



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)

IN MEMORIAM DEL DR. MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE

DOCTRINA

¿*Lex mercatoria* rediviva? Segunda parte: Ley internacional y ley nacional

FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA (PERÚ)

"*Separability*" in the United States Supreme Court

ALAN SCOTT RAU (USA)

"Y no desearás a la mujer de tu prójimo". Lo que se puede y no arbitrar en materia de contrataciones y adquisiciones del Estado
HUGO SOLOGUREN CALMET (PERÚ)

Representación o asesoría de abogados foráneos en arbitrajes en América Latina

FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY (PERÚ)

El arbitraje y el control de la constitucionalidad

RICARDO LUQUE GAMERO (PERÚ)

La noción de inversión: ¿Hacia una restricción de competencia del CIADI?

IBRAHIM FADLALLAH (FRANCIA)

Ejecución forzada de laudos internacionales

ALEXIS MOURRE (FRANCIA)

El plazo para el ejercicio de la acción en el arbitraje marítimo internacional

CARLOS ESPLUGUES MOTA (ESPAÑA)

LAUDO ARBITRAL NACIONAL

Comentado por GUSTAVO RIVERA

LAUDO ARBITRAL INTERNACIONAL - CASO DUKE

Comentado por FRANZ KUNDMÜLLER Y ALVARO LOREDO

DECISIONES CONSTITUCIONALES Y JUDICIALES

Comentadas por JORGE SANTISTEVAN

NOTICIAS ARBITRALES

5 / 2007

magna



REVISTA PERUANA DE
ARBITRAJE



REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE

COMITÉ EDITOR

JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA
PRESIDENTE

CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA
DIRECTOR EJECUTIVO

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

KATTY MENDOZA MURGADO
(ASISTENTE)

5

2007



REVISTA PERUANA DE
ARBITRAJE

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

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

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

Colaboradores:

Briana Canorio Calderón
Sofía Nathalie Tequén Córdova
Juan Miguel Rojas Ascón
Frank Araujo Ramírez
Carol Yanely Apaza Moncada
Karen Gomez Ramos
Alexandra Valdivia Guerola
Gino Valdivia Guerola
Marclio Gilmer Soto Molina

Diseño y diagramación:

Melba Rodríguez Vilca

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

Composición e impresión:


MAGNA ediciones
R.U.C. 10076079078
Telf.: (054) 9841-6980
ediciones.magna@
gmail.com

Distribución:

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

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

CONTENIDO

Presentación	ix
 Doctrina	
■ <i>¿Lex mercatoria rediviva? Segunda parte: Ley internacional y ley nacional</i> FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA (PERÚ)	3
■ « <i>Separability</i> » in the United States Supreme Court ALAN SCOTT RAU (USA)	25
■ «Y no desearás a la mujer de tu prójimo». Lo que se puede y no arbitrar en materia de contrataciones y adquisiciones del Estado HUGO SOLOGUREN CALMET (PERÚ)	63
■ Representación o asesoría de abogados foráneos en arbitrajes en América Latina FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY (PERÚ)	91
■ El arbitraje y el control de la constitucionalidad RICARDO LUQUE GAMERO (PERÚ)	109
■ La noción de inversión: ¿Hacia una restricción de la competencia del CIADI? IBRAHIM FADLALLAH (FRANCIA)	141
■ Ejecución forzada de laudos internacionales ALEXIS MOURRE (FRANCIA)	153
■ El plazo para el ejercicio de la acción en el arbitraje marítimo internacional CARLOS ESPLUGUES MOTA (ESPAÑA)	217

▲ **Laudo Arbitral Nacional**

■ **Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE)**

Caso Arbitral N° 106-2004-SNCA-CONSUCODE

Demandante: Consorcio Energoprojekt – Cosapi S.A. – Constructora Upaca S.A. – Construcciones Villasol S.A.

Demandado: Proyecto Especial Chira-Piura

259

Comentario al Caso Arbitral N° 106-2004-SNCA-CONSUCODE

El ámbito de competencia de los árbitros. Las fórmulas polinómicas como mecanismo de reajuste idóneo para mantener el equilibrio económico financiero del contrato

GUSTAVO RIVERA FERREYROS (PERÚ)

309

▲ **Laudo Arbitral Internacional**

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

Caso CIADI N° ARB/03/28

Demandante: Duke Energy International Peru Investments N° 1, LTD.

Demandado: República del Perú

325

Comentario al Caso CIADI N° ARB/03/28

Las sorpresas de la Decisión sobre competencia en el procedimiento de arbitraje entre Duke Energy International Peru Investments N° 1 LTD (demandante) y la República del Perú (demandado)

FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI (PERÚ)

ALVARO LOREDO ROMERO (PERÚ)

367

▲ **Decisiones Constitucionales y Judiciales**

■ **Tribunal Constitucional**

Exp. N° 7181-2006-PHC/TC

395

Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional

Distinción entre árbitros y funcionarios públicos en sede constitucional

JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA (PERÚ)

403

■ **Corte Suprema de Justicia de la República**

Casación N° 856-2006-Lima

405

Comentario a la Sentencia Casatoria

Confusiones sobre el convenio arbitral y sus alcances en sede casatoria

JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA (PERÚ)

411

■ Corte Superior de Justicia de Lima - Primera Sala Civil Exp. N° 3015-2003	433
▲ Noticias Arbitrales	455
▲ Sobre los Autores	461
▲ Agradecimientos	469
▲ Índices Históricos	473
▲ Índice General	487

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

Presentación

In Memoriam del doctor Manuel de la Puente y Lavalle

El pasado 10 de agosto falleció el doctor Manuel de la Puente y Lavalle, reconocido jurista y Presidente del Consejo Superior de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Este número de aniversario de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE está dedicado a honrar su memoria y destacar su extraordinaria trayectoria profesional

El maestro Manuel de la Puente fue doctor en Derecho, consultor, catedrático universitario, notable árbitro, miembro de importantes instituciones y socio principal del Estudio Luis Eche copar García.

Entre muchos otros cargos y responsabilidades que asumió con altísima eficacia durante su larga trayectoria profesional destaca su participación como miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho y en especial como Presidente Honorario y miembro de la Comisión Especial encargada de elaborar el Anteproyecto de Ley del Código Civil de 1984.

Asimismo, fue coordinador del Doctorado de la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor principal de su Facultad de Derecho. Así también, profesor principal honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa y profesor honorario de la Universidad Católica Santa María de Arequipa.

Con gran sencillez, el doctor Manuel de la Puente dedicó su vida íntegramente a la enseñanza, la difusión y la investigación del Derecho, lo que lo hizo un jurista a carta cabal, uno de los pocos peruanos que publicó y fue respetado en el extranjero.

Como investigador y estudioso permanente deja un valioso legado para los operadores del Derecho, obras de ineludible consulta, entre las que destacan: «Estudios sobre el contrato privado» (2 tomos), «El Contrato en general» (6 tomos), «Pago de intereses usurarios» y «Estudios sobre el contrato de compraventa».

Hasta sus últimos días, el doctor de la Puente trabajó liderando el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, siendo el soporte fundamental para un ejercicio docto y transparente de la práctica arbitral.

Su memoria nos inspira a seguir su ejemplo y honrar su legado.

El quinto número de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE

Hace dos años se publicó el primer número de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE. En ese momento no podíamos asegurar que nuestra aventura intelectual podía perdurar en el tiempo. Teníamos mucha fe en nosotros y en la comunidad peruana de árbitros, pero a su vez éramos conscientes que muchos proyectos editoriales siempre se quedan en el primer o segundo número.

Hoy podemos decir que la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE se ha consolidado en el medio peruano como una revista de alto contenido científico, cuyas páginas están abiertas a todos los juristas y árbitros que deseen colaborar con este proyecto. Ello se aprecia en la importante lista de autores internacionales y nacionales que han colaborado en los cinco primeros números de la REVISTA.

Al lado de la doctrina, contamos con una sección especial para la jurisprudencia arbitral nacional e internacional, así como para las decisiones constitucionales y judiciales referidas al arbitraje, que a partir de esta quinta entrega se publican con un comentario sobre los temas tratados en ellas. Consideramos que ello generará un debate académico que como siempre terminará enriqueciendo la doctrina arbitral.

A lo largo de los dos años y medio de existencia de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE, también hemos organizado y patrocinado congresos, seminarios, diplomados, programas de especialización y conferencias sobre arbitraje comercial, nacional e internacional, y arbitraje

de inversión. Especial mención merece el Primer Congreso Peruano Internacional de Arbitraje organizado por nuestra REVISTA en el mes de abril de 2007. Para conocimiento de nuestros lectores y de la comunidad arbitral nacional e internacional, estamos preparando el Segundo Congreso Peruano Internacional de Arbitraje para el mes de abril de 2008, bajo el lema «Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión».

Este número de aniversario está dedicado al jurista y árbitro peruano don Manuel de la Puente y Lavalle (q.e.p.d.), a la comunidad arbitral que ha confiado en nosotros, a los Estudios Jurídicos que con su auspicio número tras número hacen realidad la revista, a los autores que hacen un esfuerzo al dedicar horas de trabajo para redactar los valiosos artículos doctrinarios y los comentarios jurisprudenciales y a nuestro equipo de colaboradores que trabajan en la edición e impresión de la REVISTA.

Lima, octubre de 2007.

JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA
Presidente del Comité Editor

CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA
Director Ejecutivo

Doctrina

Doctrina



 FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA (*)

¿Lex mercatoria rediviva? Segunda parte: Ley internacional y ley nacional

SUMARIO: 1. *Lex mercatoria* y globalización. 2. El problema. 3. El derecho de la inversión. 3.1. Aplicación de la ley nacional. 3.2. Intervención del Derecho Internacional. 3.3. Naturaleza del Derecho Internacional. 3.4. Los principios del orden jurídico internacional consuetudinario. 4. Conclusiones.

1. LEX MERCATORIA Y GLOBALIZACIÓN

En la primera parte de este artículo⁽¹⁾, habíamos concluido que se podía denominar *Lex mercatoria* a ese nuevo Derecho Internacional de los Negocios como una memoria del pasado; pero a condición de tener muy claro que ese Derecho Internacional al que nos referimos hoy en día tiene un origen propio en las circunstancias de nuestro tiempo y, de otro lado, abarca un campo bastante mayor que el del intercambio internacional de bienes y servicios.

Notemos que, en lo que se refiere al origen, estamos ahora frente a un producto de la globalización. No se trata de regular la actividad complementaria y esporádica de unos comerciantes viajeros que se

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

(1) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “¿*Lex mercatoria* rediviva? Primera parte: de la edad media a la postmodernidad”, en: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 3, Lima, 2006, pp. 15-62.

aparecen de tiempo en tiempo por el pueblo con mercaderías exóticas, sino de regular un sistema mundial de relaciones económicas que se ha convertido en el soporte de toda la economía y cuyo funcionamiento regular es una condición para la satisfacción de las necesidades de prácticamente todo ser humano. Y la prueba es muy sencilla: si tomamos cualquier objeto y examinamos cuantos países están representados en él a través de sus insumos, de sus procesos de fabricación, de los insumos de las maquinarias que se utilizaron para fabricarlos, etc. veremos que nadie vive por su cuenta y en aislamiento, nadie se abastece a sí mismo, sino que requerimos del mundo que nos rodea.

En lo que se refiere al contenido, hoy en día ese nuevo Derecho comprende no sólo la regulación jurídica de los intercambios internacionales de bienes y servicios sino también –y en forma muy destacada– la inversión extranjera.

Sin embargo, no cabe duda también de que hay ciertas similitudes con la antigua *Lex mercatoria*: su característica de Derecho consuetudinario, su protección al extranjero, la simplificación de los procedimientos y el tratamiento conceptual a partir de hechos concretos a partir de los cuales se establecen principios generales y no de teorías puramente formales de las cuales se deducen preceptos abstractos.

2. EL PROBLEMA

Nos toca ahora analizar las relaciones entre ese nuevo Derecho Internacional y el Derecho Nacional –o Municipal, como también se le llama– que ha tenido una fuerza exclusiva y excluyente durante los dos últimos siglos.

Como sabemos, el paso de la edad media a la modernidad llevó a la formación del Estado-Nación, dejando de lado las diferencias culturales y tradicionales de los diferentes grupos sociales e incluso étnicos que integraban la Nación, de manera de constituir un sólo Estado. Al que se le dio el nombre de Estado-Nación a fin de identificar ambos conceptos. Y este Estado se afirmó así por encima de toda diferencia, unificando la sociedad desde el punto de vista jurídico.

Pero, paralelamente, estos nuevos Estados modernos afirmaron su individualidad soberana marcando las fronteras físicas dentro de las

cuales el Estado debía ser todopoderoso. Las corrientes democráticas no restaron poder a ese Estado que tomaba las riendas de la Nación ni tampoco debilitaron su independencia radical frente a los otros Estados sino que redistribuyeron el acceso a ese Poder Supremo en el interior de cada Estado convertido en una Nación única. De esta manera, el Estado no estaba sometido a ninguna autoridad externa, cualquiera que fuese la fuente –democrática o no– de ese poder estatal.

Como consecuencia de ello, el Derecho consuetudinario sufrió un marcado encogimiento hasta quedar reducido a su mínima expresión tanto en la regulación interna de la sociedad como en la relación entre Estados. La ley se apropió de todo el espacio normativo interno, como expresión de la soberanía; y, en el plano internacional, los tratados fueron los únicos medios de regulación, en tanto que frutos del acuerdo entre países soberanos.

Sin embargo, vemos hoy en día que la globalización nos lleva a superar fronteras, a sustituir la noción desarticulada de comunidad internacional desde una perspectiva de las relaciones desconfiadas entre soberanías absolutas, por la de articulación de poderes nacionales que se combinan internacionalmente y que, como resultado de tal articulación surgen nuevos sistemas jurídicos de carácter transnacional.

Estos sistemas jurídicos se organizan en parte con la ayuda de tratados internacionales y en parte (importante) con la construcción de una nueva costumbre internacional.

Sin embargo, estos dos caminos no son alternativos sino que, por el contrario, se estimulan mutuamente: los tratados sirven de base y de aliciente a una interpretación de carácter consuetudinario; y a su vez la naciente costumbre internacional sirve igualmente de base y de aliciente para la suscripción de tratados internacionales. En la materia normada por los Tratados Bilaterales de Inversión o BIT (según su sigla en inglés), podemos observar una activa interacción entre tratado y costumbre.

El problema se presenta cuando ese Derecho Internacional de los Negocios o Derecho Transnacional o *Lex mercatoria* moderna, como se prefiera llamarla, entra en competencia con la ley nacional.

Evidentemente, si se ha celebrado un tratado que contiene una regla explícita sobre el tema, será esa regla que regirá por encima de la

ley nacional. Empero si, como sucede normalmente, la situación involucra tanto aspectos contenidos literalmente en el tratado como también aspectos que resultan del desarrollo de la costumbre internacional, la ley nacional puede sentir la tentación de impedir que esas normas consuetudinarias y principios internacionales –que no tienen como fuente un acto soberano del Estado en el que se pretenden aplicar– sean dejados de lado.

Asimismo, la redacción de los Tratados Bilaterales de Inversión contiene usualmente más principios generales que reglas específicas, debido a la naturaleza de la materia tratada. Esto significa que, para llegar a la aplicación práctica del Tratado, será preciso recurrir a la jurisprudencia y a la doctrina, vale decir, a las costumbres jurídicas internacionales.

3. EL DERECHO DE LA INVERSIÓN

En esta segunda parte del ensayo, me voy a referir a la relación –que puede presentarse como un fenómeno de colisión o de integración– entre ese Derecho Internacional en formación y el Derecho Nacional. Y quiero por el momento limitarme a estudiar esa interacción en el caso de la protección jurídica de la inversión extranjera. Queda todavía un inmenso campo de estudio a este respecto en lo que se refiere al Derecho que regula los intercambios internacionales (compra venta, locación de servicios, etc.). Pero prefiero poner el acento por el momento en el Derecho de la Inversión, por cuanto es el área que aparentemente demuestra ser la más innovadora y efervescente a través de la jurisprudencia de los tribunales arbitrales internacionales.

3.1. Aplicación de la ley nacional

a. Convenio sobre ley aplicable

Como es evidente, quien habla de Derecho de la Inversión no puede dejar de hacer mención, en primer lugar, a la Convención de Washington y al foro del Centro Internacional de Arreglo de las Diferencias relativas a Inversión (CIADI).

¿Cuál es la ley que rige en los casos de controversias ventiladas por los Tribunales Arbitrales CIADI? ¿Es que se aplica el Derecho

Económico Internacional consuetudinario o se aplica el Derecho nacional del país donde se realiza la inversión o quizá el del país del inversionista extranjero?

La regla que controla esta situación se encuentra contenida en el artículo 42 del Convenio de Washington, cuya primera parte a la letra dice: “El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables”.

De esta forma queda perfectamente claro que, de acuerdo a la naturaleza contractual de los arbitrajes, las partes son las que tienen la palabra respecto de la ley aplicable: pueden escoger la del país donde se realiza la inversión o la del país al que pertenece el inversionista o la de un tercer país cuyo derecho ellas consideren que tiene una aplicación más generalizada en ciertos campos específicos (especialmente cuando intervienen aspectos técnicos) o que, por cualquier otra razón, consideren más conveniente para ambas.

Notemos que, en el caso de que las partes no se hayan puesto de acuerdo en este punto, el Convenio de Washington otorga imperio a la ley nacional del país que recibe la inversión.

b. ¿Puede ser tácito el convenio sobre ley aplicable?

Una dificultad que encontramos en primer lugar al aplicar esta regla de la Convención de Washington se refiere a los casos en los que no hay convenio sobre ley aplicable pero pudiera presumirse que las partes tenían la convicción de someter los conflictos a una determinada ley nacional. ¿Debe aplicarse el convenio tácito?

En realidad, si el convenio tácito parece referirse a la ley nacional del país que recibe la inversión, el problema jurídico de interpretación del convenio se desvanece en la práctica. En esa hipótesis, la solución es exactamente igual si se reconoce ese convenio tácito o si no se reconoce: en cualquiera de los dos casos, sea por aplicación del convenio tácito, sea por aplicación de la regla supletoria del artículo 42, rige la ley nacional del país que recibe la inversión. Pero, ¿qué sucede

si ese convenio tácito parece señalar la ley nacional del inversionista o la de un tercer país?

En este caso, los intérpretes de la Convención CIADI recomiendan, en general, extrema precaución frente a la posibilidad de inferir un convenio tácito sobre ley aplicable.

Aceptar fácilmente los convenios “tácitos”, dice Okerzie Chukwumerije⁽²⁾, puede llevar a subvertir la regla del artículo 42 que claramente señala que en ausencia de pacto se aplica la ley del Estado que es parte en la controversia. Solamente debe considerarse que hay un pacto implícito cuando la conducta de las partes en el arbitraje muestra de manera incontestable que ambas están de acuerdo en la ley aplicable. Esto significa que lo sano es entender que el pacto debe ser expreso y que la ausencia de tal pacto hace aplicable la elección supletoria que realiza el artículo 42, *i.d.* la ley nacional del país que recibe la inversión.

Por otra parte, como afirman Shihata y Parra, en *Applicable Substantive Law*, la elección del Derecho aplicable a las controversias que pudieran resultar de un cierto contrato o convenio internacional tienen que ser evidenciadas “con razonable certeza” en el texto del contrato o en las circunstancias del caso⁽³⁾.

c. ¿Puede entenderse que la mención a una norma nacional específica dentro del contexto del contrato somete la discusión sustantiva de la materia arbitral a la ley nacional citada?

La doctrina se inclina en el sentido de que la mención de –o incluso el sometimiento a– una ley nacional en un aspecto puntual no significa que todo el contrato haya sido colocado bajo el control de tal ley nacional. Solamente aquella parte específica que ha sido

(2) CHUKWUMERIJE, Okerzie, “International Law and Article 42 of the ICSID Convention”, en: *Journal of International Arbitration*, Vol. 14, N° 3, 1997, pp. 79-102.

(3) SHIHATA, I.F. y PARRA, A.R., “Applicable Substantive Law in Disputes Between States and Private Foreign Parties: The Case of Arbitration under the ICSID Convention”, en: *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, Vol. 9, 1994, p. 190.

expresamente vinculada a una norma legal a su vez específica, queda regida por ella.

Como señala Christoph H. Schreuer: “Como regla general, no es convincente aceptar una mención en un Convenio a una provisión de la ley doméstica o incluso a todo un cuerpo de legislación, como si se tratara de una opción general para la aplicación de la ley doméstica cuyas provisiones han sido citadas. Este argumento *pars pro toto* no es lógico ni tampoco es indicativo de la intención de las partes”⁽⁴⁾. Por consiguiente, se trata de referencias normativas vinculantes respecto de aspectos específicos, que no inhiben al Tribunal para usar la segunda frase del artículo 42 de la Convención CIADI y aplicar la ley nacional del país que recibe la inversión. Y agrega Schreuer: “Por consiguiente, la referencia a aspectos específicos del Derecho del Estado receptor pueden ser vistas como formas de clarificar ciertos detalles concernientes a la aplicación de tal ley, pero no pueden ser tomadas como un acuerdo general implícito para usar tal ley como aplicable”⁽⁵⁾. Asimismo, Guido Tawil refuerza esta idea al decir que debe tenerse en cuenta que la mera mención, en un texto contractual, de alguna regla de la ley doméstica o aún de un texto completo de legislación, no es una indicación confiable de que ello implica un acuerdo general sobre la ley aplicable⁽⁶⁾.

Por tanto, dado que no es posible saltar de reglas particulares a la convicción de que existe un acuerdo general sobre ley aplicable en caso de arbitraje, si no hay propiamente un acuerdo entre las partes sobre ley aplicable, debe regir la alternativa prevista en el artículo 42, esto es, la aplicación del sistema jurídico del Estado receptor más las reglas del Derecho Internacional pertinentes.

(4) SCHREUER, Christoph H., *The ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, Cambridge University Press, Par. 49, p. 576.

(5) *Loc. cit.*

(6) TAWIL, Guido Santiago, “Applicable Law. Dispute Settlement. Module 2.6. International Center for Settlement of Investment Disputes”, en: *United Nations Conference on Trade and Development*, United Nations, 2003, p. 12.

Sin embargo, respecto de este punto es preciso hacer la salvedad que hemos anotado anteriormente: si no hay acuerdo sobre ley aplicable y la mención a una ley específica sobre un asunto específico se refiere a la ley nacional del país que recibe la inversión, la discusión carece de razón de ser porque se encuentra resuelta en la práctica. En efecto, sea que se admite esa mención como ley general aplicable o sea que no se la admita (y, por tanto, no hay convenio sobre ley general aplicable), tendrá que aplicarse la ley nacional del país que recibe la inversión. Claro está que, a pesar de ello, por razones lógicas, es conveniente precisar, como lo hacen Schreuer y Tawil, que una ley aplicada a un aspecto parcial no puede ser extendida hasta convertirla en ley general de aplicación a la controversia.

d. ¿Puede la ley aplicable ser pactada por temas?

Cabe una pregunta más. Suponiendo que las partes decidan pactar sobre ley aplicable (de modo que no hay el problema de un convenio tácito), ¿pueden éstas acordar diferentes leyes aplicables según los temas involucrados en la controversia?

Al respecto Guido Tawil hace notar que el artículo 42 antes citado no habla de pactar un cierto “sistema jurídico” sino unas ciertas “reglas de derecho”. Esto, dice Tawil, lleva a la conclusión de que se pueden pactar leyes específicas y diferentes para los diversos aspectos que contiene el convenio⁽⁷⁾.

3.2. Intervención del Derecho Internacional

Hasta aquí todo parece relativamente claro. Pero el artículo 42 de la Convención de Washington agrega también que se aplica el Derecho Internacional. Cabe preguntarse, entonces, ¿cómo y cuando se aplica esa última parte de la regla citada que ordena el sometimiento de las partes a un derecho no convenido por ellas y ajeno a ellas, compuesto por tratados y por costumbres que se muestran a través de la doctrina reiterada y de la jurisprudencia arbitral?

⁽⁷⁾ *Ibidem*, p. 8.

a. Ley internacional ¿supletoria o correctiva?

Lo primero que debemos estudiar es cuáles son los efectos de la confluencia de la ley internacional con la ley nacional para uno y otro tipo de ley dentro de la controversia. En otras palabras, cuando la ley internacional y la ley nacional concurren pero no coinciden, ¿cuál de las dos prima?

Una primera respuesta podría ser que la ley internacional simplemente llena las lagunas de la ley nacional, se ubica en los vacíos que ésta deja. Pero, si existe un conflicto frontal, si el razonamiento que resulta de la aplicación de la ley internacional se opone al que resulta de la ley nacional, ¿cuál de los dos prima? En otras palabras, la mención a la ley internacional del artículo 42 de la Convención de Washington, ¿implica que ésta interviene solamente con un carácter supletorio o que su intervención hay que entenderla con carácter correctivo? Esa es la gran cuestión.

Esta pregunta no pasó desapercibida para quienes redactaron la Convención de Washington. Y es así como la respuesta a esta pregunta la da claramente A. Broches, quien fue el Presidente de la Comisión redactora de la Convención CIADI.

Este jurista explica que: “El Tribunal debe acudir primero a la ley del Estado que recibe la inversión (host State) y es esa ley la que deberá ser aplicable en primera instancia a los puntos de la controversia. Luego, el resultado debe ser puesto a prueba confrontándolo con el derecho internacional. Este procedimiento no implica confirmar o denegar la validez de la ley del Estado recipiente de la inversión, pero puede concluir que esa ley nacional no es aplicable cuando esa ley, o las acciones adoptadas bajo esa ley, violan el Derecho Internacional. En ese sentido (...) el Derecho Internacional es jerárquicamente superior a la ley nacional conforme a lo dispuesto en el artículo 42”.

En otras palabras y siempre en términos de Broches, “el Derecho internacional no cuestiona el poder del Estado soberano para darse sus propias leyes, pero puede sostener que ese Estado es responsable por daños y perjuicios en favor del inversionista cuyos derechos ha violado mediante un acto inconsistente con el Derecho internacional”.

A partir de estas declaraciones primeras, la doctrina y la jurisprudencia del CIADI han avanzado mucho en este tema dejando establecido

que, en todos los casos, el Derecho Internacional tiene un doble papel: suple las lagunas del Derecho local pero también lo corrige cuando infringe los *standards* internacionales⁽⁸⁾.

Definitivamente, la jurisprudencia del CIADI ha establecido el predominio del Derecho Internacional cuando se produce una confrontación con el Derecho nacional, particularmente en aquellos temas que se consideran básicos para las relaciones económicas internacionales⁽⁹⁾.

Es así como, en el caso *Klockner v. Cameroon*, la Comisión *Ad-hoc* nombrada para resolver el pedido de nulidad estableció en su Resolución que el Derecho internacional tiene “un doble rol, esto es, complementario (en el caso de una ‘laguna’ en el Derecho del Estado) o correctivo, en la medida de que la ley del Estado no sea conforme en todos sus puntos con los principios del Derecho Internacional...”⁽¹⁰⁾.

Asimismo, en el caso *Amco vs. Indonesia*, el segundo Tribunal, que conoció el recurso de nulidad, emitió una resolución aún más radical, en la que directa y claramente señalaba que “donde hay leyes aplicables del Estado receptor, éstas deben ser controladas por el Derecho Internacional, el cual prevalecerá en caso de conflicto. Así, el Derecho Internacional es plenamente aplicable y clasificar su papel como ‘solamente suplementario y correctivo’ parece una distinción que no hace ninguna diferencia”⁽¹¹⁾.

Esta interpretación del artículo 42 de la Convención CIADI es aún más determinante en los casos en que la ley nacional infringe el *pacta sunt servanda* o la aplicación del principio de la buena fe.

Debe tenerse en cuenta que, en el Derecho internacional, el principio de la buena fe (que también es crucial en el Derecho nacional) resulta una piedra angular que es la base no sólo de muchas interpretaciones sino también de muchos desarrollos de ese Derecho consuetudinario internacional.

(8) *Ibidem*, p. 23.

(9) *Vide* *Klockner vs. Republic of Cameroon*, en: 2 *ICSID Reports* 9, 1985; *Vide Etiam Amco Asia Corporation vs. The Republic of Indonesia*, en: 1 *ICSID Reports* 377, 1986.

(10) Comisión *ad hoc*. Decisión de Nulidad, 3 de mayo de 1985, en: 2 *ICSID Reports* 122.

(11) Resolución de Anulación de 5 de junio de 1990, en: 1 *ICSID Reports* 580.

Si, por ejemplo, el Estado recipiente de la inversión ha nacionalizado o confiscado la propiedad del inversionista extranjero o si ha utilizado en cualquier forma su ley para despojarlo, no cabe duda de que el Tribunal Arbitral de ICSID emitirá su laudo al margen de esa ley nacional y sobre la base del Derecho Internacional que obliga a actuar con buena fe.

Como señala W. Michael Reisman: “Un Tribunal del CIADI actuando dentro del marco de un Tratado internacional, es un órgano del Derecho Internacional y no es posible imaginar que admita acuerdos o procedimientos que violan las normas fundamentales del Derecho Internacional o que atentan contra la conciencia del mundo”⁽¹²⁾. Y en materia de las relaciones contractuales transnacionales, no cabe duda de que la regla de *pacta sunt servanda* y el principio de la buena fe, constituyen parte fundamental de las normas del Derecho Internacional.

Por su parte, Christoph H. Schreuer da fe de que “La fórmula de efecto supletorio y correctivo del Derecho internacional ha sido desde entonces ampliamente aceptada. La mayor parte de los comentaristas de este aspecto del artículo 42 (1) están de acuerdo en que la función del Derecho Internacional es llenar las lagunas del Derecho doméstico, pero también constituir un remedio contra las violaciones del Derecho Internacional que puedan presentarse a través de la aplicación del Derecho del Estado receptor”⁽¹³⁾.

b. ¿Cuándo interviene el Derecho Internacional?

Siempre dentro del contexto del CIADI, cabe preguntarse si el Derecho internacional puede intervenir en todos los casos o si solamente es admisible cuando las partes no han hecho elección de ley aplicable. Como se ha visto, el primer acápite del artículo 42 de la Convención de Washington prevé dos situaciones: en su primera frase, trata el

(12) REISMAN, W. Michael, “The regime of lacunae in the ICSID choice of law provision and the question of its threshold”, en: *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, Vol. 15, N° 2, 2000.

(13) SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, cit., Par. 131, p. 623.

caso de que las partes hayan acordado una ley aplicable; y en la segunda frase trata el caso de que no exista tal acuerdo y, por tanto, se aplica la ley del país receptor de la inversión. Ahora bien, al final de la segunda frase se incluye la expresión: “*y aquellas normas de Derecho internacional que pudieran ser aplicables*”.

¿Significa esto que el Derecho Internacional sólo se aplica en la segunda de esas situaciones, *i.e.*, cuando no hay acuerdo entre las partes? ¿O acaso esa última expresión de la segunda frase se aplica a ambas situaciones, tanto las comprendidas en la primera frase como en la segunda?

En realidad, si el Derecho Internacional interviene como control cuando la ley nacional del país receptor se aplica porque no ha habido acuerdo entre las partes, no vemos la razón por la que no deba aplicarse cuando esa misma ley nacional se aplica como resultado de un acuerdo. Si el Derecho Internacional tiene una acción –cuando menos para determinar responsabilidad por daños y perjuicios del Estado receptor– más allá de lo que disponga la ley del país, como era la idea de Aron Boches al redactar la Convención de Washington, ciertamente esa acción no se encuentra afectada por el hecho de que la ley nacional hubiera sido adoptada para el arbitraje de una u otra forma: Estamos siempre ante el Derecho Internacional y la ley nacional.

Dentro de esta línea, la jurisprudencia de los Tribunales CIADI ha optado por la interpretación genérica, afirmando de manera consistente que el Derecho Internacional se aplica en todos los casos ⁽¹⁴⁾.

Un caso en el que afirmó este criterio fue el de *SPP v. Egipto*, donde se discutía precisamente si se aplicaba la ley nacional egipcia o si, conforme a la alternativa del artículo 42, se aplicaba ésta y además el Derecho internacional. Y el Tribunal declaró –ya en 1992– que este desacuerdo no tenía ningún sentido, por cuando la ley internacional es aplicable siempre, afirmando que, aun cuando fuera cierto que existía un acuerdo tácito para la aplicación de la ley egipcia, este acuerdo

(14) TAWIL, “Applicable Law. Dispute Settlement. Module 2.6. International Center for Settlement of Investment Disputes”, *cit.*, p. 9.

no podía excluir totalmente la directa aplicación de la ley internacional en ciertas situaciones⁽¹⁵⁾.

También en un caso CIADI que involucró al Perú, el Tribunal, amparándose en las opiniones de Schreuer, expresó en su Resolución de jurisdicción que “aún si se sostuviera que corresponde aplicar la legislación del Perú a la interpretación del CEJ con DEI Bermuda, este Tribunal tiene la facultad y el deber de someter la legislación del Perú al control del Derecho internacional”⁽¹⁶⁾.

El experimentado árbitro Guido Santiago Tawil subraya que la exclusión total del Derecho Internacional como consecuencia de una elección de ley aplicable por las partes que contiene sólo Derecho doméstico, llevaría a consecuencias indeseables. Esto significaría que un inversionista extranjero, al consentir en una opción de ley aplicable, estaría renunciando al *standard* internacional mínimo de protección al extranjero y a sus propiedades, desarrollado por el Derecho internacional consuetudinario. Esta solución sería, dice siempre Tawil, contraria al estímulo inversor que se busca a través de la creación de un clima favorable para la inversión⁽¹⁷⁾ y que está en la base de esta nueva *lex mercatoria* (en el sentido amplio del término), como lo vimos en la primera parte de este artículo⁽¹⁸⁾.

“Por consiguiente”, agrega Tawil, “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 independiente-

(15) SPP (Middle East) Ltd. vs. Republic of Egypt - Laudo de 20 de mayo de 1992, en Caso CIADI N° ARB/84/3.

(16) Duke Energy International Peru Investments N° 1, LTD. vs. República del Perú. Caso CIADI N° ARB/03/28. Decisión sobre competencia, 1 de febrero de 2006, para. 162.

(17) TAWIL, “Applicable Law. Dispute Settlement. Module 2.6. International Center for Settlement of Investment Disputes”, cit., p. 10.

(18) DE TRAZEGNIES GRANDA, “*Lex mercatoria* rediviva? Primera parte: de la edad media a la postmodernidad”, cit., p. 15.

mente 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 mandatorias, tales como la prohibición de la denegación de justicia, la vulneración discriminada de sus derechos y propiedades o el repudio arbitrario de los compromisos contractuales”(19).

También 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. Esta solución difícilmente podría decirse que está de acuerdo con uno de los objetivos de la Convención: ‘promover una atmósfera de mutua confianza y así estimular un importante flujo de capital internacional en aquellos países que quieran atraerlo’”(20).

Y Schreuer concluye, en tono categórico, que “(...) la práctica de los Tribunales de ICSID, el abrumador peso de los tratadistas e importantes consideraciones de política [*policy*], todo ello indica que hay cuando menos un lugar para el Derecho internacional incluso frente a los acuerdos sobre ley aplicable que no lo han incorporado expresamente”. Y, en otro pasaje del texto citado, dice que: “El peso de los argumentos reseñados más arriba, militan fuertemente a favor de la preservación de *standards* internacionales mínimos, aun en el caso de ausencia de una referencia al Derecho internacional en la cláusula que recoge el acuerdo sobre la ley aplicable”(21).

(19) TAWIL, “Applicable Law. Dispute Settlement. Module 2.6. International Center for Settlement of Investment Disputes”, cit., p. 10.

(20) SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, cit., Par. 67, p. 588.

(21) *Ibidem*, Par. 63, p. 586.

Esta idea del *standard internacional mínimo* no es nueva. Como señala Rudolph Dolzer: “los orígenes del concepto se caracterizan por la convicción de la comunidad internacional de que cada Estado debe ser sometido a *standards* internacionales de decencia y civilización en su relación con los otros Estados y con los extranjeros sujetos a su jurisdicción”⁽²²⁾. Si bien esta idea se remonta a la *lex mercatoria* medieval, como se ha indicado en la primera parte de este ensayo⁽²³⁾, y que pueden encontrarse derivaciones modernas de este principio desde el S. XVIII, uno de los primeros juristas contemporáneos que planteó el tema fue Elihu Root quien, ya en 1910, sostenía: “Cada país está obligado a dar a los nacionales de otro país, en su territorio, el beneficio de las mismas leyes, la misma administración, la misma protección, y la misma compensación por daños, que la que da a sus propios ciudadanos, no más ni menos: a condición de que la protección que el país da a sus propios ciudadanos sea conforme con el *standard* establecido de civilización”⁽²⁴⁾.

3.3. Naturaleza del Derecho Internacional

Dada, entonces, la importancia que se asigna a este Derecho Internacional (o *standard internacional mínimo* para el inversionista, como a veces se lo denomina), hace apremiante la respuesta a una pregunta medular: ¿En qué consiste ese Derecho Internacional? Si parece insalvable la aplicación de la ley internacional, haya acuerdo sobre una ley doméstica o no lo haya, urge preguntarnos qué es ese Derecho Internacional omnipresente en toda relación jurídica internacional de inversión.

Okerzie Chukwumerije nos dice que, cuando se debatió el artículo 42 de la Convención de Washington durante el proceso de redacción, la Comisión, al hablar de ley internacional, se estaba refiriendo a “convenciones relevantes, costumbres internacionales, principios generales

(22) DOLZER, Rudolf, *Comunicación personal*, 6 de junio de 2006.

(23) DE TRAZEGNIES GRANDA, “*Lex mercatoria rediviva?* Primera parte: de la edad media a la postmodernidad”, cit., p. 15.

(24) ROOT, Elihu, “The Basis of Protection to Citizens Residing Abroad”, en: *American Journal of International Law*, Vol. 4, 1910, pp. 517, 521 f., citado por DOLZER, Rudolf, *Comunicación personal*, 6 de junio de 2006.

del Derecho como fuente subsidiaria, decisiones judiciales y doctrina establecida por los expertos del Derecho internacional”⁽²⁵⁾.

Pero ciertamente lo más conclusivo a este respecto es el propio *Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados*, donde se aclara que: “El término ‘Derecho internacional’, cuando se usa en este contexto, se entenderá en el sentido que le atribuye el Artículo 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, si bien teniendo en cuenta que el expresado Artículo 38 está destinado a aplicarse a diferencias entre Estados”⁽²⁶⁾.

Esto nos lleva a tocarle la puerta a la Corte Internacional de Justicia para saber lo que contiene ese Derecho Internacional. Y, en el artículo citado del Estatuto de dicha Corte, encontramos que: “La Corte, cuya función es decidir conforme al Derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberán 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”.

Tenemos así la lista completa. Los Tribunales CIADI han aplicado esa noción de Derecho Internacional y así encontramos en su jurisprudencia que, obviamente, los tratados y convenciones internacionales son normas de aplicación obligatoria entre las Partes suscriptoras. Pero igualmente lo son las decisiones arbitrales que, aunque no constituyen precedente obligatorio, han sido muy utilizadas

(25) CHUKWUMERIJE, Okerzie, “International Law and Article 42 of the ICSID Convention”, cit., pp. 79-102.

(26) En: <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-spa/basic-spa.htm>.

por los Tribunales CIADI en casos posteriores⁽²⁷⁾. También “*las publicaciones académicas sobre varios puntos de Derecho internacional han sido recogidas por estos Tribunales*”⁽²⁸⁾. Y estas últimas categorías forman parte del Derecho Internacional aplicable porque constituyen el Derecho consuetudinario internacional⁽²⁹⁾.

Por consiguiente, un aspecto muy interesante de la concordancia con el Estatuto de la Corte de la Haya es que permite el acceso a otras normas que pudieran parecer más elusivas –en tanto que no constan en un texto expreso y ratificado– pero que pueden ser hasta más importantes que los tratados en ciertos casos. Aun cuando el artículo del Estatuto antes citado distingue entre ellas a los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas, la costumbre internacional, la jurisprudencia de los Tribunales internacionales y la doctrina, estas tres fuentes de derecho constituyen –con variantes propias, sin duda– un cuerpo de principios que sobre esas bases fundamentales construye incesantemente la jurisprudencia y la doctrina, los que representan los fundamentos de las relaciones jurídicas internacionales en nuestro tiempo como resultado del proceso jurídico de creación de normas indispensables para el desarrollo de la moderna economía globalizada.

Por tanto, resulta muy claro que en Derecho Internacional –y quizá también en el Derecho a secas– la noción de “norma jurídica” no se reduce a los tratados (o a la ley, en el plano nacional). El profesor Alejandro Guzmán Brito sostiene, con una claridad meridiana, que “Norma jurídica no es sinónimo de ley”; y agrega: “A mi modo de ver, la idea de norma jurídica, con ser precisa en su estructura lógica, o más propiamente deontológica, es tan amplia, que bajo ella puede entenderse desde luego a las leyes, pero también a la costumbre, la jurisprudencia, lo mismo que a la doctrina”⁽³⁰⁾.

⁽²⁷⁾ SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, cit., Par. 110, pp. 616-617.

⁽²⁸⁾ *Ibidem*, Par. 118, p. 617.

⁽²⁹⁾ *Ibidem*, Par. 123, p. 618.

⁽³⁰⁾ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Las fuentes del derecho en el nuevo Código Civil peruano*, texto mecanografiado, pp. 5-6, citado por RUBIO CORREA, Marcial, cit., p. 142.

3.4. Los principios del orden jurídico internacional consuetudinario

Ahora bien, dado que ese edificio de las relaciones internacionales está en pleno proceso de construcción en la medida que avanza la globalización, esas reglas-principios van a su vez asentándose cada vez más, afinando sus conceptos y asumiendo nuevas circunstancias y situaciones.

El Derecho internacional consuetudinario nos aporta los elementos más dinámicos del sistema porque es un Derecho en evolución constante, que va formándose día a día, a través de la doctrina y de la jurisprudencia, con un crecimiento por capas que se superponen unas a otras, dándoles mayor espesor a sus principios o quizá modificándolos según las circunstancias, ya sea recortando las anteriores o, por el contrario, ampliándolas a nuevas situaciones.

El elemento clave en esta construcción es el descubrimiento y el desarrollo de principios de Derecho adaptados a las nuevas necesidades y propósitos sociales. Algunos de ellos serán de mayor alcance, por lo que se les denomina generales; otros tienen un carácter más particular porque se aplican a situaciones específicas. Pero todos ellos resultan del análisis comparativo de la doctrina y de la jurisprudencia. Es ahí donde hallaremos que se repiten ciertas reglas y criterios que no están en ningún Tratado ni en ningún Convenio de Estabilidad Jurídica, pero que constituyen la base y el marco dentro del cual deben interpretarse los Tratados y los Convenios de Estabilidad Jurídica y cualquier otro instrumento internacional de carácter económico.

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 intenta presentar las normas imperativas sociales no como una simple colección de mandatos aislados que responden a situaciones particulares e independientes sino como un cuerpo organizado de derechos y deberes cuya consistencia y coherencia depende de un cierto número de concepciones básicas que permiten promover reglas coherentes y alinear las existentes dentro de una interpretación que las mantenga relacionadas con el resto del cuerpo jurídico.

Es conocida la frase de Ulpiano, quien afirma que el Derecho “*non ex regula summatur sed ex iure quod est regula fiat*”. Esto es, el Derecho no es una mera sumatoria de reglas imperativas (*regula summatur*) sino un conjunto de derechos o principios jurídicos (*iure*), que es lo que legitima y da nacimiento a las normas.

Los principios del Derecho Internacional son parte de los principios generales del Derecho, dentro de la especificidad propia de este campo que se desarrolla entre o por encima de las soberanías nacionales. Si el juzgador no tomara en cuenta esos principios –que no están necesariamente contenidos en ninguna norma formal– tendría que resignarse a aplicar una sumatoria de normas positivas y de estipulaciones contractuales sin ninguna estructura interna. El Derecho municipal por sí solo no puede dar esta estructura en ningún caso. Pero menos aún cuando debe ser aplicado dentro de un contexto internacional que crea un marco distinto y exigencias diferentes de las relaciones a nivel transnacional. De esta manera, pretender resolver un caso internacional recurriendo únicamente a un conjunto de reglas de un Derecho local, aun cuando éste hubiera sido escogido por las partes, es renunciar al Derecho propiamente, es abandonar la estructura que convierte un conjunto de mandatos o de pactos en un sistema jurídico formado por relaciones complejas. Así sólo se pueden obtener soluciones mecánicas y carentes de concordancia.

Como lo afirman categóricamente Craig, Park y Paulsson: “La referencia a los principios generales del Derecho tiene una larga tradición en el arbitraje internacional”. Y ello obedece, según estos autores, a que “los árbitros internacionales tienen todas las razones para reflejar en la realidad práctica que una de las razones para escoger un arbitraje es evitar una aproximación excesivamente legalista para la solución de los conflictos comerciales. Los hombres de negocio sienten frecuentemente que las Cortes no entienden las realidades del intercambio comercial”⁽³¹⁾.

Esto es lo que han comprendido muy claramente los tribunales arbitrales del CIADI al considerar que, exista o no un Derecho municipal escogido por las partes, es preciso recurrir siempre a las normas del

⁽³¹⁾ CRAIG, W. Laurence, PARK, William W. y PAULSSON, Jan, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3ª ed., Oceana Publications, USA., § 17.03, p. 333.

Derecho Internacional; vale decir, a los principios generales que surgen de la jurisprudencia y de la doctrina internacional.

Aron Broches señalaba cuando menos dos principios indeclinables: el principio de la buena fe y el principio de que cada parte está comprometida por los acuerdos que voluntariamente realizó y que debe cumplir en buena fe⁽³²⁾.

La jurisprudencia del CIADI nos presenta muchos casos en los que se ha recurrido a principios. Así por ejemplo, como lo señala Guido Santiago Tawil en el ensayo antes citado, podemos comprobar que los tribunales del CIADI han reivindicado principios tales como el respeto de los derechos adquiridos en relación con la autorización y las garantías para invertir recibidas por el inversionista extranjero⁽³³⁾ o la importancia de la *bona fide* y del trato no discriminatorio⁽³⁴⁾, también la doctrina de los actos propios (*estoppel*)⁽³⁵⁾ y la del enriquecimiento injusto⁽³⁶⁾ en términos muchos más amplios que los contenidos en las leyes municipales, la obligación de pagar una compensación total por los perjuicios resultantes de un incumplimiento contractual⁽³⁷⁾, entre otros.

A su vez, Christoph Schreuer señala los siguientes: a) los principios generales del Derecho Contractual, incluidos en el *pacta sunt servanda* y la *exceptio non adimpleti contractus*; b) el *estoppel*, que en los países con Derecho derivado del romano se conoce bajo la denomina-

(32) SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, cit., Par. 110, p. 612.

(33) Caso Amco vs. Indonesia. Laudo de 20 de noviembre de 1984, en: *1 ICSID Reports 493*.

(34) Caso LETCO vs. Liberia. Laudo de, 31 de marzo de 1986, en: *2 ICSID Reports 366*.

(35) TAWIL, Guido Santiago cita la resolución sobre jurisdicción en el caso de Amco vs. Indonesia, de 25 de septiembre de 1983, en: *1 ICSID Reports 407/8*; el resubmitted case, Laudo de 5 de junio de 1990, en: *1 ICSID Reports 606*; el caso Klöckner vs. Cameroon, la resolución sobre anulación de 3 de mayo de 1985, en: *2 ICSID Reports 140/1*; el caso SPP vs. Egypt, en la resolución sobre jurisdicción de 27 de noviembre de 1985, en: *3 ICSID Reports 123*.

(36) Amco vs. Indonesia, resubmitted case: laudo de 5 junio de 1990, en: *1 ICSID Reports 607/8*; SPP vs. Egypt, laudo de 20 de mayo de 1992, en: *3 ICSID Reports 246/7*.

(37) Amco vs. Indonesia, laudo de 20 de noviembre de 1984, en: *1 ICSID Reports 498 y ss.*

ción de doctrina de los actos propios (*venire contra factum proprium non valet*); c) el enriquecimiento injusto; d) la compensación plena por los perjuicios que resulten del incumplimiento del contrato; e) los principios generales del debido proceso; f) el reclamante soporta la carga de la prueba; y g) la *res iudicata*⁽³⁸⁾.

En mi opinión, el principio que reúne a todos los demás es el de la *bona fide*. Este es el gran paraguas: las relaciones económicas internacionales –y, en particular, las relaciones de inversión producto de las políticas nacionales de atracción a la inversión extranjera– tienen que ser llevadas dentro de las pautas de la más absoluta buena fe. Según la jurisprudencia internacional contemporánea, las infracciones a la buena fe no se limitan a lo escandaloso (*outrageous*) o a lo flagrante (*egregious*)⁽³⁹⁾. La buena fe se encuentra también afectada por las trampas encubiertas o por aquella actitud doble que es denominada “estrategia” en un cierto lenguaje comercial. Todo ello debe ser proscrito, de acuerdo al *standard* internacional mínimo basado en el reinado de la buena fe: el juzgador tiene que hacer un esfuerzo por detectarlas, para luego eliminar las distorsiones jurídicas que de ellas se derivan.

Este paraguas crea por debajo de él un espacio que el inversionista puede considerar seguro. Ahí, una serie de aplicaciones de la buena fe –tales como la necesidad de un tratamiento justo y equitativo, el derecho a las expectativas legítimas, la condena de las expropiaciones rampantes, sigilosas o progresivas (estas últimas constituidas por dentelladas sistemáticas), etc.– construyen un armazón de protección a quienes se sitúan bajo ese paraguas. Incluso el clásico principio *pacta sunt servanda* puede ser reinterpretado dentro del marco de la buena fe: los pactos deben ser cumplidos porque constituyen la fuente más natural y segura de creación de legítimas expectativas. Este armazón de principios jurídicos de protección puede ser llamado el “*standard internacional mínimo*”⁽⁴⁰⁾.

(38) SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, cit., Par. 113, pp. 614-615.

(39) *Vide* caso NAFTA *Mondev vs. USA*, laudo de 11 de octubre de 2002, Par. 116.

(40) TAWIL, “Applicable Law. Dispute Settlement. Module 2.6. International Center for Settlement of Investment Disputes”, cit., p. 10.

4. CONCLUSIONES

De lo expuesto no puede menos que deducirse que ha aparecido en el mundo jurídico un nuevo Derecho Económico Internacional, con características supranacionales, que se encuentra aún en proceso de formación pero que, indudablemente, tiene ya una influencia decisiva en las relaciones económicas entre sujetos de diferentes países y, particularmente, entre los inversionistas de un país y el Estado de otro país considerado como receptor de la inversión.

Este nuevo Derecho puede llamarse una vez más *lex mercatoria* (con la advertencia de que no es simplemente una resurrección del antiguo Derecho medieval sino, cuando menos, una re-edición corregida y aumentada) o Derecho Transnacional o Derecho Internacional Económico.

Pero, más allá de esta discusión académica sobre el nombre, no cabe duda de que hay un núcleo de conceptos –llámense como se llamen– que se vienen discutiendo y aplicando, que no puede ser eludido y que es vigente ya ahora (y lo será siempre), cualquiera que sean los resultados de la discusión onomástica antedicha.

En otras palabras, en lo más profundo de esa discusión sobre palabras hay un eje conceptual ineludible, que no puede ser descuidado cualquiera que sean las posiciones que se adopten en torno a los puntos discutidos, cualquiera que sean las ideas que finalmente sean consideradas generalmente aceptables y cualquiera que sea el nombre que finalmente quede en pie cuando termine la batalla filológica (o quizá simplemente, la contienda un tanto frívola sobre modas lexicológicas) que presenciamos actualmente. ▲

 ALAN SCOTT RAU (*)

“Separability” in the United States Supreme Court

SUMMARY: 1. The *Cardegna* Case. 2. “Illegality” and “Void” Contracts. 3. The *Cardegna* Holding and the Question of Judicial Review. 4. A Careless Turn of Phrase. 5. Does the Overall Contract Even “Exist”? 6. Summing Up.

In a highly predictable decision⁽¹⁾ –but one that is certain nevertheless to elicit considerable commentary– the Supreme Court of the United States has confirmed:

- The broad scope of the principle of the “separability” of the arbitration clause, and
- The broad scope of federal legislation overriding any rule of state law to the contrary.

It thus made explicit what should have been clear ever since the well-known case of *Prima Paint* decided almost 40 years ago⁽²⁾: that the doctrine of “severability” –reserving issues of contract validity to the

(*) Burg Family Professor of Law, University of Texas at Austin School of Law.

(1) *Buckeye Check Cashing Inc. v. Cardegna*, 126 S.Ct. 1204 (2006), en: <http://www.supremecourtus.gov/opinions/05pdf/04-1264.pdf>.

(2) *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.*, 388 U.S. 395 (1967).

arbitrator “unless the challenge is to the arbitration clause itself” – is an integral part of the “substantive federal” common law of arbitration⁽³⁾.

1. THE CARDEGNA CASE

The problem before the Court was quite straightforward: The *Cardegnas* brought a class-action lawsuit against Buckeye alleging that the transaction they had entered into—although disguised as a “check cashing” operation—was in reality an illegal usurious loan in violation of Florida law⁽⁴⁾. The defendants moved to compel arbitration, relying on a clause calling for application of the AAA Commercial Rules and drafted, through an excess of caution, with extraordinary breadth: It encompassed “any claim, dispute, or controversy” “arising from or relating to this Agreement”—“whether in contract, tort or otherwise, whether pre-existing, present, or future, and including statutory, common law, intentional tort, and equitable claims”—and including “the validity, enforceability or scope of this arbitration provision or the entire agreement”. While the trial court denied the motion, the court of appeals reversed—holding that the challenge to the validity of the contract must be submitted *to an arbitrator*.

So far, so good. But the Florida Supreme Court reversed again—holding that the arbitration clause could not be enforced “while there is a claim pending” in a state court that “the contract containing the arbitration provision is itself illegal and void *ab initio*”⁽⁵⁾. “Florida public policy and contract law,” said the court, “prohibit breathing life into a potentially illegal contract by enforcing the included arbitration clause”.

(3) I have written on this subject at some length in an earlier article, “Everything You Really Need to Know About “Separability” in Seventeen Simple Propositions”, *14 Amer. Rev. of Int’l Arb.*, N° 1, 2003. It is only because I have come to realize that no-one in the academy really reads anything—that legal scholarship is the precise equivalent of writing notes that are placed in bottles that are in turn thrown into the ocean—that I am allowing myself to go over this ground once again.

(4) For some of the background on this industry, see SCHMEDEMANN, Deborah A., “Time and Money: One State’s Regulation of Check-Based Loans”, *27 Wm. Mitchell L. Rev.*, 973, 2000.

(5) *Cardegna v. Buckeye Check Cashing Inc.*, 894 So.2d 860 (Fla. 2005).

A concurring justice added that “[w]hether a valid and enforceable arbitration agreement exists is a threshold question that must be answered by the courts, and it must be answered by reference to the state’s generally applicable contract law”—“if, under Florida law, no contract ever existed here, then by definition no enforceable agreement to arbitrate ever existed”⁽⁶⁾.

The final word, of course, belonged to the United States Supreme Court: In an essentially unanimous decision⁽⁷⁾, the Court overturned the Florida judgment: “[R]egardless of whether the challenge is brought in federal or state court a challenge to the validity of the contract as a whole” must “go to the arbitrator”. That the principle of “separability” is applicable in state as well as in federal courts should already have been abundantly clear from a consistent and unbroken jurisprudence of federal imperialism going back several decades⁽⁸⁾. The principal interest of *Cardegna*, then, lies in what it has to say about the allocation of decision-making authority between courts and arbitrators.

2. “ILLEGALITY” AND “VOID” CONTRACTS

In drawing the line between what is presumed to be “for the arbitrator”, and what is presumed to be “for the court”, Justice Scalia was able to explode two silly notions that have inexplicably recurred from time to time in both caselaw and commentary:

(6) 894 So.2d at 867 (Bell, J., specially concurring).

(7) Justice Alito, newly confirmed to the Court, took no part in the consideration or decision of the case. The only dissenter was Justice Thomas—whose curious inability to reconcile himself to the binding force of the FAA in state courts has made him completely irrelevant to the ongoing discussion.

(8) See RAU, “Everything You Really Need to Know About ‘Separability’ in Seventeen Simple Propositions”, at 87:

“if we are to remain true to the narrative of the Supreme Court’s jurisprudence, I think we must fairly conclude that the presumption underlying *Prima Paint* has become part of the federal common law of arbitration—a body of law that state courts are now obliged to respect

With my usual prescience, I wrote in 2003 that “[t]his proposition is highly unlikely to be tested soon in any conclusive fashion”.

1. While certain challenges to a contract—the paradigm case is one of fraudulent inducement—are universally understood to be within the jurisdiction of the arbitrators, the question of the contract’s “illegality” is somehow different. This is closely related to the hazy idea that,
2. The principle of “separability” insulates the arbitration clause from challenge only when the overall contract is “voidable” –as in the case of fraud– but not when the law makes it altogether “void”.

In fact both of these are clearly nonstarters:

A. “*Illegality*”

The deal entered into by the parties will frequently run afoul of some regulatory statute: To take what are perhaps the most common examples in the reports, a consumer loan may be challenged as usurious, or a contractor may have neglected to obtain the requisite state license⁽⁹⁾. But here—just as in the case, say, of fraudulent inducement—it seems quite possible to presume a willingness to entrust such determinations to arbitrators chosen by the parties themselves. Here is why:

It should be obvious how frequently the issue of contract validity will be intertwined with the substantive issues underlying the “merits” of the dispute: Take again the paradigm case of fraud: The arbitral determination that the parties unquestionably bargained for –say, the

⁽⁹⁾ See, e.g., *Nature’s 10 Jewelers v. Gunderson*, 648 N.W.2d 804 (S.D. 2002) (franchise agreement, which was entered into several months after the franchisor’s registration with the state Division of Securities had expired, was “void, not voidable”, and so the franchisor cannot “benefit from the arbitration clause in the illegal contract”) *R. P. T. of Aspen, Inc. v. Innovative Communications, Inc.* 917 P.2d 340 (Colo. App. 1996) (defendant argued that “there was no agreement to arbitrate because the Contract violated Colorado antitrust laws and was therefore void”; held, case remanded “for an express determination of whether the Contract violates the Colorado antitrust laws”; “while antitrust laws may, in appropriate cases, be determined by an arbitrator, when the legality of a contract is under scrutiny, that issue must be decided by the court”); *Alabama Catalog Sales v. Harris*, 794 So.2d 312 (Ala. 2001) (plaintiff alleged that the defendants had violated state law by making “illegal payday loans” and charging usurious interest; held, since the plaintiff “challenges the very existence of the contracts”, the doctrine of “separability” is “inapplicable” and the trial court “must decide the ultimate question relating to the legally and enforceability of the contracts”).

merits of a buyer's claim that goods were defective could readily be preempted by a prior judicial decision—say, that the seller *intentionally misrepresented* that the goods were merchantable. A trial court that is allowed to pass on the latter issue would almost certainly have to determine the claim of substantive breach as well, leaving “virtually nothing left for the arbitrator to decide”⁽¹⁰⁾. In this sense our presumption may well be chosen for the same reason that most default rules are chosen—in order to “most closely mimic the hypothetical bargain that the parties themselves would have chosen in a completely spelled-out agreement”—or perhaps, the bargain that most similarly situated parties would have chosen—or at least, the bargain that it would be rational for such parties to have chosen *ex ante*”⁽¹¹⁾. So here we can say how abundantly sensible it would seem to impute to contracting parties a preference for what has neatly been termed “the practical advantages of one-stop adjudication”⁽¹²⁾.

The default rule of *Prima Paint*, therefore, seems to a large extent justifiable simply as a presumptive rule of contract interpretation. The thrust of the doctrine of “separability,” then, is to recognize the probable competence of the arbitrators, by presuming that they have been entrusted by the parties with the power to make a virtually non-reviewable decision on the issue of validity. Nor is this entirely a matter of efficiency: As the Supreme Court has recently reminded us in *Howsam*, it only makes sense “for the law to assume an expectation that aligns (1) decision-maker with (2) comparative expertise”⁽¹³⁾.

⁽¹⁰⁾ *Ericksen, Arbuthnot, McCarthy, Kearney & Walsh, Inc. v. 100 Oak Street*, 673 P.2d 251 (Cal. 1983) (“the claim of substantive breach—that the air conditioning did not perform properly—is totally embraced within the claim of fraud—that the lessor knew, at the time of the lease, that the air conditioning would not perform”).

⁽¹¹⁾ RAU, Alan Scott & SHERMAN, Edward, “Tradition and Innovation in International Arbitration Procedure”, in: *30 Tex. Int'l L.J.* 89, p. 115, 1995.

⁽¹²⁾ *Harbour Assurance Co. (U.K.) Ltd. v. Kansa General Int'l Ins. Co. Ltd.*, [1993] 1 Lloyd's L. Rep. 455, 469 (C.A.) (Hoffmann L.J.) (“or in other words, the inconvenience of having one issue resolved by the Court and then, contingently on the outcome of that decision, further issues decided by the arbitrator”); see also *id.* at 470 (“I would be very slow to attribute to reasonable parties an intention that there should in any foreseeable eventuality be two sets of proceedings”).

⁽¹³⁾ *Howsam v. Dean Witter Reynolds, Inc.* 537 U.S. 79 (2002).

Now the question of the “*legality*” of the underlying contract, too, will often be closely entangled with or even indistinguishable from the “merits”—to the point, indeed, that even posing the question in terms of “illegality” is likely to seem unnecessary and tendentious. Here are a few telling examples of this point:

- The parties entered into a contract for the sale of gas belonging to the state of Louisiana; the seller, naturally, warranted title to the gas. The buyer later resisted arbitration of a dispute: It argued that the seller had failed to comply with Louisiana law requiring that contracts to sell the state’s gas be approved by certain state officials and that public bid procedures be followed—and that this failure made the parties’ contract “void as never having been entered into”. But the court found this assertion “irrelevant” to “the freely agreed arbitration provision”—for after all, “the worst result” of this legal defect in the agreement would simply be the seller’s “inability to perform”, in breach of contract⁽¹⁴⁾.
- The parties entered into a franchise agreement under which the franchisor gave a license of his trade name for use in the franchisee’s accounting practice. Operating such a practice under a trade name was, however, a violation of state law, and the franchisee later learned that the state Board of Public Accountancy had taken disciplinary action against other franchisees. After the franchisor unsuccessfully attempted to obtain a favorable ruling from the Board, the franchisee stopped using the trade name, and notified the franchisor that he would not continue under the agreement. Litigation ensued—the franchisor claiming recovery for services it had provided, and the franchisee seeking a judgment that he was free from any further liability under the agreement. The franchisee argued that to compel arbitration would be “improper” since it would amount “in essence” to the court “effectuat[ing] an illegal agreement”⁽¹⁵⁾. But isn’t it clear that what

(14) *Mesa Operating Limited Partnership v. Louisiana Intrastate Gas Corp.* 797 F.2d 238 (5th Cir. 1986).

(15) *Lawrence v. Comprehensive Business Services Co.*, 833 F.2d 1159 (5th Cir. 1987) (“The flaw in the argument is that the legality of the contract has not yet been decided”; held, district court’s order staying litigation and compelling arbitration affirmed).

is masquerading here—for strategic or rhetorical purposes—as “illegality,” amounts to little more than the issue of whether contractual obligations have been discharged on the ground of a failure of consideration?⁽¹⁶⁾.

- The parties entered into a time charter for a vessel, which the disponent owner had himself originally chartered from the registered owner. The charterer accepted tender of the vessel, but it later turned out that the registered owner was controlled by the government of Cuba. The charterer resisted arbitration, alleging that the charter was “null and void” under the Cuban–Assets Control Regulations— and that “since the charter agreement is void *ab initio*, the arbitration agreement contained therein must also be void *ab initio*”; the charterer also claimed that he had been unaware of the vessel’s Cuban connection, which the disponent owner had fraudulently concealed. A rhetorical question: Who is best qualified to unravel this aborted venture and to reconstruct the parties’ allocation of risks –to pass, for example, on the disponent owner’s claim for restitution, or the charterer’s claim for breach of warranty or fraud?⁽¹⁷⁾.

So, I would argue, in the line of cases flowing from *Prima Paint*, courts resort to the slogan of “separability” in order to treat an issue like “fraud” or “illegality” *as just one more discrete controversy between the parties* –that is, in precisely the same way as other issues going more conventionally to “the merits.” This way of seeing things inevitably leads them to summon up the background rule –a familiar one in the

(16) Cfr. 13 Arthur Linton Corbin, *Corbin on Contracts* § 1255 (interim ed. 2002) (“if the promisor has not received and is not going to receive the agreed equivalent of his own performance, he will not be required to perform at all. There is a failure of consideration, even though there is no breach of contract (...) for the reason that performance has become impossible without fault”).

(17) *Belship Navigation, Inc. v. Sealift Inc.* 1995 WL 447656 (S.D.N.Y.) (held, motion to compel arbitration granted; the charterer “does not dispute the fact that the parties reached an overall agreement containing an agreement to arbitrate, nor does it argue that it was deceived or coerced into agreeing to the arbitration clause”). Cf. *Julian Cooke et al., Voyage Charters* 22 (1993) (“Where the contract is prohibited by statute a party ignorant of the facts which give rise to the prohibition may be entitled to recover damages for breach of a collateral warranty that the contract is legal”).

United States, dictated by federal common law— to the effect that such issues are routinely presumed to fall within the scope of the conventional broad arbitration clause⁽¹⁸⁾. Consent to arbitration, then, allows them to infer a willingness to arbitrate any challenges made to the main agreement. Such a presumption is certainly reinforced here by a concern to avoid collateral litigation intended to delay or to derail the arbitral process. The Federal Arbitration Act certainly permits such a reading—although, as a relic from a far more innocent age of drafting, the statute can hardly be said to make it obligatory⁽¹⁹⁾.

Nor does the fact that performance of a contract may implicate a local regulatory statute necessarily mean that all obligations of the contracting parties are at an end. The ways in which a transaction may

(18) See CONE, Moses H., *Memorial Hospital v. Mercury Construction Corp.*, 460 U.S. 1, 1983, pp. 24-25 (“any doubts concerning the scope of arbitrable issues should be resolved in favor of arbitration”). This usually goes under the rubric of “the presumption of arbitrability”. See *AT&T Technologies, Inc. v. Communication Workers of America*, 475 U.S. 643, 650 (1986) (“where the contract contains an arbitration clause, there is a presumption of arbitrability in the sense that ‘[a]n order to arbitrate the particular grievance should not be denied unless it may be said with positive assurance that the arbitration clause is not susceptible of an interpretation that covers the asserted dispute. Doubts should be resolved in favor of coverage’”) (quoting from *Steelworkers v. Warrior & Gulf Navigation Co.*, 363 U.S. 574, 582-83 (1960)).

(19) Section 2 of the Federal Arbitration Act mandates that “a written provision” in any contract “to settle by arbitration a controversy thereafter arising”, or an “agreement in writing to submit to arbitration an existing controversy”, shall be “valid, irrevocable, and enforceable, save upon such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract”. Section 4 in turn instructs a court to “direct the parties to proceed to arbitration” once it is “satisfied that the making of the agreement for arbitration or the failure to comply therewith is not in issue”.

Now I suppose that the “savings clause” of § 2 could conceivably be read to mean that an arbitration clause is only enforceable if it forms part of an otherwise “valid contract”; I suppose, too, that § 4 can conceivably be read to require a judicial decision as to the “making”—not just of the arbitration clause taken in isolation—but also as to “a contract containing an arbitration clause”. For this argument, see SCHWARTZ, David S., “Enforcing Small Print to Protect Big Business: Employee and Consumer Rights Claims in an Age of Compelled Arbitration”, *L. Rev.* 33, Wisc., 199783-84. However, a more natural reading—perfectly consistent with the syntax—would instead see the “savings clause” as referring to the validity *only of the agreement to arbitrate* (a court being authorized to withhold enforcement in those cases alone where some neutral and generally applicable ground exists to challenge “the provision” for arbitration itself).

be tainted by possible "illegality" are infinite in their variety especially, as Lord Devlin wearily remarked, "in these times when so much of commercial life is governed by regulations of one sort or another, which may easily be broken without wicked intent"⁽²⁰⁾. In many instances the policies underlying a prohibitory rule may actually best be served by preserving the right of one party to the deal to assert a claim⁽²¹⁾; in still other cases, the strength of such policies may be outweighed by the harshness of forfeiture⁽²²⁾. "Our cases warn against

⁽²⁰⁾ *St. John Shipping Corp. v. Joseph Rank Ltd*, [1957] 1 Q.B. 267, 288 (1956).

⁽²¹⁾ *See* Restatement, Second, Contracts, § 179 comment c ("When refusal to enforce may frustrate policy"). *See also* *Yuba Cypress Housing Partners, Ltd. v. Am Developers*, 120 Cal. Rptr.2d 273 (Cal. App. 2002) (real estate contract was unlawful because developer had violated the state Subdivided Lands Act; the buyer sought to rescind the contract but also sought attorneys' fees pursuant to a clause in the contract; in some cases "effective deterrence is best realized by enforcing the plaintiffs claim or allowing some other remedy", and to deny the contractual remedy of attorneys' fees "would permit defendant to benefit from the illegality that it created"); *Hedla v. McCool*, 476 F.2d 1223 (9th Cir. 1973) (parties entered into an agreement for architectural services in connection with the construction of a building, although architect was not licensed by the state as required; after the owner terminated the contract "because of the disparity between the estimated cost and the low bid" received, the architect was denied recovery for his fees—but the owner was permitted to recover damages for the loss of expected use of the building due to delay).

⁽²²⁾ *See* Restatement, Second, Contracts, §§178, 181 ("weighing the interest in the enforcement of a term" and the "public policy against enforcement of a term"); *see also* *Rush-Presbyterian-St. Luke's Medical Center v. Hellenic. Republic*, 980 F.2d 449 (7th Cir. 1993) (suit for the recovery of unpaid hospital bills for kidney transplants; plaintiffs did not have the required state "certificate of need" to operate a renal transplant center but "proportionality is the cornerstone of a rational system of sanctions", and a "forfeiture of \$200,000 is an excessive punishment for an offense punishable by a fine of only \$10,000 and so lightly regarded by the state that it has not sought to impose the fine"); *Pearsall v. Alexander*, 572 A.2d 113 (D.C. App. 1990) (breach of an agreement to share the proceeds of a winning lottery ticket; "permitting the unscrupulous holders of winning tickets to renege on their agreement and keep the winnings for themselves (...) would only reward those who convert the property of others"); *Gates v. Rivers Construction Co., Inc*, 515 P.2d 1020 (Alaska 1973) (contract of employment was entered into in violation of American immigration and nationality laws, and trial court held that the plaintiff alien was barred by the illegality of the contract from claiming recovery of wages due; held, reversed; the purpose of the law, to safeguard American labor from "unwanted competition", "would not be furthered by permitting employers knowingly to employ excludable aliens and then, with impunity, to refuse to pay them for their services").

the sentimental fallacy of piling on sanctions unthinkingly once an illegality is found”⁽²³⁾.

What seems to underlie so many of the “illegality” cases is the unarticulated notion that the enforcement of statutory policy is far too important to be left in the hands of mere arbitrators. But no rule that purports to govern “contract formation” can serve any longer as an illicit surrogate for the exploded idea that arbitral competence does not extend to matters of “public policy—that ship sailed a long time ago”⁽²⁴⁾. And where the relevant “policy” is that of a state, reserving adjudication for the courts obviously runs into the further problem of preemption—given that any presumption against arbitral jurisdiction is impermissible as a matter of federal law⁽²⁵⁾. If there is a case just over the boundary, it must be one where the futility of waiting upon post-award review is uncommonly self-evident—perhaps blended with the extra-added ingredients of a transaction

(23) *Town Planning & Engineering Associates, Inc., v. Amesbury Specialty Co., Inc.*, 342 N.E.2d 706, 711 (Mass. 1976) (plaintiff, who was not a registered professional engineer, sued a client for the wrongful termination of a contract under which the plaintiff was to prepare plans and do other engineering and related work toward the construction of an industrial budding for the defendant; “if there was a violation here, it was punishable as a misdemeanor under the statute”, and “we have to ask whether a consequence, beyond the one prescribed by statute, should attach, inhibiting recovery of compensation”; held, no).

(24) The Supreme Court has made it tediously clear that the FAA “provides no basis for disfavoring agreements to arbitrate statutory claims by skewing the otherwise hospitable inquiry into arbitrability”; the standard rhetorical move is now the assertion that “[b]y agreeing to arbitrate a statutory claim, a party does not forgo the substantive rights afforded by the statute; it only submits to their resolution in an arbitral, rather than a judicial, forum”. *Mitsubishi Motion v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* 473 U.S. 614, 627, 1985. Cfr. CRAIG, W. Laurence, “Uses and Abuses of Appeal from Awards”, en: *4 Arb. Int’l 174*, 215, 1988. (“It is rare that as a defense to an alleged breach of contract it cannot be claimed that the other party was guilty of a RICO conspiracy or has violated some other statute or mandatory effect, all with the intent of defeating arbitral jurisdiction”).

(25) See generally RAU, Alan Scott, *Does State Arbitration Law Matter at All? Federal Preemption*, in *ADR and the Law 199*, 15th ed., 1999. (“A newly-discovered, but relentless, ‘pro-arbitration’ policy has given rise to a federal imperialism that inevitably calls into question the legitimacy of all sorts of state laws dealing with dispute resolution. The lion is no longer lying down with the lamb; it has, instead, eagerly been passing around the mint jelly”).

malm in se⁽²⁶⁾, or an arbitral panel whose fidelity to statutory policy seems dubious⁽²⁷⁾. But in the nature of things this seems like a trivial concession, merely demonstrating, once again, how any doctrinal proposition that is entirely unqualified is unlikely to be wise⁽²⁸⁾.

B. "Void" Contracts

Before the Court's decision in *Cardegna*, the distinction between container contracts that are "void," and those that are merely "voidable"

(26) Such a case is the subject of Gary Born's rhetorical question: "If a band of robbers agree to divide their loot, and to arbitrate any resulting disagreements, does the separability doctrine insulate the arbitration clause from the illegality of the underlying contract?" BORN, Gary B., *International Commercial Arbitration: Commentary and Materials* 211, 2a ed., 2001; see also *Soleimany v. Soleimany*, [1999] Q.B. 785, 797 (C.A. 1998).

("The English court would not recognise an agreement between the highwaymen to arbitrate their differences any more than it would recognise the original agreement to split the proceeds"). But even in such dramatic instances, deference to arbitral competence in contract interpretation may well be called for: To an advocate's hypothetical in which "a murder-for-hire customer proclaims himself by seeking judicial assistance to compel arbitration", Judge Ginsburg of the D.C. Circuit riposted with a hypothetical of his own: Suppose that the parties had been using "a certain trade lexicon, in which otherwise ominous terms have an inoffensive meaning. It is precisely so that an arbitrator may interpret and apply those terms that the parties agreed to arbitration", and so a court should not "intervene before the arbitrator has determined what the contract means". *National Railroad Passenger Corp. v. Consolidated Rail Corp.*, 892 F.2d 1066, 1071 (D.C. Cir. 1990).

(27) Cf. *Harbour Assurance Co. (U.K.) Ltd.*, *supra* note 11, [1993] 1 Lloyd's L. Rep. at 469: There may be cases in which the policy of the rule is such that it would be liable to be defeated by allowing the issue to be determined by a tribunal chosen by the parties. This may be especially true of *contrats d'adhésion* in which the arbitrator is in practice the choice of the dominant party.

See also *Soleimay v. Soleimay*, *supra* note 25 at 800 ("Is there anything to suggest that the arbitrator was incompetent to conduct such an inquiry? May there have been collusion or bad faith, so as to procure an award despite illegality?"); *Hammes v. AAMCO Transmissions, Inc.*, 33 F.3d 774, 783 (7th Cir. 1994) (POSNER, J.) (arbitration clause may be enforceable even if the dispute concerns the validity under the antitrust laws of the container contract—especially "where as in this case there is no suggestion (...) that the arbitrators are themselves a cat's paw of the cartel").

(28) "Rau draws considerable comfort and self-satisfaction from his faith in temperate and clever lawyerly distinctions". CARBONNEAU, Tom, "Le *Tournoi* of Academic Commentary on Kaplan: A Reply to Professor Rau", in: *12(4) Mealey's Int'l Arb. Rep.*, 35, 39, 1997.

–the latter supposedly being the true domain of *Prima Paint*– had settled comfortably into American case law. The inevitable corollary seemed to be that if a court found the container contract not only “voidable” but “void,” “there is obviously no valid arbitration provision” either⁽²⁹⁾. Without a great deal of discussion –but with a considerable amount of robust common sense– Justice Scalia found the supposed distinction to be simply “irrelevant” here.

Now I suppose it must be conceded that the distinction between “void” and “voidable” contracts, in all its hoary antiquity, is perhaps a useful one for some limited purposes. Choosing whether to place a transaction in the proper pigeonhole is often assumed to be the proper

⁽²⁹⁾ *Silver Dollar Cig, Inc. v. Kitsmiller Construction Co., Inc.*, 874 S.W.2d 526, 537 (Mo. App. 1994). See also *Sphere Drake Ins. Ltd v. Clarendon Nat'l Ins. Co.*, 263 F.3d 26 (2nd Cir. 2001) (the “distinction between void and voidable contracts” “may have a metaphysical ring, [but] it is a useful distinction for present purposes”; a party alleging that a contract is “void” “need not specifically allege that the arbitration clause in that contract is void”, and is “entitled to a trial on the arbitrability issue”); *Sphere Drake Ins. Ltd. v. All American Life Ins. Co.*, 221 P.Supp.2d at 879 (N.D. Ill. 2002) (claims that a contract is “voidable” go to an arbitrator, but “if a contract containing an arbitration provision is claimed to be void *ab initio*, the issue of voidness is to be resolved by the court before the arbitration clause can be enforced”); *J.C. Bradford & Co. v. Vick*, 2002 WL 538999 (Ala.) (“the question whether a valid contract exists between the parties is to be decided by the trial court, not an arbitrator”; “we follow the reasoning of other courts that limit the holding in *Prima Paint* to ‘voidable’ contracts”); *Local Union 1253, Weis Builders, Inc v. Kay S. Brown Living Trust*, 236 F. Supp.2d 1197, 1203 (D. Colo. 2002) (since “the doctrine of severability presumes a valid underlying agreement”, we must distinguish between “contracts that are asserted to be ‘void’ or non-existent” and those that are “merely voidable”).

As for the scholarly commentary, see Note, Has Expansion of the Federal Arbitration Act Gone Too Far?: Enforcing Arbitration Clauses in Void *Ab Initio* Contracts, 86 *Marquette L. Rev.* 581 (2002); Stephen R. Goldberg et al., *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, and Other Processes* 235 (4th ed. 2003) (“where a contract is void *ab initio*, an arbitrator does not decide the arbitrability question, but that where there is an agreement, even if it is voidable, the question of arbitrability should go to the arbitrator”).

Just one month after the date of oral argument in *Cardegna* and less than two months before the Court handed down its opinion –the Second Circuit was foolhardy enough to go ahead and decide a case in which it felt able to repeat the same tired litany: “Only if a contract is ‘void’ and not ‘voidable,’ can a party challenge the enforceability of an arbitration clause without alleging a particular defect with that clause”. *Adams v. Suozzi*, 433 F.3d 220 (2nd Cir. 2005).

way to go about resolving certain concrete problems that regularly recur in the law of contracts and procedure: For example, the classification has traditionally been thought helpful when one is trying to strike the proper balance with respect to:

- the allocation of the risk of loss between the victim of wrongdoing and innocent third parties: So in Anglo-American law, one who acquires personal property through fraud can convey to a bona fide purchaser a title superior to that of the "true" owner—but not one who has acquired the property through theft or mistake⁽³⁰⁾.
- the allocation of the burdens of litigation between the contracting parties themselves⁽³¹⁾.

⁽³⁰⁾ See, e.g., Ray Andrews Brown, *The Law of Personal Property* § 9.6 (3rd ed. 1975) ("the exception of voidable as distinct from void titles"); see also UCC §§ -403, 3-305(a), (b) (the right of a holder in due course to enforce the obligation to pay & instrument is subject to certain defenses of the original obligor such as fraud in the factum, lack of legal capacity, or illegality of the transaction "which, under other law, nullifies the obligation of the obligor?"),

⁽³¹⁾ There are two related points here:

- The supposed victim of fraud or duress will normally bear the burden of raising and proving the defense in order to "avoid" the contract.
- And in addition, his power to "avoid" or "disaffirm" the "voidable" contract may often be lost through unreasonable delay in asserting it. Restatement, Second, Contracts § 7 committed. ("Voidable Contracts"; "Promptness of Election"); Restatement, Second, Contracts § 381 (power of a party to avoid a contract for duress "is lost if, after the circumstances that made it voidable have ceased to exist, he does not within a reasonable time manifest to the other party his intention to avoid it"); *Lively v. Southern Heritage Ins. Co.*, 2002 WL 1380384 (Ga. App.) (insurance company "could be estopped from asserting the defense if it did not act promptly, upon learning of the fraud, to rescind the contract but instead treated it as valid and enforceable").

By contrast—where it is asserted that an agreement is "void" or "nonexistent"—the burden of proof will apparently be on the party seeking to enforce the contract. *Id at 342*; *Boxberger v. New York, N.H. & H. R. Co.*, 142 N.E. 357 (N.Y. 1923) (plaintiff alleged that a "release" of liability was signed by him, "under misrepresentations of the defendant, as a receipt for wages"; held, since such fraud in the factum would "render the writing void at law", the burden of proof as to the validity of the release was on the proponent, the defendant). And, at least in theory, there should be no need to promptly "disaffirm" obligations under a contract that never existed. See *Ford v. Shearson Lehman American Express*, 225 Cal. Rptr. 895 (Cal. App. 1986) (fraud in the factum; if "the promisor (...) actually does not know what he is signing, or does not intend to enter

But as far as I can tell, this classificatory scheme is not functionally related in any way to the problem of separability: So for our present purposes “void” or “voidable” are words of no explanatory power whatever. What courts have done over the generations—when responding to the need to sort out the inevitable shambles that accompany aborted transactions goes not advance any policy that I can think of that touches on the division of authority between courts and arbitrators. We are talking here solely and simply about the contractual allocation of decision-making authority. If we can merely find—unburdened by any a priori baggage—a willingness to arbitrate, we can draw the usual inferences about the agreed scope of arbitral power.

3. THE CARDEGNA HOLDING AND THE QUESTION OF JUDICIAL REVIEW

So, wrote Justice Scalia, “unless the *challenge is to the arbitration clause itself* the issue of the contract’s validity is considered by the arbitrator *in the first instance*”.

The words “in the first instance” serve to remind us that the question of “separability” is quite different from the question of judicial review—and that it is important not to carelessly conflate them. To be sure, the usual effect of entrusting the issue of contract validity to arbitrators under *Prima Paint* is that their decision enjoys the same degree of finality as is given to awards on any other substantive matter. But this need hardly entail giving them the final word in all cases: Review at some level to ensure that “public policy” is not being disserved is, after all, a familiar phenomenon that has not been thought incompatible with the traditional mandated deference to arbitral awards. Judicial humility might well be at its height where the contested “legalities” are of peripheral social importance, and where the arbitrators seem to have made an honest attempt on “disputed evidence” to characterize the transaction in the appropriate way⁽³²⁾. In other cases it may be

into a contract at all, mutual assent is lacking, and it is *void*. In such a case it may be disregarded without the necessity of rescission”).

(32) A debt that indisputably arises from gambling (...) should have no greater claim to judicial enforcement by confirmation of an arbitration award than by litigation. (...)

appropriate to engage in a more overt and explicit process of balancing-weighting the strength of the policy invoked against the interest in the finality of awards. In the course of doing so, one would naturally expect a court to calibrate the "level of opprobrium" that the violation of any particular statutory rule would seem to present⁽³³⁾. But even a commitment to de novo judicial review need not completely undercut the utility of the "separability" principle itself: For in many cases the qualities for which arbitrators are chosen—their special competence, perhaps, or their sensitivity to values shared by the parties—might be decisive in bringing an

On the other hand, it is no more against policy to arbitrate *whether* a debt has arisen from gambling or some other activity rendering it unenforceable, as opposed to some legitimate activity, than it is to litigate the same issue". *CVN Group, Inc. v. Delgado*, 95 S.W.2d 234 (Tex. 2002).

For a similar recent case, in which an exclusive license was challenged as unlawful under the Sherman Act but upheld by the arbitrators, see *Baxter Int'l Inc. v. Abbott Laboratories* 315 F.3d 829 (7th Cir. 2003). The defendant's argument—that "arbitrators are not allowed to command the parties to violate rules of positive law"—was found "true enough, but whether the tribunal's construction of [the agreement] has that effect was a question put to, and resolved by, the arbitrators. They answered no, and as between [the parties] their answer is conclusive". Ensuring that the arbitrators "took cognizance of the antitrust claims and actually decided them" "is as far as our review legitimately goes".

- ⁽³³⁾ See *Westacre Investments Inc. v. Jugoinport-SPDR Holding Co. Ltd.*, [2000] Q.B. 288, pp. 314-315 (C.A. 1999) (Waller L.J. dissenting) (the trial judge "narrowly came down on the side of upholding the finality of the award. It would seem that if the case had concerned a drug-trafficking contract he might well have taken a different view but he placed 'commercial corruption' at a different level of opprobrium from drug-trafficking"); cf. *Omnium de Traitement et de Valorisation S.A. v. Hilmarton Ltd.*, [1999] 2 Lloyd's L. Rep. 222 (Q.B.D. Comm. Ct.). In *Hilmarton* the contract was allegedly illegal under the law of Algeria, which was the place of performance, but an ICC arbitration was held in Switzerland. The arbitrator decided that "the Algerian statute in question constituted a prohibited measure of a protectionist nature, to ensure that Algeria maintains a state monopoly on foreign trade; thus ethically speaking, it could not take priority over the parties' freedom of contract"; the award was enforced. Ewan Brown, *Illegality and Public Policy—Enforcement of Arbitral Award in England*, 2000 Int'l Arb. L. Rev. 31, suggests that to warrant a different result in *Hilmarton*, "the illegality would have to involve a degree of seriousness such as corruption, fraud, drug trafficking, prostitution or paedophilia such as to merit the opprobrium of the English court irrespective of the Swiss law position". A similar list appears in Richard H. Kreindler, *Aspects of Illegality in the Formation and Performance of Contracts*, 2003 Int'l Arb. L. Rev. 1, 2 ("overtly illegal contracts" "whose subject matter or purpose is generally considered to offend public morality").

effective end to the controversy⁽³⁴⁾; their “first look” might command acquiescence, or might for other reasons obviate the need ever to take up the question of “illegality” at all⁽³⁵⁾.

4. A CARELESS TURN OF PHRASE

Justice Scalia’s opinion in *Cardegna* was short and perfunctory—the subject obviously sparked no intense interest, and there were none of the rhetorical fireworks one might have expected. In the only other language of any importance, he summarized the holding thus: Arbitration should have been ordered “because respondents challenge the Agreement, *but not specifically its arbitration provisions*”. In other

⁽³⁴⁾ Cf. *Agur v. Agur*, 298 N.Y.S.2d 772 (App. Div. 1969), appeal dismissed by 313 N.Y.S.2d 866 (N.Y. 1970), in which a separation agreement provided that any future child custody disputes would be decided by three arbitrators (including an Orthodox rabbi) “all of whom are to be versed in Jewish religious law”. The court refused to order arbitration, and it now seems settled in New York that custody matters may not in any event be arbitrated as a matter of “public policy”, e.g., *Glauber v. Glauber*, 600 N.Y.S.2d 740 (App. Div. 1993) (“the court’s traditional power to protect the interests of children cannot yield to the expectation of finality of arbitration awards”); in some other states, arbitration agreements may be enforced with the caveat that a “special” de novo review of the resulting award is necessary.

Nevertheless even in this sensitive and highly regulated area of child custody, trust in the technical competence of arbitrators, and a desire to avoid judicial involvement, may in fact combine to limit the scope of review. This will particularly be true with respect to the many daily and trivial conflicts that inevitably arise in the course of parenting. When a father, exercising his rights under a custody agreement, selected ice hockey as an appropriate extracurricular activity for his daughter, the mother objected, and the guardian *ad litem* appointed under the agreement “concluded that, because of the large time commitment required by hockey” and the need to allow the daughter “sufficient time to focus on school work” an alternative activity should be chosen. The court held that what it characterized as an arbitral award should be reviewed “only for gross error”. *Davidson v. Lafferty* 2002 WL 1943661 (Alaska).

⁽³⁵⁾ Few things, after all, will quiet a defendant’s “public policy” challenge quite as decisively as victory on other grounds. See *National Railroad Passenger Corp.*, *supra* note 25 (indemnification provisions of agreement were challenged as contrary to public policy; since it would have to “ultimately decide” the issue anyway, the trial court concluded that “it would expedite resolution of this dispute for it to decide the public policy issue at once rather than first to compel arbitration”; held, reversed; “had this case been submitted to arbitration, and had the [arbitrators] concluded that the contract did not require Amtrak to indemnify Conrad for the damages in issue, the district court would presumably never have had to address the public policy issue at all”).

words, “a challenge to the validity of the contract as a whole, *and not specifically to the arbitration clause*, must go to the arbitrator”.

Now this is certainly an unfortunate turn of phrase, sloppy and unguarded –and in any event irrelevant to *Cardegna’s* eminently sensible result. But in the present day –given that the ability to do serious doctrinal work has largely disappeared from the academy– it is best to recognize that where misunderstanding is possible, misunderstanding is inevitable. So let me try to make some sense of what Justice Scalia was saying here.

To begin with, it should be obvious that a challenge can be “to the arbitration clause itself ⁽³⁶⁾ without being “*specifically* to the arbitration provision”⁽³⁷⁾. In all such cases, the challenge must be resolved by the courts: In allocating decision-making power to a court, there is no reason whatever that we should care whether the challenge is checked “specifically” to the arbitration clause rather than to the contract as a whole. As usual, the point can best be made through some concrete examples: Suppose, for example, that it is alleged:

- that the signature on a document was forged⁽³⁸⁾; or
- that the signature was that of a corporation’s janitor with no authority whatever⁽³⁹⁾; or

⁽³⁶⁾ *Buckeye Check Cashing, Inc.*, *supra* n.6, 126 S. Ct. at 1209.

⁽³⁷⁾ *Id.* at 1209, 1210.

⁽³⁸⁾ See *AmSouth Bank v. Bowens*, 351 F.Supp.2d 571 (S.D. Miss. 2005) (bank’s customer agreement, purportedly signed by depositor, contained an arbitration clause, but depositor claimed that his name had been forged on the signature cards; held, since the “forgery allegation regards the customer agreement as a whole and not just the arbitration clause of the customer agreement, it is an issue that must be submitted to the arbitrator as part of the underlying dispute”; “[o]nly if the allegations concern solely the arbitration term and are not generally applicable to the agreement as a whole may the district court properly adjudicate the enforceability of the arbitration clause”).

⁽³⁹⁾ I posit this extreme case in order to distinguish the situation—rare, I grant you, but hardly unthinkable –which an agent may:

- lack authority to agree to the substantive terms of a transaction,
- but nevertheless possess sufficient authority to bind his principal to submit any disputes to arbitration.

- that the signature was induced by a representation that this piece of paper –which turned out to be an agreement– was merely a receipt or an autograph⁽⁴⁰⁾; or
- that one of the parties was mentally incompetent⁽⁴¹⁾; or

See, eg., *Sojuznefteexport v. JOC Oil Ltd. (Bermuda)*, 15 Y.B. Comm. Arb. 384, 406, 421 (1990) (Ct. of App. Bermuda 1989) (under Soviet law the chairman of a Foreign Trade Organization may have lacked authority on his own to enter into a “foreign trade transaction” on behalf of the FTO; however, since an arbitration clause was not itself a “foreign trade transaction” within the meaning of the relevant decree, he may at last have had the authority to bind the FTO to submit all future disputes to arbitration); *Cross v. Carnes*, 724 N.E.2d 828 (Ohio App.1998) (mother of minor may have lacked the authority to enter into a “release” on behalf of her daughter that would actually extinguish the daughter’s substantive claims; however, the parent may have had the authority –analogous to her right “to bring and conduct a lawsuit on behalf of the child”– “to bind minor child to settle his or her claims through arbitration”).

Enforcing the arbitration clause in such cases merely “specifies the forum” for the resolution of the claim: The proper precise inquiry, then, is whether the putative agent *possessed authority to submit corporate disputes to arbitration*; such an agent might plausibly grant arbitrators the power to determine whether his authority was adequate to bind the corporation to the underlying transaction.

(40) See *Villa Garcia v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith*, 833 F.2d 545 (5th Cir. 1987) (customer argued that arbitration clause was unenforceable because he had signed the customer agreement “believing it to be only a signature exemplar” and that “his inability to read the English language prevented him from reading” it; held, claim should be submitted to arbitration since it goes to “the formation of the entire agreement” rather than to the arbitration clause alone). And see also *Coddington Enterprises, Inc. v. Werries*, 54 F. Supp.2d 935, 942 (W.D. Mo. 1999), *rev’d on other grounds sub nom. United Super Inc. v. Werner*, 253 F.3d 1083 (8th Cir. 2001) (plaintiffs claimed that defendant “falsely represented to them that the new agreements they were signing were identical to the old agreements they had with [defendant]”; held, these allegations of fraud “cannot fairly be limited to the making of the arbitration clause”; since they “would go to the entire agreements and not just to the arbitration clauses”, the issue is one to be decided by an arbitrator); *Houlihan v. Oflemon & Co., Inc.* 31 F.3d 692 (8th Cir. 1994) (customer claimed she was misled into believing that her signature was necessary only to verify the information she had given on her application and to provide IRS with “updated” account information; held, her claim is subject to arbitration because her “factual allegations of fraud cannot fairly be limited to the making of the arbitration clause. Indeed [sic], Agnes Houlihan stated that she was misled into believing that she was not executing a contract at all”).

(41) An astonishing decision is the Fifth Circuit’s recent opinion in *Primerica Life Ins. Co. v. Brown*, 304 F.3d 469 (5th Cir. 2002). Here a borrower brought suit against a lender

- that one of the parties was a minor.

In none of these cases is the challenge aimed “specifically” at the arbitration clause, in distinction to the rest of the contract—certainly not in the sense that the challenge is “exclusive and directed toward the arbitration clause”. (This is the language of the lower Florida courts in *Cardegna*⁽⁴²⁾ and seems to be what Justice Scalia is talking about). And—in an alternative formulation—in none of these cases can the arbitration clause be attacked “without attacking the validity of the contract in its entirety”⁽⁴³⁾.

for breach of contract, and the defendant moved to compel arbitration. The district court denied the motion after determining that the borrower “lacked the mental capacity to execute a contract under Mississippi law”. The court of appeals, however, reversed—holding that this defense “is a defense to [the borrower’s] agreement with [the lender] and not a specific challenge to the arbitration clause. It followed then that the defense of lack of capacity, as “part of the underlying dispute between the parties”, must be submitted to the arbitrator. Another piece of lunacy is the Texas court’s decision in *In re Steger Energy Corp.*, 2002 WL 663645 (Tex. App.) (seller of mineral rights sued for rescission of the contract claiming that he “was incompetent at the time he signed the contracts—in the early stages of Alzheimer’s”; held, motion to compel arbitration granted; “the defense asserted relates to the contract as a whole”, and does not “specifically relate to the arbitration agreement itself”).

I suppose the principal thing that astonishes me, to paraphrase La Rochefoucauld, is the fact that I still remain capable of astonishment.

(42) See *Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna*, 824 So.2d 228, 230 (Fla App. 2002) (quoting *Manning v. Interfuture Trading, Inc.* 578 So.2d 842 (Fla. 4th DCA 1991): [W]here the entire transaction is infected by the alleged fraud or other ground for avoidance, the matter should be submitted to arbitration. Put another way, . . . only where the attack is specifically and *exclusively directed toward the arbitration clause* or a separate agreement to arbitrate may the court try the issue before submitting the balance of the controversy to arbitration.

(43) Cf. *Anniston Lincoln Mercury Dodge v. Conner*, 720 So.2d 898, 900-02 (Ala. 1998): [Claimant] argues that she should not be bound by the arbitration clause contained in her sales document, because, she says, her inability to understand English prevented her from effectively assenting to that clause. This argument falls squarely within the *Prima Paint* rule. Accordingly, the critical question is whether she can attack the validity of the arbitration clause itself without attacking the validity of the contract in its entirety.

The court held that—since the claimant’s allegation “bears upon the entire agreement—the question “should have been answered by an arbitrator”.

But so what? It should be clear nonetheless that *in every single one of the cases I have just mentioned*, it must be *the court rather than the arbitrator* which is to pass on the challenge⁽⁴⁴⁾. *Prima Paint* does not merely preserve for the courts challenges that are “restricted” or “limited” to “just” the arbitration clause alone—this would be senseless; *it preserves for the courts any claim at all that necessary calls an agreement to arbitrate into question*. To send a dispute to arbitration where “not only” the arbitration clause itself, but “also”, in addition, the “entire” agreement is subject to challenge, is to lose sight of the only important question—which is the existence of a legally enforceable assent to submit to arbitration.

So, a mewling infant, or a lunatic, lacks the ability to contract for anything—and by the same token lacks the ability to agree to *arbitrate* anything. A forger lacks the ability to commit his victim to arbitration quite as much as he lacks the ability to commit his victim to purchase widgets; a janitor similarly lacks the ability to bind the corporation he works for either to buy or to arbitrate. And isn’t there something terminally silly about an analysis which permits arbitration just because one party, at the time of “contracting,” has taken the pains to deceive the other by hiding and covering with his hand—not merely the arbitration clause—but *all the other provisions* in the contract as well?⁽⁴⁵⁾ Doctrine may certainly facilitate folly—but it rarely renders folly absolutely obligatory.

(44) Each and every one of the cases cited in notes 37, 39 and 40 *supra* fail to grasp this elementary point. Each and every one of them botches the inquiry; each and every one is wrongly decided. For example, it is self-evidently preposterous to send claims of forgery to arbitration; see *Sphere Drake Ins. Ltd. v. All American Ins. Co.*, 256 F.3d 587, 590 (7th Cir. 2001) (Easterbrook, J.) (“A person whose signature was forged has never agreed to anything”).

(45) This is the Alabama case in which the buyers of a mobile home claimed that the seller had “held all the documents (...) in one hand” and “pointed to where they needed to sign”, without giving the agreement to them or allowing them to ask any questions about it. Since this allegation of fraud was that the seller had “concealed all portions of the agreement, not merely the arbitration clause” contained in it, the court pointed out that this was “in reality an attack on the entire” agreement. And since their challenge was “not only” to the enforceability of the arbitration clause, it was necessary under *Prima Paint* for the buyers to make their argument to the arbitrator. *Green Tree Financial Corp. of Ala. v. Wampler*, 749 So.2d 409 (Ala. 1999).

5. DOES THE OVERALL CONTRACT EVEN "EXIST"?

Now Justice Scalia was certainly more than capable of recognizing all of this. A footnote in his opinion seems to concede that the doctrine of "separability" has—as I argue above—nothing whatever to do with cases of forgery, or of lack of authority, or of lack of mental capacity. But those cases are different, he suggests, because:

- they do not raise the issue of "the contract's validity",
- they raise instead the very different issue "of whether any agreement between the alleged obligor and obligee was ever concluded" in the first place.

The proper domain of *Prima Paint*, according to Justice Scalia, is only the former⁽⁴⁶⁾. Fine: But how much of an improvement is it, really, to sweep away the conceptual distinction between "void" and "voidable" contracts only to replace it with the equally abstract distinction between "invalidity" and "nonexistence"? These are all, as a colleague of mine likes to say, nothing but word balloons.

Ingenious riffs on this metaphysical distinction between contract "invalidity" and contract "nonexistence" have long been a staple of Continental legal learning. It has been well-established for over a century in learned treatises on the law of obligations⁽⁴⁷⁾. Its tendency to take metaphor for reality, its personification of legal concepts⁽⁴⁸⁾, its

⁽⁴⁶⁾ *Buckeye Check Cashing, Inc.*, *supra* n.6, 126 S. Ct. at 1208 fn.1.

⁽⁴⁷⁾ See RAU, G., *et al.*, *Cours de Droit Civil Français*, [Aubry & Rau], 180 & fn. 3, 5a ed., 1897: We must not confuse transactions that are void [*nuls*] with those that are non-existent [*inexistants ou non avenus*]. . . . If there are missing those factual elements that are presupposed by the very nature of the transaction—if it is logically impossible even to imagine the existence of the transaction—in the absence of those elements—then we have a transaction that is not only void, but one that simply never existed (...) So for example one cannot conceive of a contract without the agreement of the parties, nor a sale without the goods sold or without a price.

⁽⁴⁸⁾ See COHENDY, Georges, "Des intérêts de la distinction entre l'inexistence et la nullité de l'ordre public", in: *13 Rev. Trim. de Droit Civil*, 33, 38, 48, 1914. (where an agreement is "nonexistent", the transaction is "still-born"; where an agreement is nonexistent, ratification is impossible because no confirmation or approval, however and whenever given, "can animate nothingness"; to draw legal consequences from a nonexistent contract, "one must first give it life").

characterization of doctrine in terms of what is “unthinkable” or “impossible”⁽⁴⁹⁾ — of all of this exemplifies the worst excesses of formalism. (It was the British philosopher F.C.S. Schiller, I am told, who once said that nothing had a greater hold over the human mind than nonsense fortified by technicality). The distinction has inevitably found its way as well into discussions of the law of “separability”⁽⁵⁰⁾. But like the “void/voidable” distinction that it closely resembles—to which indeed it may even be identical⁽⁵¹⁾—this is not only slippery, but serves no instru-

(49) See *id* at 37-38: Where there was no indication of the price in a contract of sale—where a transaction has been entered into by a lunatic—where a mere draft has been taken for a definitive manifestation of assent—where there was a mistake as to the nature of the contract or the identity of the subject matter—then in all such cases, “even the most scrupulous mind finds it impossible even to conceive that there has been anything other than a futile endeavor”; there “isn’t even a transaction, it is nothingness [*le néant*]. Cfr. *id* at 63 (with the notion of ‘nonexistence’, “it is impossible to imagine that the contracting parties had created anything whatever”. (As throughout, translations are my own).

As you can see, there is an abundance of *a priori* “givens”—and so, an endless list of what is “unthinkable” and “unimaginable” and “inconceivable” and “impossible”—that runs through this musty 19th-century literature.

(50) See, e.g., SANDERS, Pieter, “L’autonomie de la clause compromissoire”, in: *Hommage à Frédéric Eisemann*, 1978, pp. 31, 34-35. (One must distinguish between the “invalidity” [*nullité*] of the contract and the “complete absence [*inexistence*] of the contract”; “if there is no contract at all, any legal foundation for the powers of the arbitrators is equally lacking”); *Société L & B Cassia v. Société Pia Investment Ltd*, [1992] J. Droit Int’l 168 (Cour de Cassation 1990) (agreement was neither signed, sealed nor dated, and was therefore invalid under the law of both Pakistan and France; “in international arbitration, the independent existence of the arbitration clause finds a limitation in the non-existence of the container contract”); Eric Loquin, Note, *id.* at 170, 173 (in the *Société Pia* case, “the arbitration clause could have no existence when the contract which contains it was itself non-existent”; “it is difficult to see how the parties could have bound themselves to arbitrate over a contract to which they had never consented”; “where there is no manifestation of mutual assent, neither agreement can be ‘autonomous’ or ‘severable’ from the other, since neither agreement exists”).

Cfr. *Sojuznefteexport v. Joc Oil Ltd.* (Bermuda), *supra* note 37, 15 Y.B. Comm. Arb. at 430 (“Borrowing Prospero’s language, was the sale contract the baseless fabric of a vision, insubstantial (i.e., non-existent) or was it in the more prosaic language of the law, something which mundane layers describe as an invalid contract?”).

(51) See LARROUMET, Christian, *3 Droit Civil: Les Obligations, Le Contrat*, 5th ed., 2003, pp. 539-540, 580-81 (French case law has often conflated the notions of a contract’s “nonexistence” and its “invalidity”; if an essential condition imposed by the law is missing, then whether the agreement is termed void [*null*] or nonexistent “amounts to the same thing, for what is void is treated to all intents and purposes as if it had never existed”; nonexistence’ and “voidness” are “one and the same notion”).

mental function whatever. Happily some modern scholarship seems now at last to appreciate that the whole notion of "nonexistence" is not only sterile and purely verbal—but what is worse, is completely unnecessary⁽⁵²⁾. And particularly when we come to the doctrine of "separability," this is a distinction that leads precisely nowhere.

Again, let's look at some concrete illustrations: Consider, for example, some paradigm cases of "nonexistence":

- (1) An agreement is signed, but it so happens that the parties attach utterly inconsistent meanings to some critical term. Perhaps the gulf is wide enough to prevent any "consensus ad idem," that is, any "meeting of the minds"—so that, as a doctrinal matter, there would exist "no agreement to which the parties could be bound"⁽⁵³⁾.

But perhaps from the very beginning the parties may have suspected, but repressed—or at any rate preferred to defer—any consideration of this ambiguity⁽⁵⁴⁾. Is it not plausible that each party might nevertheless gamble that he would be able to persuade the ultimate decision-maker that his own interpretation is

⁽⁵²⁾ See *id.* at 541 ("the notion of nonexistence is a useless and illogical complication"). BARRE, Xavier, "Nullité et inexistance ou les bégaiements de la technique juridique", in: *Les Petites Affiches*, July 30, 1993 at p. 7, refers to the "slow agony" of the dying notion of "nonexistence"—but nevertheless concludes that the doctrine does correspond to certain legal situations—"more numerous than one might think"—in which a contract has failed to come into being.

⁽⁵³⁾ See CHIRELSTEIN, Marvin A., *Concepts and Case Analysis in the Law of Contracts* 37-38 (4th ed. 2001). See *all* BARRE, *supra* n.51 at p. 10 ("the parties think that they are in agreement, but they're not. The contract is nonexistent because it has never taken shape"). For a German example, see Reichsgericht (First Civil Senate) April 5, 1922, RGZ 104, 265, translated in B.S. Markesinis *et al.*, 1 *The German Law of Obligations: The law of Contracts and Restitution* 144,145 (1997) (where each party intended to sell the goods and thought the other wished to buy them, there is "a true lack of agreement. Both parties used words which seemed to match, but meant them in a different sense in such a way that there was no agreement. No contract of sale was formed").

⁽⁵⁴⁾ Under the Restatement, Second, Contracts, "there is no manifestation of mutual assent to an exchange if the parties attach materially different meanings to their manifestations", and "each party knows or each party has reason to know the meaning attached to the other". § 20 (1) (b). A contract falling within this section is deemed "nonexistent". *Id.* cmt. d.

preferable and might not each party plausibly prefer this decision-maker to be an arbitrator? ⁽⁵⁵⁾ After all, “if they have agreed on nothing else they have agreed to arbitrate⁽⁵⁶⁾.”

- (2) A husband signs an agreement (which contains an arbitration clause) to buy a new sports car. Part of the price is to be in the form of a trade-in of a BMW owned jointly by him and his wife.

⁽⁵⁵⁾ See *Colfax Envelope Corp. v. Local No. 458-3M, Chicago Graphic Communications Int’l Union*, 20 F.3d 750 (7th Cir. 1994). An employer and a union disagreed over the meaning of the term “4C 60 inches Press-3 Men” in a collective bargaining agreement: The employer believed the language meant—in contrast to past practice—that only 3 men would be required to man any of its 78" wide four-color presses; the union interpreted the language to refer only to presses; 60" *and under*. The employer sought a judicial declaration that no contract existed “because the parties never agreed on an essential term”; the union counterclaimed for an order to arbitrate. The court, in an opinion by Judge Posner, affirmed an order of summary judgment in favor of the union. *Even if there was no “meeting of the minds” on the meaning of this critical term, at the least “there was a meeting of the minds, on the mode of arbitrating disputes between the parties”.* “We would have a different case if the ambiguity were over the whether the parties had agreed to arbitrate their disputes”. 20 F.3d at 754-55.

The court emphasized that *it would still be open for the employer to argue before the arbitrator* that there really was no meeting of the minds over the manning requirements and therefore that the contract should be rescinded after all” —the court did not mean “to bind the arbitrator” as to this issue, or “deprive” him of the important remedy of rescission. This is clearly correct —for (1) the effect of misunderstanding on contract formation, and (2) the interpretation of contractual language, are so closely linked— are so essentially indistinguishable—that it only makes sense for the same decision-maker to be entrusted with both questions. Note how Restatement, Second, Contracts § 20 (“Effect of Misunderstanding”) and Restatement, Second, Contracts § 201 (“Whose Meaning Prevails”) are identical; *see also* the concurring opinion of Judge Cudahy in *Colfax* (“By framing this question as one of a ‘meeting of the minds’, [the employer] tries to turn an ordinary question of interpretation into one of formation, and thereby get out from under the arbitration clause”). 20 F.3d at 755.

Decisions to the contrary purr with smug ignorance: For example, in *Bordt v. Holewinski*, 459 So.2d 405 (Fla. App. 1984), a general contractor sought rescission “on the ground of mutual mistake” “because of allegedly unforeseeable difficulties encountered in construction”, and the court enjoined arbitration: Since rescission would mean that the contract was “of no force and effect from the beginning”, then it necessarily followed that “there can be no arbitration clause ‘of the contract’”. With some bluster and bravado the court announced that it “[chose] the path of simplicity”, “a byproduct of the continuing search for consistency of result and simplicity of application of the law”.

⁽⁵⁶⁾ *Sphere Drake Ins. Ltd. v. All American Ins. Co.*, 256 F.3d 587, 591 -92 (7th Cir. 2001).

The BMW is surrendered to the dealer, but the wife later refuses to sign over the title. It will inevitably be argued that the wife's approval of the trade-in had been understood to be a "*condition precedent to the formation of the contract to purchase* the [sports car], which in turn (...) determines the existence of the arbitration agreement"⁽⁵⁷⁾.

But the real issue here, after all, is whether the husband's obligation to go through with the sale survives his wife's refusal to agree to the trade-in—and isn't it plausible that both he and the dealer might have been willing to submit this very question to arbitration? The "condition precedent" question can in fact be posed more accurately and precisely, in order to make the point even clearer:

Our true inquiry is inextricably tied up with the merits, and is quintessentially a matter for the arbitrator: 'What are the dimensions of the husband's obligations? Was it really necessary for the wife to consent to the trade-in before his *duty of Performance under the contract* was triggered?'"⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁷⁾ Bahuriok v. Bill Kay Chyler Plymouth, Inc., 786 N.E.2d 1045 (Ill. App. 2003). The trial court had denied the dealer's motion to compel arbitration, without having made an express finding whether "a valid and enforceable arbitration agreement" existed; the court of appeals therefore held that the husband's "arguments as to the existence of an agreement to arbitrate, should be addressed to the trial court on remand".

In a number of cases a party has actually managed to avoid arbitration after successfully raising this "condition precedent" argument. See, e.g. Eady v. Bill Heard Chevrolet Co., 274 F. Supp. 2d 1284 (M.D. Ala 2003) ("the sale of the vehicle (...) is subject to final credit approval"; held, the failure of the condition precedent renders the contract "invalid" and so "there is no consideration for the arbitration agreement"). Needless to say, the opinion in *Eady* does not even dance in the direction of arguments such as those made in the text—and it should therefore be deemed incorrect. See also *Adams v. Suozzi*; 433 F.3d 220 (2.d Cir. 2005) (we see no reason why a contract that does not exist due to failure of a condition precedent to formation is any less 'void' than any other contract that never comes into existence"; if the condition precedent was not fulfilled, "both the contract and any arbitration agreements therein would never have existed").

