Minería Petróleo y Energía

Con fecha 6 de febrero de 2004, el Instituto Nacional de Derecho de Minería Petróleo y Energía se apersona al proceso y contesta la demanda de amparo, contradiciéndola en todos sus extremos y solicitando que, en su oportunidad, sea declarada infundada.

Fundamentos de la contestación:

– La codemandada señala que su actuación se ajustó a lo dispuesto por la Ley General de Arbitraje, N.º 26572; y a lo acordado por las partes del contrato

de transferencia de propiedades mineras. Se remite, también, a los fundamentos que constan en dos informes legales, que adjunta en calidad de medios probatorios y que contienen opinión favorable a su designación de árbitro, en defecto de Exploraciones Algamarca y Minera Algamarca.

– Dichos informes ponen especial énfasis en que la Ley General de Arbitraje le reconoce autonomía al convenio arbitral frente al contrato o acto jurídico que lo contiene (artículo 14º) y, en ese sentido, si se ordena la suspensión de los efectos del contrato, dicha medida no alcanzará al convenio arbitral, que goza de independencia.

– A ello se suma que la comunicación emitida por el Juzgado Mixto de la Esperanza no contiene un mandato judicial que ordene al Instituto suspender el trámite de nombramiento de árbitro, por lo que la demandante pretende otorgarle un significado distinto a dicha comunicación.

– Finalmente, afirma que en ninguna de las reuniones de Consejo Directivo en que se trató el tema del contrato de concesión de propiedades mineras y la designación de árbitro en defecto de Exploraciones Algamarca y Minera Algamarca intervino el señor Lastres Berninzon, tal como consta en las actas de las reuniones del Consejo Directivo. Por tanto, rechaza enfáticamente que se ponga en duda su imparcialidad.

3. Contestación de la demanda por la Minera Sulliden Shahuindo

Con fecha 6 de febrero de 2004, la Minera Sulliden Shahuindo se apersona al proceso, propone las excepciones de incompetencia y caducidad, y contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente o infundada, en su oportunidad.

Fundamentos de la contestación:

– La codemandada sostiene que Alta Tecnología e Inversión Minera y Metalúrgica S.A. (ATIMMSA) es una empresa que controla tanto a Exploraciones Algamarca como a Minera Algamarca, en calidad de accionista mayoritaria. Pese a ello, demandó a estas últimas y a Sulliden con el objeto de que se declare la ineficacia del contrato de transferencia de propiedades mineras sin que sea necesario transitar la vía del proceso arbitral. Asimismo, solicitó que se dicte una medida cautelar que suspenda temporalmente los efectos del contrato (medida que efectivamente se dictó) a fin de que se suspendan los efectos del convenio arbitral.

– Al respecto, Sulliden afirma que Exploraciones Algamarca pretende que el Poder Judicial asuma competencias que no le han sido conferidas, pues el juez ordinario no es competente para emitir pronunciamiento sobre la validez o eficacia del convenio arbitral. Asimismo, sostiene que el proceso de amparo no es la vía idónea para dilucidar este tipo de controversias, de carácter civil y societario.

– Sobre la ausencia de facultades del representante de Exploraciones Algamarca para la suscripción del convenio arbitral, Sulliden afirma que esta aseveración es falsa, puesto que dicho convenio fue incluido en la propuesta de contrato que la Junta de Accionistas de Exploraciones Algamarca autorizó celebrar; y que, en todo caso, el señor Miguel Orbegoso Tudela –Director y Gerente General de Exploraciones Algamarca–, actuó ejerciendo la representación orgánica de la Junta de Accionistas, de modo que son de aplicación los artículos 12º, 14º in fine y 188º, inciso 2, de la Ley General de Sociedades (y no el artículo 167º del Código Civil).

– Finalmente sustenta la pertinencia de que el Instituto designara árbitro en defecto de Exploraciones Algamarca y Minera Algamarca, pues su comportamiento se ha ajustado tanto a lo establecido por la Ley General de Arbitraje, como a lo pactado entre las partes que suscribieron el convenio arbitral. A ello se añade que el Juzgado Mixto de La Esperanza, que dictó la medida cautelar, no era competente para conocer dicha controversia; e incluso si los efectos del contrato hubieran sido legítimamente suspendidos, ello no afecta el convenio arbitral, en virtud de la separabilidad que le confiere la Ley General de Arbitraje en su artículo 14º.

4. Resolución de primera instancia

Con fecha 25 de mayo de 2004, el Juzgado Mixto del Módulo Básico de Justicia de Villa María del Triunfo de la Corte Superior de Justicia de Lima (fojas 522) declara infundadas las excepciones de incompetencia y caducidad e infundada la demanda de amparo, por considerar que se trata de un tema de carácter contractual, que debe ser resuelto en la vía del proceso ordinario correspondiente, donde, efectivamente, se cuente con una etapa probatoria que permita resolver la cuestión controvertida. Agrega que no se ha acreditado la vulneración de ningún derecho constitucional, y que, en el marco del proceso arbitral, la demandante tendrá la posibilidad de ejercer su derecho de defensa.

5. Resolución de segunda instancia

Con fecha 11 de noviembre de 2005, la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima (fojas 1202), confirma la apelada en el extremo que declara

infundadas las excepciones de incompetencia y caducidad; pero la revoca en lo demás que ella contiene y, reformándola, declara improcedente la demanda, por considerar que la vía del amparo no constituye la vía idónea para dilucidar este tipo de controversias, ya que se discuten asuntos de mera legalidad.

III. FUNDAMENTOS

1. Previamente al análisis de la controversia, este Colegiado se pronunciará respecto de la solicitud de nulidad del concesorio del recurso de agravio constitucional, formulada por Sulliden en su escrito de fecha 23 de febrero de 2006.

§ 1. Solicitud de nulidad del concesorio del recurso de agravio constitucional

De acuerdo a lo expresado por Sulliden, fueron presentados dos recursos de agravio constitucional a favor de Exploraciones Algamarca ante la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima. Al respecto, la solicitante alega que la Sala debió pronunciarse sobre el primer recurso (primero en el tiempo), y no únicamente sobre el segundo, hecho que acarrea la nulidad del concesorio por incurrir en las causales previstas en los artículo 122º, inciso 3 y 171º del Código Procesal Civil.

Este Colegiado advierte que el presupuesto que sustenta el pedido de nulidad del concesorio del recurso de agravio constitucional es erróneo. En efecto, Sulliden alega que la Sala se pronunció únicamente respecto del recurso de agravio constitucional que fue interpuesto en segundo lugar, pero ello no se ajusta a la realidad, pues la Sala se pronunció respecto del recurso que fue presentado en primer lugar con fecha 30 de noviembre de 2005 (fojas 1221); y no respecto del segundo, recibido el día 7 de diciembre de 2005 (fojas 1245), ya que, a la fecha de la interposición de este último, Exploraciones Algamarca había revocado la designación del abogado que lo suscribió.

En consecuencia, el pedido de nulidad del concesorio del recurso de agravio constitucional debe ser desestimado.

§ 2. Demanda de amparo por presunta vulneración al derecho al debido proceso y la tutela procesal efectiva

2. La demandante, Compañía de Exploraciones Algamarca S.A., alega la vulneración de sus derechos al debido proceso legal, a no ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley y a ser juzgada por un tribunal competente, independiente e imparcial. Fundamenta su petitorio sobre la base de los artículos 139º, inciso 3 de la Constitución, 10º de la Convención Universal

de Derechos Humanos y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Formulado el petitorio en tales términos, este Colegiado, a fin de delimitar con precisión el asunto sometido a conocimiento, estima necesario abordar, en primer lugar, el tema de la persona jurídica como titular de derechos humanos y, en particular, del derecho fundamental al debido proceso y a la tutela procesal efectiva.

La persona jurídica como titular de derechos fundamentales

3. Históricamente, la noción de derechos humanos se elaboró a partir de los atributos de dignidad y libertad del hombre, con el propósito de brindarle tutela frente al Estado o poder público. Asentados en esta concepción, los derechos fundamentales operan en una dimensión vertical (Estado-ciudadano) y se vinculan tan estrechamente a la naturaleza humana, que excluyeron[1] de su titularidad a las personas jurídicas. Al respecto, es ilustrativa la afirmación de García Pelayo, cuando afirma que se trata de «(...) una concepción para la cual el individuo y no los grupos constituyen la verdadera esencia; los valores individuales son superiores a los colectivos, y el individuo, en fin, decide su destino y hace la Historia»[2].

4. Sin embargo, esta concepción no ha permanecido inalterable. Por un lado, ordenamientos jurídicos como el peruano han admitido que los derechos fundamentales vinculan no sólo al Estado en su relación con los particulares, sino también a los particulares entre sí en situaciones de desequilibrio real y no sólo jurídico; gozan, entonces, también de una eficacia horizontal. De otro lado, con relación a la titularidad de derechos fundamentales, países como Alemania incluyeron normativamente la posibilidad de que los derechos fundamentales rijan también para las personas jurídicas nacionales en la medida que, según su esencia, les sean aplicables (artículo 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn).

5. A diferencia de Alemania, el tema de la persona jurídica como titular de derechos fundamentales no ha sido expresamente desarrollado por nuestro ordenamiento jurídico constitucional en el ámbito normativo; motivo por el cual adquiere una especial relevancia la labor del juez constitucional en la determinación y razonable justificación de aquellos derechos fundamentales que, en ciertas circunstancias, sean extensivos a las personas jurídicas. La experiencia comparada advierte, asimismo, que en países como España, donde tampoco se cuenta con una previsión normativa sobre la materia, el Tribunal Constitucional ha introducido, a través de su jurisprudencia, el contenido del precitado artículo 19,3 de la Ley Fundamental de Bonn[3].

6. El Tribunal Constitucional peruano, a su vez, se ha pronunciado sobre el tema en anteriores oportunidades, y ha admitido la posibilidad de reconocer a favor de una persona jurídica derechos fundamentales como el de la buena reputación [4], aunque negando esta posibilidad para el goce de otros, como el de la libertad de tránsito, «(...) pues se trata de un derecho conexo a la libertad individual, y por ende, íntimamente vinculado a la facultad locomotora, misma que es exclusiva de las personas naturales» [5].

7. Con ánimo complementario, es preciso señalar que, a diferencia de las personas naturales, las personas jurídicas no pueden ser consideradas un fin en sí mismas, sino como un medio que hace posible alcanzar determinados fines que son de difícil o imposible realización de manera individual. En esta medida, las personas jurídicas no gozan de todos los derechos fundamentales que son reconocidos a favor de las personas naturales, e incluso, respecto de aquellos derechos que les son reconocidos, el grado de protección por parte del ordenamiento jurídico podrá no ser idéntico, atendiendo a la naturaleza del derecho fundamental y a las particularidades del caso concreto.

El debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva

8. El artículo 139º de la Constitución consagra en su inciso 3 la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Es decir, garantiza al justiciable que, ante su pedido de tutela, el órgano jurisdiccional observe el debido proceso e imparta justicia dentro de los estándares mínimos establecidos por los instrumentos internacionales.

Estos principios de la función jurisdiccional son recogidos, enunciativamente, por el artículo 4º del Código Procesal Constitucional, que establece lo siguiente:

[s]e entiende por tutela procesal efectiva 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.

9. Siendo no excepcional que las personas jurídicas sean parte de distintos tipos de procesos o procedimientos en sede judicial o administrativa, es razonable afirmar que en este ámbito les debe ser reconocido el derecho al debido proceso

y la tutela procesal efectiva. En tal mérito, resulta plenamente factible que una persona jurídica entable un proceso constitucional en tutela de sus derechos fundamentales, puesto que su reconocimiento exige que se cuente con mecanismos de defensa adecuados para su protección.

10. En el caso de autos, la demandante promueve este proceso constitucional de amparo alegando la vulneración de su derecho a no ser desviada de la jurisdicción predeterminada por ley y a ser juzgada por un tribunal competente, independiente e imparcial. El acto lesivo, sostiene, se inició con la celebración de un contrato de transferencia de propiedades mineras suscrito entre las compañías Exploraciones Algamarca, Minera Algamarca y Sulliden (las dos primeras en calidad de vendedoras y la tercera en calidad de compradora), puesto que su representante excedió las facultades que le habían sido conferidas y consintió la posibilidad de un convenio arbitral en dicho contrato.

11. En virtud del referido convenio arbitral (para el cual la demandante afirma no haber prestado consentimiento) se inició un proceso arbitral, hecho que, a tenor de Exploraciones Algamarca, la aparta de la jurisdicción predeterminada por ley; acotando que este derecho tiene como fin evitar que un individuo sea juzgado por «órganos jurisdiccionales de excepción» o por «comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación».

12. Según se ve, los derechos alegados por la demandante se desenvuelven en un escenario de singulares características, si se toma en cuenta que la presunta vulneración tiene lugar en el marco de un proceso arbitral. Este Colegiado ha reconocido en anterior jurisprudencia la naturaleza excepcional de la jurisdicción arbitral:

(...) el artículo 139º, inciso 1 de nuestro ordenamiento constitucional consagra la naturaleza excepcional de la jurisdicción arbitral, lo que determina que, en el actual contexto, el justiciable tenga la facultad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del Estado para demandar justicia, pero también ante una jurisdicción privada.[6]

El arbitraje constituye, por tanto, una alternativa al Poder Judicial para la solución de conflictos que versen sobre materia de carácter disponible por las partes. No es, pues, anómalo, que los justiciables opten por recurrir a esta vía cuando, por ejemplo, se discutan materias de considerable cuantía económica. Se trata, presumiblemente, de controversias que oponen en mayor medida a empresas, bajo la consideración de que el importante interés económico en discusión y las dilaciones en las que puede incurrir la jurisdicción ordinaria, franquean oportunamente el proceso arbitral[7].

13. Pese a que el arbitraje puede ser entendido como una jurisdicción de carácter privado que versa sobre materias de carácter disponible, no se debe perder de vista que su reconocimiento constitucional implica que su ámbito trasciende lo meramente establecido en el convenio arbitral y en la Ley General de Arbitraje. En efecto, en el marco de un proceso arbitral deben ser respetados los derechos fundamentales y las garantías procesales y sustanciales que componen el derecho al debido proceso. Del mismo modo, deben ser observados los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional; así como los precedentes vinculantes y las sentencias normativas que emita este Colegiado, dada su condición de supremo intérprete de la Constitución.

Ello se desprende de la dimensión objetiva[8] del proceso arbitral, definida por el artículo 51º de la Constitución, que supone la prevalencia de la Constitución sobre toda norma inferior jerarquía.

14. Así planteado el tema, es factible que la demandante recurra a un proceso constitucional de amparo alegando la vulneración de su derecho fundamental al debido proceso, y convoque la intervención de la jurisdicción constitucional a efectos de que se brinde efectiva tutela. No obstante, es necesario enfatizar que, en consideración la naturaleza jurisdiccional de arbitraje y el carácter disponible de la materia sometida a esa jurisdicción, la intervención de la jurisdicción ordinaria no podrá ser ejercida sino hasta el momento en que se cuente con un laudo arbitral firme –para emplear los términos del artículo 4º del Código Procesal Constitucional, referido a la procedencia del amparo frente a resoluciones emanadas de un proceso judicial– o, como ha sido señalado en anterior jurisprudencia, hasta que se hayan agotado las vías previas, de conformidad con el artículo 5.4 del precitado código.

Sobre esta materia se profundizará en los siguientes fundamentos.

§ 3. La procedencia del amparo frente a laudos arbitrales: necesidad de agotar las vías previas

15. Tratándose de materias de carácter disponible[9], los árbitros se encuentran facultados para conocer y resolver las controversias cuya resolución les ha sido encomendada, y para rechazar ilegítimas interferencias que pudieran darse. Sin perjuicio de ello, existe la posibilidad de que se emitan laudos arbitrales en procesos que resulte lesivos del derecho a la tutela procesal efectiva de alguna de las partes, en cuyo caso, quien se considere afectado en su derecho podrá interponer un proceso constitucional, siempre que, de manera previa a la interposición de dicho proceso, el presunto agraviado haya agotado los recursos

que la Ley General de Arbitraje –Ley 26572 – prevé para impugnar el laudo arbitral que dice afectarlo[10].

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

17. Así, en el caso del proceso de arbitraje, la Ley 26572 dispone que los laudos arbitrales son definitivos y contra ellos sólo proceden los recursos de apelación y anulación.

El recurso de apelación, de conformidad con el artículo 60º de la Ley General de Arbitraje, procede ante el Poder Judicial o ante una segunda instancia arbitral cuando se hubiere pactado su admisibilidad en el convenio arbitral o está previsto en el reglamento arbitral de la institución a la que las partes sometieron su controversia.

Si el recurso de apelación fue interpuesto ante el Poder Judicial, ya no cabe la interposición del recurso de anulación, puesto que no son compatibles[11]; en consecuencia, el presunto agraviado estará habilitado para recurrir al juez constitucional. De otro lado, si el recurso de apelación fue interpuesto ante una segunda instancia arbitral, deberá interponerse el recurso de anulación de laudo arbitral, previsto en el artículo 61º de la Ley General de Arbitraje, ante el Poder Judicial.

18. El segundo recurso previsto en el artículo 60º de la Ley General de Arbitraje es el de anulación. Su objeto es la revisión de la validez del laudo dictado en instancia única o del laudo arbitral de segunda instancia, y se interpone ante el Poder Judicial, por las causales establecidas en el artículo 73º de la Ley 26572. Agotado este proceso judicial, quien se sienta afectado en su derecho podrá recurrir al proceso de amparo.

19. La razonabilidad del agotamiento de la vía previa, como requisito de procedencia del proceso de amparo, se sustenta en la independencia jurisdiccional con que cuenta el arbitraje y en la efectiva posibilidad de que, ante la existencia de un acto infractor, este sea cuestionado y corregido de conformidad con los principios y garantías jurisdiccionales consagrados en el artículo 139º de la Constitución; desarrollados para tal efecto por la Ley General de Arbitraje.

Evaluación de la demanda incoada y aplicación del principio de la competencia de la competencia («kompetenz-kompetenz»)

20. A la luz de los hechos alegados y del petitorio de la demanda, la cuestión controvertida consiste en determinar si la empresa demandante está sometida a la jurisdicción arbitral en virtud del convenio suscrito por el señor Orbegoso Tudela con la Minera Sulliden; vale decir, si el tribunal arbitral Sulliden-Algamarca es competente para conocer la controversia suscitada entre las partes del contrato; o si, por el contrario, constituye una vulneración del derecho al debido proceso de la recurrente.

Sobre este punto los argumentos de las partes serán repasados brevemente.

21. La demandante sostiene que su entonces representante, el señor Orbegoso Tudela, excedió sus facultades de representación al suscribir un convenio arbitral con Sulliden, puesto que no había sido autorizado por la junta general de accionistas de Exploraciones Algamarca para realizar dicho acto; en consecuencia, solicita dejar sin efectos el referido convenio, así como la instalación del tribunal arbitral Sulliden-Algamarca; con lo cual, las controversias relacionadas con el contrato de transferencia de propiedades mineras podrán ser discutidas en el marco de un proceso judicial ordinario.

22. En oposición a estos alegatos, Sulliden señala que el representante de Exploraciones Algamarca era también el Gerente General de dicha empresa, motivo por el cual no es de aplicación el artículo 167º del Código Civil[12], sino el artículo 188º de la Ley General de Sociedades[13], que establece que entre las atribuciones del gerente general de una sociedad anónima está la de representar a la sociedad con las facultades especiales previstas en el Código Procesal Civil. Y es a partir de una interpretación concordada de la Ley General de Sociedades y el artículo 75º del Código Procesal Civil[14], que se argumenta que es posible que un gerente general suscriba válidamente un convenio arbitral en representación de la sociedad, puesto que sus facultades de representación son amplias y no se limitan a las procesales judiciales.

23. No son estos los únicos argumentos que han sido expuestos por las partes; también se ha hecho expresa referencia a la doctrina de los «actos propios». Al

respecto, se ha señalado que la demandante habría alegado la existencia del convenio arbitral en el marco de otro proceso judicial, con el objeto de que el juez que conocía una solicitud presentada por Sulliden (solicitud de medida cautelar fuera de proceso), declinara su competencia. Por su parte, Exploraciones Algamarca atribuye un significado distinto al escrito presentado ante el juzgado que conoció dicha causa, afirmando que no es pertinente la aplicación de la doctrina de los actos propios en este caso concreto.

24. Aún es posible agregar a los argumentos vertidos por las partes, consideraciones relacionadas con la buena fe contractual y los usos aplicables a la celebración de contratos mineros. Aparentemente, el problema se configuraría como una cuestión de carácter civil o societario, que debiera ser valorada por un juez ordinario a la luz de las leyes y códigos respectivos.

Ello no implica, ciertamente, desconocer la vital importancia que reviste el convenio arbitral, por expresar la voluntad de las partes de someter una controversia al arbitraje, aunque para ello debe suscribirse válidamente, con pleno respeto del ordenamiento jurídico vigente y de los derechos de las partes. Asimismo, debe tenerse en cuenta que, pese a que la tarea del juez constitucional es la de ser intérprete de la constitución, y no de la ley, en determinadas circunstancias ello será posible a efectos de no dejar sin tutela el ejercicio legítimo de un derecho fundamental amenazado o vulnerado.

25. Sin embargo, en el caso de autos, antes que determinar si resulta oportuno discutir los argumentos legales presentados por las partes en sede constitucional, se debe evaluar si el demandante agotó las vías previas antes de recurrir al proceso de amparo, de conformidad con lo expuesto en los fundamentos 15 y 16, supra; y de acuerdo a los criterios jurisprudenciales vinculantes adoptados en la sentencia recaída en el Exp. 6167-2005-PHC (criterios que, en esta materia, ya vienen siendo aplicados por el Poder Judicial[15]).

Para llevar a cabo esta tarea corresponde evaluar si la Ley General de Arbitraje ha previsto un mecanismo para cuestionar la competencia del propio tribunal arbitral y, de ser así, precisar cuál es el órgano encargado de llevar a cabo esta tarea.

26. En cuanto a este punto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en anterior oportunidad en el sentido de reconocer la plena vigencia del principio de la competencia de la competencia, previsto en el artículo 39º de la Ley General de Arbitraje, que faculta a los árbitros a decidir sobre su propia competencia, incluso cuando se cuestione la existencia, la eficacia o la validez del convenio arbitral. En dicha ocasión se señaló:

(...) Este Colegiado resalta la suma importancia práctica que reviste dicho principio, a efectos de evitar que una de las partes, que no desea someterse al pacto de arbitraje, mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrales y/o la competencia de los árbitros sobre determinada controversia, pretenda convocar la participación de jueces ordinarios, mediante la interposición de cualquier acción de naturaleza civil y/o penal, y desplazar la disputa al terreno judicial.[16]

27. No obstante, el principio de la «competencia de la competencia» no puede ser garantizado ilimitadamente por nuestro ordenamiento jurídico. La imposibilidad de que los derechos fundamentales sean garantizados de manera ilimitada es aplicable, *mutatis mutandis*, al principio que nos ocupa:

En tanto derechos, están fundamentados en la Constitución. Por ello, hay que sostener el punto de vista objetivo-sistemático de su pertenencia al orden jurídico (de la Constitución) de donde resulta la imposibilidad de una ilimitabilidad ‘en todas direcciones’, como una intelección irrenunciable de toda teoría de la Constitución (...).[17]

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

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

29. En efecto, en el presente caso no se ha emitido laudo arbitral. Ello se constata de la lectura de la resolución N.º 201, de fecha 15 de diciembre de 2005, emitida por el tribunal arbitral Sulliden-Algarca, en la cual se resuelve la suspensión del proceso arbitral en atención a la medida cautelar concedida por el juez del Tercer Juzgado Civil de Cajamarca, en el marco de un proceso constitucional de amparo. La medida cautelar dispone que el tribunal arbitral se abstenga de

expedir laudo que ponga fin al proceso seguido por Sulliden, hasta que se emita sentencia definitiva en dicho proceso.

En la resolución emitida por el tribunal arbitral se deja expresa constancia de su rechazo a la tramitación de dicho proceso, pero no obstante acata la medida dispuesta por el juez en observancia del artículo 22º del Código Procesal Constitucional, que consagra el principio de prevalencia de lo dispuesto en los procesos constitucionales.

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

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

31. Otro aspecto sobre el cual conviene emitir pronunciamiento es sobre el recurso de reposición interpuesto por Exploraciones Algamarca.

Sobre este punto la demandante sostiene que agotó la vía previa, puesto que contra la denegatoria de un recurso de reposición no cabe la interposición de ningún otro medio impugnatorio, de modo que habría quedado expedita la vía del proceso de amparo.

Sobre el particular, en efecto, la Ley General de Arbitraje no prevé ningún medio impugnatorio que proceda contra la resolución denegatoria de un recurso de reposición (denominado «recurso de reposición» luego de su modificatoria). No obstante, por regla general, la intervención del juez constitucional por presunta infracción a la tutela procesal efectiva tendrá lugar sólo después de haberse agotado los recursos previstos por la Ley General de Arbitraje y de

existir un pronunciamiento definitivo sobre el fondo de la controversia (que versa, necesariamente, sobre materias de carácter disponible por la partes). Esta prevención tiene como fin evitar que se interfiera en el normal desenvolvimiento del proceso, y que se detenga o retarde por contingencias de cualquier tipo.

32. En el caso de autos, la demandante presenta ante el tribunal arbitral una «solicitud de conclusión anticipada de proceso», la misma que, al ser denegada, dio lugar a la interposición de un recurso de reposición, con el cual la demandante aduce haber agotado la vía previa. El petitorio de la referida solicitud es el siguiente:

(...) venimos a solicitar, como efectivamente solicitamos, se declare la **CONCLUSIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO** porque **EL LAUDO SERÁ EXPEDIDO SOBRE MATERIA IMPLÍCITAMENTE NO SOMETIDA A DECISIÓN DE LOS ÁRBITROS**, hecho que constituye la causal de anulación del laudo prevista en el inciso 6 del artículo 73º de la Ley General de Arbitraje. En tal virtud el tribunal arbitral habrá de admitir a trámite nuestra solicitud y, luego del procedimiento correspondiente, declararla fundada, dando por concluido el proceso mandando archivar los actuados» [18] (el subrayado es agregado).

Tal como expresa la demandante, dicha causal de nulidad está prevista en la Ley General de Arbitraje y debe ser resuelta de conformidad con dicho cuerpo legal, antes de que sea posible cuestionarla en la vía del proceso constitucional. Es posible inferir que la solicitud de Exploraciones Algamarca importa, aunque de manera indirecta, un nuevo cuestionamiento a la competencia del tribunal arbitral Sulliden-Algamarca, motivo por el cual la demandante alega, sobre la base de esta solicitud y su reconsideración, haber agotado la vía previa para acudir a este proceso constitucional, en el que la materia controvertida es también la competencia del referido tribunal.

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

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

34. No es inútil reiterar la importancia que tiene el cumplimiento de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. En ese sentido, resulta coherente que instituciones como la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial haya dispuesto que, bajo responsabilidad funcional, los órganos jurisdiccionales de la República deben dar cabal cumplimiento a los precedentes establecidos por este Colegiado.[19] Es de provecho recordar que, de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, «Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional».

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

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar IMPROCEDENTE la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

GARCÍA TOMA
ALVA ORLANDINI
LANDA ARROYO

EXP. 01567-2006-PA/TC
LIMA
COMPAÑÍA DE EXPLORACIONES
ALGAMARCA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO GONZALES OJEDA

Con el debido respeto por la opinión de los Magistrados que suscriben el proyecto de sentencia en mayoría, compartiendo el sentido del fallo de la sentencia, no sucede lo mismo con los fundamentos en los que éste se sustenta. En concreto, las razones que justifican este Fundamento de Voto son los siguientes:

1. Con fecha 20 de enero de 2004, la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. interpone demanda de amparo contra la Compañía Minera Algamarca S.A., la Compañía Minera Sulliden Shahuindo S.A.C., y de don Miguel Orbegoso Tudela –como demandados–; así como del Instituto Nacional de Derecho de Minería Petróleo y Energía, y de don José Santistevan de Noriega, don Felipe Cantuarias Salaverry y de don Víctor Avila Cabrera –en calidad de terceros legitimados–. La pretensión principal es que se declare inaplicable y sin efecto jurídico, el Convenio Arbitral contenido en el Punto 6.2 de la Cláusula Sexta del Contrato de Transferencia de Propiedades Mineras, de fecha 6 de noviembre de 2002, mismo que fue elevado a escritura pública el 11 de noviembre de 2002; del mismo modo, y como pretensiones accesorias, solicita que se declaren inaplicables la decisión del Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía, mediante el cual se designa como árbitro a don Fernando Cantuarias Salaverry; la designación de don Jorge Santistevan de Noriega como Presidente del Tribunal Arbitral; así como la convocatoria a la sección de instalación del Tribunal Arbitral y todos los actos que este pudiera desarrollar al avocarse al conocimiento y resolución de cualquier conflicto de intereses o incertidumbre jurídica originado por el contrato precitado. En ese sentido, solicita además, la reposición de las cosas al estado anterior a la agresión de sus derechos constitucionales para que pueda recurrir ante la jurisdicción ordinaria, para la resolución de los conflictos de intereses o las incertidumbres relacionadas con el contrato antes acotado.

2. A juicio del suscrito, la demanda debió declararse improcedente como se declara en la sentencia en mayoría, no por las razones que allí se invocan, sino porque a fojas 906 de autos se aprecia copia de la demanda de nulidad de cesión de posición contractual interpuesta por la Compañía Minera Algamarca S.A. conjuntamente con la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A., en contra de don Miguel de Orbegoso Tudela y de Minera Sulliden Shahuindo

S.A.C., por la que se solicita que se declare la ineficacia, en relación a los demandantes en ese proceso, del Contrato de Transferencia de Derechos Mineros celebrada por el codemandado don Miguel de Orbegoso Tudela, presuntamente en representación de las empresas demandantes en ese proceso, con la codemandada Minera Sulliden Shahuindo S.A.C., en todas sus estipulaciones. Dicha demanda, que tiene una finalidad semejante a la del proceso de amparo, fue admitida por el Cuarto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima en la vía del proceso de conocimiento, entendiéndose a ésta como una de anulabilidad y, por ende, de ineficacia del contrato de transferencia de derechos mineros e indemnización por daños y perjuicios.

En ese sentido, soy de la opinión que coexistiendo dos procesos que, aunque tramitados en vías procesales diferentes, pretenden los mismos efectos jurídicos, la vía del amparo decae. Dicho decaimiento de la sede constitucional no sólo está vinculado a la preexistencia de un proceso ordinario (art. 5.3 del Código Procesal Constitucional), sino también a la iniciación de uno con posterioridad (art. 5.6 del mismo Código Procesal Constitucional), de donde resulta que acreditada la existencia de un proceso ordinario –independientemente si es anterior o posterior al proceso de amparo–, donde la pretensión sea la misma en sede constitucional, o cuyos efectos sean iguales o similares, es suficiente para que la jurisdicción constitucional sea incompetente para conocer del mismo.

S.
GONZALES OJEDA

EXP. N.º 01567-2006-PA/TC
LIMA
COMPAÑÍA DE EXPLORACIONES
ALGAMARCA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO JUAN BAUTISTA BARDELLI
LARTIRIGOYEN

Que discrepo de los votos de mis honorables colegas, por las razones que a continuación paso a exponer:

1. La sustracción de la materia del ámbito jurisdiccional es una causal de conclusión del proceso, sin declaración sobre el fondo y se encuentra contenida en el artículo 321º inciso 1 del Código Procesal Civil de aplicación supletoria a los procesos constitucionales según lo dispuesto por el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.
2. El ordenamiento procesal constitucional ha previsto en el artículo 1º in fine del Código Procesal Constitucional, dos causales para que se produzca la conclusión del proceso sin declaración sobre el fondo: a) Que cese la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, y b) Que la agresión haya devenido en irreparable. Ello no impide que la declaración sobre el fondo pueda ser pronunciada, pese a que la agresión haya cesado o se haya hecho irreparable, si el juez, atendiendo a la naturaleza del agravio producido, lo encuentra pertinente, en cuyo caso declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22º del Código Procesal Constitucional.
3. El artículo 5º inciso 3 del Código Procesal Constitucional establece como causal de improcedencia de la demanda el hecho que « el agraviado haya recurrido previamente a otro proceso judicial para pedir tutela respecto de su derecho constitucional». Al efecto es preciso tener presente que las causales de improcedencia son aplicables a la presentación de la demanda y no afectan la relación procesal ya establecida, la cual se sujeta al principio de la perpetuatio jurisdictionis.
4. La diferencia entre las causales de improcedencia y las causales de conclusión del proceso sin declaración sobre el fondo radica en que en las primeras resulta imposible que la relación procesal siquiera se constituya, y en las segundas provoca la disolución de la relación procesal instaurada.

En ese sentido, como resulta particularmente importante apreciar si el actor optó, previamente a la interposición de la demanda de amparo, por recurrir a otro proceso judicial para pedir tutela respecto de su derecho constitucional, será improcedente la referida demanda. En cambio si la opción por la vía procesal ordinaria es posterior a la instauración al proceso de amparo, será causal de conclusión de proceso sin declaración sobre el fondo por haberse sustraído la materia del ámbito de la jurisdicción constitucional.