⁽⁵⁸⁾ Cfr. Edmund J. Flynn Co. v. Schlmer, 265 A.2d 599 (D.C. App. 1970), which makes the point well. A contract for the sale of an apartment provided that "*the entire agreement is conditioned* upon Purchaser's being approved for occupancy by the board of directors of the Cooperative". The purchaser tried to unilaterally withdraw before performance, and the court found that he was in breach of contract. (Had there been an arbitration clause, such a finding could just as easily have been made by an arbitrator). The only relevant question was, "did the parties mutually agree to the purchase and sale" of the apartment?

- (3) One might also naturally say that an agreement which lacks an essential term –or which was so indefinite that it amounted to little more than the proverbial “agreement to agree”– has never “come into existence”⁽⁵⁹⁾.

If there was in fact such mutual assent, then the stipulated conditions “clearly affect only the duty to perform” –not the existence of a contract; “neither party was obligated to perform until the happening of the condition, but neither party could rightfully revoke or withdraw in the meantime”. See also *Omaha Public Power District v. Employers’ Fire Ins. Co.*, 327 F.2d 912 (8th Cir.1964) (agreement provided that “this contract shall not become effective until such [insurance policies] are in full force and effect”; “although we agree with plaintiff that the questioned provision was not a condition precedent to the existence of the contract, it was a condition precedent to performance of the work”).

If there is in fact any distinction between this conditional duty to perform, and a condition precedent to the very “formation of a contract”, it can rightly be termed “highly artificial”. Joseph M. Perillo, *Calamari & Perillo on Contracts* 415 (5th ed. 2003). I suppose we can occasionally spot true cases where a condition precedent really must be satisfied before *any contract at all* comes into being—but this is a *rara avis*. Where it rears its head, the explanation is probably just a court’s desire to avoid the constraints of the Parol Evidence Rule, a largely irrelevant anomaly of Anglo-American jurisprudence. (Those interested in the details can consult *id.* at 143-145; see also *Hicks v. Bush*, 180 N.E.2d 425 (N.Y. 1962) (merger agreement “was not to become effective” until “equity expansion funds”, amounting to \$672,000, were first procured); *Haraka v. Datry*, 252 S.E.2d 71 (Ga.App., 1979) (“the consummation of said sale would depend upon her being able to obtain certain funds as an advance on alimony from her ex-husband”).

In the more usual case—in cases like *Baburiak*, *supra* n.54, and in every one of the cases cited in this note—the party whose performance is “conditional” should at the very least be held to an enforceable duty to try in good faith to ensure that the condition occurs. See Restatement, Second, Contracts 245 cmt. a. (“where a duty of one party is subject to the occurrence of a condition, the additional duty of good faith and fair dealing (...) may require some cooperation on his part, either by refraining from conduct that will prevent or hinder the occurrence of that condition or by taking affirmative steps to cause its occurrence”). And where there is an arbitration clause, the parties have presumably entrusted the arbitrator with the task of determining whether such a duty exists and if so, whether it has been breached.

I should mention one last group of cases in which, for example, an agreement is expressly made “subject to” the execution of a “definitive Purchase Agreement” or to “the approval of the shareholders and board of directors”. Such cases don’t seem to affect the analysis here because they are quite different from those discussed earlier: In these cases, it is clear that there has simply been no adequate manifestation of assent—no commitment at all to anything: It is as if the offeree has said, “be aware that I lack any authority to bind my principal”, or even, “let me think about it some more—he has made it clear that he is “free to walk”. See, e.g., *Empro Mfg. Co. v. Ball—Co Mfg., Inc.*, 870 F.2d 423 (7th Cir. 1989).

⁽⁵⁹⁾ See G. RAU, *supra* n.46 (“So for example one cannot conceive of a . . . sale without the goods sold or without a price”); Philippe Rémy, Note, [1987] Rev. Trim. de Droit Civil

Now when *courts* continue to insist on a certain level of clarity and completeness in the terms of a contract, an economist would say that they are attempting to insure that the deal is “allocatively efficient” –roughly, that it serves to reallocate resources to higher-valued uses– and that they do so by assuring that the deal has been bargained out by the parties themselves, in terms of their own assessments of their own interests. They may also be trying to prevent parties from taking a “free ride” on the public court system by shifting onto the courts the burden of determining contract terms. But *neither* of these concerns applies with anything like their original force when the parties have chosen to entrust the power to fix terms to private decision-makers—chosen by them as their surrogates—in a procedure for which they have agreed to bear the costs.

It is thus a familiar proposition that what might otherwise be a fatal “uncertainty” of terms –dooming a contract to “nonexistence”– can be cured simply by adding an arbitration clause⁽⁶⁰⁾. I am afraid,

106, 108 (discussing French caselaw under which an agreement that fails to fix the price is thought to be “devoid of any legal existence”). For some older American cases, see *Factor v. Peabody Tailoring System*, 187 N.W. 984 (Wise, 1922) (no “meeting of the minds” when an agreement called for “one tailor made suit or overcoat in the amount of \$50”; “the color of the cloth or the material in it, the kind of linings, the style, whether to be made from measure or otherwise, are not stated, and no method is provided for determining these essentials”); *Greater Service Homebuilders Inv. Ass’n v. Albright*, 293 P. 345 (Colo. 1930) (this “alleged contract” “purports to concern the purchase and sale of a house, but whether the house is of one room or one hundred, whether it is built of straw or stone, whether it stands on a lot or a section, whether it is located in Denver or Dublin, are mere matters for conjecture”). For a more nuanced account of the current state of American law, see Restatement, Second, Contracts, § 33(1) (a purported “offer” “cannot be accepted so as to form a contract unless the terms of the contract are reasonably certain”); *id.* at cmt. c (“the more terms the parties leave open, the less likely it is that they have intended to conclude a binding agreement”).

⁽⁶⁰⁾ See, eg., *Lafayette Place Associates v. Boston Redevelopment Authority*, 694 N.E.2d 820, 826-27 (Mass. 1998) (although the contract left undetermined “exactly what was to be included” in the parcel of land being sold as well as the price, it also specified that “appropriate details of the purchase and sale . . . shall be resolved by arbitration”, and thus “created a means for resolving disputes that might arise in the course of effectuating the ultimate sale”; “to borrow Justice Holmes’s metaphor, the machinery was built and had merely to be set in motion”); *Walker v. Keith*, 382 S.W.2d 198 (Ky. App. 1964) (lease provided that rental was to be fixed “as shall actually be agreed upon” by the parties and

though, that none of this is likely to be condoned in legal systems which take seriously the notion that arbitration clauses cannot logically function as part of an agreement that simply “never existed” in the first place⁽⁶¹⁾. Nor, for that matter, is it likely to be accepted in legal systems which do not fully accept the implications of arbitration as an expression of private autonomy⁽⁶²⁾ and where

to be based on “comparative business conditions”; held, provision was too “indefinite and uncertain” to enforce; such provisions “have been the source of interminable litigation” and “courts sometimes must assert their right not to be imposed upon”; however, if the parties “had agreed upon a specific method of making the determination”, such as the decision of an arbitrator, “they could be said to have agreed upon whatever rent figure emerged from utilization of the method”).

- (61) I think this highly formalistic, a priori assumption explains the usual French view that when a third party is asked to fix the price in a contract of sale, this simply cannot be—“is absolutely not”—any process that can be called “arbitration”. Authorization for a third party determination in such cases is given in art. 1592 of the Code Civil: In a contract of sale “the price must be fixed and stated by the parties”, although the price “can nevertheless be left to the determination [*arbitrage*] of a third party”; however, if the third party cannot or is not willing to fix the price, “there is no sale”.

Apparently a third party acting under art. 1592 is nothing but an “agent” [*mandataire*] whose task is “easily distinguishable” from arbitration; the difference lies in the fact that his setting of the price is necessary to the “formation of a contract” by fixing one of its “essential elements”—that is, “an element without which a contract cannot validly exist”. Charles JARROSSON, *La notion de l’arbitrage* 232, 287, 294-95, 364 (1987); see also Jean-François POUURET & Sébastien BESSON, *Droit comparé de l’arbitrage international* 17 (2002) (the determination envisaged by art. 1592—as well as by similar provisions in Italian and German law—“aren’t concerned with setting a price arising out of the terms of the contract, nor do they involve putting an end to a dispute over a price; instead they determine an essential element of the contract without which the contract remains invalid”); Pieter SANDERS, “L’arbitrage dans les transactions commerciales à long terme”, [1975] in: *Rev. de l’arb.* 83, 85 (when a third party is asked to “fill a gap” in a contract by fixing the price, “can we expand the notion of arbitration in such a way as to include this kind of decision? It may be unfortunate, but that’s really too much of a stretch [*il semble qu’on exagère un peu*]”).

- (62) See generally RAU, Alan Scott & PÉDAMON, Catherine, “I a Contractualisation de l’Arbitrage: Le Modèle Américain”, 2001, in: *Rev. Arb.* 451.

The authority of arbitrators in the United States to construe contracts so as to fill gaps in insufficiently-specified agreements is treated as noteworthy and unusual in Jarosson, *supra* n.60 at 303. For one striking example, see *Leslie v. Leslie*, 24 A. 319 (N.J. Ch. 1892). Disputes between the two owners of a close corporation “became so bitter and dangerous to its prosperity” that they wished to separate, with one of them retiring from all participation in the company’s affairs. “But which should sell—who should go

as a consequence the potential of the process is cabined closely within the sphere of action permitted to state courts⁽⁶³⁾.

In any event, we are not required to go so far here: Contracting parties themselves may shrink from giving arbitrators this power to for the terms of their deal. But what we are talking about here is very much of a lesser thing –an *a fortiori* case for insisting that an arbitration clause be honored: After all, might not contracting parties more plausibly be willing to arbitrate– not only the existence of a breach of contract –but also whether the terms of the alleged contract *were too indefinite to give rise to a breach in the first place?*⁽⁶⁴⁾ That is all that a proper understanding of the doctrine of “separability” requires.

out– was the point of difficulty about which they could not agree”. So they “were willing to leave the question to *which one should retire* by the sale of his stock, and *what the other should pay him for his stack*, to be settled by arbitration”. *Id.* at 321. (The court ultimately vacated the award, though, because it had purported to decide matters not submitted to the arbitrators, and because it was “uncertain and inconclusive”).

(63) See, eg., *Société S.E.C.A.R v. Société Shopping Décor*, [1986] Rev. de l’arb. 263 (Cour de Cassation, 1984). Here a commercial lease provided for the rental to be fixed in terms of a construction cost index; if the index were no longer to be published, and if the parties could not agree on a substitute, it was provided that an alternative index could be chosen by an “arbitrator”. A lower court vacated the award on the grounds of public policy, but was reversed by the Cour de Cassation. I find most interesting, however, the serious doubts expressed by Professor Mayer with respect to whether this should have even been characterized as an “arbitration” in the first place:

Courts –claiming to interpret the will of the parties– have assumed the power in such uses to determine the index that the parties would have adopted, if the one that has disappeared had never existed. But when [the parties explicitly provide for such a use in their contract, as they have here,] that excludes any possibility of discovering some implicit intention in the contract (...) From that moment the role of the neutral is not to interpret, but to freely create, and this role *cannot be taken on by a judge –or, as a consequence, by an arbitrator.* MAYER, Pierre, Note, *id.* at 267, 270 (emphasis added).

(64) That is, the arbitration panel, once it is put in place, may take it upon itself to go still further, proceeding to salvage a defective contract by filling in the missing terms. But of course it need not do so –and its authority to do so is not critical to the argument here.

For applications of the notion of “separability” under which the arbitrators are at the very least entrusted with the power to determine whether the underlying contract is sufficiently “definite” –whether it “exists”– see, e.g., *Toray Industries Inc v. Aquafil S.p.a.*, 17(10) Mealey’s Int’l Arb. Rep., Oct. 2002 at p. D-1 (Sup. Ct. N.Y. 2002) (parties signed a document that one party contends “was no more than agreement to agree

In each one of these three cases, then, the ultimate conclusion that an enforceable agreement “was never concluded” need not prevent the inference that the parties would have wanted to entrust that very determination to arbitrators chosen by them.

Now, consider the converse case: Take, for example, an agreement entered into by a minor.

- (4) It would seem appropriate to say that an agreement entered into by a minor may be “unenforceable”—but, unlike the cases I have just discussed, one would not naturally be led to doubt its “very existence”. This can readily be demonstrated: After all:
- Doesn’t a minor remain able to enforce “the contract” against the other party? ⁽⁶⁵⁾
 - Isn’t the minor himself subject to liability under “the contract” unless he disaffirms it in a timely manner? ⁽⁶⁶⁾.

and that the parties intended to negotiate further”; held, “the parties have agreed to arbitrate—the parties “actively negotiated the choice of law and arbitration clause”, which was not “inadvertently slipped in “and so the arbitrators “will determine all questions including the meaning, effect, validity or enforceability of all other contract terms”); Republic of Nicaragua Standard Fruit Co., 937 F.2d 469 (9th Cir. 1991) (in determining whether a “Memorandum of Intent” was a “binding contract for the purchase and sale of bananas, or merely an ‘agreement to agree’ at some later date”, the trial court “improperly looked to the validity of the contract as a whole” and “ignored strong evidence in the record that both parties intended to be bound by the arbitration clause”; court should instead have “considered only the validity and scope of the arbitration clause itself”); CRAIG, W. Laurence *et al.*, *International Chamber of Commerce Arbitration* 165 (3d ed. 2000) (discussing case in which a “contract would have been null under French law if the price had not been specifically fixed or determinable by objective reference”, but arbitration clause was unaffected by the alleged nullity; the arbitrators then went on to determine that the contract was invalid because the price was indeterminate).

⁽⁶⁵⁾ See FARNSWORTH, E. Allan, *Contracts* 228-29 (3d ed. 1999) (“the other party is bound unless the minor avoids the contract”; the minor can thus “enforce transactions that have proved advantageous while avoiding those that have proved disadvantageous”).

⁽⁶⁶⁾ See PERILLO, *supra* n.55 at 291-293 (a minor’s failure to “disaffirm” a contract within “a reasonable time after reaching majority” will be treated as a ratification by him).

- Isn't it likely, whatever the validity of the contract *inter partes*, that a third party would be subject to tort liability for interfering with the proposed transaction?⁽⁶⁷⁾

But nevertheless, even though:

- infancy therefore makes the agreement—at worst—"voidable"⁽⁶⁸⁾, and even though the challenge of infancy is not directed "specifically" or "exclusively" to the arbitration clause itself, it should be clear that whether the defense is a good one *must still be determined by a court rather than the arbitrator*. Again, no statement of the law of "separability" could possibly be devised that would allow an arbitrator to derive decision-making power from the delegation of a toddler.

The demonstration I have just given should be sufficient to lay to rest any discussion of "separability" in terms of labels and classifications and pigeonholes. Argument that advances on the basis of "definitions"⁽⁶⁹⁾ or "logic"⁽⁷⁰⁾

⁽⁶⁷⁾ See Restatement of Torts, Second, § 766, cmt. f (even though one party may be able to avoid a contract on the ground of infancy, until he does so, "the contract is a valid and subsisting relationship, with which the actor is not permitted to interfere improperly").

⁽⁶⁸⁾ Restatement, Second, Contracts, § 14. Note also that a buyer of goods who has only "voidable" title is nevertheless able to transfer good title to a third party, if that third party is a "good faith purchaser for value", see UCC art. 2-403(1).

⁽⁶⁹⁾ See Jeffrey W. STEMPEL, "A Better Approach to Arbitrability", in: *65 Tul. L. Rev.* 1377, 1458-59 (1991) ("When a litigant contends either that there is no contract or that the contract may be avoided (...) the claimed lack of contract formation, *by definition*, includes a claim that the resisting party also did not agree to the arbitration clause"). The same a priori assertion was made by a concurring justice of the Florida supreme court in the *Cardegna* case itself, see text at n.5 *supra* ("if, under Florida law, no contract ever existed here, then by definition no enforceable agreement to arbitrate ever existed").

⁽⁷⁰⁾ See Adrian BARON, "The A u s t r i a n International Arbitration Act, the Doctrine of Severability and Claims for Restitution", in: *16 Arb. Int'l* 159 (2000). The author asserts that courts which apply the doctrine of "separability" prefer "to elevate commercial considerations over logic". (I had to read this passage twice in order to grasp that the characterization was actually intended to be pejorative). For "as a matter of logic" "it follows" that where one party alleges that there is no enforceable main agreement, "there can be no agreement to arbitrate". *Id.* at 184.

or “rationality”⁽⁷¹⁾ is clearly –as usual– going down the wrong path; it is but “the sacrifice of realities to the symmetry of cherished theories”⁽⁷²⁾. Formalism even at this late date continues to sprout, like weeds, and may be hard to eradicate-but we do have to do our best.

6. SUMMING UP

I don’t think that at bottom this is really very difficult, and I doubt that much can be gained by devoting a great deal of time either to writing, or reading, about it. For the whole architecture of “separability” rests on just four simple propositions:

- (a) It is for a court to determine whether there exists a valid, enforceable, agreement to arbitrate.

The assertion that consent to arbitration is a necessary condition of enforcement is a truism reinforced by the language of every piece of legislation, including the Federal Arbitration Act⁽⁷³⁾; there is certainly nothing in the Supreme Court’s repeated-indeed hypnotic-invocation of the concept of “agreement” to call it into question. The obvious corollary is that it must be a *court* which ultimately makes the requisite finding: For one must enter into the

See also *Harbour Assurance Co. (U.K) Ltd. v. Kama General Int’l Ins. Co. Ltd.*, [1992] Lloyd’s L. Rep. 81, 92 (Q.B.D.) (Steyn, J.) (plaintiffs claimed that since the defendants were not registered or approved to carry on an insurance business, the retrocession agreement was void for illegality and –since the arbitration clause formed part of the agreement– it too must be void ab initio; “the exclusion of such cases is underpinned solely by the argument in logic” rather than by any argument “referable to the interests of users of the arbitral process or the public interest”). Cfr. *Harbour Assurance Co. (U.K) Ltd. v. Kansa General Int’l Ins. Co. Ltd.*, [1993] 1 Lloyd’s L. Rep. 455, 467 (C.A.) (Hoffmann L.J.) ([counsel for the plaintiff] “calls this logic. I call it over-simplification”).

(71) See WETTER, J. Gillis, *Salient Features of Swedish Arbitration Clauses*, 1982 Y.B. Arb. Inst. of Stockholm Chamber of Commerce 33, 34 (1983) (the doctrine of separability “militates against strict reason”).

(72) Lord [Hugh] MACMILLAN, “Two Ways of Thinking”, in: *Law & Other Things* 76, 81 (1938) (“Constitutionally the Englishman has always in the practical affairs of Life been suspicious, often rightly so, of the apostle of principles”).

(73) See §§ 2 and 4 of the FAA, quoted in fn. 18 *supra*.

system *somewhere*, and “the notion of an arbitration clause that can be entirely self-validating—the product, apparently, of some curious process of autogenesis”—is completely alien to our jurisprudence⁽⁷⁴⁾.

As I have written elsewhere, the Continental notion of *competence/competence*—nothing more than a timing mechanism, after all—is largely irrelevant in American practice, which “allows an objecting party to seek judicial determination of the scope of consent either before, during, or after an arbitration”⁽⁷⁵⁾. And while recent Supreme Court jurisprudence is consistent in presumptively entrusting to arbitrators matters which might possibly be thought of as “jurisdictional”—such as the time limits within which a claim must be brought⁽⁷⁶⁾ or the possibility of class-wide proceedings⁽⁷⁷⁾, or even the coverage of the arbitration clause itself⁽⁷⁸⁾—any such presumption is simply unthinkable “where there is doubt as to whether the parties have a valid arbitration agreement at all”⁽⁷⁹⁾.

- (b) The cases where an agreement to arbitrate is properly called into question—and where a judicial determination is therefore required—can be placed into three categories, —and three only:
- The cases that raise issues of contract formation—that is, the simple classroom hypotheticals of offer and acceptance: “Has an arbitration clause *become part of an agreement?*”⁽⁸⁰⁾.

(74) RAU, Alan Scott, “The Arbitrability Question Itself”, in: *10 Amer. Rev. Int’l Arb.* 287, 303 n.42, 1999; see also RAU, Alan Scott, “Arbitration as Contract: One More Word About *First Options v. Kaplan*”, in: *12 Mealey’s Int’l Arb. Rep.*, March 1997.

(75) RAU, *supra* n.2, in: *14 Amer. Rev. of Int’l Arb.*, at 93-94.

(76) See *Howsam v. Dean Witter Reynolds, Inc.*, 537 U.S. 79 (2002).

(77) *Green Tree Financial Corp. v. Bazzle*, 539 U.S. 444 (2003).

(78) See *Pacificare Health Systems, Inc., v. Book*, 538 U.S. 401 (2003) (was a contractual prohibition of “punitive damages” intended to bar the recovery of treble damages under the RICO statute? Held, courts should not take upon themselves “the authority to decide the antecedent question of how the ambiguity is to be resolved”).

(79) See RAU, *supra* n.2, in: *14 Amer. Rev. of Int’l Arb.*, p. 108.

(80) For example: Suppose that a product is ordered over the phone or through the Internet, and that an arbitration clause —along with other contractual terms— arrives later, in a

- The cases where the particular challenge to the overall container contract is “such as *necessarily*” to *put in issue the existence of the arbitration clause* as well⁽⁸¹⁾; and

box, at the time the product is delivered. Is the consumer who chooses not to ship the product back bound to arbitrate any disputes? See generally Alan Scott Rau *et al.*, *Processes of Dispute Resolution: The Role of Lawyers* 644, 708-710 (2002); see also *Birchoff v. DirecTV*, 180 F.Supp.2d 1097 (C.D. Cal. 2002) (service provider mailed customer a “Customer Agreement”, containing an arbitration clause, after he had begun to receive services; “practical business realities make it unrealistic to expect DirecTV, or any television programming service provider for that matter, to negotiate all of the terms of their customer contracts, including arbitration provisions, with each customer before initiating service”).

Suppose that a credit-card issuer has sent a cardholder a notice to the effect that a provision for mandatory arbitration was to become a part of his agreement unless he rejected the change. Is a cardholder who thereafter did nothing bound to arbitrate any disputes? See generally Rau, *supra* at 643, 707-708; see also *Beneficial National Bank U.S.A. v. Payton*, 214 F.Supp.2d 679 (S.D.Miss. 2001).

Suppose that an “acceptance” closely mirrors the terms of the “offer” in every respect—except that the “acceptance” is the only form to contain an arbitration clause.

In this classic “battle of the forms”, does the arbitration clause become part of the resulting agreement? See generally Alan Scott RAU *et al.*, *Processes of Dispute Resolution: The Role of Lawyers*, 685-89 (2002); see also *Aceros Prefabricados, S.A. v. Tradearbed, Inc.*, 282 F.3d 92 (2nd Cir. 2002) (defendant “submitted un rebutted evidence that arbitration is standard practice within the steel industry, thereby precluding [plaintiff] from establishing surprise or hardship”; therefore “the arbitration provisions proposed in [the defendant’s] confirmation orders became part of the contract”).

One might consider also the converse case: Suppose that an “acceptance” differs from the offer in a number of ways that appear material—so that in all likelihood a contract has not been formed, see Convention on Contracts for the International Sale of Goods [CISG] art. 19. But both “offer” and “acceptance” nevertheless contain *identical arbitration clauses*. Does the doctrine of “separability” bind both parties to submit the question of contract formation to arbitration? I confess I really don’t know. [There is a—certainly apocryphal—story about President Lyndon Johnson which recounts that as a young man, fresh out of college and in need of a job, he was interviewed for a position as a schoolteacher in a rural Texas county. When asked by a member of the school board whether the earth was round or flat, he was supposed to have replied, “Well, I can teach it either way”. But note that there is no more of a “failure of agreement” here than in cases of misunderstanding or indefiniteness—and no more reason here to doubt that arbitrators would be competent to decide the “materiality” of any deviation in the second form.

⁽⁸¹⁾ For example, the uses of forgery, or fraud in the factum, or mental incapacity, or minority, that I posited in the text. See generally SMIT, Robert H., “Separability and Competence-Competence in International Arbitration: *Ex Nihilo Nihil Fit?* Or Can Something Indeed Come from Nothing”, in: *13 Amer. Rev. of Int’l Arb.* 19, 36 (2002);

- The cases –unfortunately growing in popularity– where the party resisting arbitration makes some attempt to identify a particular “defect” in the arbitration clause itself⁽⁸²⁾.
- (c) The rhetoric of “separability” or “autonomy” means nothing more than that *the required existence of a valid, enforceable assent to arbitration must be appreciated independently*. Here is a more precise way of saying the same thing: The agreement to arbitrate must be assessed without regard to any contract-law doctrine under which the arbitration clause is necessarily “tainted,” or “infected,” or “voided,” or “invalidated,” or “nullified,” merely by defects in the overall contract.

Consider a possible assumption to the contrary –that it is for a court to determine whether the overall contract is “invalid” or “nonexistent,” and if it does so, the arbitration clause is inexorably, inescapably, swept away as well. It should be clear that such an assertion must rest on some default rule– that is, it posits just one possible default rule of allocation of decision-making power between courts and arbitrators. But since there is no reason that this default rule must be engraved inflexibly and immutably on tablets of stone, it is a rule that the parties themselves are free to reverse. And it is sensible to presume that an assent to arbitration has precisely this function. If there is a consent to arbitrate under (a) above, then the ultimate question becomes, “what is the ambit of consent? Just how far did their assent to arbitrate extend?”

see also MONESTIER, Tanya J., “Nothing Comes of Nothing” Or Does It? A Critical Re-examination of the Doctrine of Separability in American Arbitration, in: *12 Amer. Rev. of Int’l Arb.* 223, 230 (2001).

- (82) For example, the endless cases in which a dispute resolution mechanism made part of a consumer contract is alleged to “operate in a coercive or oppressive manner” –to be “unconscionable”– on the ground of excessive cost or structural bias, see Rau, *supra* n. 71, at 699-711, 796-824; see also *Hearthshire Braeswood Plaza Ltd. Partnership. SMP v. Bill Kelly Co.*, 849 S.W.2d 380, 388-89 (Tex. App.—Houston [14th Dist.] 1993) (contractor alleged it was fraudulently induced to enter into the arbitration agreement because the property owner had represented that all disputes between the parties were to be resolved by the project manager; held, though, that there was “no evidence” to support a finding of fraud in the inducement of the arbitration provision, since there was no claim that the owner “knew the statement was false when it was made” or that he then “had no present intent to perform”).

- (d) And once the existence of a valid, enforceable agreement to arbitrate is established, any question as to the validity of the overall contract is presumptively entrusted to the arbitrators.

That's pretty much all there is to it. Every hypothetical situation I gave above can readily be explained on the basis of this simple schema. Of course the cases of:

- forgery, or
- lack of authority, or
- fraud in the factum, or
- mental incapacity, or
- minority,

are all easy and unproblematic. The result –that it will be for the court to determine whether the defense is a good one– is not remotely contestable. But it is far more important to realize why this is true: The result rests in no way on the “nonexistence” of the main contract—something which is not in itself particularly relevant. It rests instead on the necessary “nonexistence” of the agreement to arbitrate itself. Since the challenge directly and necessarily calls into question the agreement to arbitrate as well as the rest of the contract, such cases implicate proposition (a) above. There has been no agreement to anything at all.

None of that need be true of allegations that there has been

- a critical misunderstanding of the terms of the “agreement”, or
- a contractual condition precedent to the effectiveness of the “agreement”, or
- gaps in essential terms of the “agreement” rendering it fatally “indefinite”.

If it seems sensible to presume in such cases that the parties may have wished to entrust such issues to their arbitrators, we can tailor the scope of delegated power accordingly.

One could if necessary multiply examples without difficulty. Consider the inevitable chestnut –I'm afraid I can't find an actual

example of this in the reports— of the agreement (arbitration clause included) entered into at gunpoint under threat of having one's brains blown out.⁽⁸³⁾ I have no idea whether the rather dicey nature of the "consent" given here would render the overall contract "void," or "voidable," or "nonexistent"—and while greater minds than mine have dwelled on the issue⁽⁸⁴⁾, for my part I really don't much care. As usual, the verbal formulation hardly matters. But surely nothing in the Court's opinion in *Cardegna* warrants any deference whatever—prospective or retrospective—to the decision of any individual in such a case who purports to act as an "arbitrator". ▲

⁽⁸³⁾ But see *Deputy v. Stapleford & Willis*, 19 Cal. 302 (1861) (owner of real estate was "imprisoned, chained to the floor by the leg, manacled, hung two or three times, whipped with a raw hide (...) and threatened with death by hanging unless he executed the deed"; held, the deed, "though procured by fraud and duress, was only voidable").

⁽⁸⁴⁾ See, eg., UCC § 3-305 cmt. 1: For purposes of determining the rights of a holder in due course, a defense of the obligor based on duress "is a matter of degree":

An instrument signed at the point of a gun is void, even in the hands of a holder in due course. One signed under threat to prosecute the son of the maker for theft may be merely voidable, so that the defense is cut off.

Cfr. Restatement, Second, Contracts, § 174 and 175, which distinguishes between "duress by threat"—which merely makes a contract "voidable"—and "duress by physical compulsion"; the latter—in which "actual physical force has been used to compel a party to appear to assent", as where "A grasps B's hand and compels B by physical force to write his name"—completely prevents "formation of a contract".

 HUGO SOLOGUREN CALMET (*)

“Y no desearás a la mujer de tu prójimo”. Lo que se puede y no arbitrar en materia de contrataciones y adquisiciones del Estado

SUMARIO: 1. Introducción. 2. ¿Por qué existe el arbitraje? 3. ¿Por qué el Estado tiene que recurrir al arbitraje? 4. ¿Qué clases de contratos suscribe el Estado con los particulares? 5. ¿Qué puede ser materia de arbitraje en un contrato celebrado por el Estado, sobre adquisición y contratación de bienes y servicios? 6. ¿Qué no se puede arbitrar en materia de contrataciones y adquisiciones del Estado? 7. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Si todas las relaciones interpersonales las pudiéramos resolver utilizando el mercado, muchas veces, si no en la mayoría, tendría que intervenir el Derecho para poder solucionar los conflictos que logran suscitarse en estas relaciones. En efecto, como bien lo señala Coase, ello sucede en los casos en que los costos de transacción son significativamente superiores a cero, en donde sí importará la solución legal que se adopte para llegar a la solución más eficiente. Los costos de transacción son aquéllos que impiden la celebración de un acuerdo, o que de celebrarse el mismo hacen que sea en términos ineficientes⁽¹⁾.

(*) Socio del Estudio Vega & Sologuren. Vocal del Consejo Superior de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

(1) COASE, Ronald, “The Problem of the Social Coast”, en: *The Journal of Law and Economics*, Vol. 3, 1960.

Siguiendo el razonamiento del profesor de la Escuela de Leyes de la Universidad de Chicago, sólo en aquellos casos en que los costos de transacción fuesen iguales a cero, no importará la solución legal que se adopte, pues siempre las partes involucradas, a través de transacciones en el mercado, llegarán a la solución más eficiente. Lo acotado nos ayuda a entender que el mercado es un vehículo de solución de conflictos y su eficiencia va a depender de los costos de transacción que puedan existir.

Si concebimos al mercado en términos de oferta y demanda, un mercado es un grupo de compradores y vendedores de un determinado bien o servicio, en donde los primeros (compradores) determinan conjuntamente la demanda del producto y los segundos (vendedores) la oferta⁽²⁾. Dicha definición nos permite señalar que para que el mercado funcione, deben producirse una serie indefinida de acuerdos de voluntades cuyos costos de transacción no resulten ser significativos e impidan la celebración de dichos acuerdos, esto es, de contratos.

En ese sentido, si es que entendemos al contrato como lo define el Código Civil, en el artículo 1351, esto es, como el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, muchas relaciones interpersonales no podrían encajar dentro de dicha definición por carecer de ese bendito elemento denominado patrimonialidad⁽³⁾, que permite diferenciar qué relaciones jurídicas pueden ser autorreguladas por las partes y cuáles otras no.

Así las cosas, lo que puede ser objeto de un contrato va a depender de lo que un determinado ordenamiento jurídico permita. Es así que en algunos Estados se permite que determinados bienes puedan ser objeto de transacciones comerciales, lo cual resultaría no sólo inconcebible en países como el nuestro, sino también prohibido y penado. Ello sucede, por ejemplo, con las drogas ilegales cuya transacción en nuestro país se encuentra prohibida y penada por la ley, pero que en otros países como Holanda su comercialización y consumo se encuentran permitidos.

(2) MANKIW, N. Gregory, *Principios de Economía*, 3ª ed., McGraw-Hill/Interamericana de España, S.A.U., Madrid, 2004, p. 39.

(3) Para un mejor estudio del concepto de patrimonialidad, recomendamos revisar “Apuntes sobre el contenido patrimonial de la obligación”, de FORNO, Hugo, en: *Advocatus*, N° 10, Lima, 2004, pp. 173-183.

Podríamos mencionar un sinnúmero de relaciones, que mediante simples acuerdos de voluntades, en la medida que los costos de transacción lo permitan, nos llevarían a soluciones eficientes. Tal es el caso del matrimonio, que es definido en el artículo 234 del Código Civil, como la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones del citado Código, para hacer vida en común.

La institución del matrimonio, como la conocemos ahora, no ha sido así siempre, ha variado según el tiempo y el lugar en el que se encontraba el hombre. Inclusive en la actualidad, podemos encontrar formas diferenciadas de matrimonio. A lo largo de la historia del hombre han transcurrido diversas formas de matrimonio, habiendo existido épocas donde era permitido que un hombre tuviera más de una mujer como esposa, o que una mujer tuviera más de un hombre como esposo. Sin embargo, la historia nos ha demostrado que es más común que un hombre tuviera más de una esposa que la situación inversa, esto es, que una mujer tuviera más de un esposo. Ello obedece a que en esta última situación, el hombre no podía saber si el hijo que la mujer alumbraba era suyo, debido a que ésta poseía más de una pareja, lo cual constituía una externalidad para el hombre, debido a que el embarazo es un monopolio natural de la mujer.

No obstante ello, no solamente las normas sociales pasaron a regular al matrimonio, sino también, las religiones, cada una con sus distintas concepciones sobre tal institución, reglas que, a su vez, fueron recogidas por los ordenamientos jurídicos de cada Estado. Es así como en casi todos los Estados cuya población es mayoritariamente católica, sólo es permitido el matrimonio monogámico entre varón y mujer. Sin embargo, en nuestros días existen algunas legislaciones que, de manera acertada a mi parecer, están permitiendo las uniones homosexuales.

Así también, sabemos que en la actualidad existen sociedades que permiten que un hombre pueda casarse con más de una mujer y que el número de éstas depende o debería depender exclusivamente de la capacidad económica del hombre. En otras palabras, el hombre se podría casar con tantas mujeres como pudiera él mantener, lo cual a su vez, implica el número de hijos que pudiera tener con cada una de ellas.

Imaginemos que un hombre con tales concepciones, con suficiente capacidad económica para mantener a más de una mujer, quisiera casarse

en una sociedad en donde abundan mujeres de crianza católica, que es la religión con más creyentes en el mundo. En otras palabras, sería un hombre que “demandaría” el bien y/o servicio matrimonio pero con una regla particular, esta es, que la mujer que lo acepte como esposo deberá permitir y aceptar que tenga más de una mujer, esto es, la poligamia.

Sin embargo, lamentablemente para los planes de este caballero existe un gran inconveniente: la “oferta” de matrimonio es de mujeres que sólo asumirían uno monogámico. Como usted ya se habrá podido percatar, perspicaz lector, dicho hombre podría optar por “contratar” mediante el matrimonio con una mujer que reúna los requisitos por él exigidos, salvo el de la permisividad de la poligamia, y “contratar”, a su vez, los servicios de otras mujeres, obviamente sin que su esposa se entere. Pero recurrir a dicha figura, socialmente mal vista y sancionada por la religión, implicaría recurrir al “mercado negro”.

En consecuencia, a pesar de que un hombre tenga los recursos para mantener a más de una mujer, las reglas sociales y de la religión, recogidas a su vez por las normas jurídicas, le impiden “contratar” con más de una mujer vía el matrimonio. En dichas circunstancias, el hombre tendrá que aceptar las reglas a él impuestas, porque en caso contrario, correrá el riesgo de “no contratar”. Como podemos advertir, los impedimentos que se le presentan al hombre demandante de un matrimonio poligámico pueden ser entendidos como costos de transacción.

¿En qué se parece el mercado del matrimonio al mercado de las contrataciones y adquisiciones del Estado? Pues en que, así como el hombre que “demanda” matrimonio debe aceptar las reglas impuestas por la sociedad, la religión y las normas jurídicas; de la misma forma, el particular que contrata con el Estado deberá aceptar las reglas por él impuestas. Es así como, por ejemplo, el particular no podrá decidir que en su caso no resulten aplicables las normas contenidas en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante la LCAE) y su Reglamento, sino por el contrario, exclusivamente las normas del Código Civil.

En ese mismo sentido, el particular que contrata con el Estado lo hace sabiendo que determinadas reglas han sido hechas para favorecer a la entidad estatal, pues según el discurso planteado por más de un político, ello se debe a que en las contrataciones y adquisiciones del Estado “se encuentran en juego los recursos públicos”.

Sin embargo, la sutil diferencia entre el mercado del matrimonio y el de contrataciones y adquisiciones del Estado está en que, en el primer caso, las reglas son impuestas por la sociedad, la religión y el ordenamiento; y finalmente, son del gusto y agrado de las mujeres “oferentes” de matrimonio; mientras que en el segundo supuesto, las reglas son impuestas por uno de los contratantes de manera unilateral, esto es, por el Estado, quien sería el demandante de los bienes y/o servicios, siendo los particulares los oferentes de tales bienes y/o servicios.

Esto nos lleva a que tanto el particular que oferta bienes y/o servicios al Estado, como el hombre que “demanda” un matrimonio poligámico, deberán aceptar las reglas impuestas; en el primer caso, por la entidad estatal demandante de los bienes y servicios y, en el segundo caso, por la sociedad, la religión y las normas jurídicas, más allá de la voluntad de los involucrados y de los costos que el hecho implica.

En ese orden de ideas, pretendemos demostrar que, en materia de contrataciones y adquisiciones del Estado, si bien muchas reglas han sido recogidas del mercado, existen otras, especialmente las que distinguen qué materias pueden ser sometidas a arbitraje y qué otras no, que han sido impuestas y que constituyen verdaderos costos de transacción, por lo que impiden que muchos contratos se puedan celebrar con particulares que podrían ofrecer un mejor bien y/o servicio al Estado, debido a que no están dispuestos a contratar bajo dichas reglas; o que, en caso se lleguen a celebrar contratos, éstos se concluyen en términos ineficientes.

Así pues, al igual que el hombre que “demanda” matrimonio sólo podrá casarse con una sola mujer, debido a que la “oferta” así lo dispone, del mismo modo los particulares que ofertan bienes y/o servicios sólo podrán contratar con el Estado aceptando las reglas por él dispuestas, debido a que la demanda así lo dispone. En ambos casos, es decir, al hombre que desea a más de una mujer y al particular que quisiera otras reglas, la suerte les parece decir: “Y no desearás a la mujer de tu prójimo”.

2. ¿POR QUÉ EXISTE EL ARBITRAJE?

En este contexto, la primera pregunta que deberíamos formularnos es ¿por qué existe el arbitraje? Dicha interrogante se nos viene a la mente, si es que creemos que es el Poder Judicial de cada Estado la

entidad destinada a administrar la justicia de manera única, exclusiva y, por qué no decirlo, de manera monopólica. Sin embargo, ello no siempre ha sido así.

Como bien lo señala Fernando Vargas⁽⁴⁾, históricamente el arbitraje tiene un origen muy remoto e incluso se podría afirmar que es la primera forma de administrar justicia. En este sentido, existen relatos griegos que narran que los conflictos entre héroes mitológicos, eran solucionados por terceros sabios que eran elegidos por los contendientes. Por su parte, en Roma, la institución del arbitraje surgió como consecuencia de la necesidad de solucionar conflictos que se suscitaban entre particulares, en épocas en las que aún no hacía su aparición el proceso judicial administrado por el Estado.

Tal como señala Fernando de Trazegnies⁽⁵⁾, desde cierto punto de vista, el arbitraje ha existido siempre. Los hombres han tenido siempre conflictos y muchas veces han buscado a terceros para dirimirlos de manera imparcial. En Roma⁽⁶⁾, se podía distinguir el proceso público del proceso privado. En el proceso privado eran las partes quienes delimitaban la materia litigiosa, toda vez que lo discutido era de interés particular. En consecuencia, la solución del conflicto estaba reservada a un órgano privado, elegido o aceptado por las partes y no al órgano jurisdiccional oficial, quien raramente intervenía en la formación y desarrollo del *ius privatum*.

Es en la Edad Media donde la institución del arbitraje toma mayor importancia para los particulares. Los conflictos que ocurrían entre los burgueses, artesanos y comerciantes eran resueltos en el seno de sus propios gremios o corporaciones, cuya finalidad era lograr una solución más rápida y efectiva que la justicia impartida por el monarca, la cual se

(4) VARGAS, Fernando, "Naturaleza jurídica del arbitramento civil", tesis para optar el grado académico de Doctor en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1964, p. 15, citado por CASTILLO FREYRE, Mario, "Orígenes del arbitraje", lectura publicada en la página web del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

(5) DE TRAZEGNIÉS GRANDA, Fernando, "Los conceptos y las cosas: Vicisitudes peruanas de la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral", en: *El arbitraje en el Derecho Latinoamericano y Español*, Editorial Cultural Cuzco, Lima, 1989, p. 253.

(6) CASTILLO FREYRE, "Orígenes del arbitraje", cit.

caracterizaba por su lentitud y por los complicados mecanismos procesales que entrampaban a los litigantes en procesos interminables ¿Acaso eso no nos suena un poco parecido al escenario de hoy en día?

A raíz de la Revolución Francesa, y las ideas que a ésta influenciaron, entre ellas la teoría de la división de los poderes del Estado, defendida por los ilustrados Alexander Hamilton, John Locke, Jean-Jacques Rousseau y Charles Louis de Secondat, Señor de la Brède y Barón de Montesquieu, la justicia pasó a ser un asunto de competencia exclusiva del Poder Judicial. Lo que sucedió, en efecto, fue que las Cámaras de Comercio y los gremios, donde los particulares decidían someter a arbitraje las controversias que entre ellos se suscitaban, comenzaron a detentar poder. Y en un universo donde no es posible que dos soles puedan brillar en el firmamento, el Estado decidió sacar del mercado al arbitraje instaurando como entidad única de administración de justicia al Poder Judicial, siendo que tan sólo por excepción los particulares podían recurrir al arbitraje.

En nuestro país, ya la Constitución Política del Perú de 1979 reconocía al arbitraje como medio de solución de conflictos y como parte de la función jurisdiccional. Hoy en día, la Constitución Política del Perú de 1993 en el inciso 1) del artículo 139 reconoce también, por excepción, la función jurisdiccional del arbitraje. Si bien no es el tema que hoy nos toca tratar, al igual que Juan Monroy⁽⁷⁾ consideramos que la jurisdicción excepcional es una categoría que no resiste el más mínimo análisis. La posibilidad de que el ordenamiento constitucional prevea jueces distintos a los ordinarios, tiene como presupuesto insuperable el respeto por la unidad de la jurisdicción. Este principio admite además la existencia de otros jueces estatales: la justicia militar y el tribunal constitucional. El arbitraje no puede constituir una expresión de la jurisdicción pues su configuración contiene intrínsecamente una renuncia a ésta y además porque el árbitro es incapaz de desarrollar funciones de carácter público. Sólo se comprende la inclusión del arbitraje en la norma constitucional, como jurisdicción de excepción, por una decisión política de fortalecer esta institución dentro de la cultura y la idiosincrasia de nuestra sociedad.

(7) MONROY PALACIOS, Juan, "Arbitraje, jurisdicción y proceso", lectura publicada en la página web del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

Siguiendo el pensamiento del profesor Juan Monroy⁽⁸⁾, el arbitraje no sólo tiene su fundamento en la autonomía privada, pues al igual que el proceso judicial está regulado por normas de orden público. Si bien la Ley General de Arbitraje privilegia el carácter desformalizado del arbitraje, muestra su total autoridad cuando regula la eficacia del laudo (vinculante e inmutable, al igual que una sentencia judicial), sus causales de nulidad y su aptitud para ser materia de ejecución forzada. El arbitraje es una categoría jurídica compleja: su origen es estrictamente comercial, pero a su desarrollo fisiológico se le adhiere el elemento procesal, cuya eficacia se muestra con la expedición del laudo.

3. ¿POR QUÉ EL ESTADO TIENE QUE RECURRIR AL ARBITRAJE?

Sin perjuicio de lo reseñado podemos concluir preliminarmente, que el arbitraje es una forma alternativa de solución de conflictos, cuyo origen es anterior al del Poder Judicial o administración de justicia estatal. Sin embargo, lo que no hemos señalado es por qué las controversias surgidas entre el Estado y los particulares con quienes contrata deben ser sometidas a arbitraje ¿Es que acaso sólo deberían someterse a arbitraje controversias que se susciten entre particulares? La respuesta es no.

Trayendo a la memoria un Congreso Internacional de Arbitraje organizado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, recuerdo que a Alfredo Bullard le tocó exponer el tema que aquí nos ocupa. Las exposiciones de Alfredo son siempre muy interesantes, pero recuerdo aquella por la originalidad con la que decidió exponer el tema: una anécdota sobre un examen del curso de filosofía en la Facultad de Estudios Generales Letras de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Nos contó Alfredo, que la pregunta había sido la siguiente: “¿Dios existe? ¿Por qué?”. El sinnúmero de respuestas que dicha pregunta generó conllevaron a que sus autores gastaran cuadernillos enteros, más de uno tuvo que pedir un lapicero prestado cuando se percataba que la tinta se agotaba. Sin embargo, una respuesta es aún recordada como si se tratase de un verdadero mito urbano: “¿Y por qué no?”.

(8) *Loc. cit.*

La respuesta conllevó a que su autor saliese aprobado con nota sobresaliente. Sin embargo, dicha respuesta nos puede servir como ejemplo ante preguntas que, *per se*, quieren asumir como dogmas ciertas “verdades irrefutables”: ¿Y por qué no se podría someter a arbitraje un conflicto de intereses donde una de las partes sea el Estado? En efecto, muchos de los que se oponían a que se sometiera a arbitraje las controversias entre el Estado y un particular señalaban que dichas controversias debían ser resueltas por el Poder Judicial, debido a que no se podía dejar en manos de terceros la solución de un tema donde se encuentra en juego el interés público. Siguiendo esa misma línea de pensamiento, para poder vigilar y cuidar los recursos del Estado, quién más que el propio Estado por medio del Poder Judicial.

En dicho escenario, el particular que contrataba con el Estado, ante una eventual controversia, encontraba que éste era juez y parte. Si tenemos en cuenta la desconfianza que genera el Poder Judicial entre los ciudadanos que tienen que acudir a dicha entidad para poder encontrar una solución ante un conflicto de intereses, no nos resultará muy difícil imaginar en cuánto se incrementa esa desconfianza cuando la contraparte del conflicto resulta ser el Estado.

En ese sentido, Alfredo Bullard⁽⁹⁾ expresa que existe una similitud de motivos que han impulsado el arbitraje con el Estado y el arbitraje entre privados. En el caso de los conflictos entre los privados existe la necesidad de exigir derechos con la desconfianza en las Cortes para hacerlo, con lo cual el resultado ha sido someterse a Cortes pactadas por las partes, esto es, a un Tribunal Arbitral. Y eso es exactamente lo que ocurrió con el Estado, tuvo que ir al arbitraje para restituir la confianza que el Poder Judicial no le otorgaba.

¿Y cuál es la razón que llevó a que los Estados permitiesen ser juzgados por tribunales que no eran los suyos? Alfredo Bullard⁽¹⁰⁾, indica que ello obedece a que en las últimas décadas un fenómeno acabó con el monopolio detentado por el Poder Judicial: la competencia de

(9) BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, “Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos”, en: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 2, Lima, 2006, p. 168.

(10) *Ibidem*, p. 174.

los países por obtener inversión. Los países toman conciencia que su capacidad de imponer la ley se debilita por el hecho de que los inversionistas pueden elegir dónde invertir e, incluso, sus nacionales pueden preferir dirigir sus capitales fuera de sus fronteras.

4. ¿QUÉ CLASES DE CONTRATOS SUSCRIBE EL ESTADO CON LOS PARTICULARES?

Ahora bien, es necesario distinguir dos tipos de relaciones contractuales en donde interviene el Estado, por un lado los contratos de inversión y, por el otro, los contratos administrativos sobre adquisición y contratación de bienes y servicios.

En el caso de los contratos de inversión⁽¹¹⁾, nos encontramos cuando dichas inversiones han requerido garantías estatales, tales como estabilidad de regímenes legales, tributarios, cambiarios o de seguridad contra expropiaciones; o, implican la entrega de facultades originariamente consideradas como estatales, como ocurre en los contratos de concesión de servicios públicos en lo que se entrega a un privado la prestación de un servicio originalmente reservado para el Estado, pero delegable a particulares de acuerdo al marco legal.

Por su parte, en el caso de los contratos administrativos sobre adquisición y contratación de bienes y servicios, nos encontramos ante actos de naturaleza comercial desarrollados por un Estado, los cuales, en principio, son perfectamente arbitrables. Coexisten dos elementos principales: por una parte el origen, que es el consentimiento; por otra el contenido, esto es, el vínculo jurídico constituido por el conjunto de prestaciones recíprocas de índole comercial.

Como bien lo señala el profesor español Iñigo Sanz Rubiales⁽¹²⁾, el contrato de la Administración se caracteriza porque una de las partes es una administración pública. El procedimiento de contratación de la Administración es un procedimiento administrativo y está regulado por

(11) *Ibidem*, pp. 193-194.

(12) SANZ RUBIALES, Iñigo, "Algunos problemas de la regulación de los contratos públicos en derecho peruano", en: *Derecho Administrativo*, Jurista, Lima, 2004, p. 650.

el derecho administrativo, a pesar de que el contrato sea una institución privada y de que pueda someterse al derecho privado.

Para efectos del presente ensayo, vamos a enfocarnos en el segundo de los supuestos en los cuales un Estado forma parte de una relación jurídica contractual y, posiblemente, arbitral con un particular, esto es, los contratos administrativos sobre adquisición y contratación de bienes y servicios. Ello en la medida que la experiencia profesional nos ha permitido observar muchas veces la celebración, desarrollo y decaimiento de una relación contractual de tal tipo.

Según Iñigo Sanz Rubiales⁽¹³⁾, cabría hablar de dos tipos de contratos públicos: los contratos administrativos y los contratos privados de la Administración. El contrato administrativo es un concepto característico del derecho francés y español, en donde la Administración aparece revestida de autoridad pública, pero por razón del interés público en juego, el contrato administrativo se diferencia del resto de los que celebra la Administración.

La diferencia entre los contratos administrativos y los contratos privados de la Administración, en lo que se refiere al régimen jurídico, es que si la fase precontractual es la misma, auténticamente administrativa, la fase de ejecución diverge, porque mientras los contratos administrativos de la Administración se someten al derecho administrativo, los contratos privados de la Administración se someten en su ejecución al derecho privado⁽¹⁴⁾.

El problema sería determinar si según la LCAE existe el contrato privado de la Administración y cuál sería su régimen aplicable. La LCAE no distingue entre contratos privados y administrativos de la Administración, siendo así que tan sólo reconoce la existencia del *ius variandi* y otros privilegios sin distinción del tipo de contrato que se pueda aplicar⁽¹⁵⁾.

(13) *Ibidem*, pp. 650-651.

(14) *Ibidem*, p. 659.

(15) *Loc. cit.*

En realidad, no existe en la LCAE el contrato privado de la Administración, todos los contratos celebrados por el Estado y sometidos a la LCAE son contratos administrativos. Sin embargo, podemos hablar de contratos estatales de régimen preponderante de derecho público: obras, consultoría y servicios públicos; y de contratos estatales de régimen preponderante de derecho privado: compraventa instantánea de bienes muebles e inmuebles, arrendamiento de inmuebles, etc. Ello nos devuelve a la distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración⁽¹⁶⁾.

Teniendo en cuenta lo señalado, podemos determinar que a todos los contratos celebrados por el Estado, sobre adquisición y contratación de bienes y servicios, les es aplicable la LCAE y su Reglamento y, por ende, las controversias que puedan suscitarse entre la Entidad y el contratista serán resueltas mediante arbitraje.

En ese sentido, la LCAE establece en el literal b) del artículo 41 que toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato deberá resolverse mediante conciliación o arbitraje. Asimismo, la norma acotada señala que en caso no se incluya la cláusula correspondiente, se entenderá incorporada de pleno derecho la cláusula modelo que establezca el Reglamento⁽¹⁷⁾.

(16) SANZ RUBIALES, “Algunos problemas de la regulación de los contratos públicos en derecho peruano”, cit., p. 661.

(17) Artículo 274 del Decreto Supremo N° 084-2004-PCM - TUO del Reglamento de la LCAE: (...) Si las partes no cumplen con incorporar el convenio arbitral correspondiente para desarrollar un arbitraje ad hoc, se considerará incorporado de pleno derecho el siguiente texto:

“Todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado”.

Asimismo, las partes pueden incorporar en el contrato la cláusula arbitral tipo del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en cuyo caso se someten a los reglamentos correspondientes. El texto de la cláusula tipo del SNCA-CONSUCODE es:

“Todos los conflictos que deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos mediante arbitraje, bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del CONSUCODE y de acuerdo con su Reglamento”.

Dicha cláusula de solución de controversias es de incorporación obligatoria al contrato, al igual que las cláusulas de garantías y la de resolución del contrato por incumplimiento. Es de destacar en este punto que la solución de los conflictos mediante la conciliación va a depender de la buena voluntad de las partes, pues en tanto éstas no se pongan de acuerdo, la única vía que quedará para resolver tales conflictos será el arbitraje.

Ahora bien ¿Cuándo se entiende que un contrato celebrado por el Estado, sobre adquisición y contratación de bienes y servicios, existe? Como hemos señalado, el procedimiento anterior al otorgamiento de la buena pro es uno, por su naturaleza, administrativo, durante el cual no resultan aplicables las normas contenidas en la LCAE y su Reglamento sobre el contrato, ni mucho menos, de manera supletoria, las normas del Código Civil.

Según lo dispuesto por el artículo 36 de la LCAE, el contrato deberá celebrarse por escrito y se ajustará a la proforma incluida en las Bases con las modificaciones aprobadas por la Entidad durante el proceso de selección. En ese mismo sentido, el artículo 196 del Reglamento de la LCAE señala que una vez que la buena pro ha quedado consentida o administrativamente firme, tanto la Entidad como el o los postores ganadores, están obligados a suscribir el contrato o los contratos respectivos.

Como se pueda apreciar, el contrato no existe con el solo otorgamiento de la buena pro, como sí resultaría en el caso de una subasta pública regulada por el artículo 1389 del Código Civil, caso en el cual el contrato se celebra cuando el subastador adjudica la buena pro al postor que hasta ese momento ha formulado la mejor postura válida. En caso que la Entidad o el particular no suscribiesen el contrato, el artículo 203 del Reglamento de la LCAE ha previsto un procedimiento especial para conducir a la celebración del mismo o, en todo caso, a la sanción de la parte infiel que se desiste de firmarlo.

Sin embargo, es de tener en cuenta que el contrato sólo va a existir si es que se firma, sin que ello constituya una formalidad solemne cuya inobservancia conlleve a la nulidad del acto jurídico, conforme lo previsto en el numeral 6) del artículo 219 del Código Civil. En efecto, la no suscripción del contrato conllevaría a la “inexistencia” del mismo,

categoría de invalidez del acto jurídico no reconocida en nuestro ordenamiento jurídico⁽¹⁸⁾.

5. ¿QUÉ PUEDE SER MATERIA DE ARBITRAJE EN UN CONTRATO CELEBRADO POR EL ESTADO, SOBRE ADQUISICIÓN Y CONTRATACIÓN DE BIENES Y SERVICIOS?

Ahora sí, la pregunta cae de madura: ¿Qué puede ser materia de arbitraje en un contrato celebrado por el Estado, sobre adquisición y contratación de bienes y servicios? La LCAE es clara al establecer en el artículo 53 que las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje.

Es claro que las controversias referidas a la ejecución mantienen intrínseca relación con la resolución contractual, en tanto la ejecución se encuentra referida a las prestaciones de cada una de las partes y, a su vez, la resolución contractual implica un remedio o supuesto de ineficacia en sentido estricto o funcional del acto jurídico⁽¹⁹⁾, más específicamente del contrato con prestaciones recíprocas. Sin embargo, es de tener en cuenta que, en materia de contrataciones y adquisiciones del Estado, el literal c) del artículo 41 de la LCAE, reglamentado por el artículo 226 del Reglamento de la LCAE, establece un supuesto especial de resolución por intimación distinto al regulado por el artículo 1429 del Código Civil.

En efecto. El literal c) del artículo 41 de la LCAE establece que en caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato; en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la jus-

(18) En ese sentido, LIZARDO TABOADA consideraba que "(...) Consiguientemente, existen dos supuestos de invalidez en el sistema jurídico nacional: *la nulidad* y *la anulabilidad*, debiendo quedar claramente establecido que el sistema nacional no reconoce la categoría de *inexistencia*, como sucede en otros sistemas jurídicos como el italiano, francés y español (...)" (TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *Nulidad del acto jurídico*, 2ª ed., Grijley, Lima, 2002, p. 12.

(19) *Loc. cit.*

tífica, quedando el contrato resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista.

Como se puede observar, para que la Entidad pueda resolver el contrato primero debe haber requerido el cumplimiento de la prestación no ejecutada y, en caso ello no haya sido subsanado, podrá resolver el contrato remitiendo una segunda comunicación. En el caso del contratista, le asiste el derecho a resolver el contrato siempre que se trate del incumplimiento de una obligación esencial de parte de la Entidad, siempre que la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento.

Según el artículo 225 del Reglamento de la LCAE, constituyen obligaciones esenciales de la Entidad aquellas contempladas en las Bases o en el contrato. Aquí encontramos un gran inconveniente, pues la norma derogada del Reglamento, el artículo 144 del Decreto Supremo N° 013-2001-PCM, establecía los criterios delimitadores de las obligaciones esenciales a cargo de la Entidad:

- (i) Los pagos en las oportunidades previstas en el contrato;
- (ii) Las que fueron factores de calificación y selección; y,
- (iii) Aquellas condiciones que resulten indispensables para el normal cumplimiento del contrato.

Hoy en día, la norma deja abierta la puerta a la Entidad para establecer de manera unilateral en las Bases y, por ende, en el contrato los supuestos taxativos en los cuales incurriría en incumplimiento.

De otro lado, en lo que respecta a los plazos para el apercibimiento, el artículo 226 del Reglamento de la LCAE establece que el mismo puede oscilar entre cinco (5) a quince (15) días, dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o lo sofisticado de la adquisición o contratación, pero en ningún caso mayor a los quince (15) días citados, plazo que se otorgará necesariamente en el caso de obras. Dichos plazos se computan por días naturales, conforme a lo dispuesto en el artículo 206 del Reglamento de la LCAE.

La primera diferencia que observamos con respecto a lo dispuesto en el artículo 1429 del Código Civil es que esta última norma señala que

la resolución contractual opera de pleno derecho cuando cualquiera de las partes falta al cumplimiento de su prestación, sin distinguir obligaciones esenciales de no esenciales. En ese sentido, la LCAE muestra un supuesto de cláusula exorbitante que favorece de sobremanera a la Entidad, constituyendo ello una disparidad entre el particular y el Estado cuando se ven involucrados en un contrato sobre adquisición y contratación de bienes y servicios.

Por otro lado, la segunda diferencia que podemos determinar es en cuanto al plazo. El artículo 1429 del Código Civil establece que la resolución del contrato opera de pleno derecho una vez transcurrido el plazo de quince (15) días naturales desde que fue notificado por conducto notarial el apercibimiento al cumplimiento. Dicho artículo no prevé la posibilidad que la parte que hace uso del remedio de la resolución pueda fijar un plazo según las circunstancias, como sí lo permite el artículo 226 del Reglamento de la LCAE. Según Hugo Forno⁽²⁰⁾, la omisión de fijar un plazo, su indeterminabilidad objetiva o la indicación de uno inferior al legal, tornan en ineficaz la intimación evitando que se produzca el efecto resolutorio.

Por último, una tercera diferencia es en cuanto a la oportunidad en que la resolución contractual adquiere efectos. Según lo dispuesto por el artículo 1429 del Código Civil, ello sucederá cuando se cumpla el plazo señalado en el apercibimiento. Por el contrario, el literal c) del artículo 41 de la LCAE establece que para que la resolución contractual opere, luego de efectuado el apercibimiento y cumplido el plazo en él dispuesto, la parte que la haga efectiva deberá remitir por conducto notarial una carta en donde señale expresamente que está resolviendo el contrato.

En lo que respecta a la oportunidad en que cualquiera de las partes deberá someter a arbitraje cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato, el artículo 227 del Reglamento de la LCAE establece que para ello la parte interesada cuenta con el plazo de quince (15) días hábiles siguientes contados a partir de comunicada la resolución. Vencido ese plazo sin que se haya iniciado el arbitraje o la conciliación, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida.

(20) FORNO FLÓREZ, Hugo, "Resolución por intimación", en: *Thémis*, N° 38, Lima, 1998, p. 118.

En lo que respecta a otras de las materias que también pueden ser sometidas a arbitraje, según la LCAE, encontramos al de la inexistencia del contrato. Debemos destacar que, en tanto nuestro ordenamiento jurídico no reconoce a la inexistencia del acto jurídico como un supuesto de invalidez⁽²¹⁾, no entendemos cómo el artículo 53 de la LCAE considera que dicho supuesto puede ser sometido a arbitraje.

En todo caso, el supuesto de inexistencia del contrato entre el contratista y la Entidad, por causa imputable a cualquiera de éstos, conlleva al inicio de un procedimiento administrativo sancionador para el contratista y, en el caso de la Entidad, ésta queda obligada a pagar al contratista una indemnización por el único concepto de lucro cesante que no podrá ser mayor al 10% del monto adjudicado. Toda controversia sobre este aspecto queda sujeta a la competencia del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, conforme a lo establecido en el artículo 203 del Reglamento de la LCAE.

Asimismo, el artículo 53 de la LCAE considera que las controversias que surjan entre las partes, relacionadas tanto con la ineficacia como con la invalidez de los contratos, pueden ser sometidas a arbitraje. En ese sentido, resulta necesario determinar cuáles son las relaciones existentes entre ineficacia e invalidez para establecer cuáles son las materias que pueden ser sometidas a arbitraje.

Según Lizardo Taboada⁽²²⁾, existen dos categorías de ineficacia del acto jurídico:

- a) La ineficacia originaria (ineficacia por causa intrínseca o ineficacia estructural). En los supuestos de ineficacia originaria el negocio o no produce nunca efectos jurídicos por haber nacido muerto, o deja de producir retroactivamente todos los efectos jurídicos que hubiera producido por haber nacido gravemente enfermo. Se presenta en dos supuestos: la nulidad y la anulabilidad, ambas llamadas con el nombre genérico de **invalidez**. Recalcamos que el sistema jurídico peruano no reconoce a la inexistencia como un tipo de ineficacia, salvo el supuesto que comentábamos líneas atrás.

(21) TABOADA CÓRDOVA, *Nulidad del acto jurídico*, cit., p. 12.

(22) *Loc. cit.*

- b) La ineficacia funcional (ineficacia por causa extrínseca). Los supuestos de ineficacia funcional son aquellos en los cuales un negocio jurídico que venía produciendo normalmente efectos jurídicos, deja de producirlos posteriormente por la aparición de una causal sobreviniente a la celebración del negocio jurídico. El supuesto típico lo constituye la resolución.

En ese sentido, la invalidez constituye un supuesto de ineficacia, siendo ésta el género y aquélla la especie. Pero para distinguir a una categoría de la otra, se entiende que cuando se habla de ineficacia nos estamos refiriendo al supuesto de ineficacia funcional o en sentido estricto, como es el supuesto de la resolución contractual. En cambio, cuando se habla de invalidez del acto jurídico, nos estamos refiriendo o a la nulidad o a la anulabilidad del mismo.

Hemos podido revisar que el supuesto típico de ineficacia contractual, cuya controversia es sometida a arbitraje, es el caso de la resolución. Sin embargo, no es el único. Uno de los que con frecuencia llama la atención es el referido a la procedencia o no de la ampliación del plazo contractual solicitado por el contratista. El artículo 232 del Reglamento de la LCAE establece que el contratista deberá solicitar la ampliación dentro de los siete (7) días hábiles de aprobado el adicional o de finalizado el hecho generador del atraso o paralización. La Entidad resolverá sobre dicha solicitud en idéntico plazo, computado desde su presentación. De no existir pronunciamiento expreso, se tendrá por aprobada la solicitud del contratista.

En este último supuesto, el último párrafo del citado artículo 232 del Reglamento de la LCAE señala que cualquier controversia relacionada con la ampliación del plazo por parte de la entidad podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días posteriores a la comunicación de esta decisión. El problema de la eficacia o no de la ampliación del plazo contractual se presenta cuando la Entidad se opone a la misma que es alegada por el contratista en los supuestos en que no hubo pronunciamiento expreso por parte de la Entidad.

En dichos casos, en más de un arbitraje, hemos podido observar que las partes se refieren de manera incorrecta al silencio de la Entidad que aprueba la ampliación del plazo contractual como silencio administrativo positivo, como si tal ampliación fuese objeto de un procedimiento

administrativo. Debemos recordar que, en esas instancias, nos encontramos en la etapa contractual y no dentro del proceso de selección.

Por dichas razones, considero que es más propio hablar del silencio que importa manifestación de voluntad, conforme a lo dispuesto en el artículo 142 del Código Civil. En efecto, el citado artículo señala que el silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyan ese significado. Para estos efectos, el artículo 232 del Reglamento de la LCAE establece que ante la solicitud de ampliación del plazo contractual del contratista, el silencio de la Entidad importará la aceptación de tal solicitud.

Por último, no podemos dejar de mencionar a las controversias que se pueden suscitar entre las partes referidas a la invalidez del contrato. En estricto, nos estamos refiriendo a los supuestos de nulidad del acto jurídico, regulados en el artículo 219 del Código Civil, y a los de anulabilidad, regulados en el artículo 221 del citado Código.

Es de destacar, dentro de los supuestos de nulidad, el establecido en el artículo 57 de la LCAE. La citada norma señala que, después de celebrados los contratos, el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado sólo podrá declarar la nulidad de oficio de los procesos de selección para los efectos del artículo 9 de la LCAE y cuando se verifique la transgresión del principio de presunción de veracidad.

El citado artículo 9 señala la lista taxativa de personas impedidas de ser postores y/o contratistas, disponiendo a su vez que los contratos celebrados en contravención a lo dispuesto son nulos. Desde un punto de vista técnico, consideramos errónea la atribución del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado de declarar la nulidad de oficio del proceso de selección, en tanto que si el contrato es nulo deberá ser declarado así por un Tribunal Arbitral.

6. ¿QUÉ NO SE PUEDE ARBITRAR EN MATERIA DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO?

Según lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley General de Arbitraje (en adelante la LGA), 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.

Por su parte, el artículo 2 de la LGA señala que pueden ser sometidos a arbitraje nacional, sin necesidad de autorización previa, las controversias derivadas de los contratos que celebren el Estado Peruano y las personas jurídicas de derecho público con nacionales o extranjeros domiciliados en el país, inclusive las que se refieran a sus bienes, así como aquellas controversias derivadas de contratos celebrados entre personas jurídicas de derecho público, entre sí.

Asimismo, para los efectos de la norma bajo comentario el Estado comprende el Gobierno Central, los Gobiernos Regionales y Locales y sus respectivas dependencias. Del mismo modo, las empresas estatales de derecho privado o de economía mixta pueden acordar libremente y sin requisito de previa autorización que las controversias derivadas de los contratos que celebren con nacionales o extranjeros domiciliados o que se refieran a sus bienes, sean sometidos a arbitraje nacional.

En consecuencia, en aplicación a lo dispuesto en el artículo 2 de la LGA, en principio toda controversia que se suscite entre una entidad estatal y un particular podrá ser sometida a arbitraje. Sin embargo, dicho precepto debe ser leído conjuntamente con lo dispuesto en el artículo 1 de la LGA, el cual señala que las controversias que pueden ser sometidas a arbitraje son aquellas sobre las cuales las partes gozan de libre disposición.

Es por ello que, el artículo 1 exceptúa cuatro (4) supuestos de controversias que no pueden ser sometidas a arbitraje, en tanto sobre las mismas las partes no tienen libre disposición por mandato legal. Dichos supuestos de excepción son los siguientes:

- (i) Las que versan sobre el estado o la capacidad de las personas, ni las relativas a bienes o derechos de incapaces sin la previa autorización judicial.
- (ii) Aquellas sobre las que ha recaído resolución judicial firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución, en cuanto conciernen exclusivamente a las partes del proceso.

- (iii) 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.
- (iv) Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público.

Como se puede observar muy fácilmente, de las excepciones mencionadas la que resulta de aplicación en materia de contrataciones y adquisiciones del Estado es el numeral 4) del artículo 1 de la LGA, esto es, aquellas controversias directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público.

En ese sentido, debemos determinar a qué se refiere el numeral 4) del artículo 1 de la LGA al señalar “las atribuciones o funciones de imperio del Estado”, pues en tanto tengamos claro dicho concepto podremos diferenciar nítidamente aquellas controversias que, originadas en un contrato entre una entidad estatal y un particular, pueden ser sometidas a arbitraje, de aquellas que no.

Para dichos efectos, es necesario recordar que solemos emplear el término actos de *ius imperium* para referirnos a “las atribuciones o funciones de imperio del Estado”. Dichos actos de *ius imperium* son expresiones de derecho público y, a su vez, son considerados exclusivos del Estado. Por su parte, aquellos actos que son de interés único y exclusivo de las partes corresponden al derecho privado ¿En qué se diferencian el derecho público del derecho privado, o en otras palabras, los actos de *ius imperium* de los actos que emanan de la autonomía privada, esto es, de los actos jurídicos?⁽²³⁾.

⁽²³⁾ Según LIZARDO TABOADA “(...) Los actos jurídicos son caracterizados como la manifestación más importante del fenómeno jurídico denominado autonomía privada, entendida como el poder que tienen los particulares, sean personas naturales o jurídicas, en los diferentes sistemas jurídicos, para autorregular sus intereses privados vinculándose con los demás con el fin de satisfacer sus más variadas y múltiples necesidades (...)” (TABOADA CÓRDOVA, *Nulidad del acto jurídico*, cit., p. 22).

En el Derecho Romano, dentro de la etapa que corresponde a las Doce Tablas, surge de los jurisconsultos romanos, y en especial de Ulpiano, la clásica distinción entre derecho público y derecho privado. Fue Ulpiano quien adoptó y definió por primera vez tal distinción: “Se llama derecho público el que trata del gobierno de los romanos y privado el que se refiere a la utilidad de los particulares”⁽²⁴⁾.

El surgimiento de esta distinción implica el reconocimiento de la separación y necesario respecto de ambas esferas pública e individual, pero no excluye el mayor peso relativo de la primera. Entre los jurisconsultos romanos prevaleció la concepción de la primacía del Estado sobre los derechos particulares de los individuos⁽²⁵⁾.

Pero ya en el Derecho Romano, anota Hans Kelsen, la distinción entre el *ius publicum* (derecho público) y el *ius privatum* (derecho privado) era demasiado vaga. Designaba originariamente meras diferencias técnico procesales, pero más tarde adoptó una significación muy semejante a la que hoy se le atribuye, contraponiendo, de un lado, como derecho público, el derecho político, el derecho administrativo, el derecho penal y el derecho procesal; y todo el derecho restante, como derecho privado⁽²⁶⁾.

Ya en la Edad Media, casi todas las funciones que el Estado moderno reclama para sí se hallaban entonces repartidas entre los más diversos depositarios: la Iglesia, el noble propietario de tierra, los caballeros, las ciudades y otros privilegiados. La misma jurisdicción, que es considerada como la función más privativa de poder estatal, había pasado en gran parte a *manos privadas*⁽²⁷⁾.

La situación fue cambiando al transformarse gradualmente las condiciones determinantes del sistema feudal. Con el deterioro de éste

(24) *Enciclopedia Jurídica Omeba*, T. VIII, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958, p. 166.

(25) *Ibidem*, p.167.

(26) *Loc. cit.*

(27) *Loc. cit.* Si bien en el texto de la obra consultada no se señala a qué *manos privadas* se hace referencia, creemos que se refiere a la jurisdicción que ostentaban no sólo el clero, en temas de derecho canónico, sino también los gremios en lo que respecta a los temas comerciales.

y el desarrollo de la economía capitalista y de la nueva clase burguesa, se inicia el proceso que lleva al Estado moderno centralizado⁽²⁸⁾. La evolución que se llevó a cabo, en el aspecto organizativo, hacia el Estado moderno, consistió en que los medios reales de autoridad y de administración, que eran posesión privada, se conviertan en propiedad pública y en que el poder de mando que se venía ejerciendo como un derecho del sujeto, se expropia en beneficio del príncipe absoluto primero y luego del Estado⁽²⁹⁾.

Lo anotado conllevó a que muchas de las actividades que venían siendo ejercidas por los particulares, y por ende consideradas de derecho privado, pasaran a formar parte de las atribuciones del Estado, por lo que, consecuentemente, resultarían siendo expresiones de derecho público, esto es, actos de *ius imperium*.

Para Hans Kelsen, la diferencia decisiva entre derecho público y derecho privado, radica en la oposición de dos (2) modos de formación del derecho; resulta de ello que los “actos públicos” del Estado son actos jurídicos al igual que los contratos y, sobre todo, la manifestación de voluntad, que constituye el creador de derecho, aparece en ambas situaciones como la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, pues se trata en cada situación de individualizar una norma general: una ley administrativa en el caso de una orden administrativa, el Código Civil en el caso del contrato⁽³⁰⁾.

Considero que no podemos brindar de manera única y exclusiva una definición de derecho público. Pero lo que sí podemos es señalar cuáles son las materias que no son objeto del derecho público. A mi entender, lo que no constituye objeto del derecho público es todo recurso que el mercado puede proveer y que las partes pueden asignar, mediante acuerdos, a sus usos más eficientes. En otras palabras, todo aquello que puede ser objeto de relaciones contractuales de derecho privado no es derecho público y, por ende, su regulación no resulta ser un acto de *ius imperium*.

(28) *Loc. cit.*

(29) HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1947, pp. 146, 147 y 150.

(30) KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Ediciones Wisla, Lima, 1987, p. 135.

Es por eso que cuando el Estado contrata con un particular, dentro del marco de la LCAE, lo hace como si fuese un particular más, desprovisto de sus facultades de *ius imperium*, razón por lo cual la misma LCAE establece, de manera obligatoria, que toda controversia que se suscite en materia de contrataciones y adquisiciones del Estado tiene que ser sometida a conciliación o arbitraje⁽³¹⁾.

Para distinguir en qué actuaciones el Estado actúa desprovisto o no del *ius imperium* surgió la teoría del acto del Estado, que se relaciona con la naturaleza objetiva del tema, esto es, si debe sujetarse al Poder Judicial o al arbitraje. En ese caso se evalúan las funciones que el Estado puede desarrollar. Algunas son consideradas indelegables o esencialmente estatales, como las facultades regulatorias, la potestad tributaria o el manejo cambiario y monetario. En estos casos, el Estado actúa con *ius imperium*, por lo que se alega que no es posible que el Estado renuncie a su facultad exclusiva, sometiéndose a un Tribunal extranjero o a la decisión de un sistema arbitral. Por el contrario, cuando el Estado celebra acuerdos con particulares, dentro de los alcances de la LCAE, dicho contratos constituyen actos de gestión o actos *ius gestionis*⁽³²⁾.

En ese sentido, nos queda claro que un acto administrativo constituye un acto de *ius imperium*, toda vez que según el numeral 1.1 del artículo 1 de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, son actos administrativos las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.

Ello se ve sustentado, a su vez, en lo dispuesto por el artículo 148 de la Constitución Política del Perú de 1993 y el artículo 218 de la Ley N° 27444, los cuales establecen que los actos administrativos que ago-

(31) Artículo 41 de la LCAE.- Los contratos regulados por la presente Ley incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:(...)b)Solución de controversias: Toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato deberá resolverse mediante conciliación o arbitraje. En caso que no se incluya la cláusula correspondiente, se entenderá incorporada de pleno derecho la cláusula modelo que establezca el Reglamento (...).

(32) BULLARD GONZÁLEZ, “Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos”, cit., pp. 175-176.

tan la vía administrativa podrán ser impugnados ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso-administrativo; razón por la que sería una materia que no podría ser revisable en sede arbitral, siendo que, en todo caso, su impugnación sólo puede hacerse ante el Poder Judicial.

Sin embargo, lo que no podemos comprender es que la solución a determinadas controversias entre el Estado y los particulares, surgidas en la etapa de ejecución contractual, no pueda efectuarse mediante la conciliación o el arbitraje. En efecto, el segundo párrafo del literal b) del artículo 41 de la LCAE establece que la conciliación y el arbitraje no resultan aplicables a las controversias surgidas en la ejecución de adicionales de obra, metrados no previstos contractualmente y mayores prestaciones de supervisión, respecto de las cuales la Contraloría General de la República ejerce el control previo y serán resueltas por ésta de acuerdo a los procedimientos establecidos por el Organismo Supervisor de Control para el efecto.

Según el artículo 82 de la Constitución Política del Perú de 1993, la Contraloría General de la República es el órgano superior del sistema, que goza de autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera, según su Ley Orgánica. Su finalidad es supervisar la legalidad de la ejecución del presupuesto del Estado, las operaciones de la deuda pública y los actos de las instituciones sujetas a control. Sin embargo, lo dispuesto en el literal b) del artículo 41 de la LCAE implicaría que la Contraloría General de la República ejercería, a su vez, función jurisdiccional al ser la entidad dirimente de una controversia, lo cual consideramos que resulta totalmente inadecuado y erróneo desde todo punto de vista técnico y jurídico.

A efectos de poder ejercer dicho control, el artículo 23 de la Ley N° 27785 –Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República– señala que las decisiones que emita la Contraloría, en el ejercicio de las atribuciones de autorización previa a la ejecución y pago de presupuestos adicionales de obra y a la aprobación de mayores gastos de supervisión, no podrán ser objeto de arbitraje, acorde con lo dispuesto por el numeral 4) del artículo 1 de la LGA.

Asimismo, tampoco se podrá someter a arbitraje las controversias que versan sobre materias comprendidas en los alcances de las atribuciones previstas en el literal k) del artículo 22 de la Ley N° 27785, las

que no pueden ser sustraídas al pronunciamiento que compete a la Contraloría General de la República. El literal k) del artículo 22 de la Ley N° 27785 establece que constituye una atribución de la Contraloría General de la República otorgar autorización previa a la ejecución y al pago de los presupuestos adicionales de obra pública, y de las mayores prestaciones de supervisión en los casos distintos a los adicionales de obras, cuyos montos excedan a los previstos en la LCAE y su Reglamento, cualquiera que sea la fuente de financiamiento.

Como se puede observar, las normas acotadas otorgan una facultad a la Contraloría General de la República que resulta inconsistente con los fines para los cuales fue creada, esto es, como un órgano de control, no como un órgano jurisdiccional. Ello nos permite concluir que tales normas de rango legal atribuyen de manera inconstitucional jurisdicción a la Contraloría General de la República, siendo que dicha función es incompatible con sus fines.

Sin ingresar a efectuar el análisis comentado, otros autores han detectado que tales atribuciones de la Contraloría General de la República no deberían implicar el ejercicio de alguna atribución o función de imperio del Estado, esto es, de un acto de *ius imperium*. En ese sentido, Alfredo Bullard⁽³³⁾, al citar a Fernando Cantuarias, comenta que tales normas están dirigidas a evitar que la discusión de adicionales de obra en contratos de obra pública pudieran ser resueltos en la vía arbitral, por considerarse que el tema era de competencia exclusiva de la Contraloría General de la República. En ese sentido, la Contraloría pretende que dejar el tema a los árbitros significa renunciar a su potestad pública de velar por el uso de los fondos públicos. Pero con tal argumento nunca serían arbitrables los temas del Estado porque siempre se involucran fondos del fisco.

De otro lado, Alexander Campos⁽³⁴⁾ ha señalado que la ampliación de las facultades de la Contraloría en la aprobación de los adiciona-

(33) *Ibidem*, p. 188.

(34) CAMPOS MEDINA, Alexander, "Limitación de resolver mediante arbitraje obras adicionales y mayores prestaciones en contratos de obra pública: ¿Prohibición de arbitrar o licencia para incumplir?". Lectura publicada en la página web del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

les de obra ocurrida en los últimos años es ineficiente y además ilegal. Señala él que es ineficiente porque termina generando más problemas que soluciones e ilegal porque infringe los límites que la propia ley ha establecido para sus atribuciones, llegando al extremo de intentar modificar los derechos del contratista nacidos de un contrato válido.

Por tanto, no constituye una solución viable prohibir el arbitraje, pues esto traslada indebidamente al contratista todas las consecuencias de una eventual denegatoria, pues no es él quien causó la necesidad del adicional de obra y tampoco fue responsable de su tramitación ante la Contraloría. Esto significaría otorgar a las entidades una licencia para ser negligente y para incumplir sus contratos.

7. CONCLUSIONES

Conforme hemos señalado, si bien resulta difícil determinar con exactitud que constituye derecho público y qué derecho privado, sí podemos señalar cuáles son las materias que no son objeto del derecho público, esto es, todo recurso que el mercado puede proveer y que las partes pueden asignar, mediante acuerdos, a sus usos más eficientes, vale decir, todo aquello que puede ser objeto de relaciones contractuales de derecho privado no es derecho público y, por ende, su regulación no resulta ser un acto de *ius imperium*.

En ese sentido, a efectos de que las entidades del Estado no se vean, en un eventual escenario, desabastecidas, debido al temor de los particulares en contratar con tales entidades producto de reglas que las privilegian, como una suerte de cláusulas exorbitantes, toda controversia que se susciten en la etapa de ejecución contractual debe ser sometida a conciliación o arbitraje, pero no a la función de control de la Contraloría General de la República, quien inconstitucionalmente estaría usurpando funciones jurisdiccionales.

A manera de conclusión final podemos señalar que, en tanto el Estado que demanda bienes y servicios se encuentra necesitado de los mismos, los oferentes de tales bienes o servicios también se encuentran necesitados de reglas distintas a las impuestas por el ordenamiento vigente. Por lo tanto, cuando los particulares pretenden que todas sus controversias con entidades estatales, surgidas en un contrato regido

por la LCAE y su Reglamento, sean resueltas mediante conciliación o arbitraje, como sucede en las controversias entre particulares, lo que están deseando es a la mujer de su prójimo. Por ello, desear a la mujer del prójimo (reglas equitativas) no es malo, lo malo es desearla y que Dios (el Estado) no permita compartirla. ▲

 FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY (*)

Representación o asesoría de abogados foráneos en arbitrajes en América Latina

SUMARIO: 1. La experiencia en el mundo, salvo América Latina. 2. La experiencia en América Latina. 3. A modo de conclusión.

Cuando dos o más partes de un contrato internacional negocian una cláusula referida a la jurisdicción estatal que estará a cargo de resolver sus disputas, uno de los principales problemas a enfrentar es el natural sentimiento de clara desventaja de la parte que acepte dirimir las controversias ante el Poder Judicial de la otra parte. Esto se debe a que la parte que no juegue en su “cancha” probablemente tendrá que litigar en otro idioma, bajo reglas de procedimiento desconocidas y asesorada por abogados locales⁽¹⁾. Además, el “visitante”, con o sin razón, tiene

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

(1) EHRENHAFT, Peter D., “Effective International Commercial Arbitration”, in: *Law and Policy in International Business*, Vol. 9, N° 4, 1977, p. 1193. “The burdens of litigation will be increased for one party when, as in most cases, the chosen forum is the place of business of the opposing party. The foreign litigant will be at a disadvantage because court proceedings are almost conducted in the forum country’s language... In addition, the foreign party probably will be faced with the onerous task of seeking local counsel to conduct its litigation (...)”. BORN, Gary B., “Forum selection versus Arbitration”, in: *International Commercial Litigation*, Vol. 39, 1999, p. 30. “(...) national courts inevitably apply local procedural rules to international disputes, which may be ill-suited for parties from different legal traditions and regions of the globe”.

todo el derecho a esperar que los jueces estatales discriminarán en favor de su nacional⁽²⁾.

Ante esta situación, la alternativa que tienen las partes es la de acordar un arbitraje⁽³⁾.

Como bien señala Cremades Sanz-Pastor⁽⁴⁾, “(...) en la mayor generalidad de los casos, las partes (...) van a un arbitraje comercial internacional (...) para obtener (...) neutralidad.

Neutralidad, no en el sentido de que el juzgador sea imparcial: esta imparcialidad también la encuentran ante la jurisdicción nacional. Neutralidad, en el sentido de igualdad de las partes ante el juzgador.

Efectivamente, una parte está siempre favorecida ante su juez nacional, por muy imparcial que sea éste. En efecto, para ganar un procedimiento se requiere demostrar que se tiene razón, y en esta demostración, la comunicación juega un papel importante.

Una parte puede comunicar mucho mejor ante un juez nacional que ante un juez extranjero: existen una serie de razonamientos, una

(2) CREMADES, Bernardo M., *Estudios sobre arbitraje*, Marcial Pons, Madrid, 1977, p. 116. “(...) los jueces estatales no son neutros— en el más puro sentido internacional de la palabra—para la decisión de conflictos internacionales en los que se encuentren en juego intereses de su propio país”.

(3) PARK, William W., “Finality and Fairness in Tax Arbitration”, en: *Journal of International Arbitration*, Vol. 11, N° 2, 1994, p. 20. “(...) the principal raison d’être of international commercial arbitration has long been the enhancement of political and procedural neutrality... When a company in Boston concludes a joint venture with an Algerian State agency, neither party wants to end up litigating in the other side’s home court”.

(4) CREMADES SANZ-PASTOR, Juan A., “La neutralidad en el arbitraje: la lengua, el lugar y la ley aplicable al Arbitraje”, en: *Estudios sobre Arbitraje Comercial Internacional*, 2ª ed., Centro de Estudios Comerciales (CECO), 1983, p. 46. CRAIG, W. Laurence, “Trends and Developments in the Laws and Practice of International Commercial Arbitration”, in: *Coudert Brothers Worldwide*, www.coudert.com/practice/intcom.htm, p. 1. “(...) while speed, informality, and economy have had some influence on the growth of international commercial arbitration, the essential driving force has been the desire of each party to avoid having its case determined in a foreign judicial forum. Parties seek to avoid these forums for fear that they will be at a disadvantage due to unfamiliarity with the jurisdiction’s language and procedures, preferences of the judge, and possibly, even national bias”.

identidad de puntos de vista, una similitud de raciocinio jurídico que hacen que una parte sintonice mucho más fácilmente con su juez nacional que con un juez extranjero”.

En otras palabras, y como bien explica Cremades⁽⁵⁾, el “(...) arbitraje comercial internacional permite la solución de los conflictos en un marco y espíritu de neutralidad, bien sea político, económico, cultural, sociológico (...) El arbitraje permite una solución dictada, no con arreglo a los valores entendidos en una concreta determinada comunidad nacional, sino con arreglo a los diarios criterios de los hombres de negocios en cuya ambientación se celebró y debió ejecutarse un compromiso contractual”.

Como explica Werner⁽⁶⁾, la creciente internacionalización del comercio lleva aparejada la posibilidad de que el arbitraje se pueda desarrollar en muchos Estados, cuya sede será definida en base a consideraciones tales como la neutralidad, la conveniencia geográfica, los costos, los servicios que se proveen, el marco legal aplicable al arbitraje⁽⁷⁾, etc.

(5) CREMADES, Bernardo M., *Estudios sobre arbitraje*, cit., p. 116. CALVO CARAVACA, Alfredo y FERNÁNDEZ DE GÁNDARA, Luis, *El arbitraje comercial internacional*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 39. “Se dice que éste (el tribunal arbitral) es perfectamente neutral, ya que no administra justicia en nombre de ningún Estado, su nombramiento y poderes proceden del acuerdo arbitral, y su imparcialidad se encuentra garantizada, si se adoptan ciertas precauciones, por ejemplo en cuanto a la nacionalidad de los árbitros, el ordenamiento que deben aplicar o la sede en que deben actuar”.

(6) WERNER, Jacques, “Should the New York Convention be revised to provide for Court intervention in Arbitral Proceedings?”, en: *Journal of International Arbitration*, Vol. 6, N° 3, 1989, p. 117.

(7) BOWMAN, John P., “The Panama Convention and its implementation under the Federal Arbitration Act”, en: *The American Review of International Arbitration*, Vol. 11, 2000, pp. 95-96. “According to the respected authority on international commercial arbitration and, in particular, the New York Convention, Professor van den Berg, the characteristics of an adequate national legislation on arbitration can be summarized as follows:

1. The validity and ability to enforce an agreement to submit a future dispute to arbitration;
2. The power of the national courts to name one or more arbitrators when the parties are unable to agree on this point (or when a party refuses to cooperate in accordance with the nomination procedure);
3. Recognition of the freedom of the parties to regulate arbitral procedure as they believe appropriate;

En este escenario de libertad para la identificación de la sede del arbitraje, se afirma que una de las ventajas que las partes esperan encontrar en la sede que se elija para arbitrar una controversia, es que se permita que las partes libremente elijan a los asesores legales que los representarán, a diferencia de lo que suele exigirse en sede judicial, en la que generalmente debe tratarse de un abogado que esté calificado para ejercer localmente⁽⁸⁾.

En efecto, ¿se imaginan a dos extranjeros que buscando neutralidad deciden arbitrar en otro país, pero que al hacerlo se encuentran con la obligación impuesta por la ley local de que tienen necesariamente que ser representados por abogados locales, aun cuando no exista otro vínculo con la sede del arbitraje que la decisión soberana de las partes de haber decidido arbitrar en ese lugar en vez que en cualquier otro sitio?

-
4. Enforcement of the award by means of a summary procedure;
 5. An action to vacate the arbitral award for the reasons set forth in the law;
 6. Limitation of the grounds for vacatur and exclusion of review of the merits of the arbitral award by the court”.

(8) CRAIG, Laurence, PARK, William & PAULSSON, Jan, *International Chamber of Commercial Arbitration*, 2ª ed., ICC Publications, París, 1990, pp. 277-278. “One of the most obvious advantages of international arbitration is the freedom it gives to select counsel of their own choice irrespective of where the dispute is heard. Parties may thus choose counsel on the basis of any number of reasons –such as his pre-existing knowledge of the file, or because he is an arbitration specialist– even though he may have little or no connection with the place of arbitration itself.

This freedom of choice may be contrasted with the position of parties litigating before courts, who are usually bound (by virtue of rules of court or other domestic legislation), to engage only lawyers qualified to practice in that particular jurisdiction”. LOWENFELD, Andreas F., “Singapore and the Local Bar: Aberration or Ill Omen?”, en: *Journal of International Arbitration*, Vol. 5, N° 3, 1988, p. 73. “In my experience, membership of the bar of the state where the arbitration takes place is purely coincidental. Parties choose their counsel based on long-time association, or special expertise in arbitration, or expertise in the industry involved in the controversy, or familiarity with the language or languages of the arbitration, not on the basis of the situs of the arbitration.

Indeed, freedom to choose one’s lawyers wherever the dispute is heard has long been regarded as one of the advantages of arbitration. It is also not uncommon, after the first session, to arrange to hold hearings or conferences at some other place, for the convenience of the parties, the arbitrators, the witnesses, or counsel; I have never heard anyone object that such a move would require change of counsel or inquiry into bar admissions”.

Es más, pensemos en una parte que es local mas no así la otra. Mientras la primera podrá someter un caso a arbitraje asesorada por abogados de su confianza, la otra (la extranjera) tendrá que designar abogados locales para su defensa.

En el primer ejemplo, ¿caso existe alguna justificación para obligar a dos extranjeros a tener que defender una causa arbitral con abogados locales?

En el segundo caso, ¿caso no se está violando el legítimo derecho de igualdad entre las partes?⁽⁹⁾

En ambos escenarios, no cabe duda de que si las partes no pueden estar representadas por abogados de su conveniencia, sean éstos locales o extranjeros, pues simplemente ellas acordarán arbitrar en otro lugar más amigable⁽¹⁰⁾.

Así, este tipo de prohibición lo único que hace es perjudicar gravemente al foro como potencial sede de arbitrajes⁽¹¹⁾ y, con ello, a la

⁽⁹⁾ VÁRADY, Tibor; BARCELÓ, John J., III & T. VON MEHREN, Arthur, *International Commercial Arbitration*, West Group, Minnesota, 1999, p. 475. Los autores citan a Michael Polkinghorne, quien afirma correctamente sobre este particular, lo siguiente: "(...) if the law of any venue of an international arbitration are interpreted to preclude the participation of one party's habitual legal adviser, it may not only result in severe unfairness in the particular case, as well as naturally causing that lawyer (and others) to oppose arbitration in that venue".

⁽¹⁰⁾ BORN, Gary B., *International Commercial Arbitration in the United States*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventon & Boston, 1994, p. 86. "Under most developed legal systems, parties may be represented at arbitral hearings by counsel of their choice. A small number of countries (...) require that any arbitration on their territory be conducted by members of the local bar, which has had the predictable chilling effect on the bringing of international arbitrations in those jurisdictions".

⁽¹¹⁾ HERRMANN, Gerold, "Does the World Need Additional Uniform Legislation on Arbitration?", in: *Arbitration International*, Vol. 15, N° 3, 1999, p. 225. "When advising legislators I have often encountered great sympathies for such prohibition, motivated, of course, by the desire to protect the interest of the local bar. What a superficial reasoning, apart from its being anathema to true international arbitration! The prohibition simply leads foreign users to take their arbitrations elsewhere unless commercial necessity requires otherwise. A rule permitting foreign representation, at least in cases involving foreign law, attracts international arbitrations and may well lead to retaining at least one local counsel; it thus serves local bar interests clearly better than a prohibition".

larga, el perjuicio es manifiesto en los miembros del colegio de abogados que, se supone, se pretende proteger⁽¹²⁾.

En efecto, en el ámbito internacional destaca el hasta hoy famoso caso Builders Federal (Hong Kong) Ltd and Josef Gartner & Co. vs. Turner (East Asia) Pte. Ltd., resuelto por la Corte Suprema de Singapur en el año de 1988⁽¹³⁾.

Como destaca Lowenfeld⁽¹⁴⁾, las partes, una empresa constructora de Hong Kong y la otra una empresa subconstructora alemana⁽¹⁵⁾, recurrieron a la vía arbitral con sede en Singapur, debido a que no pudieron resolver sus divergencias surgidas de la cancelación de una obra en ese país.

Iniciado el arbitraje, los demandantes presentaron la demanda autorizada por dos abogados de un bufete de Nueva York. Ante esta situación, el demandado inició un proceso judicial a efectos de evitar la participación de estos abogados que no habían sido admitidos individualmente para ejercer la abogacía en Singapur, lo que fue amparado por la Corte Suprema de ese país⁽¹⁶⁾, aun cuando esta autoridad fue plenamente consciente de los efectos perniciosos que tendría esa decisión (como de hecho los tuvo) en la consolidación de Singapur como una sede atractiva para la práctica del arbitraje⁽¹⁷⁾.

(12) CRAIG, W. Laurence, PARK, William W. & PAULSSON, Jan, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3ª ed., Oceana Publications/ICC Publishing, 2000, pp. 308-309. "(...) it is not in the long term interest of local lawyers or local bar associations to seek to limit or exclude the appearance of foreign counsel. There is no point in having a monopoly of non-existent business".

(13) El fallo judicial se ubica en: *Journal of International Arbitration*, Vol. 5, N° 3, 1988, pp. 139 y ss.

(14) LOWENFELD, "Singapore and the Local Bar: Aberration or Ill Omen?", cit., pp. 71-72.

(15) WERNER, "Should the New York Convention be revised to provide for Court intervention in Arbitral Proceedings?", cit., p. 117.

(16) POLKINGHORNE, Michael, "More Changes in Singapore: Appearance Rights of Foreign Counsel", en: *Journal of International Arbitration*, Vol. 22, N° 1, 2005, p. 74.

(17) LOWENFELD, "Singapore and the Local Bar: Aberration or Ill Omen?", cit., p. 72. "The High Court acknowledged that its decision might undermine the attractiveness of Singapore as an arbitral center, but implied that such considerations were for the legislature".

Como explican Craig, Park & Paulsson⁽¹⁸⁾, esta decisión claramente afectó a Singapur como sede de arbitrajes, inhibiendo el posible crecimiento de la práctica arbitral en este país, aun cuando su poder legislativo actuó con alguna rapidez modificando en marzo de 1992 la “Profession Act”, a efectos de permitir que abogados extranjeros pudieran representar a clientes en arbitrajes, siempre y cuando la ley aplicable al fondo de la controversia no fuera la de ese país, en cuyo caso la representación tendría que darse conjuntamente con un abogado local⁽¹⁹⁾.

Sin embargo, como esta modificación no fue suficiente para incentivar el regreso de arbitrajes a este foro, en junio de 2004 se eliminó esta última restricción, y ahora, como corresponde a todo foro que se precie de ser amigable a la práctica del arbitraje, la única limitación es que un abogado foráneo no puede representar a un cliente ante una corte local⁽²⁰⁾.

Experiencias pues, como la de Singapur, demuestran lo sensible que son los mercados a restricciones como la que es materia de este trabajo⁽²¹⁾

(18) CRAIG, PARK & PAULSSON, *International Chamber of Commercial Arbitration*, cit., 2ª ed., p. 282. “Decisions such as the Turner case would clearly tend to lead contracting parties to look to other venues to include in arbitration clauses, and hence to inhibit any possible growth of the country in question as an arbitration center”.

(19) BOO, Lawrence, “The Conduct of Arbitration in Singapore”, en: *American Bar Association, Section on International Law and Practice*, International Commercial Arbitration Committee, Newsletter, Vol. 2, 1995, p. 18. “There is no restriction against foreign lawyers appearing in arbitrations in Singapore. However, in the event that Singapore law is the substantive law governing the dispute, a Singapore advocate must also jointly appear (...) As in other jurisdictions, however, foreign lawyers who are not admitted to practice in Singapore have no right of audience in the Singapore courts”. CRAIG, PARK & PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, cit., p. 308. “[Singapur] enacted the March 1992 amendment to the Legal Profession Act. Parties may now be represented by any person of their choice and representatives need not be lawyers. However, the 1992 reform states that if issues in dispute involve Singapore law, foreign lawyers appearing at the arbitration hearing must do so jointly with a Singapore lawyer”.

(20) POLKINGHORNE, “More Changes in Singapore: Appearance Rights of Foreign Counsel”, cit., p. 75. “The only remaining restriction is that foreign lawyers cannot appear in local courts”. Leer además a: Michael HWANG, Lawrence G.S. BOO y Amy LAI, “Singapore”, en: www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/home/ipn/print.asp?print=1&tipn=25802, p. 12.

(21) EASTMAN, Richard A., “Commercial Arbitration –representation by foreign counsel – illegal practice of law in California”, en: *The American Journal of International Law*,

que, como comprobaremos seguidamente, no es aceptada por la gran mayoría de los Estados que desean promover la práctica del arbitraje dentro de sus respectivas fronteras.

1. LA EXPERIENCIA EN EL MUNDO, SALVO AMÉRICA LATINA

Polkinghorne⁽²²⁾ afirma que con muy pocas excepciones, en general se acepta el derecho de las partes en un arbitraje internacional a poder ser representadas por los asesores legales que consideren pertinente⁽²³⁾.

Vol. 94, N° 2, 2000, pp. 400-403, comenta el caso *Birbrower, Montalbano, Condon & Frank vs. Superior Court* (17 Cal. 4th 119, 70 Cal Rptr. 2d 304) en el que la Corte Suprema de California dispuso en 1998 que "(...) acting as a representative of a party to an arbitration in California is restricted to lawyers admitted to practice in the state". Si bien como afirman CRAIG, PARK & PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, cit., 3ª ed., p. 310, esta lamentable decisión "concerning unlicensed practice in California was never applicable to international arbitration (...) the California legislature enacted legislative Bill AB 2086 of 28 September 1998 which contains provisions permitting attorneys from 'any other state' to appear in domestic arbitrations (thus preserving for domestic arbitration the freedom of choice of counsel already guaranteed in international arbitration)".

(22) Citado por VÁRADY, BARCELÓ, III & VON MEHREN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 471. "With exceedingly insignificant exceptions... the whole world has accepted the right for parties in international arbitrations to be represented by advocates without subjecting them to any formal or material requirements as to their competence (...)". CRAIG, PARK & PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, cit., 3ª ed., p. 304. "With few exceptions it is accepted, and appears to be true at present in almost all the major international arbitration centers, that a foreign lawyer may represent his client in international arbitration without infringing on any local mandatory law at the place of arbitration concerning the practice of law".

(23) BORN, Gary B., *International Commercial Arbitration: Commentary and Materials*, 2ª ed., Kluwer Law International, La Haya, 2001, p. 514. "In many developed jurisdictions, national law imposes no (or virtually no) limitations on the identities of persons that may serve as a parties' representative in an international arbitration conducted on national territory. That is true in the United States, as well as most European and many Middle Eastern jurisdictions. In a few countries, the freedom of parties to select their legal representatives in international arbitration is ensured by statute.

Nonetheless, a number of countries impose (or have imposed) limitations on the identities of legal representatives permitted to appear in arbitrations (including international arbitrations) conducted on national territory. Most frequently, these limitations require that legal representatives be admitted to the local bar association in the arbitral situs".

En ese sentido, Craig, Park & Paulsson afirman que ellos no conocen país en Europa, especialmente entre aquellos que son frecuentemente elegidos como sede de arbitrajes, que exijan a las partes la contratación de un asesor legal local⁽²⁴⁾. Así, por ejemplo, identifican que en Francia la Corte de Casaciones ha dispuesto expresamente que el monopolio del ejercicio legal por parte de los abogados registrados ante los colegios de abogados franceses no se extiende a los tribunales arbitrales con sede en ese país⁽²⁵⁾. Lo mismo sucede en Inglaterra, cuyo artículo 36 de la Ley de Arbitraje de 1996 garantiza la libertad de las partes de designar a sus asesores legales⁽²⁶⁾.

Ese también es el caso de Alemania⁽²⁷⁾ y Suiza⁽²⁸⁾.

(24) CRAIG, PARK & PAULSSON, *International Chamber of Commercial Arbitration*, cit., p. 278. “The authors know of no country in Europe, especially among those most frequently chosen as the seats of international arbitration, where it is considered imperative that parties to ICC arbitrations use local counsel”.

(25) *Ibidem*, p. 280. “(...) the Paris Cour of Cassation has expressly stated that the monopoly of the French bar did not extend to arbitral tribunals sitting in France”. El caso a que se refieren los autores es el fallo resuelto por la Corte de Casaciones el 19 de junio de 1979, en los seguidos por S.A.R.L. Primor v. Société d’exploitation industrielle de B  taigne. DERAIS, Yves y GOODMAN-EVERARD, Rosabel E., “France”, en: www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/home/ipn/print.asp?print=1&ipn=12065, p. 12. “There is no requirement for arbitrations in France that a party must retain a member of the French Bar (Avocat)”.

(26) CRAIG, PARK & PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, cit., p. 306. “In English and Wales (...) there are no restrictions on appearance before arbitral tribunals (...) Freedom of representation is guaranteed by section 36 of the 1996 Arbitration Act (...)”. BLACKABY, Nigel y SPINILLO, Alessandro, “La nueva legislación sobre arbitraje de Inglaterra”, en: *LexisNexis Jurisprudencia Argentina*, 1998, JA 1998-IV-831, p. 6. “La sección 36 dispone que las partes de un arbitraje pueden estar representadas por un abogado u otra persona escogida por ellas.

Debe destacarse que cualquier abogado extranjero puede representar a las partes en procesos arbitrales con sede en Inglaterra. No hay ninguna restricción al respecto”.

(27) KR  LL, Stefan, “Germany”, en: www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/home/ipn/print.asp?print=1&ipn=27188, p. 14. “There is no requirement that counsel be admitted to the local bar. Therefore, foreign lawyers can represent parties as well as German counsel”. B  CKSTIEGEL, Karl-Heinz, “Germany”, en: www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/home/ipn/print.asp?Print=1&ipn=12087, p. 10. “There is no requirement that the counsel be admitted to the local bar. Therefore, foreign counsels can represent parties as well as German counsels”.

(28) BRINER, Robert, “Switzerland”, en: www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/home/ipn/print.asp?print=1&ipn=12602, p. 10. “As a general rule, representatives (including lawyers) identify themselves by submitting a power of attorney. The representative of a party in arbitral proceedings does not need to be a lawyer or a national or resident of

En Australia, gracias a una modificación a la Ley de Arbitraje realizada en el año de 1989⁽²⁹⁾, de Fina⁽³⁰⁾ identifica que las partes pueden estar representadas libremente por abogados locales y extranjeros. La misma situación se presenta en Nueva Zelanda⁽³¹⁾.

En el Japón, desde el año de 1996 gracias a la modificatoria de diversas disposiciones legales⁽³²⁾, se autoriza la participación de abogados extranjeros en arbitrajes internacionales⁽³³⁾.

Switzerland. Foreign lawyers may represent parties before arbitral tribunals in Switzerland without having to be admitted to a local Swiss bar”.

- (29) CRAIG, PARK & PAULSSON, *International Chamber of Commercial Arbitration*, cit., 2a ed., p. 278. “(...) the Australian International Arbitration Amendment Act (1989) provides a clear example of the acceptance of the opendoor principle”. Artículo 29(b) (3): “A party may appear in person before an arbitral tribunal and may be represented: (...) (b) by a duly qualified legal practitioner from any legal jurisdiction of that party’s choice (...) (3) A legal practitioner (...) while acting on behalf of a party to an arbitral proceeding (...) shall not thereby be taken to have breached any law regulating admission to, or the practice of, the profession of the law within the legal jurisdiction in which the arbitral proceedings are conducted”. Leer además a: PRYLES, Michael C., “Australia”, en: www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/home/ipn/print.asp?print=1&ipn=25605, p. 9.
- (30) DE FINA, A. A., “International Commercial Arbitration in Australia”, en: *American Bar Association*, Section on International Law and Practice, International Commercial Arbitration Committee, Newsletter, 1995, Vol. 3, p. 12. “Parties may be represented by any person of their choice, whether local or foreign counsel or otherwise. There is no requirement to retain local counsel. However, this is commonly done”.
- (31) POLKINGHORNE, Michael, “More Changes in Singapore: Appearance Rights of Foreign Counsel”, cit., p. 76.
- (32) VÁRADY, BARCELÓ, VON MEHREN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 479. “In June 1996, the Japanese Diet passed new legislation which clarified the issue of representation by foreign counsel in arbitration proceedings. According to the new amendments of the Act on Attorneys and of the Act of Special Measures for the Handling of Legal Matters by Foreign Attorneys, ‘non-bengoshies’ are now clearly allowed to represent clients before arbitration tribunals”. EASTMAN, Richard A., “Commercial Arbitration –representation by foreign counsel– illegal practice of law in California”, cit., p. 405, identifica que “[the] Special Measures Law Concerning the Handling of Legal Business by Foreign Lawyers, Law N.º 66 of 1986, Artículo 2(11), as amended by Law N.º 65 of 1996 (Japan) (any lawyer admitted anywhere can act as an advocate on behalf of clients in international arbitrations in Japan; there is no requirement for the association of local counsel even when Japanese law applies)”.
- (33) CRAIG, PARK & PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, cit., 3ª ed., p. 305. “Law N.º 65 (1996). According to the Japan Commercial Arbitration Association: By this amendment, a foreign lawyer practicing outside of Japan may represent a party to the proceedings of an arbitration case in regard to civil affairs where

En Hong Kong, Polkinghorne⁽³⁴⁾ explica que desde la década de 1990s, la legislación aplicable al ejercicio profesional del abogado no se aplica al arbitraje⁽³⁵⁾.

Lo mismo sucede en British Columbia (Canadá),⁽³⁶⁾ Taiwán⁽³⁷⁾ y Corea del Sur.⁽³⁸⁾

the place of arbitration is located in Japan and all or some of the parties have domicile (jusho) or principal place of business in a foreign country”. Leer además a: CARBONNEAU, Thomas E., “The Exercise of Contract Freedom in the Making of Arbitration Agreements”, en: *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 36, 2003, p. 1228.

- (34) POLKINGHORNE, “More Changes in Singapore: Appearance Rights of Foreign Counsel”, cit., p. 76. “Hong Kong was the first Asian territory to adopt the UNCITRAL Model Law. In addition, Hong Kong’s equivalent of Singapore’s Legal Profession Act, the Legal Practitioners Ordinance, has stated since the 1990s that all local law requirements as to qualifications do not apply to arbitration”. CRAIG, PARK & PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, cit., 3a ed., p. 306. “In Hong Kong, the Arbitration Ordinance (...) explicitly recognizes the principle of free choice of counsel (...)”.
- (35) En el caso de China continental, HARPOLE, Sally A., “A Practical Approach to the Conduct of International Arbitration in the People’s Republic of China”, en: *American Bar Association, Section on International Law and Practice, International Commercial Arbitration Committee, Newsletter*, 1995, Vol. 2, p. 6, explica que “China has no restriction against foreign counsel participating in an arbitration. Both Chinese and foreign parties may have counsel speak on their behalf at an arbitration hearing, as well as make submissions relating the matters in dispute”. Sin embargo, CARBONNEAU, “The Exercise of Contract Freedom in the Making of Arbitration Agreements”, cit., p. 1227, identifica la State Council Regulation on Foreign Law Firms, en efecto desde el 1 de enero de 2002, que: “(...) it allows these firms to engage in a restricted form of consulting. It does not appear that a U.S. party involved in a CIETAC arbitral proceeding could hire a U.S. or other foreign law firm with a representative office in China to provide it with legal representation before the arbitral tribunal. Such a proceeding probably constitutes ‘Chinese affairs’. The U.S. law firm could only secure the services of a Chinese law firm for its client and play a role behind the scenes”.
- (36) OKAZAKI, Abraham R., “Arbitration in British Columbia, Canada”, en: *American Bar Association, Section on International Law and Practice, International Commercial Arbitration Committee, Newsletter*, 1995, Vol. 3, p. 15. “Foreign counsel who appear at arbitration proceedings are exempt from the provisions of the Legal Profession Act that require all practicing lawyers in British Columbia to be members of the Law Society of British Columbia. Foreign counsels are not required to retain local counsel as well”.
- (37) LIN, Victoria S. Y., “Arbitral Proceedings under Taiwan Laws”, en: *American Bar Association, Section on International Law and Practice, International Commercial Arbitration Committee, Newsletter*, 1995, Vol. 2, p. 22. “Although a person who represents a party in litigation without obtaining a license to practice Taiwan law is subject to prosecution under Article 48 of the Lawyer Law, that Statute does not prohibit anyone from representing a party in arbitration case”.
- (38) HEE LEE, Tae, “Arbitration in the Republic of Korea”, en: *American Bar Association, Section on International Law and Practice, International Commercial Arbitration*

También en Malasia la Corte Suprema en el caso Zublin Muhibbah Joint Venture *vs.* Government of Malaysia interpretó en el año 1990 la “Malaysian Legal Profession Act”, en el sentido que no resultaba aplicable al arbitraje⁽³⁹⁾.

Por último, en Tailandia los abogados extranjeros están prohibidos de asesorar, cuando la ley sustantiva aplicable al caso sea la ley tailandesa⁽⁴⁰⁾.

2. LA EXPERIENCIA EN AMÉRICA LATINA

Aunque fuera del ámbito estricto de nuestro interés, Craig, Park & Paulsson⁽⁴¹⁾ identifican que una Corte de Barbados ha aceptado el derecho de las partes para estar representadas por abogados extranjeros.

Committee, Newsletter, 1995, Vol. 2, p. 12. “According to the Lawyers Act of Korea, it is unlawful for a person who is not licensed as a lawyer to perform legal services on behalf of others. However, the Arbitration Act and the XCAB entitle each party to be represented by legal counsel or persons who are recognized as equivalent thereto. Although there are no decisions or legal commentary available, it appears that the Arbitration Act constitutes an exception to the general rule stated in the Lawyers Act”. POLKINGHORNE, “More Changes in Singapore: Appearance Rights of Foreign Counsel”, cit., p. 77. “South Korea (...) appears to have no restrictions regarding representation by foreign lawyers in arbitration proceedings (...)”.

(39) POLKINGHORNE, “More Changes in Singapore: Appearance Rights of Foreign Counsel”, cit., p. 76. La Corte razonó que no resultaba aplicable la “Malaysian Legal Profession Act”, “because arbitration involves a private tribunal and ‘not a Court of Justice in Malaysia as envisaged by the Legal Profession Act’”. Sobre este particular, leer además a: LIM, P. G., “Malaysia (2006)”, en: www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/home/ipn/print.asp?print=1&ipn=26991, p. 8.

(40) CRAIG, PARK & PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, cit., 3^a ed., p. 305. “In Thailand it is still unclear whether national legislation prohibiting foreign nationals from providing legal services or services in connection with legal disputes in Thailand applies to arbitration”. POLKINGHORNE, “More Changes in Singapore: Appearance Rights of Foreign Counsel”, cit., p. 77. “[I]n Thailand (...) foreign lawyers appearing as counsel are still restricted to cases where the substantive law is not Thai law and/or the award will not be enforced in Thailand”.

(41) CRAIG, PARK & PAULSSON, *International Chamber of Commercial Arbitration*, cit., 2^a ed., p. 280. “Similarly, the High Court of Barbados has held that a party may use foreign counsel in arbitrations without breaching the qualification requirements imposed by that forum’s Legal Profession Act”.

Por su parte, Kargun y Elkinson⁽⁴²⁾ hacen saber que el artículo 37 de la Ley de Conciliación y Arbitraje Internacional de Bermuda⁽⁴³⁾, expresamente autoriza la participación de abogados extranjeros en arbitrajes internacionales en su jurisdicción.

La única Ley de Arbitraje de la región bajo estudio que expresamente habilita la asistencia o el patrocinio de abogados extranjeros, es la Ley General de Arbitraje peruana de 1996, cuyo segundo párrafo del

(42) KARGUN, Narinder K. y ELKINSON, Jeffrey P., “Bermuda”, en: www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/home/ipn/print.asp?print=1&ipn=11866, p. 12. “Sect. 37 of the 1993 Act provides that where, in accordance with the Model Law, the arbitral tribunal holds a hearing for the presentation of evidence or for oral argument, a party may appear before an arbitral tribunal and may be represented by himself, by a duly qualified legal practitioner from any legal jurisdiction of that party’s choice or by any other person of that party’s choice. It is further provided that a legal practitioner, while acting on behalf of a party to an arbitral proceeding, shall not thereby be taken to have breached any law regulating admission to or the practice of the profession of law in Bermuda (Sect. 37(3))”.

(43) “Article 37.- Representation in Proceedings.-

- (1) Where, in accordance with the Model Law, with the agreement of the parties or at the request of a party, as the case may be, the arbitral tribunal holds oral hearings for the presentation of evidence or for oral argument, or conducts proceedings on the basis of documents or other materials, the following provisions shall, without prejudice to the Model Law, apply.
- (2) A party may appear in person before an arbitral tribunal and may be represented:
 - (a) By himself;
 - (b) By a duly qualified legal practitioner from any legal jurisdiction of that party’s choice; or
 - (c) By any other person of that party’s choice.
- (3) A legal practitioner or a person, referred to in paragraphs respectively, while acting on behalf of a party to an arbitral proceeding to which this Part applies, including appearing before an arbitral tribunal, shall not thereby be taken to have breached any law regulating admission to, or the practice of, the profession of the law within Bermuda.
- (4) Where, subject to the agreement of the parties, an arbitral tribunal conducts proceedings on the basis of documents and other materials, such documents and materials may be prepared and submitted by any legal practitioner or person who would, under subsection (2), be entitled to appear before the tribunal, and, in such a case, subsection (3) shall apply with the same force and effect to such a legal practitioner or person”.

artículo 108, aplicable al Arbitraje Internacional⁽⁴⁴⁾, dispone lo siguiente: “Las partes tienen el derecho de ser asistidas por abogado en todo momento. El abogado podrá ser nacional o extranjero”⁽⁴⁵⁾.

En cambio, la legislación arbitral colombiana establece en el segundo párrafo del artículo 122 del Decreto 1818 de 1998, que “[c]uando se trate de arbitraje en derecho, las partes deberán comparecer al proceso arbitral por medio de abogado inscrito, a menos que se trate de asuntos exceptuados por la ley”.

(44) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, 2006, pp. 195-196. “Para saber cuál Sección de la LGA se aplicará a un arbitraje con sede en el Perú, habrá que apelar a lo dispuesto en el artículo 91 de la LGA. De conformidad con esta norma, un arbitraje con sede en el Perú será internacional, cuando al momento de la celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes (Ej. uno domicilia en el Perú y el otro en Colombia), o ambas partes domicilien en el mismo Estado pero fuera del Perú (Ej. ambos domicilian en Argentina) o ambas partes domicilien en el Perú, pero el cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones emanadas de la relación jurídica se ejecutará en otro Estado (Ej. dos empresas peruanas que ejecutarán una obra en Chile).

De esta manera, cuando un arbitraje con sede en el Perú se realice entre dos partes domiciliadas en más de un país (diversidad de domicilios) o entre dos partes domiciliadas en un mismo Estado pero distinto al Perú, o entre dos domiciliados en el Perú pero que el cumplimiento de una parte sustancial de la relación jurídica se ejecutará fuera del país, las normas aplicables a dicho arbitraje serán las contenidas en la Sección Segunda de la LGA.

En cambio, un arbitraje con sede en el Perú será Nacional y por tanto se le aplicarán las disposiciones de la Sección Primera de la LGA, cuando ambas partes domicilien en el Perú y el cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones emanadas de la relación jurídica se ejecutará en el país”. En este último caso (Arbitraje Nacional), entendemos que será de aplicación lo dispuesto por el artículo 285 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –Decreto Supremo 017-93-JUS, que exige que el patrocinante sea abogado inscrito en el Colegio de Abogados respectivo.

(45) OSTERLING PARODI, Felipe, “Peru”, en: *International Arbitration in Latin America*, Nigel Blackaby, David Lindsey y Alessandro Spinillo (Eds.), Kluwer Law International, La Haya, 2002, p. 209. “The participation of lawyers is optional. Foreign lawyers are expressly allowed to act as legal counsel in international arbitrations seated in Peru (Article 108(2) of the GLA)”. MONTROYA ALBERTI, Ulises, “Peru”, en: www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/home/ipn/default.asp?ipn=12612, p. 7, en: “The parties have the right to be assisted by an attorney. The law mentions that the attorney can be a Peruvian or a foreigner. It is not required that the attorney be admitted to a Peruvian Bar Association or practice in Peru (Art. 108)”.

Si bien Mantilla-Serrano⁽⁴⁶⁾ entiende que la obligación de que el patrocinio recaiga en “abogado inscrito” sólo debería ser aplicable al “arbitraje doméstico”, Monroy Cabra⁽⁴⁷⁾ es de la opinión, la cual compartimos, que en todos los casos el abogado tiene que ser un colombiano o un abogado extranjero habilitado para ejercer la profesión en ese país.

La misma situación entendemos que se presenta en Costa Rica⁽⁴⁸⁾, El Salvador⁽⁴⁹⁾, Honduras⁽⁵⁰⁾, Bolivia⁽⁵¹⁾ y Guatemala⁽⁵²⁾.

(46) MANTILLA-SERRANO, Fernando, “Colombia”, en: *International Arbitration in Latin America*, Nigel Blackaby, David Lindsey y Alessandro Spinillo (Eds.), Kluwer Law International, La Haya, 2002, p. 124. “When the arbitrators do not act as amiables compositeurs (ex aequo et bono), a lawyer must represent the parties unless the dispute qualifies as a ‘small claim’. Colombian law retains the expression ‘registered lawyer’, which entails the requirement of having been admitted to practice law in Colombia. Although this requirement may appear to be admitted to be an obstacle for foreign lawyers, this provision should be construed as applying to domestic arbitration only”.

(47) MONROY CABRA, Marco Gerardo, “Colombia”, en: www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/home/ipn/print.asp?print=1&ipn=11983, p. 5. “If the dispute must be decided according to the rules of law, the parties must be represented by an attorney. The attorney should be a Colombian or foreign lawyer with a license to practice law in Colombia”.

(48) Artículo 45 de la Ley sobre resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social, Ley N° 7727 de 1997: “Las partes deberán estar representadas o asesoradas por abogados, a quienes podrá otorgárseles un poder especial, en los mismos términos y condiciones que rigen para un poder especial judicial”.

(49) Artículo 48 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, Decreto 914-2002: “En los casos considerados de mayor cuantía las partes deberán actuar por conducto de un Abogado en el libre ejercicio de la profesión. En aquellos en que las pretensiones se tengan como de menor cuantía podrán actuar por sí mismas o valerse de un profesional del derecho en ejercicio, a su elección”.

(50) Artículo 53 de la Ley de Conciliación y Arbitraje, Decreto 161-2000: “En los casos considerados de mayor cuantía las partes deberán actuar por conducto de un profesional del derecho. En aquellos en que las pretensiones se tengan como de menor cuantía, podrán actuar por sí mismas o valerse de un profesional del derecho”.

(51) Artículo 38 de la Ley de Arbitraje y Conciliación 1770 de 1997: “Las partes actuarán directamente o a través de sus representantes. Igualmente, podrán obtener la asistencia y patrocinio de abogados o ejercer la defensa de sus intereses por sí mismas”.

(52) Artículo 30 de la Ley de Arbitraje, Decreto 67-95: “Las partes podrán actuar por sí mismas o valerse de representantes que pueden ser abogados”.

Es más, el resto de legislaciones arbitrales de la región ni siquiera regulan esta materia, dando pie a interpretar que se aplicarán de manera irrestricta las leyes que exigen el patrocinio de abogados localmente registrados⁽⁵³⁾.

En ese sentido, en Ecuador⁽⁵⁴⁾ Salazar Cordero⁽⁵⁵⁾ considera que el abogado necesariamente tiene que ser uno admitido por algún colegio de abogados local. Lo mismo sucede en Uruguay⁽⁵⁶⁾ y en Venezuela⁽⁵⁷⁾.

En el caso de México, si bien se reconoce que únicamente los abogados con licencia en ese país pueden patrocinar arbitrajes⁽⁵⁸⁾, se

(53) Ley de Mediación y Arbitraje de Nicaragua (Ley 540 de 2005), Ley de Arbitraje y Mediación de Panamá (Decreto Ley 5 de 1999), Ley de Arbitraje y Mediación de Paraguay (Ley 1879/02), Código de Procedimientos Civiles de Haití, según modificación de 2006, Ley de Arbitraje Comercial Internacional de Chile (Ley 18871 de 2004) y Ley de Arbitraje de Brasil (Ley 9307 de 1996).

(54) Ley de Arbitraje y Mediación 145/97.

(55) SALAZAR CORDERO, Ramiro, "Ecuador", en: *International Arbitration in Latin America*, Nigel Blackaby, David Lindsey y Alessandro Spinillo (Eds.), Kluwer Law International, La Haya, 2002, p. 144. "The rules on the professional conduct of lawyers provide that a party in a legal proceeding in Ecuador shall be represented by a lawyer admitted to the Ecuadorian bar. In an arbitration at law with the legal seat in Ecuador, this has been interpreted to mean that each of the parties shall be represented by an Ecuadorian lawyer. In the case of arbitration ex aequo et bono, there is no requirement for the presence of a lawyer, and the parties may represent themselves".

(56) Ley N° 15092 - Código General del Proceso, Título VIII, Proceso Arbitral, en: ALCA-Grupo de Negociación sobre Solución de Controversias –Cuestionario Uruguay, www.ftaa-alca.org/busfac/comarb/uruguay/quesurus.asp, p. 5. "El artículo 2 de la ley 16.995 de 26 de agosto de 1998 prevé la necesidad de contar con asistencia letrada desde el comienzo hasta la culminación de 'todo procedimiento de conciliación en sede judicial o administrativa, mediación o arbitraje'.

El ejercicio de la profesión de abogado se encuentra regulado en los artículos 137 a 150 de la ley N° 15.750 de 24 de junio de 1985 (...)"

(57) Ley de Arbitraje Comercial 26.430 de 1998. PARRA ARANGUREN, Gonzalo, "National Report –Venezuela", en: www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/home/ipn/print.asp?print=1&ipn=488, p. 6. "As far as court proceedings are concerned, the law provides that parties must be represented by a lawyer. If a party fails to designate a lawyer, the judge will do so. Although little experience exists with respect to arbitration, the same seems to be applicable to the latter".

(58) "ALCA - Grupo de Negociación sobre Solución de Controversias - Cuestionario México", en: www.ftaa-alca.org/busfac/comarb/Mexico/quemexs.asp, p. 3.

afirma que un abogado extranjero podría representar, aunque se recomienda que ello se haga en colaboración con un abogado mexicano, elevando así los costos de la representación legal⁽⁵⁹⁾.

Por último, tratándose de la Argentina, se afirma que en arbitrajes “internacionales” la exigencia doméstica de que el abogado tenga que estar admitido por un colegio de abogados local no sería aplicable. Sin embargo, se reconoce que no existe pronunciamiento alguno del Poder Judicial⁽⁶⁰⁾. Además, nosotros observamos que el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Libro VI: Proceso Arbitral, no distingue en momento alguno entre “arbitraje doméstico o nacional” y “arbitraje internacional”, por lo que no acabamos de entender en qué casos jurídicamente existirían arbitrajes “internacionales” en ese país.

“Solamente los abogados (nacionales o extranjeros) que tengan licencia para ejercer en México tienen derecho a representación. Sin embargo, no hay limitaciones para prevenir que abogados extranjeros otorguen consultoría jurídica cuando cuenten con licencia para ejercer, únicamente durante el procedimiento arbitral, no así frente a tribunales nacionales (...)”.

(59) SEQUEIROS, José Luis y HOAGLAND, Alexander C., “México”, en: www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/home/ipn/print.asp?print=1&ipn=25329, p. 7. “The better view is that a license to practice law in Mexico is not necessary in order to assist or represent a party in an arbitration in Mexico. However, as the issue might be raised under Mexican law, pragmatism would recommend collaboration with a local lawyer who in any event would be conversant with Mexican law and practice and serve as counsel of record. The foregoing is true under domestic laws and rules of Mexican institutions administering arbitration”.

(60) SPINILLO, Alessandro y VOGELIUS, Emilio, “Argentina”, en: *International Arbitration in Latin America*, Nigel Kluwer Law International, La Haya, 2002, p. 48. “Parties usually appear in domestic de iure arbitrations with the legal assistance of a lawyer admitted to the local bar. As a matter of practice, foreign lawyers appear as counsel or co-counsel in international arbitration proceedings conducted in Buenos Aires. However, there are no court decisions on the matter as yet”. GRIGUERA NAÓN, Horacio A., “Argentina”, en: www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/home/ipn/default.asp?ipn=11815, p. 8. “Parties need not be represented or assisted by lawyers except in de iure arbitrations. In entirely domestic de iure arbitrations, legal counsel to the parties must be admitted to the local bar. In international cases, the latter requirement should be considered as a matter of domestic public policy and, therefore, should not apply, particularly when there are foreign parties involved, in order to safeguard the principles of due process, impartiality and independence. However, there are no court decisions on this issue so far”.

3. A MODO DE CONCLUSIÓN

Nosotros ya nos hemos pronunciado en diversas oportunidades acerca de que la mayoría de las recientes legislaciones arbitrales aprobadas a partir de 1993 en América Latina⁽⁶¹⁾, son poco o nada amigables para la práctica del arbitraje, en especial del arbitraje que se genera del intercambio comercial internacional⁽⁶²⁾.

No hay duda que análisis como el desarrollado en este trabajo confirman nuestro parecer.

Con honestidad, no entendemos cómo un Estado puede pretender atraer hacia el interior de sus fronteras el desarrollo de arbitrajes, exigiendo que los asesores legales necesariamente tengan que ser locales.

Sin duda alguna, repugna a toda lógica que dos extranjeros tengan que contratar asesores legales locales para arbitrar un caso cuya única conexión con el foro sea la decisión soberana de las partes de arbitrar en ese lugar.

También repugna a la justicia que si una parte acepta arbitrar localmente con un nacional, ese nacional pueda contar con la asesoría de un abogado local, mientras que al extranjero se le niegue el derecho a asesorarse con un abogado extranjero de su confianza.

Sin embargo, como hemos podido apreciar, únicamente la Ley de Arbitraje peruana ofrece una solución razonable. ▲

⁽⁶¹⁾ Bolivia (1997), Brasil (1996), Colombia (1998), Costa Rica (1997), Chile (2004), Ecuador (1997), El Salvador (2002), Guatemala (1995), Haití (2006), Honduras (2000), México (1993), Nicaragua (2005), Panamá (1999), Paraguay (2000), el Perú (1996) y Venezuela (1998).

⁽⁶²⁾ CANTUARIAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, cit., pp. 79-107; CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, "Problemática del arbitraje internacional en Latinoamérica", en: *Revista de Economía y Derecho*, Vol. 2, N° 6, Lima, 2005; y, CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, "Necesidad de establecer reglas uniformes que permitan el desarrollo del arbitraje privado dentro de los esquemas de integración económica latinoamericana", en: *Jornadas de Derecho Internacional*, Organización de los Estados Americanos, Washington D.C., 2005, Lima, 2003, pp. 17-20.

 RICARDO LUQUE GAMERO (**)

El arbitraje y el control de la constitucionalidad

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Sistemas de control de la constitucionalidad. 2.1. El *judicial review* norteamericano. 2.2. Sistema europeo o concentrado. 3. Naturaleza jurídica del arbitraje. 3.1. Teoría jurisdiccionalista. 3.2. Teoría contractualista o privatista. 3.3. Nuestra opinión. 4. Control de la constitucionalidad de las normas dentro del arbitraje.

1. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo trataremos de esbozar nuestra opinión sobre los alcances de las facultades que tienen los tribunales arbitrales o árbitros únicos al momento de emitir sus laudos en aquellos supuestos en los que se presenten conflictos de carácter constitucional entre las normas aplicables al caso propuesto para su decisión. En otras palabras, si es que el árbitro o árbitros se encuentran facultados o incluso obligados a efectuar un control de la constitucionalidad de dichas normas y de ser así, cual es el alcance o la forma en que dicho control debe o puede ejercerse.

El tratamiento de la facultad u obligación de los Tribunales Arbitrales con respecto a la posibilidad de ejercer un control de la constitucionalidad de las leyes al momento de “*decir derecho*” no ha sido ajeno a la doctrina y generalmente ha sido vinculado al concepto o definición de la naturaleza jurídica del arbitraje.

(*) Socio del Estudio Hernández & Cía, Abogados. Miembro de la relación de árbitros del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

En efecto, la discusión doctrinaria respecto de si el Arbitraje es o no una jurisdicción, o si por el contrario, prima la tesis contractualista de éste, ha llevado consigo la discusión de la posibilidad, e incluso el deber para otros, que los árbitros realicen el control de la constitucionalidad de las normas inmersas en el conflicto sometido a su decisión.

Es a raíz de pronunciamientos del Tribunal Constitucional que esta discusión ha tomado mayor vigencia en nuestro medio, principalmente por la resolución dictada en el expediente N° 6167-2005-HC (Caso Cantuarias Salaverry) en la cual el Tribunal Constitucional ha tomado clara posición respecto de la antedicha discusión sobre la naturaleza jurídica del arbitraje.

La trascendencia, e incluso obligatoriedad, de los conceptos tratados por el Tribunal Constitucional en los Fundamentos de su sentencia, algunos de los cuales constituyen precedentes vinculantes (Fundamento 49 de la Resolución recaída en el citado expediente N° 6167-2005-HC⁽¹⁾), y las consecuencias jurídicas de éstos, nos motiva a tratar el presente tema, ya que de las conclusiones a las que se llegue, sumadas al aporte de todos cuantos estamos inmersos en el quehacer arbitral, los Laudos que se emitan tendrán mayor seguridad de no ser cuestionados a través de los procesos de garantías previstos en nuestra Constitución, como de hecho también ha sido decidido como precedente vinculante por el Tribunal Constitucional (Fundamento N° 18⁽²⁾ de la misma sentencia).

(1) Expediente N° 6167-2005-HC, del 28 de febrero de 2006.

“49. De conformidad con el artículo VI *in fine* del Título Preliminar Código Procesal Constitucional, los criterios de interpretación contenidos en los fundamentos jurídicos N° 8, 11, 12, 13, 14, 17 y 18, son vinculantes para todos los operadores jurídicos”.

(2) Expediente N° 6167-2005-HC, del 28 de febrero de 2006.

“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”.

Concordamos en principio con Caivano⁽³⁾ cuando señala que no es frecuente que dentro de un proceso arbitral se presenten cuestiones de inconstitucionalidad, aunque debemos tener en cuenta que en nuestro derecho constitucional, en lo que a la autonomía privada se refiere, ha regulado una protección máxima a ésta, cuando en el artículo 62⁽⁴⁾ de la Constitución vigente se establece una garantía constitucional de preeminencia de los contratos frente a todo intento de modificarlos a *posteriori* incluso mediante normas administrativas o legales, lo cual hace que el postulado del autor argentino pierda cierto peso frente a un derecho constitucional positivo como el nuestro, en el cual la defensa de los contratos y de la voluntad de las partes se ha llevado a extremos de conferirle un rango constitucional.

Por otro lado, el ejercicio de un control constitucional de las normas nos llevará necesariamente a la toma de posición respecto de las consecuencias jurídicas del mismo, particularmente la aplicación, en el fuero arbitral, de las normas procesales que obligan a que los fallos dictados por el Poder Judicial, en los cuales se haya ejercido el control constitucional, deban ser elevados en consulta.

Al efecto, inicialmente realizaremos un breve estudio de los diversos sistemas de control de la constitucionalidad existentes, veremos cuales son los alcances y contenido de cada uno de ellos y cómo debe realizarse el referido control dentro de los mismos, veremos también las diferentes corrientes que existen sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, y como es que de la asunción de una u otra posición doctrinaria resultan consecuencias como las que se han derivado de la resolución del Tribunal Constitucional dictada en el caso Cantuarias

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

(4) *Constitución Política del Perú*

“Artículo 62.- Libertad de contratar

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.

(...)”.

Salaverry, y por último, veremos cuál es la consecuencia del ejercicio del control de la constitucionalidad en los laudos que se emitan en los arbitrajes nacionales.

2. SISTEMAS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

En el derecho constitucional coexisten, principalmente, dos sistemas de control de la constitucionalidad de las normas infraconstitucionales, sistemas que no nacen uno en contraposición del otro, sino que aparecen en momentos y para cubrir necesidades distintas, por lo que no pueden ser vistos o conceptuados como antagonistas, ni pueden ser estudiados uno como mejor solución que el otro.

El estudiar el origen de los sistemas de control de la constitucionalidad nos parece sumamente útil ya que del mismo surgen los fundamentos de uno y de otro y tales fundamentos son los que resultan determinantes para emitir una opinión respecto del tema que nos ocupa en las presentes líneas.

Los dos sistemas de los cuales hablamos son: el Sistema Europeo o Sistema Concentrado y el Sistema del *Judicial Review* o Sistema de Control Difuso. Veamos, resumidamente, cada uno de ellos:

2.1. El *judicial review* norteamericano

Se señala que el sistema del *judicial review* tiene su origen en la sentencia dictada en el caso *Marbury vs. Madison* de 1803, en la cual se le atribuye al Juez Marshall la construcción de los fundamentos de este sistema de control de la constitucionalidad.

Cabe señalar, sin embargo, que la mencionada sentencia de la Corte Norteamericana ya tenía antecedentes en el sistema inglés, en el cual desde 1610, a través de una sentencia del Juez Edward Coke, ya se había establecido el concepto de Ley Fundamental (“*Fundamental Law*”), señalándose que “(...) el *Common Law* gozaba de supremacía sobre los actos del Rey y aún sobre las Leyes del Parlamento y de estos principios, dos iban a prosperar en Inglaterra: el de la limitación

de las autoridades ejecutivas por la superioridad de la Ley; y, el de que los jueces hicieran valer tal supremacía”(5).

Sin embargo, lo importante de la jurisprudencia norteamericana es que ésta ya hace referencia a la Constitución, la cual se equipara a la “*Fundamental Law*” inglesa, pero con la diferencia de que aquella ya es una norma escrita, sobre la cual se construye todo un sistema jurídico, declarándose, por ello, su preeminencia sobre toda otra norma de rango inferior, con lo cual propiamente ya se puede hablar de control de la constitucionalidad y no como lo hace el sistema inglés de protección del “*Common Law*”, sistema que incluso hasta la fecha se aplica y que es denominado “*The control of the common law over statutes*”.

Por ello, para realidades legales como la nuestra, que compartimos la existencia de una Constitución escrita, que nadie discute, prevalece sobre toda otra norma legal existente en el sistema jurídico, resulta de suma importancia conocer los fundamentos del origen de este sistema de control de la constitucionalidad ya que, como veremos más adelante, su razón de ser no se halla en una norma legal, incluso contenida en la misma Constitución, sino en la naturaleza de “fundamental” que tiene la Constitución misma y en su necesaria preeminencia sobre toda norma de inferior rango que pueda oponerse a ella.

En tal sentido, si bien la cita que hacemos a continuación, puede resultar un tanto extensa, ella nos permite apreciar los alcances y fundamentos que la Corte Norteamericana tuvo al establecer esta forma de control de la constitucionalidad, veamos pues dicho texto:

“(…) Las funciones del Poder legislativo están definidas y limitadas, y para que esos límites no se confundan u olviden la Constitución es escrita. ¿Qué sentido tendría limitar a los poderes, y cual que se haya hecho por escrito, si luego las limitaciones pueden ser ignoradas en cualquier momento

(5) GONZÁLEZ RIVAS, Juan José, “La justicia constitucional: derecho comparado y español”, en: *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1985, p. 33. Citado por GOMES ALSINA, Martha B., *Sistemas vigentes del Control de la Constitucionalidad de las Leyes*.

por aquellos a quienes se pretende constreñir? (...) Resulta demasiado evidente como para ser cuestionado que, o bien la Constitución se impone sobre cualquier disposición legislativa que le sea contraria, o bien el legislador puede cambiar la Constitución mediante una ley ordinaria.

Entre estas alternativas no hay término medio. O la Constitución es una norma superior y suprema, inalterable por medios ordinarios, o se encuentra al mismo nivel que las leyes ordinarias, y, como cualquiera de ellas, puede modificarse cuando al legislador le plazca.

Si la primera alternativa es verdadera, entonces una disposición legislativa contraria a la Constitución no es derecho; si lo es la segunda, entonces las Constituciones escritas son absurdos intentos por parte del pueblo de limitar un poder por su propia naturaleza ilimitable.

Ciertamente, aquéllos que han elaborado constituciones escritas las consideran como el derecho fundamental y supremo de la nación, y, en consecuencia, la teoría propia de cualquier Estado de este tipo ha de ser la de que las normas del legislativo contrarias a la Constitución son nulas.

Esta teoría está esencialmente vinculada a la idea de Constitución escrita y, por ello, el tribunal ha de considerarla como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad (...)

Si una ley contraria a la Constitución es nula, ¿vincula a los tribunales y les obliga a darle efectos a pesar de su invalidez?. O, en otras palabras, aunque no sea derecho, ¿constituye una regla tan operativa como si fuera propiamente una ley? Esto supondría arrumbar en la práctica lo que se estableció en la teoría y parece, a primera vista, demasiado absurdo como para insistir en ello. (...)

No cabe duda de que es competencia y deber del Poder Judicial decir qué es derecho. Aquellos que aplican la norma a los casos concretos tienen, necesariamente, que explicar e

interpretar esa norma. Si dos leyes entran en conflicto, son los tribunales los que deben pronunciarse sobre la eficacia de cada una de ellas.

Así, si una ley se opone a la Constitución, si tanto la ley como la Constitución son de aplicación a un determinado caso, de modo que el tribunal ha de resolver ese caso conforme a la ley, desechando la Constitución, o conforme a la Constitución, desechando la ley, el tribunal tendrá que determinar cual de las dos normas en conflicto rige el caso. Esto forma parte de la esencia misma de la tarea de juzgar (...)

Por tanto, aquellos que discuten el principio de que la Constitución debe ser considerada, por los tribunales, como la norma suprema, tienen necesariamente que admitir que éstos han de cerrar sus ojos ante la Constitución y mirar sólo a la ley.

Esta doctrina subvertiría los fundamentos mismos de toda Constitución escrita. Supondría afirmar que una ley enteramente nula de acuerdo con los principios y la teoría de nuestro Gobierno, es, sin embargo, en la práctica, completamente obligatoria. Supondría afirmar que si el legislativo hace lo que está expresamente prohibido, la ley resultante de ello sería en realidad, a pesar de la expresa prohibición, eficaz. Se estaría atribuyendo al legislativo una omnipotencia real y práctica, al mismo tiempo que se profesa restringir sus competencias dentro de estrechos límites. Sería tanto como establecer los límites y declarar a la vez que se pueden saltar a placer.

El hecho de que así quedaría reducido a la nada lo que hemos considerado el mayor avance en el terreno de las instituciones políticas, una Constitución escrita, debería ser suficiente en América, donde las Constituciones escritas han sido vistas con tanta reverencia, para rechazar esta tesis⁽⁶⁾.

(6) En: www.der.uva.es/constitucional/verdugo/marbury_madison.html.

Del *leading case* antes citado, podemos inferir cuales son los principios sobre los que se sustenta la doctrina del control difuso.

Por un lado está la esencia de toda Constitución escrita, de constituirse como la norma fundamental sobre la cual se construye todo el sistema legal de un país, de manera tal, que uno de sus principales atributos es el que dicha norma fundamental se imponga sobre cualquier otra norma de menor jerarquía que la vulnere.

Así, como puede apreciarse de *Marbury vs. Madison*, en éste se reconoce que en aquellos casos en los cuales un sistema jurídico ha sido construido sobre la base de una norma fundamental como es la Constitución, es claro que debe reconocerse la preeminencia del texto constitucional por sobre cualquier disposición legal de menor rango y, por ello, la lógica consecuencia es la obligación que tienen aquellos que administran justicia, de preferir la norma constitucional frente a cualquier otra norma que la vulnere.

Por otro lado está la competencia (entendida como atribución otorgada por la propia Constitución) e incluso *el deber de todos* aquellos que “dicen derecho”, es decir aquellos que ejercen jurisdicción, de preferir la norma constitucional a aquella que no lo es, con lo cual se explica la calificación de “difuso” de este tipo de control de la constitucionalidad, ya que no radica en un sólo órgano o persona sino se difunde como potestad de todos aquellos que ejercen jurisdicción.

De allí que, como señala Quiroga⁽⁷⁾, el sistema del control difuso es uno *subsidiario* por cuanto es parte de las facultades (nosotros diríamos deberes) de aquellos operadores de la justicia, aquellos que ejercen la jurisdicción, siendo por ello, una facultad discrecional del juez ordinario convertirse por el ejercicio de tal atribución en un juez constitucional; *residual*, ya que no constituye la facultad principal de un juez, la cual es la de administrar justicia; *subjetivo*, por cuanto se aplica exclusivamente para casos concretos es decir, cuando la inconstitucionalidad se deriva de una controversia de derechos subjetivos entre los participantes de un proceso judicial ordinario; debiendo añadir que además tal

(7) QUIROGA, Aníbal, “Control difuso y control concentrado en el Derecho procesal constitucional peruano”, en: *Revista Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*.

control de la constitucionalidad es *limitado*, (en el caso de nuestro sistema legal) ya que a través de él no se llega a la exclusión total de la norma considerada inconstitucional del sistema legal al cual pertenece ya que el juez, en este caso, sólo la inaplica al caso concreto.

Así pues, para todos aquellos que vemos en la Constitución la norma fundamental dentro de un sistema jurídico, en la cual se establecen los principios sobre los que se construye una Nación, las competencias, atribuciones y limitaciones de los diferentes actores dentro de un sistema legal, nos queda claro que es de la esencia de tal reconocimiento el que se acepte que quienes tienen la labor de “decir derecho” realicen el necesario control del respeto de tales principios así como del ejercicio de dichas competencias o atribuciones, de tal manera que no se produzcan excesos a los límites que la Constitución establece.

En este sentido, el artículo 38 de nuestra Constitución de 1993⁽⁸⁾ reconoce como un deber de todos los que nos encontramos bajo el amparo de la Constitución el defender tanto a ésta como al ordenamiento jurídico de la Nación, estando implícito en tal declaración que dicho ordenamiento jurídico tiene como norma fundamental a la propia Constitución.

Dentro del mismo orden de ideas, se encuentra el enunciado del artículo 51 de la misma Constitución⁽⁹⁾, el cual, siendo aún más específico, reconoce la preeminencia de la norma constitucional sobre toda otra norma legal, dejando así sentado el principio básico de la existencia de toda Constitución escrita, cual es el de ser la base del ordenamiento jurídico y la norma fundamental en que se apoya éste, de tal manera que sus disposiciones no pueden ni deben ser contrariadas por normas infraconstitucionales.

⁽⁸⁾ *Constitución Política del Perú*

“Artículo 38.- Deberes para con la patria

Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación”.

⁽⁹⁾ “Artículo 51.- Supremacía de la Constitución

La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado”.

Si bien son claros el deber y preeminencia de la Constitución recogidos en los artículos antes citados, ellos no señalan una vía procesal para materializarlos en una actuación determinada lo cual es resuelto cuando dichos deber y preeminencia se recogen en el actuar de determinadas personas dotadas de atribuciones constitucionales que le permiten realizar la defensa efectiva de la Constitución en casos concretos sujetos a su decisión. En este caso nos estamos refiriendo al texto del artículo 138 de la misma Constitución⁽¹⁰⁾.

De esta forma pues nuestro derecho constitucional positivo recoge dentro de nuestro país el denominado sistema de control difuso de la constitucionalidad, atribuyéndole a los *jueces* (más adelante veremos si sólo a éstos) la facultad o mejor dicho el deber u obligación de preferir, dentro de los procesos sometidos a su conocimiento (carácter subjetivo), a la norma contitucional respecto de aquella que no lo es.

2.2. Sistema europeo o concentrado

Por otro lado se sitúa el denominado Sistema Europeo o Sistema Concentrado de Control de la Constitucionalidad, el cual tiene sus orígenes después de la Primera Guerra Mundial, en los años 1919 y 1920, inicialmente en la Constitución de Wiemar, en la cual ya se establece un Tribunal que definiría las contiendas entre los poderes constitucionalmente reconocidos, principalmente entre los órganos territoriales derivados de la organización Federal, teniendo su más importante expresión en la Constitución Austriaca de 1920, perfeccionada en 1929, la misma que es obra del iuspositivista Hans Kelsen, el cual establece en dicha norma fundamental la existencia del Tribunal Constitucional, el mismo que tenía por función realizar el control de la constitucionalidad de las normas.

(10) *Constitución Política del Perú*

“Artículo 138.-Administración de Justicia. Control difuso

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

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

A diferencia del sistema norteamericano que otorgaba tal función a todo aquel que ejerciera la jurisdicción y por tanto era una atribución que se difundía entre todos aquellos miembros del poder jurisdiccional, en el sistema diseñado por Kelsen se concentra en un solo órgano el control de la constitucionalidad de las normas.

Al estudiar los alcances de este sistema vemos que se presentan otras diferencias sustanciales con el sistema de control difuso, una de ellas es el carácter abstracto de la jurisdicción concentrada, ya que en ésta no se ejerce el control de la constitucionalidad dentro de un proceso, con el fin de dar solución a un conflicto *inter partes*, es decir, no trata de solucionar una controversia, que es lo que caracteriza y le da al control difuso su carácter subjetivo, sino que dentro del sistema de control concentrado se somete al tribunal u órgano que ejerce tal función la decisión respecto de si una norma es o no constitucional, sin vincularla a caso concreto alguno, de allí su carácter abstracto, de tal forma que del análisis que realice el tribunal llegue éste a la conclusión de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma sujeta a su decisión.

Si el Tribunal considera que la norma que ha sido puesta bajo su análisis es inconstitucional ello tendrá, como corolario, la derogatoria de dicha norma y por tanto su exclusión del sistema legal correspondiente, con lo cual este tribunal actúa como un legislador negativo, es decir que contrariamente al quehacer legislativo que supone la creación de normas, el Tribunal Constitucional tiene la prerrogativa de retirar de un sistema legal aquellas disposiciones legales que hayan sido dictadas en contravención de las normas constitucionales.

Lo anterior nos lleva a remarcar otra de las diferencias entre el sistema concentrado y el difuso, cual es que en este último no se excluye la norma del sistema legal por la vía de la derogación, sino que simplemente se inaplica la disposición considerada inconstitucional al caso materia de la controversia, aplicándose, para la solución de ésta, la norma que el juez considere constitucional, mientras que en el sistema concentrado la consecuencia de la conclusión a la cual llegue el tribunal es que la norma inconstitucional deba ser derogada.

Pero veamos, para los efectos del presente trabajo, como es que recoge el artículo 201 de nuestra Constitución vigente el sistema concentrado de control de la constitucionalidad.

“Artículo 201.-Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años.

Para ser miembro del Tribunal Constitucional, se exigen los mismos requisitos que para ser vocal de la Corte Suprema. Los miembros del Tribunal Constitucional gozan de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas que los congresistas. Les alcanzan las mismas incompatibilidades. No hay reelección inmediata.

Los miembros del Tribunal Constitucional son elegidos por el Congreso de la República con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros. No pueden ser elegidos magistrados del Tribunal Constitucional los jueces o fiscales que no han dejado el cargo con un año de anticipación”.

Una primera peculiaridad, que hace único nuestro sistema en Latinoamérica, es el Tribunal Constitucional, regulado por el artículo antes citado, no forma parte del Poder Judicial sino que se constituye un órgano autónomo e independiente, equiparándose los requisitos para formar parte del Tribunal Constitucional así como la jerarquía y prerrogativas de sus miembros a los Vocales de la Corte Suprema y Congresistas de la República.

Ahora bien, como vemos del artículo 202 de la Constitución⁽¹¹⁾, las funciones que realiza el Tribunal Constitucional hacen que confluyan en él tanto su calidad de legislador negativo, que se refuerza con el

⁽¹¹⁾ *Constitución Política del Perú*

“Artículo 202.- Atribuciones del Tribunal Constitucional

Corresponde al Tribunal Constitucional:

1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.
2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento.
3. Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley”.

enunciado contenido en el artículo 204 de la Constitución⁽¹²⁾, es decir su atribución esencial y exclusiva –concentrada– de control de la constitucionalidad; como una *función jurisdiccional*, cuando actúa como instancia resolutoria en las acciones de garantía vía el denominado recurso extraordinario; y, por último, una *función de dirimente de competencias constitucionales*, con lo cual se reafirma su labor de interpretación de la norma fundamental.

De la lectura de la parte inicial del siguiente artículo constitucional queda clara su calidad de órgano de control *ad hoc* de la Constitución ya que al instituirse la denominada Acción de Inconstitucionalidad se deja en claro que la inconstitucionalidad de una norma se tramita por la vía de una *acción* y no se deriva de conflicto o controversia alguna, sino que es una labor que se realiza de forma abstracta respecto de una norma y su relación de validez con la Constitución.

“Artículo 203.- Personas facultadas para interponer Acción de Inconstitucionalidad

Están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad: (...)”.

Por último, el artículo 98 del Código Procesal Constitucional⁽¹³⁾ confirma que sólo le corresponde conocer de la Acción de Inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional con lo cual queda definida no sólo la competencia de dicho tribunal sino reafirmada su exclusividad en la materia.

⁽¹²⁾ *Constitución Política del Perú*

“Artículo 204.- Sentencia del Tribunal Constitucional

La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto.

No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal”.

⁽¹³⁾ *Código Procesal Constitucional*

“Artículo 98.- Competencia y Legitimación

La demanda de inconstitucionalidad se interpone ante el Tribunal Constitucional y sólo puede ser presentada por los órganos y sujetos indicados en el artículo 203 de la Constitución”.

De la concepción que hemos visto de ambos sistemas de control de la constitucionalidad de las normas, podemos sostener que éstos no resultan incompatibles entre sí, y ello se muestra con claridad en nuestro derecho latinoamericano donde se presenta, en varios países como Colombia, Guatemala, Bolivia, Perú y Ecuador, como un sistema mixto, en el cual coexisten el sistema concentrado otorgando a un órgano de forma exclusiva el control de la constitucionalidad de las normas y también el sistema difuso posibilitando que quienes ejercen jurisdicción, puedan declarar la inconstitucionalidad y llegar a la inaplicación de normas por esta razón.

Como conclusión, para los efectos del presente trabajo, podemos señalar que en nuestro sistema jurídico coexisten de forma paralela ambos sistemas de control de la constitucionalidad, *el difuso y el concentrado*, recogiendo, los dos, la esencia que en doctrina constitucional caracteriza a cada uno de ellos, vale decir, en un caso, *el control difuso*, se otorga la atribución/obligación de realizar un control de la constitucionalidad a todos aquellos quienes ejercen jurisdicción y que, por tanto, deben resolver una controversia jurídica, debiendo en el ejercicio de esta función inaplicar, para el caso sujeto a su decisión, aquellas normas que considere inconstitucionales. Mientras que en el caso del *control concentrado*, nuestra Constitución reserva de forma exclusiva al Tribunal Constitucional, el cual es el único encargado de ejercer la denominada legislatura negativa, que implica la atribución de separar de nuestro sistema jurídico a aquellas normas con rango de ley que infringen nuestra Constitución, teniendo en cuenta que dicha facultad no es la de resolver una controversia interpartes sino la de analizar e interpretar la norma puesta a su consideración de forma abstracta.

Es decir mientras que un sistema otorga la facultad a un universo de personas (aquellas que ejercen jurisdicción), quienes en ejercicio de tal atribución deberán inaplicar una norma en un caso concreto, sin llegar a derogarla, prefiriendo en la solución de la controversia interpartes la norma que consideran constitucional; el otro, se restringe a un solo órgano de rango constitucional, que se pronuncia de manera abstracta y que, de ser el caso, sí deroga la norma que considera inconstitucional, separándola de esta forma del sistema jurídico al cual pertenece.

3. NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE

A pesar, que para algunos resulta una labor innecesaria el encontrar la naturaleza jurídica de una institución, ello, para los efectos del presente análisis, nos parece sumamente útil ya que de tal naturaleza van a derivar cuestiones prácticas de relevancia jurídica para aplicarlas a la materia del presente trabajo, es más, justamente ha sido a raíz de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 6167-2005-HC, particularmente en la conceptualización del arbitraje como un tipo de jurisdicción, el que hemos visto la necesidad de plantear algunas de las supuestas consecuencias jurídicas de tal pronunciamiento.

En efecto, de la sentencia antes citada el Tribunal Constitucional ha optado por considerar al Arbitraje como una jurisdicción, señalando en su fundamento N° 8, que tiene carácter vinculante, lo siguiente:

“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”.

Incluso, si bien sin carácter vinculante, en su fundamento N° 11 de la sentencia antes citada el Tribunal Constitucional⁽¹⁴⁾ ha definido claramente su posición al respecto.

Ya algunos han esbozado su opinión respecto de las consecuencias del pronunciamiento antes citado, básicamente con relación al tema que es materia del presente trabajo, ya sea a favor, en contra, o incluso manifestando sus reservas y justamente la necesidad de profundizar en este punto.

Generalmente, los reparos para considerar al Arbitraje como una jurisdicción aunque especial, privada o delegada, se enmarcan dentro de la posibilidad de que ello abra las puertas a un intervencionismo totalmente

⁽¹⁴⁾ Expediente N° 6167-2005-HC, del 28 de febrero de 2006.

“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 consagrada, 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”.

contradictorio con la esencia de la función arbitral, cual es la de convertirse en un medio de solución de controversias *dentro del ámbito privado*.

Por ello, es de suma importancia que dentro de un análisis teórico, como pretenden ser estas páginas, también lleguemos a conclusiones de aplicación práctica y fundamentalmente precisemos bien los alcances que podrán darse para el respeto de la autonomía arbitral tanto en su actuación como en sus laudos.

Es por lo anterior que nos parece importante poder definir o conceptuar al Arbitraje.

Pues bien, en doctrina se establecen dos posiciones principales y extremas con relación a la naturaleza jurídica del arbitraje, una de ellas *la jurisdiccionalista* que le confiere a éste la calidad de jurisdicción delegada y que es la que como hemos visto recoge nuestro Tribunal Constitucional; mientras que la posición *contractualista*, ve en el arbitraje una manifestación de la autonomía privada reconocida a las partes y que lleva a afirmar que todo el sistema se sustenta en un ámbito contractual, llegando incluso a sostener que los árbitros tienen la condición de mandatarios de las partes y que el propio laudo tiene naturaleza contractual.

3.1. Teoría jurisdiccionalista

La teoría jurisdiccionalista, si bien no niega el origen contractual del arbitraje, centra la esencia de éste y por tanto su naturaleza jurídica en el proceso o procedimiento que se materializa una vez surgido el conflicto, por cuanto es en este momento en el cual el arbitraje, pactado por la partes, cobra vida y se hace presente para resolver la controversia. Antes de dicho momento no ha existido sino una estipulación contractual que no adquiere contenido sino desde que es necesario aplicarla, por tanto, es en ese momento en el cual aquellos que defienden esta posición ven en ella un proceso de naturaleza jurisdiccional y en los laudos unas verdaderas sentencias.

Los que apoyan esta posición ven en los árbitros verdaderos jueces que ejercen jurisdicción en virtud de que el sistema jurídico ha permitido que las partes puedan radicar en ellos la potestad de declarar el derecho respecto de una controversia, ejerciendo para ello la *jurisdictio*, función ésta en la que ya no se deben a las partes ni mucho menos las

representan, sino que están investidos de ella, si bien por decisión de las propias partes, por delegación, admitida por la ley, de la soberanía que hubiera correspondido al Estado para intervenir y solucionar dicho conflicto, pero que éste permite que la ejerzan los privados en relación a aquellos derechos considerados *disponibles*.

Lo central es pues que los árbitros al igual que los miembros de la judicatura pueden o mejor dicho deben decir derecho, en otra palabras, ejercer el aspecto central de la jurisdicción cual es el de resolver un conflicto jurídico de manera definitiva y concluyente.

Se discute la validez de esta posición señalando que por carecer los árbitros del atributo de la *executio*, o el *imperium*, como señala Roque Caivano⁽¹⁵⁾, es decir de la posibilidad de ejecutar sus laudos ejerciendo la coerción necesaria para el cumplimiento forzado de lo decidido, no puede afirmarse que estamos en presencia de una verdadera función jurisdiccional ejercida por los árbitros, lo cual constituye, según el propio Caivano⁽¹⁶⁾, de poca importancia ya que según este autor, “lo que define la esencia de la jurisdicción es la atribución cognoscitiva y decisoria, y el efecto que esta decisión tiene, independientemente de si el órgano que la dictó puede ejecutarla forzosamente por si mismo o si debe recurrirse al auxilio de otro”.

Al decir de Santistevan de Noriega⁽¹⁷⁾, lo sostenido por aquellos que argumentan que la imposibilidad de que un Tribunal Arbitral pueda ejecutar su Laudo quita el carácter de jurisdicción a la función arbitral constituye una visión procesalista que lo único que hace es diferenciar al Arbitraje del Poder Judicial, diferencia que es obvia y que no necesita demostración alguna, indicando, el mismo autor, que lo central del Arbitraje es que mediante éste se resuelve una controversia de forma definitiva y con calidad de cosa juzgada, que es justamente la capacidad de “decir derecho” que equipara a los jueces con los árbitros, siendo irrele-

(15) CAIVANO, Roque J., *Arbitraje*, 2ª ed., Ad Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 95.

(16) CAIVANO, “Planteos de inconstitucionalidad en el arbitraje”, cit., p. 115.

(17) SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge, “Tribunal Constitucional y arbitraje: Improcedencia del amparo contra resoluciones y laudos arbitrales, el control difuso en sede arbitral y el tratamiento de la recusación del tribunal arbitral *in toto*”, en: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 4, Lima, 2007, p. 9.

vante el hecho de que la ejecución de tales decisiones, sean sentencias o laudos la realice, a fin de cuentas, el Poder Judicial.

Así, los árbitros, al momento de juzgar no representan a las partes sino a la soberanía que imparte justicia⁽¹⁸⁾.

3.2. Teoría contractualista o privatista

Por su parte, los que se pronuncian a favor de la naturaleza contractual del arbitraje conciben éste como una manifestación de la autonomía de la voluntad, sosteniendo la categoría contractual del Arbitraje, incluso durante la tramitación del proceso arbitral mismo, dándole a éste una naturaleza estrictamente contractual en la cual se llega a afirmar que los árbitros son verdaderos mandatarios de las partes y que el laudos que ellos emiten lo hacen exclusivamente en virtud de la atribución que la han conferido aquellas.

Así, como sostiene Roque Caivano⁽¹⁹⁾ refiriéndose a los árbitros: “Su existencia y su actividad se justifican por cuanto, siendo las cuestiones que se someten a arbitraje originadas en derechos disponibles para las partes, el Estado no puede privarlos de la facultad de escoger el método para resolverlas. Pero la efectividad de la decisión arbitral proviene del compromiso que ambas partes asumieron de acatarla, y no tiene, por ello, las características propias de una sentencia judicial”.

Sigue diciendo Caivano, para negarle al arbitraje su condición de jurisdicción que “... Siendo esa soberanía un atributo indelegable, el legislador no podría concederle esa función a un particular. Si la facultad de juzgar es exclusiva del Estado, no podrá existir una delegación de ella a favor de un particular que no tiene las características propias de un funcionario público”.

Por ello concluye este autor refiriéndose a quienes argumentan a favor de la tesis contractualista que “... *el laudo arbitral obliga a las partes en la misma forma que lo haría un contrato, gozando de la protección jurídica inherente a estos últimos*”.

(18) ROCA MARTÍNEZ, José María, *Arbitraje e instituciones arbitrales*, JM Bosch, Buenos Aires, 1992, p. 41.

(19) *Ibidem*, p. 95.

3.3. Nuestra opinión

Es claro que el arbitraje tiene su sustento en la autonomía de la voluntad reconocida a las partes, sujetándolas a ciertos límites, como son la de poder recurrir a dicha institución únicamente en caso se trate de derechos disponibles, pero también es cierto que su existencia no sería posible si dentro de un sistema jurídico no se admitiera la posibilidad que los privados pudiesen sustraerse de la jurisdicción estatal ejercida por un Poder Judicial que es el que naturalmente está destinado a resolver pacíficamente las controversias surgidas entre los particulares.

En tal sentido, no puede compartimentarse el arbitraje de tal manera que no se reconozca en él una doble calidad que se presenta en dos momentos distintos, una en su origen, en el cual es claro que funciona la autonomía privada, aunque limitada por las normas que lo admiten para determinados casos; y, un segundo momento, en el cual el Arbitraje se deslinda de las partes que lo escogieron como un medio alternativo a la justicia estatal y se convierte en el ejercicio por parte de los árbitros de una función jurisdiccional en la cual ya no se actúa en el ámbito contractual sino más bien en un ámbito jurisdiccional que tendrá como consecuencia que el Laudo que se emita será obligatorio y concluyente, no sólo por cuanto las partes así lo han querido y declarado, sino más bien por cuanto el sistema jurídico le reconoce la validez y su ejecutabilidad como tal, si bien no por los árbitros (aunque nuestra propia Ley de General de Arbitraje N° 26572 admite que tal ejecución pueda realizarla el Tribunal Arbitral o la institución administradora del arbitraje)⁽²⁰⁾ si reconociéndole su calidad y condición de sentencia, siendo una de sus principales consecuencias la de convertirse en una decisión con calidad de cosa juzgada que debe ejecutarse como una sentencia.

⁽²⁰⁾ Ley N° 26572

“(…)

Artículo 83.- Ejecución del laudo.- El laudo arbitral consentido o ejecutoriado tiene valor equivalente al de una sentencia y es eficaz y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes. Si lo ordenado en el laudo no se cumple por la parte o partes a quienes corresponda hacerlo, el interesado podrá solicitar su ejecución forzosa ante el Juez Especializado en lo Civil del lugar de la sede del arbitraje que corresponda en la fecha de la solicitud, cuando no hubiera podido ser ejecutado por los propios árbitros o por la institución organizadora en rebeldía del obligado, con las facultades que aquéllos o a ésta se les hubiesen otorgado en el convenio”.

El arbitraje tiene pues en realidad una naturaleza mixta, que encuentra su origen en una estipulación contractual, admitida por el sistema jurídico, la cual en su actuación y la emisión del laudo e incluso en la ejecución de éste, se desprende de tal investidura contractual para situarse en un ámbito jurisdiccional, si bien de origen privado, pero en el cual ya no juega la autonomía de la voluntad, por cuanto los árbitros actúan con prescindencia de la voluntad de las partes y no como mandatarios o de éstas.

Mucho menos puede afirmarse que el laudo tuviese naturaleza contractual, siendo obligatorio en la medida que las partes así lo han querido. El laudo es obligatorio en la medida que es de la esencia de un pronunciamiento jurisdiccional que ello sea así. Es el sistema jurídico el que admite al arbitraje y el que da a los laudos la calidad de sentencias, reconociéndoles su condición de cosa juzgada y su ejecutabilidad como tales.

Es claro que un laudo no se equipara a un contrato que obliga a las partes por que su voluntad así ha sido expresada en el convenio arbitral, ya que de ser ello así tal laudo no podría ser ejecutado como una sentencia, sino que requeriría de un proceso judicial en el cual la sentencia que en él se emita sería la que en su ejecución satisficiera el interés de la parte agraviada. Es más en tal supuesto teórico podría en dicho proceso judicial pronunciarse en contra del laudo y fallar en sentido inverso o éste, tal despropósito no se da justamente por el hecho de que el laudo constituye un pronunciamiento jurisdiccional al cual se le equipara en sus efectos y alcances a una sentencia emitida por un órgano jurisdiccional público.

Por otro lado, no estamos frente al ejercicio de la jurisdicción pública, por cuanto para ello tendría que ser un juez perteneciente al sistema de justicia estatal el que interviniera en dicha condición para poner fin al diferendo. Estamos ante un tribunal privado, que ejerce jurisdicción privada, la misma que es admitida, reconocida y validada por el sistema jurídico en el cual se desarrolla el arbitraje.

Así pues, en el campo arbitral estamos frente a un ejercicio de la potestad jurisdiccional de carácter privado, admitido por el sistema jurídico, con la finalidad de solucionar pacíficamente una controversia entre derechos disponibles de las partes, la cual a diferencia de la jurisdicción pública se agota con la emisión del laudo.

El Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el caso Cantuarias Salaverry (Expediente N° 6167-2005-HC) en su fundamento N° 11, ha optado por calificar al arbitraje como una jurisdicción, que si bien tiene su origen en la autonomía de la voluntad de las partes en conflicto, encuentra su fundamento como tal en el artículo 139 de la Constitución, con lo cual sin dejar de reconocer su origen contractual dicho tribunal ha optado por una visión jurisdiccionalista del arbitraje señalando sin embargo que la potestad jurisdiccional tiene un carácter privado.

4. CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS DENTRO DEL ARBITRAJE

La Constitución, como norma fundamental, tiene por objeto establecer los principios básicos dentro de los cuales debe regirse una sociedad. Su existencia se debe al consenso, dentro de esa misma sociedad, de la necesidad de dicha norma, por cuanto sin ella dicho colectivo humano vería peligrar su propia existencia. De tal manera que debe resultar, en esencia, inaceptable para los integrantes de dicho grupo humano que pueda producirse una vulneración a los principios que esta norma principal establece, ya que ello constituiría el germen para la destrucción de la sociedad, en los términos en los que ha sido construida. Ello hace que se le reconozca a la Constitución su condición de Norma Fundamental, ubicándola dentro del mayor nivel dentro de la jerarquía normativa y se haga depender y desprender de ella el resto de un sistema jurídico.

Es por ello que es necesario un control de la constitucionalidad de las normas ya que de lo contrario la Constitución sería una norma más, carente de su naturaleza de norma fundamental y por tanto perdería toda funcionalidad como tal.

Como hemos visto, el control de la constitucionalidad de las normas dentro de nuestro sistema jurídico contempla los dos sistemas que hemos descrito en el Rubro 2, es decir, tanto el sistema concentrado como el sistema difuso.

El artículo 202 de la Constitución vigente otorga al Tribunal Constitucional la potestad de ejercer el control concentrado al señalar que

corresponde al Tribunal Constitucional conocer de la acción de inconstitucionalidad contra las normas con rango de ley, la cual tiene por objeto el análisis abstracto de la constitucionalidad de las mismas.

Por otro lado, el artículo 138 de la Constitución otorga a los jueces la posibilidad de ejercer el control difuso cuando señala la obligación de éstos de preferir, ante una incompatibilidad de una norma y la Constitución, a la última de éstas.

Como vemos, en ambos artículos nuestra Constitución ha designado expresamente a aquellos órganos que están facultados de ejercer el control de la constitucionalidad en uno u otro supuesto, en un caso es el Tribunal Constitucional que ejerce el control concentrado, cuando se trata de normas con rango de ley; y, por otro lado, son los jueces los que ejercen el control difuso.

En cuanto se refiere al control concentrado de la constitucionalidad de las normas cabe señalar que el Tribunal Constitucional cuando realiza su función principal –de legislador negativo– no está ejerciendo una función jurisdiccional, entendida ésta como la intervención ante un conflicto de intereses con el fin de poner una solución pacífica a éste, mediante la declaración del derecho correspondiente, ya que el Tribunal Constitucional lo que hace es un análisis abstracto de las normas con la finalidad de interpretarlas y establecer su congruencia con el sistema jurídico dentro del cual han sido dictadas y confrontarlas con las normas constitucionales, tanto en la forma como en el fondo, de tal manera que de encontrar una contradicción con la Constitución deberá declarar la inconstitucionalidad de la norma en cuestión y retirarla del sistema jurídico correspondiente.

En el caso de los tribunales arbitrales no es posible este control concentrado ya que, como hemos visto, es de la esencia de estos tribunales el que tengan por objeto solucionar las controversias entre las partes que suscriben el convenio arbitral, es decir en el caso del arbitraje, este se hace presente en un conflicto subjetivo de intereses, el cual debe ser reemplazado mediante la intervención de los árbitros declarando el derecho que corresponde.

Como hemos visto, la petición de inconstitucionalidad se materializa a través de una acción determinada –la acción de inconstitucio-

nalidad— que es de exclusivo conocimiento del Tribunal Constitucional —en lo que a leyes se refiere—, con lo cual queda descartado de plano que un tribunal arbitral pueda ejercer el control concentrado y por ello declarar la inconstitucionalidad de una norma, derogándola o separándola del sistema legal al cual pertenece.

Además, siendo que la característica principal del arbitraje es la existencia de una controversia entre las partes, no es aplicable a la función de los árbitros el actuar en un plano abstracto sino en uno subjetivo, en el cual su intervención es para resolver el conflicto de intereses presentado entre las partes y no entre una norma legal y su vinculación con la constitución.

Así pues, un órgano arbitral no puede ejercer control concentrado y así lo reconoce el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional⁽²¹⁾ y el antes citado artículo 98 del mismo código.

Cabe pues preguntarse si la autorización conferida expresamente a los jueces por el artículo 138 de la Constitución puede ser ejercida validamente por los árbitros dentro de un proceso arbitral de carácter privado o si es que al haber otorgado la Constitución a los *jueces* el control de la constitucionalidad de las normas, ello impide a los árbitros, por no ser jueces, el ejercicio del control difuso.

Ahora bien, ante la interrogante si es posible que los tribunales arbitrales ejerzan el control difuso, la respuesta, en nuestra opinión, debe ser afirmativa y con ella no se estaría contradiciendo el artículo 138 de la Constitución.

En efecto, desde un punto de vista estrictamente literal, podría interpretarse que nuestra Constitución limita el control difuso al actuar de los jueces y no de los árbitros, sin embargo, es necesario, en este caso, trascender a la mera interpretación literal y tener en cuenta

(21) *Código Procesal Constitucional*

“Artículo IV.- Órganos competentes

Los procesos constitucionales son de conocimiento del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución, en sus respectivas leyes orgánicas y en el presente Código”.

el espíritu de la norma constitucional y el hecho de que la función que ambos (jueces y árbitros) ejercen dentro del ámbito de la solución de conflictos de intereses es la misma.

En efecto, si, como hemos visto, jueces y árbitros realizan funciones similares o idénticas, ya que tanto unos como los otros tienen como finalidad la solución de las controversias, el decir el derecho, la *jurisdictio*, de tal forma que su función principal es la de ejercer jurisdicción, que es la potestad de declarar el derecho aplicable, no existe argumento válido alguno al interpretar que el artículo 138 limita únicamente a los jueces el ejercicio del control difuso.

No podemos pasar por alto que el artículo 139 de nuestra Constitución⁽²²⁾ reconoce a la arbitral como una jurisdicción que coexiste excepcionalmente con la que ejercen los miembros de la judicatura.

Por ello, aceptar una argumentación que atribuya sólo a los jueces la posibilidad de ejercer el control difuso, no solamente resulta una interpretación demasiado literal de la norma contenida en el artículo 138 de la Constitución, sino que además implica desatender otras normas constitucionales, como son los artículos 38, 51 y 139 de la misma Constitución, las mismas que, reconocen –como no podía ser de otra manera– la preeminencia de la Constitución sobre toda norma legal; obligan a todos –sin excepción– a cumplirla y defenderla; y, lo que, más importante, reconocen que la función arbitral es asimilable a la función jurisdiccional.

A este respecto, nos parece necesario señalar que, en virtud de las normas constitucionales antes citadas, incluso las propias partes están impedidas de establecer en el convenio arbitral la imposibilidad o prohibición de que los árbitros puedan conocer de los planteamientos de

⁽²²⁾ *Constitución de 1993.*

“Artículo 139.-Principios de la administración de justicia

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

(...)”.

inconstitucionalidad de las normas, ya que ello implicaría contradecir el deber de cumplir y defender la Constitución que la norma constitucional les impone y el establecer una limitación a los árbitros con el fin que de darse el caso fallen en contra de ésta.

Así pues, si un árbitro en el ejercicio de su función jurisdiccional concluye en que una norma resulta inaplicable al caso concreto por ser inconstitucional, debe así declararlo, ya que de lo contrario estaría incumpliendo con el mandato de la propia Constitución y no solamente ello sino que además no estaría cumpliendo cabalmente con su función.

Creemos pues que, independientemente de lo que ha establecido el Tribunal Constitucional, la sola existencia de las normas antes citadas ya obligaba y permitía a los árbitros ejercer el control difuso de la Constitución ya que ello es inherente a su función de decir derecho en un caso concreto sometido a su decisión.

Nos parece útil recordar los fundamentos de los orígenes del control difuso, los cuales encontramos en el *leading case Madbury vs. Madison*, cuando el Juez Marshall señalaba⁽²³⁾ cual era la función esencial de aquellos que tiene el deber de juzgar, de tal forma que se desvirtuaría tal función si es que quien ejerce jurisdicción no aplica el derecho correcto inaplicando aquella norma que vulnera la Constitución.

En tal sentido, si se acepta que los árbitros ejercen jurisdicción, no puede aceptarse que dicha función la realicen de forma incompleta o errada, ya que ello a decir del Juez Marshall, “supondría afirmar que una ley enteramente nula de acuerdo con los principios y la teoría de nuestro Gobierno, es, sin embargo, en la práctica, completamente obligatoria”.

⁽²³⁾ “(...) Aquellos que aplican la norma a los casos concretos tienen, necesariamente, que explicar e interpretar esa norma. Si dos leyes entran en conflicto, son los tribunales los que deben pronunciarse sobre la eficacia de cada una de ellas.

Así, si una ley se opone a la Constitución, si tanto la ley como la Constitución son de aplicación a un determinado caso, de modo que el tribunal ha de resolver ese caso conforme a la ley, desechando la Constitución, o conforme a la Constitución, desechando la ley, el tribunal tendrá que determinar cual de las dos normas en conflicto rige el caso. Esto forma parte de la esencia misma de la tarea de juzgar (...).”

Por otro lado, el aceptar que los árbitros no pueden ejercer el control difuso nos llevaría a la posición inaceptable y absurda de reconocer que aquéllos que recurran a la justicia privada en busca del derecho que les corresponde, éste no les pueda ser concedido por cuanto sólo los jueces tendrán la facultad del decir el derecho correcto.

Al respecto, como lo sostiene Caivano⁽²⁴⁾ no resultaría lógico que un órgano arbitral en la disyuntiva de aplicar la Constitución se abstenga de hacerlo, ya que ello implicaría laudarlo contra la Constitución misma desconociendo su carácter de norma fundamental y su preeminencia sobre toda otra disposición jurídica de rango inferior, es decir, como señala dicho autor que “(...) aplicar una norma inconstitucional es aplicar mal el derecho”.

Si el Estado ha aceptado al arbitraje como una forma de solucionar una controversia, en la cual se debe dictar o decir el derecho correspondiente, también tiene que aceptar que los árbitros puedan ejercer el control difuso, de lo contrario se estaría limitando su actuación y aceptando que solamente dentro del Poder Judicial pueda solucionarse correctamente un conflicto interpartes. Esto convertiría al arbitraje en una jurisdicción disminuida y los laudos en unas sentencias de segunda categoría ya que en estos no podría dictarse sino un derecho condicionado o limitado.

De este modo, desde el momento en que se admite al arbitraje como una jurisdicción incluso con la categoría de privada, tiene que admitirse la posibilidad de que los árbitros ejerzan el control difuso. Concordamos por ello con lo manifestado por Caivano⁽²⁵⁾ cuando señala categóricamente “(...) que si la posibilidad de plantear cuestiones de constitucionalidad es a tal punto inherente a la naturaleza de los procesos jurisdiccionales, siendo el arbitraje un proceso que reviste esa condición, no puede impedirse a los árbitros que se pronuncien sobre la cuestión. En otras palabras: si los árbitros ejercen jurisdicción (lo cual a esta altura no se discute) es evidente que no puede privárseles de la atribución de declarar la inconstitucionalidad de una norma”.

(24) CAIVANO, “Planteos de inconstitucionalidad en el arbitraje”, cit., p. 140.

(25) *Ibidem*, p. 151.

Sin perjuicio de esta conclusión, concordamos con Santistevan de Noriega cuando señala que esta atribución hay que manejarla con prudencia y responsabilidad ya que ya que el sistema arbitral así lo exige en beneficio de su prestigio y confianza que en él depositan las partes en conflicto.

Cabe señalar que lo sostenido hasta ahora no resulta de aplicación para los casos de los arbitrajes de conciencia o de equidad, en los cuales, de conformidad con el artículo 3 de la Ley General de Arbitraje⁽²⁶⁾, los árbitros fallan de acuerdo con sus conocimientos y leal saber y entender, no requiriendo fundamentar su decisión en disposición legal alguna tal como lo dispone el artículo 51 de la misma ley, la cual los exime de sustentar sus laudos en el derecho aplicable, con lo cual el juicio que realizan no tiene como sustento el determinar si una norma en particular es o no constitucional sino el resolver un conflicto de intereses según un análisis valorativo que se realiza sobre la base de sus propios criterios de justicia o incluso técnicos, respecto de la controversia puesta a su decisión, mas no de carácter legal.

Ahora bien, la conclusión respecto a que en los arbitrajes de derecho es un deber de los árbitros ejercer el control de la constitucionalidad de las normas nos lleva a cuestionarnos las consecuencias que tendría un laudo en el cual los árbitros hayan ejercido el mencionado control difuso de la constitución y hayan inaplicado normas legales por considerarlas inconstitucionales.

En efecto, cuando los jueces ejercen el control difuso están sujetos a la necesaria elevación de dicha sentencia en consulta, en última instancia, a la Corte Suprema para que ésta a su vez confirme, o no, la interpretación realizada por los magistrados, tal como lo dispone el in-

(26) *Ley General de Arbitraje N° 26572*

“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 cuestión controvertida con arreglo al derecho aplicable. Es de conciencia cuando resuelven conforme a sus conocimientos y leal saber y entender.

(...)”.

ciso 3 del artículo 408 del Código Procesal Civil⁽²⁷⁾ y antes lo hacía el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁽²⁸⁾.

En este estado cabe cuestionarse si cuando los árbitros también han aplicado en sus laudos el control difuso, éstos también deber ser elevados, en consulta a la Corte Suprema.

En nuestra opinión, tal consulta no debiera darse en el arbitraje, ya que la misma afectaría la condición de justicia privada y vulneraría su esencia, por cuanto es la elección de las partes respecto de sus derechos

⁽²⁷⁾ *Código Procesal Civil*

“Artículo 408.- Procedencia de la consulta

La consulta sólo procede contra las siguientes resoluciones de primera instancia que no son apeladas:

1. La que declara la interdicción y el nombramiento de tutor o curador;
2. La decisión final recaída en proceso donde la parte perdedora estuvo representada por un curador procesal;
3. Aquella en la que el Juez prefiere la norma constitucional a una legal ordinaria; y
4. Las demás que la ley señala.

También procede la consulta contra la resolución de segunda instancia no recurrida en casación en la que se prefiere la norma constitucional. En este caso es competente la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema”.

⁽²⁸⁾ *Ley Orgánica del Poder Judicial*

“Artículo 14.- Supremacía de la norma constitucional y control difuso de la Constitución.

De conformidad con el Art. 236 de la Constitución, cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera.

Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación.

En todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece.

Cuando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por acción popular”.

disponibles que la solución de sus controversias no sea sometida a la justicia estatal sino a la justicia privada.

En tal sentido, si se aceptase que los laudos, en los cuales se ha ejercido el control difuso, deban ser elevados en consulta, se perdería el carácter de justicia privada ya que es claro que si se admitiese la consulta se tendría que admitir que el órgano judicial pudiese modificar el laudo, con lo cual se afectaría la autonomía privada presente en todo convenio arbitral.

Por otro lado, la consulta como tal, tiene su explicación o justificación en que en algunos casos, considerados importantes por el legislador procesal, se produzca una necesaria revisión de los fallos de primera instancia o de la segunda instancia, de ser el caso, con el fin de que, en esos casos excepcionales, el superior jerárquico pueda convalidar la resolución subida en consulta.

Esta institución procesal tiene su fundamento en la garantía de la doble instancia, de tal manera que en los casos en que la ley procesal así lo ha considerado, impone dicha doble instancia, aun en el supuesto de que las partes hayan consentido la resolución subida en consulta.

Pues bien como ha señalado el Tribunal Constitucional⁽²⁹⁾ en la sentencia recaída en el Expediente N° 3621-2005-PA/TC, cuando las

(29) Expediente N° 3621-2005-PA/TC del 8 de julio de 2005.

“5. Que, a juicio del Tribunal, la pretensión del recurrente no incide en el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pluralidad de instancia, habida cuenta que:

- a) La decisión de una persona para someter una controversia determinada al conocimiento de un tribunal arbitral (unipersonal o pluripersonal) conlleva una renuncia expresa a que dicha *litis* sea resuelta a través del órgano constitucional investido por la Constitución para ejercer la potestad jurisdiccional y, por tanto, que su desarrollo se realice con algunas de las garantías formales que integran el derecho al debido proceso.
- b) A parte del Derecho a ser juzgado por un juez predeterminado por la ley, cuya renuncia es insita a la decisión de someterse a un tribunal arbitral, otra de las garantías formales del debido proceso a las que se renuncia con dicha decisión lo constituye el derecho a la pluralidad de instancias, cuya titularidad y ejercicio está previsto sólo para el caso de las personas que deciden someter sus diferencias ante el Poder Judicial. En sede arbitral, en efecto, no está constitucionalmente garantizado que una determinada controversia necesariamente tenga que ser resuelta por una instancia plural.

partes han decidido, en uso de su autonomía de la voluntad, recurrir a la justicia arbitral están renunciando expresamente a que sea la jurisdicción estatal la que conozca de sus controversias y dicha renuncia implica también la renuncia ciertas garantías de la administración de justicia, como es el caso de la doble instancia existente en todo proceso seguido ante la jurisdicción estatal.

Consecuentemente, si la institución procesal de la consulta tiene su fundamento en el respeto a la doble instancia en beneficio de las partes y de los derechos que en determinados procesos se tratan, tal institución no cabe cuando las mismas partes han optado por la justicia arbitral en la cual, en la gran mayoría de los casos, se renuncia expresamente a la doble instancia con el objeto de privilegiar la rapidez de la solución del conflicto de intereses.

Sin embargo, como lo ha señalado el Tribunal Constitucional en la sentencia del expediente N° 6167-2005-HC el laudo en el cual se hubiese ejercido el control difuso podría ser cuestionado a través de los procesos que concede la Ley General de Arbitraje e incluso a través de las acciones de garantía (acción de amparo) que el Tribunal Constitu-

Aunque no sea relevante para lo que aquí verdaderamente importa, ha de señalarse que la afirmación que precede no quiere decir que ningún derecho fundamental de orden procesal tenga eficacia en el ámbito del arbitraje, o que al resolverse tales controversias, los árbitros no deban respetar y garantizar los derechos fundamentales proclamados por la Constitución Política del Estado. En efecto, este Tribunal tiene dicho (STC N°s. 1124-2001-AA/TC y 0976-2001-AA/TC, entre otras) que en nuestro ordenamiento constitucional, los derechos fundamentales no sólo tienen eficacia vertical, de manera que vinculan a todos los poderes públicos, sino que también tienen eficacia horizontal, de manera que éstos han de ser concretizados en las relaciones entre privados, ámbito al cual pertenece ciertamente todo lo relativo al arbitraje.

- c) Por ello, este Tribunal no considera, por un lado, que el derecho a la pluralidad de instancias resulte afectado como consecuencia de que el legislador haya previsto sólo un conjunto de supuestos para que un laudo arbitral pueda ser cuestionado mediante el recurso de apelación; y, de otro, que una operación semejante haya efectuado el artículo 77 de la Ley General de Arbitraje en relación con el recurso de casación, el que sólo ha quedado habilitado, muy excepcionalmente, para aquellos casos en los que la Corte Superior hubiera anulado, total o parcialmente, un laudo arbitral”.

cional ha aceptado aplicable para el caso de los arbitrajes siempre que para la interposición de las acciones de garantías se cumplan todos los presupuestos procesales que exige la ley.

Podemos concluir pues que, en todo proceso arbitral es una atribución o mejor dicho un deber de los árbitros el ejercer el control difuso, en la medida que ello sea necesario, y en el caso que dicho control de la constitucionalidad de las normas se haya ejercido, no es procedente que el laudo correspondiente sea elevado en consulta a órgano judicial alguno. ▲

 IBRAHIM FADLALLAH (*)

La noción de inversión: ¿Hacia una restricción de la competencia del CIADI? (**)

SUMARIO: 1. Arbitraje y tratado bilateral: la primera prueba. 2. Arbitraje y Convenio CIADI: la segunda prueba.

1. La noción de inversión, a la cual el Presidente Briner ha aportado una destacada contribución, está en el corazón del artículo 25 del Convenio de Washington, que determina la competencia del CIADI. Ella, sin embargo, no ha sido objeto de ninguna definición. Los trabajos preparatorios revelan que las múltiples tentativas se toparon con la dificultad de la empresa y, posiblemente también, con la voluntad de no encerrar desde el origen al CIADI dentro de operaciones delimitadas. La definición de la inversión parecía absorbida por el consentimiento de las partes⁽¹⁾.

(*) Árbitro internacional. Profesor Emérito de la Universidad de París X. Elegido Árbitro del año en 2007.

(**) Título original del artículo: “La notion d’investissement: vers une restriction à la compétence du CIRDI?”. Traducción a cargo de los doctores Carlos A. Soto Coaguila y Alexandra Valdivia Guerola.

(1) SCHREUER, V., *The ICSID Convention: a commentary*, Cambridge University Press, 2001, pp. 80 y ss.; MANCIAUX, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d’autres Etats*, Litec, 2004, p. 43; RUBINS, “The Notion of Investment in International Investment Arbitration”, en: *Arbitrating Foreign Investments Disputes*, Kluwer Law International, 2004, p. 283. La mayoría de las sentencias citadas son comentadas por M. E. GAILLARD, en: *La jurisprudence du CIRDI*, Pédone, París, 2004.

2. El cuestionamiento sobre la noción de inversión estalló cuando la competencia del CIADI comenzó a ser fundada, no sobre una cláusula específicamente convenida, sino más bien sobre una disposición de un tratado bilateral de promoción y de protección de las inversiones (TBI)⁽²⁾. El Convenio de Washington de 1965, había asegurado a los Estados sobre el carácter esencialmente voluntario del arbitraje. La moda de los tratados bilaterales, desde los años 1970, modificó la tendencia. Inicialmente concebidos como actos políticos, estos tratados han aumentado considerablemente los casos que son de competencia del CIADI. Una clara mayoría de arbitrajes del Centro reposa hoy en una cláusula de tratado bilateral, analizada como una oferta de la competencia del CIADI por cada Estado contratante a los inversionistas del otro Estado, que pueden aceptarlo introduciendo una demanda de arbitraje⁽³⁾. Después de un combate sobre los alcances de esta competencia, que aún no ha concluido pero que resulta ampliamente favorable para los inversionistas, la resistencia está desplazándose hacia el terreno de la noción de inversión.

Desde entonces, en la mayoría de arbitrajes recientes, los árbitros han sido invitados a verificar si el litigio está en relación directa con una inversión, conforme al tratado bilateral invocado y el Convenio CIADI.

1. ARBITRAJE Y TRATADO BILATERAL: LA PRIMERA PRUEBA

3. Prácticamente todos los tratados bilaterales contienen una disposición sobre las inversiones a las que se refieren. Pero no se trata de una definición: los TBIs no proporcionan un criterio distintivo, ni las características de la inversión. Enumeran, de una manera

(2) PAULSSON, Jan, "Arbitration without privity", en: *ICSID Rev.*, Vol. 10 (2), 1995, p. 232; HAMIDA, W. Ben, "*L'arbitrage transnational unilatéral. Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*", thèse, París II, 2003.

(3) Los Estados que firmaron estas cláusulas al principio pueden haberse sorprendido. La excusa ya no va más hoy día. Algunos tratados generan cierta competencia neutralizando las renunciaciones preliminares (v. por ejemplo el *Traité France-Tadjikistan*, 4 diciembre 2002, JO 12 enero 2005, p. 498).

no limitativa, los casos considerados como inversiones. Estamos en presencia de una lista de bienes y de derechos⁽⁴⁾ donde se mezclan bienes muebles e inmuebles y otros derechos reales, acciones, obligaciones, créditos y derechos con prestaciones que tienen un valor económico, derechos intelectuales y concesiones. Por una tautología reveladora, “leemos en ciertos tratados que el término “inversión” designa todos los activos, tales como los bienes, los derechos e intereses de toda naturaleza”, luego, que “dichos activos deben ser o haber sido invertidos conforme a la legislación”. Una “inversión” que debe “haber sido invertida”: los tratados bilaterales no son de gran ayuda para definir la noción de inversión.

En realidad, estos tratados retomaron una presentación que había tenido uso en el siglo XIX para la protección de los bienes extranjeros y que había servido de modelo en un proyecto de convenio OCDE sobre la cooperación económica internacional⁽⁵⁾.

4. Cuando la competencia del CIADI es fundada en un TBI, la primera prueba a pasar es la de saber si la inversión que sirve de base a la demanda entra en las previsiones de ese tratado. Éstas son tan amplias que la exigencia es verificada prácticamente siempre⁽⁶⁾. En *AMT vs.*

(4) Los tratados concluidos por Francia generalmente contienen la cláusula siguiente: “El término “inversión” designa los bienes, los derechos y los intereses de toda naturaleza de y más particularmente pero no exclusivamente:

- A) Los bienes muebles e inmuebles, así como todos los derechos reales, tales como las hipotecas, privilegios, usufructos, fianzas y derechos análogos;
- B) Las acciones, primas de emisión y otras formas hasta minoritarias o indirectas de participación de las sociedades constituidas en el territorio de una de las partes;
- C) Los créditos, las obligaciones o todos los derechos de prestación que tengan un valor económico;
- D) Los derechos de autor, los derechos de propiedad industrial, los procedimientos técnicos, las marcas y la clientela;
- E) Las concesiones acordadas por ley o en virtud de un contrato, particularmente las concesiones relativas a la prospección, la cultura, la extracción o la explotación de riquezas naturales incluido las que se sitúan en las zonas marítimas adyacentes en las cuales las Partes contratantes ejercen derechos soberanos”.

(5) CARREAU, *Rép. Droit international, V° Investissements*, pp. 7 y ss.

(6) SCHREUER, *The ICSID Convention: a commentary*, cit., pp. 98 y ss.

Zaire⁽⁷⁾, se sentenció que la participación en una sociedad constituía una inversión, en el sentido del tratado bilateral Zaire - Estados Unidos que decía: “*las acciones u otros intereses en una sociedad*”; en *Fedax vs. Venezuela*⁽⁸⁾, el Tribunal consideró que los pagarés estaban cubiertos por los términos “*todo tipo de activos*” y créditos de dinero (*titles to money*) incluidos en el tratado entre Países Bajos y Venezuela. En los casos *Salini vs. Marruecos*⁽⁹⁾ y *RFCC vs. Marruecos*, el Tribunal consideró que las peticiones del empresario relevaban derechos contractuales incluidos en la definición de la inversión del tratado ítalo-marroquí. Pero recientemente, comprobamos un cierto retroceso de la jurisprudencia arbitral por retener la existencia de una inversión en el sentido del TBI. Unas veces se invoca el sentido literal de las palabras empleadas en el tratado, y en otras, se recurre a un concepto de inversión que constituiría un factor común de la enumeración referida en el tratado. Tres sentencias ilustran esta tendencia.

5. En el asunto *Mihaly vs. El Sri Lanka*, el Tribunal arbitral estimó que los gastos hechos en el curso de negociaciones infructuosas no caían en la definición de inversión según el tratado⁽¹⁰⁾. El método de esta sentencia ha sido cuestionado. Interpretando cartas de intención, esta sentencia se fundó en la ausencia de compromiso firme del Estado y reveló que, frente a estas circunstancias, el Estado no había aceptado que los gastos litigiosos fuesen constitutivos de una inversión. Se trataba entonces, no de decidir el fondo del litigio, ni de buscar la voluntad

(7) *American Manufacturing & Trading, Inc. v. República Democrática del Congo* (Caso N° ARB/93/1), Sentencia del 21 de febrero de 1997, 36 *ILM* 1534(1997); 12 *Int'l Arb. Rep.*, n° 4, at Sec. A (Apr. 1997); 5 *ICSID Rep.* 14 (2002); Traducción francesa en: *La jurisprudence CIRDI*, p. 425.

(8) *Fedax N.V. v. Republica de Venezuela* (Caso No. ARB/96/3), Décision sur la compétence del 11 de julio de 1997; 37 *ILM* 1378 (1998); 5 *ICSID Rep.* 186 (2002); 24a Y.B. Com Arb. 24 (1999) (excerpts); Sentencia del 9 de marzo de 1998, 37 *ILM* 1391 (1998); 5 *ICSID Rep.* 200 (2002); 24a Y.B. Com Arb. 39 (1999) (excerpts); Traducción francesa (extractos) en *JDI* 1999, p. 278.

(9) *Salini Costruttori SpA v. Marruecos* (ARB/00/4), Décision sur la compétence, 23 de julio de 2001, *JDI* 2002, p. 196; traducción inglesa en 42 *ILM* 609 (2003), 6 *ICSID Rep.* 400 (2004).

(10) *Mihaly v. Sri Lanka*. La solución sería la misma en *Zhinvali c. Géorgie*, sentencia del 24 de enero de 2003, inédito.

del Estado de comprometerse por un contrato, sino más bien de interpretar el TBI⁽¹¹⁾, cuyo sentido y alcance no pueden depender, por lo menos negativamente, de la voluntad unilateral y posterior de uno de los Estados.

En el asunto Nagel *vs.* República Checa⁽¹²⁾, los árbitros, después de haber precisado un denominador común a las inversiones enumeradas en el TBI entre el Reino Unido y la República Checa, consideraron que la petición se refería a derechos hipotéticos no incluidos en las previsiones del tratado relativas a las “acreencias de cantidades de dinero o derecho de prestación que tengan un valor financiero en virtud de un contrato”. El demandante sostenía que los acuerdos de cooperación que había suscrito con una de las dos empresas públicas checas de telefonía le habrían permitido obtener una licencia de telefonía, finalmente otorgada por el Estado a otro consorcio. Podemos preguntarnos si aquí también la decisión de los árbitros no confunde la aplicabilidad del tratado con la solución de fondo.

6. La noción de “derecho potencial” es igualmente invocada en el caso Joy Mining *vs.* Egipto⁽¹³⁾, para descartar una demanda de liberación de garantías bancarias correspondiente a un contrato de abastecimiento y de instalación, llave en mano, de un sistema operativo destinado a mejorar la producción de una importante mina de fosfatos. Los árbitros consideraron que la garantía constituía un compromiso condicional que no entraba en la rúbrica “*all types of assets, pledges and claims to money*” y destacó que Egipto no había apelado la garantía ni había sido beneficiado de ella. No sabemos si la garantía fue extinguida, lo que suprimía el problema. Pero, si esta estaba vigente, la decisión parecía entonces demasiado severa. En efecto, todos sabemos, que el aportar

(11) HAMIDA, “*L'arbitrage transnational unilatéral. Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*”, cit., § 517. HAMIDA, “The Mihaly v. Sri Lanka Case: some thoughts relating to the status of pre-investment expenditures”, en: *Foreign Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the NAFTA, the ICSID, and Customary International Law 2005* (à paraître) por Todd Weiler; GAILLARD, en: *JDI 2003*, p. 165; ver también la opinión del árbitro Serratgar.

(12) Sentencia del 9 de septiembre 2003, reglamento CNUDCI, Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, Estocolmo Arb. Rep. 2004-1, p. 141.

(13) Joy Mining Machinery Limited *v.* The Arab Republic of Egypt (ARB/03/11), *décision sur la compétence*, 30 julio de 2004, en: http://www.asil.org/ilib/JoyMining_Egypt.pdf.

una carta-fianza irrevocable tiene claras implicaciones monetarias: cuesta dinero, reduce el crédito del dador y puede inmovilizar la contragarantía ofrecida por él. La restitución de la garantía es un derecho que emana del contrato, una vez que las obligaciones que avala han sido cumplidas. Los árbitros no extendieron su análisis al conjunto de la operación, lo que sí hicieron, sin embargo, respecto de la aplicación del Convenio CIADI (v. infra, n° 17).

7. El mismo método se aplica cuando la competencia arbitral es tomada de una ley estatal sobre inversión. El criterio que hay que cumplir entonces es el de esta ley, generalmente más restrictivo que el TBI⁽¹⁴⁾. Estas legislaciones nacionales no pueden, evidentemente, primar sobre los instrumentos internacionales que comprometen al Estado.

2. ARBITRAJE Y CONVENIO CIADI: LA SEGUNDA PRUEBA

8. El respeto del criterio de la inversión en el sentido del tratado bilateral (o de la ley estatal) constituye un paso obligatorio que le permite al inversionista invocar la cláusula de arbitraje que figura en el tratado; pero sólo significa que la oferta de arbitraje se aplica a la operación o al derecho en cuestión. Una prueba negativa al título del TBI equivale a un defecto de consentimiento al arbitraje y dispensa de investigar si hay inversión en el sentido del artículo 25 del Convenio⁽¹⁵⁾. Pero si la prueba es positiva, se plantea entonces una segunda cuestión: ¿hace falta, además, que el litigio resulte de una inversión en el sentido del Convenio y, en caso afirmativo, cuál es este sentido?

9. Esta cuestión es específica al arbitraje CIADI. Ella no se plantea si la oferta concierne a otro arbitraje, institucional⁽¹⁶⁾ o no, o si el inversionista, que a menudo tiene la facultad, opta por este otro arbitraje. La competencia de los árbitros no puede entonces ser declinada *ratione materiae*, excepto en los casos de no arbitrabilidad que son ajenos a la

(14) Ver, por ejemplo, *SPP v. Egypte*, Décision sur la compétence, 27 noviembre de 1985, 3 *ICSID Reports* 112.

(15) *Mihaly v. Sri Lanka, cit.*, Décision del 15 de marzo de 2002; 17 *ICSID Rev.—FILJ* 142 (2002); 41 *ILM* 867 (2002); 6 *ICSID Rep.* 310 (2004).

(16) Por ejemplo, CCI o el Instituto de la Cámara de Comercio de Estocolmo.

materia de inversiones. ¿Es entonces legítimo tratar de manera diferente dos arbitrajes alternativos previstos por la misma cláusula? Sin embargo, no podemos ignorar la triple especificidad del arbitraje CIADI que encuentra su fuente en un tratado multilateral ampliamente ratificado, sometido a una organización particular en el marco del Banco Mundial, y que contiene, para el inversionista, una fuerza ejecutoria directa que escapa de todo control estatal. La extensión del arbitraje CIADI no puede ser de préstamo.

10. Sin embargo, lo que consagra el método, denominado subjetivo, consiste en referirse, de manera determinante, a la voluntad de las partes. Encontramos el primer sustento en el Informe de los administradores:

“No ha sido considerado necesario definir el término “inversión” teniendo en cuenta que el hecho de que el consentimiento de las partes constituye una condición esencial, y teniendo en cuenta que el mecanismo por el cual los Estados Contratantes pueden, si lo desean, indicar de antemano las categorías de litigios que estarían o no dispuestos a someter en el Centro (Artículo 25 (4))”⁽¹⁷⁾.

Esta presentación lacónica contiene un riesgo de error sobre el artículo 25(4). Este texto prevé una información simple y no una reserva; la información cede ante una cláusula de arbitraje CIADI. Asimismo, no parece que haya algún ejemplo donde la competencia del Centro haya sido determinada con relación a esta información. Pero la posición inicial de los administradores condujo a comentaristas diversos a reconocer en las partes una gran libertad para calificar su operación de inversión⁽¹⁸⁾. Entonces, la condición de inversión según el Convenio sería cumplida desde que se trata de una inversión en el sentido del TBI⁽¹⁹⁾. Varias decisiones consideran que el Convenio

⁽¹⁷⁾ 1 *ICSID Reports* 1993, § 27. Sin embargo, la cláusula-tipo 3 de 1993 invita las partes a enunciar expresamente que la operación es una inversión.

⁽¹⁸⁾ SCHREUER, *The ICSID Convention: a commentary*, cit., § 88 et 91.

⁽¹⁹⁾ *CSOB v. Slovaquie*, Décision sur la compétence, 24 de mayo de 1999, en: 14 *ICSID Rev.*, 1999, pp. 251, 274 et 282.

CIADI es satisfecho si se está en presencia de una inversión en el sentido del TBI o se contentan con revelar que el TBI está satisfecho⁽²⁰⁾, o también reconocen a las partes en un TBI el derecho a definir la inversión en el sentido del Convenio⁽²¹⁾.

11. La tesis subjetiva jamás ha sido llevada hasta el extremo. La práctica del Centro, conforme con el artículo 2 (1) (e) del Reglamento de Iniciación de los Procedimientos, exige que la demanda contenga información indicando la existencia, entre las partes, de un desacuerdo de orden jurídico en relación directa con una inversión. A pesar del liberalismo del que el Centro dio prueba al admitir los arbitrajes fundados sobre la voluntad directa de las partes, sucedió que el Secretario General negó el registro de una demanda (artículo 6 (1) (b) del Reglamento precitado) a pesar de la cláusula compromisoria que designa al Centro, porque la operación litigiosa no constituía manifiestamente una inversión⁽²²⁾. Un instrumento internacional tal como el Convenio CIADI no puede depender, para su aplicación, de determinaciones que le son exteriores, que se trate de un tratado bilateral, de una ley del Estado de acogida o de la voluntad de las partes. La doctrina determina claramente que el criterio de los tratados bilaterales debe combinarse con la concepción de la inversión según el Convenio⁽²³⁾; las sentencias recientes han adoptado la misma solución⁽²⁴⁾. Esta es plenamente justificada: la definición de la inversión en los tratados bilaterales cumple otra función que la del Convenio CIADI. En el primer caso, nos referimos a la más grande categoría de bienes para asegurarles una protección

(20) *ME Cement Shipping and Handling v. Egipto*, 12 de abril del 2002, en: *18 ICSID Rev.* 602, (2003).

(21) *Generation Ukraine v. Ucrania* (ARB/00/9), Laudo, 16 de septiembre de 2003, www.asil.org/ilm/ukraine.pdf; ver también F. Yala, "La notion d'investissement", en *Gazette du Palais, Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2004/2, p. 15 et 2003/2, p. 9.

(22) SHIHATA y PARRA, "The experience of ICSID", en: *ICSID Rev.*, Vol. 14, N° 2, 1999, p. 308.

(23) SCHREUER, *The ICSID Convention: a commentary*, cit., § 90 y 98; HAMIDA, *L'arbitrage transnational unilatéral. Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, cit., § 521; RUBINS, N. D., "The notion of investment in International Investment Arbitration", préc.

(24) *Salini v. Maroc*, *RFCC v. Maroc* préc., *Joy Mining v. Egipte* préc., *Salini v. Jordanie* (ARB/02/13), *Décision sur la compétence*, 29 de noviembre de 2004, en: <http://www.worldbank.org/icsid/cases/salini-decision.pdf>.

recíproca; en el otro, elegimos una variedad de operaciones para asegurarle al inversionista un tratamiento judicial, internacional e imparcial que lo pone en igualdad con el Estado de acogida. Que hayan, similitudes es una evidencia; pero no hay coincidencia.

12. Si se conviene que la noción de inversión debe ser ampliamente entendida, esto no dispensa la búsqueda de una definición objetiva. Así como esta definición, por hipótesis independiente de las partes, no puede ser variable según su consentimiento, la sola aproximación coherente es contemplar una noción muy amplia de la inversión según el Convenio. Y primero, insistiremos en la necesidad de una aproximación global de la operación de inversión, sin limitarse al objeto específico de la petición, que puede ser restrictivo.

13. Estos planteamientos serían eficaces si se llega a definir a la inversión en el sentido del Convenio. La empresa es riesgosa y, probablemente, contraria al espíritu del Convenio: miles de tentativas han fracasado, durante los trabajos preparatorios; es claro que los redactores desearon elaborar un convenio abierto, sin hipotecar el futuro. Desde entonces, varios métodos son factibles. El primero es casuístico: con el transcurrir de los casos particulares, elaboramos una lista de situaciones, consideradas o no como inversiones. Podemos reconocer perfectamente una inversión sin tener que establecer los contornos precisos de la noción. Varias sentencias tratan sobre este planteamiento.

Una lista impresionante de operaciones ha sido preparada en los temas económicos más diversos, desde la construcción de casas a la explotación petrolera, pasando por el turismo y la industria⁽²⁵⁾. La jurisprudencia ha considerado como una inversión a los pagarés (asunto *Fedax vs. Venezuela*)⁽²⁶⁾, a un préstamo (caso *CSOB vs. República Eslovaca*)⁽²⁷⁾, a un contrato de obra civil (caso *Salini vs. Marruecos*), a una licencia (caso *Me Cement vs. Egipto*) a un contrato de prestación de servicios

⁽²⁵⁾ SCHREUER, *The ICSID Convention: a commentary*, cit., § 119.

⁽²⁶⁾ Décision sur la compétence, 11 de julio de 1997, 37 ILM 1378 (1998), 5 *ICSID Rep.* 186 (2002).

⁽²⁷⁾ Décision sur la compétence, 24 de mayo de 1999, 14 *ICSID Rev.*

(casos *SGS vs. Paquistán*⁽²⁸⁾ y *SGS vs. Filipinas*)⁽²⁹⁾. En el caso *Kaiser Bauxite vs. Jamaica*⁽³⁰⁾, el tribunal da una importancia particular al consentimiento de las partes en la determinación de la competencia del Centro pero comprueba también que la operación en el origen del litigio forma parte de aquéllas contempladas por el Convenio. El tribunal admitió, en el caso *Letco vs. Liberia*⁽³¹⁾, que los importes gastados para desarrollar una concesión de explotación de bosques, así como los otros compromisos, estaban en relación directa con una inversión en el sentido del Convenio. Más interesante es el asunto *Soabia vs. Senegal*⁽³²⁾, en el cual se presentaron al tribunal dos contratos de los cuales solamente uno contemplaba la competencia del *CIADI*. Se admitió que la cláusula cubría el conjunto de la operación; rechazó, es cierto, la calificación de inversión a un contrato para la construcción de un edificio, con pagos a medida del avance de los trabajos, pero este contrato contenía una cláusula atributiva de jurisdicción a los tribunales locales y su exclusión, por otro lado, evitaba perturbar la competencia del *CIADI* ya admitida.

14. Pero toda casuística implica una idea subyacente. La clarificación de esta idea conduce a determinar las características de la inversión, las mismas que constituirán la definición buscada. Los elementos de la inversión han sido determinados principalmente por las sentencias *Fedax vs. Argentina*, *Salini vs. Marruecos* y *Joy Mining vs. Egipto*. El primero es la *duración*. Este elemento no es discutible, aunque su determinación puede ser arbitraria. En el momento de la preparación del Convenio, se había propuesto una duración mínima de cinco años, sugerencia no aceptada, con razón. Pero, los contratos de ejecución instantánea, tal como sucede en una venta comercial, no constituyen una inversión. Esto evidentemente no excluye todas las ventas, porque una colocación inmobiliaria o la compra de títulos pueden constituir, para

(28) Décision sur la compétence, 6 de agosto de 2003, *ICSID Rev.* 2003, p. 307 *JDI* 2004, p. 257.

(29) Décision sur la compétence, 29 de enero de 2004, en: <http://www.worldbank.org/icsid/cases/SGSvPhil-final.pdf>

(30) Décision sur la compétence, 6 de julio de 1975, *1 ICSID Rep.* 303.

(31) Décision sur la compétence, 24 de octubre de 1984, reproducida en la sentencia del 31 de marzo de 1986, *2 ICSID Reports* 349.

(32) Laudo del 25 de febrero de 1988, *2 ICSID Reports* 219.

el comprador, una inversión. El segundo elemento es el *aporte del inversionista*. Éste puede tomar diversas formas: aporte en capital, compromiso sustancial (Fedax), aporte en especie, personal y *know how* (Salini). El tercer elemento concierne al *flujo de frutos y rentas*, pero esta forma ideal no es necesaria. Lo que más caracteriza a la inversión es la perspectiva de un retorno fructuoso. El siguiente elemento es la *asunción de riesgo*: en estricto sentido, se entiende como riesgo, directo o indirecto, la rentabilidad de un proyecto industrial, comercial o agrícola. La decisión Salini extendió este enfoque reconociendo la existencia de un riesgo en la ejecución de una obra pública. El último elemento es la *contribución al desarrollo del país de acogida*. Aquí también, ¿hay que distinguir entre la edificación de un complejo inmobiliario y la adquisición de ese complejo una vez construido? El desarrollo es una exigencia política, no es necesario convertirla en una condición jurídica.

15. Una cuestión similar se plantea por el conjunto de los elementos evocados. ¿Debemos considerarlos como criterios acumulativos necesarios y deducir una definición formal con valor dogmático? Este enfoque contiene varios inconvenientes. En primer lugar, ella no parece conforme al pie de la letra del Convenio que deliberadamente apartó toda definición normativa. Ella no está conforme con el espíritu de apertura y de liberalismo. En segundo lugar, el enunciado de un criterio obligatorio impone una definición precisa de este criterio. Varios años serían necesarios para llegar allá, sin seguridad del resultado uniforme: el liberalismo favorable para los inversionistas y el rigor, cada vez más requerido por los Estados, pueden dibujar dos corrientes difícilmente conciliables. Más vale, de verdad, considerar estos elementos como factores pertinentes susceptibles de guiar a los árbitros, un poco como las reglas de interpretación de los contratos⁽³³⁾. No es necesario que se encuentren todos, y es importante dejar a los árbitros un margen confortable de apreciación.

16. Objetaremos posiblemente que la sentencia Salini vs. Marruecos, seguida por Salini vs. Jordania, procedieron a una comprobación metódica de los diversos elementos. Pero esto sería olvidar que es el inversionista mismo quien sostenía que todos los criterios de la inver-

⁽³³⁾ DUPICHOT, V., "Pour un retour aux textes: défense et illustration du "Petit guide-âne" des art. 1156 à 1164", en: *Etudes Flour*, 1979, pp. 179 y ss.

sión habían sido reunidos. El tribunal, antes de introducir una categoría nueva de inversión, obró *optimo jure*⁽³⁴⁾. Él mismo revela que los precedentes que excluirían la competencia del CIADI serían más pertinentes.

17. Precisamente, la decisión *Joy Mining vs. Egipto* (v. supra n° 6) declinó la competencia CIADI al considerar que un contrato llave en mano de un sistema de explotación minera, cuyas realizaciones fueron garantizadas, con asistencia técnica y presencia de personal cualificado en las instalaciones, durante varios años, no constituía una inversión en el sentido del Convenio. El alcance de dicha sentencia llama a reflexiones diversas⁽³⁵⁾. Los árbitros, que habían excluido la aplicación del TBI donde figura la cláusula de arbitraje, habrían podido dispensarse de esta búsqueda. No obstante, parece que hubieran tratado de contribuir en la búsqueda de una definición, declarando no querer apartarse de la jurisprudencia anterior. Esta afirmación es difícil de mantener en lo relativo a, por ejemplo, la solución *Fedax vs. Venezuela*. Sea lo que fuere, los árbitros parecen haber determinado su decisión en el hecho de que lo esencial del contrato se apoyaba en la entrega del equipo cuyo precio había sido pagado por una carta de crédito. Podemos vacilar en la pertinencia de esta consideración. Sin entrar en el meollo de la calificación del contrato como uno de venta o de empresa que se debería considerar indiferente *per se* a la definición de inversión, queda claro que el contrato era uno llave en mano, debía ejecutarse en el tiempo, fue combinado por garantías de restitución de cantidad a cuenta y cumplimiento, contenía exigencias de los resultados en la explotación minera e implicaba un control técnico de varios años. Otro tribunal habría podido descubrir allí los elementos pertinentes para el reconocimiento de una inversión.

18. Finalmente, la mejor definición puede ser dada por oposición⁽³⁶⁾: lo que no es una transacción comercial puede ser considerada como una inversión. Habría que precisar sin duda que esto se refiere a las transacciones comerciales ordinarias, susceptibles de ejecución instantánea, o las ventas de cosas futuras que agotan sus efectos con la entrega. Pero, ya, el diablo se reintroduce por los detalles. ▲

(34) El rigor señalado por M. GAILLARD, en: *JDI 2002*, p. 196, se explica sin duda aquí.

(35) Ver el comentario de M. GAILLARD, en: *JDI 2005*.

(36) HORCHANI, V., "Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation", en: *JDI 2004*, pp. 367 y ss.

 ALEXIS MOURRE (*)

Ejecución forzada de laudos internacionales (**)

SUMARIO: 1. El reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales. 1.1. Las condiciones del reconocimiento y de la ejecución. 1.1.1. Marco jurídico. 1.1.2. Condiciones de reconocimiento y ejecución en el marco de la Convención de Nueva York. 1.2. Medidas de recurso y ejecución provisional. 1.2.1. La renuncia al ejercicio de medidas de recurso contra el laudo. 1.2.2. Reconocimiento y ejecución del laudo y carácter suspensivo del recurso. 1.2.3. Ejecución provisional. 2. Ejecución de laudos e inmunidad de ejecución de los Estados. 2.1. Fundamento y reglas aplicables. 2.2. Alcance de la inmunidad de ejecución. 2.3. Renuncia a la inmunidad de ejecución. 2.4. Disposiciones de la Convención de Naciones Unidas de 2005. 3. La responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de su obligación de ejecutar un laudo extranjero. 3.1. Laudos privados. 3.2. Laudos CIADI. 3.3. Laudos del *Iran-US Claims Tribunal*.

1. EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES

1.1. Las condiciones del reconocimiento y de la ejecución

1.1.1. Marco jurídico

Los laudos arbitrales internacionales son mayoritariamente aceptados y ejecutados espontáneamente, no solo porque no son apelables, sino también como expresión de la confianza depositada por las partes

(*) Árbitro internacional. Miembro fundador del despacho de abogados Castaldi, Mourre & Partners, París .

(**) Ponencia presentada en el II Congreso Internacional de Arbitraje organizado por el Club Español del Arbitraje, Madrid 17 y 18 de junio de 2007.

en los árbitros⁽¹⁾. Cuando el laudo arbitral no es ejecutado espontáneamente, es necesario recurrir al poder coercitivo del Estado para otorgarle fuerza ejecutoria en los mismos términos que a una sentencia judicial. La declaración de su fuerza ejecutoria es ordenada por la jurisdicción estatal como resultado de un procedimiento de *exequatur*, el cual es regulado por las disposiciones internas del foro sobre la materia.

El primer problema que se puede plantear cuando se requiere el reconocimiento y la ejecución de una decisión arbitral es saber si dicha decisión puede calificarse como laudo. No cabe en esta contribución analizar el concepto de laudo arbitral. Sin embargo, la cuestión tiene una gran relevancia en cuanto a la posibilidad de recurrir a la ejecución forzosa. En ciertos ordenamientos jurídicos, se considera que sólo se puede calificar como laudo una decisión que resuelva de manera final y definitiva el fondo del asunto o sobre una excepción de procedimiento tendiente a poner fin a la instancia arbitral⁽²⁾. En tal sentido, no será posible la ejecución de laudos provisionales, o de decisiones que los árbitros hayan calificado como órdenes procesales porque se reservan la posibilidad de modificarlas. Particularmente, en Francia a partir de una sentencia del Tribunal de apelación de París de 2004⁽³⁾, al igual que en Estados Unidos⁽⁴⁾, se admite la ejecución forzada como si se tratase de laudos, de decisiones provisionales que hayan pronunciado condenas contra una parte. La calificación de la decisión que se presente al *exequatur* como laudo puede ser difícil, tal y como se evidenció en un reciente asunto en el cual se solicitaba la ejecución forzosa de una decisión pronunciada en aplicación del reglamento de *pre-arbitral referee* de la CCI. La Corte de apelación de París consideró que dicha decisión no podía

(1) TANNOCK, *Judging the Effectiveness of Arbitration through the Assessment of Compliance with and Enforcement of International Arbitration Awards*, Arbitration International, 2005, p. 71; VAN DEN BERG, "Refusals of enforcement under the New York Convention of 1958: the Unfortunate Few", en: *Boletín de la Corte Internacional de la CCI*, 1999 (suplemento especial), p. 75.

(2) POUURET Y BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant-LGDJ-Schultess, 2002; LEW, MISTELIS Y KROL, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, p. 699.

(3) París, 7 de octubre de 2004, Otor c. Carlyle, JDI 2005 p. 341, con nota de MOURRE.

(4) Court of Appeal, 7th Circuit, 14 de marzo de 2000, Publicis Communications c. True North, 206 F. 3d 725, *Cahiers de l'arbitrage*, Recueil, Vol. I (2000-2001), 376.

ser asimilada a un laudo arbitral y se negó por lo tanto a autorizar su ejecución⁽⁵⁾. Dichas incertidumbres hacían tanto más deseable que se modificara la ley-modelo UNCITRAL para prever la posibilidad de ejecutar como laudo, decisiones arbitrales provisionales. Desafortunadamente, la reforma recién adoptada de la ley-modelo en julio de 2006 deja abierta dicha cuestión.

Una vez establecido que la decisión puede calificarse como laudo, se plantea la cuestión de determinar las reglas aplicables a la ejecución. Al respecto, hay que poner de manifiesto que el régimen aplicable al reconocimiento y a la ejecución del laudo puede depender de su naturaleza. Hay que distinguir entre laudos nacionales, laudos extranjeros y laudos que no tienen raíces nacionales.

a. Laudos nacionales

Se definen como laudos nacionales aquellos que han sido proferidos en el mismo país en el cual se pide su reconocimiento y ejecución. Es importante aclarar que no existe correlación alguna entre la distinción de laudos nacionales y extranjeros y la calificación internacional o interna del arbitraje.

Al reconocimiento y ejecución de laudos nacionales, que sean internos o internacionales, será aplicable la ley del foro, no siendo aplicable la Convención de New York.

Las distintas leyes nacionales aplicables pueden prever diferentes normas para el reconocimiento y la ejecución de los laudos internacionales o internos. Francia, por ejemplo, concibe un régimen de recursos diferentes para laudos proferidos en materia internacional o en materia interna –mientras que en materia internacional, sólo es admisible el recurso de anulación en casos limitados, en materia interna se admite el recurso de apelación, a menos que las partes hayan acordado excluir tal medida. Otros ordenamientos jurídicos consagran, como Francia, una reglamentación específica para el arbitraje internacional, como lo hace

⁽⁵⁾ París, 29 de abril de 2003, SNPC c. Total Fina Elf. Tal decisión nos pareció criticable: MOURRE, Alexis, «Référé pré-arbitral de la CCI: to be or not to be a judge», *Cahiers de l'arbitrage*, Vol. II, 2002-2003, p. 77.

el derecho suizo. Sin embargo, en la mayoría de los países, se ha adoptado una legislación “monista”, en la cual se desconoce la distinción entre arbitraje interno y arbitraje internacional (Países Bajos, Inglaterra, Alemania, Austria, España, Finlandia, Noruega, Bélgica, Italia, Suecia, Portugal). En dichos países, las reglas aplicables al reconocimiento y a la ejecución de laudos nacionales será idéntica, sin importar si los laudos presentan o no características de internacionalidad.

b. Laudos extranjeros

Se definen como laudos extranjeros aquellos laudos que han sido proferidos en un país distinto de aquel donde se pide su reconocimiento y ejecución. Para definir el régimen jurídico aplicable al reconocimiento y a la ejecución de dichos laudos, es preciso determinar si se aplicará la ley del foro o una convención internacional bilateral o multilateral. Cuando no se aplique ninguna convención bilateral o multilateral, la ejecución del laudo extranjero será regida por la ley del foro.

Aunque vayan disminuyendo, siguen vigentes acuerdos bilaterales de cooperación judicial que se aplican al reconocimiento, no sólo de fallos judiciales, sino también a laudos proferidos en el otro Estado. Posiblemente, dichos tratados bilaterales podrán encontrarse en conflicto con una convención multilateral como la Convención de Nueva York⁽⁶⁾. La convención internacional por excelencia con vocación universal para el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros es la Convención de Nueva York de 1958.

No es el objeto de este artículo analizar a fondo la Convención de Nueva York. Este instrumento es justamente considerado como el texto fundamental del derecho internacional del arbitraje. El abandono del sistema de revisión a fondo del laudo por parte del juez de control y el establecimiento de causales limitativas de rechazo de ejecución del laudo extranjero en el Estado requerido, consolidan la efectividad y segu-

⁽⁶⁾ En tema de conflictos de convenciones internacionales, véase POUURET Y BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, cit., p. 878; LEW, MISTELIS Y KROL, *Comparative International Commercial Arbitration*, cit., p. 693.

ridad del arbitraje comercial internacional. Aunque principios como el abandono de la revisión a fondo ya existían en convenciones como la de Ginebra de 1927, la Convención de Nueva York le ha dado un gran reconocimiento y desarrollo internacional. Asimismo, ha introducido nuevas reglas que siguen siendo el fundamento del derecho a la ejecución de laudos extranjeros, reglas tales como: pertenece a la parte contra la cual el laudo es invocado probar la existencia de una razón de no reconocimiento (artículo V). La Convención fue tan moderna que, aunque cincuenta años después, este instrumento parece difícilmente mejorable. Por supuesto, siguen aplicables en el marco de la Convención principios que pueden parecer arcaicos, como el reenvío al método de conflictos de leyes para determinar la validez del convenio arbitral.⁽⁷⁾ También se puede criticar el énfasis dado a la ley del lugar del arbitraje, por la posibilidad de rechazar la ejecución del laudo cuando éste haya sido anulado o suspendido en su país de origen (artículo V § 1 (e)). Finalmente, la libertad reconocida a los Estados miembros de definir como quieran el concepto de orden público ha permitido importar particularismos nacionales en el marco de este instrumento de internacionalización del derecho de arbitraje.