5. Considero que para que pueda operar la sustracción de la materia porque el afectado haya optado por la vía jurisdiccional ordinaria debe satisfacerse positivamente la identificación de las pretensiones a fin de que confrontadas éstas entre si, pueda establecerse si se trata de una misma pretensión o de pretensiones distintas. La confrontación de pretensiones debe realizarse sobre la base de 3 de los elementos de la pretensión: sujeto, objeto y causa, debiendo tenerse presente que : « Importa destacar, asimismo, que cualquier variante que presente alguno de los tres elementos mencionados, comprueba, como regla, que se trata de pretensiones diversas, no obstante que la coincidencia que éstas puedan presentar entre sus restantes elementos determine una vinculación por conexidad, la que es susceptible de producir ciertos efectos jurídicos que examinaremos en su oportunidad (particularmente acumulación de pretensiones y de procesos)». (Palacio, Lino Enrique, Derecho Procesal Civil , Tomo I , Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1994, página 391.).

6. En el caso de autos es evidente que al confrontar la pretensión procesal constitucional de inaplicación del convenio arbitral y de sus actos de aplicación, con la pretensión procesal civil de nulidad de cesión de posición contractual no existe identidad entre sujeto y objeto, aunque si es perceptible la identidad en la causa (el contrato de transferencia de propiedades mineras del 11 de noviembre de 2002); por lo que no existe identidad entre las pretensiones sino simplemente conexidad, supuesto de hecho al que no se atribuye la consecuencia jurídica de disolver la relación procesal existente y la conclusión del proceso sin declaración sobre le fondo.

7. En relación a las competencias con que cuenta la jurisdicción arbitral, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en anterior oportunidad a efectos de reconocer la plena vigencia del principio de competencia de la competencia, previsto en el artículo 39º de la Ley General de Arbitraje, que faculta a los arbitros a decidir sobre su propia competencia incluso cuando sean cuestionadas la existencia, la eficacia o la validez del convenio arbitral (STC EXP. N° 6167-2005-HC/TC).

8. El principio de la competencia de la competencia aplicable al arbitraje se encuentra sometido al límite subjetivo del convenio arbitral, establecido por el

artículo 9 de la Ley General de Arbitraje según el cual « el convenio arbitral vincula a las partes y a sus sucesores » ; de tal suerte, que los arbitros solo pueden pronunciarse validamente sobre la existencia, la eficacia o la validez del convenio arbitral si es que el cuestionamiento involucra exclusivamente a las partes, reales o supuestas, del mismo; porque de lo contrario se registraría un ejercicio ilimitado de la potestad jurisdiccional que vulnera el principio de interdicción de la arbitrariedad, que haría permisible a quien se sienta afectado en su derecho a poder recurrir al proceso de amparo.

9. En el caso de autos es posible apreciar que el cuestionamiento de la eficacia del convenio arbitral se funda en la presunta violación por parte del Sr. Orbegoso Tudela de las facultades de representación que le fueron conferidas por la Junta General de Accionistas de la demandante; por lo que resulta evidente que el pronunciamiento del Tribunal Arbitral sobre su propia competencia se produjo respecto de la actuación de un tercero ajeno al convenio arbitral y al proceso mismo.

10. Por tanto, el Tribunal Arbitral será competente para pronunciarse sobre su propia competencia incluso si lo que se alega, como en el caso de autos, es la inexistencia de un convenio arbitral que vincule validamente a las partes. No obstante el principio de la competencia de la competencia no trasciende el ámbito de la Ley General de Arbitraje ni genera una zona exenta de control constitucional pues, como bien se señala en la última parte del fundamento 13 de la sentencia recaída en el Exp. N° 6167-2005-HC/TC, será posible cuestionar la actuación arbitral por infracción de la tutela procesal efectiva (fundamento 8 supra) y por inobservancia al cumplimiento de la jurisprudencia constitucional o los precedentes de observancia obligatoria en atención a lo dispuesto por los artículos VI in fine y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional respectivamente.

11. De otro lado la Junta General de Accionistas de la demandante, celebrada el 31 de julio de 2002, faculto al Sr. Orbegoso Tudela a aceptar la propuesta de compra planteada por la empresa canadiense Sulliden Exploration Inc, persona jurídica distinta de la demandada Sulliden Shahuindo, y a efectuar la transferencia de cumplirse con las condiciones pactadas. El acuerdo de la Junta General no hace referencia algun, ni implícita ni explícita, a la suscripción de un convenio arbitral en el marco de la transferencia aceptada. Pero no puede obviarse que el Sr. Orbegoso Tudela era al mismo tiempo Presidente del Directorio y Gerente General de la demandada por lo que contaba con las facultades de representación inherentes a su cargo; las cuales, conforme al estatuto social, eran en materia procesal las generales y especiales señaladas por los artículos 74 y 75 del Código Procesal Civil.

12. Se advierte que las facultades generales de representación procesal no autorizan la disposición de derechos sustanciales, en tanto que las facultades especiales únicamente permiten someter a arbitraje las pretensiones controvertidas en un proceso y que el precitado artículo 75º somete el otorgamiento de las facultades de representación procesal al principio de literalidad, prohibiendo presumir la existencia de facultad que no haya sido expresamente conferida.

13. En el caso de autos conviene apreciar que el proceso de amparo carece de estación probatoria, sin embargo es evidente que el Sr. Orbegoso Tudela suscribió el convenio arbitral careciendo manifiestamente de facultades suficientes. Por tanto, se ha afectado el derecho de la demandante a demandar ante el órgano jurisdiccional del Estado; así como que la desestimación de la excepción de incompetencia fundada en una interpretación extensiva de las facultades conferidas al Sr. Orbegoso Tudela vulnera los principios de interdicción de la arbitrariedad y de razonabilidad y proporcionalidad, afectando con ello el derecho de la demandante a una resolución fundada en derecho, que informa la tutela procesal efectiva, conforme a lo enunciado en el artículo 4º del Código Procesal Constitucional y al artículo 139º inciso 3 de la Constitución.

Por las razones antes expuestas soy de opinión que la demanda debe ser declarada fundada, y en consecuencia, inaplicables y sin efecto jurídico alguno el Convenio Arbitral contenido en el Contrato de Tranferencia de propiedades mineras de 6 de noviembre de 2002, la designación de los arbitros, la instalación del Tribunal Arbitral Sulliden Algamarca y los actos procesales que tuvieron lugar en dicha sede.

SS

BARDELLI LARTIRIGOYEN

[1] Así por ejemplo, en Francia, la Ley Le Chapelier (junio de 1791) prohibió las asociaciones de trabajadores y declaró que la destrucción de todas las corporaciones de ciudadanos de un mismo estado o profesión era una de las bases fundamentales de la Constitución francesa.

[2] Citado por: GOMEZ MONTORO Ángel, «La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación». En: Revista Española de Derecho Constitucional, Año 22, N.º 65, 2002, p.75.

[3] CRUZ VILLALÓN Pedro, «Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas», En Revista Española de Derecho Constitucional, Año 12, N.º 35, 2002, p 74-75.

[4] Exp. N.º 0905-2001-AA/TC, fundamento 5.

[5] Exp. N.º 0311-2002-HC/TC, fundamento 2.

[6] Exp. N.º 6167-2005-PHC/TC, fundamento 7.

[7] Sobre la eficacia del arbitraje como medio alternativo ver: DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA Javier, La reforma del sistema de justicia ¿En el camino correcto?, Fundación Konrad Adenauer e Instituto Peruano de Economía Social de Mercado, Lima: 2006, p. 149-152.

[8] Sobre las dimensiones del proceso de arbitraje, este Colegiado ha señalado: «(...) el proceso arbitral tiene una doble dimensión pues, aunque es fundamentalmente subjetivo ya que su fin es proteger los intereses de las partes, también tiene una dimensión objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución, dispuesta por el artículo 51º de la Carta Magna; ambas dimensiones, (subjetiva y objetiva) son interdependientes y es necesario modularlas en la norma legal y/o jurisprudencia. Tensión en la cual el árbitro o tribunal arbitral aparece en primera instancia como un componedor jurisdiccional, sujeto, en consecuencia, a la jurisprudencia constitucional de este Colegiado». (Exp. 6167-2005-PHC/TC, fundamento 11).

[9] Artículo 1o.- Disposición general.-

Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse, excepto: (...) (el subrayado es agregado)

[10] Exp. N.º 6167-2005-PHC/TC, fundamento 14.

[11] Artículo 70 de la Ley General de Arbitraje, Ley 26572

Incompatibilidad.- Los recursos de apelación y de anulación ante el Poder Judicial son incompatibles entre sí y no pueden acumularse ni formularse alternativamente, subsidiaria o sucesivamente. Invocado uno de ellos, es improcedente el otro.

[12] Artículo 167º del Código Civil:

Los representantes legales requieren autorización expresa para realizar los siguientes actos sobre los bienes del representado: (...) 3. Celebrar un compromiso arbitral.

[13] Artículo 188º de la Ley General de Sociedades

Atribuciones del gerente

Las atribuciones del gerente se establecerán en el estatuto, al ser nombrado o por acto posterior.

Salvo disposición distinta del estatuto o acuerdo expreso de la junta general o del directorio, se presume que el gerente general goza de las siguientes atribuciones: (...) 2. Representar a la sociedad, con las facultades generales y especiales previstas en el Código Procesal Civil; (...).

[14] Artículo 75º del Código Procesal Civil

Se requiere el otorgamiento de facultades especiales para realizar todos los actos de disposición de derechos sustantivos y para demandar, reconvenir, contestar demandas y reconveniciones, desistirse del proceso y de la pretensión, allanarse a la pretensión, conciliar, transigir, someter a arbitraje las pretensiones controvertidas en el proceso, sustituir o delegar la representación procesal y para los demás actos que exprese la ley.

El otorgamiento de facultades especiales se rige por el principio de literalidad. No se presume la existencia de facultades especiales no conferidas explícitamente.

[15] Resolución emitida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Lima de fecha 27 de abril de 2006, recaída sobre el Exp. 4422-2005.

[16] Exp. 6167-2005-PHC/TC, fundamento 13.

[17] Müller citado por: ALEXY, Robert, Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 300.

[18] Solicitud que anexa la demandante a su escrito de fecha 24 de marzo de 2006 (fojas 238 del expediente secundario)

[19] Resolución de Jefatura N° 021-2006-J-OCMA/PJ.

RESOLUCIÓN ACLARATORIA

EXP. N.º 1567-2006-PA/TC
LIMA
COMPAÑÍA DE EXPLORACIONES
ALGAMARCA S.A.

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 21 de junio de 2006

VISTO

El escrito de fecha 9 de junio de 2006, presentado por don José Humberto Abanto Verástegui, en representación de la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A., mediante el cual solicita la aclaración de la sentencia de fecha 30 de abril de 2006, recaída en el proceso de amparo seguido por el recurrente contra la Compañía Minera Algamarca S.A. y otros; y,

ATENDIENDO A

1. Que, conforme lo dispone el artículo 121º del Código Procesal Constitucional, contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe recurso alguno, sin perjuicio de lo cual este colegiado, «de oficio o a instancia de parte, puede aclarar algún concepto o subsanar cualquier error material u omisión en que se hubiese incurrido».
2. Que, el recurrente solicita que el Tribunal Constitucional aclare el fundamento N.º 33 de la sentencia de autos, en el que se señala:

«33. En consecuencia, para que se habilite la vía del amparo, la demandante debió cuestionar la competencia del tribunal arbitral

Sulliden-Algamarca de conformidad con lo dispuesto por la Ley General de Arbitraje; vale decir, formulando oposición total o parcial al arbitraje cuando presentó su pretensión inicial, tomando en consideración que el artículo 39º de la Ley General de Arbitraje señala: «(...) Contra la decisión de los árbitros [sobre su competencia] no cabe impugnación alguna, sin perjuicio del recurso de anulación, si la oposición hubiera sido desestimada» (el subrayado es agregado)».

El solicitante afirma en su pedido de aclaración que el citado fundamento genera dudas respecto del momento en el que se agota la vía previa cuando se pretende cuestionar la denegatoria de una oposición al arbitraje. En ese sentido, sostiene que el criterio adoptado por este Colegiado en las sentencias recaídas en los expedientes N.º 6081-2005-HC/TC (fundamento 3) y N.º 8123-2005-HC/TC (fundamentos 1 al 4), permite sustentar que no resulta exigible la interposición del recurso de anulación al que refiere el artículo 39º de la Ley General de Arbitraje cuando se pretenda cuestionar, mediante un proceso constitucional, la decisión de los árbitros sobre su competencia.

3. Que, en relación a lo solicitado debe señalarse que no existe, como afirma el recurrente, una supuesta ambigüedad en este extremo de la sentencia de autos; dado que, de la línea argumentativa desarrollada por el Tribunal Constitucional, se desprende que para cuestionar la competencia de los árbitros, será preciso agotar los recursos previstos por la Ley General de Arbitraje. En consecuencia, la oposición al arbitraje no agotará el trámite de la vía previa puesto que el artículo 39º de la referida Ley prevé otro recurso para el mismo fin: la interposición del recurso de anulación de laudo arbitral.

Por tanto, será este último el recurso que ponga fin a la vía previa y quedará expedita la vía del proceso de amparo por infracción de la tutela procesal efectiva y por inobservancia del cumplimiento de la jurisprudencia constitucional o los precedentes de observancia obligatoria, emitidos por este Colegiado, en atención a lo previsto por los artículos VI, *in fine*, y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

4. Que, la Compañía de Exploraciones Algamarca hace expresa referencia a resoluciones emitidas por este Colegiado, en las cuales se ha admitido la procedencia de una demanda de hábeas corpus contra un auto de apertura de instrucción, pese a que el proceso penal no ha llegado a su fin. Al respecto, cabe señalar que en el caso de autos se configura un supuesto de hecho distinto al referido por el recurrente; puesto que para la procedencia del proceso de hábeas corpus, el Código Procesal Constitucional –atendiendo a las singulares características de los derechos constitucionales que protege–

no ha establecido la exigencia del agotamiento de las vías previas, que sí son exigibles en el proceso constitucional de amparo (artículo 5 inciso 4 del Código Procesal Constitucional).

5. Que, lo señalado en el párrafo precedente no implica, en modo alguno, dejar sin tutela un derecho fundamental presuntamente amenazado o vulnerado puesto que, de advertir el Tribunal Constitucional, que con el agotamiento de las vías previas la agresión pudiera convertirse en irreparable; será de aplicación la excepción al agotamiento de las vías previas prevista en el artículo 46 inciso 2 del Código Procesal Constitucional. Supuesto de excepción que no se configuró en el caso de autos, motivo por el cual no ha sido de aplicación.

6. Que, si bien es cierto que los precedentes vinculantes establecidos por este Colegiado (de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional) tienen carácter normativo y son de obligatorio cumplimiento, también lo es que de acuerdo con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional «los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional». Ello quiere decir que los jueces también deben tener en consideración la doctrina jurisprudencial establecida por este Colegiado que, en tanto órgano supremo de interpretación, integración y control de la constitucionalidad, orienta el cabal cumplimiento del principio de supremacía jurídica de la Constitución, previsto en su artículo 51º.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO, con el voto del magistrado Gonzales Ojeda, que se adjunta

Declarar **IMPROCEDENTE** la solicitud de aclaración.

Publíquese y notifíquese.

SS.

GARCÍA TOMA
ALVA ORLANDINI
LANDA ARROYO

EXP. N.º 1567-2006-PA/TC
COMPAÑÍA DE EXPLORACIONES
ALGAMARCA S.A.

VOTO DEL MAGISTRADO GONZALES OJEDA

No habiendo suscrito los argumentos de la sentencia en mayoría, aunque sí su fallo, considero que en la medida que la aclaración solicitada no se extiende a los fundamentos de voto que en su oportunidad expresé, no tengo nada que aclarar.

S.

GONZALES OJEDA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

CAS. N° 1512-2004 LIMA.

Anulación de Laudo Arbitral

Lima, 19 de setiembre del 2005

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA; vista la causa número 1512 - 2004; en Audiencia Pública de la fecha y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia;

MATERIA DEL RECURSO: Se trata del Recurso de Casación interpuesto por Máximo Elías Herrera Bonilla, Procurador Público Ad- Hoc en representación del Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional - PROVIAS NACIONAL - contra la sentencia de fojas ciento cuarenticuatro, su fecha dos de marzo del dos mil tres, emitida por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que en discordia declara Nulo el Laudo Arbitral de Derecho expedido en mayoría en fecha veinte de agosto del dos mil dos, por los señores árbitros: Martín Mejorada Chauca y Mario Salazar Paz, con el voto singular del señor árbitro Fernando Cuellar Patiño, por haberse laudado sobre materia no sometida expresa ni implícitamente a la decisión de los árbitros; disponiéndose en consecuencia que para el caso la competencia del Poder Judicial queda reestablecida, salvo acuerdo distinto de las partes; en los seguidos por Asociación Hidroservice Ingenharía Limitada - H.O.B. Consultores y Ejecutores Sociedad Anónima contra el Programa de Rehabilitación de Transportes - PRT - del Ministerio de Transportes y Comunicaciones sobre Anulación del Laudo Arbitral;

FUNDAMENTOS DEL RECURSO: Esta Sala Suprema, mediante resolución de fecha doce de julio del dos mil cuatro, ha estimado procedente el recurso de casación por las causales previstas en los incisos primero y tercero del art.

trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil, respecto de los siguientes cargos: a) se invoca la aplicación indebida de la Ley número veintiséis mil ochocientos cincuenta, porque la Sala se equivoca al considerar que el Tribunal debió aplicar al caso arbitrado la Ley número veintitrés mil quinientos cincuenticuatro (Ley de Actividades de Consultoría) y su Reglamento, por cuanto ésta había sido expresamente derogada por la Tercera Disposición Transitoria de la Ley número veintiséis mil ochocientos cincuenta (Ley de Contrataciones y Adquisiciones), por lo que a decir del recurrente hay una aplicación ultractiva de una norma derogada. Precisa que la correcta aplicación de la norma de derecho material lo constituye el art. ciento tres de la Constitución Política del Estado y el art. I del Título Preliminar del Código Civil, por medio del cual una Ley deroga otra ley; b) la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso o la infracción a las normas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales, pues se sostiene que se ha infringido el art. sesentiuono de la Ley General de Arbitraje, manifestándose que en el considerando quinto de la sentencia de la Sala los Vocales hacen una revisión del fondo del Laudo Arbitral, por cuanto cuestionan y declaran nula una actuación arbitral destinada a la resolución del conflicto, y no fuera de él, como lo quiere hacer valer la demandante; asimismo se refiere que se ha declarado nula una actuación arbitral, que es la determinación de cual es la norma aplicable al proceso arbitral, cuando no les corresponde resolver en el recurso de anulación sobre cuestiones de fondo, por tal razón se sostiene que dicha resolución afecta seriamente la Tutela Jurisdiccional efectiva del recurrente; Y,

CONSIDERANDO:

Primero: Que, según se advierte del contenido del escrito obrante a fojas sesentinueve, la Asociación Hidroservice Engenharía Limitada - H.O.B. Consultores y Ejecutores Sociedad Anónima, interpuso recurso de anulación del laudo arbitral emitido en mayoría por los árbitros señores Martín Mejorada Chauca y Mario Salazar Paz, invocando la causal prevista en el inciso sexto del art. setentitrés de la Ley veintiséis mil quinientos setentidós - Ley General de Arbitraje - respecto de haberse laudado sobre materia no sometida expresa ni implícitamente a la decisión de los árbitros negándose a resolver el fondo del asunto, alegando que en el laudo arbitral se ha considerado necesario determinar cuál es la ley aplicable para resolver la controversia, cuando ello no había sido propuesto ni sometido a controvertida, siendo que en el considerando quinto del laudo arbitral se cuestiona el contrato de servicios de consultoría número cero cuarentiuono - noventinueve MTC/quince cero dos-PERT. cero cuatro-PCVS y se atreve a modificar la cláusula catorce punto uno del mismo, sustrayendo a las partes de la aplicación de la Ley número veintitrés mil quinientos cincuenticuatro - Ley de Actividades de Consultoría - y de su Reglamento aprobado por Decreto Supremo número doscientos ocho- ochentisiete-EF, cuya aplicación supletoria habían pactado las partes;

Segundo.- Que, por su parte el Procurador Público representante de la demandada Proyecto Especial de Rehabilitación Infraestructura de Transportes -PERT- cuyos derechos y obligaciones fueron asumidos por el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional -PROVIAS NACIONAL según Decreto Supremo número cero treintitrés - dos mil dos MTC, ha sostenido al absolver el traslado que habiéndose acordado un arbitraje de derecho correspondía resolver la controversia de acuerdo al derecho aplicable conforme al art. tercero de la Ley General de Arbitraje, razón por la que los árbitros en mayoría han considerado que no resulta de aplicación la Ley número veintitrés mil quinientos cincuenticuatro - Ley de Servicios de Consultoría - ni su Reglamento aprobado por Decreto Supremo número doscientos ocho -ochentisiete-EF por cuanto dichas normas fueron expresamente derogadas por la Tercera Disposición Final de la Ley número veintiséis mil ochocientos cincuenta - Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado- vigente al momento de la adjudicación y de la celebración del contrato de servicios de consultoría;

Tercero: Que, en el presente caso sobre recurso de anulación de laudo arbitral, la discusión se circunscribe a establecer si ha operado la causal de anulación prevista en el inciso sexto del art. setentitrés de la Ley General de Arbitraje, para lo cual era necesario determinar si el pronunciamiento de los árbitros respecto al derecho aplicable a la controversia planteada, respecto del reconocimiento de pago de los servicios prestado como Adicional número cinco, constituía una materia no sometida a arbitraje o si en todo caso solamente era una facultad que tenían los árbitros para resolverla controversia tratándose de un arbitraje de derecho;

Cuarto.- Que, siendo materia de discusión en el presente caso establecer si la aplicación del derecho correspondiente constituye o no emisión de laudo sobre materia no sometida a decisión de los árbitros, no corresponde emitir pronunciamiento sobre la aplicación de los alcances de la Ley número veintitrés mil quinientos cincuenticuatro- Ley de Servicios de Consultoría - ni sobre su Reglamento ni tampoco sobre la aplicación o no de los alcances de la Ley número veintiséis mil ochocientos cincuenta - Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado - y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo número cero treintinueve- noventiocho -PCM, toda vez que ello implicaría emitir pronunciamiento sobre la controversia planteada en sede arbitral, lo cual no es materia ni objeto del recurso de anulación del laudo -arbitral, que está destinado exclusivamente a revisar la validez de dicho laudo, sin entrar al fondo de la controversia, según expresamente lo señala el art. sesentiuono de la Ley General de Arbitraje;

Quinto.- Que, siendo así, no resulta amparable la denuncia de aplicación indebida de la Ley número veintiséis mil ochocientos cincuenta, por cuanto

ello conllevaría a emitir pronunciamiento respecto de la controversia planteada en el proceso arbitral, no siendo ello objeto del recurso de anulación de laudo arbitral conforme a lo previsto en el art. sesentiuno de la Ley General de Arbitraje;

Sexto.- Que, en relación a la causal por vicios in procedendo, se aprecia que en el considerando quinto de la sentencia impugnada, la Sala de mérito ha considerado que al contrato de servicios de consultoría celebrado entre las partes, le resulta de aplicación las normas señaladas en la Cláusula décimo cuarta de dicho contrato - esto es la Ley de Servicios de Consultoría y su Reglamento; lo cual constituye un pronunciamiento sobre la controversia planteada en sede arbitral, extremo que no le correspondía analizar al Colegiado Superior sino determinar únicamente si el pronunciamiento de los árbitros era una materia no sometida a arbitraje o si en todo caso era una facultad de los mismos aplicar la norma correspondiente al caso al tratarse de un arbitraje de derecho;

Sétimo.- Que, en consecuencia, en la sentencia impugnada se ha contravenido lo dispuesto en el art. sesentiuno de la Ley General de Arbitraje, en cuanto establece que el recurso de anulación del laudo arbitral tiene por objeto la revisión de su validez, sin entrar al fondo de la controversia; incurriéndose en infracción de la citada norma de carácter adjetiva, así como de lo dispuesto en el inciso tercero del art. ciento veintidós del Código Procesal Civil, modificado por la Ley número veintisiete mil quinientos veinticuatro, que establece que las resoluciones judiciales deben sujetarse a mérito de lo actuado;

Octavo.- Que, en tal virtud, corresponde amparar el recurso de casación únicamente por la causal por vicios in procedendo prevista en el inciso tercero del art. trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil, resultando de aplicación lo previsto en el acápite dos punto uno del inciso segundo del art. trescientos ochentiséis del acotado Código; por tales razones; con lo expuesto en el Dictamen Fiscal;

Declararon: FUNDADO el Recurso de Casación interpuesto por Máximo Elías Herrera Bonilla, Procurador Público Ad-Hoc, en representación del Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional - PROVÍAS NACIONAL, en consecuencia, NULA la sentencia de fojas ciento cuarenticuatro, su fecha dos de marzo del dos mil tres; MANDARON que el Colegiado Superior expida nueva resolución con arreglo a ley; DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano; en los seguidos por Asociación Hidroservice Engenharía Limitada -H.O.B. Consultores y Ejecutores Sociedad Anónima contra el Programa de Rehabilitación de Transportes- PRT-del

Ministerio de Transportes y Comunicaciones sobre anulación del laudo arbitral; y los devolvieron.-

SS . ECHEVARRIA ADRIANZEN, TICONA POSTIGO, LOZA ZEA, SANTOS PEÑA, MANSILLA NOVELLA C-51054

* Publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el día 01 de junio de 2006.

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMERA SALA CIVIL
CON SUBESPECIALIDAD COMERCIAL**

Expediente : 1174-2005
Demandante : Compañía Minera Antamina Sociedad Anónima
Demandado : JRC Minería y Construcción Sociedad Anónima Cerrada
Materia : Anulación de Laudo Arbitral

RESOLUCIÓN NÚMERO VEINTE

Miraflores, diez de abril de
dos mil seis.-

VISTOS:

Viene para resolver la demanda de anulación del laudo arbitral expedido en instancia única el día dieciocho de agosto de dos mil cinco por el Tribunal Arbitral conformado por los señores árbitros, Doctores Sergio León Martínez (Presidente), Jorge Avendaño Valdez y Emilio Cassina Rivas; recaído en el proceso arbitral seguido por JRC Minería S.A.C contra Compañía Minera Antamina Sociedad Anónima, Caso Arbitral signado con número ochocientos noventa y cuatro-cero treinta y cuatro-dos mil cuatro llevado a cabo ante el Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima.

Con los informes orales del doctor Guillermo Lohmann Luca de Tena por su patrocinada, Compañía Minera Antamina S.A, y de la doctora Jenny Egúsquiza Oliveros por la empresa JRC Minería y Construcción S.A.C.

Interviniendo como Vocal Ponente el señor Wong Abad.

RESULTA DE AUTOS:**DEMANDA.-**

La demandante pretende la Nulidad Parcial del Laudo Arbitral expedido el día dieciocho de agosto de dos mil cinco y respecto del cual, por resoluciones cuarenta y tres y cuarenta y cuatro del veintidós de setiembre de dos mil cinco han sido resueltos los recursos de corrección, aclaración e integración interpuestas por las partes; y, por resolución cuarenta y cinco del treinta de setiembre, se declaró improcedente una reconsideración de JRC Minería y Construcción Sociedad Anónima Cerrada; en el proceso arbitral seguido entre Compañía Minera Antamina S.A. (desde ahora Antamina) y JRC Minería y Construcción Sociedad Anónima Cerrada (desde ahora JRC).

Sustenta su pretensión en los artículos setenta y uno segundo párrafo, setenta y dos y setenta y tres incisos segundo y sexto de la Ley General de Arbitraje (de ahora en adelante LGA).

Los fundamentos de su pretensión impugnatoria son los siguientes:

a. El Laudo incurre en falta de motivación. En efecto:

«en el segundo apartado del punto resolutive Primero se ordena pagar a Antamina una cuantiosa cantidad porque, supuestamente, habría encargado a JRC obras «adicionales» que no habría pagado a JRC pero que no tienen los requisitos señalados en los considerandos recién citados [se refiere a los considerandos ochenta y dos y ochenta y ocho del Laudo]» (ver fojas ciento sesenta y dos del presente expediente)

El demandante denuncia, por consiguiente, «una gruesa contradicción entre la parte considerativa y la resolutive y carencia de motivación sobre si esos ‘adicionales’ cumplen los tres requisitos señalados por el Tribunal»¹:

- Que hubiera una modificación al proyecto o a la obra.
- Que la modificación aumentara el precio o valor del trabajo.
- Que la modificación hubiera sido aceptada por Antamina.

b. Falta de motivación respecto a la declaración de Infundado del petitorio reconvenional de Antamina respecto del pago de las deudas (multas y penalidades) reconocidas por JRC en el Addendum

¹ Ver fojas ciento sesenta y dos.

celebrado por las partes; pues, a pesar de rechazar la nulidad propuesta contra el citado Addendum rechaza, asimismo, ordenar el pago de las deudas ahí reconocidas.

- c. Falta de motivación y omisión de pronunciamiento sobre la desestimación del pago de las sumas pagadas por cuenta y costo de la demandada («backcharges»). En el Addendum ya referido JRC se comprometía a pagar las sumas que Antamina había desembolsado a favor de terceros por cuenta de ella; por tal motivo la ahora demandante solicitó el reembolso de las sumas pagadas siendo rechazada su pretensión por el Tribunal Arbitral.

Por tal motivo se solicitó al Tribunal:

«(...) aclarara y motivara por qué razones de hecho o de derecho, a pesar de lo dispuesto en los artículos 1205 y 1958 y concordantes del Código Civil, no sería exigible el reconocimiento de obligación de pago por JRC y, por tanto, que declarara que sí corresponde el reembolso demandado por Antamina a JRC conforme a la segunda pretensión principal de la reconvencción, debiendo en su caso integrar el Punto Resolutivo 7 «(ver fojas ciento sesenta y cuatro).»

Sin embargo, el Tribunal no aclaró ni motivó su decisión.

- d. Falta de motivación y omisión de pronunciamiento sobre la segunda pretensión principal de la reconvencción, conforme a la cual Antamina solicitó el reembolso del importe pagado por esta empresa a COSAPI.
- e. Pronunciamientos extra petita del Laudo.

Respecto al supuesto Caso Fortuito

En dicho sentido la demandante de nulidad parcial sostiene:

«(...) sin que fuera petitorio de cualquiera de las partes y sin que fuera punto controvertido, de manera contradictoria el Tribunal de derecho decide algo nunca pedido ni discutido y sobre lo que no hubo actividad probatoria: dice que hubo caso fortuito por lluvias copiosas y que eso significó la prórroga del contrato con el deber de pago por período complementario» (ver fojas ciento sesenta y seis).

A pesar que la ahora demandante solicitó oportunamente al Tribunal que explicara:

- Por qué motivo se pronuncia sobre caso fortuito, cuya existencia material y supuesto jurídico no han sido invocados por JRC en su demanda.
- Que fundamentara cuál sería la prueba que acredita el caso fortuito y en razón de que ello prevalece en contra de las cláusulas tercera de las cláusulas tercera y décima segunda contractuales en las cuales JRC renunciaba a todo reclamo por caso fortuito como lo permite el artículo 1317 del Código Civil. Es decir, el Tribunal tenía que emitir pronunciamiento en derecho sobre la aplicación de este artículo.

Sin embargo, el Tribunal soslaya que el caso fortuito es asunto no sometido a la decisión de los árbitros, sobre el cual no ha habido hechos invocados en la demanda ni medios probatorios y soslaya, también, señalar el fundamento de derecho sobre el artículo 1317 citado y sus repercusiones en las obligaciones contractuales.

Respecto al supuesto Abuso de Derecho

Sobre este alegado pronunciamiento extrapetita el demandante sostiene, luego de constatar que el Tribunal Arbitral ha señalado que constituía un abuso de derecho la cláusula del Addendum en la cual se acordó que, sin que ello constituyera prórroga, JRC debía terminar la obra inconclusa a la brevedad posible, lo siguiente:

«(...) la pretensión de abuso de derecho tiene que ser demandada y dar lugar al derecho constitucional de contradicción y actuación probatoria sobre los hechos que configuran el abuso. No puede haber calificación de eximente de cumplimiento contractual por abuso de derecho si nadie lo demanda, y si por tanto, nadie se puede defender de tal supuesto» (ver fojas ciento sesenta y ocho).

CONTESTACIÓN.-

Mediante escrito presentado con fecha veintisiete de diciembre de dos mil cinco, obrante de fojas doscientos noventa y cuatro a trescientos catorce, JRC Minería y Construcción Sociedad Anónima Cerrada deduce la excepción de incompetencia y contesta la demanda.

Sobre la alegada **falta de motivación** en lo que se refiere al apartado segundo del punto resolutivo primero del Laudo, referido al pago de trabajos adicionales, señala que ello carece de todo sustento, pues todos y cada uno de los puntos

resolutivos son obvia consecuencia de los noventa y tres fundamentos del laudo arbitral. Agrega que esta misma alegación ya fue materia de pronunciamiento por parte del mismo Tribunal a través de las resoluciones cuarenta y tres y cuarenta y cuatro, que resolvieron la solicitud de corrección formulada por su parte y el escrito de aclaración e integración presentado por Antamina.