Sin embargo, dichos defectos son probablemente inevitables en el mundo de hoy y son en gran parte aliviados por la gran flexibilidad del texto en razón de la reserva de aplicación del derecho nacional más favorable previsto en el artículo VII. Como decía el Prof. Fouchard,⁽⁸⁾ las vías para lograr una mayor eficacia internacional de los laudos internacionales no se encuentran en una eventual reforma de la Convención, sino más bien en una mayor difusión internacional de la cultura arbitral. Parece más importante luchar contra los particularismos nacionales y las tentativas de reestablecer la revisión a fondo del laudo a través de conceptos muy expansivos del orden público, que proponer una reforma de la Convención que haría correr el riesgo de dañar la simplicidad y flexibilidad de este extraordinario instrumento. Cabe subrayar, sin

(7) En este sentido, LOQUIN, “L’exécution des sentences arbitrales internationales au début du troisième millénaire, Bilan et prospective”, en: *RDAI*, 2003, p. 747.

(8) FOUCHARD, “Suggestions pour accroître l’efficacité internationale des sentences arbitrales”, en: *Rev. Arb.*, 1998, p. 653.

embargo, que hay una tendencia general, en la mayoría de los países, para favorecer el reconocimiento y la ejecución de laudos⁽⁹⁾.

La Convención regula el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales proferidos en un Estado diferente de aquel donde es invocado o de laudos que no son considerados como nacionales en el Estado requerido⁽¹⁰⁾. Los Estados están habilitados, sin embargo, para limitar el campo de aplicación de la Convención para sólo los laudos proferidos en otro Estado parte de la Convención –reserva de reciprocidad–, o para “*los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su derecho interno*” –reserva de comercialidad.

La reserva de reciprocidad condiciona el compromiso del Estado de reconocer y ejecutar un laudo extranjero al hecho que haya sido proferido en otro Estado miembro. Actualmente, sigue vigente la condición de reciprocidad en los siguientes países: Francia, Bélgica, Reino Unido, Países Bajos, Dinamarca, Grecia, Hungría, Luxemburgo, Mónaco, Portugal, Polonia, Chipre Estados Unidos de América, China, República de Corea, India, Japón, Turquía, algunos países latinoamericanos como; Argentina, Ecuador, Guatemala, Cuba, República Bolivariana de Venezuela, entre otros.

La reserva de comercialidad condiciona el compromiso del Estado de reconocer y ejecutar el laudo extranjero al hecho que el laudo haya sido proferido en materia comercial. Tal reserva sigue vigente en los siguientes Estados: Dinamarca, Mónaco, Polonia, Chipre, Grecia, Hungría, Estados Unidos, China, India, República de Corea, Turquía, Ecuador, Guatemala, Argentina, Cuba, República Bolivariana de Venezuela, entre otros. La Convención no define lo que se entiende por relación comercial, por lo que será la ley del Estado de donde se invoca su ejecución quien determine dicho carácter. Por ejemplo, la jurisprudencia americana ha adoptado una interpretación extensa de la noción de relaciones comerciales con el objeto de favorecer la ejecución de laudos extranjeros. Ante la ausencia de un concepto uniforme de “comercial”,

⁽⁹⁾ VAN DEN BERG, “The Application of the New York Convention by the Courts”, en: *ICCA Congress Series*, N° 9, 1998, p. 25.

⁽¹⁰⁾ Artículo I de la Convención de New York de 1958.

sirve de referencia aquel enunciado en la Ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional (artículo 1).

La aplicación de la Convención de Nueva York se podrá también desconocer en favor de reglas nacionales más favorables. El artículo VII 1 de la Convención, consagra una reserva de aplicación en favor de disposiciones nacionales más favorables para el reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros. La disposición consagrada en este artículo es conocida como la regla de la efectividad máxima. Es dicha reserva de aplicación del derecho nacional más favorable la que permite a la jurisprudencia francesa reconocer laudos extranjeros no obstante su declaratoria de nulidad en el Estado de origen⁽¹¹⁾. Dicha jurisprudencia ha sido criticada como fuente de anarquía internacional y expresión de una especie de imperialismo del derecho local, en violación de la voluntad expresada por las partes de localizar su arbitraje en un determinado país y de atribuir, por lo tanto, competencia a los tribunales de dicho país para anular el laudo⁽¹²⁾.

Se trata de un debate muy complejo, que no se puede agotar en el marco del presente texto. Se pueden, sin embargo, formular cuatro breves observaciones:

- En primer lugar, el laudo es un acto privado, y no hay razón alguna para que la anulación en su país de origen deba automáticamente impedir que otro país lo reconozca.
- En segundo lugar, las partes raramente piensan, cuando eligen el lugar del arbitraje, en las medidas de recursos contra el laudo. Por tanto, no hay razón para atribuirle mucha relevancia a la elección por las partes del lugar del arbitraje. Además, la lógica del arbitraje

⁽¹¹⁾ En particular, la jurisprudencia *Hilmarton*, Cass. Civ. 1, 23 de marzo de 1994, *JDI*, 1994, 701, nota de GAILLARD; Rev. Arb. 1994, 327, nota de Jarrosson; véase también GAILLARD, “L’exécution des sentences annulées dans leur pays d’origine”, en: *JDI*, 1988, p. 645; LEURENT, “Réflexions sur l’efficacité internationale des sentences arbitrales”, en: *Trav. Com. Fr. DIP*, 1994-1995, p. 181; MAYER, “Revisiting Hilmarton and Chromalloy, in International Arbitration and National Courts”, en: *ICCA Congress Series*, N° 10, Kluwer, 2001, p. 165.

⁽¹²⁾ Véase en ese sentido, Albert Jan VAN DEN BERG, “L’exécution d’une sentence arbitrale en dépit de son annulation”, en: *Bulletin CCI*, Vol. 9, N° 2, 1998, p. 15.

internacional es su internacionalidad, la cual debe conducir, como considera la jurisprudencia francesa, a su deslocalización y, por lo tanto, a no dar relevancia particular a la ley del país de la sede del arbitraje.

- En tercer lugar, el tema del reconocimiento del laudo anulado en su país de origen, que es un tema de puro derecho del arbitraje, no debe confundirse con el tema del eventual reconocimiento de la decisión judicial que lo haya anulado en su país de origen, que es un tema de derecho internacional privado general⁽¹³⁾.
- Finalmente, no existen razones por las que haya que rechazarse de manera general el reconocimiento de dichas decisiones de anulación cuando estas hayan sido sustentadas en motivos internacionalmente reconocidos⁽¹⁴⁾. Esa es la vía que nos indica, por ejemplo, el artículo 9 de la Convención Europea sobre el arbitraje comercial internacional de Ginebra de 1961, el cual restringe los efectos internacionales de la declaratoria de nulidad del laudo arbitral en el país donde ha sido pronunciado. La anulación sólo sería reconocida por el juez de la ejecución de otro Estado Parte, cuando esté sustentada en una de las 4 primeras causales previstas en el artículo V literal 1 de la Convención de Nueva York, excluyendo así los motivos de inarbitrabilidad y orden público. Tal restricción es un paso adelante de inmensa importancia en la evolución del derecho internacional del arbitraje, ya que por primera vez le resta importancia al lugar del arbitraje en favor de una visión verdaderamente internacional del laudo.

Existen otros instrumentos internacionales de carácter multilateral en materia de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros con vocación regional. Tal es el caso de la mencionada Convención Europea de 1961 o de la Convención de Panamá de 1975, la cual reproduce las

⁽¹³⁾ En este sentido, MOURRE, nota bajo la sentencia de la Corte de apelación de París del 29 de septiembre de 2005 en el asunto Bechtel c. Dubai, *Stockholm International Arbitration Review*, 2005/3, 172.

⁽¹⁴⁾ Véase, en ese sentido, PAULSSON, “L’ exécution des sentences arbitrales en dépit d’ une annulation en fonction d’ un critère local-ACL”, en: *Boletín CCI*, Vol. 9, N° 1, 1998, p. 14.

mismas causales de rechazo del exequátur de la Convención de Nueva York, sin incluir disposición alguna sobre la reserva de aplicación a disposiciones nacionales más favorables.

c. Laudos no nacionales

Ciertos laudos emanados en arbitrajes de derecho internacional público no tienen origen nacional. Tal es el caso de los laudos proferidos bajo el reglamento del CIADI. El artículo 54.1 de la Convención CIADI estipula que los Estados reconocen el carácter obligatorio del laudo con el deber de asegurar la ejecución de las obligaciones impuestas por el laudo como si se tratase de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. En su numeral segundo, el artículo 54 aligera las formalidades para la solicitud de la ejecución, toda vez que sólo se exige una copia del laudo, debidamente certificada por el Secretario General del CIADI. Todavía no se han planteado dificultades de ejecución de laudos CIADI.

La ejecución de un laudo CIADI en un país que no sea miembro de la Convención de Washington no podría beneficiarse de las disposiciones de dicha convención⁽¹⁵⁾. Se considera que semejante laudo debería, si el país de ejecución es miembro de la Convención de Nueva York, asimilarse a un laudo extranjero en el sentido de dicha convención⁽¹⁶⁾. Ciertos autores estiman, sin embargo, que la Convención de Nueva York no sería aplicable a laudos anacionales, por lo que dichos laudos no podrían ser asimilados a laudos extranjeros⁽¹⁷⁾.

También se debería, si se siguiese el razonamiento según el cual un laudo anacional debe asimilarse a un laudo extranjero en el sentido de la Convención de Nueva York, aplicar dicha convención para ejecutar un laudo del *Iran-US Claims Tribunal*, ya que dichos laudos no tienen nacionalidad (aunque el *Iran-US Claims Tribunal* sea establecido en La Haya). Incluso los acuerdos de Argel no prevén ningún mecanismo

(15) Lo mismo ocurriría, cualquiera sea el país de ejecución, con un laudo CIADI que pronunciase medidas de naturaleza no pecuniaria.

(16) SCHREUER, *ICSID Rev.*, 1999, p. 75.

(17) POUURET Y BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, cit., p. 866.

de ejecución de pleno derecho parecido al artículo 54 de la Convención CIADI. La jurisprudencia parece dividida sobre este tema. Una Corte de apelación americana⁽¹⁸⁾ ha estimado que la Convención de Nueva York es aplicable a la ejecución de un laudo proferido por el *Iran-US Claims Tribunal*. La *High Court* inglesa tomó una posición inversa⁽¹⁹⁾.

1.1.2. Condiciones de reconocimiento y ejecución en el marco de la Convención de Nueva York

a. Otorgamiento del exequátur

La Convención entrelaza los conceptos de reconocimiento y ejecución del laudo sin hacer distinción alguna entre los mismos. El reconocimiento y la ejecución de un laudo se enmarcan en un procedimiento judicial de donde resulta una orden de exequátur. El exequátur reconoce la existencia del laudo, otorgándole los efectos de cosa juzgada y la fuerza ejecutiva.

Los Estados parte se comprometen, en virtud del artículo III de la Convención, a:

- Reconocer que el laudo extranjero tiene la fuerza de cosa juzgada;
- Reconocer que las condiciones para denegar el reconocimiento y la ejecución se encuentran consagradas por la propia Convención;
- Conceder su ejecución de conformidad con las normas del procedimiento vigentes en su territorio;
- No imponer condiciones más rigurosas que las que se exigen a los laudos nacionales para su reconocimiento.

Se prohíbe por tanto a los Estados parte la inclusión de causales adicionales de rechazo del exequátur y la imposición de condiciones más rigurosas para laudos extranjeros que las que se aplican a laudos nacionales.

(18) C. Appeal 9th circuit, *Gould Marketing c. Iran*, YCA 1990, 605.

(19) *Dallal c. Bank Mellat* QB [1986] 1 All ER 239, YCA 1986, 547.

La Convención de Nueva York, con el objeto que el procedimiento de reconocimiento y ejecución sea lo más simple posible, impone en su Artículo IV unas condiciones formales mínimas para su solicitud. El interesado deberá aportar a su solicitud el original, tanto del laudo arbitral (debidamente autenticado) como de la convención de arbitraje o una copia de los originales que reúnan las condiciones requeridas para su autenticidad. Adicionalmente, se prevé que en caso que dichos documentos no estuvieran en el idioma oficial del país en que se invoca, el solicitante deberá presentar una traducción a ese idioma, debidamente certificada por un traductor oficial o un traductor jurado, o por un agente diplomático o consular.

El requisito de autenticidad del laudo resulta evidente para probar que el laudo es genuino, que ha sido firmado por los árbitros y así en últimas evidenciar que el solicitante tiene derecho a presentar su solicitud. La Convención no menciona bajo cual ley debe regularse la autenticación y las copias certificadas. Poudret y Besson estiman que queda a elección alternativa del solicitante adelantarlos sea de conformidad con la ley del Estado invocado o aquella del Estado donde el laudo fue proferido⁽²⁰⁾. Lew, Mistelis y Krol consideran que la regla general es que la ley del Estado donde se invoca la ejecución del laudo dispone cómo el mismo debe ser autenticado o certificado, por ejemplo por un notario, agente consular o autoridad judicial del lugar de donde fue proferido⁽²¹⁾.

La Convención dispone que los documentos deben adjuntarse a la solicitud de exequátur. Pero sin entrar en un excesivo formalismo, la mayoría de la doctrina y jurisprudencia en la materia consideran que es posible completar la demanda posteriormente⁽²²⁾.

El requerimiento que el solicitante aporte una copia del convenio arbitral puede, sin embargo, crear dificultades cuando este no haya sido firmado. Poudret y Besson estiman, al respecto, que no obstante que la Convención consagra la formalidad por escrito de la convención de arbitraje, el juez del exequátur debería adelantar el procedimiento aunque

(20) POUURET y BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, cit., p. 920.

(21) LEW, MISTELIS, y KROL, *Comparative International Commercial Arbitration*, cit., p. 705.

(22) Corte Suprema de Austria, YCA 1976, 182 ; US-5th Cir, YCA 1977, 252.

no exista una apariencia de convención escrita. Además, dichos autores consideran que el artículo IV de la Convención no necesariamente permite al juez del *exequatur* imponer al solicitante la prueba sobre el respeto a las exigencias formales de la convención de arbitraje consagradas en el artículo II de la Convención⁽²³⁾. El solicitante podría además invocar, gracias al artículo VII-1, la aplicación de disposiciones procedimentales locales más favorables que no conciben la formalidad escrita de la convención de arbitraje, sin renunciar, por lo tanto, a la aplicación de la Convención de Nueva York. Un ejemplo sería el derecho alemán que, en el artículo 1064 numeral 1 del Código de Procedimiento Civil (ZPO), sólo exige adjuntar el laudo arbitral.

Es importante remarcar que el solicitante no tiene que establecer la validez de la convención de arbitraje, ni adjuntar declaración de ejecutabilidad por el Estado donde fue proferido el laudo. La Convención de Nueva York ha suprimido la exigencia denominada del “doble *exequatur*”, y sólo exige que el laudo sea obligatorio para las partes, tal y como se deduce del artículo V literal 1 e).

Es preciso manifestar lo referente a la condición de adjuntar una copia del convenio arbitral para obtener el *exequatur*, ya que la modificación de la ley-modelo UNCITRAL adoptada en julio 2006 ha suprimido tal condición como consecuencia del abandono de la exigencia de un escrito como condición de validez formal del convenio arbitral⁽²⁴⁾. Por lo tanto, hay que esperar que la exigencia de adjuntar la convención arbitral para obtener el *exequatur* desaparezca totalmente en el futuro. Al respecto, se puede notar que en ciertos países, aunque dicha condición sea prevista por ley, esta no es aplicada por la jurisprudencia⁽²⁵⁾.

Salvo las disposiciones de los artículos IV y VI, esta última sobre la posibilidad de suspensión de la declaración de ejecución, la cual será comentada más adelante, la regulación del procedimiento para obtener el reconocimiento y la ejecución del laudo, tales como el tipo de pro-

(23) POUURET y BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, cit., p. 951.

(24) Vease al respecto, DEGOS, «La CNUDCI abandonne l'exigence d'écrit pour la convention d'arbitrage», en: *Cahiers de l'arbitrage*, 2007/1, 5.

(25) París, 22 de febrero de 2007, Lassus c. Falero, *Cahiers de l'arbitrage*, 2007/1, 45.

cedimiento, las autoridades competentes, las reglas de competencia territorial, quedan sometidas a la ley del foro. Sin embargo, existe la limitante del artículo III sobre la no discriminación procedimental injustificada entre el exequátur de laudos nacionales e internacionales en detrimento de estos últimos.

Lew, Mistelis y Krol ponen de manifiesto que, para efectos del reconocimiento y ejecución, no existe en derecho comparado mucha diferencia entre los regímenes de ejecución para laudos nacionales e internacionales⁽²⁶⁾. La Ley Modelo UNCITRAL y otras leyes han efectivamente adoptado un sistema unificado para la ejecución de laudos nacionales y extranjeros. Las mismas reglas que regulan el exequátur para laudos nacionales se aplican, según varios ordenamientos jurídicos internos, al reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, bajo reserva de disposiciones internas específicas. Es el caso de Alemania (artículos 1062, 1063 y 1064 del ZPO), Inglaterra (sección 101 del Arbitration Act), Bélgica (artículos 1719 al 1723 del Código Judicial), Francia (artículos 1499 y 1500 del Nuevo Código de Procedimiento Civil), Italia (artículos 839 y 840 del Código de Procedimiento Civil), Países Bajos (artículo 1076 del WBR), Suiza (artículo 194 de la Ley de Derecho Internacional Privado), España (artículo 44 Ley 60/2003, que dispone que la ejecución de laudos está regulada de conformidad con las disposiciones del Código de Procedimiento Civil).

b. Motivos de oposición y rechazo del exequátur

En su artículo V numeral 1, la Convención consagra exclusivamente los motivos de oposición del exequátur que deben ser alegados por la parte ejecutada. Sin entrar en detalle en su análisis, dichos motivos de oposición son la incapacidad de alguna de las partes, la nulidad del acuerdo arbitral, la irregularidad en la constitución del tribunal arbitral, la violación del derecho de defensa, la violación de la misión conferida al árbitro, o que el laudo no es obligatorio o ha sido anulado o suspendido por el tribunal del país donde ha sido proferido.

En su numeral 2, el artículo V de la Convención consagra los motivos de rechazo del exequátur que pueden ser declarados de oficio

⁽²⁶⁾ LEW, MISTELIS Y KROLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, cit., p. 689.

por el juez. Se trata de la no arbitrabilidad de la controversia y de la contravención al orden público.

Como se ha dicho, el juez del *exequatur* no está habilitado para revisar a fondo la decisión de los árbitros. Los motivos y causales consagrados en la Convención deben, por tanto, interpretarse de manera restrictiva con el objeto de favorecer la ejecución de laudos extranjeros.

Hay un debate doctrinal sobre el tema si el juez tiene un poder discrecional de conceder el *exequatur* no obstante la existencia de uno de los motivos o causales de rechazo. Poudret y Besson⁽²⁷⁾, como Lew, Mistelis y Kroll⁽²⁸⁾, interpretan la disposición el artículo V más como un deber del juez, desconociéndole un eventual poder de discreción en caso que uno de los motivos de oposición exista. Sólo cuando el motivo alegado dependa de la decisión de un juez extranjero, circunstancia prevista en el numeral I literal e) del mismo artículo, sería admisible el ejercicio de una discrecionalidad. Sin embargo, se debe reservar el principio de efectividad máxima previsto por el artículo VII de la Convención.

Finalmente se puede concebir la declaratoria de un *exequatur* parcial, tal y como se deduce del literal c) numeral 1 del artículo V de la Convención de Nueva York. Por ejemplo, se permite separar las disposiciones del laudo que se refieran a cuestiones sobre las cuales hubo acuerdo de arbitraje, de aquellas que no fueron objeto de tal acuerdo, con el objeto de reconocer y ejecutar las primeras.

c. Suspensión del reconocimiento y ejecución

La Convención, en su artículo VI, confiere una facultad al juez del *exequatur* de conceder o rechazar la suspensión de la ejecución por los motivos previstos en el literal e) numeral 1 del artículo V de la Convención, es decir, cuando haya un recurso pendiente contra el laudo en su país de origen⁽²⁹⁾. El artículo 36(2) de la ley modelo de la CNUDMI

(27) POUURET y BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, cit., p. 881.

(28) LEW, MISTELIS y KROLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, cit., p. 707.

(29) Al respecto, véase GHİKAS, "A Principled Approach to Adjourning the Decision to Enforce Under the Model Law and the Nueva York Convention", en: *Arbitration International*, 2006, p. 53.

prevé una disposición muy parecida. En caso que conceda la ejecución, el juez podría demandar a la parte que se favorece con la ejecución el constituir garantías apropiadas.

Hay que remarcar que el artículo VI de la Convención no toma en cuenta el efecto suspensivo del recurso dirigido contra el laudo arbitral en su país de origen. Sin embargo, no parecería lógico para el juez del país requerido otorgar una suspensión basándose en el ejercicio de medidas de recurso en el país de origen del laudo cuando tales medidas de recurso no tienen efecto suspensivo en dicho país.

1.2. Medidas de recurso y ejecución provisional

1.2.1. *La renuncia al ejercicio de medidas de recurso contra el laudo*

En materia de arbitraje internacional, la sede del arbitraje juega un rol determinante ya que delimita la jurisdicción de los tribunales estatales para conocer de los recursos contra los laudos arbitrales. Sólo los tribunales estatales de la sede del arbitraje son competentes para conocer de los recursos contra el laudo. Este es el esquema clásico consagrado sin reserva por los derechos ingles (Sect. 2-1 del Arbitration Act 1996), neerlandés (artículos 1064-2; 1073-1 WBR), sueco (artículos 22, 46 y 47 SU), suizo (artículos 176 y 191 LDIP) y por la misma ley modelo UNCITRAL (artículo 1 num 2 y 34). En otros derechos, a pesar que no consagran expresamente este sistema, se deduce su aplicación de una lectura conjunta de sus disposiciones. Tal es el caso del derecho italiano (artículo 816 num 1 y 828 num 1 del CPC) y belga (artículos 1693, 1694 y 1704 del CJB). El derecho alemán establece, además, criterios subsidiarios para conocer de recursos contra los laudos proferidos con sede fuera de su Estado (§ 1025 num 1 y 1062 num 2 del ZPO). El derecho francés, en concordancia con el esquema clásico, consagra en su artículo 1504 el recurso de anulación contra el laudo pronunciado en su territorio en materia internacional.

Sin entrar en detalle sobre el estudio de la ejecución de laudos proferidos en materia internacional, generalmente los ordenamientos jurídicos prevén como vías de recursos: la apelación contra la decisión que ordena el exequátur cuando se trate de un laudo extranjero; o cuando se trate de un laudo nacional, la interposición de un recurso de anu-

lación directamente contra el laudo. La gran mayoría de sistemas jurídicos no reconocen una apelación a fondo del laudo nacional proferido en materia internacional, reconociendo así el principio que los jueces no deben revisar a fondo la decisión arbitral.

La solicitud de anulación de un laudo arbitral nacional se sustenta en causales generalmente idénticas o similares a aquellas contenidas en el artículo V de la Convención de Nueva York para recursos contra decisiones de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros.

La competencia de los tribunales del país donde se haya proferido el laudo para anularlo plantea, antes que nada, la cuestión de saber si es admisible la renuncia por las partes al recurso de anulación. La posibilidad de tal renuncia depende de la ley del foro. Al respecto, dos países han adoptado reglas que permiten tal renuncia en materia internacional: Suiza y Bélgica.

a. Suiza

En Suiza, el Tribunal Federal es la instancia competente para conocer del recurso de anulación contra un laudo internacional proferido en Suiza. La interposición del recurso no tiene por efecto automático la suspensión de la ejecución del laudo. Para obtener la suspensión, es necesario que el interesado demuestre la alta probabilidad de éxito del recurso y el riesgo de un daño difícilmente reparable en caso de ejecución inmediata del laudo. De conformidad con el artículo 192 LDIP, las partes que no tienen su domicilio, residencia o establecimiento en Suiza, pueden convencionalmente renunciar a dicho recurso de manera expresa en la convención de arbitraje o en un escrito posterior. La exclusión puede ser general o limitada a una de las causales consagradas en el artículo 190 LDIP. La renuncia no puede ser unilateral, sino que debe emanar de todas las partes de manera convencional.

La jurisprudencia del Tribunal Federal ha sido restrictiva en la interpretación de la noción de declaración expresa. Expresiones tales como: “la sentencia será definitiva o sin apelación” o que el litigio será “definitivamente resuelto por los árbitros” no son suficientes para ser

entendidos en los términos del artículo 192 del LDIP⁽³⁰⁾. La renuncia tampoco puede resultar de una aceptación tácita, por acto concluyente o indirectamente por referencia a un reglamento de arbitraje o cláusula estatutaria de una asociación que prevea que las partes renuncian a todo recurso⁽³¹⁾.

La posibilidad ofrecida a las partes de renunciar al recurso de anulación resultaba, en la práctica, letra muerta, pero dos recientes decisiones parecen haber abierto nuevas perspectivas. Por primera vez, en una decisión del 4 de febrero de 2005⁽³²⁾, el Tribunal Federal admitió dicha renuncia, al interpretar la voluntad de las partes de una convención arbitral que excluía “*all and any rights of appeal from all and any awards insofar as such exclusion can validly be made*”. Para el tribunal, la expresión “*appeal*” tenía una acepción genérica que englobaba a todos los recursos de derecho más diversos. En una segunda decisión del 10 de noviembre de 2005⁽³³⁾, el Tribunal Federal concluyó que las partes habían válidamente excluido recurrir contra el laudo en lo que concierne a la competencia del tribunal arbitral (renuncia parcial). El Tribunal Federal consideró que no era necesario hacer mención expresa del artículo 190, toda vez que la disposición contractual exponía claramente la voluntad de las partes de renunciar a un recurso con respecto a la competencia del tribunal arbitral. Adicionalmente, el Tribunal Federal ha considerado la imposibilidad de invocar una eventual violación al orden público para controvertir la facultad consagrada en el artículo 192 LDIP de renunciar a todo recurso.

⁽³⁰⁾ Tribunal Federal, 1era Corte Civil, sentencia del 10 diciembre 2002, 4P207/2002, en: *ASA Bulletin*, Kluwer Law International, 2003, p. 585; Tribunal Federal, 1era. Corte Civil, sentencia del 2 junio 2004, 4P64/2004, en: *ASA Bulletin*, Kluwer Law International, 2004, p. 782.

⁽³¹⁾ Tribunal Federal, 1era. Corte Civil, sentencia del 1 diciembre 2004, 4P62/2004, en: *ASA Bulletin*, Kluwer Law International, 2005, p. 483.

⁽³²⁾ Tribunal Federal, 1era. Corte Civil, 4 febrero 2005, 4P236/2004, en: *ASA Bulletin*, Kluwer Law International, 2005, N° 3, p. 520.

⁽³³⁾ Tribunal Federal, 1era. Corte Civil, 10 noviembre 2005, 4P98/2005, en: *ASA Bulletin*, Kluwer Law International, 2006, N° 1, p. 92.

Laurent Hirsch expone, al respecto, que no obstante la mayoría de comentaristas consideran que la referencia a reglamentos de arbitraje no constituye una renuncia expresa al recurso de anulación, dicha regla no ha sido claramente consagrada por la jurisprudencia suiza, por lo que no podría ser considerada como regla general. Habría por lo tanto que analizar cada situación, caso por caso, para determinar si en el reglamento de arbitraje adoptado por las partes se evidencia una clara intención de excluir todo eventual recurso, incluyendo la anulación y siempre que las partes hubieran estado enteradas del alcance de dicha exclusión⁽³⁴⁾.

Parte de la doctrina suiza cuestiona la validez de la renuncia de todo recurso contra el laudo bajo el perfil del artículo 6 numeral 1 de la Convención Europea de Derechos del Hombre. Sebastien Besson, al respecto, considera que los Estados tienen la obligación de asegurar que el procedimiento arbitral respete las disposiciones de dicho artículo. Este autor considera que la renuncia a todo recurso debe ser analizada de manera particular, caso por caso y no puede ser arbitraria y sin razón⁽³⁵⁾.

En caso que las partes hayan excluido todo recurso contra el laudo y se solicite su ejecución en Suiza, el segundo numeral del artículo 192 prevé que se aplicarán por analogía las disposiciones de la Convención de Nueva York para su reconocimiento y ejecución. Por lo tanto, se podrán invocar las causales del artículo V de la Convención para impedir su ejecución, las cuales son más severas que las causales previstas en el artículo 190 de la LDIP para el recurso de anulación. Dicha regla priva, por lo tanto, la renuncia de gran parte de su interés práctico.

b. Bélgica

Con respecto a los laudos arbitrales proferidos en territorio belga, el legislador, en la Ley del 27 de marzo de 1985, consagró: “Los tribunales belgas no pueden conocer de una solicitud de anulación sino

(34) HIRSCH, “Contractual exclusion of annulment actions against international arbitral awards made in Switzerland”, en: *ASA Bulletin*, 2006, N° 2, p. 80.

(35) BESSON, “Arbitration and Human Rights”, en: *ASA Bulletin*, 2006, N° 3, p. 395.

cuando al menos una de las partes del litigio resuelto por el laudo arbitral sea un persona física que tenga la nacionalidad belga o su residencia en Bélgica; o sea una persona jurídica constituida en Bélgica o teniendo una sucursal o sede cualquiera de operación en Bélgica”. El objetivo del legislador era evitar que el control judicial posterior de los laudos se utilizara con fines dilatorios respecto de laudos que no tuvieran relación alguna con Bélgica y debieran ser ejecutados en el extranjero. Esta disposición suscitó críticas por diferentes autores, quienes se preguntaban si la exclusión de la posibilidad de obtener la anulación en Bélgica del laudo proferido en este país entre partes extranjeras no tendría por efecto el descalificar el arbitraje sustrayéndolo de todo control estatal. Según estos autores, el laudo podría correr el riesgo de no beneficiarse de la aplicación de la Convención de Nueva York⁽³⁶⁾.

Posteriormente, la Ley del 19 de mayo de 1998 suprimió la exclusión de recurrir en anulación contra este tipo de laudo. A partir de esta ley, se requirió una manifestación expresa de las partes de no recurrir en anulación. Es así, que el artículo 1717 del Código procesal belga consagra la facultad de renunciar a todo recurso contra el laudo de manera expresa en la convención de arbitraje o en un documento posterior cuando ninguna de las partes, si son personas físicas, tengan la nacionalidad belga o su residencia en Bélgica, o, si son personas morales, tengan su sede principal o sucursal en Bélgica⁽³⁷⁾. La ley belga, no prevé una disposición particular sobre las condiciones de la ejecución del laudo en Bélgica en caso de renuncia a todo recurso, tal como el artículo 192.2 de la LDIP suiza.

Se plantea, como en el caso suizo, la cuestión de saber si la adopción de un reglamento de arbitraje que prevea una renuncia a toda medida de recurso, como el reglamento de la CCI, sea suficiente. Una decisión reciente del Tribunal de Bruselas del 8 de marzo de 2007 consideró que el simple reenvío al reglamento de la CCI no podía ser asimilado a la declaración expresa a que hace mención el artículo 1717 numeral 4⁽³⁸⁾. En

(36) KEUTGEN y DAL, *L'arbitrage en droit belge et international*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 490.

(37) Artículo 1717.4.

(38) Tribunal de primer instancia de Bruselas, 8 marzo de 2007, SNF c. Cytec, *Cahiers de l'arbitrage*, 2007/1, 53.

atención a los trabajos preparatorios de la ley que reformó el Código Judicial y que introdujo esta disposición del numeral 4 del artículo 1717, se establece que la renuncia no puede ser presumida.

c. Arbitrajes de inversión

Como ya se ha dicho, los laudos CIADI gozan de un régimen particular de ejecución, toda vez que la Convención de Washington excluye al respecto toda vía de recurso interno. La cuestión de saber si dichos recursos son admisibles, se plantea respecto de laudos privados proferidos en el marco de un acuerdo bilateral de protección de inversiones, como podría ser el caso de un laudo UNCITRAL o un laudo proferido bajo el reglamento de cualquier institución como la Cámara de Comercio de Estocolmo o la CCI.

Al respecto, se debe señalar el fallo emitido en 2005 por la Corte de apelación inglesa en el caso *Occidental c. Ecuador*⁽³⁹⁾, en el cual se admite el recurso de anulación dirigido contra un laudo UNCITRAL proferido en el marco del Acuerdo Bilateral de Protección de Inversiones concluido entre Estados Unidos y Ecuador. El inversionista se había opuesto a la admisibilidad del recurso basándose en el argumento que, de conformidad con el principio inglés de *non-justiciability*, el juez inglés no tenía jurisdicción para interpretar un tratado concluido entre dos Estados terceros. La Corte rechazó el argumento, al considerar que al haber acordado Londres como sede del arbitraje, significaba el sometimiento de las partes a la ley procesal inglesa y la aceptación de la competencia de los jueces ingleses para un eventual recurso de anulación.

Hay también que mencionar una decisión reciente del 7 de septiembre 2006, en la cual el Tribunal Federal Suizo no reconoció los efectos de renuncia expresa al recurso de anulación por referencia a una disposición relativa al arbitraje contenida en un Tratado bilateral de protección de las inversiones que consagraba que el laudo sería: “*final and binding upon the parties to the dispute*”.⁽⁴⁰⁾ A juicio del Tribunal, las pala-

⁽³⁹⁾ [2005] EWCA Civ. 1116, [2005] 2 Lloyd's Rep. 707. Véase, al respecto, DOUGLAS, «Nothing if Not Critical for Investment Treaty Arbitration: Occidental, Eureko and Methanex», *Arbitration International*, 2006, p. 27.

⁽⁴⁰⁾ Case 4P.114/2006, próxima a publicarse en el Boletín de la ASA.

bras “*final and binding*” generalmente significan la exclusión de toda revisión material contra el laudo por lo que era necesario que la renuncia al recurso fuera clara y no ambigua. Uno de los argumentos de la parte interesada en que se reconociera la renuncia al recurso era que la intención de los Estados al incluir la mencionada disposición en el Tratado Bilateral era evitar un eventual control por terceros Estados. El Tribunal respondió que sólo muy pocos países permiten la renuncia a la acción de anulación por lo que si la verdadera intención de las partes hubiera sido evitar tal control, debieron haber acordado que la sede del Tribunal fuera en uno de esos países. Finalmente, contra el argumento que el tratado bilateral había sido inspirado tomando como modelo la Convención de Washington de 1965, el Tribunal respondió que esta Convención no se pronuncia sobre el tema de control de laudos que no sean proferidos en el marco de sus disposiciones, por lo que se debía entender que las partes no habían excluido ningún recurso contra los mismos⁽⁴¹⁾.

A la luz de dichos fallos, se puede por tanto concluir que, en el estado actual de la jurisprudencia, los recursos nacionales son autorizados contra laudos de inversión que no hayan sido proferidos en el marco de la Convención de Washington.

1.2.2. Reconocimiento y ejecución del laudo y carácter suspensivo del recurso

La cuestión del carácter suspensivo de las medidas del recurso contra el laudo o la decisión de *exequatur* tiene una gran importancia para las partes. En efecto, en los países –como Francia– en los cuales las medidas del recurso tienen carácter suspensivo, puede paralizar la ejecución por años, afectando así la efectividad del arbitraje que es una de sus mayores ventajas. El carácter suspensivo de recursos contra decisiones de *exequatur* depende de la ley local.

a. Suiza

El derecho suizo prevé al respecto regulaciones distintas para el arbitraje interno e internacional. El primero está regulado por el Con-

⁽⁴¹⁾ HIRSCH, “Contractual exclusion of annulment actions against international arbitral awards made in Switzerland”, en: *ASA Bulletin*, 2006, N° 2, p. 43.

cordato Intercantonal del 27 de agosto de 1969. El segundo está regulado por la Ley de Derecho Privado Internacional Suizo (LDIP), la cual es aplicable cuando la sede del arbitraje se sitúa en su territorio y si al momento de la conclusión de la convención de arbitraje, al menos una de las partes tenía su domicilio o su residencia habitual en Suiza. El derecho suizo reconoce el carácter definitivo y ejecutivo del laudo desde su notificación⁽⁴²⁾. A petición de una parte, el juez certifica la fuerza obligatoria del laudo arbitral⁽⁴³⁾. El recurso extraordinario de anulación contra el laudo suizo proferido en materia internacional se interpone ante el Tribunal Federal, cuyo procedimiento se regirá de conformidad con el artículo 77 de la ley del 17 de junio de 2005⁽⁴⁴⁾. El recurso no tiene efectos suspensivos, pero el juez puede, de oficio o a petición de parte, conceder su suspensión. La parte interesada en la declaratoria de suspensión debe demostrar las posibilidades de éxito del recurso y que corre un riesgo difícilmente reparable en caso de ejecución inmediata del laudo. La suspensión, sin embargo, es raramente concedida, y puede en ciertas circunstancias ser condicionada, a petición de la otra parte, a la constitución de una garantía bancaria.

Con lo referente a los laudos extranjeros, se aplicará el artículo 194 de la LDIP y la Convención de New York. El *exequátur* se pide de conformidad a la *Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite* o por la respectiva legislación cantonal cuando se trate de condenas de naturaleza no monetaria. La orden de pago puede ser objeto de oposición en un plazo de 10 días. El procedimiento tiene efectos suspensivos.

b. Alemania

En derecho alemán, la Alta Corte Regional es la competente para conocer de las solicitudes de anulación contra el laudo arbitral proferido en Alemania y las de ejecución de un laudo arbitral extranjero (§1062). Para laudos proferidos en Alemania, el procedimiento se adelanta de conformidad con las disposiciones del Código de Procedimiento Civil

(42) Artículo 190 numeral 1ero LDIP.

(43) Artículo 193 parágrafo 2 LDIP.

(44) BESSON, "Le recours contre la sentence arbitrale internationale selon la nouvelle LTF", en: *ASA Bulletin*, N°1, 2007, 2.

(796 b). La Corte concederá o rechazará la ejecución una vez haya escuchado a la otra parte sobre la solicitud de declaración. La decisión adoptada no es sujeta a revisión de conformidad con lo establecido en el artículo 796 b-2 del CPC. El reconocimiento y ejecución del laudo extranjero se otorga de conformidad con las disposiciones de la Convención de Nueva York de 1958, sin perjuicio de las disposiciones de otros tratados aplicables (§1061). Sin embargo, toda decisión de la Alta Corte Regional, rechazando o concediendo la ejecución del laudo arbitral, nacional o extranjero, puede ser objeto de apelación ante la Corte Federal de Justicia en los términos de la sección 1065. La interposición de la apelación ante la Corte Federal de Justicia en principio suspende la ejecución del laudo, salvo que se haya previsto su ejecución provisional por la Corte (§1064-2). Esta misma disposición se aplica para la ejecución de laudos extranjeros, salvo disposición en contrario contenida en los tratados internacionales en los que sea parte Alemania (§1064-3).

c. Bélgica

En derecho belga, el laudo arbitral nacional y extranjero sólo adquiere fuerza ejecutoria cuando es revestido del exequátur por el Presidente del Tribunal de Primera Instancia a solicitud de parte (artículo 1719 del Código Judicial). El reconocimiento y ejecución del laudo extranjero se otorga de conformidad con las convenciones multilaterales o bilaterales de las cuales Bélgica es parte. Tanto la decisión que rechaza como la que otorga el exequátur son apelables, en el segundo caso ante el Tribunal de Primera Instancia (artículos 1712 y 1722 del Código Judicial) y en el primer caso ante la Corte de Apelación (artículos 1711 y 1721 del Código Judicial). Tanto para laudos nacionales como extranjeros, la decisión del Presidente es ejecutable no obstante todo recurso contra ésta, sin perjuicio que el juez de la apelación ordene, a petición de parte, su suspensión, solicitando al acreedor la constitución de una garantía suficiente (artículo 1714). Esta disposición se aplica también frente al juez que conoce de la demanda de anulación contra el laudo.

d. Estados Unidos

En los Estados Unidos, el arbitraje está regulado tanto por la ley federal (Federal Arbitration Act-FAA) como por las legislaciones pro-

pías de los Estados (State law). La solicitud de ejecución de laudos nacionales se debe presentar ante las Cortes Estatales, salvo que el solicitante demuestre un “*independent basis*” por lo que las jurisdicciones federales deberían ser competentes⁽⁴⁵⁾. La solicitud de ejecución se debe presentar en un plazo de un año después que el laudo ha sido emitido⁽⁴⁶⁾. La decisión adoptada por el juez es susceptible de apelación ante una corte superior y sigue el procedimiento de derecho común.

La solicitud de ejecución del laudo extranjero se debe presentar antes las cortes federales en un plazo de tres años después del laudo. La solicitud de declaratoria y reconocimiento de dichos laudos se adelantará bajo los términos de la Convención de Nueva York de 1958 y en atención a las reservas de reciprocidad y comercialidad que Estados Unidos ha ejercido. La decisión de *exequatur* del laudo internacional puede ser objeto de apelación ante las Cortes Federales. La apelación se regula de conformidad con las disposiciones contenidas en la sección 16 del FAA. Existe un debate sobre el hecho de saber si la ejecución en Estados Unidos de un laudo extranjero requiere la existencia de “*minimum contacts*” con Estados Unidos, como por ejemplo la prueba de que la parte demandada posea bienes o haberes en Estados Unidos. Hay jurisprudencia en este sentido⁽⁴⁷⁾, pero tal solución nos parece contraria a la Convención de New York, en cuanto añade una condición que no es prevista en su texto, y fue correctamente rechazada por otros fallos⁽⁴⁸⁾.

(45) Existen al respecto tres casos: el hecho que la ejecución de un laudo nacional plantee “*a federal question*”, el hecho que las partes del arbitraje sean de distintas nacionalidades, y el hecho que el caso se refiera a un “*admiralty or maritime dispute*”. 28 USC Sects 1331-1333, *International Handbook on Commercial Arbitration*, Kluwer Law Internacional, V. 10.

(46) HOLTSMANN y DONOVAN, *International Handbook on Commercial Arbitration*, United States, p. 57.

(47) Court of Appeal, 4th Circuit, 6 de marzo de 2002, *Base Metal Trading v. OJSC Novokuznetsky Aluminium Factory*, 283 F. 3d 208, *Cabiers de l'arbitrage*, Recueil, Vol. II (2002-2003), 414; Court of Appeal 9th Circuit, 26 de marzo de 2002, *Glencore Grain Rotterdam B.V. v. Shivnath Rai Harnarain*, 284 F. 3d. 114, *Cabiers de l'arbitrage*, Recueil, Vol. II (2002-2003), 414; Court of Appel, 2nd Circuit, *In Re Monégasque de Réassurance SAM c. Nak Naftogaz of Ukraine*, 311 F. 3d 488, *Cabiers de l'arbitrage*, Recueil, Vol. II (2002-2003), 420.

(48) Corte de apelación del *District of Columbia*, 17 de junio de 2005, *TMR Energy Ltd. C. State Property Fund of Ukraine*, n°03-7191, 2005 U.S. App. Lexis 11540, *Cabiers de l'arbitrage*, Recueil, Vol. III (2004/2005), p. 418.

El laudo proferido en los Estados Unidos puede ser objeto de un recurso de anulación, sea directamente en un plazo de 90 días después de su notificación, o como oposición a una solicitud de ejecución. En este caso, el laudo no se podrá ejecutar hasta cuando la corte se haya pronunciada sobre el recurso. El recurso se admitirá en los casos limitados previstos por el FAA, los cuales reflejan la mayor parte de los casos provistos para laudos extranjeros por la Convención de Nueva York. La jurisprudencia estadounidense ha, sin embargo, añadido a los casos de anulación previstos por el FAA el hecho que el laudo haya cometido un *manifest disregard of the law*, lo que es raramente aplicado⁽⁴⁹⁾. Por fin, la ley federal (FAA) consagra en su sección 202 que serán reconocidos y ejecutados de conformidad con la Convención de Nueva York los laudos proferidos en los Estados Unidos entre partes que sean ciudadanas de los Estados Unidos cuando el arbitraje sea relativo a una relación jurídica que implique bienes en el extranjero, el cumplimiento o ejecución de obligaciones en el extranjero, o revista otra cualquier relación con uno o más Estados extranjeros⁽⁵⁰⁾.

e. España

En derecho español, la regulación del arbitraje está contenida en la Ley 60 del 23 de diciembre de 2003, basada en la ley modelo UNCITRAL. Sus disposiciones se aplican cuando la sede del arbitraje está situada en España, sea que se trate de un arbitraje interno o internacional, sin perjuicio de las disposiciones o convenios internacionales de los cuales España es parte sobre esta materia (Artículo 1 Ley 60/2003). La solicitud de anulación contra el laudo no suspende su ejecución de conformidad con lo establecido en el artículo 45 de la Ley 60/2003. Sin embargo, el eventual ejecutado podrá solicitar su suspensión suministrando una garantía suficiente que asegure la cuantía ejecutable más los eventuales perjuicios por una demora en su ejecución. El reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros se otorga de conformidad con las disposiciones de la Convención de Nueva York de 1958, sin perjuicio

(49) HOLTZMANN y DONOVAN, *International Handbook on Commercial Arbitration*, cit., p. 70.

(50) Court of Appeal, 5th Circuit, 9 de agosto de 2004, *Freudensprung c. Offshore Technical Services*, 2004 U.S. App. Lexis 16358, *Cabiers de l'arbitrage*, Recueil, Vol. III (2004/2005), 412.

de las disposiciones de otros tratados internacionales más favorables. La decisión que concede o rechaza la ejecución de laudos arbitrales nacionales o extranjeros es susceptible de apelación de conformidad con las disposiciones de la Ley 1era del 7 de enero de 2000 sobre Enjuiciamiento Civil (LEC). Según el artículo 565 de la LEC: “Sólo se suspenderá la ejecución en los casos en que la Ley lo ordene de modo expreso, o así lo acuerden todas las partes personadas en la ejecución”. Posteriormente el artículo 567 dispone que: “la interposición de recursos ordinarios no suspenderá, por sí misma, el curso de las actuaciones ejecutivas. Sin embargo, si el ejecutado acredita que la resolución frente a la que recurre le produce daño de difícil reparación podrá solicitar del tribunal la suspensión de la actuación recurrida, prestando, en las formas permitidas por esta Ley, caución suficiente para responder de los perjuicios que el retraso pudiera producir”.

f. Francia

En derecho francés, la institución del arbitraje está regulada en el libro IV del Nuevo Código de Procedimiento Civil (NCPC). Este sistema distingue entre arbitraje interno e internacional. Es considerado como internacional el arbitraje que involucra intereses del comercio internacional (artículo 1492 del NCPC). La jurisprudencia ha precisado que la naturaleza de la transacción y no la nacionalidad de las partes es lo que caracteriza la internacionalidad del arbitraje⁽⁵¹⁾. La escogencia de la sede del arbitraje en Francia determina la competencia de la Corte de apelación que conocerá de los recursos contra el laudo internacional. En arbitraje interno, el laudo es susceptible de recurso de apelación o anulación, los cuales son excluyentes. Es decir, el primero es ejercido salvo que las partes lo hayan renunciado, sea en la convención de arbitraje, en un acuerdo posterior o por referencia a un reglamento que así lo menciona (artículo 1482 del NCPC). En caso de apelación, no será posible intentar posteriormente un recurso de anulación, el cual sólo es posible cuando las partes han renunciado a la apelación (artículo 1484 del NCPC).

En arbitraje internacional, no es posible un recurso de apelación y toda estipulación convencional que así lo prevea se entenderá nula y sin

(51) París, 24 de abril de 1992, *Sermi c. Hennion*, *Rev. Arb.*, 1992, p. 598.

efecto⁽⁵²⁾. Para laudos extranjeros, solo es posible la apelación contra la decisión que otorga su reconocimiento y exequátur. Tanto el recurso de anulación contra un laudo nacional como la apelación contra la decisión de exequátur de un laudo extranjero suspenden su ejecución.

g. Inglaterra

En derecho inglés, la regulación del arbitraje está contenida en la Ley de Arbitraje de 1996. Esta ley elimina la antigua distinción existente entre arbitraje nacional e internacional. Sus disposiciones se aplican cuando la sede del arbitraje está situada en Inglaterra, el país de Gales e Irlanda del Norte. Por fuera de estos territorios, sus disposiciones sólo encuentran aplicación cuando se tratan de reglas de procedimiento más favorables al arbitraje y para la ejecución de laudos extranjeros. El procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros depende del lugar donde fue proferido el laudo. Las disposiciones de la Convención de Nueva York de 1958 se aplicarán si el laudo proviene de un Estado parte de dicha Convención (sect 100 -1 Arb Act 1996). Si el laudo proviene de un Estado no parte de la Convención de Nueva York, pero es signatario de la Convención de Ginebra de 1927, su reconocimiento y ejecución se regulará de conformidad con las disposiciones de ésta última. Los laudos proferidos en países del *Commonwealth* serán reconocidos y ejecutados de conformidad con el *Administration of Justice Act 1920* y el *Foreign judgments –Reciprocal enforcement– Act 1933*. La ejecución de un laudo extranjero proferido en un Estado no signatario de las mencionadas convenciones puede ser demandada mediante el ejercicio de una acción de reparación (“*action on the award*”) por los daños ocasionados por su incumplimiento, bajo el amparo de la *Common law* (sect 2 1 Arb Act 1996).

Los laudos arbitrales ingleses proferidos en materia internacional son susceptibles de un recurso de anulación, el cual, de conformidad con la disposición 62.18(9) (b) de la *Civil Procedure Rules*, suspende la ejecución del laudo hasta que haya sido resuelto. El laudo arbitral extranjero sólo adquiere fuerza ejecutoria cuando la ejecución es declarada por

⁽⁵²⁾ Se trata de una nulidad parcial, Cass. Civ. 1, 13 de marzo de 2007, Chefaro, *Cabiers de l'arbitrage*, 2007/1, 46.

la Corte competente. La parte interesada presenta directamente una solicitud de ejecución del laudo en los mismos términos que para una sentencia judicial (sección 66 y 104 Arb. Act 1996). La declaratoria se incluye en el contenido del laudo arbitral.

b. Italia

En derecho italiano, la institución del arbitraje está regulada por el Título VIII del Libro Cuarto del Código de Procedimiento Civil, tal y como fue reformado por el Decreto Legislativo N° 40 del 2 de febrero de 2006, el cual eliminó la distinción entre arbitraje nacional e internacional. En materia de anulación del laudo arbitral proferido en Italia, la Corte de Apelación puede, a petición de parte, ordenar la suspensión de su ejecución cuando existan serias razones, tal y como dispone en el artículo 830 del Código de Procedimiento Civil Italiano. El reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros se otorgan de conformidad con las disposiciones de la Convención de Nueva York de 1958 y las reglas de procedimiento contenidas en el capítulo VII del Código de Procedimiento Civil. La declaratoria de “efectividad” del laudo extranjero en Italia se realiza por medio de un decreto solicitado ante el Presidente de la Corte de Apelación del distrito de la residencia de la parte ejecutada y, si su residencia es en el extranjero, ante el Presidente de la Corte de Apelación de Roma. El decreto que declara o rechaza la “efectividad” del laudo extranjero en Italia puede ser objeto de recurso de oposición ante la Corte de Apelación o la Corte de Apelación de Roma, según sea el caso, el cual suspende la ejecución. El recurso debe estar sustentado en una de las causales previstas en el artículo 840, parágrafo 3 del CPC, que son la reproducción de aquellas contenidas en el artículo V numeral 1 de la Convención de Nueva York. La decisión de la Corte es susceptible de recurso ante la Corte de Casación, el cual no suspende la ejecución. La Corte de Casación puede sin embargo, a petición de parte, suspender la ejecución del laudo si considera la existencia de un riesgo de daño grave e irreparable, o solicitar la constitución de una garantía suficiente para su ejecución⁽⁵³⁾.

⁽⁵³⁾ Artículo 373 el CPCi.

1.2.3. Ejecución provisional

En los países, como Francia, en los cuales las medidas de recurso suspenden la ejecución del laudo, se plantea el problema de su ejecución provisional, es decir la posibilidad de dejar sin efecto la suspensión prevista por la ley.

La ejecución provisional permite adelantar la ejecución de una decisión arbitral que de otra manera sería suspendida en razón de la interposición de un recurso⁽⁵⁴⁾. Por tanto, la cuestión de la ejecución provisional se plantea sólo cuando, en el país donde se persigue la ejecución del laudo, el recurso contra el laudo mismo (laudo nacional) o contra la decisión de exequátur tiene efecto suspensivo.

Puede haber ejecución provisional en tres circunstancias: (a) las partes han acordado que el laudo será provisionalmente ejecutado; (b) el laudo ha sido declarado provisionalmente ejecutivo por los árbitros; (c) el juez ha otorgado la ejecución provisional.

a. Ejecución provisional acordada por las partes

Tal acuerdo puede ocurrir directamente en el convenio arbitral (i), o por referencia a un reglamento de arbitraje que así lo prevea (ii).

i) Acuerdo en el convenio arbitral

Ambas partes pueden acordar en la cláusula de arbitraje o en el acto de misión que la decisión gozará de ejecución provisional. Semejante acuerdo tiene que ser distinguido del acuerdo en el que las partes otorgan al árbitro el poder de declarar la ejecución provisional de su laudo. En la primera hipótesis, el árbitro deberá cumplir con la voluntad de las partes y declarar su laudo provisionalmente ejecutivo. En la segunda hipótesis, el árbitro tendrá un poder libre de apreciación para ordenarla. En todos los casos, el árbitro debe respetar las disposiciones

⁽⁵⁴⁾ HASCHER, *L'exécution provisoire en arbitrage international, Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de J F Poudret*, Lausanne, 1999, p. 403.

imperativas del Estado donde el laudo sea proferido, con el objeto de evitar que su decisión sea anulada⁽⁵⁵⁾.

ii) Referencia a un reglamento arbitral

Las partes pueden prever indirectamente la ejecución provisional del laudo arbitral al referirse a un reglamento de arbitraje que así lo consagra. Una vez que las partes decidan someter el arbitraje al reglamento de un centro de arbitraje, éste se incorpora a la cláusula de arbitraje y adquiere un carácter contractual que vincula a las partes. Tal compromiso se puede encontrar en los reglamentos de centros de arbitraje que contienen disposiciones análogas a aquella consagrada en el artículo 28.6 del Reglamento de la CCI. Como ejemplos se pueden citar aquellos de la LCIA o de la AAA que contienen disposiciones comunes en sus artículos 26.9 y 27, respectivamente.

Se plantea, sin embargo, la cuestión de saber si las cláusulas del reglamento así adoptado son suficientemente específicas y claras para justificar que el juez otorgue la ejecución provisional del laudo.

En Francia, por ejemplo, la jurisprudencia no es clara sobre el tema. Se encuentra una decisión del Tribunal de Grande Instance de Paris del 11 de diciembre de 2002⁽⁵⁶⁾, que admitió que los laudos arbitrales proferidos de conformidad con el reglamento de la Cámara de Comercio Internacional se beneficiaban en Francia de la ejecución provisional, a pesar de la interposición del recurso de anulación. El Tribunal, en aplicación del artículo 28.6 del Reglamento de Arbitraje de la CCI, interpretó que dicho artículo reviste carácter obligatorio el laudo para las partes, quienes se comprometen a ejecutarlo sin plazo alguno. Según el Tribunal, las partes pueden convencionalmente derogar el efecto suspensivo del recurso de anulación previsto en el artículo 1506 del NCPC, toda vez que la sumisión de las partes a dicho reglamento se traduce en la renuncia los efectos de un eventual recurso contra el laudo.

⁽⁵⁵⁾ En derecho francés del arbitraje, las disposiciones sobre la ejecución provisional son supletivas de la voluntad de las partes (Casación Civil, 2, 11 de julio de 2002—Bull II no. 161).

⁽⁵⁶⁾ TGI Paris, Banque centrale de Syrie et Republique arabe de Syrie c. Papillon group Corp., *Rev. Arb.*, 2003, p. 245.

Sin embargo, una decisión del Presidente de la Corte de Apelación de París del 5 de diciembre de 2003⁽⁵⁷⁾ consideró que el compromiso de las partes de ejecutar el laudo arbitral en los términos del artículo 28-6 del Reglamento de Arbitraje de la CCI no tiene por efecto conferir al mismo una fuerza ejecutoria de pleno derecho, ya que se estaría privando no solamente a las partes de interponer el recurso contra el mismo, que es norma de orden público, sino también al juez de su poder de suspensión de una eventual ejecución. El juez no puede ser privado contractualmente de las prerrogativas jurisdiccionales cuya competencia exclusiva es atribuida por el Estado. Este fallo, sin embargo, no es incompatible con el del 11 de diciembre 2002, ya que no se trataba de saber si al laudo debía reconocérsele la ejecución provisional, sino de saber si el juez tenía el poder de suspender dicha ejecución provisional. Desde este punto de vista, el fallo no parece criticable, ya que el derecho francés admite un poder general del juez de suspender la ejecución provisional de cualquier decisión, aunque tal ejecución provisional sea establecida por la ley y no por la voluntad de las partes⁽⁵⁸⁾.

b. Ejecución provisional declarada por los árbitros

El árbitro puede ordenar la ejecución provisional de su decisión, sea a petición de las partes, sea de oficio en razón de su necesidad y de la naturaleza del caso. En concordancia con el principio de contradicción, la adopción de tal medida presupone, sin embargo, que haya sido debatida con las partes⁽⁵⁹⁾.

En Francia, el artículo 1479 del NCPC dispone que las reglas aplicables a la ejecución provisional de fallos judiciales sean aplicables a los laudos arbitrales. Por lo tanto, tal y como se deduce del artículo 515 del

(57) Cour d' Appel de Paris, (1^{re} Ch. P. Ord Prem. Prés) 5 de febrero de 2003, Société Thales Air Defence c/. GIE Euromisile, EADS France et EADS Deutschland GmbH; *Rev. Arb.*, 2003 n°1, p. 254.

(58) Artículo 524 NCPC. Véase PINSOLLE, *L' exécution provisoire des sentences rendues en matière internationale en dépit d' un recours en annulation*, *Les Cahiers de l' arbitrage, Recueil*, Vol. III, (2004/2005), p. 111.

(59) ORTSHEIDT, "L' octroi et l' arrêt de l' exécution provisoire des sentences arbitrales en France", en: *Rev. Arb.*, 2004, N° 1, p. 14.

NCPC, al árbitro se le reconoce el poder de ordenar la ejecución provisional de su laudo. En Bélgica, el artículo 1709 del *Code Judiciaire* prevé que los árbitros pueden ordenar la ejecución provisional. Guy Keutgen y Georges-Albert Dal consideran que los árbitros pueden ordenar la ejecución provisional a solicitud de una de las partes, pero no de manera oficiosa ya que iría en contra de las reglas del derecho común (artículos 1397 a 1402 del CJ). Asimismo, los árbitros podrían solicitar la constitución de una garantía como condición para ordenar su ejecución. Otros ordenamientos jurídicos internos, tales como el neerlandés, reconocen al árbitro la facultad de ordenar la ejecución provisional⁽⁶⁰⁾.

El acta uniforme de la Organización para la armonización en África del derecho de los negocios (OHADA) prevé en su artículo 24 la facultad del árbitro para ordenar la ejecución provisional a solicitud de una de las partes. Igualmente se puede citar el artículo 54.1 de la Convención de Washington del 18 de marzo de 1965.

El árbitro puede someter la ejecución provisional a la constitución de una garantía, tal y como lo permiten en derecho francés los artículos 517 y siguientes de NCPC. Así mismo lo prevén los artículos 1709 del Código belga y 1055 del Código de Procedimiento Civil neerlandés.

c. Ejecución provisional decidida por el juez

El juez del país en el cual se pide la ejecución del laudo es competente para ordenar, bajo ciertas condiciones, la ejecución provisional del laudo. En derecho francés, por ejemplo, tal facultad del juez nacional está supeditada a la existencia de un recurso que tenga por efecto suspender la ejecución del laudo arbitral.

Es preciso poner de manifiesto que el carácter ejecutivo del laudo no obstante una medida de recurso depende de la ley del país de ejecución, y no de la ley del país donde ha sido proferido el laudo. Por ejemplo, un laudo proferido en Suiza, que sea presentado al exequátur en Francia, no gozaría de la ejecución provisional en caso de recurso contra la

⁽⁶⁰⁾ Artículo 1055 del Código de Procedimiento Civil neerlandés y artículo 1709 del Código Judicial Belga.

decisión de exequátur, aunque la ley Suiza prevea que los laudos proferidos en Suiza son ejecutivos a pesar del ejercicio de una vía de recurso.

Las disposiciones nacionales sobre ejecución provisional son generalmente consideradas como leyes imperativas. Por lo tanto, cuando las partes han acordado una ley extranjera para regir el procedimiento arbitral, esta no puede determinar cuales son las decisiones que gozan de pleno derecho de ejecución en otro Estado.

La facultad del juez de ordenar la ejecución provisional está generalmente condicionada a la presentación de una prueba que justifique la existencia de circunstancias de urgencia y la cual deber ser necesaria y compatible con la naturaleza del caso, sin importar que el árbitro no la haya previsto en su decisión. La parte demandante interesada deberá probar que todo atraso en la ejecución del laudo le reportaría graves perjuicios económicos. El juez podrá ordenar al solicitante la constitución de una garantía, real o personal, suficiente que responda en caso a que haya lugar una restitución o reparación. De igual forma, el juez puede rechazar la ejecución provisional, por estimarla manifiestamente excesiva⁽⁶¹⁾.

En Francia, el régimen de ejecución provisional del laudo arbitral es regulado por analogía con aquel aplicable a sentencias judiciales. Como ya se mencionó, se otorga un efecto suspensivo al recurso de anulación interpuesto contra el laudo proferido en materia internacional durante el término concedido para ejercerlo y su resolución⁽⁶²⁾. Todo laudo arbitral proferido en Francia, igualmente en materia internacional, por regla general no es ejecutado de manera provisional, salvo que el laudo

(61) Artículos 515 y 524 del NCPC.

(62) El comité francés de arbitraje, con el objeto de eliminar la restricción existente en derecho francés frente a la ejecución de laudos internacionales, recientemente presentó una propuesta para reformar el derecho del arbitraje. En uno de sus capítulos sobre las vías de recursos en materia de arbitraje internacional, propone que el recurso de anulación de un laudo arbitral pronunciado en Francia o la apelación a la declaración del exequátur de un laudo arbitral proferido en el extranjero, no serán concedidos más con efecto suspensivo. La proposición continua en una segunda parte reconociendo la facultad del juez de control del laudo de suspender o corregir la ejecución del laudo arbitral durante el tiempo de resolución del recurso, si dicha ejecución conlleva consecuencias manifiestamente excesivas (*Revue de l'arbitrage*, 2006, p. 491).

mismo lo prevea. Sin embargo, el juez puede otorgar la ejecución provisional al laudo, aplicando las reglas relativas a la ejecución provisional de sentencias judiciales. Inversamente, el juez tendrá el derecho de suspender la ejecución provisional del laudo proferido en Francia que expresamente la contempla en los casos previstos por el artículo 524 del NCPC.

Los laudos extranjeros proferidos fuera del territorio francés no beneficiarán de ejecución provisional ante la ausencia de una declaración expresa de los árbitros, a pesar que en el país donde fueron promulgados, se les reconozca jurídicamente una ejecución provisional. Dominique Hascher considera que el juez francés del *exequatur* no podría conceder una ejecución provisional a un laudo extranjero de conformidad con las disposiciones internas contenidas en el Nuevo Código de Procedimiento Civil (artículo 1479), ya que el juez del *exequatur* no puede revisar a fondo la decisión arbitral ni adicionar al laudo cualquier medida que no haya sido decidida por los árbitros⁽⁶³⁾. Sólo una vez que el laudo arbitral esté revestido de *exequatur*, y en caso de recurso contra la decisión de *exequatur*, la ejecución provisional podría ser ordenada, pero en relación con la declaración de *exequatur* y no del laudo extranjero en si mismo considerado. En tal hipótesis, la facultad del juez francés de ordenar la ejecución provisional no se vería limitada por las disposiciones de la ley del país de origen del laudo que ignoran o prohíben la ejecución provisional de laudos arbitrales. El derecho alemán también prevé la facultad del juez de ordenar la ejecución provisional de laudos arbitrales extranjeros con el efecto de paralizar el efecto suspensivo de un recurso contra la decisión de *exequatur*⁽⁶⁴⁾.

2. EJECUCIÓN DE LAUDOS E INMUNIDAD DE EJECUCIÓN DE LOS ESTADOS

La ejecución de laudos puede ser obstaculizada, cuando un Estado haya sido parte del arbitraje, por las inmunidades de ejecución que el derecho internacional le reconoce.

(63) HASCHER, Dominique, "L' exécution provisoire en arbitrage international", en: *Etudes de procédure et d' arbitrage en l' honneur de J F Poudret*, Lausanne, 1999, pp. 412-413.

(64) Artículo 1064 numeral 3 ZPO.

2.1. Fundamento y reglas aplicables

La inmunidad de los Estados se fundamenta en el reconocimiento de la igualdad soberana de los Estados, la cual se manifiesta de dos maneras: por la inmunidad de jurisdicción y por la inmunidad de ejecución. Tales inmunidades se fundamentan en el principio del *comity*, reconocido en derecho internacional. Mientras la inmunidad de jurisdicción garantiza que el Estado no podrá estar sujeto a la jurisdicción de otro Estado, la inmunidad de ejecución lo protege contra toda medida de embargo o de ejecución contra sus bienes. Las inmunidades de jurisdicción y de ejecución generalmente han sido tratadas de manera diferente, acordando una regulación más flexible a las primeras. Por el contrario la regulación de la inmunidad de ejecución ha sido más estricta. En efecto, la ejecución forzosa contra bienes de propiedad de un Estado extranjero constituye claramente una injerencia en la libertad del Estado de administrar sus propios asuntos.

De manera general, la inmunidad de ejecución se traduce en la inembargabilidad de los bienes del Estado. Su aplicación era absoluta hasta cuando el Estado empezó a desarrollar actividades comerciales y a intervenir en el comercio internacional en el mismo plano de los particulares. Por lo tanto, la aplicación absoluta de dicho privilegio se constituía en un obstáculo para el desarrollo del comercio internacional. En este sentido se pronunció el Tribunal Federal Suizo al considerar que una vez el Estado participa en el comercio y actúa como un particular no hay lugar más a una justificación que le permita el no reconocer las consecuencias económicas de sus acciones. Se empezó así a distinguir entre actos de naturaleza privada y comercial y actos de naturaleza pública. Los Estados sólo podrían invocar su inmunidad de jurisdicción por actos de soberanía y no esperar lo mismo frente a actos de naturaleza puramente civil y comercial.

La regulación en materia de inmunidad de los Estados resulta generalmente del derecho consuetudinario y de algunos tratados internacionales sobre la materia: Convención de Viena del 18 de abril de 1961 sobre relaciones diplomáticas; Convención Europea sobre la inmunidad de los Estados de 1972; Convención Interamericana sobre la inmunidad jurisdiccional de los Estados de 1983, la cual no ha entrado en vigor; y la reciente Convención de Naciones Unidas sobre las inmuni-

dades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes del 17 de enero de 2005. Los Estados del *Common Law*, a diferencia de los de tradición romano-germánica, han adoptado legislaciones internas sobre la materia, tales como los Estados Unidos en el “*Foreign Sovereign Immunities Act*” de 1976, el Reino Unido en el “*State Immunity Act*” de 1978, y Canadá en el “*State Immunity Act*” de 1985.

Se reconoce generalmente, en derecho internacional, un principio según el cual se excluye toda medida de ejecución contra una persona que representa un Estado extranjero, las órdenes de hacer o de no hacer dirigidas a un Estado extranjero, o las órdenes de ejecución dirigidas contra un Estado bajo la amenaza de una multa. Solo se pueden admitir contra Estados medidas dirigidas en contra de sus bienes. Al respecto, se plantea la cuestión de saber si es materialmente aplicable la inmunidad de ejecución del Estado, si hubo renuncia a dicha inmunidad y cual es el alcance de dicha renuncia.

2.2. Alcance de la inmunidad de ejecución

De manera general, la inmunidad de ejecución opera sobre los bienes del Estado que son afectados al ejercicio de su soberanía, y no opera sobre los bienes del Estado extranjero destinados a un uso comercial o utilizado para tal fin. Dicha distinción funcional es una diferencia importante entre las inmunidades de los Estados, que tienen origen consuetudinaria en derecho internacional, y las inmunidades de las cuales gozan las organizaciones internacionales, que son de naturaleza general y absoluta en cuanto se fundamentan en convenciones internacionales específicas⁽⁶⁵⁾. Se plantea por lo tanto la cuestión de saber lo que se entiende por bienes afectados a las actividades de soberanía (a). Además, en ciertos Estados, se prevén limitaciones adicionales al ejercicio de medidas de ejecución forzosa (b).

Finalmente, los bienes afectados a actividades diplomáticas del Estado están sujetos a reglas particulares (c). La existencia de dichas limitaciones al derecho del acreedor de perseguir medidas de ejecución

(65) GAILLARD y PINGEL-LENUZZA, “L’immunité de juridiction des organisations internationales: restreindre ou contourner”, en: *Mélanges en l’honneur de Philippe Kahn*, Litec, 2000, p. 205.

forzosa plantea por lo tanto el problema de quien debe probar que las condiciones de la ejecución están reunidas (d).

a. Concepto de actividad de soberanía

El Instituto de Derecho Internacional expidió una resolución en su sesión de 1991, que contiene en su artículo IV una lista de bienes del Estado exentos de medidas de ejecución forzada, tales como: los destinados a fines militares, los bienes de los bancos centrales, aquellos constitutivos del patrimonio cultural, etc. La mayoría de los Estados tomaron en su jurisprudencia dicha lista como ejemplo, pero la práctica de medidas de ejecución difiere en cada Estado, ya que algunos solicitan el cumplimiento de requisitos adicionales, como el caso de los Estados Unidos que prevé la necesidad de una relación entre los bienes susceptibles de ejecución forzada y la actividad sobre la cual se fundamenta el litigio resuelto por el laudo arbitral⁽⁶⁶⁾.

Los Estados del *Common Law* distinguen entre bienes destinados a fines comerciales y otros. Los primeros pueden, bajos ciertas condiciones, ser objeto de medidas de ejecución forzada, mientras que los segundos gozan de la inmunidad de ejecución. En derecho inglés, en la sección 13.2 y 3 del *Sovereign Immunity Act*, se consagra el principio general que no se ejercerá ninguna medida de ejecución forzada contra el Estado, salvo que medie un consentimiento expreso del Estado en cuestión. Posteriormente, la sub-sección 4 de la misma sección 13 enuncia las excepciones al principio general dentro de las cuales se permiten medidas de ejecución contra bienes usados o destinados a fines comerciales. Esta legislación no prevé la exigencia de una relación entre el bien objeto de ejecución forzada y la causa de origen del laudo que se pretende ejecutar.

En Derecho americano, se consagra el principio general que los Estados no gozan de inmunidad de jurisdicción ante las Cortes en relación con el ejercicio de sus actividades comerciales, y los bienes destinados a esta actividad son por lo tanto susceptibles de medidas de ejecución forzada (Sección 1602 del *Foreign Sovereign Immunities Act*). Por consiguiente, el *Foreign Sovereign Immunities Act* establece que toda ejecución se adelantará sólo contra los bienes destinados a fines comerciales.

⁽⁶⁶⁾ Véase arriba, nota 48.

En los países que no disponen de una legislación especial en materia de inmunidad, la jurisprudencia se ha encargado de delimitar su ejercicio. Así por ejemplo la jurisprudencia francesa ha limitado la inmunidad de ejecución a los bienes que están destinados a una actividad de soberanía o de servicio público. Cuando es el Estado mismo el propietario de los bienes, la inmunidad no opera si dichos bienes están afectados a una actividad económica o comercial de derecho privado, que da lugar a la demanda de ejecución forzada⁽⁶⁷⁾. Tratándose de organismos públicos, el solicitante debe aportar la prueba que la demanda de ejecución forzada se dirige contra bienes que hacen parte de un patrimonio afectado a una actividad privada⁽⁶⁸⁾.

A pesar que en Italia no existe mucha jurisprudencia publicada en materia de inmunidad y arbitraje, cabe la pena mencionar la decisión de la Corte de Casación del 2 de julio de 1992 que declaró inconstitucional la posición tradicional que exigía que las medidas de ejecución contra Estados fueran sujetas a un control ejecutivo que en cierta medida impedía la ejecución contra bienes del Estado usados para fines comerciales⁽⁶⁹⁾.

b. Requisitos adicionales para el ejercicio de medidas de ejecución contra bienes de un Estado extranjero

En ciertos países, aunque los bienes estén afectados a actividades privadas del Estado, el ejercicio de medidas de ejecución está sometido a condiciones adicionales.

Como se ha dicho, en Estados Unidos, no es suficiente probar la existencia de bienes del ejecutado en su territorio, sino que por ausencia de un mínimo contacto que establezca un “*personal jurisdiction*” en relación con el demandado, o la ausencia de un “*general jurisdiction*” por no existir relaciones mínimas con los Estados Unidos, las Cortes americanas se han declarado incompetentes para conocer de asuntos de

(67) Corte di Cassazione, civ., 1ere, 14 de marzo 1984 Eurodif c/ Iran, *JDI*, 1984, 598, comentario de B. Oppetit.

(68) Corte di Cassazione, civ., 1ere, de 1 de octubre 1985, Sonatrach, *Rev. Crit. DIP*, 1984.644 comentario de B. Audit; *JDI*, 1986.170, comentario de B. Oppetit.

(69) Corte di Cassazione, de 2 de julio 1992, 33 *ILM* 593(1994).

ejecución de laudos arbitrales⁽⁷⁰⁾. Al respecto, la sección 1610 a) 2) del *Foreign Sovereign Immunities Act* consagra que la ejecución se limita a bienes destinados a fines comerciales que entran en el marco de la actividad comercial a partir de la cual se sustentó la demanda. Por el contrario, para las medidas de ejecución solicitadas contra una “Agency” o an “instrumentality” del Estado, no se requiere una relación entre la actividad objeto del litigio y los bienes susceptibles de medidas de ejecución forzada (Sección 1610 b) 2)).

En Suiza, al igual que en los Estados Unidos, existen disposiciones internas que limitan el ejercicio de medidas de ejecución forzada contra bienes de Estados extranjeros. La jurisprudencia suiza ha precisado que el Estado que no goce de inmunidad de jurisdicción no podrá impedir las medidas de ejecución forzada contra sus bienes salvo contra aquellos destinados para el cumplimiento de actos de soberanía⁽⁷¹⁾. Por lo tanto, como lo expresa François Knoepfler, las condiciones para levantar la inmunidad de ejecución son: i) la ejecución de un acto *jure gestionis*; ii) que los bienes del Estado extranjero no estén destinados para la actividad de servicios diplomáticos ni constituir instrumentos necesarios del Estado para actuar *jure imperii* y no haber sido afectados a un objetivo concreto para el ejercicio de la soberanía del Estado⁽⁷²⁾; y iii) una relación suficiente (“*Binnenbeziehung*”) entre los hechos que originaron el litigio o la decisión y Suiza, es decir que la relación entre las partes nació o debía ejecutarse en Suiza o que el Estado extranjero ejecutó actos en Suiza propios que pretendían a que este país fuera el lugar de ejecución. Como ejemplos se citan: la perfección del contrato en Suiza, la atribución de competencia a jueces suizos, el lugar de pago en territorio suizo, entre otros.

Autores como François Knoepfler⁽⁷³⁾ y Pierre Lalive⁽⁷⁴⁾ critican este último requisito de existencia de una relación suficiente (“*Bin-*

(70) Véase arriba, nota 48.

(71) ATF 82 I 75.

(72) TFS, 31 julio de 1990, RSDIE, 1992, p. 585.

(73) KNOEPFLER, “L’immunité d’exécution contre les Etats”, en: *Rev. Arb.*, 2003, p. 1064.

(74) Nota al fallo Lybia c. Amco, ATF 106 Ia 142, ADSI, 1981, p. 455.

nenbeziehung”), considerando que no se justifica, porque en Suiza se le reconoce a los Estados extranjeros una inmunidad más extensa que aquella reconocida por el derecho internacional público general.

c. *La inmunidad diplomática*

La inmunidad diplomática se constituye en otra limitante para la práctica de medidas de ejecución contra bienes del Estado. Esta inmunidad tiene por objeto permitir a los Estados soberanos mantener las relaciones internacionales y en particular asegurar el funcionamiento de sus misiones diplomáticas. Su fundamento es de origen convencional, y encuentra su marco regulatorio en la Convención de Viena del 18 de abril de 1961 sobre las relaciones diplomáticas.

La jurisprudencia belga, en una decisión de la Corte de Apelación de Bruselas del 15 de febrero de 2000 en el asunto *Leika AG c/ Banco Central de Irak y el Estado de Irak*⁽⁷⁵⁾, frente a una solicitud de medidas de ejecución forzada contra cuentas bancarias cuyo titular era el Estado de Irak, consideró que la inmunidad de ejecución de los Estados no podía ser invocada sino en relación con bienes que pertenecen al dominio público y que no estuvieran sujetos a una afectación privada. Continuo explicando que de conformidad con el espíritu del artículo 25 de la Convención de Viena de 1961, las cuentas bancarias de las embajadas debían beneficiarse de la inmunidad diplomática a pesar que no estuviera previsto de manera expresa en el artículo 22 numeral 3 de la Convención. Sin embargo, la Corte estimó que esta inmunidad se aplicaba solamente en la medida que las sumas depositadas fueran necesarias o útiles para el ejercicio de las funciones de la misión diplomática.

La jurisprudencia francesa, al igual que la belga, reconoce la inmunidad diplomática sobre las cuentas bancarias para el ejercicio de la misión diplomática de conformidad con el espíritu del artículo 25 de la Convención de Viena de 1961⁽⁷⁶⁾.

⁽⁷⁵⁾ *Journal des Tribunaux belges*, 2001, p. 2-12, comentario de Miguel ROMERO.

⁽⁷⁶⁾ Corte de Apelación de París, 1ere Chambre, 10 de agosto de 2000, *Noga c. Federación de Rusia*; véase “Le régime spécifique des immunités diplomatiques d’ exécution”, *Recueil Dalloz*, 2001, p. 2157.

En derecho americano, la sección 1610 del *Foreign Sovereign Immunities Act*, trata el tema del embargo de cuentas de embajadas extranjeras, la cual es similar a la solución adoptada por la jurisprudencia belga en el asunto Leika. Si bien la disposición no adoptó expresamente el razonamiento que las cuentas de las embajadas no son susceptibles de embargo, salvo que sean utilizadas para efectos comerciales no ligados a la función diplomática, en el asunto *Birch Shipping Corporation v. The Embassy of the United Republic of Tanzania*, la Corte adoptó dicha limitante⁽⁷⁷⁾. Sin embargo, en una decisión posterior en el asunto *Letco*, la Corte del *District of Columbia* consideró en 1997 que las cuentas bancarias de la embajada de Liberia estaban protegidas por la inmunidad de ejecución a pesar que una parte de las sumas depositadas eran utilizadas para actividades comerciales⁽⁷⁸⁾.

d. La carga de la prueba

La cuestión de saber quien debe probar la naturaleza de los bienes embargados del Estado es determinada de conformidad con la ley nacional del Estado donde se solicitan las medidas de ejecución.

En Derecho inglés, el artículo 17 del *Sovereign Immunities Act* establece una definición de lo que se debe entender por “finés comerciales”⁽⁷⁹⁾. A continuación consagra una presunción de destinación para efectos de interés público de los bienes del Estado extranjero, por lo que será el acreedor insatisfecho quien tendrá la carga de la prueba de mostrar que un bien es destinado a un uso privado. En la sección 13 5),

⁽⁷⁷⁾ 507 F.Supp 311 (D.D.C 1980).

⁽⁷⁸⁾ *Letco c. The government of the Republic of Liberia*, 659 F. supp 606 (D.D.C 1997).

⁽⁷⁹⁾ “Commercial transaction” means:

- (a) any contract for the supply of goods or services;
- (b) any loan or other transaction for the provision of finance and any guarantee or indemnity in respect of any such transaction or of any other financial obligation; and
- (c) any other transaction or activity (whether of a commercial, industrial, financial, professional or other similar character) into which a State enters or in which it engages otherwise than in the exercise of sovereign authority; but neither paragraph of subsection (1) above applies to a contract of employment between a State and an individual.

el *Sovereign Immunities Act* estipula que la certificación expedida por el representante de la misión diplomática en Gran Bretaña sobre la no destinación para efectos comerciales de los bienes en cuestión es prueba suficiente, salvo que el acreedor aporte prueba en contrario. A partir de una decisión de la House of Lords en el asunto *Alcom Ltd v. Republic of Columbia*⁽⁸⁰⁾, François Knoepfler concluyó que una cuenta mixta utilizada para costear la actividad corriente de la misión diplomática, es decir, aquella utilizada para la compra de bienes y servicios para la embajada y para girar los salarios de los funcionarios de la misión diplomática, es integralmente protegida por la inmunidad y por las disposiciones de la sección 16 1 b del *Sovereign Immunities Act*⁽⁸¹⁾.

En Alemania, una decisión del Tribunal Constitucional del 13 de diciembre de 1977 en el asunto *The Philippine Embassy*⁽⁸²⁾ falló que es suficiente la certificación del representante de la misión diplomática sobre el carácter público de los fondos depositados en la cuenta bancaria para reconocer la inmunidad de los mismos. El Tribunal Constitucional va más adelante, sin embargo, al considerar que un procedimiento probatorio relacionado con el uso actual o futuro de sus cuentas constituiría una injerencia en el funcionamiento de la misión diplomática.

Los derechos francés y belga prevén también la carga de la prueba de la afectación privada de los bienes embargados. Resulta de la decisión de la Corte de apelación de París en el asunto Noga⁽⁸³⁾ que se permite la ejecución forzada contra los bienes de una representación diplomática solamente cuando el acreedor haya probado el destino de los bienes a un fin comercial, a menos que haya declaración expresa del Estado al respecto.

⁽⁸⁰⁾ *Alcom Ltd c. Republic of Columbia and others*, 1984 1, All ER 1. Véase al respecto Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, Oxford, 2002, p. 382.

⁽⁸¹⁾ KNOEPFLER, “L’immunité d’exécution contre les Etats”, en: *Rev. Arb.*, 2003, N° 3, p. 1056.

⁽⁸²⁾ Decisión del 13 de diciembre de 1977, BverGE 46, 342,2 BvM 1976.

⁽⁸³⁾ Corte de Apelación de París, 1ere Chambre, 10 de agosto de 2000, Noga c. Federación de Rusia; véase “Le régime spécifique des immunités diplomatiques d’exécution”; *Recueil Dalloz*. 2001, 2157. Knoepfler estima que cuando la renunciación de la inmunidad de ejecución no es total, queda la pregunta de la carga de la prueba, que en términos generales tiende a proteger al deudor estatal.

En derecho suizo, la jurisprudencia en materia de cuentas bancarias ha considerado que el elemento determinante es más el fin de la actividad que su naturaleza. Si los fondos son afectados a otros fines que los de la actividad pública, éstos no se beneficiarán de ninguna inmunidad y podrán ser objeto de medidas de ejecución⁽⁸⁴⁾. Sin embargo, se ha reconocido una presunción según la cual las cuentas de las embajadas son siempre afectadas a fines de interés público⁽⁸⁵⁾.

En conclusión, son pocas las probabilidades de éxito de ejecución de bienes del Estado, cuando el levantamiento de la inmunidad de ejecución depende de la prueba a cargo del acreedor de la afectación del bien en uso privado. El tema de la renuncia a la inmunidad tiene por lo tanto una importancia determinante.

2.3. Renuncia a la inmunidad de ejecución

El alcance de la renuncia a la inmunidad de ejecución es analizado sobre la base de los términos de dicha renuncia y a la naturaleza de los bienes que serían susceptibles de embargo. La posición clásica considera que la renuncia a la inmunidad de ejecución debe ser el resultado de una declaración expresa del Estado que de manera inequívoca manifiesta tal voluntad. Dicha declaración no se presume por la renuncia expresa o implícita a su inmunidad de jurisdicción ni por la aceptación de reglamentos de arbitraje que comprometan a las partes a ejecutar voluntariamente el laudo proferido en los términos de dicho reglamento. En contraposición, otra corriente o posición considera que la renuncia a la inmunidad de jurisdicción, resultado de la firma de una cláusula de arbitraje, implica así mismo la renuncia de la inmunidad de ejecución. François Knoepfler, por ejemplo, considera que habría una contradicción al admitir la renuncia a la inmunidad de jurisdicción con la limitante al demandante de no poder acudir al poder coercitivo del Estado para ejecutar la decisión⁽⁸⁶⁾. También Géraud de La Pradelle considera que la

(84) ATF 112 Ia 151.

(85) Nota del departamento de derecho internacional público del 28 de febrero de 1991, *RSDIE*, 1992, 570, y Decisión de la Corte de Apelación de Berne del 5 de enero de 1998, *RSDIE*, 1998, p. 643.

(86) KNOEPFLER, "L'immunité d'exécution contre les Etats", en: *Rev. Arb.*, 2003 N° 3, p. 1035.

renuncia del Estado a su inmunidad de jurisdicción debería implicar renuncia a su inmunidad de jurisdicción⁽⁸⁷⁾. El fundamento para admitir la renuncia implícita a la inmunidad de ejecución en caso de renuncia a la inmunidad de jurisdicción sería el principio de buena fe en las relaciones internacionales.

En derecho inglés, la sección 13 sub-sección 3 del *Sovereign Immunities Act* concibe la posibilidad que el Estado renuncie por escrito a su inmunidad de ejecución, pero la sumisión a una jurisdicción arbitral o extranjera no supone la renuncia a su inmunidad de ejecución.

El derecho americano trata separadamente la inmunidad de jurisdicción de la de ejecución. En la sección 1610 a) 1) del *Foreign Sovereign Immunities Act*, se consagra que los bienes situados en los Estados Unidos de un Estado extranjero utilizados para una actividad comercial en este territorio no serán inmunes a medidas de ejecución si el Estado extranjero ha renunciado, explícita o implícitamente, a su inmunidad.

Al contrario, la jurisprudencia suiza no reconoce un tratamiento diferente entre la inmunidad de jurisdicción y la de ejecución. Por lo tanto, la jurisprudencia suiza considera que la renuncia a la inmunidad de jurisdicción, por ejemplo en caso de firma de una convención de arbitraje, implica renuncia a su inmunidad de ejecución⁽⁸⁸⁾. Sin embargo, el artículo 23 de la Convención Europea sobre la inmunidad de los Estados del 16 de mayo de 1972, que entró en vigor en Suiza el 7 de octubre de 1982⁽⁸⁹⁾, consagra el principio de la renuncia expresa por el Estado a la inmunidad de ejecución. Dicha disposición, sin embargo, se aplica a fallos judiciales y no sería aplicable a la ejecución en Suiza de un laudo arbitral extranjero.

En derecho francés, hasta la decisión de la Corte de Casación del 6 de julio de 2000 en el asunto *Creighton c. Ministerio de Finanzas del*

(87) DE LA PRADELLE, "L'arbitrage face aux immunités de juridiction et d'exécution: à propos du blocage des comptes en banque de missions diplomatiques et saisie d'un navire d'Etat affecté à un personne publique", en: *Cahiers de l'arbitrage*, Recueil, Vol. I, 2000/2001, p. 55.

(88) Tribunal Federal del 10 de febrero de 1960, República Árabe Unida c. Dame XATF 86 I 23.

(89) También fue ratificada por: Alemania, Gran Bretaña, Bélgica, Luxemburgo, los Países Bajos, Austria y Chipre.

Estado de Qatar⁽⁹⁰⁾, la jurisprudencia no admitía que la estipulación de una cláusula arbitral así como la referencia a un reglamento de arbitraje que comprometía a las partes a ejecutar el laudo, podía implicar una renuncia a la inmunidad de ejecución, la cual sólo era aceptada cuando mediaba una manifestación inequívoca de la voluntad del Estado⁽⁹¹⁾. En su fallo del 6 de julio de 2000, la Corte de Casación anuló la decisión de la Corte de Apelación de París⁽⁹²⁾ que había considerado que el hecho que el Estado de Qatar haya aceptado una cláusula de arbitraje no permitía presumir su renuncia a la inmunidad de ejecución. Según la Corte de Casación, el compromiso del Estado firmante de la cláusula de arbitraje de ejecutar el laudo en los términos del artículo 24 del reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de 1988 implicaba la renuncia del Estado a su inmunidad de ejecución. En otros términos, se admitía la renuncia implícita de un Estado a su inmunidad de ejecución.

Esta decisión ha sido objeto de varios comentarios por parte de la doctrina, en la cual ciertos autores sostienen que bajo el principio de buena fe, no hay razón para permitir que el Estado que ha renunciado a su inmunidad de jurisdicción por someterse a un arbitraje pueda prevalecerse después de su inmunidad de ejecución⁽⁹³⁾. Otros autores consideran, por el contrario, que la firma de una cláusula de arbitraje no permite deducir la renuncia del Estado a su inmunidad de ejecución, toda vez que esto iría en contra de las disposiciones de la Convención Europea de 1972 y de la Convención de Viena del 18 de abril de 1961⁽⁹⁴⁾.

⁽⁹⁰⁾ Corte de Casación, 6 de julio de 2000, Creighton c. Ministerio de Finanzas del Estado de Qatar, *Rev Arb.* 2001/1, 114, con nota Leboulanger.

⁽⁹¹⁾ En este sentido, Corte de Apelación de París, 21 de abril de 1982, République islamique d' Iran, Organisation pour les investissements et les aides économiques et techniques de l' Iran et Organisation de l'énergie atomique de l'Iran c/ Eurodif et Sodif, *Rev. Crit. DIP*, 1983, 101, con nota Mayer.

⁽⁹²⁾ Corte de Apelación de París, 11 de junio de 1998.

⁽⁹³⁾ KNOEPFLER, "L'immunité d'exécution contre les Etats", cit.

⁽⁹⁴⁾ ZEYEN, "Les immunités des Etats dans les contrats d'investissement: du nouveau avec l'arrêt Creighton", en: *RDAI*, N° 3, 2006, p. 333.

La Corte de Apelación de París tomó, sin embargo, una posición diferente en el asunto *Noga c. Embajada de la Federación de Rusia*⁽⁹⁵⁾. El Tribunal consideró que, a pesar de la existencia de una cláusula de arbitraje que incluye de manera expresa la renuncia del Estado para invocar toda inmunidad, dicha manifestación no implica la renuncia a la inmunidad diplomática de ejecución. La Corte consideró que la Convención de Viena del 18 de abril de 1961 sobre las relaciones diplomáticas era aplicable en favor de la Federación Rusa, respecto de las cuentas bancarias de las cuales era titular la embajada Rusa en Francia para el ejercicio de su misión diplomática en territorio francés.

Las jurisdicciones estadounidenses tomaron también una posición restrictiva en el sentido que la renuncia a la inmunidad de jurisdicción no se puede interpretar como renuncia implícita a la inmunidad de ejecución. En el asunto *Creighton v. Qatar*, la sociedad Creighton había solicitado la ejecución tanto del fallo de la Corte de Apelación de París como del laudo arbitral ante la *US District Court* del *District of Columbia*. El Tribunal americano declaró que no era competente de conformidad con las disposiciones del FSIA y de una jurisprudencia anterior (*Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corp*)⁽⁹⁶⁾; decisión que fue confirmada por la Corte de Apelación que consideró que medidas de ejecución contra un Estado extranjero sólo son posibles cuando dicho Estado no goza de una inmunidad de que tratan las secciones 1605 y 1607 del *Federal Sovereign Immunities Act* o en virtud de un tratado internacional, y que la decisión del Estado de Qatar de someterse a un arbitraje en un Estado extranjero no permitía presumir una renuncia a su inmunidad de ejecución en los Estados Unidos⁽⁹⁷⁾.

Tal jurisprudencia restrictiva parece conforme con las normas de derecho internacional aplicables. La Convención de Viena del 18 de abril de 1961 sobre las relaciones diplomáticas así prevé, en su artículo 32 numeral 4, que: “La renuncia a la inmunidad de jurisdicción respecto de las acciones civiles o administrativas no ha de entenderse que presume

⁽⁹⁵⁾ Corte de Apelación de París, 1ere Chambre, 10 de agosto de 2000, véase “Le régime spécifique des immunités diplomatiques d’ exécution”, *Recueil Dalloz*, 2001, p. 2157.

⁽⁹⁶⁾ 488 US, 434(1989).

⁽⁹⁷⁾ 181 F. 3d 118 (D.C Cir.1999).

la renuncia a la inmunidad en cuanto a la ejecución del fallo, para lo cual será necesaria una nueva renuncia”. Igualmente, el artículo 23 de la Convención Europea de 1972 exige una renuncia expresa del Estado a su inmunidad de ejecución o la aceptación expresa de medidas conservatorias. Además, en su artículo 12 consagra que la firma de una convención de arbitraje tiene por efecto la renuncia a la inmunidad del Estado solo en lo que concierne: i) la validez o la interpretación de la convención de arbitraje, ii) el procedimiento arbitral, y iii) la anulación del laudo arbitral.

En cuanto a la Convención CIADI, se prevé en su artículo 55 que la aceptación de la jurisdicción del Centro no puede ser interpretada como una renuncia a las reglas en vigor en el Estado por lo que se refiere a las inmunidades de ejecución.

La Convención de Naciones Unidas de 2005 establece en su artículo 20 que el consentimiento expreso requerido para el adelantamiento de medidas de ejecución no se entiende concedido cuando el Estado renuncia a su inmunidad de jurisdicción. Incluso la Convención CIADI del 18 de marzo de 1965, la cual establece el principio que los Estados se comprometen a ejecutar el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado (artículo 54), no consagra un sistema de renuncia a la inmunidad de ejecución ya que su artículo 55 dispone que: “nada de lo dispuesto en el Artículo 54 se interpretará como derogatorio de las leyes vigentes en cualquier Estado Contratante relativas a la inmunidad en materia de ejecución de dicho Estado o de otro Estado extranjero”.

2.4. Disposiciones de la Convención de Naciones Unidas de 2005

Esta Convención con vocación universal fue concluida luego de un extenso trabajo de la Comisión de Derecho Internacional, con el objeto de contribuir al desarrollo del derecho internacional y a la armonización de sistemas en materia de inmunidad y en especial en el tema de la inmunidad contra medidas de ejecución, como consecuencia de los diferentes tratamientos nacionales sobre el particular. A partir del 17 de enero de 2005 y durante dos años, el instrumento fue dejado abierto

para la firma de todos los Estados. De conformidad con su artículo 33, entrará en vigor a los 30 días de la trigésima ratificación⁽⁹⁸⁾.

La Convención en su artículo 5 consagra el principio general según el cual los Estados gozan ellos mismos y sus bienes de la inmunidad de jurisdicción frente a los tribunales de otro Estado, bajo reserva de las disposiciones de la misma Convención que consagran las excepciones a tal principio general.

En su artículo 17, la Convención consagra que la suscripción por el Estado de una cláusula de arbitraje implica la renuncia a su inmunidad de jurisdicción en lo que concierne: i) la validez, la interpretación o la aplicación de la convención de arbitraje, ii) el procedimiento arbitral, y iii) las vías de recurso contra el laudo arbitral, salvo estipulación en contrario.

Posteriormente, en sus artículos 18 y 19, consagra el principio general de inmunidad de ejecución de los Estados salvo que medie renuncia expresa que podrá manifestarse en la convención de arbitraje o en un contrato escrito. Sin embargo, en su artículo 20, establece que el consentimiento expreso requerido para el adelantamiento de medidas de ejecución no se entiende concedido cuando el Estado renuncia a su inmunidad de jurisdicción. Por lo tanto, la Convención reconoce la regla general según la cual la renuncia a la inmunidad de jurisdicción no implica la renuncia a la de ejecución. La ejecución de un laudo arbitral requerirá entonces del consentimiento expreso del Estado, a menos que la ejecución del laudo esté dirigida contra bienes afectados a la satisfacción de la acreencia objeto del litigio o de bienes utilizados o destinados a ser utilizados por el Estado a fines distintos que a los de servicio público no comercial.

⁽⁹⁸⁾ Según la pagina web oficial de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, 28 países han firmado la mencionada Convención. Los Estados firmantes son: Australia, Bélgica, China, Dinamarca, Estonia, Federación Rusa, Finlandia, Francia, India, Irán, Islandia, Japón, Líbano, Madagascar, Marruecos, México, Noruega, Paraguay, Portugal, República Checa, Rumania, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Senegal, Sierra Leona, Eslovaquia, Suecia, Suiza y Timor. Sólo 4 Estados la han ratificada: Austria, Noruega, Portugal y Rumania.

Ciertos autores⁽⁹⁹⁾ deducen de esto que la Convención excluyó del artículo 17 los procedimientos relativos al reconocimiento del laudo arbitral, ya que dichos procedimientos se consideran en los ordenamientos procesales de varios países como el inicio de la ejecución del laudo. Dicha tesis es discutible, ya que la Convención no prevé la inmunidad de jurisdicción para procesos de reconocimiento de laudos arbitrales, sino que consagra la necesidad de una renuncia explícita en caso de ejecución sobre bienes no comerciales y no afectados a la satisfacción de la acreencia en causa. Además, el proceso de reconocimiento permite no solo ejecutar el laudo, sino también reconocerle la fuerza de cosa juzgada, respecto a la cual no hay razón permitir al Estado ampararse prevaleciéndose de su inmunidad de jurisdicción.

La Convención diferencia las medidas de ejecución que podrán ser adelantadas antes o posterior a una decisión judicial. A menos que un Estado no haya consentido a la práctica de medidas anteriores a una decisión judicial, sea en la misma convención de arbitraje o según los términos de un contrato escrito, de un tratado bilateral o multilateral o de una declaración ante el juez, el Estado se beneficia de la inmunidad de ejecución contra toda medida de ejecución anterior a una sentencia judicial, salvo que haya reservado o afectado unos bienes determinados para la satisfacción de la demanda. Para las medidas de ejecución posteriores a la decisión judicial, igual es el tratamiento que para las medidas anteriores, pero se añade que son susceptibles de ejecución los bienes del Estado que son específicamente utilizados o destinados a ser utilizados por el Estado para fines distintos a los de servicio público no comerciales y que están situados en el territorio del Estado de fuero, bajo la condición que las medidas de ejecución se dirijan sobre los bienes que tiene una relación con la entidad contra la cual el procedimiento fue instaurado. Por lo tanto, se excluyen los bienes situados sobre el territorio de otros Estados, y los pertenecientes a entidades públicas distintas de aquella contra la cual se instauró el proceso.

Así mismo la Convención en su artículo 21 consagra una lista de bienes que no son considerados como bienes específicamente utiliza-

⁽⁹⁹⁾ ANNACKER y GREIG, “Immunité des Etats et arbitrage”, en: *Boletín de la Corte de arbitraje de la CCI*, N° 2, 2004, p. 75.

dos o destinados a ser utilizados por el Estado para fines distintos a los de servicio público, tales como, entre otros, los de carácter militar, los de la banca central, los que hacen parte del patrimonio cultural del Estado. Las cuentas bancarias de misiones diplomáticas son incluidas en la lista del artículo 21, bajo la condición que sean utilizadas o destinadas a ser utilizadas en el ejercicio de las funciones de la misión diplomática del Estado, de sus oficinas consulares, de misiones especiales, de misiones frente a organismos internacionales, de sus delegaciones en los organismos internacionales o a las conferencias internacionales.

3. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR INCUMPLIMIENTO DE SU OBLIGACIÓN DE EJECUTAR UN LAUDO EXTRANJERO

Reconocer y ejecutar los laudos arbitrales extranjeros es una obligación internacional del Estado cuando es prevista por una convención bilateral o multilateral. Por ejemplo, en lo referente a laudos privados, la Convención de Nueva York prevé la obligación de los tribunales de los Estados miembros de reconocer y ejecutar los laudos extranjeros. En materia de inversiones, el artículo 54 de la Convención CIADI prevé la obligación de los Estados de ejecutar los laudos CIADI como si fueran fallos definitivos de sus tribunales internos. En el caso del *Iran-US Claims Tribunal*, el artículo IV de la Declaración sobre arreglo de disputas de los Acuerdos de Argel prevé que los laudos proferidos por el Tribunal no son susceptibles de recurso y podrán ser ejecutados contra el Estado.

Se plantea por lo tanto la cuestión de saber cuales son las consecuencias de un incumplimiento de dichas obligaciones del Estado. La respuesta parece ser que, en dicha hipótesis, el Estado compromete su responsabilidad internacional. Hay, sin embargo, que distinguir entre varias posibles situaciones.

3.1. Laudos privados

La hipótesis aquí planteada es que la jurisdicción de un Estado se niega, en violación manifiesta de sus obligaciones internacionales, a reconocer y ejecutar un laudo arbitral. Que este laudo sea proferido entre

partes privadas o implique el Estado mismo no tiene relevancia al respecto. El hecho que nos interesa aquí es que la jurisdicción del Estado incumple las obligaciones a su cargo en virtud de la Convención de Nueva York o de cualquier otro instrumento internacional que prevea la obligación de reconocer y ejecutar el laudo arbitral. Igual problemática sería planteada en términos idénticos, si las jurisdicciones del Estado se negaran a prestar su colaboración al arbitraje, como por ejemplo negándose a declararse incompetentes o negándose a designar un árbitro. Tal comportamiento sería contrario a la obligación prevista en el artículo II de la Convención de Nueva York de reconocer sus efectos a las convenciones de arbitraje.

Bajo ésta hipótesis, se podría imaginar que el acreedor privado recurriera a la protección diplomática, pero esta vía sería seguramente difícil y se arriesgaría a encontrarse con objeciones relativas a la independencia del poder judicial local. En cambio, perfectamente se puede concebir que estas circunstancias pueden constituir, no solamente una violación a la Convención de Nueva York (o de cualquier otro instrumento internacional que obligue al Estado a reconocer el laudo arbitral), sino también a un Tratado bilateral de protección de las inversiones.

Esto es lo que consideró por primera vez un Tribunal arbitral del CIADI en un laudo del 21 de marzo de 2007⁽¹⁰⁰⁾. El caso consistía en un litigio entre una sociedad italiana (Saipem) y una sociedad pública de Bangladesh (Petrobangla), en relación con un contrato de construcción de un pipe-line. El contrato preveía una cláusula de arbitraje CCI y la sede del arbitraje estaba situada en Dhaka en Bangladesh. Durante el procedimiento, Petrobangla tomó la iniciativa de acudir a la jurisdicción de Bangladesh por diversos motivos; primero, para solicitar la revocación de los árbitros; segundo, para aplazar el procedimiento arbitral, y finalmente para obtener una *anti-suit injunction*. El 24 de noviembre de 1997, la Corte Suprema de Bangladesh ordenó a Saipem el suspender el arbitraje. Posteriormente, el 5 de abril de 2000, el Tribunal de Dhaka revocó el tribunal arbitral, quien, no obstante, continuó con sus operaciones, estimando que la recusación de los árbitros era de la com-

⁽¹⁰⁰⁾ International Centre for Settlement of Investment Dispute, ICSID Case N° ARB/05/07. Asunto: Saipem S.p.A *v.* The people's Republic of Bangladesh.

petencia exclusiva de la Corte Internacional de arbitraje de la CCI. Luego, la corte de Bangladesh ordenó a Saipem, una vez más, poner fin al arbitraje. El Tribunal arbitral, no obstante, decidió proferir su laudo reconociendo las pretensiones de Saipem. Petrobangla acude entonces a los Tribunales de Bangladesh, solicitando la anulación de dicho laudo arbitral. La Corte Suprema de Bangladesh, mediante decisión del 21 de abril de 2004, rechaza el recurso, considerando que el laudo arbitral estaba desprovisto de cualquiera existencia legal, y no podía por lo tanto ser objeto de ningún recurso⁽¹⁰¹⁾.

Posteriormente, diversos procedimientos de ejecución se adelantaron en Bangladesh e Italia, que tenían por objeto prohibir el pago de una garantía bancaria a favor de Petrobangla. En octubre de 2004, Saipem inicia una acción contra el Estado de Bangladesh ante un Tribunal del CIADI, con fundamento en el tratado bilateral de protección de las inversiones firmado el 20 de marzo de 1990 entre Italia y Bangladesh, recriminando el comportamiento de Bangladesh, equivalente a una expropiación al derecho del Saipem de someter sus pretensiones a un tribunal arbitral, siendo éste un derecho contractual concebido en el marco de las previsiones del tratado bilateral.

El Estado de Bangladesh respondió controvirtiendo la competencia del tribunal arbitral, afirmando, que a su juicio, Saipem no había realizado una inversión y además, por una parte, que el tratado bilateral excluía el consentimiento del Estado para las consecuencias de los actos de sus jurisdicciones, y de otra parte, que Saipem no había apelado la decisión del Tribunal de Dhaka que revocaba el Tribunal arbitral CCI, lo cual privaba al Estado de la posibilidad de rectificar dicha decisión. Finalmente, el Estado afirmó que Saipem, al aceptar la sede del arbitraje en Dhakha, había aceptado la competencia de las jurisdicciones de éste país.

Después de haber considerado que la operación litigiosa constituía claramente una inversión en el sentido del artículo 25 de la Convención CIADI y del Tratado bilateral, el Tribunal no estimó necesario el determinar si el laudo, en si mismo, podía ser calificado de inversión, toda vez que:

⁽¹⁰¹⁾ ICSID Case ARB/05/07, N° 36: “(...) *it was misconceived and incompetent inasmuch as there is no Award in the eye of the law, which can be set aside*”.

“the rights embodied in the ICC Award were not created by the Award, but arise out of the contract. The ICC Award crystallized the parties’ rights and obligations under the original contract. It can thus be left open whether the Award itself qualifies as an investment, since the contract rights which are crystallized by the Award constitute an investment within article 1(1) (c) of the BIT”⁽¹⁰²⁾.

El Tribunal estimó que el comportamiento del Estado de Bangladesh, tendiente a privar de efectos el procedimiento arbitral CCI acordado por las partes, era equivalente a una expropiación ilícita ya que:

“it is widely accepted under general international law that immaterial rights can be the subject of expropriation. Moreover, as the European Court of Human Rights unequivocally held, rights under judicial decisions are protected property that can be the object of an expropriation (...)”⁽¹⁰³⁾.

El Tribunal rechaza el argumento según el cual la actuación de las cortes de Bangladesh estaría excluida de las disposiciones contenidas en el Tratado bilateral, ya que a su juicio:

“(...) there is no reason why a judicial act could not result in an expropriation. Nothing in the BIT indicates such a limitation. Moreover, Bangladesh did not cite any decision supporting the opposite view. Quite to the contrary, The Tribunal notes that the European Court of Human Rights had no hesitation to hold that court decisions can amount to an expropriation. Indeed, this is at least implicitly conceded by Bangladesh when it insists on the fact that consent to jurisdiction over the purported expropriation by acts of the judiciary is excluded by article 5.1 of the BIT”⁽¹⁰⁴⁾.

⁽¹⁰²⁾ ICSID Case N° ARB/05/07, N° 127; p. 35.

⁽¹⁰³⁾ ICSID Case N° ARB/05/07, N° 130; p. 36.

⁽¹⁰⁴⁾ ICSID Case N° ARB/05/07, N° 132; p. 37.

El Tribunal continua:

“According to Saipem, interpreting the last phrase of this provision as an exclusion of the consent to arbitrate with respect to judicial acts would result in negating the protection which BIT grants investor. It stresses the ‘in almost all instances expropriations occur as a result of actions which directly or indirectly derive from an action contemplated in a law or a judgment’ and that accepting the Respondent’s position would render the State’s actions immune from the rules of the BIT”⁽¹⁰⁵⁾.

Y considera:

“In the Tribunal’s opinion, Article 5 (1) (1) in fine cannot be understood as creating immunity in favour of the judiciary power. This provision merely affirms the principle that, ‘in order to escape being considered an internationally wrongful act, a State measure limiting or excluding an investor’s rights of ownership, control or enjoyment can only be considered legal if it has been adopted by law or by a judicial decision’ ”⁽¹⁰⁶⁾.

Finalmente, el Tribunal consideró, con una motivación muy importante, que las eventuales violaciones de la Convención de New York cometidas por el Estado de Bangladesh no eran exclusivamente relevantes en las relaciones contractuales entre Saipem y Petrobanga, sino que también podían comprometer la misma responsabilidad internacional del Estado:

“In the Tribunal’s view, the essence of Saipem’s case is that the courts of Bangladesh acted in violation of the New York Convention and in an ‘illegal, arbitrary and idiosyncratic’ manner amounting to a violation of the protection afforded to foreign investor under Article 5 of the BIT. Saipem does

⁽¹⁰⁵⁾ ICSID Case N° ARB/05/07, N° 136; p. 38.

⁽¹⁰⁶⁾ ICSID Case N° ARB/05/07, N° 137; p. 38.

not request relief under the contract; it does not raise contract claims over which the Tribunal would have no jurisdiction”⁽¹⁰⁷⁾.

A este respecto, el tribunal estimó que el arbitraje CIADI no podía ser considerado como una vía indirecta para obtener la ejecución de un laudo arbitral y convertirse en un procedimiento abusivo, tal y como se deduce de los considerandos 155 a 158 del laudo arbitral:

“(…) the present proceedings are not aimed at enforcing an award which is inexistent according to the courts of Bangladesh. The Tribunal understands Saipem’s case to claim that Bangladesh has frustrated its rights by unlawfully interfering in the arbitration process. The fact that the indemnity claimed in this arbitration matches the amounts awarded in the ICC arbitration at least to some extent, does not mean in and of itself that this Tribunal would ‘enforce’ the ICC Award in the event of treaty breach. To avoid any ambiguity, the Tribunal stresses that Saipem’s claim does not deal with the courts’ regular exercise of their power to rule over annulment or setting aside proceedings of an award rendered within their jurisdiction. It deals with the court’s alleged wrongful interference”⁽¹⁰⁸⁾.

“Finally, Bangladesh invokes ‘an abuse of process (...) because this whole claim goes against party autonomy’. In substance, Bangladesh insists that, by choosing a seat of the arbitration in Dhaka, Saipem has accepted the supervisory powers of the local courts and thus assumed the risk of such courts interfering. It argues that a determination by this Tribunal not recognizing the nullity of the ICC Award would be contrary to party autonomy”⁽¹⁰⁹⁾.

⁽¹⁰⁷⁾ ICSID Case N° ARB/05/07, N° 141; p. 39.

⁽¹⁰⁸⁾ ICSID Case N° ARB/05/07, N° 155; p. 43.

⁽¹⁰⁹⁾ ICSID Case N° ARB/05/07, N° 156; p. 43.

“In the Tribunal’s opinion, it is true that the choice of Dhaka as seat of the arbitration implied the acceptance on the jurisdiction of the local courts in aid and control of the ICC Arbitration and the acceptance of the related litigation risk. It is also true that- contrary to Saipem’s submission - the latter was not compelled to accept that risk”⁽¹¹⁰⁾.