Lo mismo ocurre respecto de lo resuelto por el Tribunal Arbitral sobre multas, penalidades y «backcharges», en el que se resolvió que su patrocinada no pague multas y penalidades, ni reembolse backcharges, por cuanto si bien en el Addendum al Contrato de Obra se señala existencia de un supuesto atraso imputable a su empresa, durante el proceso arbitral se actuaron otros medios probatorios que dan sustento a lo resuelto en el Laudo, los mismos que llevaron al Tribunal a la convicción que en aplicación de la doctrina de los hechos propios, ANTAMINA, había reconocido con posterioridad a la suscripción del Addendum que el retraso de las obras no era imputable a ninguna de las partes contratantes.

Sobre el reembolso del supuesto pago a COSAPI, y el supuesto pronunciamiento infrapetita del Laudo, señala que ello no es así, por cuanto la propia ANTAMINA reconoce que este tema fue materia de su escrito de aclaración e integración de Laudo, habiendo resuelto expresamente lo conveniente el Tribunal Arbitral mediante resolución número cuarenta y cuatro.

En cuanto a los supuestos **pronunciamientos extra petita** del Laudo, estos tampoco corresponden a la realidad. En efecto, con relación al **caso fortuito**, señala que basta advertir su demanda arbitral para corroborar que la misma se sustenta, entre otros aspectos, en que el retraso de las obras obedeció a causas ajenas a su parte, que no se pudieron prever ni resistir, lo cual -en Derecho- no puede ser otra cosa que caso fortuito, lo que se corrobora además con la presentación a la demanda de jurisprudencias administrativas sobre atrasos en obras por caso fortuito.

Respecto del **abuso de derecho**, señala que dicho argumento fue aludido de manera hipotética en uno de los fundamentos del Laudo (sesenta y uno), por considerar el Tribunal Arbitral, entre otros hechos, que la cláusula del Addendum del Contrato de Obra, según la cual su empresa debía concluir las obras en el más breve plazo, podría constituir un abuso de derecho, por la simple razón que en otra cláusula del mismo Addendum tanto ANTAMINA como JRC acordaron la prórroga del plazo contractual reconociendo ambas partes la existencia de causas ajenas que impiden terminar las obras en el plazo previsto inicialmente.

Agrega que en ningún caso se puede sostener que el Tribunal Arbitral ha ido más allá de los petitorios de la demanda y la reconvención, ni fundado su decisión en

hechos diversos de los que han sido alegados por las partes. En todo caso, el Tribunal Arbitral ha aplicado el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, según el cual el Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente.

FUNDAMENTOS:

Sobre la Excepción de Incompetencia.-

PRIMERO.- De lo dispuesto en el literal c) del numeral 2) del Punto Primero de la Resolución Administrativa N° 006-2004-SP-CS, en concordancia con lo previsto en la Octava Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley General de Arbitraje, se desprende que la Sala Civil con Sub-especialidad Comercial resulta competente para conocer de la presente demanda, al no contemplarse restricción alguna en cuanto a la materia sobre la cual versa el Laudo Arbitral,.

En efecto, de manera general, la Sala subespecializada en lo comercial es competente para conocer de las pretensiones contenidas en la Octava disposición complementaria y transitoria de la Ley General de Arbitraje.

Esta Octava disposición señala lo siguiente:

«OCTAVA.- Creación de Salas Especializadas.- El Poder Judicial, a través de su órgano competente, ha de designar en el Distrito Judicial de Lima y en aquéllos Distritos Judiciales con más de una Sala Civil, a una de éstas para el conocimiento de las causas en materia arbitral que sean de su competencia, como son:

- 1. Resolver en grado las resoluciones expedidas en primera instancia referidas a la excepción de convenio arbitral.*
- 2. Resolver en grado las resoluciones expedidas en primera instancia desestimatorias de la solicitud de designación de árbitros.*
- 3. Resolver en grado las resoluciones expedidas en primera instancia a que se refiere el Artículo 82º de la presente ley.*
- 4. Conocer y resolver los recursos de anulación contra los laudos arbitrales domésticos e internacionales, de conformidad con los Artículos 71º y 123º de la presente ley.*
- 5. Conocer y resolver el pedido de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, a que se refiere el Artículo 127º de la presente ley.*
- 6. Las demás que en aplicación de la presente ley le corresponda directamente o en grado.» (resaltado nuestro)*

La primera conclusión a la que debemos arribar luego de concordar esta norma con la resolución administrativa N° 006-2004-SP-CS es que la competencia de la Sala subespecializada excede, para el caso del arbitraje, la materia comercial. **La Sala conoce de los recursos de anulación de laudo arbitral sin importar la materia a la que se refieran** y, además, conoce de las apelaciones de laudos arbitrales siempre y cuando estén referidos a materias comerciales.

Debe advertirse que el numeral 4 de la Octava Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley, que es la norma que amplía la competencia de la Sala Comercial a materias extrañas a su especialidad, solo habla de recursos de anulación de laudos arbitrales mientras la resolución administrativa se refiere indistintamente a recursos de anulación y de apelación, pero siempre en material consideradas comerciales por la misma Resolución.

Consecuentemente, dado el carácter restrictivo con el que deben ser interpretadas las normas que determinan la competencia: **las Salas subespecializadas en lo comercial podrán conocer de todos los recursos de anulación de laudos, sea que estos se refieran a materia comercial o no** pero, al mismo tiempo, solo podrán conocer de los recursos de apelación de laudos en el caso de que estos se refieran a materia comercial. Los recursos de apelación de laudo en materias distintas a la comercial deberán ser conocidos por las Salas especializadas en lo civil.

Por lo expuesto, la excepción de incompetencia propuesta deviene en infundada.

A) Análisis respecto a la alegada falta de motivación en el segundo apartado del punto resolutivo primero del Laudo Arbitral.-

SEGUNDO. 2.1.- Para iniciar el análisis de este argumento es necesario, en primer lugar, definir lo que el Tribunal Arbitral entiende por «obras adicionales»:

*«(...) el Tribunal ya ha sentado las bases para la interpretación del contrato en los párrafos precedentes, en el sentido de que sólo existen adicionales cuando hay modificaciones en el Proyecto de la Obra que aumenten su valor tratándose de precios pactados a suma alzada (y, en verdad, debiera decirse que el precio debía mantenerse fijo sólo si el Proyecto de la Obra se mantiene igualmente fijo; es decir, si no hay variaciones en ésta) requiriéndose en cualquier caso la aprobación del propietario o comitente; mientras que, en los precios pactados por unidad de trabajo el adicional (sic) sólo se dan adicionales si hay variación de los precios unitarios por cambios de obra, igualmente aceptados por el Comitente, **no siendo adicionales los mayores metrados trabajados**» (ver fojas ochenta y cinco, subrayado y negrilla nuestra).*

2.2.- Más adelante el Tribunal constata que las partes no han utilizado correctamente los términos técnicos arriba descritos:

*«La partida 2.2.1 (excavación de material común) aparecía en las Bases prevista en 2,000 m³ pero el contratista propuso 2,100 m³ en su Propuesta Económica. Está pactada en términos unitarios y, por tanto, **cualquier trabajo mayor o menor por el total de la partida es un menor o mayor medrado según corresponda (anexo I-A2) aunque, indebidamente y sin cambiar su naturaleza se le haya considerado adicional.** Se pagó por ella con el CNM N° 12, la cantidad de 35,435,92 m³ habiéndose, incluso, aprobado su pago por CMA. **El Tribunal considera que CMA debe abonar el monto de 8,585.08 m³ restantes por ser un mayor medrado.**»* (ver fojas ochenta y seis, subrayado y negrilla nuestra).

2.3.- Es por este motivo que al momento de resolver la Primera Pretensión Principal de la demanda el Tribunal dispone que CMA pague a favor de la demandante en el proceso arbitral:

*«US \$ 811, 579.04 por **concepto de los llamados ‘adicionales’**. Esta cantidad resulta de deducir de US \$ 867,727.65 la cantidad de US \$ 56,148.61 a favor de CMA, **por el recálculo de los ‘adicionales’** pagados por ella (...)»* (ver fojas noventa, subrayado y negrilla nuestros).

2.4.- Es decir, al referirse en esa forma a los llamados «adicionales» por las partes el Tribunal quiere dejar claro que, a pesar de que así los denominen las partes, los árbitros no consideran correcta esa forma de nombrarlos.

2.5.- La conclusión a que arribamos se encuentra corroborada por el propio Tribunal cuando, al absolver la solicitud de aclaración e integración del Laudo solicitada por CMA, expresa:

*«(...) el Órgano Arbitral ha precisado desde el comienzo de su análisis, que **ambas partes han interpretado deficientemente los conceptos sobre sistemas de construcción de suma alzada y precios unitarios**, ya que durante la ejecución del contrato llaman «Cambios de Contrato» (CCN) a los que no son sino mayores o menores medrados»* (ver fojas ciento siete, subrayado y negrilla nuestros).

2.6.- Por consiguiente, la falta de motivación alegada no tiene asidero y merece ser desestimada pues, al no ser los llamados «adicionales» por las partes trabajos adicionales en el sentido técnico utilizado por el Tribunal Arbitral, no es posible solicitar que aquellos se ajusten a las características de estos últimos.

B) Análisis de la causal de nulidad parcial referida a la falta de motivación respecto a la declaración de Infundado del petitorio reconvenional de Antamina respecto del pago de las deudas reconocidas por JRC (multas y penalidades) en el Addendum celebrado por las partes.

TERCERO. 3.1.- Igualmente, en este punto el Tribunal Arbitral ha señalado que:

«En consecuencia, el contrato está resuelto sin culpa de las partes y así lo declara el Tribunal, no siendo procedente que se cobren penalidades al contratista ni que se ejecute la carta fianza de garantía de fiel cumplimiento del contrato, como tampoco es factible legalmente que se le carguen a la cuenta de éste los costos pagados por CMA a COSAPI y a GEOSYSTEMS, pues se han incurrido para atender los efectos de un caso fortuito de gran magnitud; ni tampoco el costo que le demandó a CMA la intervención de COSAPI para dar fin a la obra después de la resolución del contrato por ser producto de una decisión de CMA adoptada en el contexto de la situación tratada por el Tribunal en este punto» (Ver fojas setenta y tres).

3.2.- Específicamente respecto a las multas y penalidades reconocidas en el tantas veces mencionado Addendum, el Órgano Arbitral expresa:

«(...) el hecho de que existan pruebas de la producción de casos fortuitos que no han permitido desarrollar trabajos durante un cierto tiempo; la existencia de pruebas de la ejecución de mayores metrados que en algunas partidas han sido de gran magnitud demandando mayor tiempo de trabajo; y que también haya habido prestaciones adicionales no previstas en el presupuesto del contrato lo que involucra, también, algún tiempo más de trabajo que el originalmente previsto, son circunstancias que acreditan de que todas esas prestaciones tenían que desbordar el tiempo de 90 días estimados en las Bases como el plazo de duración del contrato. Como dice Spota citando a Baudry-Lacantinerie, «la obligación del empresario ha de cumplirse en un periodo propio. O bien que, en defecto de la convención, la duración del trabajo es determinado por el tiempo necesario para su realización». Se colige así, sin tener que abordar el detalle de las causas que la producen (que más adelante se tratará en forma más completa²), que la ampliación del plazo de ejecución de un contrato es imperativa cuando se producen los acontecimientos que se han precisado» (ver fojas sesenta y ocho)

3.3.- En el mismo sentido, el Tribunal había comprobado, desde su particular punto de vista, que el contrato había sido prorrogado tácitamente luego de su aparente vencimiento inicial:

² Al igual como lo haremos nosotros también.

«(...) como ya se ha indicado con anterioridad, el plazo original del contrato tenía como fecha de término final el 29 de octubre del 2003, y al vencimiento de este término la comitente y el contratista continuaron realizando sus correspondientes prestaciones lo que significa que ambas partes estuvieron de acuerdo tácitamente en extender el plazo del contrato según lo que es conocido, en la doctrina jurídica, como la tácita reconducción o prórroga tácita a que se refiere Spota y Messineo (...)» (ver fojas sesenta y uno).

3.4.- Considera, igualmente, como vimos más arriba, que el contrato sigue prorrogado luego de la celebración del Addendum, por consiguiente es perfectamente comprensible que la prórroga indicada impidiera la existencia de multas y penalidades y que el Tribunal concluyera desestimando la pretensión deducida en ese sentido.

3.5.- La conclusión anterior se apoya en la siguiente consideración del Tribunal:

«(...) si bien es cierto que en la cláusula 2.1 del Addendum se establece que éste no conlleva una prórroga del plazo del contrato, **esta declaración encierra una contradicción con lo dispuesto en la cláusula 2.2 donde se expresa que el objetivo del Addendum es que el contratista pueda desplegar sus mejores esfuerzos para culminar las obras** lo que significa que se seguirá trabajando a pesar de que el plazo original del contrato había vencido. Pero también constituye una contradicción con la misma realidad de las cosas imperantes al momento de la suscripción del Addendum: realidad expresada en el hecho de que, justamente al 10 de diciembre del 2003, las dos partes habían vencido el 29 de octubre del 2003 por lo que en esa fecha las partes vivían en una prórroga de hecho. Así, **el contratista venía trabajando después del 29 de octubre merced a una prórroga tácita del contrato que se convirtió en expresa a partir del 10 de diciembre del 2003 cuando se firmó el Addendum** (...).» (ver fojas sesenta y cinco, subrayado y negrilla nuestra).

3.6.- Por tales motivos el Tribunal concluye que no es posible condenar al pago de multas y penalidades que solo pueden devengarse si existe mora del obligado.

3.7.- En conclusión, no existe falta de motivación respecto al rechazo de la pretensión reclamada.

C) **Análisis de la causal de nulidad parcial referida a la supuesta falta de motivación y omisión de pronunciamiento sobre la desestimación del pago de las sumas pagadas por cuenta y costo de la demandada («backcharges»).**

CUARTO. 4.1.- Fundamentando su pedido de aclaración y corrección la demandante de la nulidad ha sostenido que:

«Ni la interpretación del Tribunal sobre una prórroga del plazo acordada en el addendum, ni la conclusión del Tribunal sobre una extinción de la obligación de JRC de concluir la obra sin culpa de las partes (considerandos 71 y 72 del Laudo), enervan la exigibilidad de algo ostensiblemente distinto de hecho y de derecho, como es una estipulación del addendum en la que hay un anticipado reconocimiento de deuda (artículos 1205 y concordantes del Código Civil) por el que JRC se obligó al reembolso de toda y cualquier suma que Antamina pagara por su cuenta y costo. Es obvio que el reconocimiento de deuda es cosa diferente de la (discutida) prórroga del plazo y de la conclusión física de la obra» (ver fojas ciento catorce).

4.2.- Respondiendo a este requerimiento el Tribunal Arbitral sostuvo:

«(...) el Órgano Arbitral ha explicado claramente en el considerando septuagésimo segundo que no corresponde ordenar al contratista el reembolso de los montos solicitados en la segunda pretensión principal de la contestación de la demanda y reconvención, pues estos costos se han incurrido para atender los efectos de un caso fortuito de gran magnitud.» (ver fojas ciento seis)

4.3.- Este Colegiado considera, contra lo opinado por el demandante de nulidad, que el reconocimiento de deuda al amparo de lo dispuesto por el artículo 1205 del Código Civil **NO** es algo «ostensiblemente distinto de hecho y de derecho» de la prórroga del contrato pues, como resulta evidente, dichos reconocimientos se realizaron en el entendido que existía mora, hecho que, como ya hemos reseñado, el Tribunal Arbitral considera contradictorio con el acuerdo sobre la continuación del contrato.

4.4.- El reconocimiento de obligación, por otro lado, no se desvincula de la relación jurídica que le sirve de sustento. Como señalan Osterling y Castillo:

«Se reconoce una obligación para cualquiera de los fines señalados [confesorio, conservativo], pero aquí estamos hablando única y exclusivamente de una obligación (aquella que es materia del reconocimiento), puesto que no se está creando una segunda obligación, sino únicamente reconociendo la existencia de una anterior.»³

³ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. «Tratado de las Obligaciones» Tomo III, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2001; p. 433.

4.5.- Por consiguiente, el reconocimiento sigue la suerte de la obligación primigenia y no resulta ser algo «ostensiblemente distinto de hecho y de derecho» motivo por el cual le son aplicables las consideraciones generales que ha utilizado el Tribunal Arbitral, las mismas que hemos desarrollado más ampliamente en el considerando anterior.

4.6.- Esta pretensión debe ser, por tanto, desestimada.

D) **Análisis de la causal de nulidad parcial referida a la supuesta falta de motivación y omisión de pronunciamiento sobre la desestimación de la segunda pretensión principal de la reconvencción, conforme a la cual Antamina solicitó el reembolso del importe pagado por esta empresa a COSAPI.**

QUINTO. 5.1.- A este respecto el Tribunal Arbitral ha señalado:

*«(...) los hechos mencionados [escorrenterías superiores a 2.7 m³/s, el daño a los trabajos del Manejo de Aguas y el daño en las estructuras de la geomembrana] dieron inicio a los desajustes del contrato, de sus plazos, incumplimientos que tienen el carácter de involuntarios por imposibilidad parcial que, aun cuando eran susceptibles de causar la resolución del contrato, no podrían ser imputables a ninguna de las partes y en especial al contratista tal como, precisamente, está contemplado en el artículo 1316 del Código Civil, de modo que en verdad lo procedente por parte de CMA, hubiera sido recurrir a la resolución del contrato, usando la tercera vía prevista por la cláusula vigésimo primera del contrato. En consecuencia, el contrato está resuelto sin culpa de las partes y así lo declara el Tribunal, no siendo procedente que se cobren penalidades al contratista ni que se ejecute la carta fianza de garantía de fiel cumplimiento del contrato, **como tampoco es factible legalmente que se le carguen a la cuenta de éste los costos pagados por CMA a COSAPI y a GEOSYSTEMS**, pues se han incurrido para atender los efectos de un caso fortuito de gran magnitud; ni tampoco el costo que le demandó a CMA la intervención de COSAPI para dar fin a la obra después de la resolución del contrato por ser producto de una decisión de CMA adoptada en el contexto de la situación tratada por el Tribunal en este punto.»* (ver fojas setenta y tres, subrayado y negrillas nuestros)

5.2.- Por consiguiente, el Tribunal Arbitral, fiel a los razonamientos que ya hemos expuesto, rechaza en forma expresa y motivada el reembolso del pago realizado por CMA a favor de COSAPI.

5.3.- También aquí la suerte del reconocimiento realizado en el Addendum por JRC está sujeta a la falta de responsabilidad que el Tribunal Arbitral le atribuye debido a la existencia de un caso fortuito.

5.4.- Nuevamente, en consecuencia, la pretensión deducida debe ser desestimada.

E) Análisis de los supuestos pronunciamientos *extra petita* en que ha incurrido el Laudo Arbitral.

SEXTO. 6.1.- Antes de iniciar el análisis específico de estas causales de nulidad debemos señalar lo siguiente:

- Solo existe pronunciamiento *extra petita* si se incorpora a la parte decisoria del Laudo la resolución de una pretensión que no ha sido ni deducida en el proceso arbitral ni discutida en el mismo⁴.
- Resulta paradójico que la demandante de nulidad no recuse la resolución del contrato, producida según el Tribunal Arbitral por la existencia de un caso fortuito, pero sí recuse la aplicación de la misma figura jurídica cuando se trata del rechazo de sus pretensiones.

Respecto al supuesto de Caso Fortuito.

6.2.- En cuanto al primer punto debemos señalar que, como puede leerse de la parte decisoria del Laudo, en ningún momento ha existido pronunciamiento respecto a la existencia de un caso fortuito.

6.3.- El aludido caso fortuito se refiere a la calificación de un estado de hecho realizada por el Tribunal Arbitral que le ha permitido resolver las distintas pretensiones que se le han propuesto: algunas en forma favorable a la demandante de la nulidad y otras en forma contraria a los intereses de la misma.

⁴ Como señala REICER citado Jorge Peyrano: «Sobre el particular Reicer puntualiza: «Tal exigencia [alude a la congruencia] comprende los siguientes aspectos: a) Resolución de todas las pretensiones deducidas; es decir prohibición de omitir la decisión de una pretensión oportunamente deducida; b) Resolución nada más que de las pretensiones ejercitadas; o sea, prohibición de resolver pretensiones no ejercitadas o –lo que es sustancialmente lo mismo– alterar o exceder las deducidas; c) Aplicación de las reglas precedentes a las cuestiones introducidas al debate por el demandado, o sea, resolución de todas las cuestiones planteadas por el mismo y nada más que ellas» («El Proceso Civil. Principios y Fundamentos», Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978; p. 64.)

En cuanto a la congruencia *extra petita* el mismo PEYRANO señala: «La incongruencia objetiva *extra petita* se da cuando el órgano jurisdiccional otorga algo que no ha sido impetrado por las partes» (Ibidem, p. 66)

6.4.- Sin embargo, debemos analizar el proceso arbitral a fin de establecer si las consideraciones realizadas por el Tribunal Arbitral respecto al tantas veces mencionado caso fortuito, más allá de consideraciones formales ha afectado de alguna forma el derecho de defensa de la demandante de nulidad.

6.5.- En tal sentido debemos señalar, en primer lugar, que JRC al demandar como Segunda Pretensión Principal:

- Que el Tribunal Arbitral declare vigente el Contrato de Obra de fecha 8 de agosto de 2003,
- Que se tenga por prorrogado el plazo de ejecución de obras,
- Que se declare la Nulidad e invalidez de la resolución de contrato comunicada por CMA mediante carta de fecha 27 de febrero de 2004.

Sustentó la prórroga del plazo de ejecución de las obras en la variación sustancial de la obra y de sus especificaciones técnicas. Entre dichas variaciones alegó la de «Manejo de Aguas», sobre la cual sostuvo que:

«De acuerdo al proyecto original, se previó un caudal máximo de aguas de 0.033 a 0.215 m³/seg..

Sin embargo, resultó que las quebradas trajeron mayores caudales que los previstos en las Bases del Concurso, alcanzándose caudales de hasta 3.000m³/seg (vale decir más de 14 veces más ¡!) lo cual puede apreciarse de los documentos que adjuntamos como Anexo I-C1" (Ver fojas 113 del Expediente Arbitral, desde ahora EA)

6.6.- Sobre este punto CMA se pronunció expresamente al contestar la demanda sosteniendo que:

«JRC, como ya es su costumbre, intenta sorprender al Tribunal con inexactas afirmaciones relativas a las lluvias, escorrentías y el manejo de aguas, JRC afirma que el proyecto original previó un caudal máximo de aguas de 0.0033 a 0.215 m³/seg.

Al respecto, debemos señalar que las afirmación es parcialmente falsa, pues el Plano N° 7022-102 que formó parte de las Bases (Anexo I-C.1 de la demanda) contiene los promedios mensuales de escorrentías (flujo de aguas superficiales) para los meses de mayo a noviembre» (ver fojas 2188 del EA)

6.7.- Lo anterior deja establecido, por consiguiente, que el volumen de las escorrentías fue un hecho alegado, discutido y, a juicio del Tribunal Arbitral, probado en la magnitud alegada por JRC.

6.8.- ¿Podía, en la situación descrita, el Tribunal Arbitral calificar jurídicamente el hecho alegado, y en su concepto probado, como un caso fortuito?

6.9.- Este Colegiado considera que sí. Al respecto el maestro Couture señala:

«Reconstruidos los hechos, el magistrado se ve en la necesidad de realizar un diagnóstico concreto: ya no se trata de la mera descripción de los sucesos sino de su calificación jurídica. Mediante un esfuerzo de abstracción intelectual, el juez trata de configurar lo que en el lenguaje de los penalistas se llama el tipo (...)

(...) es evidente que el juez civil que ha logrado, luego del análisis de las pruebas, evocar todos los hechos que han dado origen al conflicto, se encuentra frente a la necesidad de esquematizar el resultado de los hechos en una figura jurídica determinada; la compraventa, el cuasidelito, la posesión de estado civil, la insolvencia, etc.»⁵

6.10.- En esta tarea de calificación jurídica el Juez o el Árbitro tienen, en opinión de este Colegiado, como límites: el respeto al derecho de defensa y a no extraer de la calificación que realiza mayores consecuencias jurídicas de las que la parte que ha alegado el hecho solicita.

6.11.- Esto quiere decir que calificado el hecho alegado como caso fortuito esta calificación jurídica no puede justificar, para el caso de JRC, más que la prórroga solicitada.

6.12.- Esta Sala Superior considera dudoso, por ejemplo, que la calificación jurídica de las mayores escorrentías justifique la resolución del contrato, sin embargo, como ya hemos anotado, esa parte de la decisión de los árbitros no ha sido impugnada.

6.13.- En dicho sentido el Tribunal Arbitral ha resuelto:

«Declarar Infundada la segunda Pretensión Principal de la demanda, teniendo en cuenta que el contrato de obra de fecha 08 de agosto del 2003 no se encuentra vigente por haber quedado resuelto de pleno derecho con fecha 27 de febrero del 2004.

*Asimismo, **declarar que el contrato quedó prorrogado hasta el 27 de febrero del 2004**, fecha en la que se produjo la resolución de pleno derecho, por lo que la resolución del contrato no resulta nula ni inválida.»* (ver fojas noventa, subrayado y negrilla nuestra).

⁵ COUTURE, Eduardo. «Fundamentos de Derecho Procesal Civil», 4ª edición, Montevideo, 2002; pp.232-233

6.14.- Finalmente, el Tribunal Arbitral ha considerado, al absolver el recurso de integración y aclaración de CMA, que el caso fortuito alegado ha excedido la previsión contractual contenida en los párrafos tercero y cuarto de la cláusula décimo segunda del contrato, los cuales señalaban:

«De acuerdo a lo señalado por el artículo 1315 del Código Civil, caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de las OBRAS o determina su cumplimiento parcial, tardío y defectuoso.

En ningún caso y bajo ninguna circunstancia, se considera como caso fortuito o fuerza mayor el mal tiempo que se sea común en el área donde se realizan las OBRAS» (ver fojas trescientos noventa del expediente arbitral acompañado)

6.15.- Por consiguiente, en opinión de esta Sala Superior no ha existido pronunciamiento *extra petita* ni falta de motivación.

Respecto a la declaración de supuesto Abuso de Derecho.

6.16.- El Tribunal Arbitral se pronuncia sobre la existencia de una cláusula que cuya utilización por parte de CMA constituiría un abuso de derecho en la Consideración Sexagésima Primera del Laudo

*«Que, **dado lo expresado precedentemente, el Tribunal declara que el contrato fue objeto de prórroga indefinida tal como se expresa en la cláusula 2.2 del Addendum** en la cual se declara que JRC deberá culminar las obras en el menor plazo posible, para lo cual haría sus mejores esfuerzos y si, en opinión de CMA, esos esfuerzos no se dan, CMA estará facultada para asignar los trabajos a un tercero, sin perjuicio de ejercer sus derechos contractuales. Esta frase: «a la brevedad posible en opinión de CMA» significa que ésta, a su solo arbitrio, podría dar por resuelto el contrato total o parcialmente. El Tribunal no considera válida la referida estipulación ya que podría dar paso a un abuso del derecho, puesto que la cláusula en cuestión, bajo un punto de vista puramente teórico, podría causar que se resuelva el contrato a los dos o tres días de haber sido acordada la prórroga, además de que, jurídicamente, significaría que una de las partes estaría a merced de la otra, lo que no es aceptable en derecho. Los casos en que se consignan este tipo de cláusulas suelen ser acompañados por lo menos de un requerimiento previo cursado por escrito al deudor apercibiéndolo a cumplir en un cierto periodo después del cual, si no se ha subsanado la falta, procedería en automático la aplicación del apercibimiento anunciado»* (Subrayado y negrilla nuestra, ver fojas sesenta y siete)

6.17.- Nuevamente en este punto debemos relevar que no ha existido pronunciamiento en la parte decisoria del Laudo respecto al referido Abuso de Derecho.

6.18.- Apreciamos que, en efecto, los señores Árbitros se pronuncian considerando abusiva la utilización de una cláusula contractual en determinados supuestos, no realizados en los hechos, por parte de CMA. Sin embargo, consideramos que la opinión vertida por el Tribunal Arbitral resulta intrascendente para la resolución de las pretensiones que han sido decididas mediante el Laudo.

6.19.- En efecto, el supuesto abuso de derecho que el Tribunal cree encontrar no justifica ni la prórroga parcial del contrato⁶ ni la resolución del mismo.

6.20.- Por consiguiente, la opinión de los señores Árbitros, respecto al punto tratado no puede ser impugnada mediante la solicitud de nulidad por la causal de pronunciamiento *extrapetita* pues nada resuelve ni tiene incidencia alguna en la decisión de las pretensiones propuestas a los árbitros.

Por todo lo cual;

SE RESUELVE:

Declarar infundada la excepción de incompetencia deducida e **INFUNDADA** la demanda de anulación del laudo arbitral expedido con fecha dieciocho de agosto de dos mil cinco y respecto del cual, por resoluciones cuarenta y tres y cuarenta y cuatro del veintidós de setiembre de dos mil cinco, han sido resueltos los recursos de corrección, aclaración e integración interpuestos por las partes; y, por resolución cuarenta y cinco del treinta de setiembre se declaró improcedente una reconsideración de JRC Minería y Construcción Sociedad Anónima Cerrada; en el proceso arbitral seguido entre Compañía Minera Antamina Sociedad Anónima y JRC Minería y Construcción Sociedad Anónima Cerrada, Caso Arbitral signado con número ochocientos noventa y cuatro-cero treinta y cuatro-dos mil cuatro llevado a cabo ante el Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima. En los seguidos por COMPAÑÍA MINERA ANTAMINA SOCIEDAD ANÓNIMA contra JRC MINERÍA Y CONSTRUCCIÓN SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA sobre ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL.-

SS.

WONG ABAD

YAYA ZUMAETA

RUIZ TORRES

⁶ Que como ya hemos visto se produce a juicio del Tribunal Arbitral por la comprobación de variaciones sustanciales y por los hechos calificados como caso fortuito.

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMERA SALA CIVIL
CON SUBESPECIALIDAD COMERCIAL**

Expediente : 60-2005
Demandante : Gobierno Regional de Piura
Demandado : Construction Corporation S.A.C y el Tribunal Arbitral Ad-Hoc conformado por Jorge García García (Presidente), Jose Yarnold Limón y Vilma Luna Inga
Materia : Anulación de Laudo Arbitral

RESOLUCIÓN NÚMERO DOCE

Miraflores, veintidós de julio de
dos mil cinco.-

VISTOS:

Viene para resolver la demanda de anulación del laudo arbitral expedido con fecha diecinueve de abril de dos mil cinco por el Tribunal Arbitral Ad-hoc conformado por don Jorge García García (Presidente), José Yarnold Limón y Vilma Luna Inga, con los acompañados correspondientes al proceso arbitral en seis tomos más una medida cautelar; interviniendo como Vocal Ponente el señor Wong Abad, y;

RESULTA DE AUTOS:

Demanda.-

De fojas treinta y seis a cuarenta y uno, obra la demanda de anulación de laudo arbitral presentada por el Gobierno Regional de Piura a través de su Procuradora Pública Rosa Mercedes Chinchay Labrin. Invoca como causal de anulación la contenida en el artículo 73, inciso 5) de la Ley General de Arbitraje, refiriendo que durante el trámite arbitral, su representada, mediante escrito presentado

con fecha cuatro de dos mil cinco, advirtió que el plazo para emitir el laudo había vencido conforme a lo establecido en el numeral siete de las Reglas de Arbitraje acordadas en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral de fecha quince de octubre de dos mil cuatro.

Dicha petición fue denegada por el Tribunal Arbitral mediante resolución número veintitrés de fecha veinticinco de marzo de dos mil cinco, en la que se establece que el plazo de veinte días para emitir el laudo se computaría a partir de la resolución del Tribunal en el que se estableció: «Traígase para Laudar». Este mandato fue expedido mediante resolución número veinticinco de fecha veintitrés de marzo de dos mil cinco, emitiéndose el laudo correspondiente el día diecinueve de abril de dos mil cinco, notificada a su representada el día veintiuno de abril del presente año.

Admisorio y Traslado.-

Mediante resolución número tres de fecha dieciocho de mayo de dos mil cinco, se resuelve admitir el recurso de anulación de laudo arbitral y se corre traslado del mismo a la empresa Construction Corporation S.A.C, con conocimiento de los señores árbitros.

Contestación.-

De fojas ciento sesenta y dos a ciento sesenta y ocho, obra la contestación efectuada por Construction Corporation S.A.C, en donde manifiesta que durante el proceso arbitral se observaron las reglas acordadas expresamente por ambas partes al momento de la instalación del Tribunal Arbitral. Dichas reglas, agrega, nunca fueron observadas por las partes, por consiguiente las mismas resultan de obligatorio cumplimiento. La regla 7.8 establecía que el Tribunal Arbitral debía emitir su laudo dentro de los veinte días posteriores a la fecha del «traígase para laudar», plazo que podía ser ampliado mediante resolución motivada del Tribunal hasta por quince días más, entendiéndose como días hábiles. En ese sentido, señala que de la fecha de la resolución que dispone el tráigase para laudar (veintitrés de marzo de dos mil cinco) a la de expedición del laudo, no ha transcurrido el plazo de veinte días.