“But this is not the question here. By accepting jurisdiction, this Tribunal does not institute itself as control body over the ICC Arbitration, nor as enforcement court, nor as a supranational appellate body for local court decisions. This Tribunal is a treaty judge. It is called upon to rule exclusively on treaty breaches, whatever the context in which such treaty breaches arise”⁽¹¹¹⁾.

El Tribunal, sin embargo, no resolvió la objeción según la cual la reclamación de Saipem estaba en realidad fundada en una denegación de justicia, la cual hubiera implicado, en derecho internacional consuetudinario, que las vías de recursos internas hubieran sido agotadas:

“Whether Saipem’s treaty claim is well-founded is a different issue which will be decided when dealing with the merits of the dispute. For instance, it is not for the Tribunal to rule at this stage on Bangladesh’s submission that ‘the Claimant is in essence asserting that the Bangladesh’s court acted in a way to deny it justice’ and that such a breach of international law presupposes the exhaustion of local remedies, or on the allegation that the courts of Bangladesh actually breached the New York Convention or other principles of international law. These are matters which will have to be reviewed during the merits phase of this arbitration”⁽¹¹²⁾.

Pero el Tribunal estimó que en el plano de la admisibilidad de la demanda bajo el Tratado Bilateral, la objeción sustentada en el agota-

(110) ICSID Case N° ARB/05/07, N° 157; p. 43.

(111) ICSID Case N° ARB/05/07, N° 158; p. 43.

(112) ICSID Case N° ARB/05/07, N° 142; p. 39.

miento de las vías de recurso interno era infundada. El Tribunal trata, entonces, el asunto del agotamiento de las vías de recurso internos como un asunto de fondo en la medida que la demanda debiera ser considerada sustentada en una alegación de negación de justicia, y no como un asunto de competencia en el sentido del Tratado bilateral:

“It is Bangladesh’s submission that Saipem did not exhaust all the local remedies available against the court decision issued in relation to the arbitration, in particular the decision to revoke the arbitrator’s authority. Moreover, Bangladesh submits that there is no evidence before the Tribunal that it would have been futile for Saipem to take such further judicial steps”⁽¹¹³⁾.

“To the extent that this submission is regarded as a bar to the admissibility of the claim and/or to the jurisdiction of the Tribunal, the Tribunal cannot follow it. Article 26 of the ICSID Convention dispenses with the requirement to exhaust local remedies. It is true that such requirement does apply to claims based on denial of justice, but this is not a matter of the claim’s admissibility but a substantive requirement. As a matter of principle, exhaustion of local remedies does not apply in expropriation law. Since Saipem’s claim is brought on the ground of expropriation there appears to be no ground to deny jurisdiction for the reason that Saipem did not exhaust the judicial remedies available in Bangladesh”⁽¹¹⁴⁾.

“That said, it is true that in the present case the alleged expropriation authority is a judicial body. This raises the question whether an analogy should be made between expropriation and denial of justice when it comes to exhaustion of local remedies. Bangladesh actually argues that Saipem ‘is in essence asserting that the Bangladesh’s courts acted in a way to deny it justice’ ”⁽¹¹⁵⁾.

(113) ICSID Case N° ARB/05/07, N° 150; p. 41.

(114) ICSID Case N° ARB/05/07, N° 151; p. 41.

(115) ICSID Case N° ARB/05/07, N° 152; p. 42.

“Whether the requirement of exhaustion of local remedies may be applicable by analogy to an expropriation by the acts of a court and whether, in the affirmative, the available remedies were effective are question to be addressed with the merits of the dispute. The relevant test for jurisdictional purposes requires that the facts alleged may constitute a breach of article 5 of the BIT. Saipem’s contention that the courts of Bangladesh expropriated its investment and the available remedies were futile meets this test. If they were proven, they may constitute breaches of article 5 of the BIT”⁽¹¹⁶⁾;

Las conclusiones que pueden ser deducidas de ésta decisión son entonces claras: la violación manifiesta por un Estado de sus obligaciones consagradas en la Convención de Nueva York o en cualquier otra Convención internacional relativa al reconocimiento o ejecución de laudos arbitrales es susceptible de comprometer su responsabilidad internacional y dar lugar a daños e intereses en favor de la parte acreedora. Es necesario, sin embargo, para esto, que la operación con ocasión de la cual el litigio nació pueda ser calificada de inversión en el sentido del Tratado bilateral aplicable y eventualmente del artículo 25 de la Convención de Washington en el caso de un arbitraje CIADI.

El interrogante a resolver es el de saber a partir de qué momento las decisiones de los tribunales de un Estado pueden ser equiparadas a una violación de la Convención de Nueva York o de cualquier otro instrumento internacional aplicable. Esta pregunta no fue resuelta en el laudo Saipem.

Se puede pensar que la anulación de un laudo por las jurisdicciones de un Estado diferente de aquel de la sede del arbitraje constituiría una tal violación⁽¹¹⁷⁾. Igualmente, el rechazo por las jurisdicciones del

⁽¹¹⁶⁾ ICSID Case N° ARB/05/07, N° 153; p. 42.

⁽¹¹⁷⁾ Tal hipótesis es ciertamente excepcional, pero hay por lo menos un ejemplo de esto: Tribunal de Djakarta, 27 de agosto de 2002, *KBC c. Pertamina*, citado por E. Gaillard en: «Anti-suit injunctions et reconnaissance des sentences annullées au siège: une évolution remarquable de la jurisprudence américaine»: *JDI* 2003, 1009. Véase también, el caso de una decisión de incompetencia proferida por una corte americana ante la cual una parte pedía la anulación de un laudo proferido en el extranjero: *Internacional Standard Electric v. Bidas Petrolera*, YBK 1992, p. 639.

Estado de reconocer un laudo extranjero por motivos otros que aquellos previstos por la Convención constituiría una violación⁽¹¹⁸⁾.

La hipótesis del asunto Saipem es más delicada, toda vez que la decisión de revocación del tribunal arbitral fue tomada por las mismas jurisdicciones del país donde el arbitraje tenía su sede, y la competencia de los tribunales para este tema no es un asunto regulado por la Convención de Nueva York.

Igual, la anulación del laudo arbitral, proferida por los tribunales del país de la sede del arbitraje, basada en una interpretación extensa de la noción de orden público o de arbitrabilidad, podría difícilmente, según nosotros, ser elevada a nivel de una violación de las obligaciones internacionales del Estado.

Los desarrollos del asunto Saipem deberían permitirnos obtener de pronto una respuesta a estos interrogantes. Es de todas maneras deseable que el derecho internacional permita garantizar mejor la eficacia de la Convención de Nueva York con el fin de reforzar la ejecución de laudos.

3.2. Laudos CIADI

El tema es aquí el de la responsabilidad internacional del Estado que incumpla su obligación de ejecutar un laudo CIADI. Como se mencionó, el numeral segundo del artículo 54 de la Convención CIADI aligera las formalidades para la solicitud de reconocimiento y ejecución de un laudo CIADI. Es suficiente que el interesado aporte una copia del mismo, debidamente certificada por el Secretario, quien dará fe de la autenticidad del laudo y verificará que no se ha declarado suspensión del laudo. Cabe mencionar que la solicitud de aclaración, revisión o anulación del laudo no tiene por efecto automático suspender su reconocimiento y ejecución. La Convención CIADI, en el mismo artículo 54, compromete a los Estados a reconocer el carácter obligatorio del laudo

⁽¹¹⁸⁾ Véase por ejemplo, el caso de la anulación de un laudo porque los árbitros habían decidido, de conformidad con la práctica internacional, interrogar los testigos sin hacerlos prestar juramento: Corte de apelación de Dubai, 8 de junio de 2003, *Bechtel c. Dirección General de la Aviación Civil de Dubai*, *Stockholm International Arbitration Review*, 2005:3, 172. En este caso se trataba, sin embargo, de un laudo proferido en Dubai.

con el deber de asegurar la ejecución de las obligaciones impuestas por el laudo como si se tratase de una sentencia en firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. Esta obligación subsiste tanto para el Estado Parte en el procedimiento arbitral como para el Estado cuyo nacional es parte del mismo procedimiento. Esta obligación no debe ser confundida con aquella contenida en el artículo 53, la cual se predica en relación a las partes del procedimiento, quienes reconocen el carácter obligatorio del laudo, comprometiéndose a cumplirlo en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en la misma Convención. Las obligaciones contenidas en estos dos artículos son predicables tan pronto el laudo es proferido. Las normas vigentes locales para la ejecución de laudos CIADI son las normas locales aplicables al procedimiento de ejecución, y no las aplicables a los recursos contra laudos, no siendo los laudos CIADI sujetos a cualquier recurso de derecho interno. Por tanto, no podría el Estado poner limitaciones a la ejecución del laudo. Por ejemplo, la Corte de apelación de París anuló una decisión del juez del *exequatur* francés que había puesto como limitación a la ejecución de un laudo CIADI que el tribunal habría debido autorizar medidas de ejecución. La Corte de París falló que:

“El juez de primera instancia, actuando bajo requerimiento conforme con el artículo 54 de la Convención de Washington, no podía, sin exceder su competencia, involucrarse en asuntos posteriores relativos a la ejecución, a los cuales se refiere el asunto de inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros”⁽¹¹⁹⁾.

Sin embargo, el artículo 55 de la Convención CIADI permite expresamente al Estado prevalerse de su inmunidad de ejecución para resistirse a la ejecución del laudo si tal inmunidad fuera también aplicable a un fallo de sus tribunales internos. Que la ejecución del laudo sea imposible debido al ejercicio de su inmunidad de ejecución constituye, no obstante, una violación de la obligación del Estado de cumplir el

⁽¹¹⁹⁾ TGI París, 23 de diciembre de 1980, *Benvenuti c. Congo*, *JDI* 1981, 365; Corte de apelación de París, 13 de enero de 1981, en: *JDI*, 1981, p. 843.

laudo, tal y como dicha obligación es prevista por el Artículo 53 de la Convención CIADI⁽¹²⁰⁾. Como falló el Comité *Ad Hoc* en el asunto *Mine c. Guinea*: “State immunity may well afford a legal defense to forcible execution, but it provides neither argument nor excuse for failing to comply with an award (...) Non compliance by a State constitutes a violation by that State of its international obligations and will attract its own sanctions”⁽¹²¹⁾.

¿Entonces, cuales serían las vías o acciones con las que contaría el interesado en la ejecución para satisfacer las acreencias que le fueron reconocidas en el laudo arbitral?

La vía sería la protección diplomática o la promoción de una reclamación internacional contra el Estado recalcitrante. Así está concebido en el artículo 27 numeral 1 de la Convención CIADI, según el cual:

“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”.

Este artículo debe ser interpretado en el sentido que el inversionista retomarí­a su derecho de acudir a la protección diplomática en el caso de imposibilidad de ejecución de un laudo CIADI debido al ejercicio de la inmunidad de ejecución del Estado. La protección diplomática es una institución del derecho internacional consuetudinario que permite a un Estado hacer suya la reclamación de uno de sus nacionales contra otro Estado. Esta institución, que se ha desarrollado en una época en la cual todavía no existía acceso directo para los privados a la justicia arbitral internacional para arreglar disputas con Estados, supone

⁽¹²⁰⁾ SCHREUER, *The ICSID Convention: A commentary*, Cambridge, 2001, N° 107, p. 1140.

⁽¹²¹⁾ Orden provisional N° 1 en la solicitud de suspensión de la ejecución del laudo del 12 de agosto de 1988; 4 CIADI Reports 115/6.

una serie de condiciones para su ejercicio. Primero se debe establecer la nacionalidad del solicitante cuyo lazo de nacionalidad debe existir continuamente desde el momento de la comisión del daño hasta la resolución de la reclamación. Segundo, la reclamación debe basarse en un acto injusto a la luz del derecho internacional. Tercero, presupone el agotamiento de todos recursos internos en el Estado autor del acto injusto. No obstante, el cumplimiento de las mencionadas condiciones, el inversionista no goza automáticamente de la protección diplomática, toda vez que ésta depende de la discrecionalidad política de su gobierno, quien podrá decidir no adelantar ninguna reclamación internacional, suspenderla, renunciar o llegar a un acuerdo para terminarla⁽¹²²⁾.

Como consecuencia del ejercicio de la protección diplomática, el Estado del inversionista podría plantear una demanda ante la Corte Internacional de Justicia, conforme con el artículo 64 de la Convención CIADI:

“Toda diferencia que surja entre Estados Contratantes sobre la interpretación o aplicación de este Convenio y que no se resuelva mediante negociación se remitirá, a instancia de una u otra parte en la diferencia, a la Corte Internacional de Justicia, salvo que dichos Estados acuerden acudir a otro modo de arreglo”.

Posiblemente, sin embargo, se podrá también aplicar una cláusula de arbitraje entre Estados prevista en el tratado bilateral de protección de las inversiones como consecuencia del incumplimiento de laudo CIADI proferido. La posibilidad para los Estados de acordar otro modo de solución de sus conflictos es expresamente prevista en el artículo 64 de la Convención CIADI.

3.3. Laudos del *Iran-US Claims Tribunal*

El caso de los laudos emitidos por el *Iran-US Claims Tribunal* es particular. Recordemos que fue a través de un tratado internacional del 19 de enero de 1981, los Acuerdos de Argel, que este Tribunal fue instituido. El artículo IV de la Declaración sobre el arreglo de conflictos de

(122) SCHREUER, *The ICSID Convention: A commentary*, Cambridge, 2001, p. 398.

los Acuerdos de Argel prevé que los laudos proferidos por el Tribunal son definitivos y obligatorios para las partes. Posteriormente, estipula que todo laudo que haya sido proferido en contra uno de los Estados podrá ser ejecutado contra dicho Estado ante los tribunales de cualquier Estado de conformidad con su legislación interna. Sin embargo, los Acuerdos de Argel no consagran un régimen especial de laudos, como es el caso de la Convención de Washington en su artículo 54⁽¹²³⁾. Solo se prevé que Irán se compromete a mantener en una cuenta una suma suficiente para asegurar los pagos debidos ordenados en los laudos proferidos por el Tribunal. Los Estados Unidos han presentado ya dos reclamaciones ante el Tribunal con el fin que sea ordenado a Irán el restablecimiento del equilibrio en la mencionada cuenta. En un primer caso (N°A/28), el Tribunal estimó que como la cuenta no estaba por debajo del monto previsto, no ordenó su restablecimiento pero manifestó que esperaba que llegado el caso Irán cumpliría con dicha obligación⁽¹²⁴⁾. En un segundo caso (N° A/33) nuevamente los Estados Unidos presentó reclamación, y el Tribunal concluyó que “Iran es obligado a cumplir con su compromiso de restablecer el equilibrio en la cuenta de seguridad tal y como le fue determinado por el Tribunal en su decisión en el caso N° A/28”⁽¹²⁵⁾.

Al prever que los Estados se comprometen a ejecutar los laudos, los Acuerdos de Argel pueden ser interpretados, en ausencia de cláusula en sentido diferente, como una renuncia a la inmunidad de ejecución. ¿Sería entonces responsable el Estado que se negase a ejecutar el laudo? La respuesta debe ser positiva. En el caso *Gould*, Irán planteó una demanda ante el *Iran-US Claims Tribunal* contra Estados Unidos por no haber ejecutado un laudo anterior del mismo Tribunal, emitido en un caso *Avco*. Los tribunales estadounidenses, en efecto, se habían negado a ejecutar el laudo *Avco* basándose en el artículo V de la Convención de Nueva York⁽¹²⁶⁾. El Tribunal admitió dicha reclamación de

(123) POUURET y BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant/LGDJ/Schulthess, 2002, p. 867.

(124) Decisión N° 130-A28-FT, 19 de diciembre de 2000, 26YB Comm Arb, 560-77, 2001.

(125) Decisión N° 132-A33-FT, 9 de septiembre de 2004, 30YB Comm Arb 279-302.

(126) POUURET y BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, cit., p. 910.

Iran⁽¹²⁷⁾, y condenó a Estados Unidos al pago de los montos a los cuales Estados Unidos había sido condenado en el laudo *Avco*. El Tribunal estimó que, cualquiera fuera la solución a la cuestión controvertida de saber si sus laudos eran sometidos a la Convención de Nueva York, el Estado compromete su responsabilidad internacional en negarse a ejecutar un laudo del *Iran-US Claims Tribunal*. ▲

(127) YCA 1999, p. 512.

 CARLOS ESPLUGUES MOTA (*)

El plazo para el ejercicio de la acción en el arbitraje marítimo internacional (**)

SUMARIO: 1. Arbitraje, procedimiento arbitral y autonomía de la voluntad de las partes. 1.1. Planteamiento de la cuestión. 1.2. Proyección al ámbito del arbitraje marítimo internacional. 2. La fijación por las partes de un plazo para el inicio del arbitraje en el arbitraje marítimo internacional. 2.1. La concreción por las partes del plazo para el ejercicio de la acción. 2.2. Plasmación del principio en la práctica marítima diaria. 2.3. Aceptación jurisprudencial del principio. 2.3.1. Inglaterra. 2.3.2. Estados Unidos de América. 2.3.3. Francia. 3. Limitación temporal para el ejercicio de la acción de base legal. 3.1. Introducción. 3.2. Las soluciones convencionales: El supuesto del contrato de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque. 3.3. Distintas soluciones nacionales. 3.3.1. Inglaterra. 3.3.2. Estados Unidos de América. 3.3.3. Francia. 3.3.4. España. 4. A modo de conclusión.

1. ARBITRAJE, PROCEDIMIENTO ARBITRAL Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES

1.1. Planteamiento de la cuestión

La institución arbitral se encuentra directamente anclada en la libertad; como taxativamente señala S. Barona Vilar, el arbitraje “encuen-

(*) Catedrático de Derecho Internacional Privado, Departamento de Derecho Internacional “Adolfo Miaja de la Muela”, Universidad de Valencia (España).

(**) Artículo elaborado en el marco del proyecto de investigación MEC SEJ 2004-03174: *Arbitraje y Justicia en el Siglo XXI*.

tra su base en la libertad y en la autonomía de la voluntad”(1). Esta libertad imbuye todo el arbitraje, ya sea interno o internacional, y se plasma en todos los ámbitos del mismo, justificando y, a la vez, limitando el objeto, el planteamiento y el desarrollo mismo del arbitraje.

La íntima vinculación de la institución arbitral con la voluntad de las partes se refleja directamente, entre otros extremos, en el hecho de que sean éstas las que, en ejercicio de su libre albedrío, especifiquen los términos del procedimiento arbitral. Ya sea de forma directa –concretando ellos los términos exactos del procedimiento–, o indirecta –a través de la remisión a una institución arbitral y a su reglamento–(2), adaptando el mismo a sus necesidades y exigencias, y favoreciendo, de esta suerte, una mayor eficacia y rapidez en el desarrollo del arbitraje(3); “Perhaps –confirma la doctrina– the most basic hallmark of international commercial arbitration is the liberty enjoyed by the parties in fashioning the proceedings”(4). Las partes son, en suma, las que atribuyen a los árbitros los derechos y obligaciones que estimen convenientes en relación con un concreto litigio, y las que eligen las pautas –formales o informales– de dirigir el procedimiento arbitral: Procedimiento acusatorio o –mal llamado– inquisitorio, procedimiento oral o escrito, etc.(5).

En aquellas ocasiones en que las partes mantengan silencio en relación con el procedimiento arbitral, o nada hayan dicho sobre la institución arbitral que debe conocer del eventual litigio, se admite de forma generalizada que serán los árbitros los encargados de fijar libremente

(1) BARONA VILAR, S., “Introducción”, en: *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, BARONA VILAR, S., (coord.), Madrid, Civitas, 2004, p. 59.

(2) Al respecto, *vid.*, GAILLARD, E. y SAVAGE, J., *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Deventer, Kluwer, 1999, p. 633.

(3) En palabras de POUURET, J.F. y BESSON, S., *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruselas/Zurich, Bruylant/Schulthess, 2002, p. 483.

(4) COE, J. J. Jr.: *International Commercial Arbitration. American Principles and Practice in a Global Context*, Nueva York, Transnational Publishers, 1997, p. 59.

(5) REDFERN, A., HUNTER, M. *et al*, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Londres, Sweet and Maxwell, 4ª ed., 2004, p. 317. Muy interesante sobre el papel jugado por las partes y los árbitros en el arbitraje *vid.*, PINSOLLE, Ph. & KREINDLER, R.H.: “Les Limites du rôle de la volonté des parties dans la conduite de l'instance arbitrale”, en: *Rev. Arb.*, 2003, pp. 42 y ss.

las pautas de desarrollo del proceso arbitral. Se rompe, de esta suerte, con determinadas posiciones doctrinales y soluciones legislativas que históricamente negaron, o limitaron severamente, el papel jugado por los árbitros en los supuestos de silencio de las partes en relación con el procedimiento arbitral⁽⁶⁾.

Soslayando las controversias doctrinales existentes en relación con el eventual desarrollo de un arbitraje totalmente deslocalizado⁽⁷⁾, lo cierto es que esta capacidad de conformar el procedimiento arbitral de la que gozan las partes –y los árbitros, en defecto de estas– no se presenta como omnimoda, viéndose limitada por la exigencia del necesario respeto a ciertos principios procedimentales fundamentales que les acompañan en el arbitraje. Así como de determinadas normas imperativas⁽⁸⁾; esencialmente, del Estado en que se solicite bien la anulación del laudo –esto es, del lugar de desarrollo del arbitraje–, o el reconocimiento y ejecución de la eventual sentencia arbitral dictada⁽⁹⁾.

Esta vinculación del procedimiento arbitral a la voluntad de las partes es plenamente aceptada en el plano comparado, tanto en la normativa de origen internacional⁽¹⁰⁾, como de procedencia

(6) Al respecto, POUURET & BESSON, *Droit Comparé (...)*, cit., p. 489; GAILLARD, E. y SAVAGE, J., *Fouchard (...)*, cit., pp. 635-636.

(7) Por todos, y específicamente referido al procedimiento arbitral, *vide* MANTILLA-SERRANO, F., “Towards a Transnational Procedural Public Policy”, en: *Arb. Int.*, 2004, pp. 333 y ss., especialmente, pp. 335 y ss.

(8) Al respecto, *vide* POUURET, J.F. & BESSON, S., *Droit Comparé (...)*, cit., pp. 498 y ss., con un profundo estudio comparado del contenido de estos derechos procesales fundamentales. Algunos autores, por su parte, tienden a hacer equivaler la referencia a normas imperativas con esos principios procesales fundamentales. En tal sentido, nótese igualmente LEW, J.D.M., MISTELIS, L.A. & KRÖLL, S., *Comparative International Commercial Arbitration*, La Haya, Kluwer, 2003, pp. 525-526 o FAZZALARI, E., “Ancora in tema di svolgimento del processo arbitrale”, en: *Riv.Arb.*, 2004, pp. 661 y ss.

(9) *Vide* REDFERN, HUNTER *et al*, *Law and Practice (...)*, cit., p. 314.

(10) La vinculación de la determinación del procedimiento arbitral a la voluntad de las partes viene claramente recogida en el plano convencional. Así, nótese los arts. V.1.b) y d) del Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, y arts. IV.1.b)iii) y IV.4.d) del Convenio de Ginebra de 1961, sobre arbitraje comercial Internacional. Igualmente, artículos 18 y 19 de la Ley Modelo de la CNUDMI de 1985 sobre arbitraje comercial internacional.

nacional⁽¹¹⁾, así como en los reglamentos arbitrales de las distintas instituciones arbitrales internacionales⁽¹²⁾. Su grado de aceptación, y los límites existentes al ejercicio de la misma, varían, sin embargo y lógicamente, de unos a otros⁽¹³⁾.

(11) También las distintas normativas arbitrales nacionales comparten estas mismas soluciones apuntadas, con formulaciones bastante parejas. Nótese al respecto, los artículos 24 y 25 de la Ley de Arbitraje española de 2003; artículo 1494 NCPC francés, artículo 182 LDIP suiza; artículos 1036 y 1039 CPC de los Países Bajos; artículos 1693.1 y 1694.1 CJ belga; par. 1042 ZPO alemana; artículos 816 bis CPC italiano; artículos 18 y 19 LA danesa o SS. 1(b) y 33(1) de la *Arbitration Act* inglesa. Fuera de Europa, nótese igualmente el artículo 26 LA japonesa o los artículos 18 y 19 de la CCA canadiense. Para un análisis comparado de las soluciones nacionales existentes en este punto, nótese, RUBINO-SAMMARTANO, M., *International Arbitration. Law and Practice*, La Haya, Kluwer, 2ª ed., 2001, pp. 492 y ss.; REDFERN, A., HUNTER, M. *et al*, *Law and Practice (...)*, cit., pp. 314 y ss.; LEW, J.D.M., MISTELIS, L.A. & KRÖLL, S., *Comparative (...)*, cit., pp. 521 y ss.; POUURET; BESSON, *Droit Comparé (...)*, cit., p. 483 o GAILLARD, E.; SAVAGE, J., *Fouchard (...)*, cit., pp. 633 y ss., entre otros.

(12) Y ello, tanto en los Reglamentos de las instituciones de carácter generalista, como de aquellas que aparecen específicamente dedicadas al arbitraje marítimo internacional. Así, con respecto a las primeras, nótese la aceptación plena de esta vinculación que se produce en el artículo 15 del Reglamento *CCI*; artículo 14 del Reglamento de la *London Court of International Arbitration* o artículo 20 del Reglamento del Instituto de arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo. Más matizado, por contra, es el reconocimiento producido en el artículo 16 del Reglamento de Arbitraje Internacional de la *American Arbitration Association* o en el artículo 15 del Reglamento suizo de arbitraje internacional que, desde 2004, en los que se atribuye un mayor liderazgo a los árbitros en el desarrollo de procedimiento arbitral.

Con respecto a los reglamentos de las instituciones arbitrales marítimas internacionales, nótese el marginal 12 de las Reglas de la *London Maritime Arbitrators Association (LMAA)*, los párs. 1 y 10 de las Reglas de arbitraje de la *German Maritime Arbitration Association (GMAA)*, el numeral 3 de las Reglas de Arbitraje de la *Association of Maritime Arbitrators of Canada (AMAC)*, o el artículo 3.1 de las *ICC/CMI Rules for International Maritime Arbitration* de 1978. Más limitado resulta la aceptación del juego de la autonomía de la voluntad en la S. 1.I y II de las Reglas de Arbitraje de la *Society of Maritime Arbitrators (SMA)*. Esta filosofía restrictiva en cuanto al papel atribuido a las partes en relación con la fijación del procedimiento arbitral –más acusada, aún, si cabe–, se encuentra en las Reglas de Arbitraje de la *Tokyo Maritime Arbitration Commission (TOMAC)* del *Japan Shipping Exchange, Inc.* o en el Reglamento de Arbitraje de la *China Maritime Arbitration Commission*. Para un análisis en profundidad de las mismas, *vide* ESPLUGUES MOTA, C., *Arbitraje marítimo internacional*, Civitas, Madrid, 2007 (en prensa), marginal 1.2.2.3.

(13) En tal sentido, y por todos, *vide*, ESPLUGUES MOTA, C., “Sobre algunos desarrollos recientes del arbitraje comercial internacional en Europa”, en: *Arbitraje y Justicia en el Siglo XXI*, BARONA VILAR (coord.), Madrid, Civitas, 2007, pp. 179 y ss.

1.2. Proyección al ámbito del arbitraje marítimo internacional

Esta vinculación entre el arbitraje y la voluntad de las partes se hace igualmente patente, en intensidad y polimorfismo, en el arbitraje marítimo internacional. Son las partes las que deciden acudir al arbitraje, son las partes las que se comprometen a cumplir el laudo arbitral derivado del mismo y son las partes, en suma, las que eligen los árbitros y diseñan el procedimiento arbitral.

Esta autonomía, además, se ejercerá, nuevamente, de forma amplia no omnímoda, adecuándose –en este caso– a las peculiaridades y características del arbitraje marítimo internacional. Un arbitraje que aparece indisociablemente vinculado a dos grandes ciudades –Londres y Nueva York–, y que combina un número muy relevante de supuestos, con un cierto desconocimiento de su existencia y trascendencia⁽¹⁴⁾.

A partir de este nítido paralelismo entre el arbitraje comercial internacional y el arbitraje marítimo internacional, dos facetas –no olvidemos– de una misma realidad, existe una cuestión directamente vinculada a la problemática del procedimiento arbitral –entendido éste en un sentido muy amplio– que presenta unas especiales particularidades en el ámbito del arbitraje marítimo internacional; especialmente en relación con los litigios surgidos respecto del transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque. Se trata, en concreto, de la cuestión del plazo para el sometimiento de la cuestión en litigio a arbitraje.

Resulta plenamente lógico pensar que el comienzo de un arbitraje viene directamente vinculado a la aparición de un concreto litigio entre las partes. Ello se reputa de cualquier tipo de arbitraje⁽¹⁵⁾. La aparición

(14) Para un análisis exhaustivo de las características del arbitraje marítimo internacional, vid. ESPLUGUES MOTA, C., *Arbitraje (...)*, cit., marginal I.

(15) En el caso concreto del arbitraje marítimo internacional, un estudio comparado de distintas cláusulas arbitrales de uso generalizado en la práctica diaria, refleja cómo las mismas hacen referencia al sometimiento a arbitraje de las posibles “disputas” o “diferencias” susceptibles de surgir en el marco de una concreta relación o contrato existente entre las partes, que pactaron en su momento un convenio arbitral. De esta suerte, la cláusula de arbitraje *LMAA/BIMCO* afirma “(a) This Contract shall be governed by and construed in accordance with English law and any **dispute** arising out of or in connection with this Contract shall be referred to arbitration in London in

de la disputa, empero, no implica necesariamente el comienzo de un procedimiento arbitral; tan sólo abre –lógicamente– la posibilidad de someter su resolución a un tribunal arbitral. En última instancia, tal decisión vendrá adoptada por las partes, atendiendo a lo que en su día pudieran éstas haber pactado –o no–, en relación con el plazo para iniciar el procedimiento arbitral.

Es ésta una cuestión dotada de una innegable relevancia jurídica⁽¹⁶⁾ y práctica, y que presenta una especial trascendencia y unas peculiaridades propias en el ámbito del arbitraje marítimo internacional. Por cuanto en ella se pone de manifiesto la tensión apuntada entre la capacidad de las partes de regular el procedimiento de la forma que estimen oportuna, y la presencia de ciertas normas y principios que limitan esta capacidad.

2. LA FIJACIÓN POR LAS PARTES DE UN PLAZO PARA EL INICIO DEL ARBITRAJE EN EL ARBITRAJE MARÍTIMO INTERNACIONAL

2.1. La concreción por las partes del plazo para el ejercicio de la acción

La aceptación del principio de autonomía de la voluntad como fundamento y motor del arbitraje se encuentra en la base del reconocimiento a las partes de su capacidad para pactar, de forma directa o indirecta, un plazo límite de tiempo para el inicio del arbitraje, y con ello, del procedimiento arbitral. Un lapso temporal negociado cuyo incumplimiento puede conllevar, entre otros efectos posibles, tanto la impo-

accordance with the Arbitration Act 1996 or any statutory modification or reenactment thereof save to the extent necessary to give effect to the provisions of this Clause”. La SMA Model Arbitration Clause comienza, también, señalando que “Should any **dispute** arise out of this Charter (...)”. En esta misma línea, la cláusula arbitral de la GMAA precisa que, “All **disputes** arising out of or in connection with this contract or concerning its validity shall be finally settled by arbitration in accordance with the Arbitration Rules of the German Maritime Arbitration Association”. Por su parte, la cláusula compromisoria de la CAMP especifica que, “Tous **différends** auxquels le présent contrat pourra donner lieu seront résolus définitivement suivant le Règlement d’arbitrage de la Chambre Arbitrale Maritime (Siège : 16, Rue Daunou 75002 Paris) par un ou trois arbitres nommés conformément à ce Règlement”.

(16) LEW, MISTELAS & KRÖLL, *Comparative (...)*, cit., p. 505.

sibilidad de plantear el litigio en la vía arbitral como, mucho más radical, generar la propia extinción del derecho a ser tutelado.

El primer efecto es claro, la parte que no cumplió con el plazo estipulado se vería imposibilitada de someter su disputa a arbitraje, pudiendo –sin embargo– acudir a cualquier otro remedio a su alcance. El segundo, por contra, es mucho más amplio y, lógicamente, susceptible de suscitar más dudas desde un punto de vista teórico, por cuanto el no cumplimiento del plazo temporal no se limitaría a generar una imposibilidad de someter la disputa a arbitraje, sino que impediría, de forma absoluta el derecho a ser tutelado. Una consecuencia ésta última que, sin embargo, y tal como se observará en las páginas siguientes, es plenamente admitida en la práctica jurisprudencial comparada⁽¹⁷⁾.

2.2. Plasmación del principio en la práctica marítima diaria

La práctica marítima diaria pone de manifiesto la habitualidad de este tipo de limitaciones temporales de naturaleza contractual. Su objetivo último, se dice, estriba en asegurar que el eventual procedimiento arbitral va a desarrollarse en un momento en que los hechos que dieron lugar al litigio “are reasonably fresh in the minds of those concerned (...)”⁽¹⁸⁾, asegurándose, por ende, un cierto nivel de seguridad jurídica y certeza en el desarrollo del mismo⁽¹⁹⁾.

(17) La relevancia de las consecuencias derivadas de la conclusión de este tipo de acuerdos debería exigir una redacción especialmente meticulosa de las mismas por las partes; una redacción que permitiera establecer con precisión la existencia y efectos de la limitación temporal establecida. Algo que, sin embargo, no siempre se da en la práctica, y que genera la ineludible exigencia de una minuciosa interpretación de las mismas por parte del operador jurídico, ya sea éste árbitro o juez. Al respecto, *vide* MERKIN, R., *Arbitration Law*, Londres, LLP, 2004. p. 479; LEW, MISTELAS & KRÖLL, *Comparative (...)*, cit., p. 509. En relación específicamente con Inglaterra, *vide* SUTTON, D.St.J. & GILL, J., *Russell on Arbitration*, Londres, Sweet and Maxwell, 23a ed., 2003, pp. 160-161.

(18) REDFERN, HUNTER, *et al*, *Law and Practice (...)*, cit., p. 211. Los autores concluyen señalando que “This is a reasonable aim. Documentary or other evidence may be lost or destroyed; witnesses may move to another job or to another country; memories fade and recollections of what happened become less reliable as time passes”.

(19) LEW, MISTELIS & KRÖLL, S., *Comparative (...)*, cit., p. 507.

Su articulación, empero, se produce a través de enunciados diversos. Son múltiples los ejemplos existentes al respecto en la realidad diaria del transporte marítimo de mercancías, y ello tanto en relación con las pólizas de fletamento como de los conocimientos de embarque. Bastará con citar algunos de entre ellos:

- 1) Cabe apuntar de esta suerte, la cláusula arbitral recogida en la póliza *Centrocon*, adoptada en prácticamente idénticos términos en las Reglas *Gafta* y *Fosfa*, en las que se incluyen plazos diferentes. La cláusula señala de forma taxativa que:

“Any claim must be made in writing and the Claimant’s Arbitrator appointed within three months of final discharge and where this provisions is not complied with the claim shall be deemed to be waived and absolutely barred (...)”.

La radicalidad de la cláusula –“*waived and absolutely barred*”– se entendería en el sentido de imposibilitar no sólo el recurso al arbitraje sino, con carácter general, la posibilidad misma de ejercer la acción; incluso, ante tribunales estatales.

- 2) En similares términos de radicalidad se manifiesta la póliza *Synacomex 2000 Continent Grain Charterparty*, que señala en su cláusula 28, “*Arbitration*”, que,

“Any dispute arising out of the present contract shall be referred to Arbitration of Chambre Arbitrale Maritime de Paris –16 rue Daunou – 75002 Paris.

This decision rendered according to the rules of Chambre Arbitrale and according to French Law shall be final and binding upon both parties. The right of both parties to refer any dispute to arbitration ceases twelve months after date of completion of discharge or, in case of cancellation or non performance, twelve months after the cancelling date as per Clause 6 or after the actual date of cancellation whichever is the later. Where this provision is not complied with, the claim shall be deemed to be waived and absolutely barred”.

- 3) También la póliza *Polcoalvoy* precisa en la cláusula 33(a) –“*Arbitration*”–, que,

“Any claim under this Charter Party or any Bill of Lading issued thereunder shall be notified in writing. Claims under the Charter Party shall be referred to arbitration within two years and claims under any Bill of Lading within one year of completion of discharge, otherwise the claim *shall be deemed waived and absolutely barred*”.

- 4) Más genérico resultaría el tenor recogido en el apartado 33 (b) de la *Australian Wheat Charter 1990*, donde se precisa de forma taxativa que,

“Any claim must be made in writing and the claimant’s arbitrator appointed withing six months of the Vessel’s arrival at the final port of discharge, otherwise *all claims shall be deemed to be waived*”.

- 5) De una forma más alambicada se expresa, por ejemplo, la cláusula 4 –“*Time Bar*”– del *Combiconbill*, un conocimiento de embarque, en el que se señala que,

“All liability whatsoever of the Carrier shall cease unless suit is brought within 9 months after delivery of the goods or the date when the goods should have been delivered”⁽²⁰⁾.

- 6) En ocasiones, sin embargo, la práctica pone de manifiesto cómo la referencia no viene realizada a un hecho objetivo de carácter invariable y fácilmente constatable, sino a datos menos fáciles de verificar⁽²¹⁾(...)

⁽²⁰⁾ Similar línea, ambos son conocimientos de embarque, sigue el *MULTIDOC 95*, cuya cláusula 4 –“*Time Bar*”– precisa que “*The MTO shall, unless otherwise expressly agreed, be discharged of all liability under this MT Bill of Lading unless suite is brought within nine months after: (i) the Delivery of Goods; o (ii) the date when the Goods should have been delivered; or (iii) the date when, in accordance with sub-clause 10(e) failure to deliver the Goods would give the Consignee the right to treat the Goods as lost*”.

⁽²¹⁾ Tal es, por ejemplo, el caso de remisión a la posible “ruptura de las negociaciones” que puedan desarrollar las partes. Así ocurrió en la STS suizo, de 17 de agosto de 1995, en el asunto *Transport –en Handelsmaatschappij “Vekoma” BV v. Maran Coal Corporation* (*ASA Bull*, 1996, p. 673). En ella, el Alto Tribunal decidió anular un laudo arbitral en el que los árbitros se habían declarado competentes en relación con un litigio iniciado con

La determinación del plazo para el ejercicio de la acción, pues, vendrá vinculada a lo que las partes eventualmente hayan podido pactar en cualquier momento con anterioridad al inicio del arbitraje⁽²²⁾; ya respecto de ambas o, respecto de una sola de ellas⁽²³⁾. Siendo viable, incluso, la posibilidad de que las partes, a través del sometimiento a unas determinadas reglas arbitrales, atribuyan a los árbitros capacidad para ampliar el plazo por ellas fijado⁽²⁴⁾.

2.3. Aceptación jurisprudencial del principio

Esta aceptación, de partida, de la capacidad que acompaña a las partes de concretar el plazo que estimen oportuno para el inicio del arbitraje y, consecuentemente, del procedimiento arbitral, es igualmente asumida con carácter mayoritario por las diversas jurisdicciones estatales. Esta aceptación, empero, ha sido, sin embargo, objeto de aproximaciones varias por parte de los distintos tribunales estatales. De esta suerte, mientras que hay jurisdicciones que se han vinculado estrictamente a lo pactado por las partes, otras, han modulado un tanto su posición al respecto.

posterioridad al plazo contractualmente fijado por las partes. La póliza de fletamento que se encontraba en la base del litigio estipulaba un plazo para el ejercicio de la acción de 30 días a partir del momento en que las partes hubieran llegado a la conclusión de que no era factible resolver sus diferencias a través de la negociación. Los árbitros entendieron que las negociaciones habían concluido en abril de 1992 y que, por lo tanto, una acción iniciada en mayo de ese año era plenamente posible. Por contra, el Tribunal Supremo refirió la fecha de la ruptura de las negociaciones a enero de ese año, cuando una carta remitida por una de las partes no fue contestada por la otra, considerando que se había incumplido el plazo pactado por las partes (Al respecto, *vide* FRIEDLAND, P., "Swiss Supreme Court Sets Aside an ICC Award", en: *J. Int'l. Arb.*, 1996, pp. 111 y ss).

(22) Cabe, lógicamente, una extensión del plazo pactado. Al respecto, *vid.* LEW, MISTELIS & KRÖLL, *Comparative (...)*, cit., pp. 509-510.

(23) En tal sentido, cabe referir la decisión en el asunto *W.J. Alan and Co. Ltd. v. El Nasr Export and Import Co.* -[1971] 1 Lloyd's Rep. 401- en relación con la solicitud de anulación de un laudo arbitral referente a determinadas compraventas internacionales de café.

(24) Ello ocurre, por ejemplo, en la cláusula 2b) de las *FOSFA Rules of Arbitration and Appeal* o en la cláusula 2:7 de la *GAFTA 125*. Al respecto, LEW, MISTELIS & KRÖLL, *Comparative (...)*, cit., p. 510.

Inglaterra y Estados Unidos, los dos países que entre sí acogen al 90% de los arbitrajes marítimos internacionales desarrollados en el planeta, han mantenido tradicionalmente una posición muy flexible en relación con la validez de los acuerdos concluidos por las partes en relación con el momento de inicio del procedimiento arbitral. Más variable es la respuesta otorgada a la cuestión por la jurisprudencia del tercer gran centro arbitral mundial: Francia. La jurisprudencia española, por su parte, mantiene silencio en relación con este punto.

2.3.1. Inglaterra

La jurisprudencia inglesa ha tendido desde antiguo⁽²⁵⁾ a respetar de forma estricta la voluntad manifestada por las partes en relación con el plazo para el ejercicio de eventuales acciones arbitrales. Y ello, independientemente de la duración del plazo concluido –en ocasiones, manifiestamente reducido⁽²⁶⁾ y generalmente mucho más corto que los plazos legales fijados por la normativa inglesa⁽²⁷⁾, o del hecho de no quedar claros los efectos derivados del incumplimiento del mismo.

La jurisprudencia existente en este sentido es muy amplia desde el punto de vista numérico, y abarca un gran abanico de posibles supuestos.

- 1) Así, por ejemplo, tal capacidad se admite en relación con las cláusulas arbitrales recogidas en la póliza *Centrocon*⁽²⁸⁾; una cláusula

⁽²⁵⁾ Al respecto, nótese la decisión de la HL, de 1922, en el asunto *Atlantic Shipping & Trading Co v. Louis Dreyfus Co*, (1922) 10 Ll. L. Rep. 707.

⁽²⁶⁾ En la decisión de la HL de 27 de mayo de 1924, en el asunto *Ayscough v. Sheed, Thompson & Co Lt*, (1924) 19 Ll. L. Rep. 104, en relación con un contrato de compraventa de huevos, el plazo fijado fue de 3 días, no encontrando el Alto Tribunal motivo para obviarlo. En relación con este punto, y con su posible contrariedad con el orden público, nótese. TWEEDDALE, A. & TWEEDDALE, K., *Arbitration of Commercial Disputes. International and English Law and Practice*, Oxford, Oxford Univ. Press., 2005 p. 262.

⁽²⁷⁾ AMBROSE, C. & MAXWELL, K., *London Maritime Arbitration*, Londres, LLP, 2ª ed., 2002, p. 87.

⁽²⁸⁾ En relación con esta misma cláusula *Centrocon*, nótese las decisiones en los asuntos *Ford & Co. v. Compagnie Furness (France)*, [1922] 2 KB 797; *Bede Steam Shipping Co Ltd v. Bunge y Born Limitada SA*, (1927), 27 Ll LR 410; *Luis de Ridder Limitada SAC v. Nivose Societa de Navigazione*, (1935) Ll LR 21; *Sigalas & Sons v. Man Mohan Singh & Co*, [1958] 2 Lloyd's Rep 298, referentes a la posibilidad de ampliar el plazo fijado por las partes.

reproducida con anterioridad en este trabajo y que la propia jurisprudencia inglesa no ha dudado afirmar que contiene unos términos calificables de “draconianos”⁽²⁹⁾. En tal sentido se manifiestan en fechas recientes las sentencias en los asuntos *Evgeros Naftiki Eteria v. Cargill plc, The Voltaz*⁽³⁰⁾, o *Sparta Navigation Co. v. Transocean America Inc., The Stephanos*⁽³¹⁾.

- 2) Los tribunales ingleses han tenido igualmente ocasión de evaluar el significado de la cláusula arbitral recogida en la póliza *GENCON*, que precisa:

“Any claim must be made in writing and claimant’s arbitrator appointed within 3 months after final discharge and where this provision is not complied with the claim shall be extinguished and cease to exist”.

La QBD (Comm Ct), en su decisión de 19 de febrero de 1991 en el asunto *Unitramp S.A. v. Jenson & Nicholson (s) Pte Ltd., (The “Baiona”)*⁽³²⁾ optó por atribuirle implícitamente un significado similar al manejado hasta el momento en relación con la cláusula arbitral *Centrocon* –“(…) *the applicants’ solicitors (...) checked the arbitration clause in detail and realized it was subject to a three month limitation period.*”–⁽³³⁾, pasando seguidamente a valorar la cuestión de fondo suscitada; la solicitud de extensión del plazo fijado en la cláusula arbitral. Solicitud que fue finalmente concedida por el juez.

- 3) La realidad práctica, empero, es enormemente rica y no queda limitada a estos dos tipos de cláusulas en las que el plazo y consecuencias de su incumplimiento vienen claramente especificadas.

⁽²⁹⁾ “It is common knowledge that the *Centrocon* arbitration clause is taken from the *Centrocon* charter-party, which is drafted in the form of a single voyage charter. It is somewhat Draconian in terms and applications to the Court under sect. 27 of the Arbitration Act, 1950, to mitigate its severity are fairly common.” (*Agro Company of Canada Ltd. v. Richmond Shipping Ltd., The Simonburn*, [1972] 2 Lloyd’s Rep. 355, p. 358).

⁽³⁰⁾ [1997] 1 Lloyd’s Rep. 35.

⁽³¹⁾ [1989] 1 Lloyd’s Rep. 506.

⁽³²⁾ [1991] 2 Lloyd’s Rep. 121 QBD (Comm Ct).

⁽³³⁾ 121.

Como se ha apuntado ya, la práctica marítima⁽³⁴⁾ pone de manifiesto la existencia de cláusulas arbitrales cuya redacción resulta a menudo ambigua o poco clara⁽³⁵⁾. En relación con este tipo de cláusulas, la jurisprudencia inglesa ha tendido a considerar que aquéllas, de entre ellas, que incorporen algún tipo de ambigüedad en cuanto al significado exacto de la limitación temporal estipulada en la misma, deben sin embargo ser interpretadas como impidiendo el ejercicio de una acción –ya sea ante los tribunales estatales o ante arbitraje–, y no meramente como inviabilizando la posibilidad de remitir el litigio surgido a arbitraje. Y ello, se dice, por dos razones:

- a) En primer lugar, atendiendo a lo ilógico que desde un punto de vista de la actividad comercial supondría no permitir a las partes acudir a arbitraje una vez transcurrido un determinado lapso de tiempo y sí, sin embargo, reconocerles la posibilidad de acudir a los tribunales estatales.
- b) Y, junto a esto, en segundo lugar, por cuanto una solución centrada en el propio ejercicio de la acción, y no en el acceso al arbitraje, deja abierta la posibilidad de que sea el árbitro quien valore la existencia de esta prohibición temporal⁽³⁶⁾.

En esta línea resulta significativa la Sentencia en el asunto *Metalimex Foreign Trade Corporation v. Eugenie Maritime Company, Ltd.*⁽³⁷⁾. En este caso, el litigio refería a determinados problemas surgi-

⁽³⁴⁾ Esta tendencia se hace igualmente presente en otros ámbitos del transporte como puede ser el del transporte multimodal. En tal sentido, nótese, entre otras, la S. en el asunto *Bhatia Shipping and Agencies PVT Ltd v. Alcobex Metals Ltd* -[2005] 2 Lloyd's Rep. 336-, en el que se reconoce la eficacia de una cláusula de limitación temporal que señalaba un plazo de 9 meses para el ejercicio de acciones legales.

⁽³⁵⁾ O inviable en la práctica. Ello es lo que ocurre, por ejemplo, en la S. en el asunto *Odfjell Seachem A/S v. Continentale des Petroles et Dinvestissements and Another* - [2005] 1 Lloyd's Rep. 275-, en el que se estableció en una póliza de fletamento un plazo de 90 días desde el momento del desembarco de la mercancía para ejercer las oportunas acciones legales.

⁽³⁶⁾ Al respecto *vide* MERKIN, R., *Arbitration (...)*, cit., p. 480.

⁽³⁷⁾ [1962] 1 Lloyd's Rep. 378.

dos en relación con un transporte realizado con base en una póliza de fletamento que incorporaba la siguiente cláusula arbitral:

“Arbitration to be in London, Owners and Charterers each to appoint one Arbitrator and the two thus chosen shall nominate an Umpire. Any claim arising under this Charter Party has to be made in writing within 6 months after final discharge. Should one of the parties neglect or refuse to appoint an Arbitrator within 21 days after receipt of written request from the other party, the Arbitrator of this other party shall decide the dispute as a sole Arbitrator and his decision will be final and binding for both parties”.

Una cláusula ésta que, a diferencia de lo que se ha apuntado en relación con las cláusulas arbitrales *GENCON* o *CENTROCON*, no atribuía efecto alguno al plazo de 6 meses fijado en la misma. El juez MCNair, sin embargo, consideró a la vista de los precedentes existentes:

“Accordingly, approaching this case from the point of view of the words themselves, and from the point of view of reasonableness, it seems to me that the right construction is that contended for by the defendants here, namely, that unless the claim is made in writing within the time limited then the claim shall be barred or not admissible, or whatever words one cares to choose. I am reinforced in that conclusion by the consideration that, as far as I have been able to understand if that effect is not given to the clause no effect is given to it at all”⁽³⁸⁾.

2.3.2. *Estados Unidos de América*

La jurisprudencia federal de los Estados Unidos tiende a admitir –igualmente– la posibilidad de que las partes puedan pactar un plazo para el sometimiento del litigio a arbitraje⁽³⁹⁾. Dicho plazo tiende a

⁽³⁸⁾ P. 386. En similar sentido, nótese la decisión en el asunto *Metalfer Corporation v. Pan Ocean Shipping Co Ltd*, [1998] 2 Lloyd’s Rep 632.

⁽³⁹⁾ Se habla de una aceptación “subject to certain limits” (COE, J.J.Jr., *International(...)*, cit., p. 173).

ser respetado, con carácter general, tanto por los árbitros como por los tribunales.

En tal sentido, y con relación específicamente con la ya mencionada cláusula arbitral *Centrocon*, cabe citar las Sentencias en los asuntos *Government of Indonesia v. the General San Martin*⁽⁴⁰⁾, *Lowry & Co. v. S. S. Le Moyne D'Iberville*⁽⁴¹⁾ o *Duferco Steel Inc. v. M/V Kalisti*⁽⁴²⁾. El resultado final, al igual que ocurre en Inglaterra, es la interpretación de la cláusula arbitral en su sentido literal y más estricto. En otras palabras, una cláusula arbitral redactada en línea con el tenor de la cláusula *Centrocon* se admite que no sólo impide el recurso al arbitraje sino que, más allá de este efecto, impide el ejercicio de la tutela efectiva, ya judicial o arbitral.

A diferencia de lo que ocurre en Inglaterra, empero, el plazo fijado por las partes puede no ser respetado si se entiende que se trata de un “unduly brief period”⁽⁴³⁾ y, por lo tanto, entendido como contrario al orden público. La concreción de cuando puede estarse ante un plazo de estas características, se dice, deberá valorarse atendidas las concretas circunstancias del caso planteado y las eventuales normativas nacionales vinculadas con el concreto arbitraje a desarrollar.

2.3.3. Francia

En línea con la plena aceptación de la vinculación de los árbitros a lo dispuesto por las partes, y consecuentemente, a lo que ellas pudieran haber pactado en relación con el plazo para el eventual ejercicio de la acción⁽⁴⁴⁾, la escasa jurisprudencia francesa existente en la materia admite, tanto la capacidad de las partes para limitar el plazo previsto para el ejercicio de las oportunas acciones, como el hecho de que, superado

(40) 114 F.Supp. 289.

(41) 253 F.Supp. 396.

(42) Not Reported in F.Supp., 1996 WL 312084 (N.D.Ill.).

(43) COE, J.J.Jr.: *International...*, cit., p. 174.

(44) En tal sentido, DELEBECQUE, Ph., “Note - Cour de cassation (Chambre commerciale) 3 mars 1992 - Société OFER Brothers v. société The Tokyo marine and fire insurance et autres”, en: *Rev.Arb.*, 1992, p. 563.

ese plazo pactado, las partes verán vedada la posibilidad no sólo de someter su disputa al arbitraje sino, también, de acudir a los tribunales estatales.

Ejemplo paradigmático de ello es la Sentencia del Tribunal Supremo francés de 21 de enero de 1992, en el asunto *Société Bai Line Shipping c./ Société Recofi*⁽⁴⁵⁾. Una decisión referida a una póliza de fletamento, que supone la continuación de una línea jurisprudencial rectilínea en la materia⁽⁴⁶⁾.

En el litigio que dio base a la mencionada Sentencia se suscitaba la doble cuestión de concretar, de un lado, la virtualidad del plazo de 6 meses para el ejercicio de acciones pactado por las partes en la póliza –posibilidad que es plenamente aceptada por el tribunal⁽⁴⁷⁾– y, de otro, la especificación de los efectos derivados del incumplimiento del plazo fijado. En concreto, el significado de la afirmación recogida en la cláusula arbitral presente en la póliza, en el sentido de que el transcurso del mencionado plazo implicará que “*la demande serait réputée abandonnée et absolument prescrite*”; aseveración ésta que es interpretada por el Alto Tribunal de una forma amplia, en línea con lo señalado por las otras jurisdicciones estatales analizadas, aceptando que tal incumplimiento no sólo impediría acudir al arbitraje, sino, también, a los tribunales estatales.

La aceptación de la validez de la cláusula de limitación del lapso temporal para el ejercicio de acciones pactada por las partes, y que abrevia el plazo legal de 12 meses fijado por la normativa francesa, encontraría –sin embargo– una matización fijada por la doctrina gala. En tal sentido, la aceptación de la limitación temporal vendría vinculada al carác-

(45) *Rev. Arb.*, 1995, p. 56.

(46) Al respecto, nótese las SS. de la C. Cass., de 1 de febrero de 1853 (*D.*, 1853.1, p. 77); de 26 de marzo de 1902 (*D.*, 1902.1, p. 248), de 31 de enero de 1950 (*D.*, 1950, p. 261), o de 6 de octubre de 1976 (*D.*, 1977, p. 25).

(47) Y confirmada por la doctrina francesa que estima plenamente aceptable la reducción –que no la ampliación– del plazo de 1 año fijado por la normativa francesa en la materia. Al respecto, y con abundante bibliografía, nótese ANCEL, P., “Note - Cour de cassation (Ch. com.) 21 janvier 1992 - Société Bai Line Shipping v. société Recofi”, en: *Rev. Arb.*, 1995, p. 58.

ter razonable de la misma. En otras palabras, un plazo considerado como excesivamente corto –no es el caso de los 6 meses apuntados– no sería aceptable por los tribunales franceses⁽⁴⁸⁾.

A pesar de lo dicho hasta el momento, la práctica pone igualmente de manifiesto la existencia de diversos supuestos en los que la limitación temporal de base contractual fijada por las partes es obviada por los tribunales de Francia. Supuestos, eso sí, que no refieren específicamente al ámbito del transporte marítimo de mercancías⁽⁴⁹⁾.

3. LIMITACIÓN TEMPORAL PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE BASE LEGAL

3.1. Introducción

En ausencia de un plazo de tiempo de naturaleza contractual, el ejercicio de la acción dependerá de la parte que devenga demandante. Ella será quien, en última instancia, podrá instar la iniciación del procedimiento arbitral en el plazo que estime oportuno, atendidos sus propios intereses como parte.

En este ejercicio deberá de tener en cuenta, eso sí, lo dispuesto al respecto en la ley reguladora del arbitraje, en la que pueden haberse incorporado diversas limitaciones temporales de índole legal, general-

⁽⁴⁸⁾ ANCEL, P., “Note - Cour de cassation (Ch. com.) 21 janvier 1992 (...)”, artículo cit., p. 59. Significativamente, este mismo plazo de 6 meses, sí fue considerado como irrazonable en la S. de la C.Cass. de 3 de marzo de 1992, en el asunto *Société OFER Brothers c./ Société The Tokyo marine and fire insurance et autres* (*Rev.Arb.*, 1992, p. 560), que tiene como objeto de debate un conjunto de conocimientos de embarque –no una póliza de fletamento como ocurre en esta ocasión– sometidos al régimen de las Reglas de La Haya. En dicha sentencia, la limitación de seis meses pactada en su día por las partes es rechazada por el tribunal, amparándose en el carácter imperativo del mandato de los artículos 3.6 –y 8, y ello resulta trascendente– del Convenio de Bruselas de 1924.

⁽⁴⁹⁾ Ello es lo que ocurre, por ejemplo, en Francia, en la S. C.App. de Paris, de 15 de noviembre de 1979 en el asunto *Saronis Shipping Co. v. Soules* (*Rev.Arb.*, 1980, p. 513). Aunque no referido específicamente al supuesto del plazo para el ejercicio de la acción arbitral, sino –por contra– al plazo fijado por el Reglamento arbitral regulador del procedimiento para la provisión de fondos –y que de acuerdo con el mismo equivaldría al desistimiento–, cabe citar también la S. C.Cass. de 26 de enero de 1994, en el asunto *Société Ferruzzi France c./ Uacel*, *Rev.Arb.*, 1995, p. 443.

mente más amplias en duración que las pactadas por las partes –aquí se habla de años, mientras que allí tiende a hablarse de meses–, que condicionen directamente lo eventualmente dispuesto por éstas, o que suplementen el silencio mantenido por ellas en relación con este punto⁽⁵⁰⁾. Estas limitaciones temporales, se dice, tienden a asegurar que el procedimiento arbitral comience en un tiempo razonable desde el momento en que acaecieron los eventos que dan lugar al litigio⁽⁵¹⁾.

La afirmación anterior se combina, igualmente, con la necesidad de considerar el hecho de que las distintas normativas nacionales reconocen en ocasiones al juez nacional, la posibilidad de ampliar el plazo temporal fijado, ya contractualmente por las partes –algo que no parece plantear problemas a la doctrina–, o con carácter legal –posibilidad ésta aproximada, con mucha más prevención–⁽⁵²⁾.

3.2. Las soluciones convencionales: El supuesto del contrato de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque

La práctica marítima internacional manifiesta la presencia habitual, tanto de limitaciones temporales pactadas por las partes, como de limitaciones dotadas de una naturaleza legal. Centrándonos en estas últimas, la presencia de plazos temporales para el ejercicio de acciones en relación con la responsabilidad del porteador con respecto a las mercancías transportadas por mar en régimen de conocimiento de embarque, se hace ya presente en el Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento de embarque, hecho en Bruselas el 25 de agosto de 1924, más conocido como “Reglas de La Haya”. El artículo 3.6.IV del texto convencional incorpora un plazo de un año para el ejercicio de eventuales acciones en relación con materias cubiertas por el mismo:

“Art. 3: (...) 6. El hecho de retirar las mercancías constituirá, salvo prueba en contrario, una presunción de que han

⁽⁵⁰⁾ Al respecto, LEW, MISTELIS & KRÖLL, *Comparative (...)*, cit., p. 511.

⁽⁵¹⁾ REDFERN, HUNTER *et al*, *Law and Practice (...)*, cit., p. 211.

⁽⁵²⁾ LEW, MISTELIS & KRÖLL, *Comparative (...)*, cit., p. 511.

sido entregadas por el porteador en la forma consignada en el conocimiento, a menos que antes o en el momento de retirar las mercancías y de ponerlas bajo la custodia de la persona que tenga derecho a su recepción, con arreglo al contrato de transporte, se dé aviso por escrito al porteador o a su Agente en el puerto de descarga de las pérdidas o daños sufridos y de la naturaleza general de estas pérdidas o daños.

Si las pérdidas o daños no son aparentes, el aviso deberá darse en los tres días siguientes a la entrega.

Las reservas por escrito son inútiles si el estado de las mercancías ha sido comprobado contradictoriamente en el momento de la recepción.

En todo caso, el porteador y el buque estarán exentos de toda responsabilidad por pérdidas o daños a menos que se ejercite una acción dentro del año siguiente a la entrega de las mercancías o a la fecha en que éstas hubieran debido ser entregadas.

En caso de pérdida o daños ciertos o presuntos, el porteador y el receptor de las mercancías se darán recíprocamente todas las facilidades razonables para la inspección de las mercancías y la comprobación del número de bultos”.

El texto originario del Convenio de Bruselas de 1924 fue alterado, entre otros, por el Protocolo de Bruselas de 23 de febrero de 1968, por el que se modifica el Convenio de 1924 –las llamadas “Reglas de Visby”–. Este Protocolo recoge en su artículo 1.2 una modificación del ya mencionado artículo 3.6.IV del texto originario del Convenio de Bruselas de 1924, que si bien mantiene el plazo de un año para el ejercicio de la acción, acepta igualmente la posibilidad de que las partes, de mutuo acuerdo, amplíen el plazo de un año originariamente fijado:

“Sin perjuicio de las disposiciones del párrafo 6 bis, el porteador y el buque estarán en cualquier caso exonerados de absolutamente toda responsabilidad con respecto a las mercancías, a menos que ejerza una acción dentro del año siguiente a su entrega o a la fecha en que debían haber sido

entregadas. No obstante, este plazo podrá ser prorrogado si las partes así lo acuerdan con posterioridad al hecho que haya dado lugar a la acción”.

Dejando de lado la cuestión del ámbito de aplicación material y personal de los respectivos arts. 3.6 de las Reglas de La Haya y de La Haya-Visby⁽⁵³⁾, y centrándonos en el límite temporal fijado en ellos, de la lectura de ambos preceptos se deriva con claridad que una eventual reclamación dirigida contra el porteador y sus dependientes, por cualquier responsabilidad referente a las mercancías transportadas por mar en virtud de un contrato de transporte marítimo en régimen de conocimiento de embarque cubierto por ambos textos, no podrá superar en su ejercicio el plazo de un año.

Dicho plazo se computará a partir, no de la fecha de la descarga de la mercancía, sino del día de la entrega –que no mera puesta a disposición– de la mercadería al destinatario⁽⁵⁴⁾. Entrega que, en el supuesto de cargamentos grandes, puede durar más de un día, entendiéndose como tal aquel en que terminó la entrega o, en el supuesto de pérdida de la misma, desde la fecha en que las mercancías deberían de haberse entregado; afirmación que se concreta en el día en que el buque deja el puerto de entrega⁽⁵⁵⁾.

A pesar del silencio mantenido, tanto por las Reglas de La Haya, como por las de La Haya-Visby, el plazo de un año se entiende como susceptible de ser referido indistintamente, tanto a la jurisdicción estatal como al arbitraje⁽⁵⁶⁾.

(53) Al respecto, *vide* SÁNCHEZ CALERO, F., *El contrato de transporte marítimo de mercancías. Reglas de La Haya-Visby*, Pamplona, Aranzadi, 2000, pp. 460-461.

(54) “Entrega” en el sentido de la efectiva ‘*traditio*’, un acto complejo en el que no sólo se produce la puesta a disposición de la mercancía por el porteador, sino que viene ésta acompañada de su recepción por parte del destinatario, generándose la tradición material de las mercancías de uno a otro de los contratantes (SÁNCHEZ CALERO, *El contrato (...)*, cit., p. 462).

(55) SÁNCHEZ CALERO, F., *El contrato (...)*, cit., p. 462.

(56) En tal sentido, *vide* TETLEY, W., “Chapter 28. Arbitration Clauses”, en: *Marine Cargo Claims*, 4ª ed., publicación prevista en 2008, disponible en internet en formato libre en la dirección, en: <http://www.mcgill.ca/maritimelaw/mcc4th>, p. 12.

La existencia de una limitación temporal para el ejercicio de acciones en esta materia se patentiza, a su vez, en el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías; más conocido como las “Reglas de Hamburgo”. El artículo 20 de las Reglas, rubricado como “*Prescripción de las acciones*”⁽⁵⁷⁾ –“*Limitation of actions*”, en la versión inglesa del texto y “*Prescription des actions*”, en el texto francés–, amplía en su apartado 1 el tradicional plazo de 1 año a 2 años, refiriéndolo de forma expresa, tanto a los procedimientos judiciales como al arbitraje. En el mismo se establece que (...)

- “1. Toda acción relativa al transporte de mercancías en virtud del presente convenio prescribirá si no se ha incoado un procedimiento judicial o arbitral dentro del plazo de dos años.
2. El plazo de prescripción comenzará el día en que el porteador haya entregado las mercancías o parte de ellas o, en caso de que no se hayan entregado las mercancías, el último día en que debieran haberse entregado.
3. El día en que comienza el plazo de prescripción no estará comprendido en el plazo.
4. La persona contra la cual se dirija una reclamación podrá, en cualquier momento durante el plazo de prescripción, prorrogar ese plazo mediante declaración por escrito hecha al reclamante. Ese período podrá ser prorrogado nuevamente mediante otra declaración u otras declaraciones.
5. La acción de repetición que corresponda a la persona declarada responsable podrá ejercitarse incluso después de expirado el plazo de prescripción establecido en los párrafos

⁽⁵⁷⁾ Un artículo similar al presente se encuentra recogido en el Convenio de las Naciones Unidas sobre el transporte multimodal internacional de mercancías, hecho en Ginebra, el 24 de mayo de 1980. En concreto, en su artículo 25, cuyo ap. 1 precisa: “Toda acción relativa al transporte multimodal internacional en virtud del presente Convenio prescribirá si no se ha incoado un procedimiento judicial o arbitral en un plazo de dos (2) años. No obstante, si dentro de un plazo de seis (6) meses contados desde el día siguiente al de la entrega de las mercancías o, si éstas no se han entregado, desde el día siguiente a la fecha en que debían haberse entregado, no se ha dado una notificación por escrito en la que se hagan constar la naturaleza y los detalles principales de la acción prescribirá a la expiración de ese plazo”.

anteriores, siempre que se ejercite dentro del plazo fijado por la ley del Estado en que se incoe el procedimiento. No obstante, ese plazo no podrá ser inferior a 90 días contados desde la fecha en que la persona que ejercite la acción de repetición haya satisfecho la reclamación o haya sido emplazada con respecto a la acción ejercitada contra ella”.

La vigencia de las Reglas de Hamburgo, un texto que en su día fue entendido como muy superior desde el punto de vista técnico-jurídico al Convenio de Bruselas de 1924 y a sus sucesivos Protocolos modificativos, se ha visto directamente afectada por la cerrada oposición que ha recibido del colectivo de armadores. Ello ha incidido directamente, tanto en el nivel de ratificaciones por ellas alcanzado, como en la trascendencia de los países ratificantes en el negocio marítimo, que es muy reducida. Aún vigentes, las Reglas de Hamburgo no han alcanzado los objetivos que acompañaron su elaboración y, desde luego, no han implicado una superación del modelo fijado por las Reglas de La Haya en su versión original y reformada, de ahí que en las siguientes páginas nos refiramos exclusivamente a estas últimas.

3.3. Distintas soluciones nacionales

Tanto el Convenio de Bruselas, de 1924, como el Protocolo de Visby, de 1968, admiten la posibilidad de que los Estados que desean vincularse a ellos puedan atribuirles efecto “ya dándole fuerza de ley, ya incorporando en su legislación nacional las reglas adoptadas en virtud del presente (...), en una forma apropiada a esta legislación”⁽⁵⁸⁾. Al amparo de esta posibilidad, la mayoría de los Estados han procedido a incorporar las Reglas de La Haya y, en su caso, las de La Haya-Visby, a través de la promulgación de leyes nacionales especiales.

La presencia de estas “versiones nacionalizadas”⁽⁵⁹⁾, lógicamente, ha contado con una negativa incidencia en el proceso de armonización

⁽⁵⁸⁾ Art. 16 del Protocolo de Visby, de 1968. En similares términos se manifiesta el Protocolo de firma del Convenio de Bruselas de 1924.

⁽⁵⁹⁾ ESPINOSA CALABUIG, R., *El contrato internacional de transporte marítimo de mercancías: cuestiones de ley aplicable*, Granada, Comares, 1999, p. 77.

internacional de las soluciones existentes en la materia. Y ello, no sólo porque las posiciones incorporadas no siempre han respondido linealmente a las soluciones convencionales. Si no, también, porque han generado problemas adicionales vinculados, por ejemplo, a la exigencia de concretar el ámbito de aplicación de las diversas normativas estatales⁽⁶⁰⁾. Ello se observa con especial nitidez al abordar el tratamiento de la presente cuestión en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales.

3.3.1. Inglaterra

Centrándonos en la situación legislativa en la materia existente en Inglaterra, la primera normativa inglesa en relación con el transporte marítimo de mercancías fue la *Carriage of Goods by Sea Act*, de 1924 (COGSA 24). La ley se basaba en las Reglas de La Haya originales, elaboradas en 1921, y no en el Convenio de Bruselas de 1924, que fue ratificado por el Reino Unido en 1930. La COGSA 24 fue sustituida en su momento por *The Carriage of Goods by Sea Act* de 1971 (COGSA 71), que entró en vigor en 1977, e incorpora en el ordenamiento inglés a las Reglas de La Haya modificadas por las Reglas de Visby de 1968 (las Reglas de La Haya-Visby)⁽⁶¹⁾. A fecha de hoy, Inglaterra no se ha vinculado a las Reglas de Hamburgo de 1978, y no resulta previsible que lo haga en el futuro⁽⁶²⁾.

La Sección 1 de la *Carriage of Goods by Sea Act* de 1971 especifica con claridad la aplicación en Inglaterra de las Reglas de La Haya, reformadas por las de Visby. En tal sentido, su artículo 1.1 señala que, a efectos de la Ley, la referencia a “*the Rules*” significa “*the International Convention for the unification of certain rule of law relating to bills of lading signed at Brussels on 25th August 1924, as amended by the Protocol signed at Brussels on 23rd February 1968*”. Añadiendo seguidamente en su numeral 2 que, “*The provisions of the Rules, as set out in the Schedule*

⁽⁶⁰⁾ *Loc. cit.*

⁽⁶¹⁾ También el Protocolo de 1979 se incorporó en 1984.

⁽⁶²⁾ Al respecto, *vide* WILSON, J. F., *Carriage of Goods by Sea*, Londres, Longman, 4ª ed., 2001, p. 176; TWEEDDALE & TWEEDDALE, *Arbitration (...)*, cit., p. 515; ESPINOSA CALABUIG, *El contrato (...)*, cit., pp. 79-81, introduciendo una visión general de la normativa.

to this Act, shall have the force of law.”, una afirmación, ésta última, que como se verá en su momento, cuenta con una notable trascendencia jurídica.

La validez del plazo de 1 año fijado por las Reglas de La Haya y de La Haya-Visby en Inglaterra, debe necesariamente aproximarse tomando en consideración los mandatos de la *Arbitration Act 1996*. Y ello, por cuanto la Ley inglesa de Arbitraje de 1996 incorpora en su Sección 13 una norma que aborda específicamente la cuestión de las denominadas “*limitation Acts*” –“Leyes sobre prescripción”–⁽⁶³⁾, en la que se afirma de forma expresa, y taxativa, que las normas en la materia se aplican, tanto en los procedimientos arbitrales, como en los procesos judiciales.

La Sección 13 de la *Arbitration Act* inglesa incluye un numeral 4, cuya letra (a) describe el significado de la expresión “Leyes de Prescripción” a efectos del ordenamiento jurídico inglés. En la misma, tras individualizar las diversas normativas aplicables en la materia en Inglaterra –“la Ley sobre Prescripción de 1980, la Ley sobre Plazos de Prescripción Extranjeros de 1984”–, se incorpora una referencia genérica a “cualquier otra disposición (sea cual fuere el momento de su promulgación) relativa a la prescripción de acciones”.

Esta mención genérica ampararía la aplicación del plazo de un año para el ejercicio de acciones recogido en el artículo 3(6) de las Reglas de La Haya-Visby, incorporadas en Inglaterra a través del *COGSA 71*, y, consecuentemente, a los eventuales arbitrajes celebrados en este país⁽⁶⁴⁾.

En otras palabras, en aquellas situaciones que por mandato legal aparecen cubiertas por las Reglas de La Haya-Visby, un eventual procedimiento arbitral deberá necesariamente iniciarse dentro del año siguiente

(63) En la traducción realizada por HUNTER y LANDAU, *The English Arbitration Act 1996. Text and Notes*, Amsterdam, Kluwer, 1998, p. 287.

(64) Esta idea, según afirma W. TETLEY, vendría apoyada igualmente por el tenor del apartado 5 de la Sección 12 de la propia *Arbitration Act 1996*, que al abordar la problemática de la extensión de los plazos para someter la disputa a arbitraje pactados por las partes concreta que “*Una providencia dictada al amparo de esta Sección –concediendo la prórroga del plazo para el inicio del procedimiento arbitral– no impide la aplicación de las Leyes sobre Prescripción*” a las que refiere la Sección 13 de la propia Ley (TETLEY, *Chapter 28. Arbitration Clauses Marine Cargo Claims*, cit., p. 13).

a la entrega de las mercancías, o de la fecha en que éstas hubieran debido ser entregadas, al amparo del artículo 3.6 de las Reglas⁽⁶⁵⁾. Más allá de ese plazo, se dice, el ejercicio de la acción devendría radicalmente imposible. Esta imposibilidad, además, debe ser entendida no en el sentido de prohibirse el ejercicio de la acción ante un tribunal arbitral, sino en el mucho más rígido de considerar que como consecuencia del transcurso del plazo de un año, ésta se entiende ahora inexistente por haberse extinguido el derecho⁽⁶⁶⁾.

Esta posición se ha mantenido de forma amplia por la jurisprudencia inglesa, incorporando lo que algún sector de la doctrina ha calificado como “an unnecessarily restrictive interpretation”⁽⁶⁷⁾. Ejemplo paradigmático de esta línea jurisprudencia es, por ejemplo, la decisión en el asunto *The Merak*⁽⁶⁸⁾, en el que se señala de forma expresa el carácter vinculante del plazo de 1 año especificado en el artículo 3.6 de –en esta ocasión– las Reglas de La Haya, así como el hecho de que el mismo juegue tanto en relación con el ejercicio de acciones ante los tribunales estatales como arbitrales.

Planteada en la decisión el significado del artículo 3.6 de las Reglas de La Haya, el Tribunal comenzó constatando la aplicación del precepto, tanto respecto de los tribunales estatales, como de los tribunales arbitrales. En tal sentido, L.J. Sellers afirma que,

“The Hague Rules, or more strictly the Carriage of Goods by Sea Act, 1924, which gives statutory effect to them, in Art. III, Rule 6, provide clearly to discharge the shipowner from liability after a period of 12 months, but I can see no reason for assuming that the rule was tying the parties to any particular form of litigation. The Convention referred

⁽⁶⁵⁾ En relación con el significado de entrega de la mercancía al amparo de este precepto, nótese, a modo ejemplificativo, la S. en el asunto *Trafigura Bebeer B.V. v. Golden Stavraetos Maritime Inc., (The “Sonia”)*, [2003] 2 Lloyd’s Rep. 201.

⁽⁶⁶⁾ WILSON, *Carriage (...)*, cit., pp. 208-209; TETLEY, W., “Chapter 28. Arbitration Clauses”, en: TETLEY, W., *Marine Cargo Claims*, cit., p. 13; MERKIN, *Arbitration (...)*, cit., p. 478.

⁽⁶⁷⁾ WILSON, *Carriage (...)*, cit., p. 208.

⁽⁶⁸⁾ [1964] 2 Lloyd’s Rep 527 (C.A.).

to in the preamble to the Act dealt with responsibilities, liabilities, rights and immunities attaching to carriers under bills of lading, and on the face of it the method of settling disputes would not seem to be germane.

I can see no good reason for giving the word “suit” in this context the limited meaning which has been advanced. The Hague Rules are of international application, arbitration has long been a method of settling disputes agreed by parties to contracts for carriage by sea, and whilst it was agreed that there should be a period of limitation there is nothing to indicate that a step in an arbitration would not be as effective as a writ in an action unless “suit” can only have the meaning in our courts of an action. I do not find any authority which requires us so to hold. In their context I think the words mean “unless proceedings are brought within one year,” and that the commencement of arbitration proceedings would meet the requirement”⁽⁶⁹⁾.

Similar filosofía se manifiesta en las decisiones en los asuntos *Kenya Railways v. Antares Co. Pte Ltd. (the “Antares”)* (Nº. 1)⁽⁷⁰⁾, *Borgship Tankers Inc v. Product Transport Corp Ltd (The Casco)*⁽⁷¹⁾, *Navigazione Alta Italia S.P.A. v. Concordia Maritime Chartering A.B., (The “Stena Pacifica”)*⁽⁷²⁾, *Cargill International S.A. v. CPN Tankers Ltd. (Bermuda), (The “OT Sonja”)*⁽⁷³⁾, o *Interbulk Ltd. v. Ponte Dei Sospiri Shipping Co., (The “Standard Ardour”)*⁽⁷⁴⁾.

La práctica jurisprudencial inglesa se ha planteado igualmente una cuestión directamente vinculada al plazo de 1 año fijado por las Reglas de La Haya-Visby. Se trata, en concreto, de la concreción del significado del concepto de “acción” –“suit”– presente en el artículo 3.6 de las

⁽⁶⁹⁾ P. 532. En similar sentido se manifiestan L.J. Davies (pp. 535-536) y L.J. Russel (p. 537-538).

⁽⁷⁰⁾ [1986] 2 Lloyd’s Rep. 626 QBD (Comm Ct).

⁽⁷¹⁾ [2005] 1 C.L.C. 232.

⁽⁷²⁾ [1990] 2 Lloyd’s Rep. 234 QBD (Comm Ct).

⁽⁷³⁾ [1993] 2 Lloyd’s Rep. 435 CA.

⁽⁷⁴⁾ [1988] 2 Lloyd’s Rep. 159 QBD (Comm Ct).

Reglas de La Haya y de La Haya-Visby. Una noción que es objeto de una interpretación dinámica, optándose por no vincularla estáticamente a la mera iniciación de un procedimiento judicial o arbitral⁽⁷⁵⁾.

En relación con esta cuestión, la jurisprudencia inglesa se ha visto confrontada, en ocasiones, con la situación del inicio de un procedimiento sobre una controversia sometida a arbitraje en Inglaterra –también, en ocasiones, a los tribunales ingleses–, bien ante unos tribunales extranjeros, o ante una institución arbitral extranjera, carentes de competencia para conocer del litigio suscitado. En esos casos se ha sopesado la viabilidad, o no, de atribuirles a dichos procedimientos extranjeros la consideración de “*suit*” a los efectos de satisfacer el plazo legal para el ejercicio de acciones fijado en la normativa inglesa⁽⁷⁶⁾.

El significado de “*suit*” es, precisamente, la cuestión subyacente en la decisión de la QBD (Comm Ct), de 26 de junio de 2000 en el asunto *Thyssen Inc v. Calypso Shipping Corp SA*⁽⁷⁷⁾. Un litigio en el que se desatendió por una de las partes el mandato de una cláusula de sometimiento a arbitraje en Inglaterra, litigándose –por contra– ante los tribunales americanos. En ella queda claro que el plazo para el ejercicio de acciones fijado en la normativa inglesa debe vincularse necesariamente al ejercicio de tales acciones bien ante un órgano estatal, o ante un tribunal arbitral, que gocen de la condición de competentes. De otra forma se entendería, una vez superado el período de 12 meses fijado en las Reglas de La Haya y de La Haya-Visby, que el plazo ha transcurrido y la acción ha devenido inviable.

“(…) where, as here, the first suit is brought in breach of an arbitration clause, the courts do not regard that as a suit for the purposes of the rule (unless of course there is no application for a stay)”⁽⁷⁸⁾.

(75) Al respecto, TWEEDDALE, A. & TWEEDDALE, K., *Arbitration (...)*, cit., pp. 516-517.

(76) En relación específicamente con las cláusulas de elección de fuero, debe resaltarse la Sentencia en el asunto *The “Havhelt”*, [1993] 1 Lloyd’s Rep. 523 QBD (Adm Ct). Similar problemática se había suscitado algunos años antes en la Sentencia en el asunto *Government of Sierra Leone v. Marmaro Shipping Co. Ltd.*, [1989] 2 Lloyd’s Rep. 130 CA.

(77) [2001] C.L.C. 805 QBD (Comm Ct).

(78) P. 810.

Con una filosofía similar se expresa la Sentencia en el asunto *Bua International Ltd v. Hai Hing Shipping Co Ltd* (*The Hai Hing*)⁽⁷⁹⁾(80).

La existencia de este plazo de carácter legal para el inicio del procedimiento arbitral, plantea igualmente el eventual juego de la Sección 12 de la Ley inglesa de Arbitraje de 1996, que reconoce al Juez, siempre que se cumplan determinadas condiciones, la posibilidad de ampliar el plazo fijado para el inicio del arbitraje⁽⁸¹⁾.

La antigua Ley de Arbitraje de 1950 permitía en su Sección 27 esta posible ampliación, y lo hacía, además, en unos términos más generosos que los previstos en la actual normativa de 1996. Ello determinó que, en relación específicamente con el juego del artículo 3(6) de las Reglas de La Haya y de La Haya-Visby, la doctrina⁽⁸²⁾ y la jurisprudencia⁽⁸³⁾ aceptaran como factible la posible ampliación del plazo de un año allí fijado, en un intento de evitar lo que se calificó como un “undue hardship”.

(79) [2000] 1 Lloyd’s Rep. 300 QBD (Comm).

(80) En relación con esta cuestión, pero referida específicamente a los tribunales estatales, nótese las decisiones los asuntos *Baghlaif Al Zafer Factory Co. BR. for Industry Ltd. v. Pakistan National Shipping Co. and Another* (Nº. 2), [2000] 1 Lloyd’s Rep. 1 CA; *Spiliada Maritime Corporation v. Cansulex Ltd.*, (*The “Spiliada”*), [1985] 2 Lloyd’s Rep. 116 CA; *Continental Fertilizer Co. Ltd. v. Pionier Shipping CV*, (*The “Pionier”*), [1995] 1 Lloyd’s Rep. 223 QBD (Comm); *Fort Sterling Ltd. and Another v. South Atlantic Cargo Shipping N.V. and Others* (*The “Finnrose”*), [1994] 1 Lloyd’s Rep. 559 QBD (Comm Ct), o *The “Nordglint”*, [1987] 2 Lloyd’s Rep. 470 QBD (Adm Ct).

(81) Para una aproximación en profundidad a la realidad práctica de esta Sección, *vide* AMBROSE, C. & MAXWELL, K., *London Maritime (...)*, cit., pp. 88 y ss.

(82) A favor de esta posibilidad, TETLEY, *Chapter 28. Arbitration Clauses Marine Cargo Claims*, cit., p. 13. En contra de tal posibilidad, WILSON, *Carriage (...)*, cit., p. 207, nota a pie 137.

(83) Al respecto, nótese las decisiones en los asuntos *The Pegasus* [1967] 1 Lloyd’s Rep 303 (CA) o *Nea Agrex v. Baltic Shipping Co, The Agios Lazaros* [1976] 2 Lloyd’s Rep 47 (CA). En contra de esta posibilidad, *vid.* *Kenya Railways v. Antares Co. Pte Ltd.*, (*The “Antares”*) (Nos. 1 and 2), [1987] 1 Lloyd’s Rep. 424 CA, o *Fort Sterling Ltd. and Another v. South Atlantic Cargo Shipping N.V. and Others*, (*The “Finnrose”*), [1994] 1 Lloyd’s Rep. 559 QBD (Comm Ct).

En el actual régimen arbitral inglés, esta ampliación judicial del plazo para accionar parece claramente descartada. El hecho de que la Sección 12 de la *Arbitration Act* señale expresamente en su numeral (5) que el poder del Tribunal de conceder la eventual ampliación del plazo para iniciar el arbitraje no afecta al juego de las “*Limitation Acts*”⁽⁸⁴⁾, unido al hecho de que la Sección 13(1) de la propia Ley de Arbitraje proclame la aplicación indistinta de éstas, tanto a los procedimientos arbitrales, como a los procesos judiciales, convierte en dudosas las posibilidades del Juez de extender el plazo de inicio del arbitraje más allá del año fijado en las Reglas de La Haya y de La Haya-Visby⁽⁸⁵⁾.

Dos matizaciones cabría realizar, sin embargo, a esta afirmación genérica que acaba de formularse:

- 1) En primer lugar, una situación que, al menos aparentemente, resultaría un tanto distinta a la expuesta es la referente a la incorporación de las Reglas de La Haya en el contrato, a través, por ejemplo, de una cláusula Paramount⁽⁸⁶⁾⁽⁸⁷⁾. En tal caso, la limitación gozaría de una condición contractual y no legal y, en principio, cabría conceder la extensión prevista en la Sección 12 de la Ley de Arbitraje⁽⁸⁸⁾. La práctica, sin embargo, demuestra que los tribunales “may be reluctant to exercise its discretion to extend such a well-established time limit”⁽⁸⁹⁾. De hecho, es abundante la juris-

⁽⁸⁴⁾ TETLEY, *Chapter 28. Arbitration Clauses Marine Cargo Claims*, cit., p. 13.

⁽⁸⁵⁾ AMBROSE & MAXWELL, *London Maritime (...)*, cit., p. 91; WILSON, *Carriage (...)*, cit., p. 207; TETLEY, “Chapter 28. Arbitration Clauses”, en: *Marine Cargo Claims*, cit., p. 14.

⁽⁸⁶⁾ Al respecto, nótese la S. en el asunto *Seabridge Shipping A.B. v. A.C. Orsleff*, [1999] 2 Lloyd’s Rep. 685 QBD (Comm Ct), así como la decisión en el asunto *Nea Agrex v. Baltic Shipping Co, The Agios Lazaros*, [1976] 2 Lloyd’s Rep. 47 (CA). En relación con esta cuestión, nótese, BAUGHEN, S., “‘Clause Paramount’ and the One-Year Time Bar”, *LMCLQ*, 1996, pp. 173 y ss.

⁽⁸⁷⁾ Para una aproximación al significado y función de este tipo de cláusulas, *vide*, por todos, ESPINOSA CALABUIG, “Autonomía (...)”, artículo cit., pp. 1131-1136.

⁽⁸⁸⁾ “Where the Hague Rules are contractually incorporated then the court has the power to extend the one-year bar provision” (TWEEDDALE & TWEEDDALE, *Arbitration (...)*, cit., p. 515).

⁽⁸⁹⁾ AMBROSE & MAXWELL, *London Maritime (...)*, cit., p. 91.

prudencia que niega tal posibilidad en relación, por ejemplo, con supuestos de incorporación de las Reglas, directa o indirectamente, en una póliza de fletamento⁽⁹⁰⁾. Significativa en tal sentido son las SS. en los asuntos *Mauritius Oil Refineries Ltd. v. Stolt-Nielsen Nederlands B.V.*, (*The “Stolt Sydness”*)⁽⁹¹⁾, *Grimaldi Compagnia di Navigazione S.p.A. v. Sekiyo Lines Ltd.* (*The “Seki Rolette”*)⁽⁹²⁾ o *Noranda Inc & Ors v. Barton (Time Charter) Ltd & Anor (The ‘Marinor’)*⁽⁹³⁾.

- 2) Junto a ello, en segundo lugar, en el supuesto de que sean las Reglas de La Haya-Visby las que sean incorporadas por las partes en el conocimiento de embarque, no parece probable la aplicación de la Sección 12 de la *Arbitration Act* inglesa de 1996 y, por lo tanto, la extensión del plazo de un año fijado en su artículo 3(6), atendido el hecho de que tal incorporación recibe fuerza legal de acuerdo con la Sección 1(6)(a) del *COGSA* de 1971⁽⁹⁴⁾. En tal sentido se manifiesta, por ejemplo, la Sentencia en el asunto *Transworld Oil (USA) Inc. v. Minos Compania Naviera S.A.*, (*The “Leni”*)⁽⁹⁵⁾.

3.3.2. Estados Unidos de América

En Estados Unidos, el Convenio de La Haya de 1924 se incorporó a través de la *Carriage of Goods by Sea Act de 1936 (COGSA)* que a

⁽⁹⁰⁾ Sobre las dificultades generadas, con carácter general, por la eventual incardinación de las Reglas de La Haya, que no se encuentran diseñadas para las pólizas de fletamento, en éstas a través de una cláusula Paramount, nótese la decisión en el asunto *Interbulk Ltd. v. Ponte Dei Sospiri Shipping Co.*, (*The ‘Standard Ardour’*), [1988] 2 Lloyd’s Rep. 159 QBD (Comm Ct), especialmente p. 163. Por contra, el laudo dictado en Londres en el arbitraje 2/97 en el que se plantea esta misma cuestión en relación con una póliza *GENCON*, acepta la validez de la incorporación, aún admitiendo que se trata de una cuestión que no está exenta de dudas (*FMLN*, n.º. 450, de 1 de febrero de 1997).

⁽⁹¹⁾ [1997] 1 Lloyd’s Rep. 273 QBD (Comm Ct).

⁽⁹²⁾ [1998] 2 Lloyd’s Rep. 638.

⁽⁹³⁾ [1996] 1 Lloyd’s Rep. 301 QBD (Comm Ct).

⁽⁹⁴⁾ AMBROSE & MAXWELL, *London Maritime (...)*, cit., p. 91. A favor de tal posible extensión se manifiesta TWEEDDALE & TWEEDDALE, *Arbitration (...)*, cit., p. 515.

⁽⁹⁵⁾ [1992] 2 Lloyd’s Rep. 48 QBD (Comm Ct).

partir de una voluntad de mantener al máximo el texto original, introdujo ciertas modificaciones de relevancia respecto del mismo⁽⁹⁶⁾. La *COGSA*, sin embargo, no implicó la derogación de la previa *Harter Act* de 13 de febrero de 1893, muchas de cuyas soluciones son utilizadas para cubrir vacíos existentes en el *COGSA* de 1936 en relación con el transporte marítimo internacional. A fecha de hoy, Estados Unidos no se ha vinculado a los distintos Protocolos que complementan o modifican el Convenio originario de Bruselas, de 1924. Como en el caso de Inglaterra, tampoco forma parte de las Reglas de Hamburgo⁽⁹⁷⁾.

La *Cogsa* americana incorpora el plazo de 1 año para el ejercicio de acciones en su Sección 3.6.IV, señalando en tal sentido que:

“In any event the carrier and the ship shall be discharged from all liability in respect of loss or damage *unless suit is brought within one year after delivery of the goods or the date when the goods should have been delivered*: Provided, that if a notice of loss or damage, either apparent or concealed, is not given as provided for in this section, that fact shall not affect or prejudice the right of the shipper to bring suit within one year after the delivery of the goods or the date when the goods should have been delivered”.

A diferencia de lo que ocurre en Inglaterra, la jurisprudencia existente en Estados Unidos en relación con este punto resulta mucho más reducida y, desde luego, bastante más contradictoria que aquella.

En este sentido, la doctrina destaca el hecho de que la práctica arbitral marítima de este país, localizada esencialmente en Nueva York, asume con carácter generalizado la extinción del derecho a reclamar cuando no se inicia el arbitraje en el plazo de 1 año previsto en el *COGSA*⁽⁹⁸⁾.

⁽⁹⁶⁾ Al respecto, CONNELL, R. A., “Charter Parties and the “Clause Paramount””, en: *The Arbitrator*, 2002, N° 4, pp. 2 y ss.

⁽⁹⁷⁾ Nótese, CONNELL, “Charter Parties (...)”, cit., pp. 2 y ss.

⁽⁹⁸⁾ Al respecto, *vide* TETLEY, “Chapter 28. Arbitration Clauses”, en: *Marine Cargo Claims*, cit., p. 14; CONNELL, “Charter Parties (...)”, cit., pp. 2 y ss.

Coincidiendo con esta línea argumental cabría señalar la Sentencia de la U.S.C.A. (2nd Cir.) de noviembre de 1972, en el asunto *Office of Supply Government of Republic of Korea v. New York Nav. Co., Inc.*⁽⁹⁹⁾, de la que caben inferir dos conclusiones:

- 1) En primer lugar, que la solicitud de verificación del cumplimiento del plazo de 1 año para el ejercicio de acciones fijado en el COGSA corresponde realizarla, cuando existe una cláusula arbitral, al árbitro y no al tribunal estatal. De hecho, la referencia de la verificación del cumplimiento del plazo a los árbitros, y no a los tribunales estatales, en el caso de presencia de un convenio arbitral, ha sido igualmente puesta de manifiesto en distintas decisiones americanas⁽¹⁰⁰⁾.
- 2) Y, junto a ello, en segundo lugar, que en este caso concreto, el árbitro consideró que el ejercicio de la acción se había producido una vez transcurrido el mencionado plazo de 12 meses y que, consecuentemente, no cabía su ejercicio.

La vinculación a esta limitación temporal no se ha reputado exclusivamente de aquellas disputas referidas a la pérdida física, o a los daños de esta índole, sufridos por las mercancías. En tal sentido, se afirma que reclamaciones por pérdidas financieras generadas por la entrega fuera de plazo de las mercancías, o por una descarga lenta de las mismas, han sido consideradas como litigios conectados con los bienes y, por lo tanto, sometidos a la limitación temporal de 1 año que fija la COGSA americana⁽¹⁰¹⁾.

⁽⁹⁹⁾ 469 F.2d 377.

⁽¹⁰⁰⁾ *Louis Dreyfus Corp. v. Cook Industries Inc.*, 505 F.Supp. 4; *New Zealand Ins. Co. Ltd. v. S.S. Greenland Rex*, Not Reported in F.Supp., 1990 WL 129180 (S.D.N.Y.); *Trafalgar Shipping Co. v. International Milling Co.*, 401 F.2d 568; *Prima Paint Corporation v. Flood & Conklin Mfg. Co.*, 388 U.S. 395; *Conticommodity Services Inc. v. Phillip & Lion*, 613 F.2d 1222; *Prudential Lines, Inc. v. Exxon Corp.*, 704 F.2d 59 o *Japan Sun Oil Co., Ltd. v. M/V Maasdijk*, 864 F.Supp. 561, entre otras. Al respecto, vide TETLEY, "Chapter 28. Arbitration Clauses", cit., p. 16, nota 79.

⁽¹⁰¹⁾ En tal sentido se manifiesta CONNELL, "Charter Parties (...)", cit., pp. 2 y ss., quien cita en apoyo de su posición dos decisiones inglesas, *Mauritius Oil Refineries Ltd. v. Stolt-Nielsen Nederlands B.V.*, (*The "Stolt Sydness"*), [1997] 1 Lloyd's L. Rep. 273 (Q.B.

La posición descrita hasta el momento, empero, contrasta con la postura de un sector –calificado como minoritario– de la práctica arbitral neoyorquina, y de un conjunto de decisiones judiciales que apuestan por una interpretación estricta de este plazo que, de acuerdo con ellos, quedaría referido únicamente a las acciones ejercitadas ante los tribunales estatales, y no así ante tribunales arbitrales⁽¹⁰²⁾.

En relación con estas decisiones, el considerado como *leading case* es la Sentencia en el asunto *Son Shipping Co. Inc. v. De Fosse & Tangbe et al.*⁽¹⁰³⁾. Una decisión relativa a un transporte realizado en virtud de una póliza de fletamento que, junto a una cláusula arbitral, incorpora una cláusula Paramount USA, y en el que el tribunal interpreta el término “*suit*” recogido en la Sección 3.6.IV del *Cogsa* americano de una forma estricta, entendiendo que la limitación temporal de un año recogida en la norma es reputable, exclusivamente, de las acciones ejercitadas ante tribunales estatales, y no así ante tribunales arbitrales. Consecuentemente, el recurso al arbitraje, en claro reflejo de la política favorable a la institución arbitral existente en Estados Unidos⁽¹⁰⁴⁾, sería plenamente factible incluso después de transcurridos los referidos 12 meses previstos en el *Cogsa*.

Esta posición es compartida por las decisiones en los asuntos *Office of Supply Government of Republic of Korea v. New York Nav. Co., Inc.*⁽¹⁰⁵⁾, y *Cargill B.V. v. S/S Ocean Traveller*⁽¹⁰⁶⁾.

1996) y *Navigazione Alta Italia S.P.A. v. Concordia Maritime Chartering A.B.*, (*The “Stena Pacifica”*), [1990] 2 Lloyd’s L. Rep. 234 (Q.B. 1989). El mismo autor, empero, señala que esta posición se ha intentado limitar por la jurisprudencia, construyendo la limitación temporal a las acciones estrictamente vinculadas a las mercancías y a los daños que éstas puedan haber sufrido. Una vez más, se cita en apoyo de este aserto una decisión inglesa: *Interbulk Ltd. v. Ponte Dei Sospiri Shipping Co. (The “Standard Ardour”)*, [1988] 2 Lloyd’s L. Rep. 159 (Q.B. 1987).

(102) Al respecto, *vide* TETLEY, “Chapter 28. Arbitration Clauses”, cit., p. 14.

(103) 199 F.2d 687.

(104) Al respecto, *vide* ESPLUGUES MOTA, *Arbitraje (...)*, cit., marginal II.2.3.3.2.1.1.

(105) 469 F.2d 377.

(106) 726 F.Supp. 56.

3.3.3. Francia

La jurisprudencia francesa en la materia no resulta especialmente abundante. Existen, empero, algunos supuestos aislados que abordan la cuestión, incorporando en líneas generales una posición estricta en relación con la posibilidad de limitar el plazo para el ejercicio de acciones en aquellos supuestos cubiertos por las Reglas de La Haya o de La Haya-Visby⁽¹⁰⁷⁾. Ejemplo significativo de ello es la S. C.Cass. de 3 de marzo de 1992, en el asunto *Société OFER Brothers c./ Société The Tokyo marine and fire insurance et autres*⁽¹⁰⁸⁾ en el que la limitación de seis meses pactada en su día por las partes es rechazada por el Alto Tribunal, amparándose en el carácter imperativo del mandato de los artículos 3.6 –y 8, y ello resulta trascendente– del Convenio de Bruselas de 1924.

El Tribunal Supremo francés, en suma, entiende que el plazo de 6 meses fijado por referencia por las partes generaría una doble exoneración:

- 1) Por un lado, una exoneración vinculada a la propia cláusula arbitral, en la medida que impediría recurrir al arbitraje –y por ende, a los tribunales estatales– una vez superado el plazo temporal fijado por las partes.
- 2) Y, por otro, una exoneración de responsabilidad para las partes, dado que el hecho de no poderse acudir al arbitraje –ni a los tribunales estatales–, tendría una incidencia directa sobre el mandato del artículo 3.8 del propio Convenio de Bruselas de 1924, que declara nula cualquier cláusula recogida en el conocimiento de embarque que limite la responsabilidad del porteador, o del buque, por pérdida o daño referido a las mercancías, y que posee un nítido carácter imperativo⁽¹⁰⁹⁾.

⁽¹⁰⁷⁾ El significado de acción a efectos de la valoración del plazo de un año, y los problemas derivados de la concreción del mismo vienen abordados en la jurisprudencia francesa en diversos fallos. A modo ejemplificativo, nótese las decisiones de la C.Cass. de 4 de enero de 2000 (*Bulletin des transports*, 2000, p. 295) o de la C.App. de Rouen, de 18 de marzo de 1999 (*DMF*, 2000, n° 606, p. 660).

⁽¹⁰⁸⁾ *Rev. Arb.*, 1992, p. 560.

⁽¹⁰⁹⁾ DELEBECQUE, Ph., “Note - Cour de cassation (Chambre commerciale) 3 mars 1992 (...)”, artículo cit., p. 565.

La doctrina, en un intento por limitar las drásticas consecuencias de esta estricta interpretación, tiende a matizar la misma entendiendo que la solución alcanzada no se articula en torno a la premisa de la imposibilidad de limitar el plazo de 1 año recogido en el artículo 3.6 del Convenio de Bruselas, algo que observamos en su momento es admitido por la propia jurisprudencia francesa⁽¹¹⁰⁾, sino, por contra, en el carácter excesivamente breve, o no, del eventual plazo pactado, considerando que “Une clause qui laisse au créancier un délai ridiculement bref pour agir en responsabilité devrait être tenue pour nulle lorsque la loi s’oppose à ce que le débiteur s’exonère de toute responsabilité. Mais si le délai contractuel d’action reste raisonnable, il n’y a aucune raison de ne pas l’appliquer”⁽¹¹¹⁾.

Una aplicación lineal de los plazos fijados en el artículo 3.6 y 3.6.bis de las Reglas de La Haya-Visby, se encuentra en la Sentencia de la C.Cass., de 7 de diciembre de 1999, en el asunto *Sté des boissons gazeuses de Vergeze c./ Sté Sea Land et a.*⁽¹¹²⁾. Un asunto iniciado en 1978 que dio lugar a dos arbitrajes sucesivos, y a todo un conjunto de recursos ante los tribunales estatales. En ella, el Alto Tribunal respalda la posición mantenida en su momento por la C.App. de París entendiendo la imposibilidad de ejercitar la acción propuesta, dado que había transcurrido más de un año desde el momento en que el Tribunal arbitral encargado de conocer de una demanda ante él planteada se había declarado incompetente. El recurso al arbitraje, se dijo, había paralizado el plazo de prescripción de un año, pero la decisión de incompetencia había dado fin a dicha interrupción, comenzando un nuevo plazo de un año.

3.3.4. España

La transposición de las Reglas de La Haya y de La Haya-Visby al ordenamiento jurídico español realizada en su día fue profundamente desafortunada, planteándose en estos momentos importantes dudas en

⁽¹¹⁰⁾ Nótese II.3.C. *supra*.

⁽¹¹¹⁾ DELEBECQUE, “Note - Cour de cassation (Chambre commerciale) 3 mars 1992 (...)”, cit., p. 564.

⁽¹¹²⁾ *DMF*, 2001, n.º. 615, p. 385.

torno a la normativa vigente en relación con la responsabilidad del porteador en el contrato marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque.

La vinculación de España al Convenio de Bruselas de 1924 –las Reglas de La Haya–, se acompañó de la promulgación, el 28 de noviembre de 1949, de la Ley sobre transporte de mercancías bajo conocimiento⁽¹¹³⁾. Una Ley promulgada por el legislador español en clara desatención por parte de éste de la vigencia en España del mencionado Convenio de 1924. A esta anómala situación se unió en su momento la vinculación de España al Protocolo de 21 de diciembre de 1979 que –al amparo de sus artículos I y VI.2– conllevó la ratificación del Protocolo anterior de 1968 –las Reglas de Visby– y del propio texto originario de Bruselas de 1924 –las Reglas de La Haya–, suscitándose un debate en torno a si, como consecuencia de ellos, se produciría la más que indeseable situación de una doble vigencia en España del Convenio de Bruselas de 1924 –el texto originario del Convenio de 1924, por un lado, más el texto reformado por los Protocolos de 1968 y 1979, por otro–, o si debería entenderse, a pesar de la incorrecta técnica seguida por el legislador patrio a la hora de ratificar los Protocolos, que es tan sólo la versión del Convenio de Bruselas de 1924, modificada por los diversos Protocolos ulteriores, la que vincula a nuestro país⁽¹¹⁴⁾.

Estos lamentables hechos conducen a que en la doctrina española coexistan dos aproximaciones diferentes en relación con la normativa vigente en nuestro país en la materia:

- 1) Por un lado, aquellos que entienden que la normativa reguladora de la cuestión es el Convenio de Bruselas de 1924, modificado por el último de los Protocolos, en cuyo caso se produciría una derogación implícita de la LTM.
- 2) Y, junto a ellos, aquellos otros que, por el contrario, consideran vigente la LTM, mas modificada parcialmente en los puntos en

⁽¹¹³⁾ BOE N° 358, de 24 de diciembre de 1949, en adelante LTM.

⁽¹¹⁴⁾ Al respecto, GABALDÓN GARCÍA, J.L. y RUIZ SOROA, J.M., *Manual de Derecho de la Navegación marítima*, Marcial Pons, Madrid, 3ª ed., 2006, pp. 548-550; ESPINOSA CALABUIG, *El contrato (...)*, cit., pp. 90 y ss.

que los Protocolos de 1968 y 1979 han procedido a alterar el Convenio de Bruselas de 1924, posición esta segunda que se entiende, hoy por hoy, mayoritaria en la realidad jurídica nacional⁽¹¹⁵⁾.

La problemática de la limitación temporal para el ejercicio de acciones prevista en nuestro ordenamiento jurídico debe plantearse a partir de la asunción de la vigencia de la LTM, reformada parcialmente en aquellos puntos en que los Protocolos de 1968 y 1979 modificaron el Convenio de La Haya de 1924. En tal sentido, se entiende por la doctrina patria que el hecho de que el apartado final del artículo 3.6 del Convenio de Bruselas de 1924 fuera modificado por el Protocolo de 1968, implica que el párrafo IV del artículo 22 de la LTM ha quedado derogado.

En todo caso, el plazo para el ejercicio de acciones contra el porteador es de un año a partir del día de la entrega de las mercaderías al destinatario o, en el supuesto de pérdida de la misma, desde la fecha en que éstas debieran haberse entregado.

Un plazo, por otra parte, cuyo incumplimiento implica, según señala el propio TS en su Sentencia de STS de 31 de octubre de 1978, no el mero decaimiento o la extinción de la acción, sino del “*derecho que al receptor se le reconoce durante ese plazo, dentro del cual tiene que ser ejercitada la correspondiente acción*”⁽¹¹⁶⁾.

Este plazo, además, se reputa, lógicamente, tanto del destinatario de las mercancías, como de la compañía aseguradora que haya eventualmente podido subrogarse en la posición jurídica de aquel⁽¹¹⁷⁾.

Esta rígida posición mantenida en relación con los efectos del incumplimiento del plazo fijado para ejercitar la oportuna acción es también sostenida de forma constante por la jurisprudencia de las Audiencias. En tal sentido se manifiesta la Aud. Prov. de Madrid en sus SS. de 7

(115) ESPINOSA CALABUIG, *El contrato (...)*, cit., pp. 90-91.

(116) EDJ 1978/399, Fdo. D°. Tercero.

(117) Así lo manifiesta expresamente, por ejemplo, la S.Aud. Prov. de Vizcaya, de 13 de septiembre de 2002, JUR 2003/89293.

de abril de 2006⁽¹¹⁸⁾, de 7 de marzo de 2005 y de 10 de enero de 1996⁽¹¹⁹⁾, la Aud. Prov. de Vizcaya, en su S. de 5 de julio de 2005⁽¹²⁰⁾, la Aud. Prov. de Valencia, en sus SS. de 18 de septiembre de 2002⁽¹²¹⁾ y de 17 de abril de 2002⁽¹²²⁾, la Aud. Prov. de Barcelona, en sus SS. de 3 de noviembre de 2000⁽¹²³⁾, de 16 de mayo de 2000⁽¹²⁴⁾ y de 17 de octubre de 1994⁽¹²⁵⁾, la Aud. Prov. de Cádiz, en su S. de 5 de abril de 1999⁽¹²⁶⁾, o la Aud. Prov. de Sevilla, en su S. de 10 de marzo de 1992⁽¹²⁷⁾, entre otras. Así como por el Juzgado de lo Mercantil de Vizcaya (Bilbao), en su Sentencia de 7 de junio de 2006⁽¹²⁸⁾, que estima que el incumplimiento del plazo de un año fijado por el artículo 3.6 de las Reglas de La Haya-Visby y por el artículo 22 LTM, supone que “(C)arece por lo tanto el demandante de acción, por lo que su pretensión debe ser desestimada”⁽¹²⁹⁾.

Dos matizaciones conviene realizar, por último, en relación con la situación existente en España respecto de esta cuestión:

- 1) En primer lugar, se acepta que este plazo es susceptible de ser ampliado de común acuerdo por las partes, posibilidad que viene expresamente recogida en las Reglas de La Haya-Visby y que, aunque no prevista en las Reglas de La Haya se entendió como factible en su seno, siempre que la prórroga se realizase de común

⁽¹¹⁸⁾ JUR 2006/175208.

⁽¹¹⁹⁾ AC 1996/198.

⁽¹²⁰⁾ AC 2005/1865.

⁽¹²¹⁾ EDJ 2002/60595.

⁽¹²²⁾ EDJ 2002/24698.

⁽¹²³⁾ JUR 2001/60394

⁽¹²⁴⁾ AC 2000/2270.

⁽¹²⁵⁾ AC 1994/2098.

⁽¹²⁶⁾ EDJ 1999/28544.

⁽¹²⁷⁾ EDJ 1992/13435.

⁽¹²⁸⁾ AC 2006/1109.

⁽¹²⁹⁾ Fdo. D°. Cuarto.

acuerdo por las partes con anterioridad, lógicamente, al vencimiento del plazo⁽¹³⁰⁾.

- 2) Junto a ello, en segundo lugar, la tradicionalmente escasa cultura arbitral española, y la ausencia de un número mínimo de arbitrajes marítimos desarrollados en España han impedido suscitar en la práctica española la cuestión de si este plazo es reputable tanto al ejercicio de acciones ante los tribunales estatales como ante un tribunal arbitral. Lamentablemente, y a diferencia de lo que ocurre en Inglaterra, Estados Unidos o Francia, en nuestro país no existe jurisprudencia alguna en relación con esta cuestión.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

La voluntad de las partes imbuje el arbitraje en todas sus facetas. Esta afirmación se reputa tanto del arbitraje interno como del internacional y, dentro de éste último, de los diversos tipos de arbitraje existentes en la práctica. El arbitraje marítimo internacional se articula sobre esta premisa, vinculándose el recurso al mismo y su entera conformación al principio de autonomía de la voluntad. Ello implica, en última instancia, que el procedimiento dependa en todos sus extremos de la voluntad de las partes y que, en consecuencia, éstas puedan incluso, fijar plazos para el inicio del arbitraje. Plazos que de ser incumplidos generarán no sólo la imposibilidad de acudir a la instancia arbitral sino, incluso, de litigar ante los tribunales estatales.

Este principio, admitido por la doctrina y por la jurisprudencia de los países más directamente vinculados con el arbitraje marítimo internacional encuentra –sin embargo– una especial modulación en el su-

⁽¹³⁰⁾ SÁNCHEZ CALERO, *El contrato (...)*, cit., pp. 462 y 463. Posibilidad ya admitida, en esta línea, por la jurisprudencia española con anterioridad a la vinculación de España a los Protocolos de 1968 y 1979. En tal sentido, nótese, entre otras, las SSTs de 25 de mayo de 1979 -RJ 1979, 1893-, de 30 de mayo de 1984 -RJ 1984, 2808-, de 28 de febrero de 1985 -RJ 1985, 807-, de 30 de junio de 1987 -EDJ 1987/5219- o de 18 de octubre de 1988 -TOL 12041-. Con posterioridad, y entre otras muchas, vid. en relación con la situación actual, S.Aud. Prov. de Madrid, de 7 de marzo de 2005 -AC 2005/383-.

puesto de los litigios en materia de transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque, en la medida en que la normativa convencional, y las distintas disposiciones estatales que desarrollan la misma señalan un plazo máximo de un año para el ejercicio de la acción. Dicho plazo, que deberá ser verificado por el árbitro, complementará, por un lado, el eventual silencio de las partes y condicionará, por otro, la capacidad de pacto de las partes en este punto. ▲

Laudo Arbitral Nacional

Laudo
Arbitral
Nacional



LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Tribunal Arbitral

Presidente: Dr. Jorge Santistevan de Noriega
Árbitro: Dr. Luis Eduardo Adrianzén De Lama
Árbitro: Ing. Abel Acuña Gallo

CASO ARBITRAL N° 106-2004-SNCA-CONSUCODE

Demandante: Consorcio Energoprojekt – Cosapi S.A. – Constructora Upaca S.A. – Construcciones Villasol S.A.

Demandado: Proyecto Especial Chira-Piura

Resolución N° 27

Lima, 22 de mayo de 2006

VISTOS

1. Dada la complejidad del caso el Tribunal Arbitral (en adelante el **TRIBUNAL**) toma en consideración los antecedentes de la presente relación contractual contenidos en los siguientes documentos:

- 1. Antecedentes documentales previos al proceso arbitral:**

- 1.1. Licitación Pública Internacional**

2. El Gobierno Peruano, a través de la DEPECHP, llevó a cabo la Licitación Pública Internacional con Financiamiento N° 01/87-INADE-8501, para el financiamiento, diseño final y construcción de la III Etapa del Proyecto Especial Chira-Piura (en adelante la **LICITACIÓN PÚBLICA**), convocada mediante DS N° 008-87-MIPRE, de fecha 18 de marzo de 1987.
3. Mediante Resolución Directoral N° 090/87-INADE-8501, de fecha 24 de julio de 1987, se otorgó la Buena Pro de la LICITACIÓN PÚBLICA al Consorcio Energo-

projekt – Cosapi S.A. – Constructora Upaca S.A. – Construcciones Villasol S.A. (en adelante el **CONSORCIO** o el **CONTRATISTA**), para proporcionar el financiamiento requerido así como para efectuar el diseño final, construcción, terminación y mantenimiento de las obras de Saldo y Rediseño de las Obras de la III Etapa del Proyecto Especial CHIRA-PIURA (en adelante el **PROYECTO**)

4. Con fecha 29 de agosto de 1988, mediante DS N° 181-88-EF, se autorizó al Ministerio de Economía y Finanzas y al INADE, a concertar con Energoprojekt Engineering and Contracting Co. en representación del CONSORCIO, los nuevos términos financieros y la adecuación del esquema de obras integrantes del Contrato de Ejecución de la III Etapa del Proyecto Especial Chira-Piura (el adelante el **CONTRATO**). Posteriormente mediante DS N° 260-89-EF, publicado el 11 de noviembre de 1989, se aprobó el Contrato de Financiamiento y Reestructuración de deuda concertado entre la República del Perú y la firma Energoprojekt Engineering and Contracting Co. en el que se establece el mecanismo de financiamiento del componente en moneda extranjera del PROYECTO. Este contrato fue autorizado mediante DS N° 072-89 y quedó formalizado el 28 de diciembre de 1989, con costo a precio del 31 de marzo de 1988 de I/. 6,599´345,702, equivalente a US \$ 88,000,000.00 y con un plazo de ejecución de cinco años y 155 días calendario.

1.2. Acta de renegociación del CONTRATO

5. El Acta de Renegociación del CONTRATO fue suscrita por el Proyecto Especial Chira-Piura (en adelante la **ENTIDAD**) y el CONSORCIO con fecha 07 de mayo de 1994 y aprobada mediante DS N° 18-95-PRES del 16 de noviembre de 1995. En ella se redujeron las metas del CONTRATO y se aprobó el incremento del factor de reducción de 4.71% (incluida en la negociación del CONTRATO) a 12.35%, a ser aplicado a las valorizaciones mensuales a partir del mes de enero de 1994. El nuevo costo del CONTRATO resultó en US \$ 69,100,000.00 a precios del 31 de marzo de 1988, según lo expuesto en el punto N° 1.3.1 del Addendum Contrato de Ejecución de la III Etapa del Proyecto Especial Chira-Piura (en adelante el **ADDENDUM**⁽¹⁾).
6. Es del caso señalar, además, que durante el período de ejecución de la obra se realizaron cuatro ampliaciones de plazo de terminación de la misma. La primera por 635 días calendario, la segunda por 669 días y la tercera por 364 días. El 23 de diciembre de 1999, se aprobó una cuarta ampliación por 766 días calendario y el 8 de enero de 2001 una quinta ampliación por 360 días calendario adicionales.
7. Mediante Carta SJ-0692-99 de fecha 05 de junio de 1999, se comunicó al CONSORCIO que por orden de la ENTIDAD, las obras del PROYECTO, debido a problemas de asignación presupuestal fueron objeto de paralización.

(1) Mediante DS N° 003-2002-VIVIENDA, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” con fecha 10 de setiembre de 2002, se aprobaron los términos del Addendum al Contrato de Ejecución de la III Etapa del Proyecto Especial Chira-Piura.

8. Durante los años 1997 y 1998, producto de los efectos negativos producidos por el Fenómeno de “El Niño”, se produjeron graves daños a la infraestructura del PROYECTO. Por tal motivo, se requirió su reconstrucción acorde con las nuevas condiciones topográficas e hidrológicas de la zona de obras. Para estos efectos, con la finalidad de concluir definitivamente el PROYECTO, la ENTIDAD solicitó al CONSORCIO la renegociación de Precios Unitarios (en adelante “PP UU”) para su aplicación al Saldo y Rediseño de la obra.

1.3. El Acta Final de Renegociación de los Precios Unitarios

9. En consecuencia, a partir del año 2001 y hasta setiembre de 2002, se renegociaron los “PP UU” del CONTRATO entre una Comisión de Alto Nivel designada por el Instituto Nacional de Desarrollo – INADE -organismo del cual dependía en ese momento la ENTIDAD. Dicha Comisión fue nombrada a través de la Resolución Jefatural N° 231-2001-INADE-1100)- y estuvo integrada también por los representantes del CONSORCIO. Ambas partes renegociaron los “PP UU” del CONTRATO por la suma de S/. 244,094,740.72 (a precios de julio de 2001) incluido el IGV, equivalente a US \$ 69,981,290.34, para tal efecto, con fecha 07 de diciembre de 2001, se suscribió el Acta Final de Acuerdos del 07 de diciembre de 2001 (en adelante el **ACTA FINAL**), que fue aprobada mediante DS N° 010-2002-PRES, de fecha 09 de mayo de 2002.

1.4. El ADDENDUM al CONTRATO del 17 de setiembre de 2002

10. Cabe precisar, que estas renegociaciones culminaron con la aprobación del ADDENDUM, documento que fue suscrito con fecha 17 de setiembre de 2002. El ADDENDUM tenía como objeto establecer los acuerdos complementarios y/o modificaciones al CONTRATO para la terminación del PROYECTO, obras que estarían a cargo del CONSORCIO y que incluían:
 - 10.1. Reconstrucción y Rehabilitación de la Infraestructura dañada por el Fenómeno “El Niño” durante 1997 y 1998, estimado en S/. 68,218.352.39 incluido IGV; y
 - 10.2. Saldo con Rediseño por Ejecutar el Esquema B modificado, estimado en S/. 126,289.159.90 (incluido IGV) y un monto total estimado de S/. 194,507.512.29 a precios de julio de 2001 (incluido IGV), equivalente a US \$ 55,764.768.43, resultante de la aplicación de los “PP UU” negociados en el ACTA FINAL.
Por consiguiente, el nuevo monto total por las citadas obras ascendía a S/. 194,507.512.29 a precios de julio de 2001 (incluido IGV) equivalente a US \$ 55,764.768.43.

1.5. Documento que contiene el Estudio Definitivo para el PROYECTO que incluye las Fórmulas Polinómicas

11. A través de la Resolución Directoral N° 089/2002-INADE-PECHP-8401, de fecha 27 de mayo de 2002, la ENTIDAD aprobó el Estudio Definitivo para la Recons-

trucción y Rehabilitación y Rediseño de las Obras de la III Etapa del Proyecto Especial CHIRA-PIURA ejecutado por el CONSORCIO, incluyendo la Fase I y Fase II, según el Addendum N° 01 y Addendum N° 02, respectivamente del CONTRATO que contiene las de las Fórmulas Polinómicas (en adelante las “FF PP”) que la ENTIDAD elaboró para remunerar los trabajos realizados y actualizar los precios conforme al contrato y la normativa aplicable. Estas “FF PP” sería –como se describe más adelante- cuestionadas por el CONTRATISTA precisamente porque, a su criterio, no corresponden a lo pactado en el CONTRATO ni a lo previsto en la legislación aplicable.

1.6 El Expediente Técnico del PROYECTO

12. El Oficio N° 068/2003-INADE-PECHP-8407, de fecha 25 de julio de 2003, fue remitido al Director Ejecutivo del PROYECTO junto con el Expediente Técnico de las obras de Saldo y Rediseño de las Obras de la III Etapa del Proyecto Especial Chira-Piura (en adelante el **EXPEDIENTE TÉCNICO**)⁽²⁾. El referido EXPEDIENTE TÉCNICO fue aprobado por la Resolución Directoral N° 109-2003-INADE-PECHP-8401, de fecha 08 de agosto de 2003 (en adelante la **RESOLUCIÓN**). Este documento manifestó un Valor Referencial de S/. 118,786,253.94, incluido gastos generales, utilidad e IGV y considera un plazo de ejecución de 915 días calendario, conforme a lo dispuesto por el ADDENDUM.

1.7 Observaciones al EXPEDIENTE TÉCNICO en el rubro referente a las “FF PP”

13. El CONSORCIO tomó conocimiento del contenido del Expediente Técnico mediante Memorando N° 302/2003-INADE-PECHP-8401 de fecha 08 de agosto de 2003. En atención a esta comunicación, el CONTRATISTA, con fecha 13 de agosto de 2003, remitió la Carta Notarial N° 494/2003, mediante la cual solicitó se aplique la cláusula 3.8, numeral 3.8.1 del ADDENDUM, en el que se hace referencia al trato amigable entre las partes. Asimismo, a través del mencionado documento realizaron observaciones al Expediente Técnico presentado por la ENTIDAD en el rubro referente a las “FF PP” y Especificaciones Técnicas, dejando establecido que éstas no quedaban consentidas.

1.8 Inicio de las discrepancias en torno al contenido de las “FF PP”

14. El CONSORCIO expresó que no puede aceptar las “FF PP” planteadas por la ENTIDAD toda vez que los índices aplicados para la maquinaria y equipo por hora (**IU 048** e **IU 049**) no reflejan el costo real, sino únicamente el costo de adquisi-

⁽²⁾ El Expediente Técnico contenía además: la Memoria Descriptiva, Especificaciones Técnicas, Valor Referencial, “PP UU”, Precios y Cantidad de Insumos, “FF PP”, Cronograma Valorizado de la Obra, Cronograma de Ejecución de la Obra, Metrados y Planos.

ción de la maquinaria y equipo. Por tanto, propusieron que dicho costo se desglose en los Análisis de "PP UU", aplicando un porcentaje por cada uno de los índices que lo comprenden, con el propósito de no alterar y seguir manteniendo el mismo costo total de hora máquina (h-m).

15. Respecto de las Especificaciones Técnicas, el CONSORCIO solicitó la corrección a la Unidad de Medida y Pago para la Partida 7.04 – Demolición y Carguío de Losas, en donde dice "Und. de medida (m³)", debiendo decir "Und. de medida (m²)". Por otra parte, y a fin de dar cumplimiento al numeral 3.8.1 del ADDENDUM, el CONSORCIO solicitó que la controversia derivada de las "FF PP" sean resueltas mediante trato directo.
16. Habiendo recibido la comunicación de la demandante, la ENTIDAD -mediante Carta Notarial N° 403/2003-INADE-PECHP-8401, de fecha 21 de agosto de 2003-, convocó al CONSORCIO a una reunión de trabajo para el día 27 de agosto de 2003, con el fin de escuchar sus observaciones y adoptar probables acciones de solución. Dado a que en esta reunión no se llegó a un acuerdo, el CONTRATISTA solicitó a la demandada se pronuncie con respecto a la controversia surgida. Señaló que en caso la ENTIDAD ratifique su posición, el CONSORCIO acudiría a la Instancia Jerárquica Superior, es decir, al Gobierno Regional de Piura. En consecuencia, con fecha 02 de abril de 2004, la ENTIDAD emitió el Memorando N° 124/2004-GRP-PECHP-406000 a través del cual ratificó su posición de declarar improcedente la solicitud del CONSORCIO y consideró -que al no haberse cumplido los plazos establecidos en la Cláusula 3.8.1 del ADDENDUM para recurrir a la Instancia Jerárquica Superior-, dicha solicitud resultaba extemporánea.
17. En atención al citado Memorando, el CONTRATISTA remitió Carta N° 199/2004, con fecha 05 de abril de 2004, por medio de la cual manifestó que las ponencias de la reunión convocada por la demandada debieron ser plasmadas en un Acta de Reunión, documento que hasta esa fecha no había sido elaborado por la ENTIDAD. A su vez, expresó su extrañeza por la extemporaneidad de la solicitud de la demandante. Al respecto, el CONSORCIO señaló que el propósito de esta cláusula 3.8.1 era la solución de controversias mediante trato amigable, por lo tanto no se señalaron plazos, estableciéndose que las partes podrían cursarse las comunicaciones convenientes para solucionar cualquier inconveniente y agotar todas las instancias previas antes de recurrir a un arbitraje.
18. Posteriormente, el CONSORCIO remitió Carta Notarial N° 235/2004 de fecha 22 de abril de 2004 al Gobierno Regional de Piura, mediante la cual solicita que, en su calidad de Instancia Superior, se pronuncie sobre la solución de la controversia surgida entre dicha empresa y la ENTIDAD. Aquí se manifestó que, en la reunión llevada a cabo con esta última el 20 de abril de 2004, se definió la imposibilidad de resolver la controversia a ese nivel, motivo por el cual la demandante se dirigió al citado organismo a fin de evitar recurrir a un proceso arbitral.

2. Inicio del proceso arbitral, designación de los miembros del Tribunal y Audiencia de Instalación

19. Mediante Carta N° 235/2004, de fecha 15 de julio de 2004, el CONSORCIO solicitó al Gobierno Regional de Piura que se pronuncie en torno a las observaciones efectuadas por el CONTRATISTA a propósito de las “FF PP” y Especificaciones Técnicas contenidas en el EXPEDIENTE TÉCNICO, toda vez que el CONSORCIO no estaba de acuerdo con las “FF PP” aprobadas mediante la RESOLUCIÓN.
20. Con fecha 15 de julio de 2004, el CONSORCIO, mediante Carta Notarial N° 428/2004, solicitó al Gobierno Regional de Piura y a la ENTIDAD que, la controversia surgida con relación a las “FF PP” inmersas en el EXPEDIENTE TÉCNICO, sea resuelta por un tribunal arbitral mediante Arbitraje de Derecho; al amparo del artículo 186° del DS N° 013-2001-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante el **REGLAMENTO**); del numeral 3.8.2. de la cláusula 3.8. del ADDENDUM; e infiriendo que la etapa previa de Solución Amigable dispuesta en el numeral 3.8.1. de la citada cláusula se encontraba agotada. A tal efecto, designó como árbitro de parte al ingeniero Abel Acuña Gallo, con registro del Colegio de Ingenieros del Perú N° 22578 e inscrito en la Gerencia de Conciliación y Arbitraje de CONSUCODE con el N° 076-01.
21. Posteriormente, mediante Carta N° 433/2004, de fecha 20 de julio de 2004, el CONTRATISTA puso en conocimiento del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante **CONSUCODE**), la solicitud de arbitraje formulada a la ENTIDAD.
22. Mediante Carta N° 443/2004, de fecha 26 de julio de 2004, el CONSORCIO comunicó a la ENTIDAD que mediante Carta N° 433/2004, había puesto en conocimiento de CONSUCODE la solicitud de arbitraje planteada; además, señaló que - al amparo del artículo 192° del REGLAMENTO- la ENTIDAD tenía un plazo de 05 días hábiles para contestar la solicitud de arbitraje formulada.
23. En respuesta a ello, el Gobierno Regional de Piura contestó a la solicitud de arbitraje del CONSORCIO mediante Carta N° 365/2004-GRP-PECHP-406000. En ella precisó, que el desagregado para determinar el costo horario de la máquina que el CONTRATISTA solicita sea considerado para la elaboración de las “FF PP”, no está indicado en los análisis de “PP UU” del EXPEDIENTE TÉCNICO, puesto que se estaría variando la estructura de los análisis “PP UU” renegociados en el ACTA FINAL, aprobada por DS N° 010-2002-PRES, el mismo que conforma el CONTRATO; en consecuencia, cualquier variación debería ser aprobada por un dispositivo de igual jerarquía legal. Asimismo, en la citada carta designan como árbitro de parte al abogado Luis Eduardo Adrianzén de Lama con Registro del Colegio de Abogados de Lima N° 08915 y registrado como árbitro en la Gerencia de Conciliación y Arbitraje de CONSUCODE con el N° 293-04.
24. Con fecha 26 de agosto de 2004, el ingeniero Abel Acuña Gallo y el doctor Luis Eduardo Adrianzén de Lama –en su calidad de árbitros designados por el CON-

SORCIO y la ENTIDAD respectivamente- se reunieron a efectos de designar al tercer árbitro miembro del TRIBUNAL en la controversia surgida. Dicha designación no se produjo toda vez que los mencionados árbitros no arribaron a ningún acuerdo. Por este motivo, solicitaron al CONSUCODE que -al amparo del artículo 194º del REGLAMENTO- cumpla con designar al tercer árbitro miembro del TRIBUNAL, quien -a su vez- se desempeñaría como Presidente del mismo.

25. Mediante Resolución N° 348-2004-CONSUCODE/PRE, de fecha 07 de setiembre de 2004, el CONSUCODE designó como Presidente del TRIBUNAL al doctor Jorge Santistevan de Noriega, inscrito en la Lista de Árbitros de dicha Gerencia y abogado en ejercicio con licencia del Ilustre Colegio de Abogados de Lima N° 4732.
26. De esta forma, mediante Oficio N° 2276-2004-CONSUCODE/GCA, de fecha 14 de setiembre de 2005 el Gerente de Conciliación y Arbitraje de CONSUCODE, doctor Franz Kundmüller Caminiti, comunicó al doctor Jorge Santistevan de Noriega su designación como Presidente del TRIBUNAL.
27. El 20 de setiembre de 2004, el doctor Jorge Santistevan de Noriega se dirigió al Gerente de Conciliación y Arbitraje de CONSUCODE para comunicarle su aceptación para intervenir como Presidente del TRIBUNAL poniendo, sin embargo, en conocimiento de las partes y de los demás árbitros que -al momento de asumir el cargo- venía desempeñándose como Presidente del Tribunal Arbitral en la controversia surgida entre el CONSORCIO Otepi S.A. – Tulsa Heaters – Cosapi S.A. y Petroperú S.A., derivada del Contrato N° 53891-OA “Reemplazo de equipos y mejoras en la unidad de destilación primaria y unidad de destilación al vacío de la refinería Talara.”
28. Mediante Oficios N°s 2355, 2356 y 2357-2004-CONSUCODE/GCA, el mencionado Gerente de Conciliación y Arbitraje de CONSUCODE citó a los miembros del TRIBUNAL a la Audiencia de Instalación del mismo, acto que se llevaría a cabo en la sede del CONSUCODE con fecha 30 de setiembre de 2004.
29. Con fecha 30 de setiembre de 2004, con la presencia de los representantes de las partes, el señor Goran Radovic, identificado con DNI N° 43125857 y la doctora Ydania Marlene Roncalla Cayetano, identificada con registro C.A.L. N° 08721 por el CONSORCIO; y del señor Marco Polo Exebio García, identificado con C.A.L. N° 804, en representación de la ENTIDAD; se llevó a cabo la Audiencia de Instalación en la que las partes:
 - (i) manifestaron su conformidad con el procedimiento de composición del TRIBUNAL;
 - (ii) expresaron que no conocían causal de recusación contra ninguno de los miembros del TRIBUNAL designado;
 - (iii) de la misma forma, los miembros del TRIBUNAL declararon, no tener incompatibilidad ni compromiso alguno con las partes, obligándose a ejercer el cargo con imparcialidad e independencia;

- (iv) se establecieron las reglas del presente arbitraje, estableciéndose en particular una de de reserva, aplicable a las partes, al TRIBUNAL y al Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje de CONSUCODE;
 - (v) se fijaron en especial las reglas correspondientes al cómputo de los plazos; y, finalmente
 - (vi) se declaró instalado el TRIBUNAL, otorgándose al CONTRATISTA plazo de diez (10) días hábiles para que cumpla con presentar su escrito de demanda.
30. A lo anteriormente expuesto cabe agregar que, en la Audiencia de Instalación, también se estableció el monto de los honorarios de los miembros del TRIBUNAL, ascendente a S/. 4,860.00 netos por árbitro y el monto de los gastos administrativos ascendente a S/. 4,505.00. Se dispuso también que cada una de las partes debía cumplir con pagar el 50% de los honorarios arbitral y de los gastos administrativos.
31. Ahora bien, mediante escrito presentado con fecha 07 de octubre de 2004, la ENTIDAD cumplió con fijar su domicilio procesal tal y como puede apreciarse en autos.
32. Mediante **Resolución N° 01**, de fecha 18 de octubre de 2004, el TRIBUNAL tuvo por fijado el domicilio procesal señalado por la ENTIDAD.

2. Desarrollo del presente proceso arbitral

2.1. Demanda del contratista

33. Con fecha 15 de octubre de 2004, el CONSORCIO interpuso demanda arbitral contra la ENTIDAD.
- **Pretensiones**
34. Como pretensión principal, el CONTRATISTA solicitó al TRIBUNAL que las “FF PP”, elaboradas por la ENTIDAD y aprobadas mediante la RESOLUCIÓN y que se encuentran contenidas en el EXPEDIENTE TÉCNICO, sean modificadas tomando en consideración los Índices Unificados de Precios (en adelante los **IU**) que reflejen los costos reales de mano de obra, materiales, maquinaria y equipo, al amparo de lo estipulado en la Cláusula 52^o del CONTRATO⁽³⁾ y a las disposiciones legales vigentes.

(3) “CLÁUSULA 52.- REAJUSTES

Los “PP UU” de la obra contratada serán reajustados por alzas autorizadas, para lo cual se utilizarán “FF PP” de reajuste automático de los precios, según lo establecido en la Cláusula 7 del Anexo VII (Valorizaciones) del Contrato de Ejecución y de conformidad con lo estipulado por el D.S. N° 011-079-VC, del 01.03.1979, sus ampliatorias y modificatorias y el D.S. N° 011-89-VC del 12.09.89.

Los adelantos que se otorguen no estarán sujetos a reajustes, cuya deducción se calculará de acuerdo a lo establecido en el D.S. N° 006-86-VC y Resoluciones Ministeriales N°s. 595-86-VC-1400 y 050-87-VC-1400”.

35. Como pretensiones subordinadas a la pretensión principal, el CONSORCIO solicitó:
- 35.1. que dichas “FF PP” queden sin efecto y no resulten aplicables al ADDENDUM; y
 - 35.2. que el TRIBUNAL declare aplicables al ADDENDUM las “FF PP” elaboradas por el CONSORCIO.

- **Fundamentos de hecho y de derecho de la demanda**

- ***Sobre el contenido del CONTRATO según la demanda***

36. El CONSORCIO refiere que la voluntad de las partes se encuentra expresada en las Condiciones Generales de Contratación del CONTRATO suscrito con la ENTIDAD. Agrega que la Cláusula 52ª del CONTRATO dispone, respecto de los “Reajustes”, que los “PP UU” de la obra contratada serán reajustados por alzas autorizadas, para lo cual se utilizarán “FF PP” de reajuste automático de precios, según lo establecido en la cláusula 7 de las Valorizaciones del CONTRATO, en el DS 011-79-VC, sus modificatorias, ampliatorias y complementarias (en adelante el DS).
37. Agrega el CONSORCIO, que el CONTRATO contiene las “FF PP” originales, fórmulas que fueron conocidas por la ENTIDAD previamente a la suscripción del referido contrato. Señala también, que en razón de la suscripción del ADDENDUM –documento que reconoce nuevos “PP UU”- y ante la exigencia de la elaboración de un nuevo Expediente Técnico, las “FF PP” para el PROYECTO debían modificarse. En ese sentido, tales “FF PP” contenían los elementos que ahora el CONSORCIO reclama se incluyan en ellas. Precisa que las mencionadas “FF PP” deben seguir los reajustes de los “PP UU” negociados y pactados en el ADDENDUM.
38. Según el CONSORCIO, el TRIBUNAL –al momento de laudar- deberá ponderar tanto el CONTRATO, como el ADDENDUM y sus anexos, así como la ley peruana, especialmente el Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas – RULCOP (en adelante el **RULCOP**⁽⁴⁾) y el DS, toda vez que la demanda deriva de un Contrato de Ejecución de Obra. A este respecto, señala el CONSORCIO que se trata de un contrato de ejecución continuada toda vez que contiene mecanismos que permiten a las partes ir ajustando y actualizando la contraprestación.

- ***Mantenimiento del Equilibrio Económico Financiero del Contrato Administrativo según la demanda***

39. El CONTRATISTA hace referencia al equilibrio económico financiero del contrato administrativo, en mérito al cual:
- 39.1 Debe reconocerse el derecho del CONTRATISTA a mantener la ecuación económica del contrato, de tal manera que pueda asegurar una rentabilidad

(4) Debido a que bajo su vigencia se celebró el CONTRATO.

razonable, a cambio de las facultades extraordinarias de las que goza la ENTIDAD. Señala además que la doctrina del equilibrio económico financiero del contrato, se basa en las normas de la justicia conmutativa (el contratista debe recibir una contraprestación justa por la obra ejecutada) y la justicia distributiva (el contratista no puede ser obligado a subsidiar el costo de una obra o servicio público). El fin de la aplicación de este servicio es mantener la equivalencia de las prestaciones o resarcir los daños causados.

- 39.2 Asimismo, el CONSORCIO alega que el CONTRATO fue suscrito bajo la modalidad de "PP UU", es decir, que se fijan una serie de componentes de la obra, a cada una de las cuales le corresponde una unidad de medida y un precio. Mediante este sistema, se paga al contratista la cantidad ejecuta de cada partida multiplicado por su precio unitario.

– ***Sobre las "FF PP" elaboradas por la ENTIDAD según la demanda***

40. En concepto del CONSORCIO, las "FF PP" elaboradas por la ENTIDAD (aprobadas mediante RESOLUCIÓN, con fecha 04 de agosto de 2003):
- 40.1 No se ajustarían a lo estipulado por el CONTRATO, ni a lo dispuesto por el RULCOP, ni a lo establecido por el DS.
- 40.2 Asimismo, señala el CONSORCIO, que el artículo 2º del Decreto Ley N° 21825⁽⁵⁾, publicado con fecha 30 de marzo de 1977 (en adelante el **DECRETO LEY**), establece la obligación para las entidades del Sector Público Nacional de incorporar en los contratos que suscriban, "FF PP" de reajuste automático de precios, en las que se aplicarán los índices de variación de precios que establezca periódicamente el Consejo de Reajuste de Precios de la Construcción⁽⁶⁾. En concordancia con esta disposición, el RULCOP estableció en su artículo 5.6.1 que el reajuste automático se aplicará según el sistema de "FF PP" acorde con el régimen legal vigente⁽⁷⁾. Por su parte, el DS señala la forma general básica que deben adoptar las "FF PP" referidas en el artículo 2º del DECRETO LEY. De todo lo expuesto, concluye el CONSORCIO que para cada caso en particular debe elaborarse una fórmula polinómica que garantice el equilibrio económico financiero del CONTRATO.

(5) *"Artículo 2.- Las entidades del Sector Público Nacional que liciten y/o contraten la ejecución de obras de construcción, incorporarán en los contratos que suscriban, "FF PP" de reajuste automático de precios, en las que se aplicarán los índices de variación de precios que establezca periódicamente el Consejo de Reajuste de Precios de la Construcción."*

(6) Dicha tarea es actualmente desempeñada por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI).

(7) *"Del Reajuste Automático de Precios*

Artículo 5.6.1.- El reajuste automático se aplicará según el sistema de "FF PP" de acuerdo al régimen legal vigente."

- 40.3 En cuanto a las “FF PP” elaboradas por la ENTIDAD, el CONSORCIO manifiesta que éstas se basan en los Análisis de “PP UU” y, a criterio propio, asignan para cada recurso reconocido los IU, fórmulas semejantes a la “forma general básica”. Agrega también que los IU son tomados del Diccionario de Elementos de la Construcción válidos para la elaboración de “FF PP”, y la ENTIDAD los asigna a cada uno de los recursos: **(i) Mano de Obra**, expresado en horas-hombre, IU 047; **(ii) Materiales Varios de Construcción**, con sus respectivas unidades de medida; **(iii) Maquinaria de diferentes tipos**, expresada en horas-máquina, Maquinaria Nacional (IU 048) y Maquinaria Importada (IU 049); **(iv) Gastos Generales y Utilidades**, al cual se le asigna el índice de precios correspondiente a IU 039 – Índice de Precios al Consumidor.
- 40.4 El CONTRATISTA señala que las “FF PP” deben tomar en cuenta lo estipulado en el DS, además de basarse en los Análisis de “PP UU”; en otras palabras, que dichas fórmulas deben considerar como recursos a todos los insumos que se usan en la obra, desglosando los costos de maquinarias empleada a sus componentes básicos, así como los Gastos Generales según los insumos que lo conforman. Por tal motivo, expresa, las “FF PP” elaboradas por el CONSORCIO contienen los rubros de Mano de Obra, Materiales de Construcción, Maquinaria y Gastos Generales y Utilidades.
- 40.5 Insiste el CONSORCIO en señalar que las “FF PP” de la demandada no reflejan la incidencia real de todos los insumos usados para una obra, además de los que forman parte de la estructura de costos de la obra. Para sustentar su afirmación menciona algunos ejemplos en los cuales se ve reflejada tal situación:
- (i) Alega que la ENTIDAD no considera dentro del IU de Mano de Obra, la empleada para el mantenimiento de maquinaria, ni la que pertenece a los Gastos Generales y de Utilidad y, por otro lado, que ha manifestado que el IU 053 correspondiente al Petróleo Diesel está reconocido en los IU 048 y 049, sin considerar que el Instituto Nacional de Estadística e Información (en adelante **INEI**) claramente ha señalado que esto no debe ser así, puesto que únicamente contienen y reflejan el costo de posesión del recurso de maquinaria empleada de la obra, lo que comprende Costos de Posesión, donde sí procede asignar el IU 048 y/o 049; Costos de Operación y Mantenimiento, donde no procede asignarlos, sino los que reflejen los gastos respectivos, es decir Mano de Obra y Petróleo Diesel y lubricantes; y
 - (ii) La ENTIDAD también asigna el IU 039 para Gastos Generales y de Utilidad, sin embargo, en el desglose de los mismos se puede observar que incluyen insumos para los cuales existen índices respectivos, diferentes al IU 039.

– ***La posición del INEI según la demanda***

41. Con fecha 10 de agosto de 2002, el CONSORCIO solicitó al INEI que, a través de la Dirección Técnica de Indicadores Económicos, absuelva determinadas consultas referentes a la aplicación y estructura de “FF PP”. En primer lugar consulta si los IU 048 y 049, incluyen el Petróleo Diesel (IU 053) y Mano de Obra (IU 047), considerando que estos tienen su respectivo código. El INEI responde a ello mediante Oficio N° 094-2002-INEI/DITE, en donde establece que en los IU 048 y 049, no están incluidos los IU 047 y 053, indicando que cada IU se debe calcular independientemente. El CONSORCIO también consulta si los IU que emite el INEI, respecto a los IU 048 y 049, representan el Costo de Alquiler Mensual de la Maquinaria, Hora Máquina o si representan el costo de adquisición, a lo cual el INEI contestó con Oficio N° 104-2002-INEI/DITE, señalando que el IU 048 (Maquinaria y Equipo Nacional) se elabora en función a la variación de un grupo de elementos que lo componen, en tanto para el IU 049 (Maquinaria y Equipo Importado) se calcula como promedio el Índice de Maquinaria y Equipo de Construcción USA y la cotización mensual del Dólar Bancario promedio venta.
42. Posteriormente la posición del INEI es reafirmada mediante Oficio N° 098-2003-INEI/DITE, en donde expresa que los IU 048 y 049 no reflejan los precios de Mano de Obra (IU 047) y Petróleo Diesel (IU 053) sino que sólo consideran el precio de adquisición de la maquinaria y, además, que tales índices no reflejan el precio Hora-Máquina de una máquina en funcionamiento, para la cual no existe el IU singular correspondiente.

– ***La opinión del CONSUCODE según la demanda***

43. Sin perjuicio de las consultas realizadas al INEI, el CONTRATISTA también solicita opinión del CONSUCODE en el sentido de que si las “FF PP”, al expresar los componentes para la operación de la máquina (nacional e importada), deberían considerar sólo los IU 048 y 049 o también incluir los materiales consumibles que se reflejen en los IU 047 (Mano de Obra – Operador + Mantenimiento) y el IU 053 (Petróleo Diesel), para así obtener un reajuste apropiado para el Costo Real de Operación de dicha maquinaria. Al respecto, CONSUCODE emite Opinión N° 038-2004 (GTN), de fecha 09 de marzo de 2004, donde indica que las “FF PP” obedecen a la necesidad de mantener vigente el equilibrio de la ecuación económico financiera del contrato, entendiéndose ésta como la relación de igualdad y equivalencia entre las obligaciones que el contratado tomará a su cargo como consecuencia del contrato y la compensación económica que en razón de aquellos le corresponderá, a causa de la elevación de los costos provocada por el alza de precios.
44. Sobre cómo se debe asignar los IU 048 y 049, CONSUCODE manifiesta que la entidad competente para pronunciarse es el INEI, sin embargo, de acuerdo a las conversaciones telefónicas efectuadas con dicha entidad, los IU 048 y 049 no consideran los IU 047 y 053. Concluye que, en los casos de ejecución de obras en las que el recurso maquinaria tiene gran envergadura, es recomendable que las

entidades consideren en el análisis de la estructura de “PP UU”, de manera discriminada, los elementos que inciden en el funcionamiento de la maquinaria, para que la aplicación de la fórmula polinómica refleje las variaciones de los precios de tales elementos.

– **Anteriores posiciones de la ENTIDAD según la demanda**

45. El CONTRATISTA hace referencia que en anteriores oportunidades junto con la ENTIDAD concordaron su posición sobre la forma de elaboración de las “FF PP”, por ello cita el caso del Contrato de Reconstrucción y Rehabilitación de la Presa Derivadora Sullana, en donde se negociaron primero los “PP UU” y posteriormente la ENTIDAD elaboró las “FF PP”; los primeros se elaboraron figurando en ellos las horas máquinas para maquinaria y equipo, pero la diferencia estuvo en que las “FF PP” fueron elaboradas considerando los insumos reales para los que existen índices específicos.
46. Asimismo, hace referencia al CONTRATO, el cual fue modificado en algunas de sus estipulaciones por el ADDENDUM y en donde las “FF PP” se elaboraron de la misma manera como lo propone la ENTIDAD. Dado que en los referidos contratos tales fórmulas habrían sido elaboradas según los lineamientos establecidos por el DS, el CONSORCIO expresa no entender por qué en esta oportunidad, la demandada utiliza un criterio totalmente diferente y no acorde a las disposiciones legales vigentes.

2.2. Señalamiento de la cuantía de las pretensiones

47. Mediante **Resolución N° 02**, de fecha 18 de octubre de 2004, el TRIBUNAL otorgó al CONSORCIO tres días hábiles, a fin de que cumpla con señalar el monto al que asciende la cuantía de sus pretensiones, bajo apercibimiento de tenerla por no presentada.
48. El CONSORCIO –en atención a la citada resolución–, mediante Escrito N° 02, recibido con fecha 26 de octubre de 2004, manifestó que debido a que la pretensión de la demanda es que las “FF PP” inmersas en el EXPEDIENTE TÉCNICO, en actual ejecución, no era posible determinar el monto de la demanda. Sin embargo, a fin de cumplir con lo dispuesto por la Resolución N° 02, la demandante señaló el monto provisional de su demanda en S/. 189, 342.08
49. Mediante **Resolución N° 03**, de fecha 03 de noviembre de 2004, el TRIBUNAL resolvió admitir a trámite la demanda y correr traslado a la ENTIDAD por el término de diez días hábiles de notificada la demanda.

2.3. Contestación de la demanda

50. Con fecha 15 de noviembre de 2004, la ENTIDAD cumplió con presentar su escrito de contestación de la demanda.

- **Fundamentos de hecho y de derecho de la contestación de la demanda**
 - ***Reajustes a las “FF PP” según la contestación de la demanda***

51. La ENTIDAD expresó que, tratándose el CONTRATO de un contrato antiguo, su desarrollo y ejecución se ha visto afectado con reajustes por variación de precios de los elementos que intervienen en la obra. Agregó además que, respecto a los “PP UU”:
- 51.1 La Contraloría General de la República recomendó que se llevará a cabo la renegociación de los “PP UU”, toda vez que las partes estaban frente a la realidad de distorsión de los precios originales pactados; a la antigüedad de los mismos en comparación con el desarrollo del proceso económico del Estado; y al cambio de signo monetario. Agrega el órgano contralor que todas estas razones fueron justificaciones válidas para renegociar dichos “PP UU”, participando activamente la CONTRATISTA y dando lugar al CONTRATO.
- 51.2 En opinión de la ENTIDAD, tales reajustes en los “PP UU”, se efectuaron acorde con los principios de la buena fe y común acuerdo de las partes, dentro del marco legal vigente en ese momento y con transparencia; en consecuencia y según expresa, mal haría la CONTRATISTA en sostener que “una fórmula polinómica que no contenga los elementos necesarios para mantener la equivalencia de las prestaciones entre el contratista y el Estado, no resultaría útil ni justa para mantener el equilibrio económico y financiero del contrato”, más aún si el CONTRATISTA intervino en forma libre y voluntaria en las renegociaciones que dieron lugar a las variaciones que, según la ENTIDAD, injustamente pretende reclamar.
- 51.3 Refiere además la ENTIDAD, que la formulación del EXPEDIENTE TÉCNICO estaba orientada a ordenar e integrar toda la información preparada por el CONSORCIO a través de su subsidiaria, Hidroengineering, hasta formar el expediente del caso. Fue esta última quien realizó la evaluación de los daños a las obras de la III Etapa por los efectos del Fenómeno “El Niño”, la adecuación de los diseños de las nuevas condiciones hidrológicas en la zona norte del país que condujeron a la formulación de los nuevos diseños cuando fue necesario. Entre estos se encuentra el EXPEDIENTE TÉCNICO, que involucra el saldo de obra que faltaba ejecutar (sobre la base de las cantidades acordadas en el contrato principal) y las cantidades de obras adicionales (definidas en los nuevos diseños presentadas dentro del Informe “Fase II”), contando para ello con el aval de la demandante al suscribir, por intermedio de su representante, los documentos del Informe Final de la Fase II, el cual involucra: Diseños de adecuación a las nuevas condiciones hidrológicas e hidráulicas de las Obras de la III Etapa; Especificaciones Técnicas; Descripción de los “PP UU”; Memoria Descriptiva; y Planos y Metrados.
- 51.4 La información antes descrita se complementa con los “PP UU” renegociados por el CONTRATISTA, adoptando un procedimiento estándar, internacionalmente reconocido y empleado en procesos de ingeniería similares

en la elaboración de “FF PP” que fuera aprobado por el ACTA FINAL. Por todo lo expuesto, en concepto de la ENTIDAD, queda demostrada la imposibilidad de preparar una fórmula de reajuste de precios bajo el procedimiento descrito y reclamado por el CONTRATISTA, o que hubiera permitido desglosar el costo del equipo mecánico como lo explica el CONSORCIO, pues ello hubiese implicado modificar acuerdos aprobados por ley y susceptibles a ser observados por la Contraloría General de la República, debido a que las partes no tienen autoridad para modificar un DS.

- 51.5 Respecto a la pretensión del CONSORCIO, referida a las “FF PP” elaboradas por la ENTIDAD y aprobadas por RESOLUCIÓN, la emplazada manifiesta que no deben ser modificadas y deben ser aplicadas al PROYECTO, en razón de que éstas han sido elaboradas conforme a lo establecido por el DS y considerando los análisis de “PP UU” renegociados conforme al ACTA FINAL donde se especifica los insumos que intervienen en cada partida.
- 51.6 Asimismo, ante lo señalado por el CONSORCIO –en el sentido de que las “FF PP” se habrían elaborado en forma unilateral y no ajustándose al contrato ni a lo dispuesto por el RULCOP y el DS–, la ENTIDAD alega que la determinación de las citadas fórmulas es competencia de la ENTIDAD que elaboró el EXPEDIENTE TÉCNICO, por lo cual no tendría porqué haberse hecho conjuntamente con el CONTRATISTA, por ser éstas fórmulas consecuencia de los análisis de “PP UU” y la cantidad de obra. Además, agrega, que las “FF PP” fueron elaboradas en base a los análisis de “PP UU” renegociados y la estructura de éstos acordados entre la ENTIDAD y el CONTRATISTA.
- 51.7 La ENTIDAD señala también que, inicialmente, el CONTRATO no contemplaba las obras de rediseño sino que a raíz del siniestro, se previeron en el ADDENDUM. Respecto a la elaboración de las “FF PP”, arguye que se aplica el DS más no el RULCOP por ser éste un Reglamento o Marco Legal para la ejecución y supervisión de las obras.
- 51.8 La ENTIDAD señala que en las “FF PP” elaboradas por el CONSORCIO, aparecen nuevos índices como el 053, 030, 039, 047 y 048, como resultado de haber desagregado el 048 y 049 que no guardan relación con la estructura de los “PP UU” aprobados por ley (DS N° 010-2002-PRES). Según el CONSORCIO, correspondía hacer el desagregado de la hora máquina de los “PP UU” en los índices correspondientes a Mano de Obra, Maquinaria, Equipo Nacional e Importado y Materiales (representado por el IU 053 Petróleo Diesel).
- 51.9 A criterio de la ENTIDAD, lo expuesto en el párrafo precedente se haría en base a una suposición, debido a que la incidencia de los insumos entre una partida y otra es muy variable y no se adjunta una base legal que permita determinarle. En opinión de la ENTIDAD, no puede darle validez al desagregado de “PP UU” efectuados por el CONTRATISTA, así como tampoco considerar válidas sus “FF PP”, ya que con ello se estaría variando la es-

estructura de los análisis de “PP UU” renegociados, según el ACTA FINAL, aprobada por DS N° 010-2002-PRES y cualquier variación de tales análisis de “PP UU” tendría que ser aprobada por normas de igual jerarquía.

- 51.10 Finalmente, la ENTIDAD señala que para el caso de los “Gastos Generales” y la “Utilidad”, el Diccionario de Elementos de la Construcción (según refiere la ENTIDAD, documento válido para las “FF PP” que se elaboran a partir del 01 de junio de 1980), precisa que corresponde el IU 039 (Índice General de Precios al Consumidor) y, según refiere, no debe desagregarse en índices como Mano de Obra, Maquinaria y Equipo Nacional y Maquinaria y Equipo Importado, tal como manifiesta el CONTRATISTA.

2.4. Consulta al INEI según la contestación de la demanda

52. El CONSORCIO manifiesta que las “FF PP” elaboradas por la ENTIDAD no reflejan los insumos para la obra, toda vez que éstas no consideran dentro de los IU 048 y 049 al IU 047 (Mano de Obra de mecánicos, operadores, etc.), ni lo referente a los Gastos Generales y a la Utilidad, ni al índice para el Petróleo Diesel (IU 053). En opinión de la ENTIDAD, las respuestas emitidas por el INEI no deben ser tomadas como argumentos que sustenten su pretensión, debido a que éstas se refieren a la asignación de Índices Unificados para Maquinaria Nacional, Maquinaria Importada, Mano de Obra, Gastos Generales y Petróleo; siendo la respuesta apropiada y correcta que los Índices Unificados que corresponden a ellos son 048, 049, 047, 039 y 053 respectivamente. Según expresa la ENTIDAD, éste no sería el tema de la controversia.
53. Asimismo, dice que la asignación de los citados Índices Unificados es competencia del INEI, sin embargo esta entidad no ha indicado cómo debería elaborarse las “FF PP”, correspondiéndole esta competencia a la ENTIDAD que elaboró el EXPEDIENTE TÉCNICO, lo cual fue efectuado respetando lo establecido en el DS.
54. La ENTIDAD revisó las consultas realizadas por el CONSORCIO al INEI y considera que dicha entidad respalda su posición. Agrega la ENTIDAD que el INEI dio respuestas apropiadas a las preguntas del CONTRATISTA sobre los IU de determinados elementos, no obstante, ello no significa que de esa manera deben ser consideradas en la elaboración de las “FF PP” del EXPEDIENTE TÉCNICO, sino deben efectuarse en base a la estructura de los análisis de “PP UU”, en la cual no se encuentran desagregados como lo pretende el CONTRATISTA. La ENTIDAD insiste en que la controversia está referida a la elaboración de la “FF PP” del EXPEDIENTE TÉCNICO y no sobre la asignación de índices unificados ni la forma en cómo se calculan estos.

2.5. Consulta a CONSUCODE según la contestación de la demanda

55. La ENTIDAD manifiesta que la opinión emitida por el CONSUCODE resulta correcta y apropiada igual que la del INEI, debido a que se ha realizado en el mismo sentido sobre la asignación de los índices unificados y la forma como se calculan.

Señala también que CONSUCODE da la razón a la ENTIDAD al explicar que, en los casos de ejecución de obra en las que el recurso maquinaria tiene gran envergadura, es recomendable que las entidades consideren en el análisis de la estructura de "PP UU" de manera discriminada, los elementos que inciden en el funcionamiento de la maquinaria para efectos que la aplicación de las "FF PP" refleje las variaciones de los precios de tales elementos.

56. Por otro lado, la ENTIDAD señala que los "PP UU" que comprenden tal análisis, incluida la estructura, fueron renegociados entre el Contratista y la ENTIDAD según el ACTA FINAL aprobada por DS N° 10-2002-PRES. En ella no aparecen los índices unificados que el CONTRATISTA pretende introducir.

2.6. Motivación de las posiciones anteriores sostenidas por parte de la ENTIDAD según la contestación de la demanda

57. Según el CONTRATISTA, la ENTIDAD habría compartido su posición al elaborar las "FF PP" para el contrato de Reconstrucción y Rehabilitación de la Presa Derivadora Sullana (donde se negociaron los "PP UU" de forma similar al presente caso). Al respecto, la ENTIDAD señala que para elaborar "FF PP" de esa manera, los profesionales que intervinieron en dicha negociación tuvieron el sustento suficiente y considera, además, el caso de la Presa Sullana no tendría relación con el actual proceso debido a que trata de un arbitraje "de Derecho". Asimismo, aclara la ENTIDAD, que no hay un cambio de criterio por parte suya, sino que los profesionales que participaron en cada una de ellas, obraron en función a los argumentos que se tenía en cada circunstancia y que, en este caso, no existe fundamento alguno para proceder como lo pretende el CONSORCIO.
58. La ENTIDAD manifiesta también que no existe un parámetro comparativo con las "FF PP" del EXPEDIENTE TÉCNICO elaborado por la ENTIDAD que permita reportar un monto económico, por lo tanto, no existe monto de la controversia.
59. Finalmente, la ENTIDAD hace hincapié en que el CONTRATISTA anteriormente ya había iniciado proceso arbitral en el Centro de Conciliación y Arbitraje del Colegio de Ingenieros del Perú, sobre las "FF PP" de Reconstrucción y Rehabilitación de las Obras de la III Etapa del Proyecto Especial Chira-Piura, el cual tuvo la misma génesis y argumentos que los que expone actualmente. En aquel proceso –según refiere la demandada– el Laudo Arbitral de Derecho, emitido con fecha 12 de agosto de 2003, fue pronunciado a favor de la posición técnica y legal de la ENTIDAD, por tanto, solicita al TRIBUNAL declare válida la fórmula polinómica elaborada por la ENTIDAD ya que, según su consideración, las objeciones expuestas por el demandante no se ajustan al Contrato-Ley.

2.7. Fijación de puntos controvertidos en audiencia celebrada con la presencia de las partes

60. Mediante **Resolución N° 04**, de fecha 18 de noviembre de 2004, el TRIBUNAL tuvo por contestada la demanda y por presentados los medios probatorios y docu-

mentos anexos. Asimismo, se le otorgó a ambas partes un plazo de tres días hábiles para que cumplan con presentar su propuesta de puntos controvertidos. Finalmente, se citó a las partes a la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos para el día 26 de noviembre de 2004.

61. Mediante **Resolución N° 05**, de fecha 24 de noviembre de 2004, el TRIBUNAL –atendiendo el pedido de las partes– postergó la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, procediendo a reprogramarla para el día 02 de diciembre de 2004.
62. El CONSORCIO, a través de su escrito N° 3 –presentado con fecha 25 de noviembre de 2004–, cumplió con presentar su propuesta de puntos controvertidos.
63. Con fecha 02 de diciembre de 2004, se llevó a cabo la Audiencia de Saneamiento, Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos. En la referida audiencia, el TRIBUNAL declaró saneado el proceso arbitral, acto seguido invitó a las partes a conciliar sus posiciones a efectos de llegar a un acuerdo que diera fin al proceso arbitral, sin embargo, las partes manifestaron que ello no era posible. En consecuencia, de acuerdo a las propuestas presentadas por las partes, se fijaron los siguientes puntos controvertidos:
 - 63.1. Determinar si las “FF PP” incluidas en el EXPEDIENTE TÉCNICO, aprobado mediante la RESOLUCIÓN, respetan el CONTRATO celebrado entre las partes y las disposiciones legales vigentes, en especial el DS; y
 - 63.2. Determinar si las “FF PP” elaboradas por el CONTRATISTA guardan relación y conformidad con las disposiciones legales vigentes, en especial el DS y con los IU para la aplicación de las “FF PP” de Reajuste Automático elaboradas por el INEI, y en consecuencia, disponer la corrección de las “FF PP” en el EXPEDIENTE TÉCNICO, de conformidad con las propuestas elaborada por el CONSORCIO.
64. Por último, el TRIBUNAL cumplió con admitir los medios probatorios presentados por ambas partes y dispuso de oficio la realización de una pericia con la finalidad de determinar si las “FF PP” propuesta por el CONSORCIO corresponden al EXPEDIENTE TÉCNICO. A tal efecto, el TRIBUNAL ordenó que las partes cumplan con presentar su propuesta de metodología de selección del perito y una propuesta con los términos técnicos de referencia en cuyo marco deberá desarrollarse la pericia.

2.8. Audiencia de exhibición

65. Mediante **Resolución N° 06**, de fecha 14 de diciembre de 2004, el TRIBUNAL resolvió postergar la Audiencia de Exhibición, programada para el día 15 de diciembre de 2004, reprogramándola para el día 06 de enero de 2005. Asimismo, ordenó a la ENTIDAD para que cumpla con presentar el día de la Audiencia de Exhibición un documento con el resumen de las valorizaciones pagadas al CONTRATISTA y los saldos pendientes de valorización.

66. Con fecha 06 de enero de 2005, se llevó a cabo la Audiencia de Exhibición, en donde las partes expresaron sus posiciones sobre los documentos presentados. Asimismo, el TRIBUNAL realizó las preguntas que consideró pertinentes.

2.9. Designación de perito

67. De acuerdo a lo ordenado en la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, así como en la Resolución N° 06, con fecha 06 de enero de 2005, la ENTIDAD cumplió con presentar su propuesta de metodología de selección del perito y un documento en el que resume las valorizaciones tramitadas para el pago del PROYECTO.

• Metodología para la designación del perito

68. Con fecha 13 de enero de 2005, mediante escrito N° 4, el CONSORCIO cumplió con presentar al TRIBUNAL su propuesta de metodología para la designación de perito y términos de referencia para la pericia ordenada.
69. Mediante escrito presentado con fecha 14 de enero de 2005, la ENTIDAD presentó al TRIBUNAL los desagregados de los IU y porcentajes para la conformación de los binomios de las "FF PP" del EXPEDIENTE TÉCNICO.
70. Mediante **Resolución N° 07**, de fecha 14 de enero de 2005, se tuvo por cumplida la presentación de los desagregados de los IU y porcentajes para la conformación de los binomios de las "FF PP" del EXPEDIENTE TÉCNICO, así como la propuesta de metodología de selección del perito y un proyecto de los términos técnicos de referencia del CONSORCIO.

• Términos de referencia para el perito

71. Mediante **Resolución N° 08**, de fecha 19 de enero de 2005, el TRIBUNAL aprobó los Términos de Referencia para la designación del perito. Asimismo, dispuso que las partes cumplan con presentar –en un plazo de cinco días hábiles– una lista de cinco profesionales que puedan asumir el cargo.
72. Con fecha 01 de febrero de 2005, el CONSORCIO cumplió con presentar ante el TRIBUNAL una lista con los profesionales que ellos proponían para asumir el cargo de perito.
73. Con fecha 07 de febrero de 2005, la ENTIDAD a través de un escrito efectuó precisiones al objetivo de la pericia y sobre la situación del árbitro de parte nombrado por el CONSORCIO, toda vez que éste intervino como miembro de TRIBUNAL en un proceso anterior entre ambas partes.
74. Mediante **Resolución N° 11**, de fecha 11 de febrero de 2005, se puso en conocimiento del CONSORCIO el escrito presentado por la ENTIDAD con fecha 07 de febrero de 2005; se dispuso que la Secretaría Arbitral solicite a la Universidad

Nacional de Ingeniería y a la Pontificia Universidad Católica del Perú para que proporcionen una lista con cinco ingenieros civiles que cumplan con los requisitos de los Términos de Referencia; y solicitó a la ENTIDAD que precise si lo expuesto en su escrito de fecha 07 de febrero de 2005 constituía una recusación contra el Ing. Abel Acuña Gallo, y de ser el caso, la adecue a la normatividad aplicable.

75. Con fecha 23 de febrero de 2005, el CONSORCIO manifestó su conformidad con los Términos de Referencia establecidos en la Resolución N° 08 y solicitó al TRIBUNAL que considere:
 - 75.1. Sustituir –para la elección del perito– a las dos universidades designadas por parte del TRIBUNAL por el Colegio de Ingenieros del Perú, o en su defecto que dicha institución se sume a las dos primeras para elaborar una lista de posibles candidatos para ser elegidos perito; y
 - 75.2. Que el TRIBUNAL le conceda un plazo máximo de diez días hábiles a las instituciones antes mencionadas a efectos de que cumplan con remitir las listas solicitadas.
76. Mediante **Resolución N° 14**, de fecha 02 de marzo de 2005, y atendiendo a lo sugerido por el CONSORCIO, el TRIBUNAL resolvió otorgar un plazo de diez días hábiles contados desde la notificación de la presente resolución para que la Universidad Nacional de Ingeniería; la Pontificia Universidad Católica del Perú; y el Colegio de Ingenieros del Perú, cumplan con proporcionar las listas de ingenieros civiles que cumplan con los requisitos exigidos en los Términos de Referencia.

- **Designación del perito**

77. Mediante **Resolución N° 19**, de fecha 17 de agosto 2005, el TRIBUNAL resolvió levantar la suspensión del arbitraje; designar al Ingeniero Civil Iván Bragagnini Rodríguez con CIP N° 5899 como perito a efectos de que determine si
 - 77.1. Si las “FF PP” incluidas en el EXPEDIENTE TÉCNICO, aprobado mediante la RESOLUCIÓN respetan el CONTRATO celebrado entre las partes y las disposiciones legales vigentes, en especial el DS; y
 - 77.2. Deberá determinar si las “FF PP” elaboradas por el CONSORCIO guardan relación y conformidad con las disposiciones legales vigentes, en especial el DS y con los IU para la aplicación de las “FF PP” de Reajuste Automático elaboradas por el INEI, y en consecuencia, si procede disponer la corrección de las “FF PP” en el EXPEDIENTE TÉCNICO de conformidad con la propuesta elaborada por el CONTRATISTA.

Asimismo, la referida **Resolución N° 19** estableció un plazo de dieciocho días hábiles –contados a partir de la fecha en que las partes cumplan con efectuar el primer pago a su cargo– para que el perito cumpla con entregar su dictamen.

2.10. Audiencia de Sustentación de Peritaje y la Audiencia de Sustentación de Preguntas y Respuestas relacionadas con el Peritaje

78. Mediante **Resolución N° 21**, de fecha 21 de setiembre de 2005, el TRIBUNAL estableció que el plazo para el peritaje empezaría a correr desde la notificación de la presente resolución; asimismo, dispuso que las partes debían cumplir en el plazo indicado con efectuar los pagos pendientes a su cargo.
79. Con fecha 21 de octubre de 2005, el ingeniero Iván Bragagnini Rodríguez cumplió con presentar ante el TRIBUNAL su Informe Pericial.
80. Mediante **Resolución N° 22**, de fecha 24 de octubre de 2005, el TRIBUNAL resolvió poner conocimiento de la partes el Informe Pericial presentado y citarlas para el día 14 de noviembre de 2005 a la Audiencia de Sustentación de Peritaje.
81. Con fecha 14 de noviembre de 2005, se realizó la Audiencia de Sustentación de Peritaje sin la presencia de los representantes de la ENTIDAD.
82. En dicha Audiencia el perito designado sustentó su Dictamen Pericial. Asimismo, dada la complejidad del tema, el TRIBUNAL decidió otorgar a las partes un plazo adicional a fin de que cada una pueda formular por escrito un máximo de veinte preguntas al perito en relación al Informe Pericial; de esta manera, las preguntas serían remitidas al perito para que las responda también por escrito dentro de un plazo de diez días hábiles.
83. El TRIBUNAL señaló, además, que una vez que reciba las respuestas por parte del perito, citaría a las partes a la Audiencia de Sustentación de Preguntas y Respuestas relacionada al mencionado peritaje.
84. Con fecha 14 de noviembre de 2005, el CONSORCIO presentó un escrito a través del cual realizaban sus observaciones y comentarios sobre el Informe Pericial. Asimismo, con fecha 17 de noviembre de 2005, el CONSORCIO cumplió con presentar su pliego de preguntas a ser absueltas por el perito en la Audiencia de Sustentación de Peritaje.
85. Mediante **Resolución N° 23**, de fecha 22 de noviembre de 2005, el TRIBUNAL resolvió poner en conocimiento del perito y de la ENTIDAD los escritos presentados por el CONSORCIO con fecha 14 y 17 de noviembre de 2005 para que en un plazo de cinco días hábiles manifiesten lo que crean conveniente.
86. Con fecha 06 de diciembre de 2005, la ENTIDAD presentó un escrito a través del cual precisaron su posición en torno al peritaje. Asimismo, cumplieron con presentar las preguntas que serían absueltas por el perito.
87. Mediante **Resolución N° 24**, de fecha 20 de enero de 2006, el TRIBUNAL resolvió tener por absuelto el traslado hecho al perito y a la ENTIDAD mediante Resolución N° 23; tener presente con conocimiento de la parte contraria el escrito pre-

sentado por la ENTIDAD con fecha 06 de diciembre de 2005; citar a las partes a la Audiencia de Sustentación de Preguntas y Respuestas relacionadas con el Peritaje para el día 10 de febrero de 2006; y poner conocimiento de la ENTIDAD el pliego de preguntas absueltas por el perito.

88. Con fecha 10 de febrero de 2006, se realizó la continuación de la Audiencia de Sustentación de Peritaje. En ella se concedió el uso de la palabra al perito (sin perjuicio de haber absuelto las preguntas de las partes de forma escrita mediante escritos de fecha 06 y 10 de febrero de 2005) y a los representantes de las partes para que, a su turno, hicieran su intervención. Finalmente, el TRIBUNAL concedió a las partes el plazo de diez días hábiles a efectos de que presenten sus alegatos escritos.

2.11. Reajuste de los gastos arbitrales

89. Mediante **Resolución N° 09**, de fecha 02 de febrero de 2005, el TRIBUNAL resolvió reajustar los gastos arbitrales del presente proceso, señalando como honorarios arbitrales por cada árbitro, la suma de S/. 24,650.00; y como gastos administrativos la suma de S/. 18,838.00. El TRIBUNAL ordenó, además, que los pagos se efectúen en un plazo no mayor de diez días hábiles.
90. Con fecha 09 de febrero de 2005, la ENTIDAD presentó Recurso de Reposición contra la Resolución N° 09, toda vez que consideraba que los gastos arbitrales eran muy elevados, toda vez que –a criterio de la ENTIDAD– el TRIBUNAL no explicó los cálculos y factores que tomó en cuenta para fijar el monto reajustado de los gastos arbitrales.
91. Mediante **Resolución N° 10**, de fecha 11 de febrero de 2005, el TRIBUNAL resolvió tener presente el Recurso de Reposición presentando por la ENTIDAD, y ponerlo en conocimiento del CONSORCIO.
92. Mediante **Resolución N° 12**, de fecha 11 de febrero de 2005, el TRIBUNAL resolvió poner a conocimiento del CONSORCIO el Recurso de Reposición planteado por la ENTIDAD con fecha 09 de febrero de 2005.
93. Mediante **Resolución N° 13**, de fecha 02 de marzo de 2005, el TRIBUNAL resolvió declarar infundado el Recurso de Reposición planteado por la ENTIDAD. En consecuencia, el TRIBUNAL ordenó a las partes que en un plazo no mayor de diez días hábiles las partes adjunten lo pagos correspondientes.
94. Mediante **Resolución N° 20**, de fecha 14 de abril de 2005, el TRIBUNAL resolvió declarar improcedente la reposición interpuesta por la ENTIDAD en su escrito de fecha 12 de abril de 2005.
95. Con fecha 03 de mayo de 2005, el CONSORCIO presentó un escrito a través del cual solicitó un plazo adicional para tomar una decisión respecto del reintegro de gastos arbitrales ordenados mediante Resolución N° 09.

96. Mediante **Resolución N° 17**, de fecha 11 de mayo de 2005, resolvió declarar improcedente el pedido formulado por la CONTRATISTA mediante escrito de fecha 03 de mayo de 2005; y suspender el trámite del presente proceso arbitral hasta que las partes no cumplan con efectuar los pagos pendientes.
97. Mediante **Resolución N° 18**, de fecha 13 de julio de 2005, el TRIBUNAL –atendiendo a que el CONSORCIO había cumplido con efectuar los pagos dispuestos por el TRIBUNAL– resolvió requerir a la ENTIDAD para que cumpla con efectuar el pago de los gastos arbitrales. Resolvió además que en caso la ENTIDAD no cumpla con efectuar el pago correspondiente, se autorizaba al CONSORCIO a realizarlo a fin de dejar sin efecto la suspensión del arbitraje.

2.12. Recusación de uno de los árbitros

98. Con fecha 21 de febrero de 2005, la ENTIDAD formuló recusación contra el Ing. Abel Acuña Gallo de acuerdo a los fundamentos señalados en su escrito de fecha 07 de diciembre de 2005.
99. Con fecha 03 de marzo de 2005, la ENTIDAD presentó un escrito a través del cual alcanzó al TRIBUNAL el Laudo Arbitral emitido en el proceso arbitral N° 001-2002-CCA-CIP-CDP, de fecha 12 de setiembre de 2003, seguido ante el Centro de Conciliación y Arbitraje del Colegio de Ingenieros del Perú.
100. Mediante **Resolución N° 15**, de fecha 07 de marzo de 2005, el TRIBUNAL puso en conocimiento del Ing. Abel Acuña Gallo la recusación formulada por la ENTIDAD.
101. Con Carta de fecha 10 de marzo de 2005, el Ing. Abel Acuña Gallo realizó ante el TRIBUNAL sus descargos en relación a la recusación planteada.
102. Mediante **Resolución N° 16**, de fecha 14 de abril de 2005, el TRIBUNAL resolvió declarar improcedente la reposición interpuesta por la ENTIDAD en su escrito de fecha 12 de abril de 2005.

2.13. Alegatos

• Alegatos del CONSORCIO

103. Con fecha 24 de febrero, el CONSORCIO presentó su escrito de alegatos.
104. El CONSORCIO manifestó ser el principal contratista de las obras del PROYECTO, las cuales habrían sido paralizadas sin causa imputable. Posteriormente se renegociaron los “PP UU” del CONTRATO, llegándose a la aprobación del ADDENDUM, estableciéndose en él que los Expedientes Técnicos serían elaborados por la Dirección Ejecutiva del Proyecto Especial CHIRA-PIURA (en adelante la **DEPECHP**), tomando en consideración el Estudio de la II Etapa elaborado por el CONSORCIO.

105. Señala además, que la DEPECHP y el CONTRATISTA suscribieron un ACTA FINAL, en la que se acordó la renegociación de los “PP UU” a ser empleados en el PROYECTO.
106. El CONSORCIO aseguró que, a la fecha de reinicio de los trabajos, el EXPEDIENTE TÉCNICO para la ejecución de la obra no había sido elaborado por la DEPECHP, sino posteriormente y de manera inconsulta y unilateral, según refiere. En efecto, el CONTRATISTA manifestó su disconformidad con las “FF PP” incluidas en dicho expediente, toda vez que en el ADDENDUM no se autorizó a la DEPECHP elaborar las mencionadas “FF PP”.
107. De otra parte, el CONSORCIO cuestionó el Informe Pericial ordenado por el TRIBUNAL con los siguientes fundamentos:
 - 107.1. El perito señala que, de existir errores en la elaboración de las “FF PP”, no podrían corregirse. El CONTRATISTA señala que al existir tales errores, deberían corregirse puesto que perjudican tanto a la ENTIDAD como al CONTRATISTA;
 - 107.2. El perito admite que los IU correspondientes a Maquinaria y Equipo Nacional (IU 048) y Maquinaria y Equipo Importando (IU 049), sólo denotan la variación del costo de venta o adquisición y no los costos de operación de maquinaria y equipo; sin embargo, ello no podría ser invocado para corregir una fórmula polinómica en la que figuren elementos como maquinaria y equipo nacional e importado. En éstas –según alega el CONSORCIO– por error involuntario en los análisis de precios, no se incluyen los insumos necesarios para su operación (mano de obra y petróleo), los cuales sí tienen sus Índices Unificados respectivos. El CONTRATISTA sostiene que no hay error y que el análisis debe incluir dichos costos porque los equipos y maquinarias operan en la obra y para dichos fines requieren operarios y combustible;
 - 107.3. El perito se contradice al mencionar inicialmente que las normas vigentes que determinan las “FF PP” se hacen en base a los “Análisis de Costos de Obra” y luego, señalando que se elaboran en base al “Análisis de “PP UU””, como si tales términos fueran similares;
 - 107.4. Si en una fórmula polinómica se asigna a la partida Operación de Maquinaria y Equipo los índices que no son representativos, en tanto no incluyen el costo del combustible ni de operarios que sirven para su operación, es obvio que debe modificarse;
 - 107.5. El CONSORCIO ha sustentado que los IU 048 y 049, elementos escogidos por el perito, no fueron los más representativos porque tienen tendencia a la baja, en cambio los IU 047 (Mano de Obra) y 053 (Combustible, lubricantes) tienen tendencia a subir; y

- 107.6. El CONSORCIO cuestiona porqué el perito se confirió a si mismo, sin autorización del TRIBUNAL, la facultad de elaborar “FF PP” alternativas. Agrega que al no haber acatado lo dispuesto en el Comunicado N° 08-80-VC-9200.CREPCO, la ENTIDAD y el perito aplicaron en forma errónea los IU 048 y 049, que sólo reflejan el costo de adquisición, aduciendo de esta manera una irreal representatividad.
108. El CONSORCIO manifiesta que las “FF PP” elaboradas tanto por la ENTIDAD así como las que a su criterio aprobó el perito, se encontrarían erradas, toda vez que no reflejan las alzas autorizadas y no respetan el equilibrio económico-financiero que debe tener todo contrato de obra.
109. Asimismo, señala que la tesis y criterio del perito no encuentran asidero legal ni guardan concordancia con el criterio de las entidades competentes y/ autorizadas en la materia y de otro lado, tal errado criterio puede llevar a situaciones injustas causando perjuicios económicos a cualquiera de las partes.
110. Finalmente, el CONTRATISTA expresa que la finalidad de las “FF PP” es respetar el equilibrio económico-financiero del contrato y revisten tanta importancia que se estableció por ley la obligación de incorporarlas en los contratos que suscriban las entidades del Sector Público Nacional.
111. El CONSORCIO señala que, desde su inicio, el CONTRATO ha sido materia de varias negociaciones y renegociaciones. La realizada en el año 2001 tuvo como consecuencia la fijación de nuevos “PP UU” y términos contractuales, con excepción de la “FF PP” que la ENTIDAD posteriormente habría elaborado y aprobado en forma unilateral, desconociendo los criterios aplicados en los años 1989 y 1994. En este sentido, las “FF PP” vigentes no cumplen con su rol de mantener el equilibrio económico del CONTRATO.
112. Según el CONTRATISTA, el DS N° 010-2002-PRES aprueba los “PP UU” no así los Análisis de “PP UU”. Señala además que, si un insumo en los análisis de precios se presenta de una manera y posteriormente se realiza el desglose de hora máquina, este cambio no alterará el precio unitario, lo cual no infringe lo establecido por la referida norma, toda vez que aprueba única y exclusivamente los “PP UU”.
113. Asimismo, señala que la Resolución N° 025-82-VI-9100 establece que en las Bases de la licitación de contratos de ejecución, debe incorporarse “FF PP” de reajuste automático de precios. En tal virtud, al haber omitido la ENTIDAD dicha disposición, cualquier variación a las mencionadas fórmulas devendría en nula, ya que el EXPEDIENTE TÉCNICO donde se encuentran inmersas fue puesto en conocimiento del CONSORCIO diez meses y veintidós días después de haberse suscrito el ADDENDUM.
114. De otra parte, el CONTRATISTA expresa que la errónea elaboración de las “FF PP” por parte de la ENTIDAD y del perito, conlleva a que los “PP UU” renegociados

no reflejen realmente las alzas autorizadas por el INEI. Para la demandante, aproximadamente el 30% de los costos del CONTRATISTA no tienen una correcta y justa representación en las "FF PP" elaboradas por la ENTIDAD, lo cual estaría generando al CONTRATISTA pérdidas económicas por el monto no recibido que asciende aproximadamente a S/. 2,904.955.00, el cual la ENTIDAD mantendría a su favor.

115. El CONSORCIO expresa que el equilibrio económico-financiero alcanzado entre las partes al momento de la suscripción del ADDENDUM, debe mantenerse inalterable durante toda su vigencia. No obstante, señala que dicho equilibrio se ha resquebrajado al producirse una alteración total de las previsiones y consideraciones que el CONTRATISTA tuvo al momento de negociar los "PP UU" y suscribir posteriormente el ADDENDUM, siendo que dicho sobrecosto está siendo asumido por él, debiendo ser asumido por la ENTIDAD pues se ha materializado en su beneficio la ejecución de la obra.
116. De otro lado, el CONSORCIO manifiesta sufrir los efectos de la variación del precio del combustible. Señala que, el hecho que el precio del petróleo se haya incrementado, ocasionó que la carga económica derivada de las prestaciones que contienen dicho insumo se incremente de manera excesiva, con lo cual, el equilibrio económico del contrato se encontraría resquebrajado.
117. Para la CONSORCIO, el tema en cuestión es determinar cuál de las partes del CONTRATO debe cargar con el mayor costo generado por el incremento del precio del petróleo. Agrega que según la doctrina especializada debe ser la ENTIDAD propietaria de la obra quien lo asuma y, además, señala que el Derecho ha previsto mecanismos para remediar la alteración de la reciprocidad y el equilibrio de las prestaciones por hechos no imputables, siendo uno de ellos la Teoría de la Imprevisión.
118. Finalmente, el CONTRATISTA precisa que en todo contrato de ejecución continuada, existe la posibilidad de que sufra alteraciones que, sin impedir la ejecución de las prestaciones, hagan más gravosa su ejecución. En tales casos, según refiere, es necesario definir qué parte debe asumir el riesgo que implican tales hechos.

- **Alegatos de la ENTIDAD**

119. Con fecha 24 de febrero de 2006, la ENTIDAD presentó su escrito de alegatos. En opinión de la ENTIDAD, el Informe Pericial cumple con abordar el tema principal de la controversia y se manifiesta conforme con las conclusiones del perito en cuanto a que las "FF PP" elaboradas por la ENTIDAD correspondiente a los Canales, Sistemas de Drenaje y Sistema de Defensa contra Inundaciones, respetan razonablemente el CONTRATO.
120. Discrepa de la pretensión del demandante en relación al referido Informe Pericial y acota que el hecho de ser perito de profesión ingeniero y no abogado, no lo descalifica para efectuar un análisis de una situación de hecho dentro de un

marco legal normativo, en tanto que la cuestión en conflicto es eminentemente técnica y los dispositivos legales aplicables son de dicho orden, siendo los ingenieros quienes mejor pueden determinar su correcta aplicación.

121. Agrega la ENTIDAD que acepta el Informe Pericial en su conjunto a pesar de que recomienda la reformulación de la fórmula polinómica respecto de la partida Obras Preliminares, situación que la demandada acepta por considerar que en su formulación no se respetó el CONTRATO, ni el DS, sin embargo la acata, al haber aceptado que la pericia sea la prueba que determine en definitiva el conflicto.
122. Según expresa, resulta insólito que se pretenda desconocer lo que el CONTRATISTA aceptó en relación a que los Expedientes Técnicos debían ser formulados por la ENTIDAD, los cuales contienen las "FF PP" elaboradas sobre la base de los "PP UU" renegociados con el CONTRATISTA y los metrados establecidos para la ejecución de la obra.
123. Asimismo, según indica la ENTIDAD, no es correcta la afirmación del CONSORCIO al señalar que no hay norma legal que indique que los Análisis de "PP UU" son la base para elaborar las "FF PP", toda vez que dicha norma sería el DS, en donde se hace referencia a los índices de los precios de los elementos a la fecha del Presupuesto Base, el cual está conformado por los Metrados y los Análisis de Costos de cada una de las Partidas que conforman dicho presupuesto.
124. Manifiesta también que el ADDENDUM prescribe que las "FF PP" debían ser elaboradas por la ENTIDAD y entregadas al CONTRATISTA, ergo, no son materia de negociación.
125. De otra parte, el CONTRATISTA no toma en cuenta –según señala la ENTIDAD– que durante los diez meses y veinte días desde que se suscribió el ADDENDUM, aún no se ejecutaba la obra correspondiente al EXPEDIENTE TÉCNICO. Agrega que la primera valorización de Saldo y Rediseño se realizó en el mes de noviembre de 2003, lo cual se puede corroborar con el DS N° 155-2003-EF del 28 de octubre de 2003, por el cual aprueban a la ENTIDAD una excepción al cumplimiento del ciclo del proyecto para ejecutar una parte de las obras consideradas como saldo y rediseño. Por tanto, no tendría asidero la objeción del CONTRATISTA.
126. En cuanto a la elaboración de las "FF PP", la ENTIDAD habría cumplido con la reglamentación para su elaboración, lo cual habría sido corroborado por el peritaje convocado por TRIBUNAL.
127. En relación al planteamiento del CONTRATISTA sobre el incremento en los índices de petróleo y mano de obra, la ENTIDAD manifiesta que para la elaboración de la "FF PP", aplica la normatividad vigente sin analizar si los índices sufren incrementos o decrementos.
128. Finalmente, señala la ENTIDAD que el reclamo es derivado de la ejecución de un contrato de obras, regido por un sistema de "PP UU", siendo objeto del contrato la ejecución de una obra, sujeta a una Fórmula Polinómica aceptada por el

contratista, distinto a un contrato de adquisición de combustible en el que la entidad está obligada a reconocer los incrementos que se produzcan en el precio del combustible a nivel internacional.

129. Mediante **Resolución N° 25**, de fecha 28 de febrero de 2006, el TRIBUNAL resolvió tener por presentados y correr traslado a la parte contraria, tanto de los alegatos escritos del CONTRATISTA, como los de la ENTIDAD. Asimismo, citó a las partes a la Audiencia de Informes Orales.

2.14. Audiencia de informes orales

130. Con fecha 24 de marzo de 2006, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales. En esta diligencia se concedió el uso de la palabra a los representantes de las partes a fin de que expongan sus respectivos informes. Cabe mencionar que ambas partes presentaron documentos fuera de ley, hecho que se puso en conocimiento de la parte contraria.

2.18. Fijación del plazo para laudar

131. El TRIBUNAL fijó el plazo para laudar en treinta días hábiles, contados a partir de la notificación del acta de la audiencia en mención.
132. Mediante **Resolución N° 26**, de fecha 03 de mayo de 2006, el TRIBUNAL resolvió prorrogar el plazo para emitir su laudo por un período adicional de 20 días hábiles.

CONSIDERANDO

3. Cuestiones a considerar para la resolución del TRIBUNAL

133. El TRIBUNAL enmarca la presente controversia en el conflicto de interés surgido en el proceso de ejecución del CONTRATO, a partir de la aplicación de las "FF PP" establecidas por la ENTIDAD, que –a juicio del CONTRATISTA– no respetan la obligación de mantener el equilibrio económico financiero del contrato suscrito entre las partes por las razones alegadas en la demanda y a lo largo del presente proceso arbitral.

En consecuencia, para resolver la controversia el TRIBUNAL deberá abordar los siguientes problemas y cuestiones:

- 133.1. el marco legal aplicable al CONTRATO y a los aspectos relevantes de la presente controversia;
- 133.2. la naturaleza y el contenido del CONTRATO *sub litis* y el régimen jurídico que le es aplicable;
- 133.3. la obligación que compete a las partes de respetar el equilibrio económico financiero del CONTRATO;

- 133.4. la facultad exclusiva de la ENTIDAD de determinar y aprobar las “FF PP” del CONTRATO;
- 133.5. la competencia del TRIBUNAL para resolver todos los aspectos controvertidos del presente proceso arbitral; y
- 133.6. la conclusión a la que llega el Tribunal valorando las pruebas presentadas por las partes, la pericia actuada, las obligaciones que impone la ley para el cumplimiento del propósito de las “FF PP” y las recomendaciones de los entes especializados en materia contractual.

3.1 Marco legal aplicable al CONTRATO

134. Por tratarse de un arbitraje de derecho, el TRIBUNAL tiene que determinar si los aspectos controvertidos constituyen un incumplimiento del CONTRATO y de las disposiciones legales vigentes correspondientes a su ejecución. Con respecto a esto último, el TRIBUNAL tendrá que prestar especial atención a si se trata de una controversia en la que se discuten contravenciones a:
 - 134.1. lo dispuesto por el artículo 2º del DECRETO LEY que obliga a las entidades del Sector Público Nacional a incorporar en los contratos que suscriban “FF PP” de reajuste automático de precios, en las que se aplican los índices de variación de precios que establece periódicamente el Consejo de Reajuste de Precios de la Construcción (como dijimos, actualmente el Instituto Nacional de Estadística e Información - INEI) y a las normas modificatorias y ampliatorias de su contenido;
 - 134.2. lo dispuesto por el DS que es la norma que regula las “FF PP” de reajuste automático de los precios referidas en el artículo 2º del DECRETO LEY, y que establece una forma general básica para las “FF PP” a ser utilizada por las entidades del Estado y a las normas modificatorias y ampliatorias de su contenido;
 - 134.3. lo dispuesto por el artículo 5.6.1 del RULCOP que prevé que el reajuste automático de los precios mediante “FF PP”;
 - 134.4. a su vez, el TRIBUNAL deberá concordar todas estas normas con el marco establecido por el inciso i) del artículo 25º del DS N° 012-2001-PCM - Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Ley N° 26850 (en adelante **TUO DE LA LEY**) y su reglamento el DS N° 013-2001-PCM aplicables al CONTRATO por haberse producido el ADENDUM y la aprobación de las “FF PP” durante su vigencia y por haber surgido la controversia sometida a conocimiento del TRIBUNAL durante ese mismo espacio temporal; y
 - 134.5. sin perjuicio de lo anterior, el TRIBUNAL recurrirá a la aplicación supletoria de las normas del Código Civil que opera en virtud de lo dispuesto

por el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil y por mandato de los párrafos tercero y cuarto del artículo 117º del DS 013-2001-PCM

3.2 Contenido del CONTRATO, su naturaleza y el régimen de solución de controversias

135. Con respecto al contenido del CONTRATO y su naturaleza, el TRIBUNAL considera que en el presente caso el CONTRATO incluye la relación jurídica surgida originalmente entre las partes como resultado de la aprobación, mediante DS N° 072-89-MIPRE, de fecha 18 de diciembre de 1989, a efectos de llevar a cabo las obras correspondientes a la III Etapa del Proyecto Especial CHIRA-PIURA. Es desde ese momento en que comienza a regir el CONTRATO, que –posteriormente a su suscripción y aprobación mediante DS– fue objeto de varias ampliaciones. Dentro de la ejecución del CONTRATO, podemos ubicar el ACTA FINAL, acta que fue aprobada mediante DS N° 010-2002-PRES, publicado el 09 de mayo de 2002, y que determinó los “PP UU” que serían aplicados para la ejecución del PROYECTO como consecuencia de los daños producidos en la infraestructura del Proyecto Especial CHIRA-PIURA por el Fenómeno “El Niño” ocurrido en los años 1997 y 1998.
136. Durante el proceso arbitral se ha discutido en torno a la naturaleza del CONTRATO, aduciéndose de que se trataría de un “contrato ley” por el interés social involucrado en su ejecución y, en particular, por la formalidad de su aprobación mediante DS, lo que lo haría irrevocable por un tribunal arbitral e inmodificable por mandato proveniente de un laudo. El TRIBUNAL no comparte de ninguna manera este criterio, toda vez que lo que define a un contrato como “contrato ley” no es el interés general o el interés social (que es intrínseco a todo contrato con la administración), ni por la formalidad de su aprobación, sino el régimen de garantías y seguridades que excepcionalmente el Estado puede conceder a los particulares para atraer inversiones. Estas garantías y seguridades se aplican, como resultado de una ley autoritativa, en: los contratos de estabilidad jurídica, en sus diversas modalidades, que incluyen los contratos de estabilidad tributaria; así como en los contratos para promover la inversión privada en obras de infraestructura o en servicios públicos. Ninguna de estas modalidades de “contrato ley” tiene que ver con el CONTRATO *sub litis*. En efecto, los contratos ley son aquellos a través de los cuales se otorgan garantías y seguridades conforme a lo dispuesto por el artículo 62º de la Constitución a efectos de que no puedan ser modificados legislativamente⁽⁸⁾.

(8) Al respecto, ver los trabajos publicados por: SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. “Constitución, privatización y servicios públicos. El blindaje jurídico que protege a los contratos-ley en el Perú” En: *Libro de Homenaje a Jorge Avendaño, Tomo I*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2004. pp. 577-626; ZEGARRA VALDIVIA, Diego. *El Contrato Ley*. Lima: Gaceta Jurídica, 1997. Capítulo Segundo, pp. 61-108; y PINILLA CISNEROS, Antonio. Los contratos-ley en la legislación peruana. Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima. Lima. 1999

137. Estos “contratos-ley”, de naturaleza especial, tienen por objeto blindar a la relación jurídica establecida por el Estado con los particulares frente a modificaciones de su régimen jurídico que pudieran ser dispuestas por norma posterior con rango de ley, están regidos en su ejecución por el Código Civil y también están regidos por legislación especial que no es aplicable al presente caso⁽⁹⁾.
138. Analizando el CONTRATO *sub litis* se trata de un Contrato de Obra típico en la contratación estatal regido por el RULCOP y TUO de la Ley, al que se le aplica supletoriamente el Código Civil, y que está caracterizado por el régimen preponderante de derecho público⁽¹⁰⁾. No obstante este régimen, se le aplica por mandato legislativo y cláusula expresa contenida en él la conciliación y el arbitraje como métodos de solución de controversias. El TRIBUNAL podría admitir –siguiendo la doctrina tradicional desarrollada en el Perú en el siglo XX que no corresponde necesariamente con la doctrina actual– que se trata de un contrato administrativo, con directa remisión al Código Civil en virtud de lo dispuesto por el artículo 117º del REGLAMENTO, pero de ninguna manera de un contrato ley como los concibe la Constitución y la ley vigente.
139. Por lo demás, la formalidad de un Decreto Supremo para su aprobación, con la importancia que tiene el campo administrativo, no constituye impedimento alguno para que un juzgador –incluido desde luego un tribunal arbitral– pueda analizar su contenido como un acto de ejecución bajo las reglas contractuales pactadas y las previstas por el Código Civil en aquello en que éstas sean aplicables al CONTRATO.
140. ¿Cuál sería la justificación de que un tribunal arbitral tenga que penetrar en el análisis de un decreto o otra formalidad administrativa, a través de la cual se formaliza la aprobación de un contrato o de un acto de ejecución contractual como lo es la aprobación de las “FF PP”? En primer lugar, la propia remisión de la ley administrativa a las reglas del Código Civil en este tipo de contratos (Artículo 117º del REGLAMENTO); y, en segundo lugar, la voluntad general expresada por el Estado de someter las controversias que surjan durante la ejecución de los contratos de esta naturaleza al proceso arbitral, ratificada por la cláusula arbitral del contrato que habilita la competencia del TRIBUNAL.
141. No hay entonces ninguna razón para pensar que la formalidad de un Decreto Supremo vede el acceso del tribunal a su análisis y tratamiento dentro de la con-

⁽⁹⁾ Entre éstas normas se cuentan el artículo 1357 del Código Civil; el artículo 39 de la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada - Decreto Legislativo N° 757; el inciso 1) del artículo 26 del D.S. N° 162-92-EF; y las normas pertinentes del Régimen Promocional de Concesión al Sector Privado de Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos a que se refieren el D.S. N° 059-96-PCM que contienen el TUO de las normas con rango de Ley aplicables a dichos contratos y su reglamento el D.S. N° 060-96-PCM.

⁽¹⁰⁾ LINARES, Mario, *El Contrato Estatal. Teoría General del Contrato Estatal. Análisis del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento*. Lima, Editora Jurídica Grijley, 2002.

troversia como un acto de expresión de la voluntad de una parte del contrato que, de ser el caso, podrá ser objeto de una orden modificatoria que provenga del juez o de un tribunal arbitral, en ejercicio de la función jurisdiccional que corresponde ejercer en virtud de lo consagrado en los incisos 1) y 2) del artículo 139º de la Constitución y de los precedentes obligatorios que al efecto ha establecido el Tribunal Constitucional⁽¹¹⁾

142. Lo contrario sería admitir –lo que el Tribunal desde luego no comparte– que una formalidad administrativa es capaz de vaciar de contenido la voluntad expresada legalmente de someter las controversias contractuales del Estado a arbitraje y concebir que este último goza de una facultad exorbitante que hace irrevisables en sede judicial o arbitral lo contenido en un decreto supremo.
143. En este contexto, el presente CONTRATO está sometido a modalidades de solución de controversias prevista por el artículo 53º del TUO DE LA LEY, que han dado lugar al presente arbitraje de derecho. En consecuencia, le son aplicables al presente arbitraje las reglas de arbitraje establecidas por el TRIBUNAL con las partes en la Audiencia de Instalación (a que se refiere el párrafo 11 del presente laudo), el mencionado artículo 53º del TUO DE LA LEY y el artículo 186º del REGLAMENTO, sin perjuicio de las normas pertinentes de la LGA – Ley N° 26702 (en adelante la **LGA**), así como el Texto Único Ordenado del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del CONSUCODE aprobado mediante Resolución N° 016-2004/CONSUCODE/PRE a cuya administración de sometieron las partes.
144. En términos de la aplicación de la ley en el tiempo, el TRIBUNAL se encuentra, entonces, frente a un contrato de obra, regido en su momento original por el RULCOP. Sin embargo, en el momento en que ocurren los hechos que dan lugar a la presente controversia (en particular la aprobación de las “FF PP” a través de la RESOLUCIÓN) por el TUO DE LA LEY y el REGLAMENTO.

3.3 ¿Existe una obligación de las partes de respetar el equilibrio económico financiero del CONTRATO?

145. Tratándose de una controversia sobre la idoneidad de las “FF PP” aprobadas por la ENTIDAD para el reajuste de precios de conformidad con el DS, el Tribunal –para dilucidar el meollo de la controversia– debe determinar si las tales fórmulas cumplen con el propósito previsto por la ley. Dicho propósito es doble: (i) de una parte las fórmulas en un contrato de obra tienen como propósito reflejar el costo real de los trabajos realizados, permitiendo remunerar adecuadamente al contratista por el trabajo realizado incluyendo todos los insumos aplicados al fin público de la obra. Con la aplicación de las “FF PP” se busca que el pago recibido

(11) El Tribunal Constitucional ha reconocido aplicable al arbitraje ambos incisos del artículo 139 de la Constitución mediante precedentes de observancia obligatoria contenidos en la reciente Sentencia Constitucional recaída en el Expediente N° 6167-2005-PHC/TC.

refleje lo realmente invertido por el contratista en la elaboración de la obra. De la otra parte, (ii) las fórmulas están destinadas a permitir el reajuste automático de los precios, en caso de variaciones significativas, como lo reconoce expresamente la normativa aplicable al CONTRATO aunque el concepto de “fórmulas de reajuste” está previsto en el texto primigenio del DECRETO LEY y en el mencionado DS y lo preveía en su momento los artículos 4.1.6, 1.2.15 y 5.6.1 del RULCOP.

146. Adicionalmente, el equilibrio económico financiero del CONTRATO –que para el Tribunal es un estado de ejecución contractual las partes conservar– tiene directa relación con el instituto de la excesiva onerosidad de la prestación consagrado en el artículo 1440 del Código Civil y las variantes de éste que están cubiertas bajo la teoría de la imprevisión.
147. En todo caso, si de obligaciones se trata en relación a dicho equilibrio, es revelador para el Tribunal que en el caso de contratos de obra como el presente la ley obligue a que las Bases contengan fórmulas de reajuste que respondan a él, por lo que al estar integradas a las Bases como reglas del propio contrato deben respetarse obligatoriamente durante todo el término de la ejecución contractual
148. Siendo una obligación legal de las entidades del sector público incorporar “FF PP” para garantizar las prestaciones emanadas del contrato, éstas concretizan en el régimen de contratación con el Estado en el Perú el principio del equilibrio económico financiero que resulta consustancial a la contratación pública. En este contexto, el Tribunal ha de determinar cuál es la manera en que las “FF PP” contribuyen a que dicho principio se traduzca en la ejecución concreta del CONTRATO.
149. La doctrina a este efecto hace referencia al necesario equilibrio que debe existir entre el Estado y su co-contratante, lo que permite la existencia de una **equivalencia honesta entre los derechos y obligaciones**⁽¹²⁾ que se derivan para las partes intervinientes en la relación contractual. De esta manera el contratista cuenta con la suficiente confianza como para actuar como colaborador del Estado en la realización de los fines públicos que le son inherentes a éste.
150. Según el concepto citado, el equilibrio financiero es una relación que debe establecerse al momento de celebrar el CONTRATO entre la ENTIDAD y el CONSORCIO, como se exige en el Perú desde la elaboración de las bases. Por su propia naturaleza, dicho equilibrio debe extenderse durante todo el período de ejecución del contrato con miras a que los derechos y obligaciones del CONTRATISTA y los derechos y obligaciones de la ENTIDAD sean **equivalentes y equitativos** y manteniéndose la ecuación lograda a lo largo del CONTRATO.

(12) Al respecto, el jurista Argentino Juan Carlos CASSAGNE en su obra “El Contrato Administrativo” nos refiere lo siguiente:

“La noción de equilibrio financiero del contrato administrativo (...) en la cual se decir, entre las ventajas que se le otorgan al Contratista y lo que se le exige (...) (el énfasis es nuestro)

CASSAGNE, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, p. 74.

151. De acuerdo a lo precisado, para el TRIBUNAL es absolutamente claro que **cualquier modificación del CONTRATO que implique variación económica y algún perjuicio para el CONTRATISTA, compromete la responsabilidad patrimonial de la ENTIDAD; y la compromete pues a través de ella debe traducirse una equivalencia honesta entre lo que se entrega al Estado y lo que proporcionalmente éste debe pagar al Concesionario.** Para el Tribunal, de igual manera, **cualquier modificación al CONTRATO que implique algún detrimento en los derechos de la ENTIDAD debe comprometer la responsabilidad patrimonial del CONSORCIO a favor del Estado.**
152. Lo antes expuesto ha de ser concordado con lo que Héctor Jorge Escola⁽¹³⁾ afirma:

“sin perjuicio de las disposiciones legales o constitucionales de cada país, el fundamento jurídico del equivalente económico se encuentra en los fines de interés público de la entidad contratante y el rol de colaborador del contratista, para el logro de esos fines, resultando justo que exista entre derechos y obligaciones, equivalencia honesta, relación razonable.”

153. De manera que la correcta aplicación de las “FF PP” a los efectos de actualizar las obligaciones contractuales y reflejar todo lo invertido por el CONTRATISTA en la obra que realiza a favor del Estado, no se fundamenta solamente en un criterio remunerativo de recibir la recompensa justa por la prestación realizada. Se fundamenta, a juicio del TRIBUNAL, en un criterio superior, de interés social y general pues a la ENTIDAD le corresponde asegurar la realización de la obra en beneficio de la comunidad con al pago justo y honesto a la prestación realizada.
154. Por lo demás, igual reflejo del equilibrio económico financiero de un contrato se encuentra en principio valorista el artículo 1235º del Código Civil, mediante el cual las partes, voluntariamente, puede acordar reajustes al monto de una deuda mediante cláusulas de reajustes de precios. No obstante, el Tribunal destaca la diferencia sustancial entre el régimen de contratación con el Estado, en que las “FF PP” resultan obligatorias para las ENTIDADES contratantes, mientras que en el derecho civil éstas operan de manera exclusivamente voluntaria.

3.4 La facultad de la ENTIDAD de determinar y aprobar la “FF PP” del CONTRATO

155. Pues bien, siendo así que el principio del equilibrio económico financiero del contrato se ubica en el plexo de la relación jurídica establecida entre la ENTIDAD y el CONTRATISTA y que éste se lleva a efecto a través del vehículo de las “FF PP” cabe preguntarse si la determinación de éstas constituye el resultado de

⁽¹³⁾ ESCOLA, Héctor. *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*. Tomo I. Buenos Aires: Depalma, 1979, p. 453. Citado por LINARES, Mario. En: *El Contrato de Concesión Estatal*. Lima: Grijley, 2002, p. 187.

una negociación y más bien el ejercicio de una facultad inherente a la ENTIDAD pública contratante. Este tema ha sido materia de debate durante el juicio arbitral, habiendo argumentado el CONTRATISTA que en etapas anteriores de ejecución del CONTRATO, así como en otros contratos que en efecto existen entre ellos, las “FF PP” fueron establecidas luego de un proceso de negociación entre las partes.

156. A pesar de los antecedentes de fórmulas cuyos términos pudieron haber sido negociados, para el TRIBUNAL no queda duda de la competencia exclusiva de la ENTIDAD de establecer las “FF PP” según el régimen legal aplicable al CONTRATO. Así lo disponen expresamente el DECRETO LEY y el DS, como una obligación de las entidades del sector público nacional, de manera que resulta superfluo determinar si previamente deben ser discutidas con los contratistas o no. En materia de administración del Estado, el principio de legalidad es definitorio y, ajustándose a éste, son las entidades estatales las que tienen la obligación de adoptar para cada contrato la fórmula polinómica correspondiente.
157. Regularmente, la ley pide que esto esté previsto en las Bases del contrato por lo que no queda duda de que la atribución de elaborarlas le corresponde a la ENTIDAD del Estado. Cabe Observar, sin embargo, que el hecho de que las “FFPP” se tengan que incorporar a las Bases supone que dichas fórmulas se aprueban mediante un simple “acto de la administración” y no un acto administrativo. La diferencia radica en que el primero de los nombrados no causa estado y, en consecuencia, puede ser modificado por el propio funcionario o instancia de la administración que lo emitió. Además, por estar incorporado a las Bases en la etapa preparatoria de la contratación con el Estado, es susceptible de consultas y aclaraciones que se integran igualmente a las Bases por lo que resulta dable admitir que finalmente las “FF PP” incorporadas a los contratos son susceptibles de intercambio de opiniones con los postulantes y con el CONTRATISTA, e inclusive de acuerdos previos con la ENTIDAD que posteriormente se ven reflejados en el acto de administración que incorpora definitivamente las “FF PP” a los contratos.
158. Lo relevante jurídicamente para resolver la presente controversia no es a quién le compete adoptar las mencionadas fórmulas, sino si las fórmulas cumplen con el propósito que la ley les asigna, que no es otro que remunerar adecuadamente al contratista por todo lo invertido en la realización de la obra y garantizar el reajuste automático de los precios para hacer realidad el principio contractual de mantener el equilibrio económico del contrato. Esto supone admitir –como en efecto lo hace el Tribunal– que conforme a derecho, las entidades no tienen una atribución discrecional absoluta para la determinación de las fórmulas de cada contrato, sino que más bien se encuentran ante un acto de carácter reglado que en algunos extremos permite un margen de discrecionalidad a la ENTIDAD para garantizar que su aplicación permita que tales fórmulas cumplan con su propósito, lo que el Tribunal sólo puede interpretar como la equivalencia honesta entre las prestaciones de cada parte para garantizar el equilibrio económico financiero del CONTRATO.
159. De lo anterior se colige que la decisión que toma la ENTIDAD al determinar las “FF PP” de un contrato –como lo hizo la demandada mediante Resolución

Directoral N° 109/2003- INADE-PECHP-8401, de fecha 04 de agosto del 2002, en la que aprobó el Expediente Técnico correspondiente al saldo y rediseño de obras (S+RDS) que contenía las formulas polinómicas de reajuste de precios—debe corresponder a los fines de considerar los precios de todos los elementos que integran los trabajos de las obras contratadas y debe corresponder también al reflejo honesto de las contraprestaciones.

160. No puede adoptar la ENTIDAD, en consecuencia, ni una decisión arbitraria en términos del ejercicio de las facultades que le corresponde a la Administración, ni una decisión que contravenga el principio de la buena fe contractual que es de plena aplicación en la relación del Estado con los particulares pues de hacerlo podría dar lugar a la figura del enriquecimiento sin causa prevista en el artículo 1954° del Código Civil o del abuso del derecho que proscriben tanto el artículo 103° de la Constitución como el artículo II del Título Preliminar del Código Civil⁽¹⁴⁾.
161. Respecto de esto último, el Tribunal se pregunta ¿Es de aplicación el principio de la buena fe contenido en el artículo 1362° del Código Civil aplicable a la contratación con el Estado como se trata en el presente caso? El Tribunal no duda de que dicho principio es plenamente aplicable a tal contratación por disposición del artículo 117° del REGLAMENTO y del artículo IX del Título Preliminar del Código Civil. Pero a ello añade que, como juzgador, el Tribunal asume una perspectiva integral del Derecho que reprocha toda contravención a dicho principio sea en relación con el Estado, sea en una relación *inter privados*.
162. Así, la lealtad y el respeto a la común intención de las partes en la negociación, celebración y ejecución de los contratos resulta vinculante para éstas en cualquier circunstancia, trátese de una relación entre particulares o de una relación que involucra a las entidades del Estado. Ya se dijo que desde el punto de vista civil, aplicable supletoriamente al presente contrato, no cabe la menor duda de la aplicación del principio de la buena fe. Pero desde el punto de vista administrativo, el derecho moderno a elevado el principio de la buena fe a la categoría de principio general del Procedimiento Administrativo General como lo establece el artículo 1.8 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Así lo ha dejado establecido la doctrina nacional en palabras de Torres Vásquez⁽¹⁵⁾:

“La buena fe preside no solamente la interpretación del acto jurídico, sino también su negociación, celebración y ejecución, o sea que

(14) Es menester reparar que el Tribunal Constitucional ha desarrollado ampliamente el principio implícito en el régimen constitucional—y aplicable principalmente a las entidades del Estado—de interdicción de la arbitrariedad. Véase al respecto RUBIO CORREA, Marcial. *La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2005, p. 165-171.

(15) TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, *Código Civil, Comentarios y Jurisprudencia*. Lima –Bogotá: IDEMSA y Editorial Themis S. A., 2002, p. 172

gobierna la conducta de las partes desde antes que nazca el acto jurídico hasta su extinción y abarca no solamente al acto jurídico privado, sino que también al acto público o administrativo.”

163. Como consecuencia de lo anterior la ENTIDAD en el ejercicio de su facultad exclusiva de determinar y aprobar las “FF PP” está obligada a hacerlo en el marco de la buena fe, es decir, considerando todos los componentes de los monomios que conforman la fórmula polinómica, de manera que el acto que contenga la aprobación de dicha fórmula respete los siguientes estándares extraídos de la ley que regula el procedimiento administrativo general en el citado artículo del Título Preliminar de la Ley N° 27444:

–“Todos los partícipes del procedimiento (incluida la entidad que emite el acto- realizan sus actos guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe;

–“Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procesal⁽¹⁶⁾”

Sin embargo, el DS exige que, para cada caso particular, se elabore una “FF PP” que garantice el equilibrio económico financiero del CONTRATO, pudiéndose proceder a utilizar el método de asimilación cuando algunos de los elementos considerados representativos en las publicaciones oficiales no estuvieren incluidos, mediante su incorporación a otro elemento afín.

3.5 Competencia del TRIBUNAL para resolver todas los aspectos controvertidos del presente proceso arbitral

164. Finalmente, el TRIBUNAL debe manifestarse sobre los alcances de su competencia para resolver todos los asuntos planteados en el presente proceso. Para ello, el Tribunal aplica el segundo párrafo del artículo 53° del TUO DE LA LEY que hace referencia a las controversias que surjan sobre la ejecución o la interpretación del CONTRATO como el ámbito competencial del presente arbitraje, remitiendo únicamente al REGLAMENTO las reglas para la designación del Tribunal (artículo 186° del REGLAMENTO). A ello ha de añadirse el principio *kompetenz-kompetenz* consagrado en el artículo 39° de la LGA que faculta al propio TRIBUNAL a definir el ámbito de su competencia.

⁽¹⁶⁾ Nótese que la citada enunciación del principio resulta aplicable a lo que la Ley N° 27444 concibe como el “procedimiento administrativo general” que es el utilizado por las entidades del Estado para la adopción de “actos administrativos” como el realizado para la aprobación de las “FF PP” mediante decreto supremo. La expresión “buena fe procesal” entonces no debe entenderse como relacionada a un juicio o a un proceso, sin la conducta compatible de la buena fe que ha de caracterizar los pasos mediante los cuales se adopta un acto administrativo. Probablemente hubiese sido más feliz la expresión “buena fe en el procedimiento administrativo”

165. ¿Por qué es relevante esta discusión, si las partes no han excepcionado la competencia del TRIBUNAL? El TRIBUNAL considera que es indispensable dilucidar el ámbito de su competencia pues si se ha debatido dos objeciones a los alcances de lo que puede conocer el TRIBUNAL en su función jurisdiccional:
- 165.1. se ha dicho que por tratarse de una facultad de la ENTIDAD la aprobación de las “FF PP” y por estar contenidas éstas en un actos administrativos como la RESOLUCIÓN o el DS 010-2002-PRES, el TRIBUNAL no tendría competencia para modificar sus términos; y
 - 165.2. también se ha querido dejar establecido que por haberse realizado los actos administrativos antes referidos antes de la suscripción o cumplimiento de la formalidad de perfeccionamiento de los contratos, éstos estarían fuera del alcance del arbitraje a tenor de lo dispuesto por el artículo 186º del REGLAMENTO.
166. Para el TRIBUNAL no hay objeción legal alguna a avocarse y decidir sobre el contenido de los mencionados decretos supremos o resolución directoral pues en ejercicio de su atribución de definir su competencia está en capacidad de hacerlo para lograr resolver la controversia que se le plantea. Sin ingresar a valorar dichos actos, la controversia no sería resoluble sin resolver sobre esa materia, por lo que en aplicación del artículo 39º de la LGA lo hará a continuación con pleno sustento en la normativa y en el reconocimiento de la jurisdicción arbitral que está contenido expresamente en los incisos 1) y 2) del artículo 139º de la Constitución.
167. Evidentemente, la competencia del TRIBUNAL para resolver sobre el contenido de actos administrativos no puede interpretarse extensivamente, como lo pretende la demandante en su segunda pretensión (1.2), en el sentido de que éste pueda sustituir la tarea de los entes del Estado, o elaborar de su propia cuenta unas “FF PP”, o bien disponer que la ENTIDAD tenga la obligación de aceptar y formalizar las preparadas por el CONTRATISTA. Nuevamente el principio de legalidad debe prevalecer y, de ser el caso, el TRIBUNAL podrá resolver sobre la base de que le corresponde requerir a la ENTIDAD que cumpla con la obligación de revisar las “FF PP” y, como consecuencia de ello, reenviar la cuestión para nueva elaboración por parte de la propia ENTIDAD señalándole las condiciones que debe cumplir su reelaboración para respetar el CONTRATO y el marco legal que le es aplicable.
168. Adicionalmente, para el TRIBUNAL no hay duda de que el CONTRATO materia de la presente controversia es el que se suscribió en 1989 y aprobó a través del DS N° 072-89-MIPRE; y que los mencionados decretos y resolución directoral que formalizaron las aprobación de las “FF PP” y el acta de renegociación de “PP UU”, constituyen un importante hito en la ejecución del CONTRATO que se inició muchos años antes. Desde el punto de vista temporal, no hay objeción entonces para despejar toda duda sobre la competencia del TRIBUNAL para resolver las controversias planteadas en el presente proceso en el marco de la ejecución del CONTRATO.

4. Conclusiones a las que llega el TRIBUNAL

169. El CONSORCIO alega en su favor que el equilibrio económico-financiero alcanzado entre las partes al momento de la suscripción del CONTRATO debe mantenerse inalterable durante toda su ejecución y vigencia. No obstante, señala que dicho equilibrio se ha resquebrajado al producirse una alteración total de las previsiones y consideraciones que el CONTRATISTA tuvo al momento de negociar los “PP UU” y suscribir posteriormente el ADDENDUM, puesto que:
- 169.1. Las “FF PP” aprobadas por la ENTIDAD no reflejan los costos reales debido a que los índices 048 y 049, referidos a maquinaria nacional y a maquinaria importada, no incorporan el gasto correspondiente a la remuneración de la mano de obra de los operadores, los materiales y el petróleo insumido para su operación, siendo que dichos sobrecostos están siendo asumidos por él, debiendo ser asumidos por la ENTIDAD pues se ha materializado en su beneficio la ejecución de la obra; y, puesto que
- 169.2. Para resolver la controversia, el CONTRATISTA propone como alternativa “FF PP” el Tribunal debe declarar como conformes con el principio de respeto al equilibrio económico financiero y en consecuencia aplicables al CONTRATO
170. A este respecto, el Tribunal, valorando la prueba actuada y en especial las consultas de los organismos especializados en contratación de obras, así como el resultado de la pericia y su debate en audiencia con las partes, llega a la siguiente conclusión:
- 170.1. Ha quedado demostrado mediante Oficio N° 094-2002-INEI/DTIE, de 23 de julio de 2003, suscrito por el Director Técnico de indicadores Económicos del Instituto Nacional de Estadística e Informática, que en los índices 046 y 049 que corresponden a maquinaria nacional y a maquinaria y equipo importado de las “FF PP” no están incluidos los índices 047 de mano de obra, ni el índice 035 que corresponde a petróleo diesel;
- 170.2. En relación con la pericia actuada por disposición del TRIBUNAL, con la colaboración de las partes: (i) si bien en el Peritaje del Caso Arbitral Expediente N° 106-2004, presentado con fecha 21 de octubre de 2005 por el ingeniero Iván Bragagnini Rodríguez, se afirma que: (a) la fórmula polinómica para las obras preliminares, incluidas en EXPEDIENTE TECNICO, no respeta el contrato, en especial el DS; y (b) las “FF PP” correspondientes a canales, sistema de drenaje y sistema de defensa contra inundaciones incluidas en el EXPEDIENTE TÉCNICO respetan razonablemente el CONTRATO, en especial el DS; (ii) en el debate posterior a la sustentación del mencionado Informe Pericial el perito admite en el escrito de absolución de preguntas de fecha 06 de diciembre de 2005, suscrito por el ingeniero Iván Bragagnini Rodríguez, que ha quedado manifestado en respuesta a la pregunta N° 13, literal a), formulada por el demandado

que: (a) el perito reconoce que para determinar el promedio ponderado de los índices de precios hasta de tres elementos, se requiere efectuar previamente un desagregado para determinar su porcentaje de incidencia, aunque el propio perito advierte que, por razones legales, dicho acto de desagregación no es posible que lo realicen las partes unilateralmente, ni menos lo haga un tercero. Para el TRIBUNAL este reconocimiento pericial demuestra que la desagregación previa de los índices no se llevó a cabo al momento de elaborar las “FF PP” por parte de la ENTIDAD para las obras involucradas ene. Presente CONTRATO; (iii) a mayor abundamiento, el perito ha reconocido en su respuesta al literal a) de la pregunta 14) formulada por el demandante, que deben considerarse como recursos insumidos en la obra y, en consecuencia, remunerables a través de las “FF PP”, todos los insumos que se usan en la obra, desglosando los costos de maquinaria empleada a sus componentes básicos que son: costo de posesión, costo de mantenimiento, costo de petróleo y lubricantes, desglose que debe hacerse en el análisis de “PP UU”;

- 170.3. Asimismo, el TRIBUNAL toma en cuenta que: (i) el artículo 2º del DS señala que cada coeficiente de incidencia podrá corresponder a un elemento o grupo de elementos representativos, ya que los coeficientes de incidencia varían de acuerdo con el tipo de obra de que se trata y deben reflejar, en cada caso, la correspondiente estructura de costos que el Índice de Precio considerado en cada monomio podrá corresponder al Índice de Precio del elemento más representativo o al promedio ponderado de los índices hasta tres (3) elementos como máximo; (ii) por su parte, el artículo 6º del DS establece que en la elaboración de las “FF PP”, se deberán utilizar los Índices de los elementos publicados por Consejo de Reajuste de los Precios de la Construcción (en su momento adelante CREPCO y ahora INEI), teniendo en cuenta que cuando alguno de los elementos considerados como representativos, en la fórmula, no estuvieran incluidos en la publicación OFICIALES, se procederá a asimilarlos a otro elemento afín a los ya publicados o cuando las entidades Públicas Contratantes consideren que no hay posibilidad de similitud, podrán utilizar para reajustar valorizaciones, Índices de Precios que no figuren entre los publicados por CREPCO, con cargo a obtener su ratificación o rectificación posterior; (iii) el Comunicado N° 006-80-VC, de fecha 08 de mayo de 1980, puso en conocimiento de las Entidades del Sector Público Nacional, y del Sector Privado que el CREPCO ha editado el 2º Manual de Índices Unificados de Precios, que contiene el Diccionario de Elementos de la Construcción, el cual deberá ser obligatoriamente usado para la confección de Formulas Polinómicas, encontrando el elemento **petróleo diesel** signado con el Índice Unificado **53**; (iv) el Comunicado N° 008-80-VC, de fecha 06 de diciembre de 1980, puso en conocimiento de las Entidades del Sector Público Nacional, y del Sector Público privado, disposiciones dadas por el CREPCO, referidas a la “FF PP”, señalando que cada obra debe tener su propia fórmula, como resultado del análisis de

Costos del Presupuesto de la misma; y precisando que, si alguno de los elementos que comprenden una obra específica no estuviese incluido en el Diccionario de Elementos de la Construcción, deberá consultarse al CREPCO (hoy INEI) para que indique dentro de cuál de los Índices Unificados estaría comprendido y finalmente señala que el CREPCO (hoy INEI) utiliza los precios de venta para la fijación de los Índices Unificados, no incluyen fletes, por lo que es necesario determinar la incidencia que tiene dentro de la obra el rubro fletes y consignarlo independiente dentro de la correspondiente fórmula polinómica; y (v) el artículo 2º del DS N° 022-80-VC, de fecha 19 de septiembre de 1980, establece que la elaboración de las "FF PP" contenidas en el artículo 2º del DS, se efectuará en base a los análisis de costos que correspondan a cada obra en particular;

170.4. Habiéndose revisado por parte del Tribunal la documentación presentada por las partes, se puede apreciar que las observaciones a la elaboración de las "FF PP" realizadas por el CONSORCIO no fueron acogidas por la ENTIDAD en la elaboración del Expediente Técnico, aprobado mediante Resolución Directoral N° 211/2002- INADE-PECHP-8401 del 26 de Noviembre del 2002. Más bien, de la revisión de las formulas Polinómicas elaboradas y aprobadas por la Demandada se verifica que han sido estructuradas en función a los análisis de los "PP UU" renegotiados y en lo referente a la incidencia de los índices 048 y 049 no existe indicación alguna si corresponden al costo de posesión o al costo total de alquiler horario incluyendo los costos de operación; y

170.5. Asimismo, del estudio de los antecedentes se desprende que el CONTRATISTA ha cumplido con las formas y trámites pertinentes con el objeto de que las "FF PP" cumplan con su objetivo de reflejar fielmente la composición de la obra y los reajustes obtenidos sean los más cercanos a la realidad evitando una dispersión exagerada en el monto de cada reajuste y errores excesivos en el reajuste total.