A fojas ciento setenta ocho se tiene por absuelto el traslado del recurso, señalándose como fecha para la vista de la causa el día seis de julio del año en curso.

FUNDAMENTOS:

PRIMERO.- El artículo 73, inciso 5) de la Ley N° 26572, en el que se sustenta el recurso de anulación presentado señala textualmente lo siguiente:

« (..)»

5. *Que se ha expedido el laudo fuera del plazo, siempre que la parte que invoque esta causal lo hubiera manifestado por escrito a los árbitros antes de ser notificada con el laudo.»*

SEGUNDO. 2.1.- Las partes del presente proceso acordaron en su oportunidad someterse expresamente a ciertas reglas procesales a observarse durante la tramitación del proceso arbitral, según consta del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral obrante de fojas seis a once del Tomo I del expediente arbitral acompañado. Una de estas reglas es la contenida en el numeral 7.8, que a la letra señala:

*« El Tribunal emitirá su laudo dentro de los **veinte (20) días posteriores de emitida la Resolución «Traígase para Laudar»**, el mismo que podrá ser ampliado mediante Resolución fundamentada, a criterio del Tribunal; sin que dicha ampliación exceda quince días (15) días adicionales.»*

2.2.- Debe entenderse, para todos los efectos, que cuando se utiliza el término días se refiere a **días hábiles**, no siendo de cómputo los días sábados, domingos o feriados, según se dispone expresamente en el numeral 7.10 de las reglas del proceso a las que se ha hecho referencia precedentemente.

TERCERO.- En el presente caso, las partes del proceso concuerdan en que mediante resolución número veinticinco de fecha **veintitrés de marzo de dos mil cinco**, el Tribunal Arbitral emitió la resolución que ordenó el «Traígase para Laudar». El laudo en mayoría fue emitido el día **dieciocho de abril de dos mil cinco**, según consta de fojas dos mil ciento cuarenta y dos a dos mil ciento cincuenta y siete, y notificado a la parte demandante con fecha **veintiuno de abril del mismo año** según se advierte de los cargos de notificación obrantes de fojas dos mil ciento sesenta y ocho a dos mil ciento setenta y tres del Tomo VI, esto es, en ambos casos, dentro del plazo de los veinte días hábiles establecidos por la regla procesal 7.8.

CUARTO.- Debe señalarse que si bien es cierto el Gobierno Regional de Piura mediante escrito presentado con fecha once de marzo de dos mil cinco, obrante de fojas dos mil noventa y cinco a dos mil noventa y seis del Tomo VI, solicitó al Tribunal Arbitral inhibirse de emitir pronunciamiento por haberse vencido el plazo para laudar, sustentándose en lo dispuesto en el numeral 7.6¹ de las reglas

¹ «La etapa probatoria tendrá una duración máxima de 20 (20) días y comenzará a computarse a partir del día siguiente de realizada la audiencia mencionada en el punto precedente - (audiencia de conciliación, fijación de puntos controvertidos y admisión

de arbitraje, concordado con lo señalado en el artículo 48 de la Ley General de Arbitraje N° 26572; también lo es que en la respectiva audiencia de conciliación y fijación de puntos controvertidos obrante de fojas novecientos ochenta y nueve a novecientos noventa y uno del Tomo 3, a la que el representante del Gobierno Regional de Piura asistió, el Tribunal expresamente se reservó el derecho de solicitar la actuación de cualquier prueba que considere necesario al desarrollo del proceso, lo que efectivamente se dispuso mediante resolución número diecinueve de fecha dieciocho de febrero de dos mil cinco, obrante a fojas dos mil sesenta y seis del Tomo 6, en la que se ordenó la realización de una diligencia complementaria de informes técnicos, decisión que no fue impugnada por ninguna de las partes en su oportunidad, con lo que se desvirtúa el argumento de la contravención a la regla número 7.6, así como la aplicación del plazo establecido en el artículo 48 de la Ley General de Arbitraje, ésta última de carácter supletorio a las reglas procesales acordadas en el proceso arbitral.

QUINTO. 5.1.- Por otro lado, si bien a partir del veinticinco de febrero de dos mil cinco, fecha en la que se efectuó y culminó con la diligencia complementaria ordenada, el proceso arbitral se encontraba expedito para ser resuelto, acorde con lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley General de Arbitraje, debe tenerse en consideración que el Tribunal Arbitral tuvo que atender durante dicho lapso el pedido de ampliación de demanda presentado por Construction Corporation S.A.C, así como el consecuente pedido de reposición efectuada por esta última empresa ante el rechazo de su anterior pedido efectuado mediante resolución número veintiuno de fecha once de marzo de dos mil cinco, obrante a fojas dos mil noventa y tres del Tomo VI, con los que evidentemente se retrasó la expedición del mandato de «Traígase para Laudar».

5.2.- No obstante ello, la emisión de dicho mandato («Traígase para Laudar») con fecha veintitrés de marzo de dos mil cinco, acorde con las incidencias procesales ocurridas durante el proceso arbitral aquí analizadas, no revelan en esencia una actitud negligente y alejada de parámetros de razonabilidad por parte del Tribunal Arbitral, lo que corresponde ser evaluado en el presente caso a efectos de determinar la oportunidad de la expedición de dicho mandato, en concordancia con las normas establecidas en la Ley General de Arbitraje al respecto. Lo contrario sería dejar al libre arbitrio del Tribunal Arbitral el momento en el cual decida emitir el laudo con la sola expedición del mandato «Traígase para laudar» en cualquier fecha, lo que atentaría contra el principio de celeridad procesal que caracteriza a este tipo de proceso y al deber correlativo

de medios probatorios) -. El Tribunal, por razones excepcionales, podrá acordar una ampliación de plazo de la etapa probatoria, mediante resolución debidamente motivada.»

que se le impone a los árbitros como directores de éste, conforme se dispone en el artículo 34, inciso 7) de la Ley General de Arbitraje.

SEXTO.- En tal sentido, para la procedencia de la causal invocada, no basta la simple alegación en el procedimiento arbitral de que el plazo para laudo ha vencido, sino que el mismo deberá efectuarse de manera oportuna y en correspondencia con las reglas del proceso acordadas, para lo cual se deberá tener en cuenta las incidencias procesales surgidas al interior del proceso arbitral dentro de un margen de razonabilidad, lo cual no ha sido observado en el presente caso, por todo lo cual;

SE RESUELVE:

Declarar **INFUNDADA** la demanda de anulación de laudo arbitral presentada por el Gobierno Regional de Piura contra laudo arbitral expedido con fecha diecinueve de abril de dos mil cinco por el Tribunal Arbitral Ad-hoc conformado por don Jorge García García (Presidente), José Yarnold Limón y Vilma Luna Inga, con costas y costos del proceso; en los seguidos por EL GOBIERNO REGIONAL DE PIURA contra EL TRIBUNAL ARBITRAL AD-HOC CONFORMADO POR JORGE GARCÍA GARCÍA (PRESIDENTE), JOSE YARNOLD LIMÓN Y VILMA LUNA INGA y CONSTRUCTION CORPORATION S.A.C sobre ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL.-

SS.

WONG ABAD

YAYA ZUMAETA

RUIZ TORRES

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMERA SALA CIVIL CON
SUBESPECIALIDAD COMERCIAL

Expediente : 300-2006
Demandante : Casoli Sociedad Anónima Cerrada
Demandado : Municipalidad Distrital de Carmen de la Legua Reynoso
Materia : Ejecución de Laudo Arbitral
Cuaderno : Incidente

RESOLUCIÓN NÚMERO DOS

Miraflores, veintitrés de marzo de
dos mil seis.-

AUTOS Y VISTOS:

Es materia de grado la apelación concedida sin efecto y sin la calidad de diferida contra la resolución número seis de fecha veinticinco de noviembre de dos mil cinco, obrante en copia certificada a fojas cuarenta y uno del presente cuaderno, a través de la cual se declara improcedente el escrito de contradicción y se ordena llevar adelante la ejecución; interviniendo como Vocal Ponente el señor Wong Abad, y:

ATENDIENDO:

PRIMERO.- De acuerdo a la Resolución Administrativa N° 006-2004-SP-CS, publicada en el diario oficial El Peruano el día 2 de octubre de 2004, la justicia subespecializada conocerá de todas las pretensiones derivadas de la Ley de Títulos Valores (incluidas las relaciones causales), los procesos ejecutivos en general y de los procesos de ejecución de garantías. Igualmente, de todas las pretensiones derivadas de la Ley General de Sociedades, de la Ley del Sistema Financiero y de Seguros, de la Ley del Mercado de Valores, de las pretensiones referidas a los contratos de transporte de bienes, así como, de las pretensiones derivadas de los Contratos Comerciales.

SEGUNDO.- Sumado a todo lo anterior, para el caso de los Juzgados subespecializados, se les ha atribuido la posibilidad de conocer de las pretensiones señaladas en la Novena Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley General de Arbitraje siempre y cuando los arbitrajes estén referidos a **las materias señaladas en el apretado resumen que antecede.**

TERCERO.- Según esta norma, corresponde a los jueces subespecializados en materia comercial:

- Conocer y resolver las solicitudes de designación de árbitros a que se refieren los artículos 23 y 103 de la Ley de arbitraje
- Conocer y resolver de la designación de árbitros sustitutos, de acuerdo al artículo 32 de la ley
- Conocer y resolver la recusación de los árbitros
- Otorgar auxilio jurisdiccional para la actuación de pruebas ordenadas por los árbitros
- Conocer y resolver la solicitud de medidas cautelares y otorgar auxilio judicial para la ejecución de las medidas cautelares.
- Y, por último, **proceder a la ejecución de lo decidido en los laudos arbitrales**

CUARTO.- Por consiguiente, los órganos de la subespecialidad en materia comercial – **la Sala Superior a través del recurso de apelación**-, deberán decidir sobre todas estas pretensiones siempre y cuando estén referidas a los temas comerciales que hemos enumerado anteriormente. Un juez subespecializado, en consecuencia, no podrá designar árbitros, por ejemplo, cuando se discuta en el proceso arbitral la división y partición de una masa hereditaria o cuando se pretenda regular el monto de la indemnización por responsabilidad civil extracontractual.

De la misma manera, no podrá disponer la **ejecución de laudos arbitrales** que contengan las materias citadas precedentemente al no constituir asuntos comerciales.

Esto quiere decir que para estos casos los justiciables deberán seguir recurriendo a los jueces civiles, y **en vía de apelación a la Sala Civil correspondiente.**

QUINTO.- En el presente caso, el laudo arbitral materia de ejecución se deriva de un **Convenio de Prestación de Servicios de Reparación y Mantenimiento de Flota Vehicular**, de fecha catorce de dos mil cuatro.

SEXTO.- Al respecto, los contratos que las empresas proveedoras de bienes y servicios celebran con el Estado, de acuerdo a lo normado por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, son **contratos administrativos** sujetos a la normatividad especial mencionada.

Asimismo, estos contratos confieren tanto al Estado como a su contraparte una serie de facultades y obligaciones extrañas a la regulación civil o comercial, como por ejemplo las contenidas en los artículos cuarenta y tres y siguientes de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

SETIMO.- Consecuentemente, conteniendo el laudo arbitral materia de ejecución una materia no comercial, no corresponde su conocimiento a esta Sala Subespecializada en lo Comercial, resultando de aplicación lo dispuesto en el artículo 5 del Código Procesal Civil, por todo lo cual;

SE RESUELVE:

Declarar que esta Sala Civil con Sub-especialidad Comercial de Lima resulta **incompetente** para conocer del presente cuaderno de apelación, por lo que se **DISPONE** remitir el cuaderno en referencia al Centro de Distribución Modular de las Salas Civiles de Lima para su redistribución aleatoria; en los seguidos por CASOLI SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA contra MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE CARMEN DE LA LEGUA REYNOSO sobre EJECUCIÓN DE LAUDO ARBITRAL (Cuaderno de Apelación).-

SS.

WONG ABAD

YAYA ZUMAETA

RUIZ TORRES

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA QUINTA SALA CIVIL

Exp. N° 570-2005

Resolución N°
Lima, trece de junio
del dos mil cinco.-

VISTOS; con los XIII Tomos del expediente arbitral y medida cautelar, interviniendo como Vocal ponente la doctora Palomino Thompso; **RESULTA DE AUTOS;** mediante escrito de fojas trescientos setenta y cuatro, subsanado por escrito de fojas cuatrocientos diecinueve, la Fuerza Aérea del Perú [en adelante FAP], representada por el Procurador Público a cargo de los Asuntos Judiciales del Ministerio de Defensa relativos a la Fuerza Aérea, interpone demanda de anulación del laudo arbitral de derecho, de fecha veintiuno de diciembre del dos mil cuatro [fojas 09 y siguientes], corregido, aclarado e integrado con fecha once de enero del dos mil cinco [fojas 220 y siguientes], expedido por el Tribunal Arbitral conformado por los árbitros Alfredo Bullard Gonzáles [presidente], Fernando Macías Arditto y Julio César Pérez Vargas, en el proceso arbitral seguido entre el Consorcio conformado por la Planta de Reparación de Aeronaves de Ulan-Ude, Motores Vladimir Klimov-Motor Sich, Oscar Avia Group y Pacific Aerospace Holdings Ltd., contra el Ministerio de Defensa - Fuerza Aérea del Perú. La anulación del citado laudo arbitral, se sustenta en el artículo 73 de la Ley General de Arbitraje número 26572, manifiesta que: 1) se ha perjudicado de manera manifiesta su derecho a la defensa y al debido proceso, incurriéndose en la causal de anulación dispuesta en el inciso 2) del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje. Sobre esta causal, manifiesta que el Consorcio y sus integrantes no otorgaron poder especial a su representante para recurrir a la vía arbitral a interponer la demanda respectiva, es decir, el proceso arbitral se desarrollo con un representante del Consorcio sin poderes para litigar. Así refiere, el Consorcio se constituyó el veintinueve de octubre de dos mil dos, en la cláusula quinta de dicho documento, el Consorcio designa a un representante; de la lectura de dicha cláusula, se

llega a la conclusión de que el representante del Consorcio es Pacific Aerospace Holdings Ltd, a través de su apoderado legal en el Perú don Luis Meléndez de la Cruz. Ese poder no precisa las facultades del que está investido el señor Meléndez, por lo tanto, de conformidad con las leyes peruanas, el Consorcio o sus integrantes, debían precisar las facultades que le otorgaban al señor Meléndez, en cumplimiento del principio de literalidad que rigen los poderes en el Perú. No se puede presumir la existencia de facultades especiales no conferidas explícitamente. Al presentarse la demanda arbitral, no se ha presentado el poder con facultades especiales que otorga el Consorcio o sus integrantes a favor de su apoderado legal en el Perú Luis Meléndez de la Cruz. Dicho defecto, afirma, fue observado por la FAP mediante escrito de fecha ocho de agosto del dos mil tres, recibido por el Tribunal el once del indicado mes y año, sin que fuera subsanado por el Tribunal oportunamente, 2) se ha perjudicado de manera manifiesta su derecho a la defensa y al debido proceso, al no haberse notificado a la FAP con la debida anticipación para la Audiencia de Saneamiento, Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, asimismo, se ha perjudicado de manera manifiesta el derecho de defensa de la FAP y el debido proceso, al no haberse saneado el proceso en su debida etapa procesal, incurriéndose en la causal de anulación de laudo dispuesta en el inciso 2) del artículo 73º de la Ley General de Arbitraje. Sobre este punto, la FAP refiere que, luego de contestada la demanda, el Tribunal Arbitral citó a las partes para la Audiencia de Saneamiento, Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, para el diez de noviembre del dos mil tres, mediante resolución número 35, notificada a la FAP el seis de noviembre del dos mil tres. El seis de noviembre, fue día jueves, en consecuencia, solo había entre el jueves seis y el lunes diez [fecha de audiencia] un solo día hábil [07 de noviembre], violándose de esta manera el debido proceso, pues, entre la resolución que cita para la audiencia y ésta, debe mediar como mínimo tres días hábiles. En el presente caso, agrega, se notificó la audiencia con sólo un día hábil de anticipación, afectándose su derecho de defensa, por cuanto no pudo concurrir a dicha audiencia por el escaso tiempo que medió entre la notificación y la Audiencia. Asimismo, mediante escrito de fecha seis de noviembre del dos mil tres, recibido por el Tribunal el siete de noviembre del mismo año, interpuso recurso de reposición contra la resolución número 35, solicitando que previamente se resuelvan las excepciones deducidas y no se lleve la referida Audiencia. El Tribunal debió resolver ese recurso antes que se lleve la Audiencia, sin embargo, el Tribunal resolvió el recurso de reposición con resolución número 37, que fue le notificada el doce de noviembre del dos mil tres, a los dos días de haberse realizado la audiencia, sin su presencia, produciéndose un vicio que recorta su derecho de defensa, rompe la imparcialidad y favorece a una de las partes. Otro vicio procesal incurrido por el tribunal, es haber consignado en el Acta de Audiencia de Saneamiento, Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, que ambas partes, manifestaron su conformidad con los puntos controvertidos fijados por el

Tribunal, cuando la FAP no pudo asistir a dicha Audiencia. Otro vicio es que el Tribunal Arbitral fijó los puntos controvertidos sin haber cumplido previamente con sanear el proceso; 3) se ha perjudicado de manera manifiesta su derecho de defensa y al debido proceso, al haberse permitido que el demandante ofrezca como medio probatorio su propia declaración de parte, incurriéndose en la causal de anulación de laudo dispuesta en el inciso 2) del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje. Refiere que el Consorcio al presentar su demanda, ofreció como medios probatorios número 190 y 192 las declaraciones de parte de los señores Artur Shtankov, Gerente General de Vladimir Klimov-Motor Sich y de Julio César Díaz Costa, Presidente del Directorio de Pacific Aerospace Holdings Ltd, respectivamente, ambos representantes de las empresas que conformaban el Consorcio, es decir, el Consorcio demandante estaba ofreciendo su propia declaración de parte. Ese hecho fue observado por la FAP, pues, era contraproducente e ilegal, que el propio demandante ofrezca su confesión, sin embargo, el Tribunal no cumplió con subsanarlo y aceptó actuar la declaración de parte del propio demandante, lo que atenta contra el derecho de defensa y el debido proceso. Además, el Tribunal actuó la declaración de parte del señor Artur Shtankov, Gerente General de la empresa Oscar Avia Group, quien también, por ser integrante del Consorcio demandante, tenía interés en el resultado del proceso; 4) disponer el Tribunal Arbitral la aplicación de la multa a la FAP por haber violado la cláusula de confidencialidad [opinión de dos miembros del Tribunal], se ha perjudicado de una manera manifiesta su derecho a la defensa y al debido proceso, incurriéndose en causal de anulación de laudo prevista en el inciso 2) del artículo 73º de la Ley General de Arbitraje. Al instalarse el Tribunal Arbitral, los árbitros elaboraron las reglas del proceso, incluyendo la cláusula de confidencialidad, en virtud de la cual, el proceso se llevaría a cabo de manera reservada. La única obligación que tiene cualquiera de las partes, que sea requerida por una autoridad, es la de informar este hecho al Tribunal Arbitral. No dispone que el Tribunal Arbitral dará su consentimiento o autorización a la parte requerida, simplemente, la parte requerida comunica ese hecho al Tribunal y concurre ante la autoridad que lo ha emplazado. Tampoco la reserva dispone que la parte requerida tenga la obligación de informar al Tribunal lo tratado con la autoridad que lo requirió. Durante la tramitación del proceso arbitral, la Comisión de Defensa del Congreso citó al Ministro de Defensa y a la FAP, como integrante de ese sector, para que concurran ante esa Comisión. La FAP en cumplimiento de la cláusula de confidencialidad comunicó ese hecho al Tribunal mediante escrito de fecha doce de marzo del dos mil cuatro, lo que motivó la resolución número 95, de fecha dieciséis de marzo del dos mil cuatro. En el mes de junio del dos mil cuatro, el Programa Panorama de Canal 5 TV, emitió una información periodística sobre los helicópteros de la FAP. Ante esa situación, el Tribunal le solicitó que le informaran si la FAP había proporcionado información al Canal 5 TV, para que elabore la nota periodística, la respuesta fue que no habían proporcionado

información a ese programa de TV. El Tribunal Arbitral inició una investigación al respecto, solicitando información al canal 5 TV y al Presidente de la Comisión de Defensa del Congreso. El Tribunal al resolver y tratar sobre el tema, dice que, pese a las investigaciones que realizó para averiguar quien había proporcionado información al Canal 5 TV, el director del Programa Panorama no dio respuesta y el Congreso contestó mediante oficio 938, manifestando que la información solicitada por dicha Comisión al Ministerio de Defensa y a la FAP fue tratada en su Sesión con carácter de secreta; en consecuencia, el Tribunal no tiene pruebas concretas que demuestren que la FAP proporcionó información al Canal 5 TV. Ante esa situación, con la opinión de dos integrantes del Tribunal, interpretó la reserva introducida en la cláusula de confidencialidad y dicen que no sólo era obligación de la parte requerida por una autoridad de comunicar el hecho al tribunal sino que también era una obligación de informar lo tratado con dicha autoridad. El otro árbitro no está de acuerdo con esa interpretación. Finalmente, refiere que no se dictó un requerimiento previo. Mediante resolución número 04, de fojas cuatrocientos treinta y cuatro, su fecha dieciocho de mayo del dos mil cinco, se ofició al Presidente del Tribunal Arbitral, a fin de que, dentro del quinto día, cumpla con remitir el expediente que contiene el laudo; bajo apercibiendo de multa. Mediante escrito de fojas cuatrocientos cuarenta, Pacific Aerospace Holdings Ltd, se apersona al proceso y señala domicilio procesal. Mediante comunicación número 293-2005-BFER/cf, de fecha dieciséis de junio del dos mil cinco, corriente a fojas cuatrocientos cuarenta y nueve, la Secretaria del Tribunal, cumple con remitir el expediente arbitral respectivo; y, mediante resolución número 05, de fojas cuatrocientos cincuenta y uno, se admite a trámite la demanda; y, se corre traslado de la demanda, entendiéndose con los miembros del Tribunal Arbitral y con el Consorcio conformado por la Planta de Reparaciones de Aeronaves de Ulan-Ude, Motores Vladimir Kilmov Motor Sich, Oscar Avia Group y Pacific Aerospace Holdings Ltd; Mediante escrito de fojas quinientos diecinueve y siguientes, los miembros del tribunal Arbitral, absuelven el traslado, solicitando a la Sala que el recurso de anulación, se declare improcedente. Asimismo, mediante escrito de fojas quinientos cuarenta y siguientes, Pacific Aerospace Holdings Ltd., absuelve el citado trámite y solicita se declare infundado el recurso de anulación de laudo. Habiéndose tramitado el proceso conforme corresponde; y, habiendo emitido dictamen el representante del Ministerio Público, conforme se advierte de fojas quinientos setenta y ocho, es el momento de dictar sentencia; y, **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que, mediante el recurso de anulación de fojas trescientos setenta y cuatro, subsanado por el escrito de fojas cuatrocientos diecinueve, la Fuerza Aérea del Perú, representada por el Procurador Público a cargo de los Asuntos Judiciales del Ministerio de Defensa relativos a la Fuerza Aérea, pretende la anulación del laudo arbitral de derecho, de fecha veintiuno de diciembre del dos mil cuatro, corriente a fojas nueve y siguientes, corregido, aclarado e integrado con fecha once de enero del dos mil cinco, corriente a

fojas doscientos veinte y siguientes, expedido por el Tribunal Arbitral conformado por los árbitros Alfredo Bullard Gonzáles [presidente], Fernando Macías Ardito y Julio César Pérez Vargas, en el proceso arbitral seguido entre el Consorcio conformado por la Planta de Reparación de Aeronaves de Ulan-Ude, Motores Vladimir Klimov-Motor Sich, Oscar Avia Group y pacific Aerospace Holdings Ltd., contra el Ministerio de Defensa - Fuerza Aérea del Perú. La causal de anulación que invoca, está prevista en el inciso 2) del artículo 73º de la Ley General de Arbitraje, en cuya virtud, el laudo arbitral, sólo podrá ser anulado, siempre y cuando, la parte que alegue pruebe que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos, siempre y cuando se haya perjudicado de manera manifiesta el derecho de defensa, habiendo sido el incumplimiento u omisión objeto de reclamo expreso en su momento por la parte que se considere afectada, sin ser subsanado oportunamente; **SEGUNDO:** Que, la causal denunciada, según la parte actora, se habría configurado, porque en la tramitación del proceso arbitral, el Tribunal, incurrió en irregularidades procesales que se describen y que serán oportunamente, materia de análisis, en la presente resolución: 1) el Consorcio y sus integrantes no otorgaron poder especial a su representante para recurrir a la vía arbitral e interponer la demanda respectiva, es decir, el proceso arbitral, se desarrolló con un representante del Consorcio sin poderes para litigar; 2) que se ha perjudicado de manera manifiesta su derecho a la defensa y al debido proceso, al no haberse notificado a la FAP con la debida anticipación para la Audiencia de Saneamiento, Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, asimismo, se perjudicó de manera manifiesta el derecho de defensa de la FAP y el debido proceso, al no haberse saneado el proceso en su debida etapa procesal. Asimismo, mediante escrito de fecha seis de noviembre del dos mil tres, recibido por el Tribunal el siete de noviembre del mismo año, interpuso recurso de reposición contra la resolución número 35, solicitando que previamente se resuelvan las excepciones deducidas y no se lleve a cabo la referida Audiencia. El Tribunal debió resolver ese recurso antes que se realice la Audiencia, sin embargo, el Tribunal resolvió el recurso de reposición con resolución número 37, que fue le notificada el doce de noviembre del dos mil tres, a los dos días de haberse realizado la audiencia, sin su presencia, produciéndose un vicio que recorta su derecho de defensa, rompe la imparcialidad y favorece a una de las partes. Manifiesta que otro vicio procesal incurrido por el Tribunal, el haber consignado en el Acta de la Audiencia de Saneamiento, Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, que ambas partes, manifestaron su conformidad con los puntos controvertidos fijados por el Tribunal, cuando la FAP no pudo asistir a dicha Audiencia y que el Tribunal Arbitral fijó los puntos controvertido sin haber cumplido previamente con sanear el proceso; 3) que se ha perjudicado de manera manifiesta su derecho de defensa y al debido proceso, al haberse permitido, que el demandante, ofrezca como medio probatorio su propia

declaración de parte. El Consorcio al presentar su demanda, ofreció como medios probatorios número 190 y 192 las declaraciones de parte de los señores Artur Shtankov, Gerente General de Vladimir Klimov-Motor Sich y de Julio César Díaz Costa, Presidente del Directorio de Pacific Aerospace Holdings Ltd, respectivamente, ambos representantes de las empresas que conformaban el Consorcio, es decir, el Consorcio demandante estaba ofreciendo su propia declaración de parte. Ese hecho fue observado por la FAP, sin embargo, manifiesta que el Tribunal no cumplió con subsanarlo y aceptó actuar la declaración de parte del propio demandante, lo que atenta contra el derecho de defensa y el debido proceso. Además, el Tribunal actuó la declaración de parte del señor Artur Shtankov, Gerente General de la empresa Oscar Avia Group, quien también, por ser integrante del Consorcio demandante, tenía interés en el resultado del proceso; 4) El Tribunal Arbitral dispuso la aplicación de la multa a la FAP por haber violado la cláusula de confidencialidad [opinión de dos miembros del Tribunal], con lo que se ha perjudicado de una manera manifiesta su derecho a la defensa y al debido proceso. La reserva es clara y quiere decir que la única obligación que tiene cualquiera de las partes, que sea requerida por una autoridad, es la de informar este hecho al Tribunal Arbitral. Manifestando que dicha reserva no dispone que el Tribunal Arbitral, tenga que dar su consentimiento o autorización a la parte requerida, simplemente, la parte requerida comunica ese hecho al Tribunal y concurre ante la autoridad que lo ha emplazado. Tampoco dispone que la parte requerida tenga la obligación de informar al Tribunal lo tratado con la autoridad que lo requirió; **TERCERO:** Que, previo el análisis de los hechos denunciados, es necesario enfatizar que, de conformidad con el artículo 61º de la Ley General de Arbitraje número 26572, el recurso de anulación [contra los laudos arbitrales dictados en una sola instancia o contra los laudos arbitrales de segunda instancia], procede sólo por las causales taxativamente establecidas en el artículo 73º. El recurso [de anulación] tiene por objeto la revisión de su validez, sin entrar al fondo de la controversia, se resuelve declarando su validez o su nulidad. Es decir, en virtud del recurso de anulación, este Superior Colegiado, está impedido de discernir respecto a la apreciación de los fundamentos de las partes, de la prueba y en su caso, aplicación e interpretación del derecho; **CUARTO:** Que, en cuanto a que el Consorcio o sus integrantes, no otorgaron poder especial a su representante para recurrir a la vía arbitral¹, la FAP, mediante escrito de fecha once de agosto del dos mil tres, copiado a fojas doscientos sesenta y nueve de

¹ Con fecha veinticinco de junio del dos mil tres [fojas 00090 del TOMOI], el CONSORCIO, conformado por la Planta de Reparaciones de Aeronaves de Ulan UDE, Motores Vladimir KILMOV-Motor Sich, Oscar Avia Group y Pacific Aerospace Holdings Ltd, representada por esta última empresa y esta a su vez representada por su Presidente del Directorio don Julio César Díaz Costa y Luis Meléndez de la Cruz, interpuso demanda arbitral contra la Fuerza Aérea del Perú, a fin de

los presentes autos [fojas 01446 del TOMO V], esgrimió este mismo argumento, para sustentar las excepciones de incapacidad del demandante y representación defectuosa, siendo que, éstas, luego de un análisis por parte del Tribunal Arbitral, fueron declaradas infundadas en el numeral III.2 del laudo. Sobre el particular, cabe incidir que, las empresas consorciadas, si concurrieron debidamente representadas al proceso arbitral por la empresa Pacific Aerospace Holdings Ltd., [que ostentó la condición de representante de las empresas consorciadas, de conformidad con lo previsto en la cláusula quinta del Acuerdo de Consorcio de octubre de dos mil dos, corriente a fojas doscientos cincuenta y nueve y siguientes de este expediente]; **QUINTO:** Que, conforme se determinó en el proceso arbitral [específicamente a fojas ochenta y cinco del presente cuaderno], [...] los poderes conferidos por las empresas consorciadas a favor de Pacific, tenían una formulación amplia, estableciéndose que dichas facultades vendrían dadas por el «desarrollo normal de las actividades propias del acuerdo» [...], [...] facultades que eran más amplias que simplemente participar en el Concurso Público y firmar contrato con la FAP, extendiéndose también a las «actividades propias» de la ejecución del contrato de locación de servicios. Por tanto, la parte demandante, [conformada por todas las empresas consorciadas], concurrió durante la vigencia del Acuerdo de Consorcio, debidamente representada por Pacific. En lo atinente a la posición de Ulan-UDE, es conveniente precisar que en tanto dicha empresa no revocó los poderes otorgados a favor de Pacific, dicha empresa, ejerció validamente la representación conferida en los respectivos Acuerdos de Consorcio. Al respecto, de conformidad con lo dispuesto por la Ley número 26539², el administrador

que, el Tribunal Arbitral resuelva sobre la pretensión principal, pretensiones accesorias y pretensiones subordinadas consignadas en la propia demanda.

² LEY N° 26539 – *Establecen que el Gerente o Administrador de sociedades mercantiles o civiles, goza de las facultades generales y especiales de representación procesal por el sólo mérito de su nombramiento.*

Artículo 1.- El Gerente o Administrador, según sea el caso, de sociedades mercantiles o civiles, goza de las facultades generales y especiales de representación procesal señaladas en los Artículos 74 y 75 del Decreto Legislativo N° 768, Código Procesal Civil, por el sólo mérito de su nombramiento, salvo estipulación estatutaria en contrario o limitación impuesta mediante acuerdo en Junta General de Accionistas o Socios.

Artículo 2.- Para ejercer la representación procesal señalada en el Artículo Primero, bastará la presentación de copia notarialmente certificada del documento donde conste el nombramiento debidamente inscrito, conforme a los dispositivos legales vigentes.

Artículo 3.- Entiéndase que para efectos de lo dispuesto por la presente Ley, se cumple con las formalidades previstas en el último párrafo del Artículo 75 del Decreto Legislativo N° 768, Código Procesal Civil.

Comuníquese al Señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los diez días del mes de octubre de mil novecientos noventa y cinco.

de una sociedad, por su sola designación, puede disponer de derechos sustantivos y ejercer las facultades especiales previstas en el artículo 75º del Código Procesal Civil. Esta disposición, resulta aplicable al contrato mercantil de Consorcio; **SEXTO:** Que, incidiendo sobre este tema, ninguna de las empresas consorciadas, presentó ante el Tribunal Arbitral, el desistimiento de las pretensiones postuladas y fueron parte en el proceso arbitral, sin perjuicio de la sucesión procesal que operó a favor de PACIFIC respecto a los derechos litigiosos correspondientes a VKMS y OSCAR VIA. Por consiguiente, es de advertir que, las empresas consorciadas, si concurrieron al proceso arbitral debidamente representadas. De otro lado, si bien las excepciones fueron resueltas en el laudo, ello, fue en virtud de las Reglas de Arbitraje fijadas en el Acta de Instalación de fojas cuatrocientos ochenta y tres; **SETIMO:** Que, respecto a la notificación de la resolución por la que se reprogramó la fecha de la Audiencia de Saneamiento, Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos con la debida anticipación, descrito en el numeral 2) de esta resolución, cabe resaltar que por resolución número 30, de fecha veintidós de octubre del dos mil tres, corriente a fojas cuatrocientos noventa y seis del presente cuaderno, se reprogramó [por segunda vez] la fecha para dicha Audiencia y se fijó para el día cinco de noviembre del dos mil tres. Mediante escrito copiado a fojas cuatrocientos noventa y ocho, [también de este cuaderno, recepcionado por el Tribunal el 3.11.03], la propia demandante, FAP, solicitó la reprogramación de la citada Audiencia, bajo el argumento que el Mayor General FAP Felipe Conde Garay, representante de la FAP, en este proceso, ha sido nombrado como Vocal de la Junta Superior de Calificación para Oficiales Superiores Concursantes a Promoción dos mil cuatro, debiendo concurrir a la misma el día miércoles cinco de noviembre del año en curso [fecha señalada para la Audiencia]; **OCTAVO:** Que, en mérito al citado pedido de reprogramación de la Audiencia, por equidad así como lo coordinado telefónicamente con ambas partes, el Tribunal Arbitral, expidió la resolución número 35, de fecha tres de noviembre de dos mil tres, corriente a fojas quinientos cuatro de este cuaderno, accediendo a dicho pedido y, en consecuencia, prorrogó, por única vez, la referida Audiencia, para el lunes diez de noviembre del dos mil tres [dicha resolución se emitió el mismo día que la FAP solicitó la reprogramación]. Por tanto, el argumento utilizado por la FAP para petitionar la anulabilidad del laudo, basado en que no fue notificada con la debida anticipación con la fecha que reprogramó la Audiencia, resulta inconsistente; pues, la reprogramación, tuvo su consentimiento [y su aprobación], conforme se advierte de la propia resolución, en todo caso, la FAP, no ha negado que dicha Audiencia, se haya realizado previa coordinación telefónica con la Secretaría del Tribunal Arbitral; **NOVENO:** Que, abundando sobre el tema tratado, de fojas dos mil novecientos setenta y dos [TOMO IX], se advierte que la FAP formuló recurso de reposición contra la anotada resolución número 35, sobre la base de tres argumentos: 1) que en la Audiencia

programada para el diez, se va a sanear el proceso, lo que implica que las excepciones deducidas deben ser resueltas antes de dicho acto procesal; 2) que las excepciones deben resolverse obligatoriamente antes de la referida Audiencia, más, aun si se cuestiona la representación del Consorcio, y, 3) que la Audiencia donde debería citarse a las partes, debe ser la referida a las excepciones y no la de fijación de puntos controvertidos; **DECIMO:** Que, como se advierte del propio recurso de reposición, su fundamentación, no está referida a la invocada falta de notificación con la anticipación debida de la resolución número 35, sino, que se cuestionó el objeto mismo de la Audiencia, solicitándose que previamente se resuelvan las excepciones interpuestas por la FAP. Por tanto, resulta incongruente la actitud de la FAP, de cuestionar la notificación a la Audiencia cuando no lo hizo, en su debida oportunidad, máxime, si la reprogramación de la Audiencia fue a pedido suyo y era ella, la que, en todo caso, resultaba beneficiada con la reprogramación; **DECIMO PRIMERO:** Que, de otro lado, en lo que atañe al argumento utilizado por la FAP referido a que se perjudicó de manera manifiesta su derecho de defensa y debido proceso, al no haberse saneado el proceso arbitral en la etapa procesal correspondiente, es necesario remitirse al Acta de Instalación del Tribunal Arbitral de fecha cinco de mayo de dos mil tres, corriente a fojas cuatrocientos ochenta y tres del presente cuaderno, donde están las reglas aprobadas oportunamente por las partes colitigantes, quienes firmaron el acta correspondiente en señal de conformidad; **DECIMO SEGUNDO:** Que, conforme se advierte del literal c) -Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos-, del numeral VII Reglas del Arbitraje, literal c), del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral de fojas cuatrocientos ochentitrés de este cuaderno, presentadas las posiciones de las partes y vencidos los plazos señalados, el Tribunal, procederá a convocar a la Audiencia de Saneamiento, Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios. En el numeral 5) del mismo literal c) [último párrafo], se precisa que el tribunal podrá reservar la decisión de las excepciones, defensas previas, tachas u oposiciones para un momento posterior, pudiendo hacerlo incluso al momento de emisión del laudo arbitral. Como se aprecia, en este caso, tampoco se afectó el derecho de defensa de la FAP, pues, el Tribunal, actuó de acuerdo las reglas que previamente propuso, de acuerdo al principio de libertad de regulación del proceso arbitral, respecto de la cuales, las partes colitigantes, manifestaron su aceptación, al suscribir el Acta de su referencia; **DECIMO TERCERO:** Que, en lo atinente al argumento referido a que en el Acta de la Audiencia de Saneamiento, Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, el Tribunal Arbitral, consignó que, ambas partes, manifestaron su conformidad con los puntos controvertidos, cuando la FAP no asistió a la Audiencia; es necesario referir que por resolución número 42, de fecha nueve de diciembre del dos mil tres, corriente a fojas quinientos diez de estos autos, repetida a fojas tres mil sesenta y siete [TOMO IX], se corrigió dicho error material,

dejándose establecido que ante la inasistencia de la FAP, fue únicamente la parte demandante, en su calidad de asistente, quien consintió con el saneamiento parcial del proceso y con los puntos controvertidos fijados por el Tribunal. Siendo ello así, tampoco se advierte afectación de los derechos invocados por la FAP; **DECIMO CUARTO:** Que, respecto al argumento descrito en el numeral 3) referido a que se violó el derecho de defensa y debido proceso de la FAP, al haberse permitido que la demandante ofrezca como medio probatorio su propia declaración de parte, cabe recalcar, que, la FAP cuestiona la admisión [y posterior actuación] de la declaración de parte de don Artur Shtankov y de don Julio César Díaz Costa, medios probatorios que fueron ofrecidos por las empresas consorciadas, en su demanda. Al respecto, dichas declaraciones, no fueron objeto de oposición por parte de la FAP; **DECIMO QUINTO:** Que, de otro lado, dichas pruebas se actuaron de conformidad a lo dispuesto por artículo 37º de la Ley General de Arbitraje, en cuya virtud, los árbitros tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas. Así, con fecha veintiuno de enero [fojas 03442 del TOMO X] y veinticinco de marzo del dos mil cuatro [fojas 04012 del TOMO XII], se actuaron las declaraciones de parte, procediendo posteriormente, ambas partes, a efectuar las preguntas respectivas. Posteriormente, mediante resolución número 165, de fecha cinco de agosto del dos mil cuatro [fojas 04690 del TOMO XII], el Tribunal, declaró cerrada la etapa probatoria del proceso; y, [numeral 6] estimó pertinente tomar en cuenta para resolver, toda la información que obraba en el expediente como consecuencia de las pruebas actuadas que a dicha fecha, hayan sido actuadas, parcial o totalmente, en aplicación de las facultades que le concede el artículo 37º de la Ley General de Arbitraje; **DECIMO SEXTO:** Que, en lo atinente al argumento de la FAP referido a que al disponerse la aplicación de la multa por haber violado la cláusula de confidencialidad, se ha perjudicado su derecho de defensa y el debido proceso. Al respecto, en el numeral V del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, inserta a fojas cuatrocientos ochentitrés, señala que el proceso arbitral es confidencial. El Tribunal Arbitral y el Secretario, están obligados a guardar absoluta reserva sobre todos los asuntos e información relacionados con el proceso arbitral y la decisión final, salvo acuerdo expreso de las partes para su divulgación o uso; y, bajo ninguna circunstancia, podrán utilizar información recabada a lo largo del proceso arbitral para obtener alguna ventaja personal o de terceros, o afectar el precedente, también es aplicable a las partes, sus representantes y asesores legales, salvo cuando sea necesario hacerlo público por exigencia legal, para proteger o hacer cumplir un derecho o para interponer el recurso de anulación o ejecutar el laudo arbitral ante el Poder Judicial. Este deber no cesa en el supuesto que los representantes o asesores legales dejen de estar vinculados a las partes y que la información que se propague se produzca en virtud del cargo obtenido. En caso se produzca un

requerimiento de información a las partes por parte de alguna autoridad deberá ponerse el mismo en conocimiento del Tribunal, dentro del plazo de tres días hábiles de recibido. La parte que violara esta obligación de confidencialidad ya sea personalmente o a través de sus representantes o asesores legales, podrá ser sancionada por el tribunal Arbitral con la condena del íntegro de las costas del arbitraje; **DECIMO SETIMO:** Que, conforme lo estableció el Laudo Arbitral, la FAP, incumplió la obligación de poner en conocimiento del Tribunal, dentro del plazo del tercer día hábil de recibido, el requerimiento de información solicitada por la Comisión de Defensa Nacional, Orden Interno, Inteligencia, Desarrollo Alternativo y Lucha contra la Drogas del Congreso de la República, contraviniendo, en tal sentido la cláusula de confidencialidad. Por tanto, la aplicación de la sanción sobre la condena al pago del íntegro de las costas del arbitraje, no hace mas que sujetarse a lo establecido en la cláusula de confidencialidad. En efecto, conforme se advierte de la propia comunicación de fecha quince de marzo del dos mil cuatro [fojas 03960 del TOMO XI], la FAP comunicó el requerimiento de información un día antes de la fecha de la citación cursada por el Congreso. Es más, la FAP solamente informó al Tribunal dicho requerimiento de información, sin indicar la fecha en que se había recibido la citación; además, conforme lo precisa el Tribunal, la FAP, [...] nunca puso en conocimiento de la información que se había visto obligada a proporcionar al Congreso [...]. Además, con fecha once de abril del dos mil cuatro, en el programa Panorama transmitido por Canal 5, se incluyó un reportaje que incluía información sobre el proceso arbitral, el Tribunal, evaluando una serie de elementos probatorios en su conjunto³, concluyó que la

³En primer lugar, debe tenerse en cuenta que a lo largo del este reportaje una serie de documentos en versiones originales y que estas copias originales obran en poder de la Entidad. Este en el caso de tres [3] cartas en papel membretado de PACIFIC presentadas por la FAP en versión original o de la carta remitida por MIL a la FAP informándole de la necesidad de participación de la empresa Roborsonexport para efectos de los trabajos de reparación de los helicópteros. Por otra parte, en el reportaje se reveló una posición sobre una serie de hechos discutidos a lo largo de este arbitraje que es claramente peyorativa del CONSORCIO y sus integrantes y que guarda semejanzas inocultables con la posición y terminología usada por la FAP a lo largo del proceso. Prueba de ello es el hecho que, como parte de los documentos relevantes que se muestran en cierto reportaje se encuentre la Carta N° 898 de ULAN UDE, adjuntada por la FAP en calidad de medio probatorio y tachada de falta por este Tribunal. Más aún, esta conclusión claramente se refuerza por el tenor de los títulos y afirmaciones que corren a lo largo de reportaje, tales como «Pacific Aerospace Holdings, el CONSORCIO que engañó a la Fuerza Aérea del Perú» o el CONSORCIO «que estafó a la Fuerza Aérea» o conclusiones tales como que se ganó la licitación «al parecer presentando documentos fraguados» o que «todo parece indicar que se trata de una estafa en la que ha caído la Fuerza Aérea» que «Pacific Aerospace Holdings trajo un ciudadano ruso, que vino como turista», «que hasta el momento ningún miembro del CONSORCIO ha presentado poderes [en el arbitraje]» o que «PACIFIC AEROSPACE.. no había puesto un perno en los helicópteros» y «ULAN UDE decidió

información difundida en el programa Panorama provino de la información que obra en poder de la FAP, ya sea por haber sido proporcionada directamente o por una persona a la cual ésta había dado acceso a la información, sin informar a Tribunal, qué información había sido entregada ni su vinculación con un requerimiento válido; **DECIMO OCTAVO:** Que, teniendo en cuenta lo precedentemente expuesto, resulta que la condena al pago del integro de las costas del arbitraje, en los términos previstos en la cláusula de confidencialidad, no supone violación del invocado derecho de defensa, máxime, si mediante resolución número 110, de fecha dieciséis de abril del dos mil cuatro [fojas 04106 del TOMO XI], se le concedió, a ambas partes, un plazo de cinco días, para presentar sus posiciones respecto a la infracción de la cláusula de confidencialidad; **DECIMO NOVENO:** Que, no habiéndose configurado ningún supuesto de la causal de anulabilidad de laudo arbitral prevista en el inciso 2) del artículo 73º de la Ley General de Arbitraje; de conformidad con el dictamen fiscal número 061-2006-5º FSC, corriente a fojas quinientos setenta y ocho y artículos 61º de la misma Ley y 200º del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria; **DECLARARON INFUNDADO** el recurso de anulación interpuesto por el Procurador Público a cargo de los Asuntos Judiciales del Ministerio de Defensa relativos a la Fuerza Aérea; en consecuencia, **DECLARARON LA VALIDEZ** del laudo arbitral de derecho de fecha veintiuno de diciembre de dos mil cuatro corregido, aclarado e integrado con fecha once de enero del dos mil cinco expedido por el Tribunal Arbitral conformado por los árbitros Alfredo Bullard Gonzáles, Fernando Macías Arditto y Julio César Pérez Vargas, **NOTIFÍQUESE** a las partes; **ARCHÍVESE** los autos por secretaría , y oportunamente; **DEVUELVA** el expediente arbitral, al Tribunal Arbitral de origen.-

PALOMINO THOMPSON

ALVAREZ GUILLÉN

UBILLUS FORTINI

zafar cuerpo y desligarse de Pacific Aerospace tras la apertura del proceso de arbitraje». Tales afirmaciones no hubieran podido provenir de los miembros del CONSORCIO por resultar claramente contrarias a la posición expresada a lo largo del proceso y lesivas a sus propios intereses.

Proyecto de Modificaciones Parciales a la Ley General de Arbitraje del Perú

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

En el Perú el arbitraje ha tenido un desarrollo que lo ha convertido en uno de los casos ejemplares en la región. Quizás Perú sea el país de Latinoamérica donde el arbitraje se ha consolidado con más fuerza y claridad. En los últimos 10 años el avance de la práctica y cultura arbitral ha sido apreciable y la consolidación de la institución deja fuera de dudas que es toda una realidad.

En ese sentido, un mundo globalizado y en una economía en crecimiento el arbitraje ha irrumpido con un conjunto de reglas de juego eficientes para resolver conflictos. Los inversionistas y los agentes económicos esperan que las ventajas del arbitraje se encuentren reflejadas y protegidas por la legislación arbitral como punto de partida y que la práctica arbitral en manos de los operadores del sistema sea favorable al desarrollo del arbitraje como correlato. En ello se ha avanzado mucho, pero debemos consolidar lo avanzado para seguir teniendo un desarrollo sostenido.

Sin embargo, en los diez años de vigencia de la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje, advertimos en ocasiones algunos problemas derivados de una falta de tradición y cultura arbitral en nuestro medio pero al mismo tiempo presenciamos una demanda creciente de arbitrajes, una consolidación de las instituciones arbitrales y la formación de un mercado arbitral importante que nos muestra que el arbitraje es una realidad.

A esto último ha contribuido, entre otras razones, las bondades de la Ley vigente, la apertura económica, la posición favorable del propio Estado a someterse a arbitraje, la aparición de Instituciones Arbitrales que se han consolidado y la creciente conciencia de que el arbitraje, más allá de ser un sistema de solución de conflictos, guarda diferencias importantes con las reglas del Derecho Procesal Civil.

El resultado de ello ha sido procesos más rápidos y adecuadamente resueltos bajo la perspectiva de una justicia privada y especializada, mayor predictibilidad

en las decisiones, descarga del Poder Judicial liberando recursos para atender otros temas como Derecho de Familia o ejecuciones, entre otras ventajas y aportes. La cultura arbitral ha contribuido así, no solo a resolver disputas, sino a hacerlo en un entorno que genera situaciones menos conflictivas y con menor invasión de la autonomía privada.

Sin embargo, las buenas noticias en el desarrollo del arbitraje traen, como lógica consecuencia, la aparición de nuevos problemas y la necesidad de algunos ajustes institucionales y legales que permiten que su desarrollo sostenido continúe.

En primer lugar varias de las deficiencias de la Ley, y en particular las divergencias con la práctica arbitral tal como se ha venido llevando a cabo, plantean la necesidad de algunos ajustes que limen problemas que puedan estar obstruyendo un mayor desarrollo.

Por otra parte la relación entre el arbitraje y el Poder Judicial ha planteado algunas dificultades. Si bien en términos generales se puede decir que el Poder Judicial ha sido respetuoso de la institución y ha contribuido con su desarrollo, el arbitraje no ha estado libre de algunas reacciones patológicas que lamentablemente se han venido incrementando y agravando en los últimos años, y que justamente deben ser frenadas y corregidas ahora que aún estamos a tiempo. Algunas de ellas se derivan de un mayor intervencionismo judicial.

Otras se derivan de las propias normas vigentes que al contemplar la necesaria colaboración que los jueces deben dar al arbitraje (en especial en los procesos de designación de árbitros, ejecución de laudos y resoluciones arbitrales y recursos de anulación) no han considerado que en ocasiones la recarga del despacho judicial no permiten una atención debida y oportuna. A ello se suma muchas veces la manipulación por parte de abogados litigantes de algunas instituciones arbitrales para, por la vía de judicializar ciertos temas, limitar o mediatizar las ventajas que el arbitraje significa.

La Comisión Técnica creada por Resolución Ministerial Nº 027-2006-JUS de fecha 25 de enero de 2006 para la revisión de la Ley General de Arbitraje, teniendo en cuenta esta situación, pretende con este Proyecto Modificatorio ajustar aspectos centrales de la estructura arbitral para tratar de cerrar vacíos y errores que favorezcan un desarrollo eficiente del arbitraje y comprometer a los operadores del sistema a un mayor estudio y una aplicación responsable de la ley, teniendo en cuenta que se trata de un medio para resolver el conflicto y no de un obstáculo.

En esa línea, el objetivo de la Comisión fue presentar un paquete de reformas urgentes que resultan de una evaluación de los problemas centrales identificados.

Para esos efectos los elementos o principios que han inspirado las reformas que se proponen son los siguientes:

- a. Reforzar el carácter autónomo del arbitraje, tanto de la jurisdicción ordinaria, como de las reglas procesales comunes, reconociéndolo como una institución que tiene sus propios principios y reglas. Para ello se ha reforzado la defensa de la competencia de los árbitros, priorizando un control ex post de las actuaciones arbitrales, por medio del recurso de anulación, y evitando el uso de recursos o intervenciones ex ante al dictado del laudo arbitral.
- b. Dar una mejor regulación que proteja a la institución arbitral de intervenciones indebidas por parte del Poder Judicial. Así, sin desconocer el importante rol que el poder Judicial está llamado a tener como guardián de la legalidad y del Estado de Derecho, es importante que ello no sea tomado como excusa para que las partes puedan evadir sus obligaciones de someterse a arbitraje, lo que no es otra cosa que el incumplimiento de una obligación contractual.
- c. Tener una mejor regulación de las formas de colaboración del Poder Judicial, restringiendo esa participación a lo que sea realmente necesario, y regulándola de manera tal que se eviten distorsiones o manipulaciones. Se ha sido especialmente cuidadoso con el uso de los recursos de anulación los que, si bien han sido en términos generales correctamente comprendidos en sus alcances por los jueces, se ha detectado en los últimos años un uso inadecuado de este recurso por los litigantes a fin de mediatizar la eficacia del arbitraje.
- c. En esa misma línea, buscar procedimientos de nombramiento o recusación de árbitros que no hagan necesaria la intervención del Poder Judicial, pues dichos procesos judiciales suelen ser incluso más largos que el proceso arbitral mismo. Para ello se ha establecido como regla la participación de las Cámaras de Comercio.
- d. Mejorar la regulación de los recursos que pueden interponerse contra el laudo arbitral (corrección, aclaración e integración) y se ha incluido uno nuevo denominado exclusión, referido a retirar del laudo extremos que no hayan sido sometidos a arbitraje.
- e. Mejorar la regulación de medidas cautelares de manera no solo de reforzar las facultades de los árbitros en este aspecto, sino de evitar conflicto entre las medidas dictadas en sede arbitral con las dictadas en sede judicial.

- f. Establecer una mejor regulación de la ejecución del 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.
- g. Uniformizar el régimen de arbitraje internacional con los cambios que se introducen al régimen de arbitraje nacional.
- h. Ajustar la Ley a los últimos avances en la experiencia internacional, y a los estándares comúnmente aceptados, haciendo que las características de nuestra ley sean reconocibles y comprensibles para los inversionistas y comerciantes no solo nacionales, sino extranjeros. En ese sentido se ha buscado usar la Ley de Arbitraje Modelo de UNCITRAL como un referente importante.

A continuación se explican los cambios principales que propone la Comisión al articulado de la Ley vigente.

Disposiciones Generales

Artículo 3.

La modificación del artículo 3 responde a varios objetivos. En primer lugar se cambia la regla supletoria de la clase de arbitraje a aplicarse ante la falta de pacto de las partes. A diferencia de la regulación actual que presume que la voluntad ha sido someterse a un arbitraje de conciencia, la propuesta de modificación sugiere que se considere que se trata de un arbitraje de derecho. Ello siguiendo no solo la tendencia internacional, sino sobre todo la experiencia observada y que muestra que lo que se suele pactar es arbitraje de derecho, es decir que lo común es un pacto en contrario a la norma. En ese sentido la Comisión considera que una regla supletoria tiene por finalidad reflejar lo que usualmente se pacta, justamente para que la norma facilite los acuerdos entre las partes. Esta regla será también aplicable para resolver cualquier duda sobre el tipo de arbitraje que se pueda haber pactado.

En segundo lugar se busca precisar los límites de un arbitraje de conciencia (normas de orden público) y abandonar la fórmula ambigua del «leal saber y entender» por la de conocimientos sobre la materia y el sentido de equidad de los árbitros que son criterios menos subjetivos.

Artículo 4.

El artículo 4 responde a la preocupación de la intervención indebida del Poder Judicial o administrativa en el arbitraje. Así contempla la protección del proceso arbitral frente a toda clase de interferencias que de manera directa o indirecta pretenda impedir el inicio del arbitraje o suspender su trámite. Se precisa que el convenio arbitral excluye toda intervención ajena, porque son los propios árbitros los que califican la intensidad del vínculo o alcances del convenio, conforme a la regla *kompetenz kompetenz* (competencia para calificar la propia competencia) universalmente aceptada. Así pues, cualquier cuestionamiento a las decisiones o actuaciones de los árbitros sólo procede una vez emitido el laudo mediante el recurso de anulación, cuando los árbitros han concluido sus funciones. Así el control jurisdiccional se orienta a un control *ex post* al laudo y no un control *ex ante* que frene u obstruya el desarrollo del arbitraje.

Artículo 8.

Se trata de un nuevo artículo pues la Ley actual no se pronuncia expresamente sobre las facultades de representación necesarias para someter a arbitraje o participar en el proceso arbitral. Ello ha generado conflictos de interpretación sobre el tipo de poderes necesarios, lo que puede limitar en el futuro el desarrollo del arbitraje. La Comisión considera, siguiendo la práctica arbitral internacional, que debe presumirse que los gerentes o administradores de personas jurídicas cuentan de suyo con dichas facultades. Así, el artículo uniformiza en una sola norma el tema de las facultades de los representantes de las personas jurídicas para celebrar convenios arbitrales y para representarlas en procesos arbitrales sin necesidad de acudir a otras normas distintas. Se hace la salvedad sin embargo, respecto de disposiciones estatutarias o acuerdos del órgano correspondiente en un sentido distinto o contrario.

Convenio arbitral**Artículo 14.**

El artículo 14 introduce de manera expresa el tema de la separabilidad o autonomía del convenio arbitral como «acuerdo independiente» de las demás estipulaciones del contrato o acto jurídico. Se agrega además los supuestos de invalidez e ineficacia que aunque pueden ser reiterativos resultan útiles al momento de despejar toda duda respecto de los alcances de la norma y a cualquier interpretación que pretenda mediatizar las facultades de los árbitros

de pronunciarse sobre estos aspectos. En consecuencia se entiende que cualquier cuestionamiento debe tramitarse mediante la excepción u objeción a la competencia del tribunal arbitral prevista en el artículo 39.

Artículo 15.

El artículo 15 resuelve una imprecisión generada de la redacción de la Ley vigente. Así algunos consideraban la renuncia tácita, derivada de no plantear la excepción de convenio arbitral en el plazo previsto cuando se presentaba una demanda judicial, implicaba la renuncia a la integridad del convenio arbitral, no permitiendo que en futuro se vuelva a plantear un arbitraje respecto de otros conflictos que pudieran surgir. El nuevo texto precisa que la renuncia se refiere solo a las materias demandadas judicialmente, lo que no implica que en el futuro otros temas o conflictos no puedan ser materia de demanda arbitral.

Artículo 16.

El artículo 16 persigue ser la norma que, de manera exclusiva, regule los alcances de la excepción de convenio arbitral, en atención a su naturaleza particular y que difiere sustancialmente de las excepciones comunes, al menos en su tratamiento procesal. Ello sin perjuicio del plazo de cada vía procesal para formularla y para absolverla dentro del proceso judicial respectivo. Se distinguen los supuestos según se trate de arbitraje iniciado o no, para lo cual debe tomarse en cuenta la definición introducida en el artículo 33 sobre el inicio del arbitraje. Se ordena también la suspensión del proceso judicial principal en tanto se tramita y se resuelve la excepción y por último, como sucede en otros supuestos de la Ley, se abre la vía de impugnación solo cuando la decisión es desfavorable al arbitraje. En caso contrario la decisión es inimpugnable.

Árbitros

En lo referido al régimen de árbitros, hay dos cambios sustantivos referidos al tratamiento de mecanismo de designación de árbitros y el procedimiento de recusación.

Los cambios se orientan a reforzar, el principio de autonomía privada y reducir la intervención judicial para evitar sobrecargar la actividad de los jueces ordinarios y conseguir una mayor celeridad en los arbitrajes.

Cabe destacar que el proyecto presupone una gran responsabilidad de las Cámaras de Comercio, lo que exigirá que estas actúen con independencia e

imparcialidad. Es preciso destacar que su actuación es supletoria o residual a la voluntad de las partes, de manera que siempre estas podrán establecer un mecanismo distinto. Debe destacarse que no es la primera vez que una Ley asigna una función de este tipo a las Cámaras, pues como se sabe existe el ejemplo del registro de protestos de títulos valores. Esta alternativa encuentra antecedentes en la legislación comparada.

Artículos 21, 22 y 23.

Los artículos 21, 22 y 23 contienen las siguientes novedades:

- a. Contempla de manera más ordenada y sistemática los diferentes supuestos de designación de árbitros, incluyendo el caso de partes constituidas por más de una persona o empresa.
- b. Establece que en caso de problemas de designación de árbitros generados por falta de acuerdo o cualquier otro problema en el nombramiento, corresponderá a las Cámaras de Comercio actuar como entidad nominadora residual, no siendo ya necesaria la intervención del Poder Judicial para esos fines, estableciendo reglas básicas y criterios de prelación en el mecanismo de designación.
- c. En esa línea, establece los requisitos, el procedimiento y los plazos para que la Cámara de Comercio correspondiente efectúe la designación, a falta de reglas establecidas por la propia Cámara.

Artículo 31.

El artículo 31, por su parte, trata de solucionar muchos inconvenientes suscitados en la práctica arbitral respecto a la recusación de árbitros. Los cambios principales son:

- a. Se precisa que cualquier recusación debe ser formulada luego de la instalación del tribunal arbitral.
- b. Se admite expresamente la posibilidad del árbitro de renunciar o de la contraparte de consentir con la recusación.
- c. Se contempla que a falta de entidad o persona en capacidad de resolver la recusación, corresponde residualmente dicha función a la Cámara de Comercio correspondiente.

- d. Admite la posibilidad de que los árbitros, discrecionalmente, suspendan la tramitación del arbitraje en tanto se resuelve la recusación.
- e. Se prohíbe las recusaciones basadas en decisiones de los propios árbitros, a fin de proteger la independencia y autonomía de los mismos en el ejercicio de sus funciones.
- f. Se precisa, en la línea de que todo cuestionamiento debe efectuarse ex post al laudo, que solo cabe cuestionar lo resuelto en la recusación por la vía del recurso de anulación del laudo, luego de expedido este.

Proceso arbitral

Artículo 33.

El artículo 33 recoge para la parte nacional los principios recogidos en la norma del artículo 110 de la parte internacional sobre el «inicio del arbitraje» con ligeros cambios. Esta norma viene a despejar toda incertidumbre respecto de cuándo se considera iniciado un arbitraje, sin perjuicio de cualquier acuerdo distinto de las partes.

Luego se recoge de manera expresa los principios esenciales de audiencia, contradicción y trato igualitario de las partes que debe regir en todo proceso arbitral. Con ello se dan lineamientos claros sobre los límites que tiene la autonomía privada o la decisión de los árbitros en el diseño del proceso a seguirse.

Por último, se reconoce la discrecionalidad de los árbitros para resolver los vacíos de las reglas pactadas o de la propia ley arbitral, según principios arbitrales o según los usos y costumbres. De esta manera se cierra cualquier ventana a la aplicación supletoria de ordenamientos procesales distintos que puedan propiciar una «judicialización del arbitraje». Así, ante el vacío de reglas pactadas y de la Ley de Arbitraje, son los árbitros los que integran las reglas necesarias, sobre la base de los principios generales del derecho, en particular los principios arbitrales, y los usos y costumbres. Evidentemente la integración de nuevas reglas por los árbitros debe sujetarse al respeto de los principios de audiencia, contradicción y trato igualitario ya anotados.

Artículo 39.

El artículo 39 tiene una redacción más completa acorde con la legislación comparada más reciente y calificada sobre el principio *kompetenz kompetenz*, es

decir sobre la facultad de los árbitros de decidir sobre su propia competencia, evitando así que las partes pueda frenar el arbitraje con articulaciones sobre competencia en la vía judicial. Ello sin perjuicio de las facultades del Poder Judicial para hacer un control ex post de la competencia de los árbitros por la vía del recurso de nulidad.

Se incorporan los siguientes cambios:

- a. Se admite que la competencia puede ser cuestionada por la vía de una excepción u objeción, que puede versar sobre la competencia del tribunal y en general sobre cualquier otro cuestionamiento que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales. La idea es que, cualquiera sea la denominación que se le dé a la formulación de un cuestionamiento de este tipo, las reglas aplicables sean las establecidas en el artículo bajo comentario. Se deja claramente establecido la exclusividad de competencia de los árbitros para estos efectos.
- b. A diferencia del régimen actual, las excepciones u objeciones se formulan conjuntamente con la contestación de la demanda o la reconvencción. En el caso de cuestiones que se susciten durante la tramitación del arbitraje la excepción u objeción debe formularse en la primera oportunidad que se tenga. Este cambio simplifica la tramitación de este tipo de articulaciones y permite una apreciación y evaluación conjunta de las mismas.
- c. Sin perjuicio de ello se brinda discrecionalidad a los árbitros para admitir excepciones fuera de los supuestos previstos cuando la demora resulta justificada, a fin de ser consistente con la flexibilidad que es propia del arbitraje.
- d. Se regula con mayor precisión los supuestos de resolución de la excepción como cuestión previa o en el laudo y sus consecuencias según sea amparada o desestimada. Así se dan dos posibilidades. Si como consecuencia de decidir la excepción u objeción como cuestión previa se decide la continuación del arbitraje, solo cabe recurso de reposición contra esa decisión. De desestimarse la reposición la decisión solo podrá cuestionarse ex post al laudo por la vía del recurso de anulación. Con ello se evita la aparición de dos recursos de anulación paralelos que solo causan confusión y desorden en la tramitación del arbitraje. Por el contrario, si la decisión como cuestión previa determina que no va a continuar el arbitraje, la parte perjudicada podrá recurrir al recurso de anulación para cuestionar la decisión, dándole a dicha resolución los alcances que tendría un laudo. Incluso cuando solo algunas de las materias

hayan sido excluidas del arbitraje por la decisión previa de los árbitros respecto de la excepción u objeción, la tramitación continuará y la decisión solo podrá ser impugnada vía anulación una vez emitido el laudo final. Como se puede apreciar, la idea ha sido mantener el principio que la intervención judicial se da ex post a la terminación definitiva del arbitraje.

Laudo arbitral

Artículo 48.

El artículo 48 precisa la regla supletoria a la voluntad de las partes respecto al plazo para laudar (20 días prorrogables por quince más) entendiendo que el mismo corre no desde el fin de la etapa probatoria, sino desde el informe oral y de no citarse este, desde la fecha prevista para la presentación de alegatos escritos. Se incorpora normativamente la práctica usual en el país en el que el plazo para laudar corre desde los alegatos finales.

Un segundo supuesto que puede presentarse es aquel en el que el convenio arbitral establezca un plazo para la duración del íntegro del arbitraje. Por ejemplo las partes pueden haber establecido un plazo para laudar de treinta días, pero además señalado que la duración total del arbitraje, incluido el laudo, no puede exceder, por ejemplo, de seis meses. En este último caso la norma precisa que el plazo de duración del arbitraje se computa desde la instalación del tribunal arbitral. Ello en el entendido que es recién a partir de dicha fecha que los árbitros tienen el control de proceso arbitral y por tanto están en capacidad de controlar el desarrollo del mismo.