171. El TRIBUNAL valora que el perito: (i) en la página N° 8 del Informe Pericial señala, en conclusión, que los índices unificados de Precios 48 y 49 correspondientes a Maquinaria y Equipo nacional y maquinaria y equipo importado, respectivamente, denotan la variación del costo de venta o adquisición de la maquinaria y equipo, vale decir, que dichos índices no son extensivos a otros insumos necesarios para la operación de la maquinaria y equipo. debiendo pues en principio considerarse los elementos que intervienen en la operación de los equipos (como la mano de obra y el petróleo diesel) dentro de los correspondientes rubros de la fórmula polinómica base establecida por el D.S. N° 011-79-VC; (ii) en la página N° 9 del Informe Pericial respecto al cuestionamiento de la omisión en desconsolidar el rubro de gastos generales según los insumos que lo conforman (máquinas, automóviles, mano de obra, gastos generales en sí, etc.) basado en el artículo 2º del DS que establece: Los gastos generales y utilidad serán siempre considerados como un solo monomio dentro de las "FF PP". Considera impor-

tante mencionar, además, que el perito ha procedido a elaborar una relación de precios y cantidades de insumos requeridos para cada obra y que le ha servido para desarrollar la elaboración de las “FF PP” según el Informe Pericial páginas 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24 y 25.

172. En este orden de ideas, el TRIBUNAL también repara en que el perito en la página N° 15 del informe pericial ha establecido las conclusiones a las que ha llegado:
1. La fórmula polinómica correspondiente a “Obras Preliminares” incluida en el EXPEDIENTE TÉCNICO, aprobada mediante la RESOLUCIÓN, no respeta el Contrato celebrado entre las partes y las disposiciones legales vigentes, en especial el DS;
 2. Las “FF PP” correspondientes a Canales, Sistema de Drenaje y Sistema de Defensa Contra Inundaciones, incluidas en el EXPEDIENTE TÉCNICO, aprobado mediante la RESOLUCIÓN respeta razonablemente el CONTRATO y las disposiciones legales vigentes, en especial el DS; y
 3. Las “FF PP” elaboradas por el CONSORCIO no guardan relación y conformidad con las disposiciones legales vigentes, en especial el DS y con los IU para la aplicación de las “FF PP” de Reajuste Automático elaboradas INEI.
173. Asimismo, ha quedado demostrado mediante la Opinión de la Gerencia Técnica Normativa del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE) N° 038-20048 (GTN), de fecha 09 de marzo de 2004, en el punto 4.3, que la entidad competente para pronunciarse respecto a la forma de asignar los índices unificados 048 y 049 es el INEI y no el CONSUCODE, ya que aquella es la encargada de elaborar los índices unificados de precios de la construcción. En este contexto, el TRIBUNAL toma nota de que la ENTIDAD –a pesar de habersele notificado con anterioridad a la aprobación del EXPEDIENTE TÉCNICO respecto al pronunciamiento del INEI, único organismo oficial autorizado para fijar la variación de los Índices de Precios y señalar sus alcances–, hizo caso omiso al requerimiento del CONSORCIO, hecho que ha contribuido a generar la presente controversia.
- 173.1. En consecuencia, es del caso que el TRIBUNAL declare que las “FF PP” aprobadas por la ENTIDAD no corresponden a la voluntad expresada por las partes en el CONTRATO ni respetan lo dispuesto por el DS por lo que deben ser declaradas inaplicables al CONTRATO;
- 173.2. Asimismo, por tratarse de un arbitraje regido por la LGA en el que el TRIBUNAL debe resolver la controversia y tomar las disposiciones legales para que su resolución se cumpla (artículos 39º y 44º de la LGA), resulta indispensable que cualquier orden que provenga del TRIBUNAL, a través del laudo, se enmarque dentro de un plazo razonable establecido para que dicha orden deba cumplirse. ¿Cuán razonable puede ser este plazo? EL TRIBUNAL para determinarlo toma en cuenta que en el acervo

probatorio de la presente demanda, su contestación y en el Informe Pericial quien resulte obligado a elaborar nuevas fórmulas polinómicas cuanta con suficientes elementos de juicio como para proceder a ello dentro de un término breve que no debería de extenderse más allá de tres semanas;

174. A su vez, el TRIBUNAL considera importante destacar que el perito a la pregunta N° 5 planteada por el CONSORCIO el 17 de noviembre de 2005, en el sentido de que indique si las Formulas Polinómicas del Contrato primigenio han sido elaboradas bajo el mismo criterio o un criterio diferente que las elaboradas unilateralmente por la entidad(PECHP) para las obras (S+R) materia del ADDENDUM señala que:

174.1. El criterio aplicado en la elaboración de Las “FF PP” del contrato original, comprende el desglose del insumo hora-maquina (Soles/hora) a los índices de precios conforme al Diccionario de la CREPCO/INEI, es decir los IU 048, 047 y 053 para la maquinaria nacional y los IU 049, 047, 053 para la maquinaria importada, así como los IU 047, 048, 053 y 039 para los gastos generales; y que

174.2. El criterio aplicado por la PECHP en las “FF PP” del ADDEMDUM supone asignar únicamente los IU 048 y/o 049 para el insumo hora-maquina (soles/hora) e IU 039 para los gastos generales.

De donde el TRIBUNAL concluye que el perito ha respondido que las “FF PP”, dentro de la misma relación contractual, han sido elaboradas por la ENTIDAD con criterio diferente lo que contraviene el principio de la buena fe en materia contractual.

175. Asimismo, el perito a la pregunta N° 13 planteada por el CONSORCIO el 17 de noviembre de 2005, en el sentido de considerar que si el Diccionario el CREPCO no elabora los Índices de Precios ni para insumo hora-maquina ni para insumo Gastos Generales ¿por qué el perito no aplicó la normativa establecida en el DS y Comunicado N° 08-80-VC? A lo que el perito ha respondido manifestando que ha considerado el principio de afinidad para asignar al insumo hora-maquina los IU 048 y 049 y que no aplicó el promedio ponderado de los índices hasta 03 elementos, porque se requiere efectuar previamente un desagregado para determinar su porcentaje de incidencia, acto que –a juicio del perito– no es posible que las partes lo realicen unilateralmente ni menos lo haga un tercero.

176. A mayor abundamiento, el TRIBUNAL precisa que ha revisado el Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas (RULCOP) en el Artículo 1.2.23 que define el concepto de PRESUPUESTO BASE en los siguientes términos: “Documento elaborado por la Entidad Licitante en el que se consigna el valor de las obras y que contiene además metrados, “PP UU”, análisis de los mismos, gastos generales y su análisis, utilidad del contratista y el monto de los tributos vigentes”. Siendo entonces necesario esclarecer que cada tipo de obra tendrá una fórmula polinómica, que deberá ser el fiel reflejo de la estructura de

- costos, para elaborar la fórmula polinómica de reajuste de precios es necesario conocer el análisis de costo de cada partida que integra el presupuesto, ya que, a partir del metrado y el análisis de costo, se calcula la incidencia de cada elemento para luego formar los monomios. El coeficiente de incidencia de cada monomio puede comprender un elemento o un grupo de elementos y la suma de todos los coeficientes de incidencia de la fórmula será siempre igual a la unidad (1).
177. De lo anterior se desprende, entonces, que el monto total del presupuesto obtenido a determinada fecha debe desglosarse en los insumos que lo conforman para proceder a realizar el análisis de costos correspondiente y a agrupar los insumos de acuerdo al diccionario de CREPCO/INEI.
178. De conformidad con la experiencia de los integrantes del TRIBUNAL especializados en la contratación de obras de ingeniería, se ha conceptualizado que es usual, dentro de los profesionales que elaboran "FF PP", usar los análisis de "PP UU" para establecer la estructura de costos del presupuesto analizado, en razón de que muchos de los insumos utilizados son menores a 5 milésimas y, de acuerdo a la normativa legal vigente, éstos deben reagruparse en índices afines y representativos.
179. Para el presente caso que el Tribunal considera que es incorrecto que se haya procedido a verificar las fórmulas elaboradas por el Perito, a partir de las tablas de precios y cantidades de insumos requeridos, determinadas en el Informe Pericial, encontrándolas el perito conformes de acuerdo al criterio de aplicar a los insumos hora-máquina los índices por afinidad. Para el TRIBUNAL ello resulta incorrecto por la incidencia que tienen los insumos de mano de obra de los operadores de los equipos y los combustibles, así como los lubricantes para la operación de los equipos, en consecuencia las incidencias asignadas a los monomios **MN** y **MI** deben ser corregidas mediante su desglose en tres rubros como son: (1) mano de obra (operador): **índice 047**; (2) combustibles y lubricantes: **índice 053**; y (3) costo de posesión de los equipos: **índice 048** para equipos nacionales e **índice 049** para los equipos importados.
180. Cabe señalar que el desglose de la hora-máquina mencionado en el párrafo anterior es posible de llevarse a cabo tomando en consideración la metodología establecida en la variedad de bibliografía existente en el mercado respecto a los equipos de construcción y sus costos de operación. Así, el TRIBUNAL encuentra un ejemplo a seguir en el en el tomo N° 27 de la colección del Constructor publicado por la Cámara Peruana de la Construcción (CAPECO) "El Equipo y sus costos de operación". Ésta presenta la metodología para determinar el desglose del costo horario de alquiler de las maquinarias y equipos de construcción.
181. En este orden de ideas, el Reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, en el Título Tercero De las Obras y Servicios por Contrato, Capítulo Sexto Análisis, Cálculo e Integración de los "PP UU" (Sección II: El Costo Directo) establece la metodología para el cálculo del costo horario de alquiler de maquinaria y su desglose en los diferentes rubros destacando algunos aspectos que el Tribunal considera conveniente tomar en consideración, tales como:

- (i) El costo por maquinaria o equipo de construcción, es el que resulta de dividir el importe del costo horario de la hora efectiva de trabajo, entre el rendimiento de dicha maquinaria o equipo en la misma unidad de tiempo (artículo 163º);
 - (ii) El costo por combustibles, es el derivado de todas las erogaciones originadas por los consumos de gasolina y diesel para el funcionamiento de los motores de combustión interna de la maquinaria o equipo de construcción (art. 170º);
 - (iii) El costo por lubricantes, es el derivado por el consumo y los cambios periódicos de aceites lubricantes de los motores (art. 172º); y
 - (iv) El costo por salarios de operación, es el que resulta por concepto de pago del o los salarios del personal encargado de la operación de la maquinaria (artículo 175º).
182. Asimismo, el TRIBUNAL considera que, en función a la metodología establecida en el libro “El equipo y sus costos de operación” los cálculos correspondientes al desglose de la tarifa horaria de los equipos se debería proceder a calcular los porcentajes incidencias de cada uno de los rubros en la hora maquina, bajo los siguientes parámetros: (i) Equipo nacional: 1.- mano de obra (operador) (19%) - índice 047, 2.- Combustibles y lubricantes (26%) - IU 053 y 3.- Equipo Nacional (55%) – IU 048; (ii) Equipo importado, mano de obra (operador) (17%) - IU 047, 2.; (iii) Combustibles y lubricantes (17%) - IU 053 y 3.- Equipo importado (66%) - IU 049, tal como se describe en el anexo 1 de dicha metodología. En esa misma medida, en función a los documentos elaborados por el Perito, se debe proceder a aplicar a los totales de cada una de las horas-maquina de los equipos el porcentaje anteriormente mencionado, obteniendo las incidencias respecto al valor total del presupuesto y se deben agrupar, de acuerdo a lo establecido en el DS, tal como se describen en los anexos 2, 3 4 y 5 de dicho documento; por lo que, a juicio del TRIBUNAL, las “FF PP” deben ser modificadas por la ENTIDAD para que cumplan con la estructura del CONTRATO.
183. Por todo lo anteriormente señalado, a juicio del TRIBUNAL procede disponer la corrección de las “FF PP” correspondiente a “Obras Preliminares” contenida en el EXPEDIENTE TÉCNICO, siendo pertinente acotar que tal corrección no obedece estrictamente a los criterios propuestos por el CONSORCIO que, por lo demás, el TRIBUNAL considera no es una facultad de la parte contratante sino una atribución exclusiva de la ENTIDAD.
184. Por lo demás, siempre con el ánimo de propiciar la resolución de la controversia que las partes le han sometido, el TRIBUNAL toma en cuenta que del segundo párrafo del artículo 83º de la LGA se prevé, como paso previo a una ejecución forzosa de un laudo incumplido por una de las partes, la posibilidad de que los árbitros participen en la ejecución del laudo si las partes facultan expresamente al TRIBUNAL para llevarla a cabo. Dado que en el presente caso el contenido del laudo ha de tener un carácter puramente declarativo, para luego exigir a una de

las partes que cumpla con una orden de hacer que se enmarca tanto dentro de sus obligaciones contractuales como dentro de sus atribuciones administrativas, el TRIBUNAL debe ponerse a disposición de las partes para convocarlas a que, en aras a la solución total de la controversia, consideren la opción de facultar al TRIBUNAL para la etapa de la ejecución de la solución contenida en el presente laudo.

5. Condena de costos, costas y gastos

185. En lo que respecta a las costas y costos del proceso arbitral, el TRIBUNAL considera que atendiendo al origen de la controversia en torno a la aplicabilidad de las "FF PP" las partes han tenido motivos atendibles para litigar por lo que conforme al artículo 52º de la LGA cada parte deberá asumir, por partes iguales, los costos, costas y gastos del proceso en los que haya incurrido

Por todo lo expuesto, el TRIBUNAL lauda:

PRIMERO

Declarar FUNDADA EN PARTE LA DEMANDA en el extremo en que en que corresponde amparar la pretensión principal del CONSORCIO en el sentido de que las Fórmulas Polinómicas correspondientes a Canales, Sistema de Drenaje y Sistema de Defensa Contra Inundaciones, incluidas en el Expediente Técnico de las obras de Saldo y Rediseño de las Obras de la III Etapa del Proyecto Especial Chira-Piura, aprobadas mediante Resolución Directoral N° 109/2003-INADE-PECHP-8401, de fecha 04 de agosto de 2003, no guardan relación con lo pactado en el Contrato de Ejecución de la III Etapa del Proyecto Especial Chira-Piura, ni respetan lo establecido por el Decreto Supremo N° 011-79-VC, sus modificatorias, ampliatorias y complementarias, y en consecuencia no son compatibles con el principio de la buena fe en materia contractual.

SEGUNDO

Declarar INAPLICABLES al Contrato de Ejecución de la III Etapa del Proyecto Especial Chira-Piura las Fórmulas Polinómicas elaboradas por la ENTIDAD y aprobadas mediante Resolución Directoral N° 109/2003-INADE-PECHP-8401, de fecha 04 de agosto de 2003.

TERCERO

Ordenar a la ENTIDAD que -en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 011-79-VC, sus modificatorias, ampliatorias y complementarias, y tomando en consideración las conclusiones y opiniones que sobre las Fórmulas Polinómicas han expresado respectivamente el Instituto Nacional de Estadística e Informática en su Oficio N° 094-2002-INEI/DTIE, de fecha 23 de junio de 2002, y el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado a través de la Opinión N° 038-2004 (GTE) emitida por la Gerencia Técnico Normativa, con fecha 09 de marzo de 2004, **proceda a elaborar y aprobar nuevas Fórmulas Polinómicas** que incluyan dentro de los monomios de las Fórmulas Polinómicas las desagregaciones necesarias a

efectos de que se considere como recursos todos los insumos que se utilizan en la obra, desglosando los costos de hora-máquina empleada a sus componentes básicos: costo de la mano de obra del operador, costo de la mano de obra del mantenimiento, costo de posesión, costo de mantenimiento, costo de petróleo diesel y costo de lubricantes; todo ello con el propósito de que las nuevas fórmulas permitan el reflejo honesto de las prestaciones efectuadas y, en consecuencia, mantengan el equilibrio económico financiero del Contrato de Ejecución de la III Etapa del Proyecto Especial Chira-Piura.

CUARTO

A efectos del cumplimiento de la orden contenida en el resolutivo anterior, el Tribunal Arbitral **ORDENA a la ENTIDAD** que la elaboración y aprobación de las nuevas Fórmulas Polinómicas se lleve a cabo dentro de los veinte (20) días hábiles, contados a partir de la integración del presente laudo. Si lo ordenado no se cumple, el CONSORCIO podrá ejecutar su ejecución forzosa ante el Juez Especializado en lo Civil que corresponde a esta sede arbitral, salvo que las partes faculten al Tribunal Arbitral para su ejecución por parte de los propios árbitros.

QUINTO

Declarar INFUNDADA la demanda en el extremo de la pretensión 1.2 del CONSORCIO Energoprojekt-Cosapi-Upaca-Villasol, por cuanto la facultad de elaborar y aprobar las "FF PP" en los contratos que suscriben las entidades del sector público corresponde a las entidades y no a las partes contratantes.

SEXTO

ORDENAR que cada parte asuma en partes iguales los costos, costas y gastos que se hayan devengado en el presente arbitraje.

Notifíquese a las partes.

JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA
PRESIDENTE

ABEL ACUÑA GALLO
ÁRBITRO

VOTO EN DISCORDIA DEL ÁRBITRO DOCTOR LUIS EDUARDO ADRIANZÉN DE LAMA

VISTOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Que la relación jurídica entre las partes quedo entablada en virtud Contrato de Ejecución de la III Etapa del Proyecto Especial Chira- Piura, celebrado el 28 de diciembre de 1989, siendo aprobado mediante DS N° 072-98-MIPRE, de fecha 18 de diciembre de 1989, siéndole de aplicación las normas del Reglamento

Único de Licitaciones y Contratos de Obra Públicas - RULCOP, y el ADDENDUM, suscrito con fecha 17 de setiembre de 2002, en cuya cláusula 3.8.2 se someten a los procedimientos de solución de controversias contemplados en el TUO DE LA LEY y el REGLAMENTO. En tal consideración el presente es un arbitraje de Derecho; que así mismo la cláusula 4.4 establece que: "la eficacia integral del presente ADDENDUM estará supeditada a su aprobación mediante DS", requisito que se cumplió a través del DS N° 003-2002-VIVIENDA, de fecha 09 de setiembre de 2002, que aprueba los términos del ADDENDUM y autoriza su suscripción.

SEGUNDO.- Que es materia del presente proceso determinar si las "FF PP" incluidas en el EXPEDIENTE TÉCNICO a que hace referencia el ADDENDUM, respetan el contrato de obra y las disposiciones legales vigentes, en especial el DS, así mismo determinar si las "FF PP" elaboradas por el CONTRATISTA, guardan relación y conformidad con las disposiciones legales vigentes, en especial el DS y con los IU para la aplicación de las "FF PP" de reajuste automático elaborado por el INEI y en consecuencia disponer la corrección de las "FF PP" en el EXPEDIENTE TÉCNICO de conformidad con la propuesta elaborada por el CONTRATISTA. Precisándose que conforme aparece de los autos, para el caso de las obras de "Reconstrucción" renegociadas con el mismo ADDENDUM a través de arbitraje de Derecho sobre la misma materia, se resolvió que no procedía modificar las "FF PP".

TERCERO.- Que el ADDENDUM suscrito comporta un acuerdo de voluntades entre las partes, y modifica el contrato principal, constituyéndose como Contrato Vigente; En este orden de ideas, conforme se desprende del numeral 1.3.2 del ADDENDUM como consecuencia del fenómeno del Niño 97-98, quedaron obras pendientes de ejecutar llamadas a) Reconstrucción y b) Saldo y rediseño de Obra de la III Etapa, cuya Renegociación de "PP UU", en el marco del CONTRATO, fue acordada con el CONTRATISTA. Que como aparece del numeral 1.3.4 del ADDENDUM el 07 de diciembre de 2001, se suscribe el ACTA FINAL, precisándose que en consideración a los metros pendientes de ejecución, se renegociaron los "PP UU" a ser empleados en el saldo y rediseño de las obras de la III Etapa, materia del presente arbitraje.

Que el numeral 1.4.2.1 del ADDENDUM precisa que los expedientes técnicos para las obras de Saldo y rediseño de la III etapa SERÁN formulados por el Proyecto Chira – Piura, tomando en consideración el estudio de la fase II elaborada por el contratista, y deben contener la aplicación de los "PP UU" renegociados en el ACTA FINAL, y entre otros anexos las "FF PP", configurándose un acuerdo de voluntades que modifico los términos del CONTRATO, como ya hemos señalado.

Queda en consecuencia meridianamente claro que los "PP UU" ha aplicarse en la ejecución del saldo y rediseño de la tercera etapa, fueron producto de sendas negociaciones entre las partes, y concluidas con pleno acuerdo de la contratista, siendo aprobada el ACTA FINAL de acuerdos mediante DS N° 010-2002-PRES de 09 de mayo de 2002 y consignada finalmente en el único documento de carácter legal que modifica el contrato, como es el ADDENDUM de fecha 17 de setiembre de 2002. En virtud de lo cual, LEGAL Y CONTRACTUALMENTE correspondía a la ENTIDAD por mandato expreso de la cláusula 1.4.2.1 citada del ADDENDUM elaborar los expedientes técnicos

y consecuentemente elaborar las “FF PP”, en función de los “PP UU” renegociados. En consecuencia si los “PP UU” fueron renegociados y su estructura acordada entre ambas partes, y las “FF PP” elaboradas (competencia de la ENTIDAD), fueron estructuradas en función a dichos análisis de precios renegociados, tal como se evidencia de los actuados y de la Pericia Técnica entonces las “FF PP”, legal y técnicamente respetan el ADDENDUM y consecuentemente el CONTRATO, en el entendido que legalmente el CONTRATO fue modificado por el ADDENDUM, el mismo que fue aprobado por norma de igual jerarquía, es decir el DS N° 003-2002-VIVIENDA, no procediendo agregar nuevos elementos como insumos, mano de obra, materiales etc., a lo renegociado por las partes.

CUARTO.- Que modificar y cambiar los “PP UU” renegociados conlleva modificar el monto contractual, lo cual excede las atribuciones del TRIBUNAL. Mucho más cuando el artículo 5° del D. S. N° 003-2002-VIVIENDA, que aprueba el ADDENDUM, establece que el estudio de factibilidad para la mejor ejecución de las obras del SALDO Y REDISEÑO, **sustentan la viabilidad de su ejecución siempre y cuando no superen los montos establecidos en el ADDENDUM al contrato.** Es decir modificaría el monto del contrato, en un monto no precisado, transgrediendo la disposición legal.

Que PRETENDER MODIFICAR LOS “PP UU” desconociendo lo acordado en la comisión de alto nivel, y consecuentemente con ello PRETENDER MODIFICAR LA FORMULA POLINOMICA, estructurada en función de LOS “PP UU” ACORDADOS, COMPORTA, un desconocimiento a lo pactado, y su vez un aspecto que excede la fase propia DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO, y por lo tanto colisiona con lo dispuesto en el artículo 186° del REGLAMENTO, en cuanto precisa que el arbitraje será de aplicación obligatoria en la solución de controversias surgidas después de la suscripción o cumplimiento de las formalidades de perfeccionamiento de los **contratos derivados de los procesos de selección**, es decir vía arbitraje no se puede pretender la modificación de las “FF PP”, por cuanto este corresponde para el caso sui generis del ADDENDUM, a la fase de RENEGOCIACIÓN DE LOS “PP UU”, estado anterior a la suscripción del ADDENDUM y por tanto resulta una materia no arbitrable, NO PROPIA DE LA FASE DE EJECUCIÓN del contrato. Por lo que visto legalmente como corresponde ha un arbitraje de derecho el laudo no puede intervenir en la fase de renegociación, previa a la ejecución de la obra. Conforme se desprende de la cláusula 3.9 del ADDENDUM, en que se precisa que considerando las **nuevas condiciones de ejecución de las obras**, las actividades, los metrados referenciales y los “PP UU” señalados en el acta final de acuerdos del 07 DIC 2001, las partes convienen en que las obras deberán ser ejecutadas en concordancia con los expedientes técnicos elaborados por el proyecto, mencionados en la cláusula 1.4.2.1, con lo cual **quedan sin efecto los anexos del contrato de la III etapa, en cuanto dispongan lo contrario.**

En tal sentido, el contratista esta obligado a cumplir cabalmente con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier manifestación formal documentada, que hayan aportado adicionalmente, en el curso del proceso de selección o en la formalización del contrato.

QUINTO.- Que conforme al peritaje de autos desde un punto de vista técnico-legal las “FF PP” del EXPEDIENTE TÉCNICO, si respetan el CONTRATO y las disposiciones legales sobre la materia, con excepción de la referida a “Obras Prelimi-

nares”, que asimismo las formulas propuestas por el CONSORCIO en su demanda no guardan relación y conformidad con las disposiciones legales vigentes , en especial el DS, y con los IU para la aplicación de las fórmulas por el INEI.

SEXTO.- Que ha quedado plenamente establecido a lo largo del proceso que la elaboración de las “FF PP” del EXPEDIENTE TÉCNICO aprobado mediante RESOLUCIÓN, era competencia de la ENTIDAD, por lo carece de sentido amparar las formulas propuestas por el CONTRATISTA, dado que desvirtuaría lo pactado, y en lo técnico conforme precisa el peritaje no respetan la normatividad vigente sobre la materia; Que técnicamente las “FF PP” consignadas en el EXPEDIENTE TÉCNICO, son reflejo de la estructura de costos , es decir obedecen a los análisis de “PP UU” del ACTA FINAL, donde se especifica los insumos que intervienen en cada partida, en cuyo detalle aparecen los IU 048 Maquinaria y Equipo nacional y 049 Maquinaria y Equipo Importado, y que conforme aparece del Peritaje Técnico la ENTIDAD ha respetado en su elaboración, sobre el particular es importante consignar lo señalado por el perito , en la Pág. 4 de respuestas:” los IU 048 y 049 correspondientes a maquinaria y equipo nacional e importado respectivamente denotan la variación del costo de venta o adquisición conforme la posición del INEI. Sin embargo tal hecho no puede ser invocado para corregir la fórmula polinómica en la que figuren como elementos maquinaria y equipo nacional e importado, que por error en los análisis de precios, incluyan los insumos necesarios para la operación de los mismos tales como mano de obra y petróleo. Esta conclusión se sustenta en que ha tenor de lo preceptuado en el comunicado N° 08-80-VC-9200, “cada obra deberá tener su propia fórmula polinómica, como resultado del análisis de costos del presupuesto de la misma..” concluyendo que los errores u omisiones en los análisis de “PP UU”, de ser el caso, no pueden ser objeto de subsanación a través de las “FF PP” correspondientes, menos aun tratándose de la renegociación de un Contrato-ley, concepto que compartimos plenamente.

Por los fundamentos de carácter técnico expuestos en el peritaje. Así como al análisis de carácter legal materia de los considerandos precedentes, con arreglo a lo actuado y resolviendo, mi voto es por que;

Se declare **INFUNDADA LA DEMANDA**, y en consecuencia se ampare el primer punto controvertido en cuanto ha determinar que las Fórmulas Polinómicas incluidas en el Expediente Técnico correspondiente al Saldo y Rediseño de las obras de la III Etapa del Proyecto Especial Chira-Piura, aprobado mediante Resolución Directoral N° 109/2003-INADE-PECHP-8401, de fecha 04 de agosto de 2003, respetan el contrato celebrado entre las partes y las disposiciones legales vigentes, en especial el DS N° 011-79-VC sus modificatorias, ampliatorias y complementarias. Desestimando el punto controvertido N° 2 ; sin costas ni costos.

LUIS EDUARDO ADRIANZÉN DE LAMA
ÁRBITRO

COMENTARIO AL CASO ARBITRAL N° 106-2004-SNCA-CONSUCODE

 GUSTAVO RIVERA FERREYROS (*)

El ámbito de competencia de los árbitros Las fórmulas polinómicas como mecanismo de reajuste idóneo para mantener el equilibrio económico financiero del contrato

1. ANTECEDENTES (1)

En el año de 1987, el Gobierno Peruano a través de la DEPECHP (en adelante LA ENTIDAD), convocó a Licitación Pública Internacional con Financiamiento N° 01/87-INADE-8501, para el financiamiento, diseño final y construcción de la III Etapa del Proyecto Especial Chira - Piura. El ganador de la Buena Pro fue el Consorcio Energoprojekt - Cosapi S.A. - Constructora Upaca S.A. - Construcciones Villasol S.A. (en adelante EL CONSORCIO).

(*) Árbitro nacional y profesor universitario en la Maestría de Derecho de la Empresa de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado del Estudio Santistevan de Noriega & Abogados.

(1) Los antecedentes expuestos en el presente comentario, son solamente una reseña muy comprimida de los hechos, para mayor detalle, podrán revisar el laudo correspondiente que se publica en esta misma Revista.

En fechas distintas, las partes suscribieron dos actas de renegociación del contrato. En la última de ellas, suscrita con fecha 07 de diciembre del 2001 y aprobada mediante D.S. N° 010-2002-PRES, de fecha 09 de mayo del 2002, las partes renegociaron los precios unitarios del contrato. Estas negociaciones culminaron en la suscripción de un addendum al contrato, efectuado con fecha 17 de setiembre del 2002.

Mediante Resolución Directoral N° 109-2003-INADE-PECHP-8401 de fecha 08 de agosto del 2003, LA ENTIDAD aprueba el expediente técnico de las obras de saldo y rediseño de la III etapa del Proyecto Especial Chira – Piura, el cual incluía las fórmulas polinómicas a considerarse para el reajuste de los precios.

EL CONSORCIO, al conocer el contenido del expediente técnico, remite el 13 de agosto de 2003 la Carta Notarial N° 494/2003, en la que observaba el referido Expediente Técnico, específicamente las fórmulas polinómicas y las especificaciones técnicas, solicitando el trato amigable entre las partes, para solucionar las discrepancias surgidas.

Al mantenerse las discrepancias, las partes deciden someter a arbitraje las controversias surgidas entre éstas. De esta manera, con fecha 30 de setiembre del 2004, con la presencia de las partes se instala el Tribunal Arbitral conformada por los Doctores Jorge Santistevan de Noriega (presidente) y Luis Eduardo Adrián de Lama, así como el Ingeniero Abel Acuña Gallo.

El Consorcio interpone la demanda y señala que no está de acuerdo con las fórmulas polinómicas aprobadas unilateralmente por la demandada, ya que la aplicación de éstas hace que no se refleje el costo real de la obra, lo cual atenta contra el equilibrio económico financiero del contrato. Además, no se ajustan a lo estipulado en el contrato y la Ley. Asimismo, señala que en anteriores proyectos, el criterio (con el cual ambas partes estuvieron de acuerdo) utilizado para la fijación de las fórmulas de reajuste fue distinto, por lo que éstas nuevas fórmulas polinómicas debieron ser establecidas de común acuerdo y siguiendo los criterios ya determinados en anteriores experiencias.

LA ENTIDAD señala en su defensa, que las fórmulas polinómicas fueron aprobadas en base a las renegociaciones de los precios unitarios y con la información que el Consorcio proporcionó para la elaboración del expediente técnico. Asimismo, recuerda que ésta es la única autorizada legal y contractualmente para aprobar o desaprobar las fórmulas polinómicas.

Luego de efectuadas todas las actuaciones procesales, el Tribunal Arbitral, con fecha 22 de mayo del 2006 expide el laudo correspondiente, el voto en mayoría conformado por el Dr. Jorge Santistevan de Noriega y el Ing. Abel Acuña Gallo resuelve lo siguiente: (i) Declarar fundada en parte la demanda, en el extremo de que las Fórmulas Polinómicas correspondientes a Canales, Sistema de Drenaje y Sistema de Defensa Contra Inundaciones, no guardan relación con lo pactado en el contrato, ni respetan la Ley, y en consecuencia, no son compatibles con el principio de la buena fe contractual (ii) Declara inaplicables al contrato las Fórmulas Polinómicas elaboradas por LA ENTIDAD. (iii) Ordena a LA ENTIDAD que proceda a elaborar y aprobar nuevas Fórmulas Polinómicas. (iv) Otorga un plazo de veinte (20) días para la elaboración y aprobación de las nuevas Fórmulas Polinómicas. (v) Declara infundada en parte la demanda, señalando que es facultad de LA ENTIDAD elaborar y aprobar las Fórmulas Polinómicas del contrato. (vi) Ordena que cada parte asuma en partes iguales los costos, costas y gastos que hayan devengado el arbitraje.

El doctor Luis Eduardo Adrianzén de Lama emite un voto en discordia y resuelve lo siguiente. (i) Declarar infundada la demanda, señalando que las fórmulas polinómicas respetan el contrato y las disposiciones legales vigentes.

Respecto a la resolución del laudo, debemos expresar que estamos de acuerdo con el voto en mayoría, el cual resulta inatacable en su análisis y desarrollo, aún cuando probablemente algunos temas hubieran merecido mayor desarrollo. Sin embargo, debemos advertir, que ello no le resta firmeza al voto en mayoría. Respecto al voto en discordia es preciso señalar que estamos de acuerdo con algunos de sus considerandos, pero en absoluto desacuerdo con la parte resolutive, tal como lo expresaremos más adelante.

Debido a la complejidad de la materia en comento, el laudo contiene varios temas⁽²⁾ que por sí mismos podrían dar origen a importantes desarrollos jurídicos, por lo que hemos querido detenernos solamente en la revisión de dos de ellos. Estos temas son como sigue:

(2) De la lectura del laudo se puede proponer varios temas de análisis: (i) La naturaleza del contrato (ii) Los contratos-ley, (iii) El ámbito de competencia de los árbitros, (iv) El equilibrio económico financiero del contrato, (v) La facultad de aprobar las fórmulas polinómicas por parte de las Entidades, (vi) El enriquecimiento sin causa, (vii) la interdicción de la arbitrariedad.

- a) El ámbito de competencia de los árbitros.
- b) Las fórmulas polinómicas como mecanismo de reajuste idóneo para mantener el equilibrio económico financiero del Contrato.

2. ¿PUEDEN LOS ÁRBITROS INAPLICAR LAS FÓRMULAS POLINÓMICAS Y ORDENAR A LA ENTIDAD UNA NUEVA ELABORACIÓN DE LAS MISMAS?

Ya hemos señalado que mediante Resolución Directoral N° 109-2003-INADE-PECHP-8401 de fecha 08 de agosto del 2003, LA ENTIDAD aprobó el expediente técnico de las obras, el cual incluía las fórmulas polinómicas a considerarse. Lo que nos lleva a formular las siguientes preguntas:

- ¿Pueden los árbitros inaplicar parcialmente una resolución directoral?
- ¿Pueden los árbitros ordenar que se emita una nueva Resolución Directoral, en la que se obligue a un pronunciamiento de la administración, respecto a las fórmulas polinómicas?

Para contestar estas interrogantes, lo primero que debemos establecer, es la regla de arbitrabilidad, precisándose cuáles son las materias arbitrales y como consecuencia de ello, cual es el ámbito de actuación de los árbitros. En ese sentido, el artículo 1 de la actual Ley General de Arbitraje (Ley N° 26572) establece que: “Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de *libre disposición* (...)” (el resaltado es nuestro). De lo cual se colige que el principal requisito para que una materia sea arbitrable, es que ésta sea disponible. Es decir, que se pueda renunciar a ella o se pueda dejar de reclamarla, sin que exista sanción alguna para su titular.

Al respecto Jorge Suescún Melo⁽³⁾, citando a Patrice Level, señala que: “Uno de los principios universales en materia de arbitraje es que las cuestiones que las partes someten a decisión de los árbitros deben ser “arbitrables”. El concepto de arbitrabilidad se relaciona con la naturaleza de los derechos en disputa y se identifica con el de “disponibilidad”. Se dice que un derecho es disponible cuando sobre él ejerce total dominio su titular, de tal modo que

(3) SUESCÚN MELO, Jorge, “De las facultades de los árbitros para interpretar y aplicar normas de orden público”, en: *El contrato de arbitraje*, Legis Editores, Bogotá, 2005, p. 256.

puede hacer todo lo que desee en relación con él (...)” agregando líneas abajo que: “Si una persona puede disponer de un derecho (inclusive renunciándolo), es natural que pueda también conferir a un tercero, aunque no sea un Juez de Estado, la potestad de determinar la suerte de ese derecho. De lo cual se deriva que los derechos que pueden someterse a juicio de los árbitros son aquellos disponibles”. Por tanto, el único límite para que las partes sometan a arbitraje alguna controversia, estará especificado por la propia naturaleza de ésta, si es de libre disponibilidad o no lo es⁽⁴⁾.

Sin embargo, la propia Ley General de Arbitraje, en su primer artículo establece las materias sobre las que los árbitros no tienen competencia⁽⁵⁾. Habría que establecer entonces, si la Resolución Directoral que aprueba el expediente técnico se encuentra dentro de alguno de estos supuestos normativos.

No nos detendremos a revisar cada uno de los cuatro supuestos de la norma, pues de una simple lectura podemos advertir que no estamos frente a por lo menos tres de ellos. En ese orden de ideas, solamente vamos a analizar rápidamente lo previsto en el inciso tres del referido artículo primero de la Ley General de Arbitraje, el cual señala que algunas de las materias no arbitrables serán “las que interesan al orden público”⁽⁶⁾.

(4) Regla que se aplica tanto a las relaciones entre privados, como a la que se entable con una Entidad estatal.

(5) *Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572:*

Artículo 1.- Disposición general

Pueden someterse a arbitraje (...); 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.

(6) Artículo 1 de la Ley General de Arbitraje: “Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables (...); excepto:

(...)

3. *Las que interesan al orden público (...)*”.

Habrá que efectuar ahora dos nuevas interrogantes: ¿Actúa la Resolución Directoral como una norma jurídica o solamente como un acto administrativo? y ¿la Resolución Directoral contiene una materia que interese al orden público?

Citado por Marcial Rubio⁽⁷⁾, el jurista Toribio Alayza y Paz Soldán, señala respecto a la resolución que: “esta tiene por objeto resolver un caso concreto y particular (...)”. Sin embargo, es evidente que en muchas ocasiones las resoluciones se ocupan de asuntos generales y particulares de manera indistinta, pues las funciones⁽⁸⁾ de los órganos administrativos pueden ser complejas. En consecuencia, una de las formas de identificar diferencias en la resolución directoral, será verificando sus efectos en terceros (si estos son generales o particulares)

En ese sentido Marcial Rubio agrega que “normas de carácter general serán las provenientes de los actos de gobierno que afectan la generalidad (o a una parte importante de la población (...)) En virtud de ello, los decretos y resoluciones de los diversos niveles que contengan este tipo de mandatos deben ser considerados parte de la legislación dentro del sistema jurídico peruano porque responden a la función normativa del órgano ejecutivo del Estado (...) Por el contrario, aquellos decretos y resoluciones que se refieren a problemas de naturaleza esencialmente individual o particular, como la resolución sobre peticiones, derechos y obligaciones de las personas; los que se refieren a resolución administrativa de conflictos y a los asuntos de contratación, son normas administrativas que no ingresan al sistema legislativo nacional por no crear normas generales sino mandatos de naturaleza individual (...)”⁽⁹⁾.

En consecuencia y haciendo referencia a la resolución directoral, materia de esta parte del comentario, se puede advertir con absoluta claridad que ésta no es parte de la legislación nacional, pues sus efectos recaen de manera especial o particular sobre una sola persona: EL CONSORCIO. Vale decir, no estamos frente a una norma jurídica sino frente a un acto administrativo⁽¹⁰⁾.

(7) RUBIO CORREA, Marcial, *El sistema jurídico. Introducción al derecho*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, p. 154.

(8) Así tenemos funciones normativas, funciones ejecutivas, funciones de resolución de conflictos, funciones resolutorias, entre otras.

(9) RUBIO CORREA, *El sistema jurídico. Introducción al derecho*, cit., p. 156.

(10) *Ley N° 27444*

Artículo 1. - Concepto de acto administrativo

Respecto a la materia arbitrable contenida en la resolución directoral, para determinar si ésta interesa al orden público o no, hay que previamente delimitar el concepto de “orden público”, aún cuando se trate una voz multívoca. Al respecto Marcial Rubio señala que “(...) el orden público podría ser definido como un conjunto de normas jurídicas que el Estado considera de cumplimiento ineludible, y de cuyos márgenes no puede escapar ni la conducta de los órganos del Estado, ni la de los particulares, para lo cual el Estado compromete sus atribuciones coercitivas y coactivas, de ser necesario recurrir a ellas”.⁽¹¹⁾ Definición que hace alusión a “normas jurídicas” por lo que solamente contrastando la resolución directoral desde este punto de vista, resulta claro que no estamos frente a una norma jurídica, tal como ya lo hemos indicado anteriormente. Debemos tener cuenta además, que cuando las normas no son de cumplimiento ineludible, sino más bien dispositivas, el titular de los derechos emanados de dicha norma, puede renunciar a los mismos, pues tal facultad está dentro de la esfera de su voluntad.

En ese sentido, para el Dr. Manuel de la Puente y Lavalle⁽¹²⁾, las normas de orden público siempre serán imperativas, pero no todas las normas imperativas son de orden público, pues existen normas imperativas que protegen intereses privados, “la noción de orden público se aproxima por razón de la

1.1 Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.

1.2 No son actos administrativos:

1.2.1 Los actos de administración interna de las entidades destinados a organizar o hacer funcionar sus propias actividades o servicios. Estos actos son regulados por cada entidad, con sujeción a las disposiciones del Título Preliminar de esta Ley, y de aquellas normas que expresamente así lo establezcan.

1.2.2 Los comportamientos y actividades materiales de las entidades.

Al respecto MORÓN URBINA, identifica 6 elementos en el concepto de Acto Administrativo: a) Una declaración de cualquiera de las entidades, b) Destinada a producir efectos jurídicos externos, c) Recae en derechos, intereses y obligaciones de los administrados, d) En una situación concreta, e) En el marco del Derecho Público, f) Puede tener efectos individualizados o individualizables (MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios. Ley del Procedimiento Administrativo General*, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, pp. 62-63).

(11) RUBIO CORREA, Marcial, *Título preliminar*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988, p. 95.

(12) DE LA PUENTE LAVALLE, Manuel, “Libertad de contratar”, en: *La Constitución Comentada*, Gaceta Jurídica, Lima, p. 164.

materia a la norma imperativa cuando el interés es público, de lo que se colige que cuando el interés que se desea proteger no es público, sino privado, la norma imperativa no es de orden público (...).

En resumen, y contestando las dos interrogantes iniciales del presente comentario, es indudable, que la Resolución Directoral que aprueba el expediente técnico, en el que se incluyen las fórmulas polinómicas, no es una norma jurídica y mucho menos su contenido importa al orden público, pues sus efectos son eminentemente particulares, asimismo, EL CONSORCIO, puede incluso renunciar⁽¹³⁾ al derecho de reajuste que le asiste o aceptar la aplicación de fórmulas polinómicas desfavorables a sus intereses, siempre que ello responda a una manifestación libre de su voluntad y no se incumpla con la Ley.

En consecuencia, siendo la Resolución Directoral solamente un acto administrativo, no cabe ninguna duda respecto a que los árbitros pueden declarar la inaplicación del mismo⁽¹⁴⁾ si consideran que atenta contra lo establecido por las partes o la legislación vigente. Asimismo, pueden ordenar la realización de nuevos cálculos para el establecimiento de las fórmulas polinómicas, con arreglo a lo pactado y a lo establecido en la legislación aplicable. Lo que no

(13) En el caso concreto, debemos precisar que solamente el Contratista privado podrá renunciar a algunos o todos de sus derechos disponibles, pues la contraparte estatal siempre estará imposibilitada a renunciar a alguno de sus derechos, pues éstos tratándose de Entidades Estatales responden a criterios presupuestales y de control que no pueden obviar, además de existir un fuerte componente de interés público que impide la renuncia.

(14) Nadie puede negar que los árbitros tienen facultades –incluso– para declarar la nulidad de un acto administrativo. Respecto a la competencia del Árbitro para que inaplique una norma jurídica, la doctrina en el Perú no es pacífica. Sin embargo, consideramos que los árbitros sí pueden inaplicar una norma jurídica en virtud al reconocimiento constitucional que ha tenido en los últimos tiempos, clasificándose al arbitraje como jurisdicción (lo que se puede denominar como “*jurisdicción temporal*”), con casi las mismas facultades que la jurisdicción ordinaria (aún cuando no tiene el *coercio* y la *executio* solamente aparece cuando las partes lo autorizan expresamente). Además de ello, es un deber de quienes ejercen jurisdicción defender la primacía de la Constitución, los árbitros no pueden escapar a dicho deber, pudiendo aplicar el control difuso en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

Al respecto, LANDA ARROYO opina que: “(...) la facultad de aplicar el control difuso no ha sido vedada a los árbitros, quienes no están exentos de respetar, cumplir y preferir el principio jurídico de supremacía de la Constitución sobre las normas legales y reglamentarias de inferior jerarquía. Ello en la medida que el proceso arbitral se encuentra sometido a la Ley y, en ultima ratio, a la Constitución, de conformidad con el artículo 51 de la Constitución”. (LANDA ARROYO, César, “El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del tribunal Constitucional”, en: *Thémis*, N° 53, Lima, 2007, p. 33).

pueden hacer es elaborar o mandar a elaborar a un tercero, las fórmulas polinómicas, pues esa es una facultad reservada a la administración.

Afirmar lo contrario a lo expuesto en el párrafo anterior, podría importar lo siguiente:

1. Reducir la credibilidad y seguridad que tiene la figura del arbitraje.
2. Generar incentivos perversos, para que las Entidades Estatales, vía expedición de un acto administrativo, como el que es materia de comentario, dejara sin efecto en la práctica, el convenio arbitral, arrebatándole la competencia a los árbitros.
3. La Justicia arbitral tendría que retraerse y dar paso a la Justicia Ordinaria. Efectos que no son deseables para el desarrollo del arbitraje.

3. ¿SON LAS FÓRMULAS POLINÓMICAS, MECANISMOS DE REAJUSTE IDÓNEOS PARA EL MANTENIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO DEL CONTRATO?

Resulta pacífica en la doctrina y el desarrollo arbitral, la idea que en los contratos celebrados por el Estado se deben respetar los valores que las partes consideraron al momento en que celebró el mismo⁽¹⁵⁾, pues dichos valores responden a cálculos precontractuales que permiten a las partes tener precisamente, la intención y voluntad de celebrar el contrato. Nadie celebra un contrato sin beneficio de por medio, es impensable esperar que una parte celebre contratos sin importarle el retorno de la inversión involucrada, más la ganancia respectiva. En ese sentido, Santistevan y Loredo opinan lo siguiente: “(...) los contratos igualmente han de cumplirse como expresión de eficacia en una economía de mercado y como medida concreta de realización del objetivo de ganancia y rendimiento económico de quienes participan en la relación contractual. Todo incumplimiento resulta económica y socialmente pernicioso y, para las partes, individualmente inconveniente en términos de asignación de riesgos y costos involucrados”⁽¹⁶⁾. En consecuencia, resulta importante esta-

(15) La única posibilidad para que se celebre un contrato a sabiendas que no existirán ganancias o se perderá la inversión involucrada, es que nos encontremos frente a una actividad filantrópica.

(16) SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge y LOREDO ROMERO, Alvaro, “El equilibrio económico financiero en los contratos que se suscriben con el Estado”, en: *Ius et Veritas*, N° 33, Tarea Gráfica Educativa, Lima 2006, p. 46.

blecer mecanismos que busquen minimizar la posibilidad de pérdidas económicas para las partes. Lo cual nos lleva a exponer la teoría de las ecuaciones de los contratos públicos que el jurista argentino Roberto Dromi ha desarrollado⁽¹⁷⁾, en especial la denominada ecuación económica del contrato, como unidad para el mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato⁽¹⁸⁾. Respecto a la ecuación económica, Roberto Dromi señala lo siguiente: “(...) la dimensión “económica” es el componente de equilibrio estable del valor material ponderado de las prestaciones, o de la equivalencia proporcional y continuada de prestaciones (...)”⁽¹⁹⁾.

Este equilibrio económico financiero del contrato puede verse alterado básicamente por dos razones: (i) Razones de mercado⁽²⁰⁾ y (ii) Razones de las partes⁽²¹⁾. El primero de ellos se presentará cuando por circunstancias acaecidas en el mercado, los valores económicos del contrato se modifican, haciendo más gravosas para una de las partes el cumplimiento del mismo. La segunda se presentará cuando por la actuación de una de las partes, la otra se ve perjudicada en la obtención de la ganancia proyectada.

(17) Para Roberto DROMI, “la ecuación contractual no siempre está visible, escrita, o explícitamente enunciada. Por lo común no está identificada, no está patentada, no tiene un registro, no tiene un dominio de la propiedad. Pero para interpretar y juzgar la eficacia del contrato público, el secreto está en hallar su ecuación” (DROMI, Roberto, *Las ecuaciones de los contratos públicos*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001, p. 8).

(18) Debemos tener en cuenta que la finalidad de Estado, es que los contratos celebrados con los particulares se cumpla en todas las ocasiones, pues el Estado a través de la “colaboración” de los privados busca hacer realidad una de las principales razones de su existencia: “generar bienestar” a sus ciudadanos. Por ello, será importante asegurar que a las partes les interese celebrar y continuar con la ejecución del Contrato y ello se hará realidad en la medida que se garantice una ganancia adecuada. Santistevan y Loredó al respecto señalan que: “(...) la Administración del Estado reclama con igual legitimidad, tendiendo como norte el bien común y la satisfacción de las necesidades de la colectividad, el cumplimiento de los contratos que este celebra (...) siempre y cuando estos se desarrollen en el marco de lo pactado y con pleno reflejo de la equivalencia entre las prestaciones convenidas” (SANTISTEVAN DE NORIEGA y LOREDÓ ROMERO, “El equilibrio económico financiero en los contratos que se suscriben con el Estado”, cit., p. 46).

(19) DROMI, *Las ecuaciones de los contratos públicos*, cit., p. 11.

(20) Así tenemos, el alza de los materiales involucrados en la construcción de una obra, que hacen más cara la construcción de la misma.

(21) Si bien es cierto, normalmente se atribuye al accionar del Estado la mayoría de casos de desequilibrio contractual, ello no significa que éste no se presente por el accionar del contratista privado. La conducta de ambas partes puede desequilibrar el contrato.

Las fórmulas polinómicas, son mecanismos de reajuste que permiten ir actualizando el costo de los elementos involucrados en una obra, para mantener en valor constante la retribución de las partes, frente a los eventuales cambios de valores de estos elementos en el transcurso del tiempo⁽²²⁾.

Para efectos del presente comentario, resulta indudable que la aplicación de estas fórmulas polinómicas, importa un mecanismo idóneo⁽²³⁾ para equilibrar el desequilibrio causado por “las razones del mercado”. En efecto, a través de estas fórmulas se busca que el costo de los materiales y demás elementos involucrados en la obra, se mantengan estables en el tiempo y permitan a las partes conservar sus expectativas de ganancias intactas. Respecto al desequilibrio causado por “las razones de las partes” hay que establecer previamente si existen “razones de las partes” involucradas.

Las fórmulas de reajuste son aprobadas por la Entidad Estatal (es una obligación legal), para cuyo efecto, debe cumplir con estrictez los procedimientos que la legislación le provee, pues el ejercicio de la función pública debe responder al accionar de buena fe de los funcionarios y al principio de transparencia pública. Respecto a esto último Dromi señala lo siguiente: “Este valor importa establecer procedimientos que garanticen la diafanidad del obrar público respecto (...) de los mecanismos de actuación y decisión gubernativa, y por ello no puede estar ausente en el derecho de los contratos públicos” agregando “(...) el principio de transparencia se refleja también en la buena fe, que no es aplicable sólo en el derecho privado, sino que surte efectos en el derecho público administrativo”⁽²⁴⁾, como consecuencia de ello, solamente un

Podrá advertir el lector, que el principio del equilibrio económico financiero, es aplicable tanto para parte privada (el contratista) como para la parte estatal (la entidad), pues sería inequitativo defender este principio solamente desde el punto de vista privado. Recordemos que el Estado debe ser quien busque una mayor “eficiencia” en los contratos, pues “esta eficiencia” podrá alcanzar a un mayor número de ciudadanos, quienes podrán contar con mejores obras o servicios sin tener que probablemente, pagar más por los mismos.

(22) Este es un mecanismo que viene siendo utilizado en los contratos de obra, desde muchos años, incluso con anterioridad a la vigencia de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, con el cual se pretende dar vigencia a la teoría valorista contenida en el artículo 1235 del Código Civil, aunque con una ligera diferencia, su aplicación es obligatoria en los contratos de obra que celebra el Estado, a diferencia de lo prescrito en el Código Civil, en el que depende de la voluntad de las partes.

(23) La palabra idóneo, de acuerdo al Diccionario de la lengua Española, proviene del latín *idoneus*, que significa adecuado y apropiado para algo.

(24) DROMI, *Las ecuaciones de los contratos públicos*, cit., p. 115.

accionar legal, de buena fe y transparente del funcionario público legitimará su decisión, lo contrario, será admitir la validez de pronunciamientos espurios que el derecho debe expulsar liminarmente.

En ese sentido, si las fórmulas de reajuste son aprobadas por procedimientos distintos a los establecidos en la norma, entonces la resolución que las aprueba será ilegal, tal como ha sucedido en el presente caso, pues la Entidad aprobó las fórmulas polinómicas teniendo en cuenta precios unitarios distintos y que no corresponden a lo establecido por los organismos autorizados. Además de ello, las fórmulas polinómicas han introducido el desequilibrio económico financiero en el contrato, pues con la aplicación de las mismas se obtienen valores inferiores a los costos reales de la obra, por lo que se debe equilibrar las prestaciones entre las partes, a través del establecimiento de fórmulas de reajuste legalmente confeccionadas, con la finalidad de eliminar “las razones de las partes” en el desequilibrio contractual, en este caso, las “razones” imputables a la Entidad. En consecuencia, coincido plenamente con el voto en mayoría que manda inaplicar las fórmulas aprobadas y confeccionar unas nuevas que respeten la Ley y el contrato.

Asimismo, se puede colegir que las fórmulas polinómicas constituyen un mecanismo de reajuste idóneo para el mantenimiento del equilibrio económico financiero, siempre que su elaboración responda a un procedimiento legal.

4. RESPECTO AL VOTO EN DISCORDIA

Consideramos que la afirmación efectuada en el voto en discordia, respecto a que el Addendum celebrado por las partes es un acuerdo de voluntades que modifica el contrato principal, es absolutamente cierto, con lo cual coincidimos plenamente.

Sin embargo, consideramos que resulta de vital importancia diferenciar entre el acuerdo en sí mismo y el contenido del mismo. En efecto, todo acuerdo voluntario de las partes, celebrado con posterioridad al contrato, siempre modificará a éste último. Pero lo importante en el presente caso, no está en determinar si el Addendum modifica el contrato principal (con lo cual como dijimos estamos de acuerdo), sino será determinar los alcances de este “nuevo acuerdo de las partes” o dicho en otros términos ¿qué parte del contrato inicial es lo que modificamos con el addendum?

No hemos tenido a la vista el contrato principal ni el addendum para poder analizarlo con detalle, sin embargo, estamos absolutamente seguros que en ningún caso, las partes van a negociar y pactar los costos de una obra, a valores distintos de su costo real. Sería impensable tolerar que el privado acepte que le retribuyan con valores menores a su costo real y en el caso del Estado, admitir que éste puede pactar lícita y legalmente valores superiores a los costos reales de la obra. Uno u otro caso importan no solamente ilegalidad, sino además el resquebrajamiento del equilibrio económico financiero del contrato.

Asimismo, aún si admitiéramos –hipotéticamente– que el contenido del pacto sugerido en el voto en discordia sea que las partes pactaron una estructura de los precios unitarios, distintos a los establecidos legalmente, vamos a advertir fácilmente que ello podría configurar “pactar en contra de la Ley”, pues ésta establece que para la aprobación de las fórmulas polinómicas se debe considerar obligatoriamente la estructura de los precios unitarios establecidos por el Instituto Nacional de Estadística e información – INEI (anteriormente la institución encargada era el Consejo de reajuste de Precios de la Construcción). Consideraciones que no fueron recogidas por la Entidad al elaborar sus fórmulas polinómicas, tal como se puede colegir del texto del laudo.

No obstante lo dicho en estos últimos párrafos, es posible –nuevamente hipotéticamente– que el Consorcio, en el presente caso, hubiera podido negociar con la Entidad, valores menores al costo real de la obra (lo cual incluso favorecería al Estado, pues se tendría una obra a costos menores), pero para estos efectos, se debe expresar de manera indubitable tal voluntad, renunciando específicamente a recuperar el 100% de los costos incurridos en la obra. Recordemos que el único límite para la renuncia de un derecho cuyo titular es un privado, es el derecho de un tercero, caso frente al cual no estamos.

Por último, afirmar que el supuesto pacto efectuado por las partes involucradas en el arbitraje, debe primar, es consagrar dos desatinos: (i) Todos podemos pactar contra la Ley y (ii) Se puede santificar el enriquecimiento indebido de una de las partes⁽²⁵⁾.

(25) DROMI señala que: “(...) una consolidación del desequilibrio de prestaciones, una ruptura de la ecuación económica del contrato, por incumplimientos del Estado concedente, importan una lesión a la propiedad contractual, un empobrecimiento sin causa del concesionario que “paga por lo que no recibe”, y un enriquecimiento ilícito del Estado que ‘cobra por lo que no presta’ (...)” (DROMI, *Las ecuaciones de los contratos públicos*, cit. p. 234).

5. A MANERA DE CONCLUSIÓN

En los Estados totalitarios, se piensa que la voluntad del Estado es la voluntad de Dios y que la misma está por encima de sus ciudadanos, quienes deben renunciar a sus intereses individuales para privilegiar “intereses superiores” del Estado. Efectuando la distancia debida, admitir que una vez aprobadas las fórmulas polinómicas por el Estado, éstas no pueden ser revisadas (en un debido proceso), es traer a nuestra realidad elementos de totalitarismo, pues se estaría privilegiando la actuación del Estado sobre los intereses del particular en el contrato, aún cuando dicha actuación estatal deriva de una conducta transgresora de la norma.

En consecuencia, consideramos que resulta importante que nuestra doctrina a través de los laudos nacionales, analice la problemática que encierran los contratos que celebra el Estado, privilegiando el accionar transparente y de buena fe de los funcionarios estatales y teniendo en cuenta que a través de los contratos que celebra el Estado, éste puede dar forma a la razón de su existencia. Por ello, y en relación a la materia del comentario, resulta útil dejar establecido que las fórmulas polinómicas son un mecanismo de reajuste de costos idóneo y eficiente, para conservar el equilibrio económico financiero del contrato. ▲

Laudo Arbitral Internacional

Laudo
Arbitral
Internacional



INTERNATIONAL CENTRE FOR
SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES

In the Matter of the Arbitration between
DUKE ENERGY INTERNATIONAL PERU INVESTMENTS N° 1, LTD.

Claimant

and

REPUBLIC OF PERU

Respondent

Case N° ARB/03/28

DECISION ON JURISDICTION

Date: February 1, 2006

TABLE OF CONTENTS**I. PROCEDURAL HISTORY**

- A. Registration of the Request for Arbitration
- B. Constitution of the Arbitral Tribunal and Commencement of Proceeding
- C. Written and Oral Proceedings
 - 1. Written Submissions on Jurisdiction and Admissibility
 - 2. Respondent's Request for Provisional Measures
 - 3. Respondent's Request under Arbitration Rule 34
 - 4. The Hearing on Jurisdiction

II. FACTUAL BACKGROUND

- A. Peru's Investment Protection Scheme
- B. The Privatization of Egenor.
- C. The Investment Protection Granted by Peru
 - 1. The Investment Protection Granted to Dominion
 - 2. The Investment Protection Granted to Duke Energy
- D. The Tax Assessment and Tax Amnesty

III. ANALYSIS

- A. Jurisdiction *Ratione Materiae*
 - 1. The Parties' Positions
 - 2. The Tribunal's Analysis
 - (a) The Arbitration Agreement
 - (b) The Nature of the Dispute
 - (c) The Investment
 - 3. The Tribunal's Decision
- B. Jurisdiction *Ratione Personae*
 - 1. The Parties' Positions
 - 2. The Tribunal's Analysis
 - 3. The Tribunal's Decision
- C. Jurisdiction *Ratione Temporis*
 - 1. The Parties' Positions
 - 2. The Tribunal's Analysis
 - 3. The Tribunal's Decision
- D. Admissibility of the Claims
 - 1. The Parties' Positions
 - 2. The Tribunal's Analysis
 - (a) Objection based on the Finality of the Decision of the Peruvian Tax Court
 - (b) Objection based on the Finality of the Tax Amnesty
 - 3. The Tribunal's Decisión

IV. DECISION

I. PROCEDURAL HISTORY

A. REGISTRATION OF THE REQUEST FOR ARBITRATION

1. On October 7, 2003, the International Centre for Settlement of Investment Disputes («**ICSID**» or the «**Centre**») received a request for arbitration («the Request») submitted by Duke Energy International Peru Investments N° 1 Ltd. («**DEI Bermuda**», or the «**Claimant**», interchangeably), a company organized under the laws of Bermuda. DEI Bermuda is owned by Duke Energy International Latin America Ltd., another Bermudan company, and indirectly, by Duke Energy International LLC («**Duke Energy**»).

2. The Request was submitted in regard to a dispute with the Republic of Peru («**Peru**» and/or the «**Respondent**») concerning a legal stability agreement concluded between Peru and DEI Bermuda (the «**DEI Bermuda LSA**»). According to DEI Bermuda, Peru has imposed a tax assessment in violation of certain guarantees in the DEI Bermuda LSA. The Request invokes the arbitration provision of the DEI Bermuda LSA.

3. The Centre, on October 9, 2003, in accordance with Rule 5 of the ICSID Rules of Procedure for the Institution of Conciliation and Arbitration Proceedings («**Institution Rules**») acknowledged receipt of the Request and, on the same day, transmitted a copy to Peru and to the Embassy of Peru in Washington, D.C.

4. The Request was registered by the Centre on October 24, 2003, pursuant to Article 36(3) of the ICSID Convention and, on the same day, the Secretary-General, in accordance with Institution Rule 7, notified the parties of the registration and invited them to proceed to constitute an arbitral tribunal as soon as possible.

B. CONSTITUTION OF THE ARBITRAL TRIBUNAL AND COMMENCEMENT OF THE PROCEEDING

5. On January 23, 2004, the parties agreed that the Arbitral Tribunal in this case was to consist of three arbitrators, one arbitrator appointed by each of the parties and the third arbitrator who would be the President of the Tribunal to be appointed by agreement of the parties. In the event that the parties were to fail to appoint an arbitrator or fail to agree on the President of the Tribunal, the Chairman of the Administrative Council of the Centre was to appoint the arbitrators not yet appointed.

6. Claimant, by a letter of January 23, 2004, appointed Dr. Hector A. Mairal, a national of Argentina, as its arbitrator. Following Dr. Mairal's decision to recuse himself, communicated to the Centre by letter of March 9, 2004, which further communicated the recusal to the parties by letter of March 11, 2004, Claimant, by a letter of March 19, 2004, appointed Dr. Guido S. Tawil, a national of Argentina, as its arbitrator. Respondent, by letter dated February 20, 2004, appointed Dr. Pedro Nikken, a national of Venezuela, as its arbitrator. By agreement communicated to the Centre by letter of May 12, 2004, the parties appointed Mr. L-Yves Fortier, C.C., Q.C., a national of Canada, as the presiding arbitrator.

7. All three arbitrators having accepted their appointment, the Centre, by a letter of June 3, 2004, informed the parties of the constitution of the Tribunal consisting of Mr. L. Yves Fortier, C.C., Q.C., Dr. Pedro Nikken and Dr. Guido S. Tawil, and that the proceeding was deemed to have commenced on that day pursuant to ICSID Arbitration Rule 6(1). In the same letter the Centre informed the parties that Ms. Gabriela Alvarez Avila, Senior Counsel at ICSID, would serve as Secretary of the Tribunal.

C. WRITTEN AND ORAL PROCEEDINGS

8. After consulting with the parties and the Centre, the Tribunal scheduled a first session for July 28, 2004. The parties, by letter from Claimant (with attachment) of July 26, 2004 and letter from Respondent of the same date, communicated to the Tribunal their agreement on procedural matters identified in the provisional agenda for the first session, which had been sent to them by the Tribunal's Secretary.

9. In its letter of July 26, 2004, Respondent informed the Tribunal that it intended to raise objections to the Tribunal's jurisdiction and the admissibility of the claims, that the parties were unable to agree on the procedure for the jurisdictional phase and that Claimant withheld its agreement to a separate phase on jurisdiction and admissibility. In the same letter, Respondent invoked ICSID Arbitration Rule 41(3), according to which the proceedings on the merits are suspended upon the formal raising of an objection that the dispute is not within the jurisdiction of the Tribunal, and proposed a schedule for written submissions and a hearing on the issues of the jurisdiction of the Tribunal and the admissibility of the claims.

10. The first session of the Tribunal was held as scheduled on July 28, 2004 at the seat of the Centre in Washington, D.C. The parties reiterated their agreement on the points communicated to the Tribunal in their respective letters of July 26, 2004. In light of Respondent's letter of July 26, 2004, indicating its intention to raise objections to the Tribunal's jurisdiction and the admissibility of the claims, the President invited the parties to present briefly their views on these issues and on the issue of possible bifurcation of the proceedings. Having considered the views of the parties and the relevant rules and, after having deliberated, the Tribunal decided to suspend the proceedings on the merits pursuant to Rule 41(3) of the Arbitration Rules and to bifurcate the proceedings. It was decided that each party would submit its observations on objections to jurisdiction and the admissibility of the claims and that the Tribunal would decide at a later stage whether it would deal with these objections as a preliminary question or join them to the merits of the dispute. The remainder of the procedural issues on the agenda for the session, including the time limits for the jurisdictional submissions, were discussed and agreed. All the conclusions were reflected in the written minutes of the session, signed by the President and Secretary of the Tribunal, and provided to the parties as well as all members of the Tribunal.

1. Written Submissions on Jurisdiction and Admissibility

11. In accordance with the agreed schedule, Respondent filed its Memorial on Jurisdiction and Admissibility on October 4, 2004, Claimant filed its Counter-Memorial

on Jurisdiction and Admissibility on December 6, 2004, and Respondent filed its Reply on Jurisdiction and Admissibility on January 24, 2005.

12. On February 3, 2005, Claimant requested the Tribunal to grant Claimant an extension until March 11, 2005 to submit its Rejoinder on Jurisdiction and Admissibility. Claimant cited as the reason for this request the fact that the extension would give Claimant approximately the same amount of time to file its Rejoinder as Respondent had to file its Reply. Respondent, in a letter of February 4, 2005, objected to Claimant's request, stating that the extension would unfairly burden Respondent and prejudice its preparation for the pre-hearing conference (which had been scheduled for March 14, 2005) and the hearing itself.

13. Following a further letter from Claimant dated February 5, 2005 and a further letter from Respondent dated February 7, 2005, the Tribunal, by its Secretary's letter of February 7, 2005, communicated to the parties its decision to grant Claimant an extension until March 9, 2005 to file its Rejoinder on Jurisdiction and Admissibility. By the same letter, the Tribunal indicated that the date for the pre-hearing conference (*i.e.*, March 14, 2005) remained unchanged.

14. In compliance with the Tribunal's decision, Claimant filed its Rejoinder on Jurisdiction and Admissibility on March 9, 2005.

2. Respondent's Request for Provisional Measures

15. On November 24, 2004, Respondent filed with the Tribunal a Request for Provisional Measures, which had been raised initially by Respondent at the first session with the Tribunal on July 28, 2004 and recorded in paragraph 20 of the minutes of that session. Respondent's Request for Provisional Measures asked the Tribunal to recommend that Duke Energy withdraw a petition it had filed before the United States Trade Representative («**USTR**») to revoke or suspend Peru's beneficiary status under the *Andean Trade Preference Act* («**ATPA**»). Respondent also requested that the Tribunal recommend that Duke Energy seek no new remedy in any non-ICSID proceeding and that the Tribunal suspend all ICSID proceedings concerning this dispute until Duke Energy complied with the Tribunal's recommendations.

16. As a first step, following further submissions from the parties on Respondent's Request for Provisional Measures, the Tribunal, through its Secretary's letter of December 22, 2004, requested the parties to file additional submissions on the following question:

Can a party claim lack of consent on the one hand (for purposes of Articles 25 and 41 of the ICSID Convention) and, on the other, its right to the exclusivity of ICSID proceedings (including preclusion of the other party's right to seek diplomatic protection) based on the existence of consent (for purposes of Articles 26, 27 and 47 of the ICSID Convention)?

At the Tribunal's request, the parties exchanged a first round of submissions on this single issue on January 6, 2005, and a second round of submissions on January 12, 2005.

17. Having been informed by letter from Claimant of January 19, 2005, that the results of the preliminary review of the petition to the USTR in respect of Peru had been postponed to May 31, 2005, the Tribunal, through its Secretary's letter of January 27, 2005,, informed the parties that it had decided to defer its decision on Respondent's Request for Provisional Measures until such time as both parties had had a full opportunity to present their respective positions. In the same letter, the Tribunal invited Claimant to respond to the Request for Provisional Measures within two weeks and invited Respondent to reply to Claimant within a further two weeks. The Tribunal also indicated in that letter that it would hear the parties' oral arguments on this issue at the start of the hearing on jurisdiction on March 29, 2005. Finally, the Tribunal invited the parties to communicate to the USTR the existence and current status of the ICSID arbitration, noting that Section 3202(c)(2)(C)(iii) of the ATPA appeared to offer some protection to countries whose ATPA beneficiary status was threatened if a dispute over the expropriation alleged in the petition to the office of the USTR had been submitted to arbitration under the provisions of the ICSID Convention.

18. In compliance with the Tribunal's directions, the parties sent a joint letter to the USTR on February 1, 2005, together with copies of the submissions filed with the Tribunal in this proceeding. Following the receipt of the parties' submissions, the USTR informed the parties on February 24, 2005 that it had decided to suspend its review of Duke Energy's petition for the withdrawal or suspension of Peru's beneficiary status under the ATPA during the pendency of this proceeding. In light of the USTR's decision, Respondent, by letter of February 24, 2005, withdrew its Request for Provisional Measures without prejudice to refiling such a request if the USTR were subsequently to revisit its decision.

3. Respondent's Request under Arbitration Rule 34(2)

19. By letter of October 21, 2004, Claimant asked the *Superintendencia Nacional de Administración Tributaria* («SUNAT») to provide Claimant with documentation contained in SUNAT's files regarding Claimant's subsidiary DEI Egenor (as defined in paragraph 43, below). By letter of November 4, 2004, Respondent, citing this request, accused Claimant of attempting to conduct unauthorized discovery and requested the Tribunal to direct Claimant to desist from seeking information without the permission of the Tribunal under Arbitration Rule 34(2). By letter of November 22, 2004, Claimant cited what it considered to be its entitlement to seek information under Peru's Transparency Law⁽¹⁾ and informed the Tribunal that on November 5, 2004, SUNAT had made available to Claimant the requested file. This was confirmed by Respondent's letter of December 3, 2004. By its Secretary's letter of December 14, 2004, the Tribunal informed the parties that inasmuch as the file containing the requested documents had already been produced, it considered the specific issue raised by Respondent's November 4, 2004 letter to be moot and reminded both parties to respect the terms of Arbitration Rule 34(2).

(1) Unified Text of the Law of Transparency and Access to Public Information, approved by Supreme Decree 43-2003-PCM.

4. The Hearing on Jurisdiction

20. Following the pre-hearing call with the parties of March 14, 2005, at which the parties had indicated that they were not intending to call any witnesses at the hearing, the Tribunal, through its Secretary's letter of March 15, 2005, requested each party to call one witness of its choice to address the history of the negotiations between Peru and Duke Energy in connection with the issues relevant to jurisdiction. By letter of March 17, 2005, Respondent nominated as its witness Mr. Carlos Herrera. By letter of same date, Claimant nominated as its witness Dr. José Daniel Amado. During the pre-hearing call, the parties confirmed their agreement to the appointment of Martin J. Valasek, an associate of the Chairman, as Assistant to the Tribunal.

21. In accordance with the schedule agreed on July 28, 2004, the hearing on jurisdiction was held at the seat of the Centre in Washington, D.C. on March 29-30, 2005. The parties were represented at the hearing by their respective counsel, who made presentations to the Tribunal and examined the witnesses. Members of the Tribunal also questioned witnesses. Present at the hearing were:

Members of the Tribunal: Mr. L. Yves Fortier, C.C., Q.C., President; Dr. Guido S. Tawil and Dr. Pedro Nikken.

Secretary to the Tribunal: Ms. Gabriela Alvarez Avila, ICSID Secretariat.

Assistant to the Tribunal: Mr. Martin J. Valasek, Ogilvy Renault LLP.

Attending on behalf of the Claimant: Messrs. C. Mark Baker, Arif H. Ali and Baiju S. Vasani, from Fulbright & Jaworski LLP; Mr. Dean M. Moesser and Ms. Dora Avendaño, from Duke Energy; and Dr. Luis G. Miranda and Dr. Italo Carrano from Miranda & Amado Abogados.

Attending on behalf of the Respondent: H.E. Eduardo Ferrero, Ambassador of Peru in Washington, D.C.; Dra. Cecilia Blume, Chief of Staff, Ministry of Economy; Dr. Aurelio Loret de Mola, Advisor, Ministry of Economy; Messrs. Alejandro Riveros, Italo Acha and Renzo Villa, Embassy of Peru in Washington, D.C.; Dr. Jorge Santistevan, of Santistevan de Noriega & Gutierrez, Counsel for Respondent; from Sidley Austin Brown & Wood LLP: Messrs. Daniel M. Price, Stanimir A. Alexandrov, Alan Charles Raul, Nicolás Lloreda, Patricio Grané and Cassidy Pinegar.

22. At the beginning of the hearing, the Tribunal considered Claimant's letters of March 25 and March 28, 2005, and Respondent's letters in reply thereto dated March 28, 2005. The Tribunal decided to admit the additional exhibits which were attached to the parties' letters, inasmuch as these were considered to be helpful to the Tribunal's consideration of the jurisdictional issues, but decided to exclude the content of Claimant's March 28, 2005 letter on the basis that it was an unsolicited and irregular pleading.

23. Following the hearing, the members of the Tribunal deliberated by various means of communication, including a meeting for deliberations in Washington, D.C. on March 30, 2005.

II. FACTUAL BACKGROUND

A. PERU'S INVESTMENT PROTECTION SCHEME

24. The current scheme for the promotion and protection of foreign investment in Peru originated in the early 1990s. At that time, Peru began efforts to attract and promote investment in the country, reversing the policies pursued by previous administrations.

25. It was in this context that Law N° 25327 was adopted, authorizing the Executive Branch to legislate on matters of investment and investment protection. Pursuant to it, Legislative Decree N° 662 (Foreign Investment Law), Legislative Decree N° 674 (Privatization Law) and Legislative Decree N° 757 (Private Investment Law) were promulgated, as were the Regulations of the Regime to Guarantee Private Investment, approved by Supreme Decree N° 162-92-EF («**Investment Regulations**»).

26. These instruments provide various guarantees to foreign investors in Peru. In connection with a specific investment, the various guarantees may be implemented through binding contracts referred to as «legal stability agreements» («**LSA**»), entered into by Peru and the foreign investor. The authorization to enter into LSAs is contained in the Foreign Investment Law and the Private Investment Law. Relevant provisions of both laws are typically incorporated by reference into such agreements.

27. The standard text for all LSAs is incorporated as an annex to the Investment Regulations. The standard text refers in general terms to the stabilization of legal regimes applicable to various fundamental rights of foreign investors, including: (i) the right to equal treatment and non-discrimination; (ii) the right to free convertibility of foreign currency; (iii) the right to free repatriation of invested capital, profits and royalties; (iv) the right to income tax stabilization; and (v) the right to resolve disputes arising out of or in connection with the agreement by international arbitration in accordance with Peru's international treaty obligations, or other agreed method.

28. Under Peruvian law, the *Civil Code* provisions governing private contracts in general are also applicable to LSAs and, as such, these agreements are subject to the principle of *Contrato-Ley*, as set forth in Article 1357 of the 1984 *Civil Code*. That Article states as follows:

Garantía y seguridad del Estado. Por ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato.⁽²⁾

29. Article 39 of the Private Investment Law confirms the foregoing:

Los convenios de estabilidad jurídica se celebran al amparo del artículo 1357 del Código Civil y tienen la calidad de contratos con fuerza de ley, de manera

(2) Unofficial Translation: By law, supported by reasons of social, national or public interest, the State may establish guarantees and assurances by means of a contract.

que no pueden ser modificados o dejados sin efecto unilateralmente por el Estado. Tales contratos tienen carácter civil y no administrativo, y solo podrán modificarse o dejarse sin efecto por acuerdo entre las partes.⁽³⁾

30. Furthermore, as set forth in the last paragraph of Article 62 of the Constitution of Peru, the investment protections provided for by LSAs are guaranteed by the Constitution:

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.⁽⁴⁾

31. Thus, pursuant to the investment laws of Peru, the main features of LSAs are that (i) the stabilized legal regimes cannot be changed unilaterally by the State, and (ii) the agreements are subject to private or civil law and not administrative law. As private-law contracts, the negotiation, execution, interpretation and enforcement of the provisions set forth in LSAs are subject to the general principles applicable to contracts between private parties under the Peruvian *Civil Code*. As such, the fundamental rights granted by Peru pursuant to an LSA are private contractual rights that are enforceable against the State as if it were a private party.

B. THE PRIVATIZATION OF EGENOR

32. In 1991, Peru began to pursue a far-reaching privatization program designed to attract the participation, in particular, of international investors. For this purpo-

⁽³⁾ Unofficial Translation: Legal stability investment agreements shall be concluded subject to Article 1357 of the Civil Code and shall have the [legal] effect of contracts enforceable as law, such that they may not be modified or terminated unilaterally by the State. Such contracts shall have a private rather than administrative character, and shall only be modified or terminated by agreement between the parties.

⁽⁴⁾ Unofficial Translation: Liberty to contract guarantees that parties may validly agree according to the legal norms in force at the time of the contract. Contract terms may not be modified by law or other dispositions of any type. Conflicts that arise from contractual relations may only be resolved by arbitration or judicial decree, according to the mechanisms of protection set forth in the contract or contemplated by law.

Through contracts-law [special investment-related private contracts of an obligatory character], the State may establish guarantees and grant securities. These may not be modified by legislation, without prejudice to the protection referred to in the preceding paragraph.

se, the Privatization Law established the *Comisión para la Promoción de la Inversión Privada* («**COPRI**»), a Peruvian inter-ministerial body charged with overall supervision of the privatization process.

33. In implementing its privatization mandate, COPRI selected the largest state-owned electricity generation company in the country, Electricidad del Perú S.A. or Electroperú S.A. («**Electroperú**»), to be restructured into distinct, smaller electricity companies for privatization. In September 1994, as part of the privatization process, COPRI authorized the creation of a company named Empresa de Generación Eléctrica Nor Perú S.A. («**Egenor**»), as a wholly-owned subsidiary of Electroperú. Thereafter, assets were transferred to Egenor from three state-owned companies, including Electroperú.

34. COPRI adopted the following privatization model for Egenor: a controlling 60 percent of the shares of Egenor, representing the company's Class «A» shares, would be sold to a private investor through an international tender process (the «**60 Percent Tranche**»); 30 percent of the shares, these being Class «B» shares, would be retained by Electroperú for a subsequent public offering or share auction (the «**30 Percent Tranche**»); and the remaining 10 percent of the shares (also Class «B» shares) would be held for sale to Electroperú's employees.

35. For each state-owned company being privatized, COPRI established a special committee, known as *Comité Especial de Privatización* («**CEPRI**»), responsible for managing and implementing the privatization process, based on guidelines, objectives and policies approved by COPRI. The privatization program for Electroperú was administered by the *Comité Especial de Promoción de la Inversión Privada en Electroperú S.A.* («**CEPRI-ELP**»). By February 1996, CEPRI-ELP had approved the *Bases del Concurso Público Internacional para la Venta de Egenor* (the «**Bidding Rules**») for the privatization of Egenor, setting out the rules governing the relationship between Peru and the investor with regard to the tender bid. On February 28, 1996, CEPRI-ELP issued its privatization tender for Egenor.

36. The winning bidder for the 60 Percent Tranche was Dominion Energy, Inc. («**Dominion**») of the United States of America, which presented its bid through a locally incorporated wholly-owned subsidiary, Inversiones Dominion Perú S.A. («**IDP**»). On August 9, 1996, a privatization agreement, governing the purchase of the 60 Percent Tranche, was executed between Electroperú and IDP, with Dominion and Egenor as intervening parties (the «**Privatization Agreement**»). Under the Privatization Agreement, Dominion (as «Operator» and «Holder of the Committed Interest») was required to maintain control of Egenor with a minimum stake totaling 51 percent of IDP.

37. On November 27, 1996, the majority shareholders of Egenor, *i.e.*, IDP (60 percent) and Electroperú (39.98 percent), approved the merger of Egenor and Power North S.A., a shell corporation established by IDP. Pursuant to the terms of the merger, Egenor S.A., the resulting corporation, assumed all of the assets and debts of Egenor and Power North S.A. The merger of Egenor and the shell corporation, Power North S.A., was consummated on December 31, 1996 by IDP (60 percent), Electroperú (39.98 percent), and Electrolima S.A. (0.02 percent).

38. In 1997, Dominion sold 49 percent of IDP to Gener S.A., a Chilean company. On March 31, 1998, Dominion transferred its remaining 51 percent of IDP to Dominion Holdings Peru S.A. («DHP»), a wholly-owned Peruvian subsidiary. Toward the end of 1998, Duke Energy learned of Dominion's interest in selling its assets in Central and South America, including Peru. Duke Energy was focusing on a coordinated acquisition of a full 90 percent of Egenor (then named Egenor S.A.), representing its total outstanding or available stock (*i.e.*, the 60 Percent Tranche owned by IDP and the 30 Percent Tranche owned by Peru).

39. Duke Energy acquired Egenor through a series of transactions in late 1999. To comply with Peru's «two shareholders» rule, the acquisitions were completed through two Delaware-based Duke Energy subsidiaries: Duke Energy International Peru Holdings N° 1 LLC («DEI Holdings N° 1») and Duke Energy International Peru Holdings N° 2 LLC («DEI Holdings N° 2»), and together with DEI Holdings N° 1, «DEI Holdings USA»). On October 7, 1999, DEI Holdings USA acquired the 30 Percent Tranche of Egenor S.A.A.⁽⁵⁾ On October 12, 1999, DEI Holdings USA also acquired 49 percent of IDP from Gener S.A. (and hence Gener S.A.'s indirect 29.4 percent ownership interest in Egenor S.A.A.). Finally, on November 11, 1999, DEI Holdings USA acquired the remaining 51 percent of IDP by purchasing 100 percent of DHP from Dominion.

40. As of the end of 1999, Duke Energy had become (through DEI Holdings USA) the 90 percent owner of Egenor S.A.A. for which it had paid approximately US\$ 288 million.⁽⁶⁾

41. Dominion's sale of DHP (*i.e.*, of its 51 percent interest in IDP) to DEI Holdings USA was subject to the approval of COPRI pursuant to the terms of the Privatization Agreement. Under the Privatization Agreement, Dominion (as Operator and Holder of the Committed Interest) was obligated to maintain its 51 percent interest in IDP for five years from the date of the Agreement (*i.e.*, until August 2001), unless another entity (to which the interest was being transferred) could meet the requirements specified in the Bidding Rules for the Operator and Holder of the Committed Interest. COPRI approved the sale of DHP, and thus Dominion's ownership interest in Egenor, to Duke Energy (through DEI Holdings USA) on September 22, 1999. On October 5, 1999, Dominion obtained and provided Duke Energy with a Guarantee Agreement between IDP and Peru («**Guarantee Agreement**») pursuant to which Peru guaranteed, in connection with the 60 Percent Tranche, that all of the original obligations assumed, representations and warranties made, and liabilities of Electroperú remained effective and enforceable against Peru.

⁽⁵⁾ On April 16, 1999, Egenor S.A. amended its bylaws and changed its name to Egenor S.A.A. in accordance with the new *Ley General de Sociedades*.

⁽⁶⁾ Duke Energy later increased its interest in Egenor S.A.A. (by that time named Duke Energy International Egenor S.A.A., which we have defined below as DEI Egenor) from 90 percent to 99.7 percent by a tender offer initiated in July 2001 by DEI Egenor.

42. Duke Energy's acquisition of Dominion's Latin American assets had a number of international tax implications which Duke Energy intended to account for in a corporate reorganization. At the same time, Duke Energy needed to implement an ownership structure for Egenor S.A.A. generally mirroring the structure reflected in the Privatization Agreement. It was against this backdrop that DEI Bermuda was incorporated in August 1999. Subsequently, in May 2000, Duke Energy International Peru Holdings SRL («**DEI Peru Holdings**») was established as a holding company wholly-owned by DEI Bermuda.

43. On July 26, 2000, Egenor S.A.A. changed its name to Duke Energy International Egenor S.A.A. («**DEI Egenor**»). This entity changed its name to Duke Energy International Egenor S.A. in February 2001 and on June 26, 2003, to Duke Energy International Egenor S en C por A, evidencing a change in its corporate form .

44. On October 29, 2002, DEI Bermuda acquired 99 percent of DHP from DEI Holdings USA (and hence 51 percent of IDP), and the remaining 49 percent of IDP from DEI Holdings USA. On December 1, 2002, DHP and IDP merged to form Duke Energy International Peru Inversiones N° 1 SRL («**DEI Investments SRL**»), as a result of which DEI Bermuda became the 99 percent owner of DEI Investments SRL, through which it owned 60 percent of DEI Egenor. The remaining 30 percent of DEI Egenor continued to be held by DEI Holdings USA.

45. On December 18, 2002, Duke Energy made a capital contribution of US\$ 200 million to DEI Peru Holdings, through DEI Bermuda. DEI Peru Holdings used these funds to acquire 90 percent of the capital stock of DEI Egenor from DEI Investments SRL and DEI Holdings USA.⁽⁷⁾

C. THE INVESTMENT PROTECTION GRANTED BY PERU

1. The Investment Protection Granted to Dominion

46. As an integral part of the Egenor privatization program and Dominion's investment in Peru, Peru approved LSAs for Dominion, IDP and Egenor.

47. Specifically, shortly after Electroperú executed the Privatization Agreement, Peru entered into two LSAs on July 24, 1996: one with IDP, as an investor in Egenor (the «**IDP Domestic Investor LSA**»); the other with Egenor, as a recipient of the investment from IDP (the «**Egenor LSA**»). Under the former, IDP undertook to pay US\$ 228.2 million for 60 percent of the capital stock of Egenor. Under the latter, Egenor agreed to issue shares representing 60 percent of its capital stock in favor of IDP.

48. On August 9, 1996, Peru entered into two additional LSAs: one with Dominion, as a US\$ 228.2 million foreign investor in IDP (the «**Dominion LSA**»); the other with IDP, as a US\$ 228.2 million investment recipient from Dominion (the «**IDP Recipient LSA**»).

⁽⁷⁾ See Independent Auditors' Report dated April 3, 2003, Claimant's Exhibit 58.

49. Peru agreed to guarantee legal stability, in accordance with the terms of these LSAs and the foreign investment laws of Peru, for a period of 10 years, from the effective date of the respective LSAs. The Dominion LSA provided for ICSID arbitration, in the following terms:

TEN.- It being the intention of both parties that problems arising in connection with the enforcement of this Agreement be resolved as expeditiously as possible, the parties agree hereinafter that any dispute, controversy or claim between them, relative to the interpretation, performance or validity of this Agreement, shall be submitted to the International Centre for Settlement of Investment Disputes to be resolved by de jure international arbitration, pursuant to the Conciliation and Arbitration Rules set forth in the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States which was approved by Peru pursuant to Legislative Resolution N. 26210. The costs incurred in connection with the application of this clause shall be shared by both parties in equal parts.

2. The Investment Protection Granted to Duke Energy

50. In connection with its investment in Peru, Duke Energy sought to obtain the same investment protection, through LSAs, as Dominion had obtained. Duke Energy and its outside counsel worked with Peru on different structures by which Duke Energy would obtain protection for its investment. The possibility of transferring or assigning to Duke Energy at least some of the LSAs that had been entered into by Dominion was seriously and actively considered. These discussions took place while Duke Energy was taking steps to acquire the various direct and indirect interests in Egenor S.A.A.

51. In the event, the Dominion LSA was not assigned due to concerns regarding its effectiveness due to a possible incurable default by Dominion under the LSA. As of the closing date for DEI Holdings USA's acquisition of the 30 Percent Tranche (*i.e.*, October 7, 1999), the first step in Duke Energy's indirect acquisition of Egenor S.A.A., no mutually acceptable solution had been identified to implement the investment protection regime for Duke Energy. It was thus agreed that DEI Holdings USA would be given an interim LSA, based on the express understanding that it would complete its acquisition of the 60 Percent Tranche of Egenor S.A.A. within 60 days of the date of this interim LSA. Peru and DEI Holdings USA thus executed a foreign investor LSA relating to the 30 Percent Tranche (the «**DEI Holdings USA 30 Percent Tranche LSA**») on October 13, 1999.

52. On October 14, 1999, the Egenor LSA was assigned to Egenor S.A.A. This assignment was performed in order «to extend the rights granted by the Legal Stability Agreement dated July 24, 1996, signed by Empresa de Generación Eléctrica Nor Perú S.A. – E.G.E.N.O.R. to Egenor S.A.A.»⁽⁸⁾ By the end of 1999, Duke Energy had become the owner of 90 percent of Egenor S.A.A. However, a solution regarding the assignment of the Dominion LSA had not yet been found.

⁽⁸⁾ See *Resolución Ministerial* N° 566-99-EM/VME, dated October 6, 1999, Respondent's Exhibit 45.

53. As explained earlier, as part of Duke Energy's corporate reorganization, DEI Bermuda was incorporated in August 1999 and DEI Peru Holdings, wholly-owned by DEI Bermuda, was established in May 2000. With reference to the Privatization Agreement, DEI Bermuda was designated as the Operator and Holder of the Committed Interest and DEI Peru Holdings was designated as the bidder and owner of DEI Egenor. Thus, following an application by Duke Energy that was accepted by Peru, DEI Bermuda took the place of Dominion, and DEI Peru Holdings took the place of IDP, under the Privatization Agreement.

54. In February 2000, Duke Energy presented Peru with a proposal to obtain the same foreign investor protections that it would have obtained under the Dominion LSA, if the latter had been assignable. The proposal was premised on the requirements of the Privatization Agreement, Duke Energy's corporate and tax-related reorganization strategy as well as the need to maintain the effectiveness of the LSAs that were already in place (*i.e.*, the DEI Holdings USA 30 Percent Tranche LSA, the IDP Domestic Investor LSA, and the Egenor LSA).

55. The proposal presented by Duke Energy was implemented as follows:

1. application for a foreign investor LSA by DEI Bermuda;
2. application for a recipient company LSA by DEI Peru Holdings;
3. the assignment of the DEI Holdings USA 30 Percent Tranche LSA, as modified, in favor of DEI Peru Holdings; and
4. the assignment of the IDP Domestic Investor LSA in favor of DEI Peru Holdings.

56. On June 20, 2000, Duke Energy filed its request for a foreign investor LSA, through DEI Bermuda, with Peru (previously defined as the DEI Bermuda LSA). A second application for a recipient company LSA was filed that same day through DEI Peru Holdings (the «**DEI Peru Holdings LSA**»).

57. On April 3, 2001, Peru provided drafts of the DEI Bermuda LSA and the DEI Peru Holdings LSA to Duke Energy's outside counsel for review. With respect to the former, Duke Energy reverted to Peru to request that the draft LSA be modified to provide for ICSID arbitration:

We hereby advise you that, with the exception of the suggestion contained in the following paragraph, we agree with the text of the draft Legal Stability Agreement you submitted.

Without prejudice of the above, we hereby request that Clause Nine of the draft agreement submitted be amended so that in case it is necessary to resolve any conflict or controversy among the parties, it is done by means of international *de jure* arbitration, in accordance with Convention for the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, and not by means of national arbitration, because the investor is established abroad.

The substantial delay of almost 10 months between Duke Energy's application for the DEI Bermuda and DEI Peru Holdings LSAs and Peru's response can be attributed to a strong backlash against legal stability agreements in Peru.

58. Finally, on July 24, 2001, Peru executed the DEI Bermuda LSA and the DEI Peru Holdings LSA. By their terms, the LSAs were effective immediately. The final version of the DEI Bermuda LSA executed by the parties contained an ICSID arbitration clause, in precisely the same terms as the clause that had been included in the Dominion LSA.⁽⁹⁾

59. The DEI Holdings USA 30 Percent Tranche LSA and the IDP Domestic Investor LSA were assigned to DEI Peru Holdings on April 3 and March 14, 2003, respectively.

D. THE TAX ASSESSMENT AND TAX AMNESTY

60. In the midst of Duke Energy's corporate restructuring of its Peruvian holdings, on November 24, 2000, SUNAT initiated a tax audit of DEI Egenor for tax year 1999 (*i.e.*, the tax compliance of Egenor S.A.A.). SUNAT expanded the scope of the audit to include tax years 1996, 1997, and 1998 (*i.e.* the tax compliance of Egenor and Egenor S.A.) on May 9, 2001.

61. On November 22, 2001, SUNAT assessed a tax liability of approximately US\$ 48 million against DEI Egenor for what SUNAT determined were tax underpayments in 1996, 1997, 1998 and 1999, including interest and penalties (the «**Tax Assessment**»).

62. The Tax Assessment had two main components. The first component was based on SUNAT's view, under its interpretation of Rule VIII of the Peruvian Tax Code, that the 1996 merger between Egenor and Power North S.A. («**Power North**»), resulting in the creation of Egenor S.A. was a sham transaction concluded solely to take improper advantage of tax benefits provided for under Merger Revaluation Law N° 26283 (the «**Merger Revaluation Assessment**»). Under its interpretation of Rule VIII, SUNAT determined that it had the authority to disregard the merger on the grounds that it was concluded to circumvent the payment of taxes.

63. The second component was based on SUNAT's view that Egenor should have depreciated the assets that Electroperú had transferred to it during the privatization process using a special decelerated depreciation rate that had been provided by SUNAT to Electroperú in December 1995, rather than the general statutory depreciation rate set forth in the income tax regulations (the «**Depreciation Assessment**»).

64. DEI Egenor decided to apply for amnesty, under an explicit reservation of rights, for a portion of the assessment, and appealed the balance of the assessment to the Peruvian Tax Court.

⁽⁹⁾ See above, para. 49.

65. On December 24, 2001, DEI Egenor applied for tax amnesty in connection with the Merger Revaluation Assessment. On March 21, 2002, SUNAT accepted DEI Egenor's amnesty application. The amnesty payment, totalling approximately US\$ 12 million, was made through the relinquishment of various loss carry-overs, using advance income tax overpayment credits, and a small cash payment.

66. With respect to the Depreciation Assessment, DEI Egenor initiated an administrative complaint with SUNAT. In September 2002, SUNAT notified DEI Egenor that its complaint had been rejected. SUNAT restated its demand for collection of the Depreciation Assessment, with additional interest and penalties for non-payment. On September 23, 2002, DEI Egenor appealed SUNAT's denial of its claim to the Tax Court.

67. As we noted earlier, on October 6, 2003, Claimant filed for ICSID arbitration under the DEI Bermuda LSA. On April 23, 2004, the Tax Court issued its decision, finding mainly in favor of SUNAT and against DEI Egenor. On July 27, 2004, SUNAT issued a revised tax assessment against DEI Egenor, in accordance with the Tax Court's decision, for approximately US\$ 26 million.

68. On August 27, 2004, DEI Egenor applied for amnesty in connection with the Depreciation Assessment. On August 27, 2004, SUNAT accepted DEI Egenor's amnesty application. On the same date, DEI Egenor paid the amnesty amount, in cash, in the sum of S/. 43,721,786.

III. ANALYSIS

69. Article 25 of the ICSID Convention is the touchstone for determining the jurisdiction of this Tribunal. Article 25 provides, in relevant part:

- (1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.

70. Respondent has raised objections to the Tribunal's jurisdiction *ratione materiae*, *ratione personae* and *ratione temporis*. In the alternative, Respondent has raised objections to the admissibility of Claimant's claims. The Tribunal considers each of Respondent's objections in turn.

A. JURISDICTION *RATIONE MATERIAE*

1. The Parties' Positions

71. Article 25 of the ICSID Convention restricts the subject-matter jurisdiction of this Tribunal to a «legal dispute arising directly out of an investment ... which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre.»

72. Respondent argues that the only legally relevant investment for purposes of the Tribunal's jurisdiction is the US\$ 200 million capital contribution by DEI Bermuda to DEI Peru Holdings. Respondent takes the position that the claims in this arbitration, which relate to Duke Energy's indirect investment in DEI Egenor, cannot arise out of the DEI Bermuda LSA and are not covered by the parties' consent to arbitration in the arbitration agreement contained in Clause Nine thereof.

73. Claimant takes the position that the contemporaneous documentary evidence, and the testimony of its witnesses, provide the necessary context for understanding the DEI Bermuda LSA and demonstrate that Peru understood and accepted the broad scope of the parties' consent to ICSID arbitration in Clause Nine thereof. According to Claimant, Peru's consent to ICSID arbitration was provided in connection with Duke Energy's multimillion-dollar acquisition of DEI Egenor in the context of its privatization. Thus, Claimant argues that Peru, when it approved the DEI Bermuda LSA, fully understood and accepted that it was consenting to resolve any disputes «relative to» Duke Energy's investment in DEI Egenor through ICSID arbitration.

2. The Tribunal's Analysis

74. To evaluate the parties' arguments, the Tribunal analyzes (a) the scope of the arbitration agreement (which contains the parties' written consent to ICSID arbitration), (b) the nature of the dispute in question, and (c) the proper characterization of the relevant investment.

(a) The Arbitration Agreement

75. Claimant asserts that the Tribunal's jurisdiction is derived from the consent to ICSID arbitration contained in Clause Nine of the DEI Bermuda LSA. Clause Nine reads as follows:

It being the intention of both parties that problems arising in connection with the enforcement of this Agreement be resolved as expeditiously as possible, the parties agree hereinafter that any dispute, controversy or claim between them, concerning the interpretation, performance or validity of this Agreement, shall be submitted to the International Centre for Settlement of Investment Disputes to be resolved by de jure international arbitration, pursuant to the Conciliation and Arbitration Rules set forth in the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States which was approved by Peru pursuant to Legislative Resolution N. 26210. The costs incurred in connection with the application of this clause shall be shared by both parties in equal parts.

76. ICSID jurisprudence, cited by both parties, confirms that an arbitration agreement should be interpreted with due respect for the principle of good faith, should not follow an *a priori* strict or broad construction, and should be construed to achieve an objectively fair and functional solution that is consistent with the underlying facts.

77. For example, in *Société Ouest-Africaine des Bétons Industriels (SOABI) v. the Republic of Senegal*, a case relied upon by both Claimant and Respondent, the Tribunal held that:

In the opinion of the Tribunal an arbitration agreement, like any agreement, must be interpreted with due respect for the principle of good faith, that is to say, taking account of the consequences of their commitments which the parties must be considered to have reasonably and legitimately contemplated. It is this course, rather than that of an *a priori* strict or, on the contrary, broad or liberal interpretation, which the Tribunal has followed.⁽¹⁰⁾

78. Similarly, in *Amco Asia Corp. et al v. The Republic of Indonesia*, also relied upon by both parties, the Tribunal found that:

[A] convention to arbitrate is not to be construed restrictively, nor, as a matter of fact, broadly or liberally. It is to be construed in a way which leads to find out and to respect the common will of the parties: such a method of interpretation is but the application of the fundamental principle *pacta sunt servanda*, a principle common indeed, to all legal systems of internal law and to international law. Moreover – and this is again a general principle of law – any convention, including conventions to arbitrate, should be construed in good faith, that is to say by taking into account the consequences of the commitments the parties may be considered as having reasonably and legitimately envisaged.⁽¹¹⁾

79. For the purpose of construing Clause Nine of the DEI Bermuda LSA, the Tribunal will focus in particular on the following sentence: «... the parties agree hereinafter that any dispute, controversy or claim between them, concerning the interpretation, performance or validity of this agreement, shall be submitted to the International Centre for Settlement of Investment Disputes ...»

80. On the one hand, the Tribunal notes that the consent to ICSID arbitration contained in Clause Nine is expressed as being restricted to «this Agreement» (i.e., the DEI Bermuda LSA), and thus does not expressly extend to the other LSAs entered into by Respondent in connection with the investment protection granted to Duke Energy, na-

⁽¹⁰⁾ *Société Ouest-Africaine des Bétons Industriels (SOABI) v. the Republic of Senegal*, ICSID Case N° ARB/82/1, Award of February 25, 1988, published in Yearbook of Commercial Arbitration, Vol. XVII (1992), pp. 42-72, at para. 4.10.

⁽¹¹⁾ *Amco Asia Corp. et al v. Republic of Indonesia*, ICSID Case N° ARB/81/8, Decision on Jurisdiction of September 25, 1983, published in 1 ICSID Reports, p. 394 at para. 14; cited with approval in *Ceskoslovenska Obchodni Banka A.S. v. Slovak Republic*, ICSID Case N° ARB/97/4, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction of May 24, 1999, at footnote 5. See also *Cable TV v. St. Kitts and Nevis*, ICSID Case ARB/95/2, Award of January 13, 1997, 13 ICSID Review – FILJ 328, 386 (1998).

mely the DEI Peru Holdings LSA, the DEI Holdings USA 30 Percent Tranche LSA, the IDP Domestic Investor LSA and the Egenor LSA.⁽¹²⁾

81. On the other hand, the Tribunal also notes that in relation to the DEI Bermuda LSA, the parties consented to ICSID jurisdiction in the broadest terms, covering «any dispute, controversy or claim between them, concerning the interpretation, performance or validity of this Agreement.» In respect of disputes under the DEI Bermuda LSA, it appears to the Tribunal that the parties intended to submit to ICSID arbitration any dispute, controversy or claim arising between them if it concerned the interpretation, performance or validity of the DEI Bermuda LSA.

82. The Tribunal must therefore determine whether the dispute before it concerns the interpretation, performance or validity of the DEI Bermuda LSA.

(b) The Nature of the Dispute

83. The dispute at issue in this arbitration is defined by the claims submitted to the Centre by Claimant. These are stated in the Request for Arbitration, and are formulated as follows:

1. breach of the guarantee of non-discrimination and equal treatment of DEI Bermuda's investment in Peru, in violation of Clause Three, Section 5 of the DEI Bermuda LSA;⁽¹³⁾
2. breach of the guarantee of tax stabilization with respect to DEI Bermuda's investment in Peru, in violation of Clause Three, Section 1 of the DEI Bermuda LSA;⁽¹⁴⁾
3. breach of the guarantee regarding the free repatriation of DEI Bermuda's investment in Peru, in violation of Clause Three, Section 3 of the DEI Bermuda LSA;⁽¹⁵⁾ and
4. breach of the obligations of good faith and fair dealing and the *Doctrina de los actos propios* in connection with DEI Bermuda's investment in Peru, obligations that are implied under the Peruvian *Civil Code* in all contracts, and here specifically in the DEI Bermuda LSA.⁽¹⁶⁾

84. Clause Three of the DEI Bermuda LSA contains the «contractual» obligations (except those implied under the Peruvian *Civil Code*) that Claimant alleges Respondent has failed to perform. Clause Three sets out, in five sections, the specific terms

(12) See Section II.C.2, above.

(13) See Request for Arbitration, paras. 42-44.

(14) See Request for Arbitration, paras. 45-49.

(15) See Request for Arbitration, paras. 50-51.

(16) See Request for Arbitration, paras. 52-56.

according to which Respondent guarantees legal stability for Claimant «in connection with the investment referred in Clause Two.»

85. Clauses Two and Three of the DEI Bermuda LSA will be reproduced here since they are crucial to the Tribunal's analysis:

TWO- By virtue of this Agreement DUKE ENERGY INTERNATIONAL agrees to the following:

1. To make contributions to the capital stock of the company DUKE ENERGY INTERNATIONAL PERU HOLDINGS, S.R.L., incorporated in the city of Lima, registered in Entry N° 1184295 of the Registry of Companies of the Office of Registration of Lima and Callao, in the amount of U.S. \$ 200,000,000 (Two hundred million Dollars of the United States of America) within a term of no more than two (2) years, from the date of execution of this Agreement.
2. To channel the foreign capital contribution referred to in section 1 above, through the National Financial System, as evidenced in the certification to be issued by the bank involved in such transaction.
3. To register its foreign investment referred to in section 1 above, and valued in freely convertible currency, with CONITE.

THREE- By virtue of this Agreement, the STATE, and as long as it remains in effect, in connection with the investment referred in CLAUSE TWO, the STATE guarantees legal stability for DUKE ENERGY INTERNATIONAL, according to the following terms:

1. Stability of the tax regime with respect to the Income Tax, as stipulated in subsection a) of Article 10° of Legislative Decree N° 662, in effect at the time this Agreement was executed, according to which dividends and any other form of distribution of profits, are not taxed, in accordance with the stipulations of subsection a) of article 25 of the Amendment Text of the Income Tax Law, approved by the Supreme Decree N° 054-99-EF in effect at the time this Agreement was executed. Neither the remittances sent abroad of amounts corresponding to the DUKE ENERGY INTERNATIONAL for any of the items contemplated in this subsection are taxed pursuant to the aforementioned law.
2. Stability of the regime of unrestricted availability of foreign currency as set forth in subsection b) of Article 10° of Legislative Decree N° 662, which entails that DUKE ENERGY INTERNATIONAL may freely access foreign currency in the exchange markets at the most favorable exchange rate, and in connection with the investment referred in CLAUSE TWO, the STATE may not apply thereto any exchange market regulations or mechanism that limits or restricts this right or which entails a less favorable treatment to DUKE ENERGY INTERNATIONAL than the one applied to any individual or company in the execution of any type of currency exchange transaction.

3. Stability of the right to freely remit its dividends and capitals pursuant to Article 10(b) of Legislative decree N° 662, which implies that DUKE ENERGY INTERNATIONAL may transfer abroad in freely convertible currency, without requiring prior authorization from any entity of the Central, Regional or Local Government as long as the investment was registered before the Competent National Organism and all corresponding tax obligations have been complied with, and without the STATE being allowed any restriction or limitation to this right, the following:
 - a) All its capitals brought from abroad, including the capital from the transfer of its shares, interests or rights over companies, of the reduction of the capital equity and partial or total liquidation, which come from the investment referred to in CLAUSE TWO.
 - b) All the dividends and the actually obtained net profits obtained from the investment referred to in CLAUSE TWO, as well as the profits obtained as consideration for the use and enjoy the assets physically located in the country used for such investment; and
 - c) All the royalties and considerations for the use and transfer of technology; trademarks and patents; and any other industrial property element authorized by the Competent National Organism.
4. Stability of the right to use the most favorable exchange rate as stipulated in subsection b) of Article 10º of Legislative decree N° 662, which entails that DUKE ENERGY INTERNATIONAL may access foreign currency on the exchange market at the most favorable exchange rate it can obtain, and the STATE may not require it to carry out its exchange to operations under any regime or mechanism that grants a less favorable treatment than the one applied to any individual or company in the execution of any exchange operation according to the following:
 - a) In the case of conversion of foreign currency into local currency: DUKE ENERGY INTERNATIONAL may sell it to any individual or legal entity at the most favorable exchange rate it finds on the exchange market at the time the exchange transaction is carried out; and,
 - b) In the case of conversion of local currency into foreign currency: DUKE ENERGY INTERNATIONAL may buy it from any individual or legal entity at the most favorable exchange rate it finds on the exchange market at the time the exchange transaction is carried out:
5. Stability of the right to non-discrimination as stipulated in subsection c) of Article 10º of Legislative decree N° 662, which implies that STATE at none of its levels, whether entities of companies of the Central Government, or Regional or Local Governments, may apply to DUKE ENERGY INTERNATIONAL a different treatment by virtues of its nationality, the sectors or types of economic activity in which it engages, or the

geographic location of the company in which it invests, or in the following matters:

- a) Foreign exchange, such that with respect to the investment referred to in CLAUSE TWO, the STATE may not apply to DUKE ENERGY INTERNATIONAL a currency exchange regime that entails a less favorable treatment than the one applied to any individual or legal entity in the execution of any type of foreign exchange transaction.
- b) Prices, tariffs or non-customs duties, such that the STATE may not apply differential amounts or rates to DUKE INTERNATIONAL ENERGY with respect to the investment referred to in CLAUSE TWO.
- c) The form of corporate organization, such that the STATE may not require that DUKE ENERGY INTERNATIONAL organizes DUKE ENERGY INTERNATIONAL PERU HOLDINGS, S.R.L., in which it is going to invest, as a certain type of company;
- d) its status as an individual or legal entity, such that the STATE, may not apply differentiated treatment to DUKE ENERGY INTERNATIONAL because of this status; and,
- e) Any other cause with equivalent effects, such as may be arise from application of discriminatory treatment to DUKE ENERGY INTERNATIONAL resulting from any combination of the various paragraphs of this section.

This sub-section applies without prejudice to the limitations set forth in Article 3 of the REGULATIONS.

86. In this jurisdictional phase of the arbitration, the sole issue before the Tribunal is whether it has jurisdiction over the dispute. The Tribunal must not in any way prejudge the merits of the case, but simply examine whether the merits dispute, as stated by Claimant, is within its jurisdiction.

87. We agree with the Tribunal in the Amco case, which held, in its Decision on Jurisdiction, that:

[...] the Tribunal must not attempt at this stage to examine the claim itself in any detail, but the Tribunal must only be satisfied that *prima facie* the claim, as stated by the Claimants when initiating this arbitration, is within the jurisdictional mandate of ICSID arbitration, and consequently of this Tribunal.⁽¹⁷⁾

⁽¹⁷⁾ *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia* (ICSID Case N° ARB/81/1), Decision on jurisdiction of September 25, 1983, 23 *ILM* 351 at 376 (1984). (Emphasis added) The decision of the Ad Hoc Committee that annulled (in part) the award on the merits of the Tribunal in the original proceeding left untouched the Tribunal's Award on Jurisdiction (see E. Gaillard, Introductory Note to Decision of the Ad Hoc Committee, 25 *ILM* 1439 at 1439 (1986)).

This principle has been followed and endorsed, in one form or another, by several international arbitration tribunals deciding jurisdictional challenges.⁽¹⁸⁾

88. Respondent argues that Claimant has failed to establish a *prima facie* case against Respondent:

The Tribunal should also decline to hear this case because it is apparent that Claimant has utterly failed to establish a *prima facie* case of violation of the DEI Bermuda Legal Stability Agreement. As demonstrated by the compelling evidence submitted by Peru, the claims asserted by Claimant are incapable of constituting a breach of the DEI Bermuda Legal Stability Agreement.⁽¹⁹⁾

89. The crux of the issue is whether the literal reading of Clause Two, which would seem to restrict the definition of «investment» to DEI Bermuda's capital contribution to DEI Peru Holdings, excludes the possibility that the Tax Assessment (against DEI Egenor) could violate the protections granted to DEI Bermuda in Clause Three of the DEI Bermuda LSA, which are expressed as being granted «in connection with the investment.» If that were the case, with the possible exception of the claim alleging breach of the implied duties under Peruvian law, the claims could not be said to concern the interpretation or performance of the DEI Bermuda LSA, and thus would not be covered by the consent to ICSID arbitration contained in Clause Nine.