Artículo 54.

El artículo 54 tiene una nueva estructura que corrige muchas cuestiones oscuras, vacíos e imprecisiones de la norma anterior en cuanto a plazos y procedimiento para plantear, tramitar y resolver correcciones, aclaraciones e integraciones, a las que se añade un nuevo supuesto denominado exclusión. Estos cambios son:

- a. Se establece plazos claros, dejando claro (a diferencia de la norma vigente) que debe correrse traslado del recurso a la otra parte para que se pronuncie.
- b. Se fija un plazo para pronunciarse de oficio más breve a fin que las partes tengan claro la situación del laudo (es decir si ha sido modificado) antes del vencimiento del plazo para interponer el recurso de anulación.

- c. Se aclara que en cualquiera de estos supuestos la decisión fundada forma parte del laudo, no es impugnabile por recurso de reposición y se notifica dentro de los cinco días.
- d. Si los árbitros no resuelven dentro de los plazos establecidos se considera que la solicitud ha sido denegada y no surten efectos las decisiones notificadas fuera de plazo, cooperando una suerte de silencio negativo. Ello para dar certeza a las partes del estatus del laudo y puedan proceder, de estimarlo pertinente, a presentar su recurso de anulación.
- e. Se incorpora como un nuevo supuesto, la «exclusión» sobre extremos de la decisión que no formen parte de las materias sometidas a conocimiento del tribunal arbitral. Ello permite a las partes o a los árbitros sanear cualquier extremo en el que los árbitros se han pronunciado más allá de su competencia.

En la perspectiva adoptada por la modificación la idea es que estos recursos permitan sanear cualquier deficiencia sin necesidad de recurrir al recurso de anulación, o en todo caso haciendo que estos recursos actúen como filtro que permite a los árbitros corregir cualquier deficiencia. Como se verá al analizar el recurso de anulación, no será posible plantear este recurso respecto de aspectos que pudieron ser corregidos mediante recursos de corrección, aclaración, integración o exclusión, si los mismos no fueron planteados oportunamente.

Recursos

Artículo 58.

El artículo 58 define regresa a la lógica de la versión original de la Ley General de Arbitraje en relación al recurso contra las resoluciones distintas al laudo. Así se retorna al nombre original del recurso (reposición contra la denominación de reconsideración) y al plazo originalmente previsto (tres días en contraposición a los cinco actualmente vigentes) a fin de darle mayor celeridad y seguridad a los arbitrajes.

Asimismo se reconoce la discrecionalidad de los árbitros para resolver de plano o correr traslado del recurso y para declarar la suspensión de los efectos de la decisión impugnada mientras se encuentre en trámite el recurso. Por último se enfatiza que la decisión que resuelve el recurso es definitiva e inimpugnabile.

Artículo 61.

El artículo 61 solo contiene cambios de precisión con el objeto de resaltar que el recurso de anulación es un «recurso extraordinario» que se interpone ante

el Poder Judicial para revisar vicios formales. No se trata por tanto, en ningún caso de una demanda, acción o apelación.

Artículo 71.

El artículo 71 extiende el plazo para interponer el recurso a 15 días (en la norma vigente es de solo 10 días a pesar que un recurso de anulación puede ser complicado). Asimismo precisa los supuestos a partir de los cuales comienza a correr el plazo, en función a la existencia y oportunidad de resolución de recursos de corrección, aclaración, integración o exclusión.

Artículo 72.

El artículo 72, de otro lado, contiene los requisitos especiales de admisibilidad que debe tener el recurso de anulación. Se precisa que sólo pueden ofrecerse documentos como medios probatorios y que las partes pueden pactar o el reglamento aplicable establecer cualquier otro requisito para garantizar el cumplimiento del laudo.

Artículo 73.

En el artículo 73 se han ajustado, precisado y redactado con mayor claridad las distintas causales de anulación de acuerdo a los estándares internacionales con una redacción más ordenada.

Se precisa a continuación los requisitos y alcances para que las causales puedan ser atendidas y se establece que no procede la anulación por causal que ha podido ser subsanada mediante corrección, aclaración, integración o exclusión del laudo.

Artículo 75.

El artículo 75 confiere el mismo plazo de 15 días para que la otra parte absuelva el recurso y se precisa también que sólo pueden ofrecerse documentos.

Artículo 78.

El artículo 78 es más preciso y ordenado al ocuparse de las consecuencias de la anulación, en especial estableciendo los casos en los que cabe interponer una demanda judicial, regresar el caso a los árbitros, establecer un nuevo Tribunal Arbitral. Se ha dado además bastante flexibilidad para que las partes puedan regular en varias de las causales, los efectos de las mismas, en base al principio de autonomía privada.

Medidas cautelares y ejecución del laudo

Artículo 79.

El artículo 79 precisa regular de manera más precisa y clara las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial y confiere a las partes la posibilidad de pedir a la autoridad judicial la remisión del expediente del proceso cautelar al Tribunal Arbitral acompañando la copia del acta de instalación y la obligación de dicha autoridad de hacerlo.

Artículo 80.

El artículo 80 establece la instalación del Tribunal Arbitral como el punto de quiebre para pedir y decidir cautelares en vía judicial o arbitral.

Se busca asimismo preservar el principio de audiencia y contradicción al partirse del principio que debe escucharse a la otra parte antes de resolver, salvo cuando proceder de esta manera podría frustrar la medida solicitada.

Si se dictase una medida cautelar sin escuchar a la otra parte, se le concede expresamente recurso de reposición a diferencia de la regulación que se modifica.

Por último, la norma confiere a los árbitros competencia absoluta y exclusiva sobre cualquier medida cautelar solicitada, dictada o impugnada en la vía judicial una vez instalado el Tribunal Arbitral y también para disponer de sus propias medidas cautelares. Deja así claro que sea que estemos ante una solicitud de medida cautelar no resuelta o ante la apelación de una solicitud cautelar ya decidida por el Poder Judicial, corresponde a los árbitros resolver la concesión o rechazo de la medida o la apelación que este pendiente. Así desde su instalación, el Tribunal Arbitral asume competencia plena sobre todo el caso, incluyendo los procesos cautelares que estuviesen en trámite ante el Poder Judicial.

Artículo 81.

El artículo 81 confiere facultades expresas a los árbitros para la ejecución de sus propias medidas cautelares a pedido de parte. Esta facultad, sin embargo, está limitada si es que es necesario el auxilio de la fuerza pública (y tengo por tanto que recurrirse a un juez, o cuando a criterio de los propios árbitros, consideren que la ejecución en la vía judicial sea más efectiva. Así la propuesta asume como principio base la efectividad de la ejecución, lo que es evaluado por los propios árbitros.

La norma precisa que los jueces no tienen competencia para interpretar las medidas cautelares, ordenado que cualquier duda sobre sus alcances sea absuelta por los árbitros a pedido de parte o por la autoridad judicial correspondiente.

Artículo 82.

El artículo 82 contempla un plazo supletorio para el cumplimiento del laudo luego de notificado.

Artículo 83.

En el artículo 83 hay un cambio sustancial en los efectos del laudo. A diferencia de la regulación que se modifica, el recurso de anulación no suspende el cumplimiento o la ejecución del laudo. Sólo se produce la suspensión cuando se cumple con el requisito de garantía acordado por las partes o, a falta de éste, cuando se consigna la obligación debida o se constituye fianza bancaria por una cantidad equivalente al valor de condena del laudo o se consigna la obligación debida.

Cuando no hay valor de condena, los árbitros fijan el monto de la fianza bancaria sujeto a graduación por la Corte Superior que conoce del recurso, de la misma manera si los árbitros no fijan el monto de la fianza bancaria la Corte Superior podrá determinarlo a pedido de parte. Con ello el requisito de garantía se aplica para laudos cuyo valor esté determinado, sea determinable, o incluso cuando carezca de valor monetariamente cuantificable.

Se pretende de esta manera desincentivar la interposición maliciosa de los recursos de anulación. El laudo es vinculante y ejecutable aun cuando se encuentre pendiente el recurso de anulación. Sólo podrá suspenderse su ejecución ofreciendo la garantía de cumplimiento respectiva.

Artículo 84.

El artículo 84 supedita la ejecución arbitral siempre a la voluntad de las partes y también a la discrecionalidad de los árbitros. La norma es flexible por la variedad de supuestos que pueden suscitarse y deja abierta la puerta para que las partes recurran a la ejecución judicial en cualquier momento cuando resulte más efectiva.

Artículo 85.

En el artículo 85 sólo es preciso anotar que la ejecución del laudo puede ser suspendida en cualquier etapa en la que se encuentre siempre que se acredite

la declaración de suspensión de la Corte Superior que conoce del recurso de anulación. Se precisa que los jueces no pueden admitir recursos cuyo objeto sea dilatar la ejecución del laudo.

Arbitraje Internacional.

Los artículos 89, 103, 105, 106, 122 y 124 contienen cambios que simplemente se adaptan a las modificaciones introducidas en la parte de arbitraje nacional.

PROYECTO MODIFICATORIO

Artículo 3. Arbitraje de derecho o de conciencia.

El arbitraje puede ser de derecho o de conciencia. Es de derecho cuando los árbitros resuelven la materia controvertida con arreglo al derecho aplicable. Es de conciencia cuando, dentro de los límites del orden público, resuelven conforme a sus conocimientos sobre la materia y su sentido de equidad.

La elección de la clase de arbitraje corresponde a las partes. A falta de acuerdo o en caso de duda, se entenderá que el arbitraje es de derecho.

Los árbitros tendrán en cuenta, de tratarse de un asunto comercial, los usos mercantiles aplicables al caso.

Artículos 4. Autonomía del arbitraje.

El sometimiento a arbitraje excluye la jurisdicción de los jueces. En consecuencia, en los asuntos que se rijan por la presente ley, no intervendrá ninguna autoridad judicial, salvo en los casos en que esta ley así lo disponga.

Es especialmente aplicable a la jurisdicción arbitral el inciso 2º del artículo 139 de la Constitución. Salvo disposición distinta de esta ley, existiendo convenio arbitral o durante el desarrollo del arbitraje ningún órgano jurisdiccional o administrativo puede admitir a trámite proceso, procedimiento, pretensión, acción o recurso que de cualquier manera impida el inicio del arbitraje, o que lo suspenda o impida su continuación. En ejercicio de su independencia y su jurisdicción, sin incurrir en responsabilidad de ningún tipo, los árbitros tienen competencia exclusiva para instalarse como tribunal arbitral, dar inicio al proceso y continuarlo, examinar su competencia y dictar el laudo.

El arbitraje sólo está sujeto a control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo. Cualquier intervención judicial o administrativa distinta y anterior al laudo conducente a ejercer un control o a interferir en el ejercicio de las

funciones arbitrales está sujeta a responsabilidad y no obliga a las partes ni a los árbitros.

Artículos 8A. Representación de la persona jurídica.

Salvo disposición estatutaria distinta o en contrario, el gerente general o el administrador equivalente de una persona jurídica está facultado por su solo nombramiento para celebrar convenios arbitrales, representarla en procesos arbitrales y ejercer todos los derechos y facultades previstos en esta ley, sin restricción alguna, incluso para actos procesales de disposición de derechos sustantivos.

Artículos 14. Autonomía del convenio arbitral.

El convenio arbitral que forme parte de un contrato o acto jurídico se considera como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo.

La inexistencia, rescisión, resolución, nulidad, anulabilidad, ineficacia o invalidez total o parcial de un contrato o acto jurídico que contenga un convenio arbitral, no necesariamente implica la inexistencia, rescisión, resolución, nulidad, anulabilidad, ineficacia o invalidez total o parcial de este. En consecuencia, los árbitros podrán decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, la que podrá versar, inclusive, sobre la inexistencia, rescisión, resolución, nulidad, anulabilidad, ineficacia o invalidez total o parcial del contrato o acto jurídico que contiene un convenio arbitral.

Es nula la estipulación contenida en un convenio arbitral que coloca a una de las partes en situación de privilegio respecto de la otra en relación con la designación de los árbitros, la determinación del número de éstos, de la materia controvertida o de las reglas del arbitraje.

Artículos 15. Renuncia del arbitraje.

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

Artículo 16. Excepción de convenio arbitral.

Si se interpone una demanda judicial respecto de una materia sometida a arbitraje, esta circunstancia podrá ser invocada como excepción de convenio

arbitral aunque no se hubiera iniciado el arbitraje. La excepción se plantea dentro del plazo previsto en cada vía procesal, acreditando la existencia del convenio arbitral y, de ser el caso, el inicio del arbitraje.

Si el arbitraje no estuviera iniciado, la autoridad judicial está obligada a amparar, bajo responsabilidad, la excepción una vez absuelto el traslado correspondiente, salvo que la materia sea manifiestamente no arbitrable conforme al Artículo 1º.

Si el arbitraje estuviera iniciado, la autoridad judicial, bajo responsabilidad, está también obligada a amparar la excepción de convenio arbitral una vez absuelto el traslado correspondiente.

Se entiende renunciado el arbitraje respecto de las materias demandadas judicialmente cuando no se invoque la excepción de convenio arbitral dentro del plazo correspondiente a la vía procesal aplicable.

Mientras se encuentra en trámite la excepción de convenio arbitral queda suspendida la tramitación del proceso judicial principal. Las actuaciones arbitrales se iniciarán o proseguirán, según sea el caso, pudiendo incluso, dictarse el laudo durante el trámite de esta excepción.

La resolución judicial que declara fundada la excepción de convenio arbitral es definitiva e inimpugnable. La resolución que declara infundada la excepción es apelable con efecto suspensivo. Sólo procede recurso de casación contra la resolución de la Corte Superior que confirma que la excepción es infundada.

Artículo 21. Libertad de procedimiento de nombramiento.

Las partes podrán acordar libremente el procedimiento y plazos para la designación de los árbitros o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral, siempre que no se vulnere el principio de igualdad. A falta de acuerdo, se aplican las siguientes reglas:

1. Si las partes no han establecido el número de árbitros, el tribunal arbitral estará integrado por tres miembros.
2. En caso de árbitro único, o cuando las partes han acordado que el nombramiento de todos los árbitros o del presidente del tribunal se efectúe de común acuerdo entre ellas, tendrán un plazo de diez días de recibido el requerimiento de designación para que cumplan con hacerlo.
3. En caso de tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro en el plazo de diez días de recibido el requerimiento para que lo haga y los dos árbitros así designados, en el plazo de diez días de producida la aceptación del último de ellos, nombrarán al tercero, quien presidirá el tribunal arbitral.

4. En caso de pluralidad de demandantes o de demandados, los demandantes nombrarán de común acuerdo un árbitro y los demandados también de común acuerdo otro en el plazo de diez días de recibido el requerimiento para que lo hagan, salvo que otra cosa se hubiese dispuesto en el convenio arbitral o en el reglamento arbitral aplicable. Los dos árbitros así designados elegirán al tercero, quien presidirá el tribunal arbitral.
5. Si por falta de acuerdo entre las partes o falta de acuerdo entre los árbitros o entre varios demandantes o varios demandados o falta de designación por una parte no se llega a nombrar uno o más árbitros, el nombramiento será efectuado, a solicitud de cualquiera de las partes, por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o del lugar de celebración del convenio arbitral, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje. De no existir una Cámara de Comercio en el lugar, la designación corresponderá a la Cámara de Comercio de la localidad más cercana.

Artículo 22. Incumplimiento del encargo.

Si la institución arbitral o el tercero encargado de efectuar el nombramiento de los árbitros, no cumple con hacerlo dentro del plazo determinado por las partes o el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, dentro de los diez días de solicitada su intervención, se considerará que rechaza el encargo. En tales casos, el nombramiento será efectuado, a falta de acuerdo distinto de las partes, siguiendo el procedimiento previsto en el inciso 5 del Artículo 21º.

Artículo 23. Nombramiento por las Cámaras de Comercio.

En los casos en los que según esta ley corresponda la designación de un árbitro a una Cámara de Comercio, lo hará la persona u órgano que la propia Cámara determine. A falta de previa determinación, la decisión será adoptada por el máximo órgano de la institución. Esta decisión es definitiva e inimpugnable.

A efectos de solicitar a una Cámara la designación de un árbitro, la parte interesada debe señalar el nombre o la denominación social y domicilio de la otra parte, hacer una breve descripción de la controversia que sería objeto de arbitraje y acompañar copia del convenio arbitral y del requerimiento de arbitraje efectuado a la otra parte.

Si la Cámara respectiva no tuviera previsto un procedimiento aplicable, la solicitud será puesta en conocimiento de la otra parte por un plazo de cinco (5) días. Vencido este plazo, la Cámara designará al árbitro dentro de un plazo razonable, salvo que la parte requerida hubiera cumplido con efectuar la designación que le correspondía realizar al dar respuesta a la solicitud.

La Cámara de Comercio está obligada, bajo responsabilidad, a efectuar la designación solicitada por las partes en los supuestos de los Artículos 21º y 22º. No podrá rechazar una solicitud de designación de árbitros, salvo cuando no se cumpla con los requisitos señalados en el segundo párrafo.

La Cámara de Comercio tendrá en cuenta, al momento de efectuar una designación, los requisitos establecidos por las partes y por la Ley para ser árbitro y tomará las medidas necesarias para garantizar su independencia e imparcialidad.

Artículo 31. Procedimiento de recusación.

Las partes pueden acordar libremente el procedimiento de recusación de árbitros o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral. A falta de acuerdo se aplican las siguientes reglas:

1. La recusación debe formularse dentro de los cinco días de notificada la instalación del tribunal arbitral o de conocida la causal, justificando debidamente las razones en que se basa y presentando los documentos correspondientes.
2. El árbitro recusado y la otra parte deben manifestar lo conveniente a su derecho dentro de los cinco días siguientes de notificados con la recusación.
3. Si la otra parte conviene con la recusación o el árbitro renuncia, se procede a la designación del árbitro sustituto en la misma forma en que correspondía designar al árbitro recusado, salvo que exista designado un árbitro suplente.
4. Si la otra parte no conviene con la recusación o el árbitro no renuncia o no se pronuncia, se procede de la siguiente manera:
 - a. Tratándose de árbitro único, resuelve la recusación la institución arbitral que lo ha designado o, a falta de ésta, la Cámara de Comercio correspondiente, según el inciso 5 del Artículo 21º.
 - b. Tratándose de un tribunal arbitral, resuelven la recusación los demás árbitros por mayoría absoluta sin el voto del recusado. En caso de empate, resuelve el presidente del tribunal arbitral, salvo que él sea el recusado, en cuyo caso resuelve la institución arbitral que hubiese efectuado su designación o, a falta de ésta, la Cámara de Comercio correspondiente, según el inciso 5 del Artículo 21º.
 - c. Si se recusa por la misma causa a más de un árbitro, incluido el presidente, resuelve la Cámara de Comercio correspondiente, según el inciso 5 del Artículo 21º. Si el presidente no se encuentra entre los recusados, corresponde a éste resolver la recusación.
5. Culminada la etapa probatoria no proceden recusaciones.

6. El trámite de recusación no suspende el proceso arbitral, salvo cuando así lo decidan los árbitros.

La renuncia de un árbitro a su cargo o la aceptación por la otra parte de su cese no se considerará como un reconocimiento de la procedencia de ninguno de los motivos de recusación invocados. No procede recusación basada en decisiones del tribunal arbitral expedidas durante el transcurso de las actuaciones arbitrales.

En los casos en los que según esta ley corresponda resolver la recusación a una Cámara de Comercio, lo hará la persona u órgano que la propia Cámara determine. A falta de previa determinación, la decisión será adoptada por el máximo órgano de la institución.

La resolución que resuelve la recusación es definitiva e inimpugnable. Si no prosperase la recusación formulada con arreglo al procedimiento acordado por las partes, al reglamento arbitral aplicable o al establecido en este artículo, la parte recusante sólo podrá, en su caso, cuestionar lo decidido mediante el recurso de anulación contra el laudo.

Artículo 33. Libertad de regulación del proceso.

La fecha de recepción de la solicitud para someter una controversia a arbitraje se considera para todos los efectos la de inicio del arbitraje, salvo pacto distinto de las partes.

Corresponde a las partes decidir el lugar del arbitraje y las reglas del proceso. A falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el tribunal arbitral decidirá, con sujeción a esta ley, el lugar y las reglas que considere más apropiadas, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

El proceso arbitral se sujetará a los principios esenciales de audiencia, contradicción y trato igualitario a las partes.

Cuando no exista disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes o por los árbitros, se aplicarán supletoriamente las normas de la presente ley. Si no existe en la presente ley norma aplicable, los árbitros podrán suplir el vacío recurriendo, según su criterio, a los principios generales del derecho, en particular, a los principios arbitrales y a los usos y costumbres.

Artículo 39. Facultad del Tribunal Arbitral para decidir acerca de su competencia.

Los árbitros son competentes para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje por inexistencia,

nulidad, anulabilidad, ineficacia o invalidez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación pretenda impedir que se entre a conocer el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones de prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra excepción u objeción que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales.

Las excepciones u objeciones deberán formularse a más tardar en el momento de presentar la contestación de la demanda o en su caso a la reconvenición, sin que el hecho de haber designado o participado en el nombramiento de los árbitros impida formularlas.

Si en el curso de las actuaciones arbitrales se suscita una materia que exceda el ámbito de competencia de los árbitros, la excepción u objeción debe interponerse en la primera oportunidad que le sea posible a la parte que se considere afectada.

Los árbitros sólo podrán admitir excepciones u objeciones formuladas con posterioridad si la demora resulta justificada. Los árbitros podrán considerar sin embargo estos temas de oficio en cualquier momento.

Los árbitros podrán decidir estas excepciones u objeciones con carácter previo o en el laudo. Si los árbitros desestiman la excepción u objeción como cuestión previa, esta decisión podrá ser impugnada mediante recurso de reposición, sin perjuicio del recurso de anulación contra el laudo final basado en la decisión adoptada. Si la excepción u objeción se desestima en el laudo, sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación.

Si los árbitros amparan la excepción u objeción como cuestión previa, se declaran incompetentes y ordenan la terminación de las actuaciones arbitrales, esta decisión podrá ser impugnada directamente mediante recurso de anulación. Si los árbitros amparan la excepción u objeción como cuestión previa sólo respecto de determinadas materias, las actuaciones arbitrales continuarán respecto de las demás materias y la decisión solo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación luego de expedirse el laudo final.

Artículo 48. Plazo para laudar.

Salvo que las partes o el reglamento arbitral aplicable establezcan otra cosa, el laudo se debe pronunciar dentro del plazo de veinte días de efectuados los informes orales de las partes o, si no lo hubiere, de vencido el plazo para formular alegatos escritos. Los árbitros pueden prorrogar de oficio este plazo hasta por quince días adicionales.

Cualquier plazo de duración del arbitraje establecido por las partes, sólo podrá computarse desde el momento de la instalación del tribunal arbitral. Las partes podrán prorrogar este plazo las veces que estimen necesario o conferir esta potestad a los árbitros.

Artículo 54. Corrección, aclaración, integración y exclusión.

Salvo que las partes o el reglamento arbitral aplicable establezcan plazos diferentes, dentro de los diez días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de ellas puede solicitar a los árbitros:

1. La corrección de cualquier error de cálculo, de copia, tipográfico o de naturaleza similar.
2. La aclaración 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.
3. La integración del laudo por haberse omitido resolver cualquier extremo de la controversia sometido a conocimiento y decisión de los árbitros.
4. La exclusión del laudo de algún extremo que hubiera sido objeto de pronunciamiento sin que estuviera sometido a conocimiento y decisión de los árbitros o que no sea susceptible de arbitraje.

El tribunal arbitral correrá traslado de la solicitud por diez días a la otra parte. Vencido dicho plazo, con la absolución o sin ella, el tribunal arbitral resolverá la solicitud en un plazo de diez días. Este plazo puede ser prorrogado de oficio por diez días adicionales.

Los árbitros podrán también proceder de oficio a la corrección, aclaración, integración o exclusión del laudo, dentro de los cinco días siguientes a su notificación.

La decisión que comprenda una corrección, aclaración, integración y exclusión formará parte del laudo. Contra esta decisión no procede recurso de reposición. La notificación de estas decisiones se sujeta a lo dispuesto en el Artículo 53º.

Si los árbitros no resuelvan las correcciones, aclaraciones, integraciones y exclusiones solicitadas dentro del plazo previsto en este artículo se considerará que la solicitud ha sido denegada. No surtirá efecto ninguna decisión sobre corrección, aclaración, integración y exclusión del laudo notificada fuera de los plazos establecidos.

Artículo 58. Recurso de reposición.

Contra las resoluciones distintas al laudo, sólo procede recurso de reposición ante el tribunal arbitral dentro los tres días siguientes de notificadas, salvo que las partes o el reglamento arbitral aplicable establezcan un plazo diferente.

Presentado el recurso, el tribunal arbitral podrá, a su entera discreción, resolver de plano o correr traslado a la otra parte, por un plazo de tres días. Vencido este plazo, el tribunal arbitral resuelve el recurso.

El recurso no suspende la ejecución de la resolución impugnada, salvo decisión distinta de los árbitros, que no requiere motivación.

La decisión que resuelve el recurso de reposición es definitiva e inimpugnable.

Artículo 61. 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.

El recurso de anulación tiene por objeto la revisión de la validez del laudo únicamente por las causales taxativamente establecidas en el Artículo 73º y se resuelve declarando su validez o su nulidad.

Al resolverse el recurso de anulación 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 expuestos por el tribunal arbitral.

Artículo 71. Interposición del recurso.

El recurso de anulación se interpone ante la Sala Civil competente de la Corte Superior del lugar del arbitraje dentro del plazo de quince días de notificado el laudo de primera instancia o, en su caso, el laudo arbitral de segunda instancia.

Cuando se hubiere solicitado la corrección, aclaración, integración o exclusión del laudo, el recurso de anulación debe interponerse dentro de los quince días de notificada la decisión sobre estas cuestiones o de transcurrido el plazo para su notificación sin que los árbitros se hayan pronunciado. Si los árbitros declararan de oficio la corrección, aclaración, integración o exclusión, el recurso debe interponerse dentro de los quince días de notificada la decisión.

Artículo 72. Requisitos de admisibilidad.

Son requisitos especiales de admisibilidad del recurso de anulación:

1. La presentación de copia simple del laudo arbitral y, en su caso, de las resoluciones sobre corrección, integración, aclaración y exclusión y de sus respectivas notificaciones.

2. La indicación expresa de la causal o las causales de anulación debidamente sustentadas con los medios probatorios correspondientes. Sólo pueden ofrecerse documentos.
3. Cualquier otro requisito que haya sido pactado por las partes o previsto en el reglamento arbitral aplicable.

Artículo 73. Causales de anulación.

El laudo arbitral sólo podrá ser anulado, cuando la parte que alegue una causal, pruebe:

1. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, ineficaz o inválido.
2. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o del desarrollo de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer su derecho de defensa.
3. Que la composición del tribunal arbitral o el desarrollo de las actuaciones arbitrales no se han ajustado al convenio celebrado entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que fuera contrario a una norma imperativa de esta ley, o en defecto de dicho convenio o reglamento, no se ha ajustado a lo establecido en esta ley.
4. Que el laudo resuelve sobre materias no sometidas a decisión de los árbitros.
5. Que el laudo resuelve sobre materias que manifiestamente, de acuerdo a ley, no son susceptibles de arbitraje.
6. Que el laudo se ha dictado fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable, establecido por los árbitros o, en su defecto, por esta ley.

Las causales previstas en los incisos 1, 2 y 3 sólo serán procedentes si fueron objeto de reclamo expreso en su momento ante los árbitros por la parte afectada y fueron desestimados. La misma regla se aplica en el caso del inciso 4 si la inclusión de la materia no sometida a decisión de los árbitros fue planteada antes de la emisión del laudo por las partes o los árbitros conforme el Artículo 39º.

En los casos de las causales de los incisos 4 y 5, la anulación afectará solamente a las materias no sometidas a arbitraje o no susceptibles de arbitraje siempre que puedan separarse de las demás. En caso contrario, la anulación será total.

La causal prevista en el inciso 5 podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación.

La causal prevista en el inciso 6 sólo será procedente si la parte afectada lo hubiera manifestado por escrito de manera inequívoca a los árbitros y su comportamiento en las actuaciones arbitrales posteriores no sea incompatible con este reclamo.

No procede la anulación del laudo si la causal que se invoca ha podido ser subsanada mediante corrección, aclaración, integración o exclusión del laudo y la parte interesada no cumplió con solicitarlo.

Artículo 75. Traslado.

Admitido a trámite el recurso de anulación, la Corte Superior correrá traslado a la otra parte por el plazo de quince días para que exponga lo conveniente a su derecho y ofrezca los medios probatorios correspondientes. Sólo pueden ofrecerse documentos.

Artículo 78. Consecuencias de la anulación.

Anulado el laudo arbitral se procederá de la siguiente manera:

1. Si el laudo arbitral se anula por la causal prevista en el inciso 1 del Artículo 73º, la materia que fue objeto de arbitraje podrá ser demandada judicialmente, salvo acuerdo distinto de las partes.
2. Si el laudo arbitral se anula por la causal prevista en el inciso 2 del Artículo 73º, los árbitros deben reiniciar el arbitraje desde el momento en que se cometió la violación manifiesta del derecho de defensa.
3. Si el laudo arbitral se anula por la causal prevista en el inciso 3 del Artículo 73º, las partes deberán proceder a una nueva designación de árbitros o, en su caso, los árbitros deben reiniciar el arbitraje en el estado en que se produjo la inobservancia del convenio, del reglamento, de la regla o de la norma aplicable.
4. Si el laudo arbitral o parte de él se anula por la causal prevista en el inciso 4 del Artículo 73º, la materia no sometida a arbitraje podrá ser objeto de un nuevo arbitraje de estar contemplada en el convenio arbitral. De lo contrario, la materia podrá ser demandada judicialmente, salvo acuerdo distinto de las partes.
5. Si el laudo arbitral o parte de él se anula por la causal prevista en el inciso 5 del Artículo 73º, la materia no susceptible de arbitraje podrá ser demandada judicialmente.
6. Si el laudo arbitral se anula por la causal prevista en el inciso 6 del artículo 73 y es de aplicación un convenio arbitral, cualquiera de las partes podrá solicitar un nuevo arbitraje. De no existir convenio vigente y no mediar acuerdo distinto de las partes, podrá demandarse judicialmente. Sin embargo, en cualquier caso, dentro los quince días siguientes de notificada la resolución que anula el laudo las partes pueden convenir que sobre la base de las actuaciones la Sala de la Corte Superior que conoció del recurso de anulación resuelva en única instancia sobre el fondo de la controversia.

La anulación del laudo no perjudica los medios probatorios actuados en el proceso arbitral, los que podrán ser apreciados a discreción por los nuevos árbitros o, en su caso, por la autoridad judicial.

Artículo 79. Medida cautelar en sede judicial.

Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la instalación del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él.

Ejecutada la medida, la parte beneficiada debe iniciar el arbitraje dentro de los diez días siguientes, si no lo hubiere hecho previamente. Si no lo hace dentro de este plazo o, habiendo cumplido con hacerlo, no se instala el tribunal arbitral dentro de cuatro meses de ejecutada la medida, ésta caduca de pleno derecho.

Instalado el tribunal arbitral, cualquiera de las partes puede informar a la autoridad judicial de esta instalación con copia del acta respectiva y pedir la remisión a los árbitros del expediente del proceso cautelar. La autoridad judicial, está obligada, bajo responsabilidad, a remitirlo en el estado en que se encuentre al tribunal arbitral.

Artículo 80. Medida cautelar en sede arbitral.

Una vez instalado el tribunal arbitral, a petición de cualquiera de las partes, los árbitros podrán dictar las medidas cautelares que consideren necesarias para garantizar la eficacia del laudo, pudiendo exigir las garantías que estime conveniente para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la medida.

El tribunal arbitral, antes de resolver, correrá traslado de la solicitud a la otra parte por el plazo de cinco días. Sin embargo, podrá adoptar una medida cautelar sin necesidad de correr traslado, cuando la parte solicitante justifique la necesidad de proceder de esa forma para garantizar que la medida no se frustre. En estos casos, una vez ejecutada la medida cautelar, sólo podrá interponerse contra la decisión recurso de reposición.

El tribunal arbitral está facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que haya dictado, así como las medidas cautelares dictadas por la autoridad judicial, incluso cuando se trate de decisiones judiciales firmes. Los árbitros asumen competencia sobre cualquier solicitud de medida cautelar en trámite o en apelación una vez producida la instalación del tribunal arbitral. La demora en la remisión del expediente del proceso cautelar no impide a los árbitros pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada o impugnada.

Artículo 81. Ejecución de medidas cautelares.

Los árbitros están facultados para ejecutar, a pedido de parte, sus propias medidas cautelares, salvo en los casos en que sea necesario el auxilio de la fuerza pública o cuando, a su discreción, no lo estimen conveniente, por considerar que la ejecución judicial resulta más efectiva.

En los casos de incumplimiento de la medida cautelar o cuando se requiera de ejecución judicial, la parte interesada recurrirá al Juez Civil del lugar del arbitraje o del lugar donde deba ser ejecutada la medida. Por el sólo mérito de la copia del convenio arbitral y de la resolución cautelar, el juez procederá a ejecutar la medida sin admitir recursos ni oposición alguna.

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

Artículo 82. Cumplimiento del laudo.

Si la parte obligada no cumple con lo ordenado por el laudo, en la forma y en los plazos establecidos, o si no se hubiera establecido plazos específicos dentro de los tres días de notificada, la parte interesada podrá pedir la ejecución a la autoridad judicial competente, salvo que sea de aplicación el Artículo 84º.

Artículo 83. Garantía de cumplimiento.

La interposición del recurso de anulación no suspende la obligación de cumplimiento del laudo ni su ejecución arbitral o judicial, salvo cuando la parte que impugna el laudo y solicite la suspensión cumpla con el requisito de garantía acordado por las partes o establecido en el reglamento arbitral al que se hubieran sometido. Al admitir a trámite el recurso la Corte Superior verificará el cumplimiento del requisito y, de ser el caso, concederá la suspensión.

Cuando no estuviera estipulado requisito alguno, a pedido de parte, la Corte Superior concederá la suspensión si se consigna la obligación debida o si se presenta fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la otra parte con vigencia no menor de seis meses renovable por todo el tiempo que dure el trámite del recurso y por una cantidad equivalente al valor de la condena contenida en el laudo.

Si una parte o el total de la condena es puramente declarativa o no es valorizable en dinero o si requiere de liquidación o determinación que no sea solamente

una operación matemática, los árbitros señalarán un monto razonable en el laudo para consignar o constituir fianza bancaria y suspender su ejecución, salvo disposición distinta de las partes. En estos casos, o cuando los árbitros no hubieran señalado el monto, la parte impugnante podrá pedir la determinación o graduación del mismo a la Corte Superior que conoce del recurso, quien luego de correr traslado a la otra parte por tres (3) días, fijará el monto definitivo en decisión inimpugnable.

La garantía constituida deberá renovarse antes de su vencimiento mientras se encuentre en trámite el recurso, bajo apercibimiento de ejecución.

Si el recurso de anulación es desestimado, la Corte Superior entrega a la parte acreedora el certificado de consignación o el título de ejecución de la garantía. En caso contrario lo devuelve a quien la entregó.

Artículo 84. Ejecución arbitral.

Los árbitros están facultados para ejecutar sus laudos y resoluciones siempre que medie acuerdo expreso o que se derive tácitamente de la conducta de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable. Sin embargo, los árbitros podrán abstenerse de ejecutar el laudo o sus resoluciones en los casos en que sea necesario el auxilio de la fuerza pública o cuando, a su discreción, no lo estimen conveniente, por considerar que la ejecución judicial resulta más efectiva.

Los árbitros podrán liquidar honorarios adicionales según la complejidad y duración de la ejecución.

En cualquier momento durante la ejecución, cuando los árbitros encuentren que no es posible llevar adelante la ejecución de manera eficaz, cesarán en sus funciones sin incurrir en responsabilidad y entregarán a la parte interesada copia de los actuados correspondientes para que recurra a la autoridad judicial competente a efectos de continuar con la ejecución.

Artículo 85. Ejecución judicial.

La parte interesada podrá pedir la ejecución del laudo ante el Juez Especializado en lo Civil del lugar del arbitraje o donde sea necesario ejecutar el laudo acompañando copia de éste y de sus correcciones, aclaraciones, integraciones y exclusiones y, en su caso, de las actuaciones de ejecución efectuada por los árbitros.

La autoridad judicial por el sólo merito de los documentos referidos en el párrafo anterior procederá a ejecutar el laudo sin admitir oposición alguna basada en razones distintas al cumplimiento o la observancia de las exigencias del Artículo

83º para suspender la ejecución del laudo verificada y decidida por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación correspondiente.

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

Artículo 89. Aplicación de normas de arbitraje nacional.

Son de aplicación a esta Sección los Artículos 4º, 7º, 8Aº, 16º, quinto y sexto párrafos, 19º, 21º, inciso 4, 32º, 35º, 42º, 47º, segundo párrafo, 48º, segundo párrafo, 52º, 61º, tercer párrafo, 62º, 79º, 80º, 81º, 82º, 83º y 84º de la Sección Primera.

Artículo 103. Designación de árbitros por defecto.

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

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

Artículo 105. Procedimiento de recusación.

Las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de los árbitros. A falta de acuerdo, es de aplicación el Artículo 31º, debiendo resolver la recusación, en sustitución de la Cámara de Comercio a que se refiere dicha norma, cuando corresponda, la institución arbitral que la parte recusante señale. La institución arbitral será cualquiera de las ubicadas en el lugar donde debe realizarse el arbitraje, si se hubiere previsto, o cualquiera de las instituciones arbitrales ubicadas en Lima, a elección del interesado.

Artículo 106. Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia

El tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio

arbitral. A ese efecto, un convenio que forma parte de un contrato se considerará independiente de las demás estipulaciones del contrato.

La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no determina la nulidad del convenio arbitral.

La excepción indicada en el párrafo anterior deberá formularse a más tardar en el momento de presentar la contestación. Las partes no se verán impedidas de formular la excepción por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación. La excepción basada en que el tribunal arbitral ha excedido su mandato deberá de oponerse de inmediato. El tribunal arbitral podrá, en cualquiera de los casos, estimar una excepción presentada más tarde, si considera justificada la demora.

El tribunal arbitral podrá decidir las excepciones a que hace referencia este artículo como cuestión previa o en el laudo sobre el fondo, resultando de aplicación lo dispuesto en el sexto párrafo del Artículo 39º.

Artículo 122.- Corrección, aclaración, integración y exclusión del laudo.

Es de aplicación a esta Sección el Artículo 54º, con las siguientes precisiones:

1. El plazo para solicitar la corrección, aclaración, integración y exclusión y para su correspondiente absolución es de veinte días.
2. El plazo para que los árbitros resuelvan una corrección, aclaración, integración y exclusión es de veinte días y con facultad de prórroga de veinte días adicionales.
3. El plazo para que los árbitros dicten de oficio una decisión de corrección, aclaración, integración y exclusión es de quince días.

Artículo 124. Plazo, requisitos y formalidades.

El recurso de anulación sólo podrá formularse dentro de los treinta días contados desde la fecha de notificación del laudo o, de las decisiones a que se refiere el Artículo 122º o de transcurrido el plazo para la notificación de estas últimas decisiones sin que los árbitros se hayan pronunciado.

Son de aplicación los requisitos de admisibilidad establecidos en el Artículo 72º. Si los documentos exigidos no estuvieran redactados en castellano, la parte deberá presentar una traducción a ese idioma de dichos documentos, siendo de aplicación lo dispuesto en el Artículo 96º. El trámite del recurso de anulación será el dispuesto en los Artículos 74º, 75º, 76º y 77º. Sin embargo, el plazo para que los árbitros remitan el expediente arbitral será de quince días.

La autoridad judicial, cuando se le solicite la anulación de un laudo, podrá suspender las actuaciones cuando corresponda y cuando así lo solicite una de las partes, por un plazo que determine, el cual no podrá ser mayor a seis meses, a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal arbitral elimine los motivos para la petición de anulación.

PRIMERA DISPOSICIÓN TRANSITORIA

Los convenios arbitrales, o en su caso las cláusulas y compromisos arbitrales, celebrados con anterioridad a esta Ley, que no estipulen expresamente la clase de arbitraje, se regirán por las siguientes reglas para iniciar un arbitraje después de la vigencia de esta Ley:

1. Para las cláusulas y compromisos arbitrales celebrados bajo la vigencia del Código de Procedimientos Civiles y el Código Civil de 1984 que no establecieron expresamente la clase de arbitraje, se entiende estipulado un arbitraje de derecho.
2. Para los convenios arbitrales celebrados bajo la vigencia del Decreto Ley N° 25935 que no establecieron expresamente la clase de arbitraje, se entiende estipulado un arbitraje de derecho.
3. Para los convenios arbitrales celebrados bajo la vigencia de la Ley N° 26572 antes de su modificación por esta ley, que no establecieron expresamente la clase de arbitraje, se entiende estipulado un arbitraje de conciencia.

Cualquier divergencia sobre la clase de arbitraje deberá ser decidida por los árbitros como cuestión previa a la presentación de la demanda.

SEGUNDA DISPOSICIÓN TRANSITORIA

En aquellos Distritos Judiciales en los que exista o se creen Jueces Comerciales o Salas Comerciales como especialidad o subespecialidad, las causas arbitrales a que se refiere esta ley, al margen de la materia sobre la que versen, serán conocidas por éstos, según corresponda.

PRIMERA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA

Las instituciones arbitrales podrán celebrar convenios de cooperación con instituciones públicas y privadas a efectos de facilitar la ejecución de medidas cautelares o de laudos a cargo de los árbitros en el marco de esta ley.

SEGUNDA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA

A efectos de esta ley, se entiende por Cámaras de Comercio a las Cámaras de Comercio Nacionales que existen en cada provincia de la República.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA

Derogar los artículos 55, 56 y 86 de la Ley General de Arbitraje N° 26572.

*

* *

NOTA: Este *Proyecto Modificadorio* y su respectiva *Exposición de Motivos* ha sido redactado por la *Comisión Técnica encargada de revisar la Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572*. La referida Comisión estuvo integrada por los doctores Alfredo Bullard González (Presidente), Jorge Santistevan de Noriega (Vicepresidente), Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena, Franz Kundmüller Caminiti, Manuel Diego Aramburú Yzaga, Fernando Cantuarias Salaverry, Gastón Fernández Cruz, Gonzalo García-Calderón Moreyra, Eduardo Moane Drago, Roger Rubio Guerrero y un representante del Colegio de Abogados de Lima.

Noticias Arbitrales

LA REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE PRESENTÓ SU EDICIÓN Nº 2

El 13 de junio de 2006 la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE con la colaboración del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú (AmCham Perú) realizó la presentación de su segundo número. La presentación estuvo a cargo de los doctores Jorge Santistevan de Noriega y Fernando Cantuarias Salaverry, con sus conferencias sobre Arbitraje y Jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú y Arbitraje en materia de inversiones a partir de los BIT's, respectivamente. La edición Nº 2 de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE cuenta con artículos de juristas extranjeros de la talla de: José María Alonso (España), Roque J. Caivano (Argentina), C. Ignacio Suárez Anzorena (Argentina), Paolo Di Rosa (Estados Unidos de Norteamérica), Marta Gonzalo Quiroga (España), José Antonio Caínzos (España); y entre nuestros compatriotas encontramos a: Jorge Santistevan de Noriega, Fernando Cantuarias, Alfredo Bullard, Franz Kundmüller, Guillermo Sánchez Bravo y Domingo Rivarola.

DESAYUNO ARBITRAL: «PROTECCIÓN DE INVERSIONES Y ARBITRAJE EN EL CAPÍTULO DE INVERSIONES DEL TLC PERÚ – EE. UU.»

La REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE conjuntamente con el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú (AmCham Perú) organizaron el desayuno ejecutivo denominado: «Protección de Inversiones y Arbitraje en el Capítulo de Inversiones del TLC Perú – EE. UU.». Dicho evento se llevó a cabo el 23 de agosto del presente año en las instalaciones de Amcham Perú. El evento se inició con las palabras de bienvenida a cargo de Aldo Defillipi, Director Ejecutivo de AmCham Perú, y del Dr. Jorge Santistevan de Noriega, Presidente del Comité Editor de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE. La conferencia estuvo a cargo del Dr. Ignacio Suárez Anzorena, consejero legal de *Clifford Chance* (Inglaterra), árbitro con amplia experiencia ante la Corte de Arbitraje de Londres, la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y el Centro Internacional para el Arreglo de Disputas relativas a Inversiones (CIADI). En este desayuno tuvimos la presencia de numerosos árbitros y abogados especialistas en arbitraje.

SE LANZÓ LA PAGINA WEB DEL CÍRCULO PERUANO DE ARBITRAJE

Durante el mes de setiembre de 2006 se ha lanzado desde el Perú la página web del Círculo Peruano de Arbitraje (<http://www.limaarbitration.net>). Es una iniciativa electrónica dedicada a la promoción, desarrollo, estudio, investigación y divulgación del arbitraje y en general de los medios de prevención, gestión y solución de conflictos. El Círculo Peruano de Arbitraje tiene la finalidad de generar un espacio abierto de discusión académica, de información especializada y de debate de decisiones arbitrales o judiciales para contribuir al desarrollo del arbitraje en el Perú y en América Latina. Incluye una revista electrónica: *Lima Arbitration* (<http://www.limaarbitration.entrevista.htm>). El Comité Editorial de Lima Arbitration está conformado por el Dr. Roberto Mac Lean Ugarteche, el Dr. Fernando de Trazegnies Granda, el Dr. Roger Rubio Guerrero y el Dr. Franz Kundmüller Caminiti.

DESAYUNO ARBITRAL: «LEX MERCATORIA Y ARBITRAJE»

La REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE conjuntamente con el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima organizaron el desayuno conferencia internacional denominado: «*Lex Mercatoria* y Arbitraje». Dicho evento se llevó a cabo el 29 de setiembre del presente año en el Auditorio de la Cámara de Comercio de Lima. El evento se inició con las palabras de bienvenida a cargo del Dr. Paolo del Aguila, Secretario General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, y del Dr. Franz Kundmüller Caminiti, Miembro del Comité Editor de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE. La conferencia estuvo a cargo del Dr. Christian Larroumet, Doctor en Derecho por la Universidad de Burdeos, árbitro con amplia experiencia ante la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y del Dr. José Moreno Rodríguez, Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Asunción, Master en Derecho por la Harvard Law School y árbitro internacional. En dicho desayuno participaron numerosos árbitros y abogados especialistas en la materia.

VII CURSO DE FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN EN ARBITRAJE

Del 12 de setiembre al 3 de octubre de 2006, el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, organizó el *VII Curso de Formación y Capacitación en Arbitraje*, de 27 horas de duración, cuyos objetivos fueron proporcionar los conocimientos y las herramientas necesarias para ejercer la función arbitral con imparcialidad y solvencia y para actuar como asesores legales en procedimientos arbitrales.

Los temas abordados en el curso fueron: Conceptos básicos de los MARC´ y del Arbitraje; Convenio Arbitral y Material Arbitrable; Los Árbitros: Requisitos, Incompatibilidad y Recusación; Procedimiento Arbitral; Ética Aplicada al Arbitraje; Aplicaciones prácticas de la Actividad Arbitral; Jurisdicción Ordinaria y Arbitraje; y Arbitraje Internacional.

El dictado del curso estuvo a cargo de especialistas en la materia, tales como: Alfredo Bullard González, Jorge Santistevan de Noriega, Eugenia Sessarego Melgar, Marianella Ledesma Narváez, Franz Kundmüller Caminiti, Christian Carbajal Valenzuela y Gustavo Zambrano Chávez.

DIPLOMADO DE ESPECIALIZACIÓN EN ARBITRAJE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

El día 5 de octubre de 2006 concluyó el curso de Diplomado de Especialización en Arbitraje en la Contratación Pública llevado a cabo por la Oficina de Capacitación Continúa de la Universidad Ricardo Palma y por la Gerencia de Conciliación y Arbitraje del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado - CONSUCODE. Esta actividad de especialización dirigida a profesionales del sector público y privado es única en su género y tuvo una duración de 80 horas y tres meses, concluyendo con un diploma en la especialidad otorgado por la Universidad Ricardo Palma y el CONSUCODE. En el dictado del curso se contó con la colaboración de destacados especialistas en el campo del Derecho Arbitral y de otras ramas del Derecho, incluyendo a parte de los integrantes de la Comisión Revisora de la Ley General de Arbitraje, conformada mediante R.M.No.027-2006- JUS. El curso fue clausurado por el Doctor Iván Rodríguez Chávez, Rector de la Universidad Ricardo Palma y por el Doctor Ricardo Salazar Chávez, Presidente del CONSUCODE, acompañados por el Dr. Jorge Santistevan de Noriega, Presidente del Comité Editorial de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE y por el Dr. Roger Rubio Guerrero, miembro del Círculo Peruano de Arbitraje, quienes tuvieron a su cargo la última mesa redonda del curso sobre Jurisdicción Estatal y Arbitraje.

DIPLOMA DE POSGRADO: «APLICACIÓN DEL TLC CON EE.UU.»

El 17 de octubre, la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) inició el dictado del Diploma de Posgrado: «Aplicación del TLC con EE.UU.», dirigido a exportadores, abogados, economistas, directivos de empresa y responsables de políticas públicas vinculadas a los temas de comercio internacional, inversiones y regulación.

Este diploma de posgrado propone una aproximación multidisciplinaria sobre los compromisos que asumirá el Perú como consecuencia de la aplicación del TLC con EE.UU., así como sobre las ventanas de oportunidad que este tratado generará para los agentes del mercado. Entre otras materias de interés, se abordará la temática del arbitraje, incluida la solución de controversias entre inversionistas y Estados, así como la temática de la solución de controversias entre Estados.

El dictado de este posgrado se encuentra a cargo de destacados especialistas en la materia, tales como Alfredo Ferrero, Luis Díez-Canseco, Pablo de la Flor, Luis Alonso García y Fernando Cantuarias, entre otros.

CURSO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL

En octubre de 2006 el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú organizó el curso «Resolución de Controversias en Materia de Comercio Internacional e Inversión Extranjera» a cargo del Dr. Christian Carbajal Valenzuela, abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Master en Derecho Internacional Económico por la Universidad de Warwick, Inglaterra.

CURSO DE ARBITRAJE EN MATERIA DE CONTRATACIÓN DEL ESTADO Y OBRAS PÚBLICAS

En octubre de 2006 el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú organizó el Curso «Arbitraje en Materia de Contratación del Estado y Obras Públicas» a cargo del Dr. Derik Latorre Boza, abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con experiencia en administración pública y especializado en contratación pública y arbitraje administrativo.

LA REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE y AMCHAM-PERU REALIZARON DESAYUNO SOBRE ARBITRAJE

Dentro de su labor de difusión del arbitraje, como institución fundamental para la solución de controversias, la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE conjuntamente con el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú - AmCham, organizaron el desayuno: «El Estado frente al arbitraje. El auge de la legislación no estatal en el arbitraje».

Este desayuno se inició con las palabras de bienvenida del señor Aldo Defilippi, Director Ejecutivo de AmCham-Perú. Posteriormente, el Dr. Jorge Santistevan de Noriega, en su calidad de Presidente del Comité Editor de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE, realizó la presentación del evento y del expositor invitado Dr. Diego P. Fernández Arroyo, Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid y actual Consultor del Proyecto de Cooperación de Asistencia Técnica Relativa al Comercio - ATRC, proyecto suscrito entre la Unión Europea y al Comunidad Andina en diciembre de 2003 y mayo de 2004. Asimismo, contamos con la participación en su calidad de panelistas de los doctores Guillermo Lohmann Luca de Tena, Fernando Cantuarias Salaverry y Franz Kundmüller Caminiti.

En esta oportunidad, como es habitual, contamos con la presencia de connotados árbitros y abogados especialistas en la materia, que vienen acompañándonos a lo largo de todos estos eventos, con la finalidad de perfeccionar el uso del arbitraje en la solución de controversias.

VI CURSO DE FORMACIÓN EN ARBITRAJE

Del 13 de noviembre al 6 de diciembre de 2006, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, llevará a cabo el «VI Curso de Formación en Arbitraje», el que será dictado por connotados profesionales especialistas en la materia, siendo su principal objetivo lograr que los participantes obtengan un manejo adecuado de los conceptos e instituciones básicas del arbitraje, a fin de que estén en capacidad de brindar asesoría en temas arbitrales, además de tramitar con eficiencia un proceso arbitral.

El curso tendrá una duración de veintisiete (27) horas teórico prácticas y será dictado en la sede institucional del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Mayor información puede recogerse de la página www.camaralima.org.pe.

MAESTRÍA DE DERECHO PROCESAL Y SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

La Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) ha tenido la iniciativa de crear la Maestría de Derecho Procesal y Solución de Conflictos.

Esta propuesta –que cuenta con el apoyo de la Escuela de Posgrado de la UPC y la Sociedad de Economía y Derecho–, tiene por finalidad crear una nueva generación de abogados litigantes, capaces de entender que los conflictos intersubjetivos tienen su propia dinámica, y que por ello, su solución no puede ser abordada desde una sola perspectiva, cual es, la del proceso judicial, sino desde una multidisciplinaria.

Es por esta razón que además de los cursos de especialización en derecho procesal, la maestría ofrece cursos en conciliación, mediación, técnicas de negociación con los que se busca formar a los abogados en gestión y manejo de crisis. Asimismo, la maestría brinda los siguientes cursos de especialización en arbitraje: arbitraje en el Perú, arbitraje internacional, arbitraje en contratación pública y arbitraje en inversión extranjera. Finalmente, la Maestría en Derecho Procesal y Solución de Conflictos propone reforzar las habilidades personales del abogado para que, al asumir una defensa, cualquiera que sea su naturaleza, pueda hacerlo con solvencia lógica y teórica a la vez que de manera persuasiva, impactante y comunicacionalmente eficaz.

CAN REALIZÓ SEMINARIO-TALLER EN MATERIA DE ARBITRAJE COMERCIAL

Dentro del marco del Proyecto de Perfeccionamiento del Sistema de Solución de Controversias, que cuenta con el apoyo del Proyecto Cooperación de Asistencia Técnica relativa al Comercio - ATRC, la Secretaría General de la Comunidad Andina realizó los días 18 y 19 de octubre de 2006 el primer Seminario-Taller destinado al desarrollo de una estrategia andina en relación con el arbitraje comercial.

Mediante este proyecto se busca realizar un análisis de la problemática del arbitraje dentro de los países miembros de la CAN. En este primer seminario participó el Dr. Diego Fernández Arroyo, en su calidad de Consultor del Proyecto ATRC, quien desarrolló el tema: «Funcionamiento del arbitraje en otros bloques comerciales: Problemas estatales».

El seminario-taller, que esta vez se llevó a cabo en la sede de la Secretaría General de Lima - Perú, tiene como propósito desplazar progresivamente a cada uno de los consultores del Proyecto ATRC a cada país miembro de la CAN a fin de analizar los problemas del arbitraje en cada una de los países miembros.

En este primer seminario-taller participaron funcionarios del gobierno, funcionarios de los centros de arbitraje, árbitros, abogados relacionados al arbitraje, magistrados del Tribunal de Justicia, funcionarios de la Secretaría General de la CAN y miembros de nuestra Revista de Arbitraje.

ACTIVIDADES ACADÉMICAS SOBRE ARBITRAJE EN EL MUNDO

A nuestros lectores, informamos los eventos académicos que sobre Arbitraje se han realizado o se llevarán a cabo en diferentes países del mundo. (Mayor información: www.kluwarbitration.com).

Setiembre:

- England: *LCIA Young International Arbitration Group Symposium* (8 September 2006)
- England: *LCIA European Users' Council Symposium* (8-10 September 2006)
- Paris: *PIDA Seminar on International Contracts at ICC International Chamber of Commerce* (11-14 September 2006)
- Chicago: *LCIA North American Users' Council Symposium* (16 September 2006)
- Chicago: *Mediating Across Borders: ICDR International Mediator Skills Training Programme* (15-17 September 2006)
- Chicago: *IBA Conference* (17-22 September 2006)

Octubre:

- Singapore: *AAA-ICC-SIAC Conference* (3 - 4 October 2006)
- Washington, D.C.: *A Four-day Conference on How to Handle a BIT Arbitration* (9 - 12 October 2006)
- Paris: *PIDA Training on International Commercial Arbitration at the ICC International Chamber of Commerce* (9 - 12 October 2006)
- Switzerland: *WIPO Arbitration Workshop* (17-18 October 2006)
- Mexico: *LCIA Latin American Users' Council Symposium* (28 October 2006)
- Brazil: *ICC Latin American Arbitration Day* (30 October 2006)

Noviembre:

- Denmark: *Arbitration Day 2006* (2 November 2006)
- Miami: *4th Annual ICC Conference on International Commercial Arbitration in Latin America* (5-7 November 2006)
- Paris: *ICC Workshop International Advanced Arbitration Practice* (13 - 14 November 2006)
- Dubai UAE: *An International Commercial Arbitration Training Course Stage* (7 - 10 November 2006)
- Dubai UAE: *Alternative Dispute Resolution in International Oil and Gas Contracts* (13 - 14 November 2006)

- Current Issues in ICC Arbitration: *What You Need to Know to Enhance Your International Practice* (15 November 2006)
- Washington: *LCIA Symposium in co-operation with ICSID* (18 November 2006)

Diciembre:

- London: *International Arbitration - Has London met the challenge?* (1 December 2006)
- Vienna: *Schiedsgerichtsbarkeit und Schiedsrecht in den CEE - und Balkan - staaten* (1 - 2 December 2006)
- Hong Kong: *Asia Pacific Regional Arbitration Group Conference* (3 - 5 December 2006)

2007**Febrero:**

- New York: *A Comprehensive training in Commercial Arbitration* (22 - 24 February 2007)
- Singapore: *ICMA XVI Congress in 2007* (26 February-2 March 2007)

Marzo:

- Madrid: *LCIA European Users' Council Symposium* (3 March 2007)
- Buenos Aires: *ITA's Buenos Aires Workshop on Investment treaty Arbitration in the 21st century* (16 - 17 March 2007)

SOBRE LOS AUTORES

(Por orden alfabético)

JAIME DAVID ABANTO TORRES (PERÚ)

Abogado por la Universidad de Lima. Estudios de Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex Miembro de la Comisión Revisora de la legislación sobre conciliación extrajudicial. Ex Director de la Escuela Nacional de Conciliación Extrajudicial. Ex Conciliador Extrajudicial del Centro de Conciliación Runa Tupay. Editor de las revistas digitales Hechos de la Justicia y Derecho & Cambio Social. Autor de diversos artículos en materia jurídica y de medios alternativos de resolución de conflictos. Juez Titular del Primer Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Lima. (E-mail: jabanto@pj.gob.pe).

LISE DE ALMEIDA (BRASIL)

Abogada. Master en Derecho (LL.M.) por la *Harvard Law School*. Doctora en Derecho por la *Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. Socia de L. O. Baptista Advogados, Sao Paulo, Brasil, donde integra el grupo de arbitraje. Ha intervenido en arbitrajes comerciales internos e internacionales representando empresas brasileras y extranjeras, incluyendo arbitrajes UNCITRAL, LCIA, CCI, AAA y CIESP. (E-mail: mailto:la@baptista.com.br)

SILVIA JULIO BUENO DE MIRANDA (BRASIL)

Abogada en la firma L. O. Baptista Advogados, Sao Paulo, Brasil. Licenciada en Derecho por la *Pontificia Universidade Católica de São Paulo*. Estudió Derecho Societario y Arbitraje en la *Fundação Getúlio Vargas* (GVLaw - SP) en Sao Paulo. Entre 2005 y 2006, fue profesora asistente de los cursos de Negociación y Derecho Corporativo en la Fundación Getúlio Vargas (CEAG-SP) en

Sao Paulo. Actualmente cursa el Master en Derecho (LL.M.) en la *University of Michigan Law School*. (E-mail: sjbmiranda@gmail.com)

ALEXANDER CAMPOS MEDINA (PERÚ)

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master (LL.M.) en *Corporate Law* por la Universidad de Nueva York (NYU). Socio del Estudio Navarro Abogados, coordinador del Grupo de Derecho de la Construcción, Financiamiento de Proyectos y Contratación Pública. Miembro de la lista de árbitros del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima y del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE). (E-mail: acampos@navarro.com.pe)

FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY (PERÚ)

Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Perú. Miembro de la lista de árbitros del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, del Centro de Conciliación y Arbitraje (CEARCO), del Centro de Arbitraje del Colegio de Abogados de Lima, del Centro de Arbitraje de AMCHAM-Perú, del Centro de Arbitraje del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL) y del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del *Board of Reporters of the Institute of Transnational Arbitration* (ITA). (E-mail: fcantuar@upc.edu.pe).

MARK A. CYMROT (EE.UU.)

Socio de *Baker & Hostetler LLP* en Washington, D.C.. Jefe del Área de Litigios Internacionales y de Arbitraje. Consejero y árbitro en arbitrajes internacionales. Sus casos han involucrado una amplia variedad de problemas comerciales y financieros, que incluyen fraude, seguridades, competencia desleal, RICO (*Racketeer Influenced and Corrupt Organizations*), banca, bienes raíces y muchos otros asuntos. Defendió exitosamente a la República del Perú en 55 procesos en 5 países entablados por los principales bancos internacionales que buscaban la devolución de más de \$ 10 billones de deuda soberana. (E-mail: mzymrot@bakerlaw.com)

ALFREDO DE JESÚS O. (VENEZUELA)

Abogado *cum laude* egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Master (DEA) en Derecho Privado de la *Université Panthéon-Assas*,

Paris II. Master (DEA) en Derecho Comercial y Económico de la *Université Panthéon Sorbonne*, Paris I. Investigador Asociado del Centro de Investigaciones Jurídicas de la UCAB. Secretario General Adjunto del Comité Venezolano de Arbitraje y de la Asociación Andrés Bello de juristas franco-latino-americanos. Responsable de la «Crónica de Arbitraje Comercial» de la Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia. Director Científico del Boletín del Comité Venezolano de Arbitraje. Reportero Venezolano del *Institute for Transnational Arbitration* (ITA). Miembro Correspondiente de la Sociedad de Legislación Comparada. Autor de varios libros y artículos en materia de derecho de las obligaciones y arbitraje. Socio del estudio jurídico Hinestrosa, De Jesús De Jesús & Sánchez. (E-mail: adejesuso@cvarbitraje.com)

ELLIOT J. FELDMAN (EE.UU.)

Socio en *Baker & Hostetler LLP* en Washington D.C. Jefe del Área de Comercio Internacional de la firma. Su labor se concentra en todas las formas de remedios que afectan al movimiento de mercancías y servicios a través de las fronteras internacionales. Asesora a gobiernos extranjeros, corporaciones americanas y extranjeras y a individuos en asuntos de política comercial y litiga en disputas comerciales internacionales en los más importantes foros americanos y, ocasionalmente, en países extranjeros. (E-mail: efeldman@bakerlaw.com)

DYALÁ JIMÉNEZ FIGUERES (COSTA RICA)

Abogada, trabajó en el despacho del Primer Vice Presidente de la República de su país, impulsando los proyectos y la legislación en resolución de conflictos. Master por la Universidad de Georgetown en Estados Unidos. Directora para América Latina de los servicios de resolución de controversias de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) que está basada en Santiago de Chile. Actualmente trabaja en la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI desde el año 2000, primero como Consejera Adjunta en el equipo latinoamericano de la Secretaría de la Corte y después como directora del equipo ADR y Peritaje. (E-mail: dyala.jimenez@iccwbo.org)

FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI (PERÚ)

Abogado y Catedrático Universitario. Estudios de Maestría en Derecho Internacional Económico en la Pontificia Universidad Católica del Perú-PUCP. Profesor en el curso de arbitraje nacional e internacional por la misma universidad. Gerente de Conciliación y Arbitraje del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado Peruano. Miembro de la comisión

multisectorial negociadora de los tratados bilaterales de inversión del Estado Peruano y negociador por el Perú en el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos, Grupo de Inversiones. Árbitro en la lista de árbitros del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP. (E-mail: fkundmuller@consucode.gob.pe).

RAFAEL HINOJOSA SEGOVIA (ESPAÑA)

Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid (UCM), España. Abogado, Consejero de Cuatrecasas Abogados. Profesor de arbitraje y solución extrajudicial de conflictos en el Instituto de Empresa de Madrid. Profesor Titular de la Escuela de Práctica Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Miembro Titular del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y de la *International Association of Procedural Law*. Miembro de la lista de árbitros de la Corte de Arbitraje de Madrid, de la Corte Española de Arbitraje y de la Corte de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Asociado al Club Español del Arbitraje. (E-mail: rhinojos@der.ucm.es).

CARLOS LASARTE ÁLVAREZ (ESPAÑA)

Catedrático de la Universidad de Sevilla (1980-89). Secretario General y Vicerrector del Profesorado, durante los años 1989-1992. Vocal de la Comisión gestora encargada de la instauración de la Universidad Carlos III de Madrid. Catedrático de Derecho Civil en la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación. Desde 2004, Presidente de la sección española de la Comisión Internacional del Estado Civil. (E-mail: clasarte@wanadoo.es)

MARÍA HAYDÉE MIGUEL (ARGENTINA)

Abogada egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires, Argentina, con Diploma de Honor. Master en Derecho (L.L.M) por la *Harvard Law School*. Ex docente en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires. Ex Vicepresidente del Comité de Derecho Arbitral Internacional de la Federación Interamericana de Abogados. Se desempeña actualmente en el ámbito de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Economía de la Nación Argentina. Coordinadora de la Comisión de Arbitraje y Conciliación del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Argentina; comisión que elaboró el Proyecto de Régimen de Conciliación y Arbitraje que fuera aprobado por el Consejo Directivo del Colegio y es el actualmente vigente. Miembro de la Comisión

Coordinadora del Centro Multipuertas de dicho Colegio. Es una de las representantes del citado Colegio ante la Comisión de Arbitraje de la FACA (Federación Argentina de Colegios de Abogados). Miembro fundador del CARAT (Comité Argentino de Arbitraje Nacional y Transnacional). Ha escrito artículos y participado en paneles sobre su especialidad. (E-mail: mmigue@mecon.gov.ar).

JULIO CÉSAR RIVERA (ARGENTINA)

Abogado y doctor en Jurisprudencia por la Universidad del Salvador, Buenos Aires, Argentina. Profesor Titular de Derecho Civil en las Universidades Nacional de Buenos Aires y Argentina de la Empresa; y de Concursos y Papeles de Comercio en la Universidad Nacional del Litoral. Ex Juez de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, integró la comisión que redactó las leyes de concursos y quiebras, de fideicomiso y del proyecto de Código Civil de 1998. Es miembro de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, de la Asociación Argentina de Derecho Comparado y del Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT). Integra las listas de árbitros del Protocolo de Solución de Controversias en el MERCOSUR; actúa habitualmente como árbitro en arbitrajes ICC y bajo otras reglas. Es autor de 15 libros y 200 artículos publicados en Argentina, España, Italia, Francia, México, Paraguay, Perú, Uruguay, Brasil y Colombia. (E-mail: juliocesar@rivera.com.ar)

MICHAEL S. SNARR (EE.UU.)

Asociado de *Baker & Hosteller LLP* en Washington, D.C. Se desempeña en el Área de Comercio Internacional de la firma. Su labor se enfoca en litigios sobre comercio internacional y disputas en materia de inversiones. Representa a clientes en temas *antidumping* y en litigios sobre derecho compensatorio, Sección 2001 investigaciones y casos de arbitraje internacional. (E-mail: msnarr@bakerlaw.com)

FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA

Abogado y Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho, de la Academia Peruana de la Lengua y de la Academia Nacional de Historia. Socio del Estudio de Trazegnies, Abogados. Presidente y miembro de tribunales arbitrales y árbitro unipersonal en numerosas controversias. Ha publicado diversos trabajos jurídicos y obras de ficción, entre los cuales destacan *La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX* (1980); *Ciriaco de Urtecho*,

litigante por amor (1981, traducido al eslovaco en 2002); *La responsabilidad extracontractual* (1988 y Bogotá, 1999); *En el país de las colinas de arena* (Lima, 1994; traducido al chino en 1999) y la obra de ficción *Imágenes Rotas* (Lima: Ediciones del Dragón, 1992). (E-mail: ftrazeg@pucp.edu.pe)

FERNANDO VIDAL RAMÍREZ (PERÚ)

Abogado y Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ex Presidente y Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Miembro Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina) y Miembro honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid (España). Corresponsal nacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional – CNUDMI. Ha integrado la Comisión de Reforma del Código Civil Peruano. Ex Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Profesor honorario en diversas Facultades de Derecho y Colegios de Abogados. Ha publicado, entre otros libros, *El acto jurídico, Prescripción extintiva y caducidad*; *El Derecho Civil en sus conceptos fundamentales*; *Manual de Derecho Arbitral*; así como diversas obras colectivas y artículos en revistas especializadas. (E-mail: fevidal@rmv-law.com.pe).

AGRADECIMIENTOS

El Comité Editor de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE agradece a las personas e instituciones que han colaborado, directa e indirectamente, en la publicación del tercer número de nuestra revista:

Cámara de Comercio de Lima • Centro de Arbitraje de AmCham Perú • Clifford Chance (Inglaterra) • Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado - CONSUCODE • Diario Oficial «El Peruano» • Editora Jurídica GRIJLEY • Estudio Barreda Moller • Estudio de Trazegnies Abogados • Estudio Ferrero Abogados • Estudio Jorge Avendaño V. • Estudio Lema, Solari & Santiváñez • Estudio Luis Echeopar García • Estudio Muñoz, Ramírez, Pérez-Taiman & Luna-Victoria Abogados • Estudio Navarro, Ferrero & Pazos Abogados • Estudio Olaechea • Estudio Pizarro, Botto & Escobar • Estudio Rodríguez Larraín Abogados • Estudio Roselló • Estudio Rubio, Leguía, Normand y Asociados • Estudio Santistevan de Noriega & Asociados • Estudio Shoschana Zusman Abogados • Estudio Yori Abogados • Revista Legal bilingüe COLUMNAS • Revista de Economía y Derecho • Semana Económica • Centro de Arbitraje de México • Comité Venezolano de Arbitraje.

Aldo Defilippi Traverso • Alex Campos Medina • Alfonso Gómez-Acebo • Alfredo De Jesús O. (Venezuela) • Alvaro Loredo Romero • Ana María Martínez Berndt • Augusto Ferrero • C. Ignacio Suárez Anzorena (Argentina) • Carlos Cornejo • Carlos Lasarte Alvarez (España) • Carola Bustamante Rosales • Cecilia Manrique Santiago • Claudia Vásquez • Dyalá Jiménez Figueres (Costa Rica) • Eduardo Barboza Beraun • Elena Romero Mejía • Elliot Feldman (EE. UU.) • Emilio Rodríguez •

Erika Cáceres Román • Esteban Alvarado Yanac • Esteban Balbi
 • Eugenio Hernández-Bretón • Fernando de Trazegnies Granda
 • Fernando Vidal Ramírez • Fernando Zuzunaga Del Pino •
 Francisco Avendaño Arana • Francisco José del Solar • Frank
 Araujo Ramírez • Hugo Alberto Morote Nuñez • Jaime David
 Abanto Torres • Janett M. Ruíz Rebaza • Jessica Delgado •
 Jessica Hondermann • Jessica Johnson • Jorge Avendaño V. •
 Jorge Chacaltana • Jorge Muñiz Ziches • Jorge Pérez-Taiman •
 José Barreda • José Butrón Fuentes • José Luis Sardón • Juan
 Caballero • Julio César Rivera (Argentina) • July Melissa Gutiérrez
 Zanelli • Karla Espinoza Villanueva • Katty Mendoza Murgado •
 Kenneth Olsen Martens • Lise de Almeida (Brasil) • Luis Manuel
 Vinatea Recoba • Luis Pizarro Aranguren • Manuel Villa-García
 Noriega • María Avalos Cisneros • María Haydée • Miguel
 (Argentina) • María Hidalgo • Mark A. Cymrot (EE. UU.) • Mayte
 Remy Castagnola • Melina Martínez Nuñez • Mercedes Valencia
 Mendoza • Michael Snarr (EE. UU.) • Miguel La Rosa Yarleque •
 Nicole Rosado • Patricia Salas Ponce • Rafael Hinojosa Segovia
 (España) • Ricardo Escobar • Ricardo Yori • Richard Linares
 Cabanillas • Roberto Santivañez Seminario • Rocío Paredes
 Morales • Ronald Aparicio Soria • Sergio Barboza • Silvia
 Bueno (Brasil) • Shoschana Zusman Timman • Sofía Nathalie
 Tequén Córdova • Rosalyn Susana Maguiña.

Los interesados en colaborar con la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE mediante sugerencias, comentarios, noticias, artículos, laudos arbitrales o decisiones judiciales para su publicación pueden contactarse con el Comité Editor en la siguiente dirección: Av. Pardo Nro. 1540, Miraflores, Lima 18 – Perú, Tlf. (51-1) 710-7783, 221-5260, Fax: (51-1) 421-7614, e-mails: jorge@santistevandenoriega.com y csoto@munizlaw.com

El Comité Editor agradece todo envío sin comprometerse a su publicación.

Índices Históricos

CONTENIDO

Primer Número de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE 1/2005

DOCTRINA

- ♣ Guiado por una mano invisible. El orden público al amparo del capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)
HENRI ALVAREZ (*Canadá*)
- ♣ Algunas reflexiones sobre el alcance de la protección de las inversiones en el marco de los tratados firmados por Argentina
OSVALDO J. MARZORATI (*Argentina*)
- ♣ El arbitraje y los tratados de libre comercio
FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI (*Perú*)
- ♣ Regulación nacional del arbitraje y la Convención de Nueva York
BERNARDO M. CREMADES (*España*)
- ♣ ¿Cuándo estamos ante un arbitraje nacional o internacional conforme a la Ley General de Arbitraje?
FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY (*Perú*)
- ♣ Arbitraje institucional o arbitraje ad-hoc ¿He ahí el dilema?
PAOLO DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO (*Perú*)
- ♣ Interferencia judicial en los arbitrajes
GUILLERMO LOHMANN LUCA DE TENA (*Perú*)

LAUDOS ARBITRALES NACIONALES

Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE)

- ⤴ **Caso Arbitral N° 015-2002/SNCA-CONSUCODE**
 Demandante: Javi Contratistas Generales S.A.
 Demandado: Instituto Nacional Penitenciario - INPE
- ⤴ **Caso Arbitral N° 082-2003/SNA-CONSUCODE**
 Demandante: Jenny Hortensia Egüsquiza Oliveros
 Demandado: Instituto Nacional de Desarrollo - INADE

LAUDOS ARBITRALES INTERNACIONALES

Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)

- ⤴ **Caso Nro. ARB/03/4**
 Demandante: Empresas Lucchetti S.A. y Lucchetti Perú S.A.
 Demandado: República del Perú
- ⤴ **Caso Nro. ARB/97/3**
 Demandante: Compañía de Aguas del Aconguija S.A. y
 Vivendi Universal (antes *Compagnie Générale des Eaux*)
 Demandado: República Argentina

NOTAS DE INTERÉS

- ⤴ Directorio de Centros de Arbitraje
- ⤴ Repertorio de Leyes de Arbitraje
- ⤴ Circular de la Corte Suprema de la República del Perú:
Sobre el respeto a la autonomía de la jurisdicción arbitral
- ⤴ Fallo de la Corte Suprema de la República del Perú:
Reconocimiento de la jurisdicción arbitral e inexistencia
de conflicto de competencia entre jueces y tribunales arbitrales

SOBRE LOS AUTORES

CONTENIDO

Segundo Número de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE 2/2006

DOCTRINA

- ✦ Arbitraje y jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú
JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA (*Perú*)
- ✦ Requisitos para ser árbitro
FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY (*Perú*)
- ✦ La independencia e imparcialidad de los árbitros
JOSÉ MARÍA ALONSO (*España*)
- ✦ Planteos de inconstitucionalidad en el arbitraje
ROQUE J. CAIVANO (*Argentina*)
- ✦ Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos
ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ (*Perú*)
- ✦ Arbitrajes mixtos y Ley aplicable en el TLC - Países Andinos con USA
FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI (*Perú*)
- ✦ Introducción a los requisitos *rationae materiae* y *rationae personae* del arbitraje bajo el Convenio CIADI
C. IGNACIO SUÁREZ ANZORENA (*Argentina*)
- ✦ La jurisdicción *ratione temporis* en arbitrajes bajo los Tratados Bilaterales de Inversiones
PAOLO DI ROSA (*Estados Unidos de Norteamérica*)

- ⤴ El arbitraje internacional CIADI y la protección de las inversiones. Nuevas tendencias y alcances de los BITs
 GUILLERMO SÁNCHEZ BRAVO (*Perú*)
- ⤴ Tratamiento del arbitraje internacional en la vigente legislación española de arbitraje
 MARTA GONZALO QUIROGA (*España*)
- ⤴ ¿Por qué España? Razones para elegir España como sede de arbitrajes internacionales
 JOSÉ ANTONIO CAÍNZOS (*España*)

LAUDOS ARBITRALES NACIONALES

Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE)

- ⤴ **Expediente Arbitral N° 080-2004/SNCA-CONSUCODE**
 Demandante: Urgencia Postal S.A.
 Demandado: Empresa Peruana de Servicios Editoriales S.A. (Editora Perú)
 Materia: Indemnización por daños
- ⤴ **Expediente Arbitral N° 149-2003/SNCA-CONSUCODE**
 Demandante: Superconcreto del Perú S.A.
 Demandado: Municipalidad Provincial de Piura
 Materia: Resolución de contrato

LAUDOS ARBITRALES INTERNACIONALES

Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)

- ⤴ **Caso Nro. ARB (AF) / 97 / 1**
 Demandante: Metalclad Corporation
 Demandado: Estados Unidos Mexicanos
- ⤴ **Caso Nro. ARB (AF) / 97 / 2**
 Demandante: Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca
 Demandado: Estados Unidos Mexicanos

DECISIONES CONSTITUCIONALES Y JUDICIALES

Tribunal Constitucional

- ✧ Exp. N° 6167-2005-PHC/TC - LIMA
Fernando Cantuarias Salaverry
- ✧ Comentario de la Sentencia del Tribunal Constitucional:
«Los dilemas de constitucionalizar el arbitraje»
J. DOMINGO RIVAROLA REISZ (*Perú*)

Corte Superior de Justicia de Lima

- ✧ **Anulación de Laudo Arbitral**
Exp. N° 598-2003
Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima
Demandante: Ministerio de Transportes y Comunicaciones
Demandado: Telefónica del Perú S.A.A. y otro
- ✧ **Anulación de Laudo Arbitral**
Exp. N° 384-2003
Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima
Demandante: Distribución Eléctrica de Lima Norte S.A.A. (EDELNOR)
Demandado: Estación de Servicios El Obelisco S.A.

Corte Superior de Justicia de Lima – Primera Sala Civil Subespecializada Comercial

- ✧ **Anulación de Laudo Arbitral**
Exp. N° 195-2005
Demandante: Repsol Comercial S.A.C.
Demandado: Compañía Minera e Industrial Sagitario S.A.

NOTICIAS ARBITRALES

SOBRE LOS AUTORES

AGRADECIMIENTOS

ÍNDICE GENERAL

<i>Contenido</i>	5
<i>Presentación</i>	9

DOCTRINA

¿*LEX MERCATORIA* REDIVIVA?

PRIMERA PARTE: DE LA EDAD MEDIA
A LA POSTMODERNIDAD

FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA
(Perú)

I. Introducción	16
II. Orígenes y características del concepto	17
III. La modernidad	20
IV. La era de la globalización	23
V. Las motivaciones del nuevo derecho comercial transnacional	25
1. El extranjero como parte débil	25
2. La homogenización del trato legal	27
VI. Las fuentes del nuevo derecho transnacional	28
VII. Un nuevo derecho transnacional consuetudinario	31
1. La costumbre como parte integrante de Derecho Internacional obligatorio	31
2. La flexibilidad de un orden jurídico consuetudinario	34

3. El problema de la coerción	36
4. Los grandes principios del Derecho Internacional Consuetudinario de los Negocios	39
a. El trato correcto y equitativo	42
b. Legítimas expectativas	45
c. La no confiscación de los bienes de un extranjero	47
VIII. ¿ <i>Lex mercatoria</i> rediviva?	49

JURISDICCIONALIDAD DEL ARBITRAJE

FERNANDO VIDAL RAMÍREZ

(Perú)

Jurisdiccionalidad del arbitraje	53
--	----

LA SALA CONSTITUCIONAL Y EL ARBITRAJE COMERCIAL. HACÍA UN RÉGIMEN RACIONAL DEL CONTROL JUDICIAL DEL LAUDO ARBITRAL EN EL DERECHO VENEZOLANO

ALFREDO DE JESÚS O.

(Venezuela)

Introducción	64
A. Evolución del sistema: del caso Venezolana de Televisión C.A. c/ Electronica Industriale S.P.A., al caso Corporación Todosabor C.A. c/ Haagen Dazs International Shoppe Company INC.	77
1. Del caso <i>Venezolana de Televisión C.A. c/ Electronica Industriale S.P.A.</i> , y el uso <i>irracional</i> del derecho constitucional	78
a. Los árbitros no están llamados a asegurar la integridad de la Constitución	80
i. Los árbitros no «ejercen la jurisdicción venezolana»	81
ii. Los árbitros no tienen la obligación de aplicar la Constitución	84
b. Los laudos arbitrales no pueden ser objeto de amparo constitucional aunque su ejecución eventualmente tenga lugar en el país	88

i.	El recurso de amparo constitucional contra un laudo arbitral es contrario al sistema venezolano del arbitraje comercial	88
ii.	El laudo arbitral no es una sentencia judicial y tiene un régimen de impugnación propio que resulta incompatible con el régimen del amparo constitucional	91
2.	Al caso <i>Corporación Todosabor C.A. c/ Haagen Dazs International Shoppe Company INC</i> , y el uso racional del derecho constitucional	94
a.	Intentar evitar la ejecución de un laudo arbitral por un medio distinto a los previstos por los instrumentos del arbitraje comercial constituye una violación constitucional (Nokia de Venezuela S.A. c/ Digicel C.A.)	96
i.	La declaratoria de nulidad o de suspensión de la ejecución de un laudo arbitral por una vía distinta a las previstas por los instrumentos del arbitraje comercial constituye una violación grave	96
ii.	La solicitud de nulidad o de suspensión de la ejecución de un laudo arbitral por una vía distinta a las previstas por los instrumentos del arbitraje comercial constituye un fraude procesal	98
b.	Intentar la anulación de un laudo arbitral por un medio distinto a los previstos por los instrumentos del arbitraje comercial constituye una violación constitucional (Corporación Todosabor C.A. c/ Haagen Dazs International Shoppe Company INC)	101
i.	El recurso de amparo constitucional no puede sustituirse al mecanismo específico de impugnación de los laudos arbitrales	104
ii.	La inadmisibilidad de recursos de amparo constitucional en contra de laudos arbitrales ni desconoce ni contradice la Constitución	107
B.	Futuro del sistema: Más allá del caso <i>Corporación Todosabor C.A. c/ Haagen Dazs International Shoppe Company INC</i>	110
1.	El rechazo absoluto de las ideas sobre el control constitucional del laudo arbitral	111

a. El pretendido control constitucional del laudo arbitral es contrario a nuestro ordenamiento jurídico	112
b. El pretendido control constitucional del laudo arbitral no se sostiene en fundamentos jurídicos	114
2. El rechazo absoluto del recurso de amparo constitucional contra el laudo arbitral	116
a. Es necesario superar los temores relativos a la eliminación absoluta del recurso de amparo constitucional contra los laudos arbitrales	118
i. Los criterios de la Sala Constitucional sobre la admisibilidad del recurso de amparo constitucional contra los laudos arbitrales reposan sobre graves errores de derecho	120
ii. Los medios específicos del control judicial de los laudos arbitrales siempre serán adecuados para garantizar la eficacia de la justicia arbitral	122
b. La superación de los temores relativos a la eliminación absoluta del recurso de amparo constitucional es imprescindible para garantizar la eficacia de la justicia arbitral	125
i. Un recurso de amparo constitucional no puede convertirse en un mecanismo para obstaculizar la eficacia del desarrollo del procedimiento arbitral	126
ii. Un recurso de amparo constitucional no puede convertirse en un mecanismo para obstaculizar la eficacia del resultado del procedimiento arbitral	128
Conclusión general	135

EL ARBITRAJE EN LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL Y LA PROCEDENCIA DEL AMPARO
CONTRA LAUDOS ARBITRALES

JAIME DAVID ABANTO TORRES

(Perú)

I. Introducción	138
II. El arbitraje en la Constitución de 1993. ¿ <i>Jurisdicción arbitral o heterocomposición</i> ?	140

III. Naturaleza jurídica del arbitraje	143
IV. Semejanzas y diferencias entre el arbitraje y otros MARC's con el proceso judicial	144
V. La tesis del monopolio judicial del estado y la tesis de los medios alternativos	145
VI. La intervención del Poder Judicial en el arbitraje	146
VII. Resoluciones del Tribunal Constitucional relacionadas con la Ley General de Arbitraje	147
7.1. La competencia de los árbitros debe discutirse en sede arbitral o en sede judicial mediante el recurso de apelación	148
7.2. Procedencia de la excepción de convenio arbitral	149
7.3. Legitimidad para obrar pasiva	151
VIII. El Tribunal Constitucional abre la puerta	153
8.1. Procedencia del amparo contra resoluciones judiciales por violación al debido proceso	153
8.2. Procedencia del amparo contra laudos arbitrales por vulneración al debido proceso, a la tutela judicial efectiva o a otros derechos	158
8.3. La designación de árbitros debe recaer en personas idóneas imparciales e independientes	160
8.4. Procedencia de amparo por denegación del recurso de anulación de laudo arbitral	162
8.5. Improcedencia del amparo contra la resolución que desestima una demanda arbitral dirigida contra una persona equivocada	163
IX. El precedente vinculante sobre arbitraje. El caso Cantuarias Salaverry	165
X. Un voto singular	175
XI. ¿Es inconstitucional el arbitraje obligatorio?	179
XII. El caso del Tribunal Arbitral Sulliden-Algamarca	180
XIII. A modo de conclusión	190

APUNTES SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL
EN LA REPÚBLICA POPULAR DE CHINA

DYALÁ JIMÉNEZ FIGUERES
(Costa Rica)

I.	Introducción	195
II.	Experiencia en la CCI con casos involucrando «elementos chinos»	196
III.	Consideraciones para casos en que la sede es en China	197
	A. Campo de aplicación de la ley china de arbitraje	197
	B. Validez del acuerdo arbitral	199
	C. Derecho de fondo y constitución del tribunal arbitral	200
	D. Procedimiento	201
	E. Arbitraje institucional y arbitraje CCI	202
	F. Nulidad y ejecución de laudos	204
IV.	Consideraciones para casos en que la sede es fuera de China	206
	A. Decisiones relacionadas con los acuerdos arbitrales	206
	B. Ejecución de laudos extranjeros	207
V.	Conclusión	208

EL ARBITRAJE EN LOS AIIs 2005 – 2006.
BALANCE GENERAL E INNOVACIONES

FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI
(Perú)

1.	Consideraciones generales, contexto y volumen de casos arbitrales	209
2.	El perfeccionamiento de los aspectos procesales arbitrales y las normas sustantivas	220
	2.1. Los temas procesales generales	221
	2.1.1. No adjudicación	221
	2.1.2. No a las demandas «frívolas»	222
	2.1.3. Arbitrabilidad	224

2.1.4. Aspectos cronológicos luego de la entrada en vigencia del AII	226
2.2. Los temas procesales específicos	227
2.2.1. Transparencia	227
2.2.2. Acumulación	229
2.2.3. Apelación	230
2.2.3.1. Apelación ventajas	231
2.2.3.2. Apelación desventajas	231
2.3. Mejoramiento de capacidades arbitrales	232
2.4. Los temas sustantivos	233
2.4.1. Trato nacional	233
2.4.2. Cláusula de la nación más favorecida	234
2.4.3. Trato justo y equitativo	235
2.4.4. Expropiación indirecta	236
2.4.5. Interpretación del tratado y arbitraje	238
3. Conclusión	239

PROTECCIÓN A LOS INVERSIONISTAS:
 ¿EL GOBIERNO PODRÁ PARAR LA MÚSICA?
 ANTECEDENTES DEL CAPÍTULO XI DEL TLCAN
 MARK A. CYMROT / ELLIOT J. FELDMAN / MICHAEL S. SNARR
 (EE.UU.)

I. Introducción	241
II. Generalidades sobre el Capítulo XI del TLCAN	244
III. La expansión de la protección a la inversión extranjera del Capítulo XI	246
IV. Poniendo límite a las demandas de los inversionistas	248
A. Pronunciamientos de la Comisión de Libre Comercio	249
B. Ley de Comercio de 2002	254

C. Cambios posteriores al TLCAN en las obligaciones de inversión en TLC subsecuentes	255
1. Limitar las expropiaciones	256
2. Limitar el nivel mínimo de trato	257
3. Dilucidaciones de la definición «inversión»	257
V. Conclusión	258

EL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO EN ESPAÑA

CARLOS LASARTE ÁLVAREZ

(*España*)

1. Introducción	261
2. Regulación normativa	263
3. Características del sistema arbitral de consumo	266
1ª) Carácter voluntario	267
2ª) Carácter vinculante y ejecutivo	267
3ª) Simplicidad	268
4ª) Gratuidad	268
4. Ámbito de aplicación	269
5. Las juntas arbitrales de consumo	269
5.1. Composición	270
5.2. Funciones	271
6. Formalización del convenio arbitral	272
7. Procedimiento arbitral	274
8. El colegio arbitral	276
8.1. Los árbitros en la Ley de Arbitraje	276
8.2. El Colegio Arbitral de Consumo	277
8.3. Las reglas procedimentales	279
9. El laudo arbitral	280
9.1. Anulación y revisión del laudo	282

A) Acción de anulación del laudo	282
B) Acción de revisión	283
9.2. Ejecución del laudo	284
Nota bibliográfica	285

LA EVOLUCIÓN DEL ARBITRAJE EN BRASIL
Y SU ACEPTACIÓN POR EL PODER JUDICIAL

SILVIA BUENO / LISE DE ALMEIDA
(Brasil)

1. Introducción	289
2. Legislación relativa al arbitraje que rige en Brasil	291
2.1. Legislación interna	291
Ley N° 9.307/96	291
Ley N° 11.079/2004	294
Ley N° 11.196/2005 (Concesión y Permiso de Servicios Públicos)	295
2.2. Tratados Internacionales	296
3. Reconocimiento de la constitucionalidad de la ley de arbitraje	297
4. Cooperación del Poder Judicial	298
4.1. Necesidad de apoyo de la Justicia	298
4.2. Homologación y ejecución de sentencias arbitrales	300
4.3. Postura del Poder Judicial	302
5. Conclusión	305

LA ARBITRABILIDAD DEL ENRIQUECIMIENTO
SIN CAUSA. A PROPÓSITO DE LOS
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

ALEXANDER CAMPOS MEDINA
(Perú)

Introducción	307
Primera Parte: Sobre si el enriquecimiento sin causa es <i>per se</i> arbitrable...	310

1.1. Sobre el enriquecimiento sin causa	310
1.1.1. Las diferentes tesis sobre su naturaleza jurídica	310
1.1.2. Nuestra opinión	313
1.1.3. Enriquecimiento sin causa y contratos	314
1.2. De la arbitrabilidad en general	317
1.2.1. Teorías sobre arbitrabilidad	317
1.2.2. Lo arbitrable y lo contractual	321
Segunda Parte: Sobre el acuerdo de las partes acerca de las pretensiones a someterse a arbitraje: Alcances e interpretación de la cláusula arbitral	323
2.1. Interpretación de la cláusula arbitral	323
2.2. Cláusula arbitral y Estado	325
2.2.1. Arbitraje del Estado	325
2.2.2. Cláusula arbitral en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado	326

MEDIDAS PRECAUTORIAS EN LOS PROCEDIMIENTOS ARBITRALES
(CON ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO ARGENTINO)

JULIO CÉSAR RIVERA
(Argentina)

1. Metodología	330
2. Terminología	330
3. Fuentes internacionales	332
3.1. Atribución de los árbitros para disponer medidas cautelares ...	332
3.1.1. Reconocimiento	332
3.1.2. Otras fuentes	333
3.1.3. Ley aplicable	334
3.1.4. Limitación convencional	334
3.2. Posibilidad de ocurrir ante los jueces estatales	335
3.2.1. Regla general	335

3.2.2. Limitación convencional	336
3.2.3. Requisitos reglamentarios para ocurrir ante el juez estatal	337
3.2.4. Comunicación a la Secretaría	338
3.2.5. Juez estatal competente	338
3.2.6. Reconocimiento de estas reglas en los derechos estatales	338
3.2.7. Revisión por el Tribunal Arbitral de las medidas adoptadas por un juez estatal	339
3.3. Qué medidas pueden dictarse	340
3.4. Requisitos de procedencia	341
3.5. Forma de la decisión	342
3.6. Irrecorribilidad de la decisión	343
3.7. Ejecución de las cautelares	343
4. El derecho argentino	344
4.1. Atribución de los árbitros para disponer medidas cautelares ...	344
4.1.1. Medidas cautelares anteriores a la iniciación del proceso arbitral	344
4.1.2. Medidas cautelares durante el juicio arbitral	344
4.1.3. Previsión expresa de la atribución de los árbitros para dictar medidas cautelares	346
4.1.4. Medidas posteriores al laudo	347
4.1.5. Qué medidas se pueden disponer	347
4.1.6. Medidas de aseguramiento y producción anticipada de pruebas	348
4.1.7. Otras medidas	349
4.2. Ejecución de la cautelar	352
4.2.1. Colaboración de los Tribunales Judiciales	352
4.2.2. Ejecución por los mismos árbitros	353
4.3. Medidas cautelares dictadas por Tribunales Judiciales	354

PRONUNCIAMIENTO ACERCA DE LOS COSTOS DEL
ARBITRAJE EN EL LAUDO ARBITRAL

FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY

(Perú)

I. El punto de partida: El acuerdo de las partes	360
II. Los costos del arbitraje propiamente dichos	363
III. Reglas básicas para la asignación de los costos y sus excepciones	364
IV. Razonabilidad y necesidad de los costos	371

LA IMPUGNACIÓN DEL LAUDO EN LA
LEY DE ARBITRAJE ESPAÑOLA DE 2003

RAFAEL HINOJOSA SEGOVIA

(España)

I. La anulación del laudo	373
A) Consideraciones generales	373
B) Los motivos de anulación	375
a) Que el convenio arbitral no existe o no es válido	378
b) Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos	379
c) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión	380
d) Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley	381
e) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje	381
f) Que el laudo fuera contrario al orden público	382
C) Competencia y requisitos de las partes	383
D) Plazo para la acción de anulación	385
E) Procedimiento	386

a) Demanda	386
b) Conductas del demandado	387
c) Juicio y decisión del proceso	389
F) Efectos	392
II. La revisión del laudo firme	394
III. Bibliografía	396

ARBITRAJE NO VINCULANTE: ANÁLISIS Y SUGERENCIAS PARA SU
IMPLEMENTACIÓN COMO HERRAMIENTA EFECTIVA EN LA
RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

MARÍA HAYDÉE MIGUEL

(Argentina)

1. Introducción	399
2. Concepto	400
¿Qué es el arbitraje no vinculante?	400
3. Sus ventajas	401
4. Ámbitos propicios para el arbitraje no vinculante	403
5. « <i>Court annexed arbitration</i> »: Programa de arbitraje civil (<i>Superior Court of the district of Columbia, Washington DC</i>)	405
6. Posibilidades de aplicación del arbitraje no vinculante en la República Argentina	408
7. Conclusiones	410

LAUDOS ARBITRALES NACIONALES

**Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del
Estado (CONSUCODE)**

^Λ Caso Arbitral N° 013-2005/SNCA-CONSUCODE Demandante: Point Trading Demandado: Ministerio del Interior Materia: Cumplimiento de pago	415
--	-----

<p>⤴ Expediente Arbitral N° 070-2004/SNCA-CONSUCODE Demandante: IBA International Business Association S.R.L. Demandado: Electro Oriente S.A. Tercero: Motoren Und Energietechnik Betroebgsellschaft Mbh. Materia: Cumplimiento de pago, cesión de derechos e intervención de tercero</p>	439
--	-----

LAUDOS ARBITRALES INTERNACIONALES

Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)

<p>⤴ Caso CIADI Nro. ARB / 02 / 03 Demandante: Aguas de Tunari S.A. Demandado: República de Bolivia</p>	471
<p>⤴ Caso CIADI Nro. ARB / 02 / 10 Demandante: IBM World Trade Corporation, Actor Demandado: República de Ecuador</p>	611

DECISIONES CONSTITUCIONALES Y JUDICIALES

Tribunal Constitucional

<p>⤴ Exp. N° 1567-2006-PA/TC LIMA Compañía de Exploraciones Algamarca</p>	637
<p>Resolución Aclaratoria del Tribunal Constitucional</p>	663

Corte Suprema de Justicia de la República

<p>⤴ Anulación de Laudo Arbitral CAS. N° 1512-2004 LIMA</p>	667
---	-----

Corte Superior de Justicia de Lima - Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial

<p>⤴ Anulación de Laudo Arbitral Expediente: 1174-2005 Demandante: Compañía Minera Antamina S.A. Demandado: JRC Minería y Construcción S.A.C.</p>	673
--	-----

<p>⤴ Anulación de Laudo Arbitral Expediente: 60-2005 Demandante: Gobierno Regional de Piura Demandado: Construction Corporation S.A.C. y otros</p>	691
<p>⤴ Ejecución de Laudo Arbitral Expediente: 300-2006 Demandante: Casoli S.A.C. Demandado: Municipalidad Distrital de Carmen de la Legua Reynoso</p>	697
<p>Corte Superior de Justicia de Lima – Quinta Sala Civil</p>	
<p>⤴ Anulación de Laudo Arbitral Expediente: 570-2005 Demandante: Fuerza Aérea del Perú Demandado: Consorcio conformado por la Planta de Reparación de Aeronaves de Ulan-Ude, Motores Vladimir Klimov-Motor Sich, Oscar Avia Group y Pacific Aerospace Holdings Ltd.</p>	701
<p>PROYECTO DE MODIFICACIONES PARCIALES A LA LEY GENERAL DE ARBITRAJE DEL PERÚ (LEY N° 26752)</p>	713
<p>NOTICIAS ARBITRALES</p>	749
<p>SOBRE LOS AUTORES</p>	759
<p>AGRADECIMIENTOS</p>	765
<p>ÍNDICES HISTÓRICOS</p>	767
<p>⤴ Primer número de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE (1/2005)</p>	769
<p>⤴ Segundo número de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE (2/2006)</p>	771
<p>ÍNDICE GENERAL</p>	775

Notas

Notas

Notas

Se terminó de imprimir en los Talleres Gráficos de
Editora Jurídica Grijley <grijley@yahoo.com>,
en el mes de noviembre de 2006