90. For the reasons set out in the next section, the Tribunal cannot accept that the wording of Clause Two limits the Tribunal's jurisdiction to consider the merits of Claimant's claims under Clause Three (and Peruvian law generally). As will be explained later in this Decision, the Tribunal finds that Claimant has made a *prima facie* case that the dispute falls within its jurisdiction, in the sense that the claims stated in the Request for Arbitration are capable of constituting a breach of the DEI Bermuda LSA.

(c) The Investment

91. It is true that Clause Two of the DEI Bermuda LSA, by its express terms, refers only to DEI Bermuda's US\$ 200 million capital contribution to DEI Peru Holdings. The Tribunal cannot accept, however, Respondent's argument that such capital contribution is «the only legally relevant investment» for purposes of determining the Tribunal's jurisdiction.

92. In particular, the Tribunal finds, for the following reasons, that the meaning of «investment» in the heading of Clause Three of the DEI Bermuda LSA, and for purposes of Article 25 of the ICSID Convention, cannot be restricted to DEI Bermuda's US\$ 200 million capital contribution to DEI Peru Holdings:

⁽¹⁸⁾ See, *inter alia*, *Methanex v. USA*, *SGS v. Philippines*, *Salini v. Jordan*, and, most recently, *PCL v. Bulgaria*.

⁽¹⁹⁾ See Respondent's Reply, paragraph 153.

1. the capital contribution, without more, would not appear to satisfy the requirement, under Peruvian law, that an «investment» in relation to which an LSA is granted contribute to economically productive activity (i.e., that it be an «active» investment);
2. the capital contribution was not an isolated transaction, but was rather one of many transactions deliberately concluded as part of the privatization of Egenor;
3. a narrow focus on the wording of Clause Two of the DEI Bermuda LSA as an indication of the «investment» elevates form over substance, by ignoring the purpose of the capital contribution, which was described in the application DEI Bermuda submitted for the DEI Bermuda LSA referred to in Clause One thereof; and
4. in determining their jurisdiction, ICSID tribunals have recognized the unity of an investment even when that investment involves complex arrangements expressed in a number of successive and legally distinct agreements.

93. Each of these reasons is discussed in greater depth in the sections that follow.

(i) Peru's Requirement that an Investment Contribute to Economically Productive Activity

94. Article 1 of the Foreign Investment Law provides that «foreign investments will be considered to be any investments coming from abroad in any income-generating activities ...» Article 1357 of the Peruvian *Civil Code* provides that a law-contract (i.e., an LSA) can be established only when «supported by reasons of social, national or public interest.» It is difficult to see how the Peruvian authorities could have concluded that a mere contribution of funds from DEI Bermuda to its holding-company subsidiary (DEI Peru Holdings), considered in isolation of the context of the transaction, meets the requirements of this regime.

95. Respondent takes the following position:

It is important to note that the Legal Stability Agreement does not explicitly or implicitly cover DEI Bermuda's indirect interest in DEI Egenor. The fact that DEI Egenor is not addressed in the DEI Bermuda Legal Stability Agreement is no oversight – it was simply not, in the language of Peru's foreign investment law, the relevant «company that is the recipient of invested funds.»⁽²⁰⁾

96. Respondent's argument is unconvincing, however, because the Foreign Investment Law in Peru does not contemplate a holding-company structure. The investment-protection regime in Peru does not specifically contemplate the three-tiered structure of the kind that was used for Duke Energy's investment in Peru (and that mirrored

⁽²⁰⁾ See Respondent's Memorial, paragraph 33, citing Article 10(a) of Legislative Decree N° 662.

the structure that was used for Dominion's investment in the initial privatization). The investment-protection regime instead contemplates the basic structure of an investor and the target of the investment. The preamble to the Investment Regulations states that LSAs provide guarantees to «the investors and enterprises in which they participate.» The two-tiered structure of «investor» and «enterprise» is reflected throughout the Investment Regulations, notably in Articles 1, 19 and 25–27 thereof.

97. Under Peruvian law, an investment is a capital contribution that seeks the development of the Peruvian economy. A capital contribution to a holding company must therefore be analyzed in its broader context. It is an operation carried out by a foreign investor in order to have interests and participate in a productive national enterprise.⁽²¹⁾ Similarly, any associated LSA must be analyzed in such broader context. Indeed, according to Claimant's expert, it would have been against the law for Respondent to have issued the DEI Bermuda LSA under Respondent's narrow view of the investment covered by the agreement.⁽²²⁾

98. The Tribunal does not, and indeed cannot, decide at this stage what specific impact the segmentation of the stability agreements has on the segmentation of the protection for the investment. It will be at the merits stage for the Tribunal to decide whether the guarantees in the DEI Bermuda LSA have in fact been violated by Respondent. For jurisdictional purposes, however, the Tribunal finds that the integrity of the investment-protection regime in Peru requires that the Tribunal look beyond the formalities of the holding-company structure of Duke Energy's investment in the country.

99. Considering all of the relevant circumstances, the Tribunal finds that Respondent granted its approval for the DEI Bermuda LSA because it was part and parcel of the investment being made by Duke Energy in DEI Egenor, an operating company generating wealth, jobs and providing public services in Peru (*i.e.*, an active investment).

(ii) The Privatization

100. As summarized above, the privatization of Egenor was a complex process.⁽²³⁾ Claimant has presented compelling evidence that both parties understood that the transaction underlying the DEI Bermuda LSA (*i.e.*, the US\$ 200 million capital contribution to DEI Peru Holdings) was made in connection with Duke Energy's overall investment in Peru, namely in the operating company DEI Egenor.

101. Respondent argues that the DEI Bermuda LSA did not require Claimant to invest a single dollar in DEI Egenor, and that indeed, no new investment was made in

(21) See Supplementary Expert Report of Fernando de Trazegnies Granda, dated 22 February 2005, at paragraph 1.6 (at page 4).

(22) See Trazegnies Second Expert Report at para. 81. Respondent did not offer any expert evidence to challenge Professor Trazegnies' conclusions.

(23) See Section II.B, above.

DEI Egenor as a result of the US\$ 200 million capital contribution made by DEI Bermuda to DEI Peru Holdings:

The fact that DEI Bermuda's subsidiary, DEI Holdings SRL, acquired shares of DEI Egenor from other affiliates of Claimant is of no legal significance under the DEI Bermuda Legal Stability Agreement. The Agreement did not compel or direct DEI Holdings SRL to invest in DEI Egenor. And, thus, the DEI Bermuda Legal Stability Agreement provided no guarantees whatever with respect to DEI Holdings SRL's interest in DEI Egenor S.A. Simply stated, Respondent did not undertake any obligations to DEI Bermuda or DEI Holdings SRL in respect of DEI Egenor, and DEI Bermuda and DEI Holdings SRL did not undertake any obligations to Peru regarding DEI Egenor.⁽²⁴⁾

102. The Tribunal cannot accept Respondent's argument. The evidence demonstrates that Duke Energy, through various subsidiaries, entered into various LSAs as part of a single, concerted effort (the Tribunal leaves for the merits phase the question of whether the effort was successful) to obtain complete protection for its investment in Egenor, S.A.A. The Tribunal notes, in particular, the following relevant facts:

- In connection with its investment in Peru, Duke Energy sought to obtain the same investment protection, through LSAs, as Dominion had obtained. The September 13, 1999, communication from Duke Energy's Peruvian outside counsel to COPRI and CEPRI stated that if the LSAs provided to Dominion could not be assigned to Duke Energy «before the closing date and based on the investment to be made by Duke in Egenor S.A., a new legal stability structure be arranged ...».⁽²⁵⁾
- As of the closing date for DEI Holdings USA's acquisition of the 30 Percent Tranche (i.e., October 7, 1999), the first step in Duke Energy's indirect acquisition of Egenor S.A.A., no mutually acceptable solution had been identified to implement the investment protection regime for Duke Energy.
- By the end of 1999, Duke Energy owned 90 percent of Egenor S.A.A. (the 60 Percent Tranche and the 30 Percent Tranche) through two Delaware holding companies (earlier defined as DEI Holdings USA). This holding structure was considered too cumbersome from a corporate and tax planning standpoint. It also did not reflect the structure that Dominion had used under the Privatization Agreement. Accordingly, Duke Energy decided to restructure its holdings in Peru by consolidating its ownership interest in Egenor S.A.A. in a Peruvian holding company (i.e., DEI Peru Holdings), which in turn would be wholly owned by a Bermudan holding company (i.e., DEI Bermuda).

⁽²⁴⁾ See Respondent's Memorial, paragraph 80.

⁽²⁵⁾ See Claimant's Exhibit 44.

- EI Bermuda was incorporated in August 1999 and DEI Peru Holdings, wholly-owned by DEI Bermuda, was established in May 2000.
- In February 2000, Duke Energy presented Peru with a proposal to obtain the same foreign investor protections that it would have obtained under the Dominion LSA, if the latter had been assignable.
- The proposal presented by Duke Energy was implemented as follows:
 1. application for a foreign investor LSA by DEI Bermuda;
 2. application for a recipient company LSA by DEI Peru Holdings;
 3. the assignment of the DEI Holdings USA 30 Percent Tranche LSA, as modified, in favor of DEI Peru Holdings; and
 4. the assignment of the IDP Domestic Investor LSA in favor of DEI Peru Holdings.
- On July 24, 2001, Peru executed the DEI Bermuda LSA and the DEI Peru Holdings LSA. The DEI Holdings USA 30 Percent Tranche LSA and the IDP

Domestic Investor LSA were assigned to DEI Peru Holdings on April 3 and March 14, 2003, respectively.

103. The terms of the DEI Bermuda and DEI Peru Holdings LSAs required that the capital contribution be completed within a 24-month period from July 24, 2001 in order for the LSAs to remain in effect. DEI Bermuda's capital contribution to DEI Peru Holdings was made on December 16, 2002, in return for which DEI Peru Holdings issued capital stock to DEI Bermuda. The evidence shows that the capital contribution was used for its intended purpose, and that there was never any question of using it for any other purpose. In particular:

- On December 16 and 18, 2002, DEI Peru Holdings used the capital contribution to acquire 90 percent of the capital stock of DEI Egenor from DEI Investments SRL and DEI Holdings USA.
- Duke Energy's internal corporate documentation confirmed that the purpose of the capital contribution from DEI Bermuda to DEI Peru Holdings was the transfer of the shares of DEI Egenor held by DEI Investments SRL and DEI Holdings USA to DEI Peru Holdings.
- On July 23, 2003, in order to maintain the effectiveness of the DEI Bermuda and DEI Peru Holdings LSAs, DEI Peru Holdings provided Peru with a Deloitte & Touche report, confirming that the cash contribution received from DEI Bermuda was applied by DEI Peru Holdings to acquire DEI Egenor's shares from DEI Investments SRL and DEI Holdings USA.⁽²⁶⁾

⁽²⁶⁾ See Claimant's Exhibit 58.

104. The specific terms and conditions of the Bidding Rules and Privatization Agreement also reveal the true nature of the investment, namely an investment by a foreign conglomerate with expertise and experience in power generation (Dominion, and subsequently Duke Energy) in a power-generation company in Peru (Egenor). The nature of the investment did not change when Duke Energy stepped into Dominion's shoes.

105. Under the Privatization Agreement, IDP was the «Buyer» of the shares of Egenor, and Electroperu was the «Seller». Under Clause 7.1.1 of the Privatization Agreement, IDP (Dominion's subsidiary, at the time wholly-owned by Dominion) – as the Buyer – assumed the obligation to ensure that Egenor carried out the power generation project referred to in the Bidding Rules, and to increase Egenor's effective capacity to 100 megawatts. It was made very clear that IDP – a Peruvian holding company – had to have the full and committed backing of Dominion – its parent – in order to be able to satisfy this obligation. Indeed, Dominion's financial and technical backing was indispensable to the transaction, and accordingly, Dominion was designated the «Operator» and the «Holder of the Committed Interest,» as these terms were defined in the Bidding Rules.

106. The term «Operator» is defined in the Bidding Rules (at page 5) as follows:

The shareholder or member of a Bidder which is dedicated, directly or through a Related Company, to the generation of electricity; and which meets the characteristics indicated in sub-point 5.4.3 and satisfies the commitment to participate in the Bidder indicated in sub-point 5.7.2.

107. Article 5.4.3 of the Bidding Rules identifies the following characteristics that have to be satisfied by the Operator: a) at least five years' experience operating a hydroelectric or thermoelectric power generation project; and b) operation for at least two years as of the date of issuance of the bid specifications: a hydroelectric or thermoelectric power generation plant whose operating power is over 400 MW; or several plants that, combined, total more than 600 MW in operation. Article 5.7.2 provides that the Operator has to hold an interest equal to at least 25 percent of the capital equity of the Buyer (IDP) for a period of at least five years from the closing date of the Privatization Agreement. The term «Committed Interest» is defined in Article 5.7.3 of the Bidding Rules as «The minimum participation of twenty six percent (26%) of the capital stock of the Buyer that must maintain one or more of its shareholders for a term of five (5) years, counted as of the Closing Date.»

108. As both the Operator and the Holder of the Committed Interest, Dominion was required to maintain ownership of a minimum of 51 percent of IDP's equity shares of Egenor for a period of at least five years. Pursuant to article 12.3.2 of the Privatization Agreement, any sale by Dominion of more than 49 percent of IDP's equity shares had to be explicitly authorized by Peru to ensure that the new buyer met the same qualification criteria as Dominion had been required to meet when it originally made its tender bid. Article 12.3.2 provides, in relevant part, as follows:

[...] during the above-mentioned five (5) year period, class «A» Shares may be transferred by [IDP] solely to another person that complies with the same requirements with which it complied at the time to qualify as a Bidder in the Tender, provided: (a) the new purchaser has the prior qualification granted by the competent entity or authority regarding the fact that it does in fact comply with such requirements and (b) the mechanism proposed to effect the transfer does not result in failure to comply with any of the obligations assumed by the Buyer, the Operator or the Holder(s) of the Committed Interest.

The foregoing competent entity or authority will be the CEPRI-ELP, so long as said body is operating. Once the CEPRI-ELP stops operating, the prior qualification in question shall be granted by the COPRI. If in turn the COPRI should stop operating, such qualification shall be granted by the body that succeeds it or that itself decides on and, in the absence of the foregoing, by the Ministry of Energy and Mines.

109. Accordingly, before acquiring Dominion's interests in Egenor, Duke Energy had to submit the application form contained in the Bidding Rules (Form 2),⁽²⁷⁾ the very same form that Dominion had submitted some three years earlier. The application was accepted. Eventually, DEI Bermuda was designated as the Operator and Holder of the Committed Interest and DEI Peru Holdings was designated as the Bidder and Owner of DEI Egenor. Thus, following an application by Duke Energy that was accepted by Peru, DEI Bermuda replaced Dominion, and DEI Peru Holdings replaced IDP, under the Privatization Agreement.

110. Because the underlying investment by Dominion (and later Duke Energy) in the Peruvian electricity generator – Egenor – underpinned all of these transactions, including the capital contribution from DEI Bermuda to DEI Peru Holdings,⁽²⁸⁾ the Tribunal cannot accept Respondent's argument on the characterization of the investment as defined in Clause Two of the DEI Bermuda LSA.

(iii) The Relevance of the Application for the LSA

111. The wording of the application referred to in Clause One of the DEI Bermuda LSA is another evidentiary element which assists the Tribunal in concluding that the investment contemplated by the parties when they entered into the DEI Bermuda LSA included DEI Bermuda's indirect ownership of DEI Egenor.

112. Respondent argues that the applications filed by Duke Energy for the DEI Bermuda and DEI Peru Holdings LSAs have no bearing on the question of what investment was intended to be protected by those instruments. For the following reasons, the Tribunal cannot accept Respondent's position.

⁽²⁷⁾ See Claimant's Exhibit 43.

⁽²⁸⁾ In its letter to Duke Energy dated 22 September 1999 (Claimant's Exhibit C-46), Peru's competition agency (Indecopi) refers to «the investment of your company in the Peruvian electricity generator Egenor.»

113. Pursuant to Article 13 of the Foreign Investment Law, an LSA can only be granted on the basis of the filing of an application by the investor with the Peruvian authorities.⁽²⁹⁾ The application must contain specific information relevant to the investment on the territory of Peru. This information includes the name, legal status, domicile and nationality of the investor, details regarding the investor's legal representative, the amount of the investment, the target of the investment, and a description of the project in which the investment is being made.

114. The importance of the formalities that must be observed to obtain an LSA is underscored by the fact that specific reference is made to the LSA application in the body of the corresponding LSA. Thus, Clause One in each of the DEI Bermuda LSA and DEI Peru Holdings LSA refers specifically to the fact that each LSA was issued pursuant to the application which had been submitted.

115. The Preamble and Clause One of the DEI Bermuda LSA provide as follows:

Witnesseth hereby the Legal Stability Agreement entered into by and between **THE PERUVIAN STATE** ... on the one part; and, on the other, **DUKE ENERGY INTERNATIONAL PERU INVESTMENT N° 1, LTD.** ... hereinafter referred to as **DUKE ENERGY INTERNATIONAL**, under the following terms and conditions:

ONE. – **DUKE ENERGY INTERNATIONAL** has submitted a request to the National Foreign Investment and Technology Commission to execute a Legal Stability Agreement in accordance with [the Foreign Investment Law, the Private Investment Law and the Investment Regulations].⁽³⁰⁾

(underlined emphasis added)

116. The Preamble and Clause One of the DEI Peru Holdings LSA provide as follows:

Witnesseth hereby the Legal Stability Agreement entered into by and between, on the one part, the **PERUVIAN STATE** ... and, on the other, **DUKE ENERGY INTERNATIONAL PERU HOLDINGS SRL** ... hereinafter referred to as **DUKE ENERGY PERU**, under the following terms and conditions:

ONE. – **DUKE ENERGY PERU** has submitted a request to the National Commission of Foreign Investments and Technologies, hereinafter referred to as **CONITE**, in order to execute a Legal Stability Agreement in

⁽²⁹⁾ See Article 13 of the Foreign Investment Law («In order to benefit from the stability regime referred to in Article 10° hereof, foreign investors must file an application with the National Competent Authority in respect of any of the forms stipulated in Article 11° hereof.») See also Investment Regulations, Article 29 («In order to be entitled to the legal stability regime referred to in this title, an application for the execution of the respective agreement should be filed before the Competent National Authority pursuant to the format indicated in Annex II, which is an integral part of this Supreme Decree.»).

⁽³⁰⁾ Preamble and Clause One, DEI Bermuda LSA, Claimant's Exhibit 1.

accordance with [the Foreign Investment Law, the Private Investment Law and the Investment Regulations].⁽³¹⁾

(underlined emphasis added)

117. The application for each of the DEI Bermuda and DEI Peru Holdings LSAs confirms that the purpose of the capital contribution from DEI Bermuda to DEI Peru Holdings was to permit the consolidation of Duke Energy's ownership interest in Egenor S.A.A. under DEI Peru Holdings (*i.e.*, the company that would ultimately serve, with Respondent's consent, as the Bidder and Buyer for the purposes of the Privatization Agreement). Relevant parts of the applications are:

DEI Bermuda LSA Application

Target of the Investment

3.1 Economic Sector: DUKE's capital contribution shall be made to [DEI PERU HOLDINGS], which shall act as a holding company (controlling company) for the investments that the Duke Energy International Group currently has in Peru.

3.2 Brief Description of the Project: Duke's capital contribution shall be made to [DEI PERU HOLDINGS] for the acquisition of 90% of the representative shares of the social capital of EGENOR S.A.A., as part of the corporate reorganization process of the investments that Duke Energy International Group has currently in Peru.

DEI Peru Holdings LSA Application

Amount of the Investment: US\$ 263,430,000

2.1 Economic Sector: Holding company (company holding the instruments representing the social capital).

2.2 Brief Description of the Project: The capital contribution that [DEI Bermuda] shall make to [DEI Peru Holdings] shall be utilized by the latter to acquire 90% of the representative shares of the social capital of EGENOR S.A.A., as part of the corporate reorganization process of the investments that the Duke Energy International Group has currently in Peru.

118. The plain terms of these two applications make it abundantly clear that the sole and exclusive purpose of the capital contribution by DEI Bermuda in DEI Peru Holdings was to permit the latter to acquire the shares of Egenor S.A.A. (renamed DEI Egenor at the time of acquisition) held by DEI Investments SRL and DEI Holdings USA.

(iv) Unity of the Investment

119. Finally, in deciding on the nature of the investment, the Tribunal agrees with the position adopted by other ICSID tribunals involving situations in which the

⁽³¹⁾ Preamble and Clause One, DEI Peru Holdings LSA, Claimant's Exhibit 20.

parties' consent to ICSID arbitration was included in one of several successive agreements connected to an investment. This is the case in the present arbitration.

120. Respondent has raised the concern that the Tribunal might import into this proceeding, inappropriately, a broad definition of investment of the kind typically found in Bilateral Investment Treaties («**BITs**») on this subject. Respondent states:

Instead of calling on the Tribunal to interpret the Agreement, normally and naturally, as a contract between specified parties, and establishing specified rights and obligations, Claimant would have the Tribunal mistakenly import into this proceeding the general definition of «investment» from bilateral investment treaties («**BITs**»), together with inapposite BIT jurisprudence. Because the instrument of consent before this Tribunal contains a narrowly focused definition of investment, and not the broad definition found in BITs, Claimant's arguments are wholly misdirected, and should be ignored. In the case at hand, the relevant investment is precisely delineated in the DEI Bermuda Legal Stability Agreement, and it is not that investment on which Claimant predicates its claims.⁽³²⁾

121. The Tribunal is not importing into this proceeding a general definition of «investment» from BITs together with inapposite BIT jurisprudence. In the relevant cases, which are discussed below, ICSID tribunals have applied the principle of the «unity of the investment» in situations where consent to ICSID arbitration is found in individual investment agreements or contracts, not in an umbrella instrument such as a BIT. The Tribunal is of the view that the principles derived from those cases are directly applicable to its determination of the investment in relation to which the parties consented to ICSID arbitration in Clause Nine of the DEI Bermuda LSA.

122. In *Holiday Inns v. Morocco*, an ICSID arbitration agreement was included in a «Basic Agreement» for the establishment and operation of hotels. Government financing for the hotels was secured by means of separate loan agreements involving parties affiliated with (but different from) those who signed the Basic Agreement. The loan agreements contained choice of forum clauses in favor of the Moroccan courts.⁽³³⁾ Claimants sought to bring a financing dispute within the jurisdiction of the ICSID tribunal constituted under the dispute-resolution provision of the Basic Agreement.

123. Morocco objected to the jurisdiction of the ICSID tribunal, arguing that the dispute related to separate transactions, between separate parties, for which other dispute-settlement procedures had been agreed.⁽³⁴⁾ The tribunal rejected these contentions and asserted its jurisdiction over the loan agreements. In doing so, it emphasized «the general unity of an investment operation.» The tribunal held:

(32) See Respondent's Reply, paragraph 3.

(33) *Lalive*, The First 'World Bank' Arbitration, p. 156.

(34) *Lalive*, The First 'World Bank' Arbitration, pp. 156-159.

It is well known, and it is being particularly shown in the present case, that investment is accomplished by a number of juridical acts of all sorts. It would not be consonant either with economic reality or with the intention of the parties to consider each of these acts in complete isolation from the others. It is particularly important to ascertain which is the act which is the basis of the investment and which entails as measures of execution the other acts which have been concluded in order to carry it out.⁽³⁵⁾

124. In *CSOB v. Slovakia*, a Consolidation Agreement between the claimant, a former state-owned bank, and the Ministries of Finance of the Czech and Slovak Republics provided for the assignment by CSOB of certain non-performing receivables to two «Collection Companies,» one in each Republic, created for this purpose. Each Collection Company was to pay CSOB for the assigned receivables. To enable them to do so, each Collection Company was to receive loans from CSOB, which were to be repaid according to an agreed repayment schedule. The Consolidation Agreement included a clause stating that it was to be governed by the laws of the Czech Republic and the BIT between the Czech and Slovak Republics.

125. After the Slovak Collection Company («**SCC**») was established, it concluded Loan Agreements with CSOB. Under the terms of both the Consolidation Agreement and the Loan Agreements, the loan was secured by a guarantee of the Slovak Ministry of Finance. When SCC defaulted in its payment, CSOB instituted ICSID proceedings. Slovakia argued that the claims against it did not arise directly out of the loan and were, therefore, outside of the tribunal's jurisdiction, which was based on the arbitration agreement contained in the separate Consolidation Agreement.⁽³⁶⁾ The tribunal rejected this argument. It held that

[a]n investment is frequently a rather complex operation, composed of various interrelated transactions, each element of which, standing alone, might not in all cases qualify as an investment. Hence, a dispute that is brought before the Centre must be deemed to arise directly out of an investment even when it is based on a transaction which, standing alone, would not qualify as an investment under the Convention, provided that the particular transaction forms an integral part of an overall operation that qualifies as an investment.

[...]

The foregoing analysis indicates that the term 'directly', as used in Article 25(1) of the Convention, should not be interpreted restrictively to compel the conclusion that CSOB's claim is outside the Centre's jurisdiction and

⁽³⁵⁾ Decision on Jurisdiction, 12 May 1974, *Lalive*, The First 'World Bank' Arbitration, p. 159.

⁽³⁶⁾ As such, the BIT here played only an indirect role, in that it contained the ICSID arbitration agreement that was incorporated by reference in the Consolidation Agreement. The claim itself was not brought under the BIT.

the Tribunals' competence merely because it is based on an obligation of the Slovak Republic which, standing alone, does not qualify as an investment.

Hence, in deciding whether the obligation referred to in CSOB's requested relief forms part of an investment, the Tribunal has to determine whether the purported obligation of the Slovak Republic forms an integral part of a transaction which qualifies as an investment.

[...]

The contractual scheme embodied in the Consolidation Agreement shows, however, that the CSOB loan to the [SCC] is closely related to and cannot be disassociated from all other transactions involving the restructuring of CSOB. ...

[...]

The Slovak Republic's undertaking and the loan form an integrated whole in the process defined in the Consolidation Agreement. Hence, individual transactions comprising it may still meet the requirements of an investment under the Convention, provided the overall operation for the consolidation of CSOB, to which it is closely connected, qualifies as an investment.⁽³⁷⁾

126. The CSOB case is particularly instructive for the issue facing this Tribunal. In CSOB, as is the case here, it was necessary to consider contracts and transactions outside the scope of the single agreement that contained the ICSID arbitration agreement in order to find, as the tribunal did in that case, that the dispute before it arose directly out of an investment.

127. At the same time, the tribunal confirmed, in a supplementary decision on jurisdiction, that the application of the concept of the unity of the investment (the «overall operation») did not mean that the Tribunal «automatically acquires jurisdiction with regard to each agreement concluded to implement the wider investment operation.»⁽³⁸⁾ As such, the CSOB decision was more restrictive than the decision reached by another ICSID tribunal in *Société Ouest-Africaine des Bétons Industriels (SOABI) v. The Republic of Senegal*, a case also involving an ICSID arbitration agreement contained in one of several successive agreements.

128. In *SOABI*,⁽³⁹⁾ three successive agreements were entered into by the parties in connection with the construction of low-cost dwellings in Senegal. Only the last

⁽³⁷⁾ *Ceskoslovenska Obchodni Banka A.S. v. Slovak Republic*, ICSID Case N° ARB/97/4, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction of May 24, 1999, at *paras.* 72, 74-75, 80 & 82. (Emphasis added)

⁽³⁸⁾ Supplementary Decision of 1 December 2000, para. 28.

⁽³⁹⁾ *Société Ouest-Africaine des Bétons Industriels (SOABI) v. the Republic of Senegal*, ICSID Case N° ARB/82/1, Award of February 25, 1988, published in *Yearbook of Commercial Arbitration*, Vol. XVII (1992), pp. 42-72, at *para.* 4.10.

agreement to be signed (the «Establishment Agreement»), which related to the establishment of a plant for the pre-fabrication of reinforced concrete for the planned dwellings, contained an ICSID arbitration agreement, which by its express terms was limited to disputes between the parties relating to the Establishment Agreement.

129. The majority of the tribunal held that «the agreements between the parties other than the Establishment Agreement, with respect to the construction of the plant as well as the construction of the 15,000 dwelling units, are implicitly encompassed by the Establishment Agreement.»⁽⁴⁰⁾ The majority reasoned that «one could not dissociate the two parts of the operation,»⁽⁴¹⁾ and accused the dissent of «hid[ing] behind hypotheses that are refuted by ... reality ...»⁽⁴²⁾

130. Professor Schreuer summarizes these and other cases as follows:

These cases suggest that ICSID tribunals are inclined to take a broad view of consent clauses where the agreement between the parties is reflected in several successive instruments. Expressions of consent are not applied narrowly to the specific document in which they appear but are read in the context of the parties' overall relationship. Therefore, a series of interrelated contracts may be regarded, in functional terms, as representing the legal framework for one investment operation. ICSID clauses contained in some, though not all, of the different contracts may be interpreted to apply to the entire operation.⁽⁴³⁾

131. The Tribunal has no hesitation in applying the unity-of-the-investment principle⁽⁴⁴⁾ to refute Respondent's argument that the narrow description of the transaction in Clause Two of the DEI Bermuda LSA necessarily determines the scope of the «investment» for purposes of the DEI Bermuda LSA. The reality of the overall investment, which is clear from the record, overcomes Respondent's objection that it could never have consented to arbitration of a dispute related to the broader investment by Duke Energy in DEI Egenor.

132. However, the Tribunal also acknowledges the corollary finding in the CSOB case, namely that Claimant will need to substantiate its claims, during the merits phase, by reference solely to the guarantees contained in the DEI Bermuda LSA, and not those contained in any of the other LSAs. This is a function of the specific wording of Clause Nine of the DEI Bermuda LSA, and of the legal basis of Claimant's claims as formulated

⁽⁴⁰⁾ *Ibid.* at para. 4.13.

⁽⁴¹⁾ *Ibid.* at para. 4.17.

⁽⁴²⁾ *Ibid.*

⁽⁴³⁾ C. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, at p. 245 (2001).

⁽⁴⁴⁾ We are guided here principally by the reasoning adopted by the CSOB tribunal in reaching its balanced decision.

in the Request for Arbitration, namely the alleged breach of the protections contained in the DEI Bermuda LSA, not in any of the other LSAs.

133. While the Tribunal's lack of jurisdiction over the other LSAs will not prevent it from taking them into consideration for the purposes of the interpretation and application of the DEI Bermuda LSA (indeed, that is «perfectly possible, normal and called for»),⁽⁴⁵⁾ it will not be in a position to «give effect» to the protections in those LSAs.⁽⁴⁶⁾ In other words, in the peculiar circumstances of this case (successive agreements *for the protection* of the investment), the unity of the investment does not necessarily imply the unity of the protection of the investment.

134. Finally, by focusing on the guarantees included in the DEI Bermuda LSA, and excluding the application of the guarantees included in the other LSAs, the Tribunal is not limiting Claimant strictly to the text of the DEI Bermuda LSA. First, Claimant is entitled to the guarantees that are implied in the DEI Bermuda LSA by Peruvian law. Second, Claimant is entitled to the guarantees provided by such rules of international law as may be held by the Tribunal to be applicable to the merits of the dispute by virtue of Article 42(1) of the ICSID Convention.⁽⁴⁷⁾

3. The Tribunal's Decision

135. For the reasons set out above, the Tribunal finds that Claimant's claims are *ratione materiae*, within the jurisdiction of ICSID and of the present Tribunal in accordance with Article 25 of the ICSID Convention.

B. JURISDICTION *RATIONE PERSONAE*

1. The Parties' Positions

136. Respondent argues that the Tribunal lacks jurisdiction *ratione personae*. Respondent argues that while DEI Bermuda may currently be the indirect, beneficial owner of all or most of DEI Egenor, such alleged ownership is indirect, and that the parties who could claim for alleged violations arising from the Tax Assessment (*viz.*, DEI Peru Holdings and DEI Egenor) are not before this Tribunal since Peru consented to ICSID arbitration only in respect of DEI Bermuda's specified investment in DEI Peru Holdings.

137. Claimant argues that the only *ratione personae* requirement of Article 25(1) of the ICSID Convention is that the dispute be between a Contracting State and a national of another Contracting State.

⁽⁴⁵⁾ *Klökner v. United Republic of Cameroon*, Ad Hoc Committee Decision, para. 164.

⁽⁴⁶⁾ *See ibid.*

⁽⁴⁷⁾ In this respect, the Tribunal notes that one of the claims put forward by Claimants is for breach of the obligations implied under the Peruvian *Civil Code* in all contracts, and here specifically in the DEI Bermuda LSA. *See* Request for Arbitration, paras. 52-56.

138. Claimant avers that its claims are for injuries that it has suffered in its own right under the DEI Bermuda LSA. It stresses that even if these claims are based on actions taken by Peru against DEI Egenor, this does not in any way vitiate Claimant's standing to assert claims against Peru for breaches by Peru of obligations that it independently owed to DEI Bermuda. The question of whether there has been a breach or not, adds Claimant, is one for the merits.

2. The Tribunal's Analysis

139. Article 25 of the ICSID Convention requires that the dispute before the Tribunal be between a Contracting State and a national of another Contracting State. There can be no controversy that these basic requirements are satisfied in the present case.

140. By virtue of its nationality as a Bermudan company, the Claimant is a national of a Contracting State. Bermuda is an overseas territory of the United Kingdom, which has been a party to the ICSID Convention since January 18, 1967. The United Kingdom extended the application of the ICSID Convention to Bermuda through the Arbitration (International Investment Disputes) Act 1966 (Application to Colonies, etc.), Order 1967 (Statutory Instruments, 1967, Nº 159, February 10, 1967). The ICSID Convention was ratified by the United Kingdom to the same effect on December 9, 1966.

141. Respondent is a Contracting State. Peru signed the ICSID Convention on September 1991. The ICSID Convention entered into force in Peru on September 8, 1993.

142. Respondent does not contest these facts.

143. The arguments raised by Respondent as objections to the Tribunal's jurisdiction *ratione personae* are, in reality, subject-matter objections in relation to the claims brought before this Tribunal by DEI Bermuda, dressed up as objections to the Tribunal's personal jurisdiction over putative claims by entities (such as DEI Peru Holdings and DEI Egenor) that are not claimants before the Tribunal.

144. As has been established in the previous section of this Decision, it is evident that the claims brought by Claimant are claims brought only by DEI Bermuda, and only in respect of alleged violations of the DEI Bermuda LSA.

3. The Tribunal's Decision

145. For these reasons, the Tribunal finds that it has jurisdiction *ratione personae* in this proceeding.

C. JURISDICTION *RATIONE TEMPORIS*

1. The Parties' Positions

146. Respondent takes the position that the claims are outside the jurisdiction of the Tribunal *ratione temporis* because they are addressed to matters arising before the

DEI Bermuda LSA entered into force (*i.e.*, July 24, 2001). In particular, Respondent stresses that:

- SUNAT's tax audit of DEI Egenor was initiated on November 24, 2000;
- the tax liability at issue in SUNAT's tax audit was incurred by DEI Egenor with respect to tax years 1996 to 1999; and
- SUNAT applied tax laws that were already in force prior to the date the DEI Bermuda LSA was signed.

147. Claimant argues that under Article 25(1) of the ICSID Convention, it is the point in time at which the parties' legal dispute arose that is decisive of the Tribunal's jurisdiction. The investment dispute with Peru is within the temporal parameters of the parties' consent, Claimant argues, because it arose on November 22, 2001, the day on which SUNAT imposed the Tax Assessment, which is after 24 July 2001, the effective date of the DEI Bermuda LSA.

2. The Tribunal's Analysis

148. What is decisive of the Tribunal's jurisdiction *ratione temporis* is the point in time at which the instant legal dispute between the parties arose, not the point in time during which the factual matters on which the dispute is based took place. As discussed in *Maffezini v. Spain*, while the parties may have disagreed on matters prior to the entry into force of the relevant instrument containing the legal guarantees, «this does not mean that a legal dispute ... can be said to have existed at the time.»⁽⁴⁸⁾

149. Here, the legal dispute arose only after Respondent imposed the Tax Assessment on DEI Egenor, on November 22, 2001, several months after the effective date of the DEI Bermuda LSA. It was in the Tax Assessment, and not before, that SUNAT decreed a tax liability of approximately US\$ 48 million against DEI Egenor for what SUNAT determined, at that time, were tax underpayments in 1996 through 1999.

150. Naturally, during the merits phase, the Tribunal will have full jurisdiction to consider all of the factual matters related to the dispute, including those that preceded the effective date of the DEI Bermuda LSA, for the purposes of determining whether Respondent violated the DEI Bermuda LSA through conduct which took place or reached its «consummation point» after its entry into force (*i.e.*, the Tax Assessment).⁽⁴⁹⁾

⁽⁴⁸⁾ *Maffezini v. Kingdom of Spain*, ICSID Case N° ARB/97/7, Decision on Jurisdiction of January 25, 2000, at para. 95.

⁽⁴⁹⁾ See *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States*, ICSID Case N° ARB(AF)/00/2, Award of May 29, 2003, at para. 66.

3. The Tribunal's Decision

151. For these reasons, the Tribunal finds that it has jurisdiction *ratione temporis* in this arbitration.

D. ADMISSIBILITY OF THE CLAIMS

1. The Parties' Positions

152. Finally, Respondent takes the position that should the Tribunal decide that it has jurisdiction to hear this dispute and that the claims are within the scope of the DEI Bermuda LSA, it should nevertheless decline to exercise its jurisdiction and, instead, find that the claim is inadmissible because the key issues in dispute have already been fully resolved within the Peruvian tax system by operation of the Peruvian Tax Court and Peru's Tax Amnesty Law.

153. Claimant replies that the concept of admissibility is misplaced in the context of an objection to ICSID jurisdiction. Claimant argues that Respondent's arguments under the heading of admissibility are nothing more than a presentation of a facet of Respondent's likely defenses on the merits.

154. Claimant argues that DEI Egenor's applications for tax amnesty do not preclude Claimant's claims in this arbitration. According to the tax amnesty regulations, a tax debt subject to an amnesty arrangement may not be subject to appeal. Claimant argues that this arbitration was not filed as an appeal of the Tax Court's substantive rulings but, rather, to protect and enforce the protections promised by Peru in the DEI Bermuda LSA. In addition, Claimant takes the position that DEI Egenor's tax amnesty applications bind only DEI Egenor but not its affiliate, DEI Bermuda. Accordingly, says Claimant, the obligation not to appeal a tax debt may not be extended to entities other than the tax debtor itself, DEI Egenor.

155. Furthermore, Claimant argues that DEI Egenor clearly reserved its rights in each of its applications for tax amnesty, and that these reservations of rights are consistent with the concept under Peruvian law that a taxpayer can acknowledge the debt but may reject the underlying obligation or arguments raised by the taxing authority. Moreover, submits Claimant, Peru's acceptance of DEI Egenor's reservations should be reviewed under international law.

156. Finally, Claimant points out that, under the circumstances, DEI Egenor had no reasonable alternative but to avail itself of Peru's amnesty program since its failure to have done so could have meant a huge increase in the size of its tax liability, including default, interest, penalties and fines. DEI Egenor's application for amnesty was therefore consistent with a party's duty, recognized as a universal principle of law, to mitigate or minimize its damage or losses.

2. The Tribunal's Analysis

(a) Objection based on the Finality of the Decision of the Peruvian Tax Court

157. Respondent argues that the Tribunal should decline to sit as an Appellate Body for the Peruvian Tax Court, and not hear an appeal of the April 23, 2004 decision of the Peruvian Tax Court, which found mainly in favor of SUNAT in connection with the Depreciation Assessment.⁽⁵⁰⁾

158. The Tribunal cannot accept Respondent's argument.

159. First, the issues raised in the present ICSID proceedings are different from those that were at issue in the proceedings before the Tax Court. The issue before the Tribunal is not a dispute about taxes but, rather, an investment dispute arising out of the imposition of taxes. Furthermore:

- there is no commonality of parties (the parties to the Tax Court proceedings were DEI Egenor and SUNAT, while the parties to this arbitration are DEI Bermuda and Peru);
- none of the issues in this arbitration (*i.e.*, the claims for breaches by Peru of the guarantees contained in the DEI Bermuda LSA) was, or could have been, within the purview or jurisdiction of the Tax Court;
- the Tax Court did not determine, nor could it determine, the tax regime that was stabilized for Claimant's investment under the DEI Bermuda LSA;
- the causes of action under the proceedings arise from different laws and under different obligations;
- distinct relief is sought under each of the proceedings; and
- for the purposes of adjudicating DEI Bermuda's claims, what the Tribunal must determine is not whether the decision of the Tax Court is right or wrong as a matter of Peruvian Tax Law, but whether that interpretation of the law in 2004, confirming SUNAT's opinion of November 2001, is consistent with the rights stabilized for DEI Bermuda under its LSA.

160. In addition, by agreeing to international arbitration in the DEI Bermuda LSA, Respondent affirmed Claimant's right to a review by an ICSID tribunal of the matters considered by the Peruvian administration and court system, to the extent those matters fall within the guarantees contained in the DEI Bermuda LSA. As noted by the Tribunal in *Azinian v. United Mexican States*:

The Claimants have cited a number of cases where international tribunals did not consider themselves bound by decisions of national courts. Profes-

⁽⁵⁰⁾ See Section II.D, above.

sor Dodge ... stressed the following sentence from the well-known ICSID case of *Amco v. Indonesia*: «An international tribunal is not bound to follow the result of a national court.» As the Claimants argued persuasively, it would be unfortunate if potential claimants under NAFTA were dissuaded from seeking relief under domestic law from national courts, because such actions might have the salutary effect of resolving the dispute without resorting to investor-state arbitration under NAFTA.⁽⁵¹⁾

161. Of course, the same argument applies under the ICSID system more broadly, and the Tribunal finds that it is particularly persuasive in this case, where the Peruvian Tax Court is not a part of the Peruvian judiciary, but rather an autonomous governmental body existing under the Peruvian Ministry of Finance and Economy.

162. Respondent argues that the Tribunal must apply Peruvian law to resolve this dispute. In fact, the question of the applicable law to the merits of this case is somewhat more complicated. The DEI Bermuda LSA contains no specific provision regarding the applicable substantive law. In such circumstances, Article 42(1) of the ICSID Convention requires the Tribunal to apply «the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on conflicts of laws) and such rules of international law as may be applicable.» Furthermore, even if the law of Peru were held to apply to the interpretation of the DEI Bermuda LSA, this Tribunal has the authority and duty to subject Peruvian law to the supervening control of international law.⁽⁵²⁾

(b) Objection based on the Finality of the Tax Amnesty

163. Respondent argues that DEI Bermuda's effort to re-open a matter that DEI Egenor had already settled with Peru, through the application for tax amnesty (which Respondent accepted), should be barred by the doctrine of equitable estoppel: «DEI Bermuda seeks to be indemnified in this arbitration for the very tax liability that DEI Egenor conceded and promised not to challenge further.»⁽⁵³⁾

164. It is the Tribunal's view that the effect of the amnesty is a matter for the merits phase of these proceedings. Similarly, Respondent's points in relation to Respondent's right to enforce its tax laws,⁽⁵⁴⁾ the change in the applicable depreciation rate,⁽⁵⁵⁾ and non-discrimination,⁽⁵⁶⁾ are all matters for the merits phase.

⁽⁵¹⁾ ICSID Case N° ARB(AF)/97/2, Award of November 1, 1999, at para. 86.

⁽⁵²⁾ See Schreuer, at pp. 585-90, paras. 62-70 (and the cases cited therein).

⁽⁵³⁾ Respondent's Memorial on Jurisdiction and Admissibility, para. 133.

⁽⁵⁴⁾ See Respondent's Memorial on Jurisdiction and Admissibility, paras. 86 *et seq.*

⁽⁵⁵⁾ See Respondent's Memorial on Jurisdiction and Admissibility, paras. 97 *et seq.*

⁽⁵⁶⁾ See Respondent's Memorial on Jurisdiction and Admissibility, paras. 102 *et seq.*

3. The Tribunal's Decision

165. The Tribunal finds that its jurisdiction is not affected by the April 23, 2004, decision of the Peruvian Tax Court. To the contrary, that decision is part of the factual matrix the Tribunal must consider in evaluating the merits of Claimant's claims against Respondent.

166. Respondent's remaining objections under the broad heading of admissibility are also closely intertwined with the merits of the dispute. In the circumstances, the Tribunal prefers to resolve all of these issues after a full hearing on the merits, and not at this stage of the proceedings. In other words, even if it were open to the Tribunal to dismiss some or all of the claims on grounds of admissibility, the Tribunal would exercise its discretion not to do so.


167. The Tribunal need not and does not decide whether, in appropriate circumstances, as a matter of ICSID law and practice, preliminary objections based on the concept of «admissibility» could be sustained.

IV. DECISION


168. For the oboce reasons, the Tribunal unanimously decides that:

1. The dispute submitted by DEI Bermuda is within the jurisdiction of the Centre and the competence of the Tribunal.
2. Respondent's objections to the admissibility of the dispute based on the finality of the decision of the Peruvian Tax Court are rejected. Respondent's remaining objections to the admissibility of the dispute are joinod to the merits.
3. The costs of the jurisdictional phase of the arbitration are reserved.


So decided.



Guido Santiago Tawil, Esq.
Co-arbitrator



Pedro Nikken, Esq.
Co-arbitrator



L. Yves Fortier, C.C., Q.C.
Chairman

COMENTARIO AL CASO CIADI N° ARB/03/28

 FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI (*)
ALVARO LOREDO ROMERO (**)

Las sorpresas de la Decisión sobre competencia en el procedimiento de arbitraje entre Duke Energy International Peru Investments N° 1 LTD (demandante) y la República del Perú (demandado)

1. ANTECEDENTES DE LA CONTROVERSIA

Para ubicar la controversia sobre competencia arbitral⁽¹⁾ –que por el momento es la única en haber sido dilucidada por el Tribunal Arbitral CIADI en la demanda interpuesta por Duke Energy contra el Perú–, el Tribunal Arbitral sustentó su decisión en que durante el año 1996 el Estado Peruano suscribió con DOMINION cuatro Convenios de Estabilidad Jurídica (CEJs).

(*) Abogado, Gerente de Conciliación y Arbitraje Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Consucode). Miembro del Comité Editor de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE.

(**) Abogado, Miembro del Estudio Santistevan de Noriega, Abogados.

(1) El análisis de la Decisión sobre Competencia adoptado por el Tribunal de Arbitraje CIADI obliga a distinguir entre la controversia de fondo contenida en la solicitud de arbitraje planteada por DEI Bermuda contra el Perú y la objeción de competencia (o controversia competencial) planteada como cuestión previa por el Perú. El Tribunal de Arbitraje CIADI, se ha pronunciado únicamente sobre este último tema.

Estos CEJs estaban destinados a conceder garantías y otorgar seguridades de estabilidad jurídica a la inversión destinada a la adquisición del 60% de las acciones de la empresa de generación eléctrica EGENOR en el marco de un proceso de privatización específico.

Posteriormente, Duke Energy adquirió dicho paquete de 60% de manos de EGENOR y fue calificada como operador de generación eléctrica. Más adelante el mismo grupo Duke consolidó su propiedad adquiriendo en bolsa el 30% del paquete accionario restante y de manos de los trabajadores de la empresa el 10% que conforme al esquema de privatización aplicado en aquel momento les correspondía. Finalmente, para consolidar su posición en EGENOR el Grupo Duke realizó una inversión de US\$ 200,000,000.

En estas circunstancias el Grupo Duke solicitó al Perú contar con las mismas garantías con las que anteriormente había contado DOMINION. Al no ser posible formalizar la cesión de los CEJ's de DOMINION a favor de DUKE ENERGY, bajo la figura de cesión de posición contractual, la demandante en el arbitraje ante el CIADI señaló que, en el año 2000, DUKE ENERGY presentó al Perú una propuesta a través de la cual pretendía obtener del Estado Peruano la misma protección a las inversiones que había obtenido DOMINION al momento en que ésta celebró sus CEJs. Ello explicaría, a juicio de la demandante, que el Perú hubiese admitido incluir en el CEJ suscrito con DUKE ENERGY el 24 de julio de 2001 la siguiente cláusula:

“NOVENA.- Siendo la intención de las partes que los problemas que se presente en relación con el cumplimiento del presente Convenio, se resuelvan de la manera más expeditiva posibles, se conviene desde ahora que cualquier litigio, controversia o reclamación entre ellos, relativa a la interpretación, ejecución o validez del presente Convenio, será sometida al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones para ser resuelta mediante arbitraje internacional de derecho, sujetándose a las Reglas sobre Conciliación y Arbitraje establecidas en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, aprobado por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 26210.

Los gastos que se generen por la aplicación de lo pactado en la presente Cláusula, serán sufragados por las partes contratantes en igual medida”.

2. LA OBJECCIÓN DE COMPETENCIA PLANTEADA POR EL ESTADO DEMANDADO

Ante la solicitud de arbitraje planteada contra el Estado Peruano por DEI Bermuda ante el CIADI, la defensa del Perú planteó un cuestionamiento a la competencia del Tribunal como cuestión previa, ya que la controversia sobre los asuntos de fondo no se enmarcaba dentro de los términos del convenio arbitral contenido dentro del CEJ suscrito con el Perú el 24 de julio de 2001.

El demandado alegó a favor de dicha objeción los siguientes argumentos, sosteniendo a partir de los mismos que el CIADI carecería de Jurisdicción para llevar a cabo el arbitraje:

- (i) Objeción de competencia *ratione materiae*
Sosteniendo que la inversión concretamente protegida por el CEJ suscrito por la demandante, que a su vez compromete la aplicación del convenio arbitral CIADI, no era la misma inversión que la que había dado origen a la controversia de fondo, en orden a que esta última ocurrió muchos años antes de la suscripción del CEJ.
- (ii) Objeción de competencia *ratione personae*
Este extremo de la objeción se planteó toda vez que la persona protegida por el CEJ celebrado (DEI Bermuda) no coincidía con la persona afectada por la acotación tributaria.
- (iii) Objeción de competencia *ratione temporis*
El Estado Peruano argumentó que la cláusula de arbitraje contenida en el CEJ, suscrito el 24 de junio de 2001, no facultaba al Tribunal Arbitral a conocer retroactivamente la controversia referida a hechos que ocurrieron antes. En efecto, se trata de hechos suscitados a partir de 1995; esto es, mucho antes de que la inversión cubierta por dicho Convenio de Estabilidad Jurídica se realizara para consolidar la propiedad de la inversión en DEI Egenor.

La materialización de la inversión en la que se basa el arbitraje tuvo lugar el 18 de diciembre de 2002. Esto ocurrió prácticamente 13 meses después de la acotación formulada por la autoridad tributaria peruana. Dicha acotación estuvo sustentada en hechos ocurridos con anterioridad a la suscripción del Convenio de Estabilidad Jurídica suscrito entre la demandante y el Estado Peruano que, como se sabe, ocurrió el 24 de julio de 2001.

3. EL RAZONAMIENTO DEL TRIBUNAL EN MATERIA DE COMPETENCIA

De las tres objeciones planteadas la Decisión sobre Competencia que se comenta encuentra su factor decisivo en el extremo *ratione temporis*, esto es

“(…) el momento en que surge entre las partes la diferencia de naturaleza jurídica y no el momento en que tuvieron lugar las cuestiones de hecho en las que se basa la diferencia.

Como se analizó en Maffezini c. España, si bien las partes pueden haber discrepado en ciertas cuestiones antes de la entrada en vigencia del instrumento relevante que contenía las garantías jurídicas, esto no significa que pueda decirse que la diferencia de naturaleza jurídica haya existido en ese momento (el énfasis es nuestro) (2).

Para el Tribunal Arbitral resulta claro que la controversia de naturaleza jurídica referida a una inversión no surge en el año 2000, cuando la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), efectuó la auditoria fiscal a Egenor, sino que surge cuando la SUNAT le impuso efectivamente a Egenor las correspondientes Resoluciones de Determinación, deviniendo de ello una obligación de pago. Esto ocurrió el 22 de noviembre de 2001, que es precisamente el momento en que a Egenor se le impone el pago de los US \$ 48,000,000, lo que en efecto ocurre en fecha muy posterior a la suscripción del CEJ del 24 de julio de 2001.

Asimismo, el Tribunal CIADI resolvió que las demás objeciones del demandado respecto a la admisibilidad de la controversia serían resueltas conjuntamente con las cuestiones de fondo, al tiempo que se reservó la decisión relativa a las costas del arbitraje. Efectivamente, el Tribunal Arbitral ha señalado en su Fundamento 86 que no ha prejuzgado sobre las materias relacionadas con el fondo de la controversia, toda vez que en esta etapa del arbitraje, la única cuestión sometida al Tribunal ha sido la de determinar su competencia. Por tal motivo y como ya se ha señalado, no correspondió al Tribunal efectuar un examen *prima facie* sobre el fondo de la controversia, siendo éste el criterio que se puede leer a continuación:

En esta etapa del arbitraje, relativa a la competencia, la única cuestión sometida al Tribunal es determinar si tiene competencia respec-

(2) Fundamento 148 de la Decisión sobre Competencia. Caso N° ARB/03/28. p. 29. Haciendo referencia a *Maffezini c. el Reino de España*, Caso No. ARB/97/7 del CIADI, Decisión sobre jurisdicción de fecha 25 de enero de 2000, párrafo 95.

to a la diferencia. El Tribunal de ninguna manera debe prejuzgar sobre las materias concernientes al fondo de la controversia, sino sencillamente examinar si éstas, según lo afirmado por el Demandante, caen dentro de su ámbito de competencia.⁽³⁾

4. EL CONCEPTO DE INVERSIÓN EN EL MARCO JURÍDICO DEL CIADI

Dado que un tribunal arbitral CIADI actúa para resolver controversias surgidas entre los Estados y los inversionistas, el concepto de inversión que han desarrollado estos tribunales resulta clave para entender cómo definen su propia competencia. En el caso bajo comentario, el tribunal arbitral ha adoptado el concepto más amplio, que proviene del Derecho Internacional de las Inversiones.

Este se viene admitiendo en los Acuerdos Internacionales de Inversión (AIIs), como son los tratados bilaterales de protección y promoción de inversiones, más conocidos por sus siglas en inglés BITs⁽⁴⁾. También se admite en los capítulos de inversiones en los Tratados de Libre Comercio, TLCs.

Por su parte, la legislación peruana define las inversiones protegidas por el ordenamiento jurídico nacional, adoptando un criterio amplio que se extiende a una serie de supuestos, incluyendo *cualquier otra modalidad de inversión extranjera que contribuya al desarrollo del país*⁽⁵⁾.

Este concepto de inversión desarrollado por los tribunales internacionales y por los AIIs, resulta clave para entender el análisis que hace el Tribunal de

⁽³⁾ Fundamento 86 de la Decisión de Competencia Caso N° ARB/03/28, p. 29.

⁽⁴⁾ Nótese que en el TLC suscrito con los Estados Unidos, en el párrafo (1) del Anexo 10-I de la Sección 10 se establece que, de conformidad con la legislación vigente sobre promoción de las inversiones (Decretos Legislativos N°s 662 y 757), el Perú podrá celebrar convenios de estabilidad jurídica, a efectos de proteger las inversiones que en él se realicen. A mayor abundamiento, el párrafo (4) del mencionado anexo establece lo siguiente:

“Un convenio de estabilidad jurídica, referido en el párrafo 1, puede constituir uno de los múltiples instrumentos escritos que conforman un acuerdo de inversión, definido en el Artículo 10.28. En ese caso, una violación del referido convenio de estabilidad jurídica por el Gobierno del Perú, *puede constituir una violación del acuerdo de inversión del que forman parte* (las cursivas son nuestras)”.

⁽⁵⁾ Ver inciso i), Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 662, en: http://www.proinversion.gob.pe/RepositorioAPS/0/0/JER/MARCOLEGALTRIBUTARIO/09-D_L_662.pdf; consultada en septiembre 2007.

Arbitraje CIADI con respecto a “inversión activa” o “integralidad del régimen de inversión” que se desarrolla más adelante.

De otro lado, cabe destacar que en los artículos de la Convención CIADI no existe una definición formal de inversión extranjera, limitándose dicho tratado a precisar que el arbitraje del CIADI se llevará a cabo necesariamente respecto de una diferencia de naturaleza jurídica derivada de una inversión.

En tal sentido, los tribunales arbitrales determinarán en cada caso si se trata o no de una inversión, a efectos de –a su vez– excluir o admitir la posibilidad de que el arbitraje se lleve a cabo bajo el ámbito de aplicación del CIADI⁽⁶⁾.

5. EL DERECHO APLICABLE EN LAS CONTROVERSIAS SOBRE INVERSIÓN

A este respecto, es relevante destacar que, en materia de controversias sobre inversiones y dependiendo de lo establecido en el correspondiente AII, el derecho aplicable por parte de los tribunales arbitrales suele ser el de los tratados, con las reglas aplicables del derecho internacional o el de las normas legales que dispongan dichos tratados, las mismas que pueden corresponder al ordenamiento jurídico interno de alguna de los Estados que son parte del AII.

“Por contraste con la remisión a la legislación del Estado que corresponda; por ejemplo, el Tratado de Libre Comercio de Norte América (TLCAN) –suscrito entre Canadá, los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América– a tenor de su artículo 1131, admite al Derecho Internacional como derecho aplicable y en concurrencia con el tratado (TLCAN), sin referirse a ninguna legislación nacional” a tenor de su artículo 1131⁽⁷⁾.

Aunque el TLCAN no es vinculante para el Perú, marca un derrotero que no puede soslayarse en las controversias que conocen tribunales arbitrales bajo el ámbito del CIADI. Una disposición diferente encontramos en el artículo

⁽⁶⁾ Cfr. UNCTAD (2003); Course on dispute Settlement; ICSID; 2.5. Requirements Rationae Materiae; UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.4.

⁽⁷⁾ *Artículo 1131.- Derecho aplicable*

1. Un tribunal establecido conforme a esta sección decidirá las controversias que se sometan a su consideración de conformidad con este Tratado y con las reglas aplicables al derecho internacional.
2. *La interpretación que formule la Comisión sobre una disposición de este Tratado, será obligatoria para un tribunal establecido de conformidad con esta sección”.*

42 del Convenio CIADI que establece que los tribunales arbitrales decidirán las diferencias “de acuerdo con las normas acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables”⁽⁸⁾. Esta última disposición ha sido también recogida, aunque con otra redacción, en el proyecto de Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos, en su artículo 10.22⁽⁹⁾.

Es fácilmente apreciable que el Tribunal Arbitral, en la Decisión materia de comenario, ha preferido decidir en función de los precedentes internacionales, sin considerar debidamente en toda su extensión y alcances, “la legislación del Estado parte que sea objeto de la diferencia”.

Es notoria la Decisión sobre Competencia en su precisión al mencionar las normas de protección a la inversión y los precedentes internacionales, pero no necesariamente ha considerado en su integridad los elementos propios del derecho

⁽⁸⁾ *Artículo 42*

- (1) El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.
- (2) El Tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley.
- (3) Las disposiciones de los precedentes apartados de este Artículo no impedirán al Tribunal, si las partes así lo acuerdan, decidir la diferencia ex aequo et bono.”

⁽⁹⁾ *“Artículo 10.22: Derecho Aplicable*

- (1) Sujeto al párrafo 3, cuando una reclamación se presenta de conformidad con el Artículo 10.16.1(a)(i)(A) o con el Artículo 10.16.1(b)(i)(A), el tribunal decidirá las cuestiones en controversia de conformidad con este Acuerdo y con las normas aplicables del Derecho Internacional.
- (2) Sujeto al párrafo 3 y las otras condiciones de esta Sección, cuando una reclamación se presenta de conformidad con el Artículo 10.16.1(a)(i)(B) o (C) o con el Artículo 10.16.1(b)(i)(B) o (C), el tribunal deberá aplicar:
 - (a) las normas legales especificadas en el acuerdo de inversión o en la autorización de inversión pertinentes, o de la manera como las partes contendientes puedan haber acordado; o
 - (b) si las normas legales no han sido especificadas o acordadas de otra manera:
 - (i) la legislación del demandado, incluidas sus normas sobre los conflictos de leyes; y
 - (ii) las normas del Derecho Internacional, según sean aplicables.
- (3) *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: <http://www.tlcperu-eeuu.gob.pe/downloads/documento/10.Inversion.pdf>*

peruano relacionados con los contratos ley que, por su origen público y el carácter constitutivo de las seguridades y garantías que otorgan, tienen por su propia naturaleza, efectos futuros que no es posible se retrotraigan en el tiempo.

Asimismo, en relación con la aplicación de las normas del Código Civil a los CEJ's, el Tribunal de Arbitraje CIADI para efectos de dilucidar la controversia en materia de competencia, ha dado notorio mayor peso a la opinión del experto nacional presentado por el demandante, Dr. Fernando de Trazegnies, antes que al análisis de las normas aplicables del Código Civil.

6. LOS ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES EN EL CIADI

Es muy importante subrayar, que la presente Decisión sobre Competencia constituye el primer antecedente que se tiene en el CIADI⁽¹⁰⁾ en el que un Tribunal de Arbitraje CIADI se pronuncia en relación a un CEJ suscrito al amparo del artículo 62° de la Constitución y de las leyes peruanas relativas a inversión. Como hemos adelantado, lo primero que llama la atención de la Decisión sobre Competencia es que no ha sido resuelta sobre la base de la legislación peruana –como era previsible en el marco del artículo 42° del Convenio CIADI– sino en función de los precedentes establecidos por otros tribunales arbitrales CIADI y a la luz de normas y principios de orden internacional.

Al respecto –como lo señala en su desarrollo la propia Decisión de Competencia– el Tribunal CIADI no tomó en consideración uno de los puntos de la defensa del Estado Peruano en el sentido de que la definición de “inversión” que debían considerar los árbitros –lo que resulta indispensable para establecer la competencia del Tribunal de Arbitraje CIADI a la luz del punto (1) del artículo 25° del Convenio CIADI– no debía regirse por los criterios de amplitud emanados de los Convenios Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones, sino por el criterio estricto del texto del Convenio de Estabilidad Jurídica celebrado con DEI Bermuda y de la ley peruana (relacionada con los US \$ 200,000,000 cubiertos por el Convenio en cuestión).

⁽¹⁰⁾ Nótese que el único otro caso en el que un Tribunal de Arbitraje CIADI ha resuelto algún asunto relacionado con el Perú es el Lucchetti S.A. y Lucchetti Perú S.A. v. la República del Perú Caso N° ARB/03/4 planteado por la empresa Lucchetti (<http://www.worldbank.org/icsid/cases/lucchetti-award-sp.pdf>).

En dicha controversia, el Perú obtuvo una Decisión sobre Competencia favorable. Se originó con motivo de la aplicación del Convenio Bilateral de Protección y Promoción de Inversiones suscrito entre los Gobiernos de la República de Chile y de la República del Perú.

“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.

(...)”.

Este argumento, que resulta incuestionable en el marco de la legislación peruana sobre inversión extranjera, fue desechado por el Tribunal de Arbitraje CIADI.

Es verdad que, para sustentar su decisión a favor de admitir su competencia para conocer la controversia, el Tribunal de Arbitraje CIADI se ha basado en los precedentes establecidos en laudos previos emitidos por Tribunales Arbitrales CIADI relacionados con convenios de inversión distintos y ajenos a un TBI. Cita a tal efecto los laudos que resolvieron las controversias entre *Holiday Inns c. Marruecos*, *CSOB c. Eslovaquia* y *Société Ouest-Africaine des Bétons Industriels (SOABI) c. la República de Senegal* que se originaron en convenios de inversión suscritos por particulares con esos Estados pero que no armonizan ni son necesariamente congruentes con los supuestos previstos jurídicamente en la normativa peruana. Esta normativa trata a cada inversión de manera independiente, de conformidad con la protección otorgada a cada inversionista por el Estado, de una parte; y, de la otra, de conformidad con la protección otorgada a la entidad receptora de la inversión, en su relación con el Estado, en un CEJ diferente al anterior.

7. EL ANÁLISIS *PRIMA FACIE* PARA ESTABLECER LA COMPETENCIA Y LA INVERSIÓN PERTINENTE

Efectivamente, conviene precisar que el propio Tribunal de Arbitraje CIADI señala que la Cláusula Segunda del CEJ⁽¹¹⁾ suscrito con el Estado

(11) “*SEGUNDA- DUKE ENERGY INTERNATIONAL, en virtud del presente Convenio, se obliga a lo siguiente:*

1. Efectuar aportes dinerarios al capital de la empresa DUKE ENERGY INTERNATIONAL PERU HOLDINGS, S.R.L., constituida en la ciudad de Lima,

Peruano –en términos explícitos– se encuentra referida únicamente al aporte de los US \$ 200,000,000 de DEI Bermuda al capital de DEI Perú Holdings. Sin perjuicio de ello, el Tribunal CIADI deja sentado –rechazando los argumentos de la defensa– que tal inversión no es la única jurídicamente relevante a efectos de determinar la competencia del Tribunal de Arbitraje CIADI. Al respecto, corresponde hacer un análisis de las figuras jurídicas que sustentan el argumento del Tribunal CIADI.

- **Inversión activa o inversión jurídicamente relevante**

Si bien admite el Tribunal de Arbitraje CIADI que el aporte de los US \$ 200,000,000 de DEI Bermuda al capital de DEI Perú Holdings no representa toda la inversión efectuada por Duke Energy en nuestro país, señala que este aporte de capital puede no reunir necesariamente todos los requisitos exigidos para ser considerado una inversión que contribuya a una actividad económicamente productiva, y que pueda –por tanto– ser materia de protección a través de un CEJ, vale decir, una inversión activa.

En un primer momento el Tribunal de Arbitraje CIADI hace eco del argumento del Perú en el sentido de que esa inversión precisa e individualizada, estuvo destinada a la consolidación de la propiedad accionaria de DEI Bermuda, pero no tuvo como destino final el proyecto de desarrollo eléctrico representado por DEI Egenor que fue materia de inversiones directas previas. Sin embargo, el Tribunal de Arbitraje CIADI no se queda allí pues admite, para tomar su Decisión sobre Competencia, que éste no fue el único aporte de Duke Energy al proyecto de desarrollo eléctrico en el Perú. Por ello considera como “inversión jurídicamente relevante” a todas las operaciones realizadas por DUKE ENERGY conducentes a obtener la propiedad de EGENOR.

inscrita en la Partida N° 1184295 en el Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima y Callao, por un monto de US\$ 200.000.000 (Doscientos millones y 00/100 Dólares de Estados Unidos de América) en un plazo no mayor de dos (2) años, contado a partir de la fecha de celebración del presente Convenio.

2. Canalizar el aporte proveniente del exterior a que se refiere el numeral 1, a través del Sistema Financiero Nacional, conforme deberá constar en la certificación que emita el banco interviniente en la operación.
3. Registrar su inversión, proveniente del exterior a que se refiere el numeral, valorizada en moneda de libre convertibilidad, en CONITE.”

- **No se trata de una transacción aislada**

El Tribunal de Arbitraje CIADI hace resaltar que la inversión efectuada por DEI Bermuda (aporte de capital a DEI Perú Holdings) no forma parte de una transacción aislada, sino todo lo contrario, que ésta resulta parte de una de las “*numerosas transacciones realizadas intencionalmente como parte de la privatización de Egenor.*” En tal sentido, ha señalado el Tribunal de Arbitraje CIADI, que tal aporte de capital, así como el resto de transacciones, forman parte de la inversión protegida por el CEJ, y como tal, sujeta a cláusula CIADI de solución de controversias.

- **No puede primar la forma sobre el fondo**

Concordando lo antes expuesto, podemos indicar que –en relación al aporte de capital de DEI Bermuda– el Tribunal de Arbitraje CIADI hace la siguiente precisión en el párrafo 92 de su Decisión de Competencia:

“Un enfoque restringido de los términos de la Cláusula Segunda del CEJ con DEI Bermuda como indicación de la ‘inversión’ haría primar la forma sobre el fondo, al ignorar la finalidad del aporte de capital (...)”

De esta manera, resulta meridianamente claro para el Tribunal de Arbitraje CIADI (así lo expresa en su Decisión sobre Competencia) que *la verdadera intención de DEI Bermuda –al efectuar el aporte de capital en DEI Perú Holdings– era la de invertir en DEI Egenor y que, por lo tanto, su inversión debía encontrarse comprendida dentro del mismo CEJ* que obtuvo en su momento IDP.

- **Integralidad del régimen de inversiones**

La posición del Tribunal de Arbitraje CIADI sobre este punto parte del hecho de que existan acuerdos comprendidos dentro de otros acuerdos, como actos jurídicos distintos y sucesivos, no implica el desconocimiento por parte del Tribunal Arbitral de la integralidad del régimen de estas inversiones. Al respecto, el Tribunal ha reconocido, como veremos a continuación, la unidad de una inversión a través de diversas operaciones entrelazadas para el caso de la privatización de EGENOR como lo han hecho otros Tribunales Arbitrales CIADI en controversias anteriormente resueltas.

El Tribunal Arbitral ha considerado a la operación de privatización de ELECTROPERÚ, desde su inicio, como un solo proyecto de inversión en el que el Perú ha ofrecido garantías y comprometido protecciones, sin atender a las particularidades de los distintos tramos de inversión realizada y de los distintos actos y contratos que dentro de ella se han llevado a cabo.

En efecto, para el Tribunal, desde el punto de vista de la protección a las inversiones se ha dado un *continuum* jurídico que parte desde el primer momento en que el Estado decidió la privatización de ELECTROPERÚ en el 1991 en que se comienza a aplicar un programa destinado a ello, uno de cuyos hitos fue la constitución de EGENOR, subsidiaria y de propiedad de ELECTROPERU en 1994. En el mismo año, la COPRI adopta un modelo de privatización (60% tipo de acciones tipo “A” a ser licitado a través de un concurso público internacional, 30 % tipo “B” a ser mantenido en manos del Estado a través de ELECTROPERU y 10% a ser transferido y puesto a la venta entre los trabajadores de ELECTROPERÚ), porcentajes que gradualmente fueron adquiridos por la empresa DOMINION, en primer lugar y –a través de varias operaciones– por empresas de Duke Energy que finalmente consolidó la propiedad del 99% del total accionario de EGENOR en la persona jurídica demandante.

Lo importante del enfoque que aplica el Tribunal de Arbitraje CIADI es que toma en consideración todo el proceso de privatización y su destino de atraer inversiones a favor de un proyecto de desarrollo en el Perú. No atienden los árbitros, en consecuencia, a las particularidades de actos o contratos específicos que se desarrollaron a lo largo de ese proceso, ni admiten interpretar la voluntad de las partes en relación a la cláusula arbitral CIADI suscrita el 24 de julio de 2001 exclusivamente en torno a lo allí dispuesto. Los árbitros proyectan el convenio arbitral en el tiempo, inclusive de manera retrospectiva, a todo el proceso de privatización.

En este ámbito, para el Tribunal de Arbitraje CIADI en su Decisión sobre Competencia no va a haber diferencia sustancial entre:

- (i) la protección a la inversión efectuada originalmente por Dominion Energy (a través de IDP) que en su momento contuvo una cláusula arbitral CIADI que perdió vigencia; y,
- (ii) las inversiones que posteriormente efectuó DEI Perú Holdings, en varios tramos y a través de diversas personas jurídicas, a pesar de que solamente una última de ellas se encuentre protegida por un CEJ con cláusula arbitral CIADI suscrito el 24 de julio de 2001.

Como explicaremos más adelante, los Árbitros han aplicado con amplitud el principio de la unidad de la inversión por lo que, en ese contexto, las sucesivas operaciones representan un todo (una operación integral global) para concluir que las controversias que de allí se deriven están sujetas a conocimiento del Tribunal Arbitral.

Es verdad que este tema no es ajeno al derecho civil en general y a la materia contractual en particular. Se trata de lo que la doctrina ha denominado **conexidad contractual**, aplicado por ahora al transporte multimodal, a los contratos entre grupos de prestadores y grupos de consumidores o a las relaciones interempresarias que tienen una finalidad económica supracontractual.

Lorenzetti describe ésto como “*un fenómeno muy amplio y poco estudiado*”. En palabras de este tratadista argentino “*el supuesto de hecho se configura cuando hay varios contratos que tienen su propia tipicidad, su propia causa y objeto, pero hay una operación económica superior a ellos que les da un sentido único. En estos casos existe un negocio que se hace a través de varios contratos, lo cual, si bien es normal para las relaciones económicas es perturbador para los juristas (...)*”⁽¹²⁾. Este fenómeno, añade el autor, debe ser delimitado porque hay numerosas situaciones en las que es posible buscar conexiones pero éstas no son relevantes. Añade sobre el particular que “*los contratos conexos deben ser interpretados en función de la operación económica que persiguen*”.

- **La verdadera naturaleza de la inversión**

El Tribunal Arbitral ha admitido que la verdadera naturaleza de la inversión realizada por la demandante estaba destinada a ocupar el lugar que originalmente ocupó DOMINION y, en consecuencia, la cláusula arbitral suscrita el 24 de julio de 2001 permite analizar todas las controversias que de alguna manera estén relacionadas con la inversión llevada a cabo por Duke Energy bajo el ámbito del CEJ suscrito el 24 de julio de 2001.

(12) LORENZETTI, Ricardo Luis, *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de Derecho*, Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, 2006, p. 359. El trabajo fundamental de este autor se titula “Esquema de una teoría sistémica del contrato” publicado en *Revista de la ley* del 30 de setiembre de 1999. Sobre ello ha escrito también SEGUI, Adela, “Teoría de los contratos conexos. Alguna de sus aplicaciones”, en: AA. VV., *Contratación Contemporánea*, Palestra - Temis, Lima, Bogotá, 2001, pp. 183 y ss.

En el marco de un proceso de privatización –que el Tribunal Arbitral considera como un todo integral– los árbitros se centran en el análisis del proyecto de desarrollo al que está destinado el conjunto de inversiones, para concluir que la naturaleza de la inversión no varió cuando Duke Energy ocupó el lugar de DOMINION. Por ello, a juicio de los árbitros, el convenio arbitral suscrito por la primera de las nombradas habilita a conocer el conjunto de inversiones que se realizaron en relación al proyecto de inversión.

El Tribunal Arbitral se centra en la descripción contenida en las Bases del Concurso organizado para la privatización del 60% de las acciones de EGENOR que hacían referencia a los requisitos del operador del proyecto de inversión. Solamente el operador calificado (inicialmente DOMINION) podía cumplir con el requisito del mantenimiento del 51% de la propiedad por un período mínimo de cinco años, siendo que –en caso de transferencia de acciones– el potencial nuevo operador debía someterse al mismo proceso de calificación que el original.

En su decisión el Tribunal Arbitral encuentra evidencia de que, efectivamente, DEI Bermuda, para reemplazar a DOMINION en su posición contractual, tuvo que llenar el mismo tipo de solicitud y calificar bajo las mismas condiciones por lo que, finalmente, los adquirentes reemplazaron en todos sus derechos a los inversionistas originales.

Al respecto, el Tribunal Arbitral concluye en el párrafo 109 de la Decisión sobre Competencia lo siguiente:

“Por lo tanto, después de haber aceptado Perú la solicitud presentada por Duke Energy, DEI Bermuda reemplazó a Dominion, y DEI Perú Holdings reemplazó a IDP, bajo el convenio de privatización”.

El Tribunal Arbitral ha admitido que la intención de ambas partes (el demandante y el Estado Peruano) fue la de consolidar un esquema de inversión que le permita a DEI Bermuda obtener la misma protección que en su momento obtuvo DOMINION. En el presente punto es oportuno recordar que, en el proceso de privatización de Egenor, el Estado Peruano reconoció y firmó una serie de CEJ's a través de los cuales acordó con los inversores –en ese momento Inversiones Dominion del Perú– un esquema especial de inversión que permitiría a los inversores asegurar el capital que fuese invertido en el proceso de privatización de EGENOR.

- **Reflejo de lo obtenido por DOMINION**

En concreto, el Perú –en el marco de los términos de los CEJ’s suscritos, la Constitución, y las leyes peruanas sobre inversión extranjera– acordó garantizar la estabilidad jurídica de las inversiones de DOMINION y de IDP por un período de 10 años contados a partir de la fecha de entrada en vigencia de los mencionados convenios. Cabe precisar, que dichos convenios establecieron cláusulas con arbitraje en CIADI en caso surja alguna controversia durante su ejecución.

De acuerdo a lo antes referido, debemos precisar que DEI Bermuda, al momento de adquirir el accionariado de DEI Egenor a través de DEI Perú Holdings –según lo sustentado por ellos y de acuerdo al criterio recogido por el Tribunal Arbitral–, buscó obtener *“la misma protección a las inversiones que la que había obtenido Dominion”*⁽¹³⁾. Sin embargo, la cesión del CEJ de DOMINION nunca se dio, debido principalmente a inquietudes relativas a la validez que tendría el CEJ en caso de haber sido cedido.

- **Valor que el Tribunal Arbitral le concede al Convenio de Garantía suscrito por el Perú**

Asimismo, debemos recordar que, mediante Decreto Supremo N° 033-96-PCM, el Estado Peruano otorgó a IDP garantía en respaldo de las obligaciones establecidas por ELECTROPERÚ S.A. en el contrato de compraventa de acciones de EGENOR, a través del cual Inversiones Dominion Perú adquirió el 100% de las acciones Clase “A” de EGENOR. Dicha acciones –como ya hemos dicho– representaban el 60% del capital social de dicha empresa que hoy en un 99% se encuentra en manos de la demandante.

En tal sentido, con fecha 05 de octubre de 1999, el Estado Peruano firmó el contrato de garantía con IDP. El referido contrato –entre otros acuerdos– garantizó al inversionista la transferencia de las acciones materia del contrato y; además, que dicha transferencia se había llevado a cabo respetando estrictamente las leyes y demás normas legales vigentes en nuestro país. A juicio de los árbitros este convenio, que evidentemente es distinto al CEJ suscrito por DEI Bermuda y al CEJ que previamente suscribió DOMINION, constituye un eslabón clave en la cadena de actos jurídicos relacionados con la inversión

⁽¹³⁾ Fundamento 50 de la Decisión sobre Competencia. Caso N° ARB/03/28, p. 16.

global llevada a cabo en DEI Egenor y en las garantías a la inversión aseguradas para dicho proyecto de desarrollo.

8. EL PRINCIPIO DE “UNIDAD DE LA INVERSIÓN” FRENTE A LOS SUCESIVOS CONVENIOS PARA LA PROTECCIÓN DE DISTINTOS TRAMOS DE LA INVERSIÓN

Uno de los aspectos medulares de la Decisión sobre Competencia –que contraviene la tesis de la defensa del Estado Peruano conducente a analizar el contenido del CEJ suscrito el 24 de julio de 2001 en sus propios términos, debido al esquema de autonomía de cada convenio de estabilidad (suscrito entre el inversionista con el Estado y el receptor de la inversión con el Estado) para garantizar cada una de las inversiones efectivamente realizadas– es el principio de “unidad de la inversión” que el Tribunal de Arbitraje CIADI desarrolla con detalle.

Bajo este principio se considera que, a pesar de que la inversión se haya llevado a cabo en diferentes actos o contratos, correspondientes a distintos tramos de operaciones de inversión de capital,

“(…) no sería congruente con la realidad económica ni con la intención de las partes considerar a cada uno de estos actos como totalmente aislados de los demás (el énfasis es nuestro).”

Para el Tribunal Arbitral resulta especialmente importante determinar

“(…) cuál es el acto que sirve de base a la inversión y que entraña como medidas de su ejecución la ejecución de los demás actos que se han realizado con el objeto de llevarlo a cabo”.

Llega a calificar como esencial descubrir la “unidad general de la operación de inversión” que, en esencia, la encuentra en la privatización de EGENOR, a partir de la cual se desencadenaron un conjunto de actos y contratos que deben verse como una estructura integral.

No es ajeno al ámbito de la protección internacional de las inversiones el principio de unidad de la inversión; en especial, dentro de la especialidad del Derecho Internacional de las Inversiones. En consecuencia, se puede verificar que dicho principio ha sido materia de tratamiento y definición fundamentalmente en los TBI. Por ello, la defensa del Estado Peruano apuntó, con toda

insistencia, que la competencia a la que habilitaba la cláusula arbitral del CEJ suscrito el 24 de julio de 2001 debía ser analizada dentro de sus propios términos (esto es, cubriendo las controversias originadas exclusivamente a partir de la inversión garantizada de US \$ 200,000,000 y no las que se hubiesen generado con anteriores inversiones o cubiertas bajo otros contratos) y no en el marco de las definiciones más amplias de un TBI. No obstante –como se ha sentado anteriormente en el presente comentario– los Árbitros, sustentados en los precedentes de *CSOB c/ Eslovaquia* y en *SOABI c. República de Senegal*, aplicaron en toda su amplitud el principio de unidad de la inversión.

Cabe mencionar que en el primer caso de CSOB contra Eslovaquia fue necesario, para el Tribunal Arbitral que lo resolvió, examinar contratos y transacciones que estaban fuera del Convenio de Consolidación que era el único, de varios suscritos entre las partes, que contenía el consentimiento para someter las controversias a arbitraje CIADI. A partir de esta visión más amplia, aquel Tribunal Arbitral llegó a la conclusión de que la controversia planteada surgía directamente de la inversión considerada en su totalidad. No se trató de una apreciación de dicho Tribunal que significase que automáticamente los árbitros podían adquirir competencia sobre el caso. Sin embargo, el Tribunal Arbitral que posteriormente resolvió la controversia planteada por SOABI contra la República de Senegal llegó a la conclusión de que, para decidir sobre la competencia de los árbitros en el caso concreto, no se podía dissociar un contrato de otro sino considerarlos todos bajo un criterio de unidad.

Doctrinariamente, en la Decisión sobre Competencia que se comenta en el presente informe, el Tribunal Arbitral cita los trabajos de Schreuer –quien también menciona el precedente del caso de conciliación *Tesoro Petroleum Corp. v. Trinidad Tobago (Caso N° CONC/83/1)*– lo hacen los árbitros para dejar sentado que la tendencia interpretativa que han adoptado en el marco del CIADI para el presente caso, consiste en “una visión amplia de las cláusulas de consentimiento al arbitraje” cuando el consentimiento de las partes se refleja en varios instrumentos sucesivos. Singularmente este autor marca el derrotero para la aplicación del convenio arbitral suscrito el 24 de julio de 2004 a las controversias que pudieran derivarse de la inversión en el marco de una relación global. Así señala que:

“Estos casos sugieren que los tribunales del CIADI están propensos a observar el contenido de las cláusulas de manera conjunta en los casos en los que los acuerdos entre las partes se encuentran plasmados en diferentes documentos. Las expresiones de consentimiento no se aplican respectivamente al documento

específico en las que aparecen sino que se interpretan en el contexto de la relación global entre las partes. Por lo tanto, puede considerarse que, en términos funcionales, varios contratos interrelacionados representan el marco jurídico de una operación de inversión. Las cláusulas relativas al arbitraje del CIADI en algunos de los distintos contratos, aunque no en todos ellos, pueden interpretarse como aplicables a toda la operación” (traducción libre)⁽¹⁴⁾.

Por ello, el Tribunal CIADI concluye –utilizando un lenguaje particularmente duro– señalando que

“El Tribunal no tiene dudas en aplicar el principio de la unidad de la inversión para refutar el argumento del demandado.”

No obstante esta firme posición del Tribunal Arbitral, cabe subrayar que el principio de unidad de la inversión que ha sido desarrollado por otros Tribunales CIADI se ha aplicado siempre para resolver el fondo de la controversia⁽¹⁵⁾ y no para tomar decisiones sobre competencia, como la que es materia de comentario. Creemos que es por eso que el Tribunal en su resolución sobre competencia se ha visto en la necesidad de plantear una advertencia que pasamos a describir a continuación.

9. LA “UNIDAD DE LA INVERSIÓN” NO ACARREA LA “UNIDAD DE LA PROTECCIÓN”

El Tribunal Arbitral reconoce en su resolución, que el demandante deberá sustanciar sus reclamos en la etapa de análisis de la cuestión de fondo,

(14) SCHREUER, Christopher, *The ICSID Convention: a commentary*, Cambridge Press, 2001, p. 248. “These cases suggest that ICSID tribunals are inclined to take a broad view of consent clauses where the agreement between the parties is reflected in several successive instruments. Expressions of consent are not applied narrowly to the specific document in which they appear but are read in the context of the parties overall relationship. Therefore, a series of interrelated contracts may be regarded, in functional terms, as representing the legal framework for one investment operation. ICSID clauses contained in some, though not all, of the different contracts may be interpreted to apply to the entire operation”.

(15) Caso Arbitral CIADI N° ARB/72/1. Holiday Inn y otros contra la República de Marruecos y Caso Arbitral CIADI N° ARB/97/4 Ceskoslovenská Obchodní Banka A.S. contra la República de Eslovaquia.

haciendo referencia exclusivamente a las garantías contenidas para la inversión en el CEJ con DEI Bermuda y no a las contenidas en ninguno de los restantes CEJ's, atendiendo a la redacción específica de la cláusula Novena del CEJ con DEI Bermuda y a la formulación de los reclamos del demandante en la Solicitud de Arbitraje.

Consecuentemente, si bien los árbitros señalan la falta de competencia del Tribunal de Arbitraje CIADI sobre los demás CEJ's, no impedirá que los tenga en cuenta a los fines de la interpretación y aplicación del CEJ con DEI Bermuda, aunque no estará en condiciones de hacer efectivas las protecciones contenidas en los otros CEJ's. En este punto, el Tribunal Arbitral ha dejado una puerta abierta para la defensa del Perú al distinguir el concepto “unidad de inversión” (que ha aplicado a plenitud) de la “unidad de la protección” que, al decidir las cuestiones de fondo, puede dar lugar a decisiones diferentes de las adoptadas por el Tribunal CIADI. Por lo que, tal como éste señala en el fundamento 133 de su resolución:

“En otras palabras, en las peculiares circunstancias de este caso (convenios sucesivos para la protección de la inversión), la unidad de la inversión no siempre importará la unidad de la protección de la inversión.”⁽¹⁶⁾

10. LA COMPETENCIA Y LA PROTECCIÓN A LA INVERSIÓN ANALIZADA A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS APPLICABLES DEL DERECHO INTERNACIONAL

Ha señalado el Tribunal Arbitral –citando los argumentos del Laudo en el caso *Amco Asia Corp. y otros contra la República de Indonesia*– y en aplicación del principio internacional del *pacta sunt servanda*⁽¹⁷⁾– que los convenios de arbitraje internacional deben interpretarse respetando la voluntad común de las partes. Agrega el Tribunal que dicho principio es común a todos los sistemas jurídicos de derecho interno y al derecho internacional. En este punto, cabe resaltar que el Tribunal hace referencia particularmente a que los compromisos y convenios suscritos deben interpretarse siguiendo los principios de la buena fe.

⁽¹⁶⁾ Fundamento 133 de la Decisión sobre Competencia. Caso N° ARB/03/28. pp. 48-49.

⁽¹⁷⁾ El principio del *pacta sunt servanda* contiene el mandato que señala que “los pactos deben ser cumplidos”.

Ahora bien, al momento que el Tribunal hace referencia al Convenio de Estabilidad Jurídica celebrado entre el Estado Peruano y DEI Bermuda señala que la cláusula novena⁽¹⁸⁾ de éste estableció que cualquier litigio, controversia o reclamación sería sometida al CIADI por lo que a su juicio está sometido a otros principios del Derecho Internacional. Cabe subrayar que el Tribunal se habría excedido en su aplicación del Derecho Internacional pues conforme a lo dispuesto por el artículo 42º del Convenio CIADI debió haber aplicado también el derecho peruano.

El Tribunal no ha dado muestras de haber procedido de esta manera, en especial, al no considerar la naturaleza independiente y distinta de cada uno de los CEJ's, que está claramente consagrada en la normativa nacional. De modo que el Tribunal abre paso a una interpretación amplia de estos convenios, la misma que el derecho local no permite.

- **Trato justo y equitativo, protección y seguridad plenas**

El trato justo y equitativo es un concepto general sin definición precisa. Consiste en un estándar básico que no está relacionado con la legislación interna del Estado anfitrión –en este caso el Estado peruano– y sirve como un elemento adicional en la interpretación del tratado y de las disposiciones sobre inversión en los tratados comerciales. El principio sirve para ampliar y extender las obligaciones y deberes que las partes han adquirido. Asimismo, implica un estándar general de acuerdo al cual, el Estado Peruano, debe ejercer la debida diligencia para la protección de la inversión extranjera.

En este contexto no debe sorprender que se aplique a los Estados que suscriben tratados de protección de inversiones o convenios con inversionistas

(18) “NOVENA

Siendo la intención de las partes que los problemas que se presenten en relación con el cumplimiento del presente Convenio se resuelvan de la manera más expeditiva posible, se conviene desde ahora que cualquier litigio, controversia o reclamación entre ellos, relativa a la interpretación, ejecución o validez del presente Convenio será sometida al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones para ser resuelta mediante arbitraje internacional de derecho sujetándose Reglas sobre Conciliación y Arbitraje establecidas en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, probado por el Perú, mediante Resolución Legislativa N° 26210.

Los gastos que se generen por la aplicación de lo pactado en la presente Cláusula serán sufragados por las partes contratantes en igual medida.”

con el mismo propósito, la doctrina del deber esencial de protección que emana de tales vínculos jurídicos lo que conduce a justificar en los tribunales una interpretación pro inversión. Del análisis de las decisiones arbitrales en el marco del CIADI puede decirse que se viene desarrollando una doctrina a favor de la inversión *mutatis mutandi* en términos similares a la doctrina *pro homine* aplicada en el campo de la protección de los derechos humanos. Ello supone una disposición de quienes ejercen jurisdicción, que *in fine* resulta más favorable al demandante que al Estado demandado.

A lo anterior debe añadirse que si bien la mayoría de los AII's, así como los dos Protocolos de Mercosur, el TLCAN y los tratados de libre comercio entre Canadá y Chile, México y Chile, y Centroamérica y República Dominicana, incluyen una cláusula de trato justo y equitativo, este estándar generalmente se combina con el principio de no discriminación o de protección y seguridad plenas. En algunos casos, los tres principios se combinan, precisándose que, adicionalmente, algunos tratados hacen referencia al derecho internacional. En la mayoría de los tratados se requiere alguna forma de protección. Así, los tratados suscritos por Venezuela con Barbados y Brasil, así como el NAFTA (entre Canadá y los Estados Unidos), se refieren a la protección y seguridad plenas. Algunos TBI's mencionan una protección legal plena; mientras que otros sólo requieren protección plena. En el tratado Colombia-Perú se utiliza la frase «protección y seguridad».

- **Principio de No Discriminación**

Prácticamente todos los tratados de inversión prohíben la discriminación contra las inversiones de inversionistas de la otra parte contratante. Los términos “no razonable”, “arbitraria” o “injustificada” son usados junto a la palabra discriminatoria para prohibir medidas que impidan la administración, mantenimiento, uso, disfrute o disposición de las inversiones de inversionistas de la otra parte contratante.

Cabe señalar que, los BIT's que han celebrado los Estados Unidos, disponen que “ninguna de las partes podrá menoscabar en modo alguno, mediante la adopción de medidas arbitrarias y discriminatorias la dirección, la explotación, el funcionamiento y la venta u otra forma de disposición de las inversiones protegidas”. En algunos casos, las medidas prohibidas son aquellas “no razonables” (o arbitrarias o injustificadas) y discriminatorias, mientras que en otros casos se usa la formulación “no razonables” (o arbitrarias o injustificadas) o discriminatorias.

No obstante lo anterior, el Tribunal Arbitral ha dejado espacio para que se argumente, en la etapa en la que se proceda al análisis del fondo de la controversia, la separabilidad de los distintos convenios y el efecto que puedan tener en la protección que alcanza a cada uno de ellos⁽¹⁹⁾. A este respecto, el Tribunal ha admitido (en el párrafo 133 de la Decisión sobre Competencia⁽²⁰⁾) la falta de competencia sobre los demás CEJs que forman parte de la inversión; empero ha advertido que ello no impedirá que los tenga en cuenta para interpretar y aplicar el CEJ que ha habilitado el arbitraje CIADI aunque no se trate por igual las protecciones en cada uno de ellos aseguradas.

- **Principio de buena fe en relación a los contratos y convenios suscritos**

La concepción de este principio –entendida así por innumerable jurisprudencia arbitral del CIADI– se encuentra asociada al derecho al debido proceso que tienen las partes. Así pues, los compromisos asumidos por las partes, deben considerarse como que fueron adoptados de manera legítima, transparente y razonable. Se completa la noción de este principio con el mandato de interpretación irrestricta de que deben gozar esta clase de convenios, vale decir, que debe prevalecer la voluntad común de las partes al momento de interpretar lo consagrado en un CEJ. Debe prevalecer lo que las partes verdaderamente buscaban al momento de comprometer sus voluntades de inversión.

El Tribunal de Arbitraje CIADI considera que el consentimiento dado por el Estado Peruano para que los litigios, controversias o reclamaciones que pudiesen surgir entre las partes en relación a la interpretación, ejecución o validez del CEJ suscrito con DEI Bermuda se sometan al arbitraje en el marco del CIADI, supone también el reconocimiento del derecho del demandante de hacer revisar por un Tribunal de Arbitraje CIADI las cuestiones analizadas por la Administración Pública y el Sistema Judicial peruano, mientras estén relacionadas con las garantías otorgadas en dicho CEJ.

(19) Recuérdese, como se ha sentado anteriormente, que el Tribunal de Arbitraje ha adelantado que el principio de “unidad de la inversión” no acarrea necesariamente la “unidad de la protección”.

(20) “Aunque la falta de competencia del Tribunal sobre los demás CEJs no impedirá que los tenga en cuenta a los fines de la interpretación y aplicación del CEJ con DEI Bermuda (en verdad, eso es “perfectamente posible, normal y necesario”), no estará en condiciones de “hacer efectivas” las protecciones contenidas en esos CEJs. En otras palabras, en las peculiares circunstancias de este caso (convenios sucesivos para la protección de la inversión), la unidad de la inversión no siempre importará la unidad de la protección de la inversión”.

Asimismo, y basándose en precedentes establecidos en laudos emitidos por un Tribunal de Arbitraje CIADI como el que resolvió la controversia entre *Robert Azinian y otros v. los Estados Unidos Mexicanos* y de *Amco v. Indonesia*, el Tribunal de Arbitraje CIADI considera que un tribunal internacional no está obligado a adherirse a lo dictado por un tribunal nacional.

“Aunque las partes del Contrato de concesión aceptaron la jurisdicción de los tribunales mexicanos, los demandantes alegan correctamente que no excluyeron el recurso a otros tribunales jurisdiccionales o arbitrales (como el presente) con competencia basada en otros fundamentos. El hecho de que los demandantes tomaran la iniciativa ante los tribunales mexicanos no excluye tampoco la jurisdicción de este Tribunal Arbitral. Los demandantes citan una serie de casos en los que los tribunales arbitrales no se han considerado vinculados por decisiones de tribunales nacionales. El Profesor Dodge, en su exposición oral, recalca la siguiente frase en el conocido caso del CIADI Amco vs. Indonesia: “Un tribunal internacional no está obligado a adherirse a lo dictado por un tribunal nacional.” Como persuasivamente alegan los demandantes, sería desafortunado que los demandantes potenciales, en virtud del TLCAN, se vieran disuadidos de buscar una reparación ante los tribunales nacionales, porque esta acción puede tener el efecto beneficioso de resolver la controversia sin recurrir al arbitraje inversionista-Estado con base en el TLCAN. Por último, el demandado no ha alegado tampoco ser irresponsable de los actos de una autoridad local como el Ayuntamiento de Naucalpan (el énfasis es nuestro).”⁽²¹⁾

CONCLUSIONES

Primera

La Decisión sobre Competencia emitida constituye el primer antecedente respecto a un pronunciamiento arbitral internacional relacionado con un CEJ suscrito al amparo del artículo 62° de la Constitución y de las leyes peruanas relativas a inversión.

La primera sorpresa es que el Tribunal de Arbitraje CIADI ha resuelto sobre su competencia –en el caso de un contrato plenamente regido por la ley

⁽²¹⁾ Fundamento 86 de Laudo Arbitral, de fecha 01 de noviembre de 1999, emitido en el Caso N° ARB (AF) 97/2 de fecha.

nacional– aplicando fundamentalmente precedentes establecidos por otros tribunales arbitrales internacionales en materia de inversión, e interpretando el Convenio CIADI. No ha aplicado significativamente el derecho vigente en el Perú (el Estado Parte materia de la controversia), conforme lo establece el artículo 42° del Convenio CIADI.

En el mismo orden de ideas, la segunda sorpresa se presenta en la forma en que el Tribunal Arbitral ha manifestado su disposición de resolver la controversia de fondo a la luz del derecho internacional y no de la ley nacional –inaplicando a nuestro juicio el artículo 42° del Convenio CIADI–, no obstante de que se trata de un litigio surgido en torno a un convenio suscrito conforme a la ley peruana, que únicamente contiene una cláusula de arbitraje CIADI.

La tercera sorpresa está reflejada en los criterios que ha utilizado el tribunal arbitral para dilucidar las objeciones de competencia planteadas por el Estado demandado, razonando todo el tiempo como si se tratase de una disputa surgida de garantías y seguridades derivadas de un convenio bilateral celebrado entre Estados (un BIT) cuando se trataba de una controversia surgida de un contrato celebrado en el marco interno de la Constitución y la ley peruana.

Segunda

Es significativo para futuros casos en los que el Perú sea demandado que el Tribunal de Arbitraje CIADI haya aplicado el criterio amplio y flexible para decidir sobre su competencia y para interpretar la inversión relevante a efectos de la litis. En el tema competencial, lo ha hecho como si se tratase de la protección de inversiones en el marco de tratados internacionales bilaterales de promoción de inversiones o de tratados de libre de comercio. El argumento de que el CEJ demanda una interpretación distinta, más estricta, de acuerdo a la legislación peruana que, protege separadamente cada inversión realizada, no fue admitido por el Tribunal de Arbitraje CIADI, ni tampoco fue aplicada la ley peruana sobre la materia conforme lo dispone artículo 42 del Convenio CIADI.

Tercera

El Tribunal de Arbitraje CIADI ha dejado sentado que la controversia de fondo no se va a resolver en estricto al amparo del derecho interno peruano, sino a la luz de las normas del derecho internacional, dado que le corresponde al Estado Peruano la facultad y el deber de someter su legislación al control del derecho internacional. Consecuentemente, resultará necesario analizar los temas en que la legislación peruana aplicable se encuentre o deba ser armonizada

“... Derecho Internacional, para diferenciarlos de aquellos en los que sea necesario mantener la o las posiciones que por el imperio de la soberanía y el interés nacionales, resulten irrenunciables. Todo ello, sin soslayar la relevancia estratégica de los fundamentos a tomar en consideración, desde las disciplinas jurídicas del Derecho Internacional de las Inversiones y que fueren relevantes para la defensa de los altos intereses del Estado Peruano”.

Cuarta

De acuerdo a las consideraciones vertidas por el Tribunal de Arbitraje CIADI, las partes –en la etapa de análisis del fondo de la cuestión– podrán ventilar todas las cuestiones de hecho relacionadas con la controversia, incluidas aquellas anteriores a la fecha de entrada en vigencia del CEJ suscrito con DEI Bermuda, a fin de determinar si el demandado violó algunos de los acuerdos a los que se había sometido en el marco de dicho Convenio con DEI Bermuda. Al haber aplicado el Tribunal de Arbitraje CIADI el principio de unidad de la inversión, a pesar de que hayan habido convenios sucesivos para la protección de distintos tramos de la inversión realizada, la defensa del Perú tendrá que analizar la operación de inversión como un todo y, en base a eso, armar el esquema de defensa para la siguiente etapa en la que se discutirá y decidirá sobre el fondo del asunto.

Quinta

A lo anterior debe añadirse que el Tribunal de Arbitraje CIADI ha utilizado criterios de protección de inversiones que deberán tomarse en consideración con especial cuidado, como:

- (i) La unidad de la inversión y la integralidad del régimen de inversiones a que dio lugar una privatización, que es tratada como un solo proyecto;
- (ii) La legitimidad del objetivo del inversionista demandante de obtener la misma protección a sus inversiones que la que el Perú le ofreció a su predecesora; y
- (iii) La verdadera naturaleza de la inversión para legitimar el objetivo anteriormente descrito.

Todos estos criterios serán evidentemente utilizados para resolver los temas de fondo puesto que los antecedentes citados por el propio Tribunal Arbitral dan cuenta de que tales principios –en especial de la “unidad de la inversión”– ha sido aplicado para resolver cuestiones de fondo. Por primera vez este Tribunal Arbitral lo aplica para definir su propia competencia, siendo que se trata de un criterio originalmente utilizado para resolver cuestiones de fondo.

Sexta

No obstante, a pesar de las sorpresas, el Tribunal de Arbitraje CIADI en su Decisión sobre Competencia ha dejado una puerta abierta para esperar algunas diferencias sustantivas en los temas de fondo; es decir: ha definido que el principio de “unidad de la inversión” no supone necesariamente el de “unidad de la protección”. Dicho esto, en un contexto de inversiones sucesivas que han sido protegidas a través de convenios sucesivos, la puerta abierta por el Tribunal CIADI da pie a que se espere de los Árbitros mayor receptividad para distinguir los alcances de la protección de cada CEJ en particular, en la medida en que el Perú ponga énfasis en la obligación que el artículo 42° del Convenio CIADI le impone al Tribunal de Arbitraje CIADI de resolver la controversia aplicando también la legislación del Estado Parte de la controversia, esto es, la legislación peruana.

Sétima

El Tribunal de Arbitraje CIADI ha considerado que está facultado a revisar las cuestiones analizadas por la Administración Pública y el sistema judicial del Perú, mientras éstas caigan dentro de las garantías otorgadas por el CEJ suscrito con la demandante. El Tribunal de Arbitraje CIADI analizará, en la siguiente etapa, el proceso de fiscalización a la que fue sometida Egenor, las acotaciones efectuadas por la SUNAT, las resoluciones de Intendencia emitidas por la SUNAT y las resoluciones del Tribunal Fiscal vinculadas al caso de Egenor.

Octava

A título de lecciones aprendidas, fuera del ámbito del arbitraje sometido al CIADI, teniendo en consideración el enfoque y la interpretación que hace el Tribunal de Arbitraje de los documentos involucrados en el proceso de solicitud y suscripción de un CEJ's con el Estado Peruano, resultaría conveniente analizar la posibilidad de introducir modificaciones en los formatos, modelos, solicitudes y/o documentación relacionada al proceso de suscripción de éstos.

Con la experiencia que surge de la Decisión sobre Competencia analizada, el Estado Peruano debe encontrarse en una mejor posición, en caso de ser llevado en otra oportunidad ante un tribunal internacional y debe tener la posibilidad de pactar, como regla arbitral, o como contenido de las cláusulas arbitrales que en el futuro suscriba, la aplicación de la ley peruana en las controversias que surjan de contratos que celebra con inversionistas que estén regidas fundamentalmente por la Constitución del Perú y la ley nacional, procurando diferenciar claramente éstas de las que surjan en el ámbito de los tratados bilaterales de protección e inversiones o de libre comercio. ▲

Decisiones Constitucionales y Judiciales

Decisiones Constitucionales y Judiciales



EXP. N° 7181-2006-PHC/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 28 de mayo de 2007, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados Landa Arroyo, Alva Orlandini y Mesía Ramírez, con el voto en discordia del magistrado Gonzales Ojeda y el voto dirimente con fundamento de voto del magistrado Mesía Ramírez, pronuncia la siguiente sentencia:

I. ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Luis Miguel Abeo Sabogal, a favor de los integrantes de un tribunal arbitral contra la sentencia de la Primera Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 269, su fecha 24 de abril de 2006, que declaró improcedente la demanda de Hábeas Corpus de autos.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

Con fecha 17 de febrero de 2006, don Luis Alejandro Vivanco Gotelli interpone demanda de Hábeas Corpus a favor de los integrantes del tribunal arbitral, contra el Juez Suplente del Décimo Juzgado Penal de Trujillo, señor Luis Chávez Pacheco, por la presunta vulneración de sus derechos a la tutela procesal efectiva, a la defensa, al principio de legalidad material y a obtener una resolución fundada en derecho; a fin de que se deje sin efecto el auto apertorio de instrucción de fecha 8 de febrero de 2006 y se disponga que el expediente 2006-319 sea remitido al Sexto Juzgado Penal de Lima y acumulado con la causa signada con el expediente 275-05.

En la demanda se alega que el demandado ha procedido a abrir instrucción en contra de los recurrentes por el delito de abuso de autoridad, pese a que no se ha llevado a cabo una adecuada investigación en sede fiscal. A ello se suma que el auto de apertura de instrucción no contiene un análisis de subsunción típica, ni justifica por qué se le ha

atribuido a los procesados –integrantes del tribunal arbitral Sulliden-Algamarca– la calidad de funcionarios o servidores públicos. De otro lado, sostiene que se viene tramitando otro proceso penal por los mismos hechos contra el tribunal arbitral, por el delito de falsedad genérica, ante el Sexto Juzgado Penal de Lima. Finalmente, señalan que el juez emitió el auto apertorio de instrucción de fecha 8 de febrero de 2006, sin haber resuelto dos solicitudes formuladas por los accionantes.

2. Investigación sumaria de Hábeas Corpus

Realizada la investigación sumaria, se recibe la declaración indagatoria de don Luis Alejandro Vivanco Gotelli, abogado de los beneficiarios, quien se ratificó en el contenido de su demanda (fojas 40 a 43). Por su parte, el demandado manifiesta que el auto apertorio de instrucción ha sido emitido conforme a ley y tomando en consideración la investigación a cargo del Ministerio Público.

3. Resolución de primer grado

Con fecha 2 de marzo de 2006, el Juzgado Mixto de La Molina y Cieneguilla declara fundada la demanda y dispone la nulidad e insubsistencia del cuestionado auto apertorio de instrucción, por considerar que se ha vulnerado el derecho de los accionantes a obtener una resolución fundada en derecho, puesto que dicho auto no cuenta con una mínima argumentación sobre la subsunción típica de los hechos imputados; asimismo, señala que el proceso penal debe ser conocido por el juez de Lima y no por el de La Libertad. Finalmente, declara la insubsistencia de la denuncia fiscal, por haber sido formalizada sin investigación preliminar y sin tomar en cuenta la alegación del demandante, referida a la existencia de un proceso penal sobre los mismos hechos.

4. Resolución de segundo grado

Con fecha 24 de abril de 2006, la Primera Sala Penal para procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima revoca la apelada y la declara improcedente pues advierte que el auto apertorio de instrucción ha sido adecuadamente motivado y los demandantes han podido ejercer plenamente su derecho de defensa en el marco del proceso penal que se sigue en su contra.

III. FUNDAMENTOS

Precisión del petitorio de la demanda

1. Del análisis de lo actuado en autos se desprende que los accionantes formulan demanda de Hábeas Corpus con el fin de que se deje sin efecto el auto de apertura de instrucción de fecha 8 de febrero de 2006 y se disponga la remisión del expediente al Sexto Juzgado Penal del Lima para que sea acumulado al Expediente N° 279-05. Planteado así el petitorio de la demanda y pese que los accionantes alegan la vulneración de sus derechos al debido proceso, a la debida motivación de las resoluciones judicia-

les, a la defensa, a ser juzgados por un juez competente, al principio de legalidad y al principio de *ne bis in idem*; del análisis de lo actuado, el Tribunal Constitucional advierte que es el derecho constitucional cuya vulneración se alega (...): c) el derecho a la debida motivación del auto de apertura de instrucción.

(...)

C. Presunta vulneración de su derecho a obtener un auto apertorio de instrucción debidamente motivado

6. Tratándose de un Hábeas Corpus promovido contra una resolución judicial, como es el auto de apertura de instrucción, se debe precisar que, conforme a lo establecido por este Colegiado en anterior jurisprudencia:

«si bien uno de los requisitos para cuestionar mediante Hábeas Corpus una resolución de carácter jurisdiccional es que tenga la calidad de firme, conforme a lo previsto en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional, tratándose del auto de apertura de instrucción no corresponde declarar la improcedencia de la demanda, toda vez que contra esta resolución no procede ningún medio impugnatorio mediante el cual se pueda cuestionar lo alegado en este proceso constitucional” (Exp. N° 8125-2005-PHC/TC, FJ 3)

7. Ante la ausencia de una previsión legal que establezca un recurso mediante el cual sea posible impugnar este tipo de resoluciones, una alegación como la planteada en la demanda, sólo sería amparable tras la finalización del proceso penal mediante sentencia o por alguna causal de sobreseimiento, lo que no se condice con el respeto del derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva (Exp. N° 8125-2005-HT/TC, FJ 4). En consecuencia, en relación a este extremo de la demanda, corresponde emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la materia.

8. La cuestión constitucional propuesta por el recurrente se vincula con la necesidad de que las resoluciones, en general, y las resoluciones judiciales, en particular, estén debidamente motivadas, por ser éste un principio básico que informa el ejercicio de la función jurisdiccional; y, al mismo tiempo, un derecho de los justiciables a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente propuestas. Al respecto, este Colegiado (Exp. N° 8125-2005-PHC/TC, FJ 11) ha señalado que:

“[l]a exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5) del artículo 139 de la Norma Fundamental, garantiza que los jueces, cualquiera que sea la instancia a la que pertenezcan, expresen la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables (...).”

9. Atendiendo a que en el presente caso, el demandante alega la vulneración del derecho fundamental aludido, corresponde analizar, en sede constitucional, si se ha motivado adecuadamente el auto de apertura de instrucción emitido por los vocales demandados con fecha 8 de febrero de 2006, en que se dispone abrir instrucción contra el tribunal arbitral, por el delito de abuso de autoridad en agravio de la Empresa Pilacones S.A.

10. Al respecto, el artículo 77 del Código de Procedimientos Penales (modificado por la Ley N° 28117), regula la estructura del auto de apertura de instrucción, y en su parte pertinente establece que:

“Recibida la denuncia y sus recaudos, el Juez Especializado en lo Penal sólo abrirá instrucción si considera que de tales instrumentos aparecen indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito, que se ha individualizado a su presunto autor o partícipe, que la acción penal no ha prescrito o no concurra otra causa de extinción de la acción penal. El auto será motivado y contendrá en forma precisa los hechos denunciados, los elementos de prueba en que se funda la imputación, la calificación de modo específico del delito o los delitos que se atribuyen al denunciado, la motivación de las medidas cautelares de carácter personal o real, la orden al procesado de concurrir a prestar su instructiva y las diligencias que deben practicarse en la instrucción”.

11. En relación al caso concreto, se considera pertinente señalar que si bien, por regla general, la tipificación penal y la subsunción de las conductas ilícitas no son objeto de pronunciamiento en este tipo de procesos, nada impide que se lleve a cabo un control constitucional sobre la cuestionada resolución por afectación al derecho a la adecuada motivación de las resoluciones judiciales. En tal sentido, este Colegiado aprecia que si bien en el auto de apertura de instrucción (fojas 8-9) se exponen enunciativamente los hechos denunciados y se concluye que los mismos configuran el tipo penal recogido en el artículo 376 del Código Penal (delito de abuso de autoridad) no se advierte, por el contrario, la existencia de motivación alguna que justifique objetiva y razonablemente la subsunción de las conductas realizadas por los recurrentes en el tipo penal atribuido. Más aún si no se ha realizado ninguna fundamentación de las razones que sustentarían el hecho que los recurrentes, en su calidad de árbitros, puedan ser considerados funcionarios públicos.

12. En consecuencia, es posible afirmar que el auto de apertura de instrucción cuestionado no se adecua, en rigor, a lo establecido por la Constitución y la ley procesal penal citada, pues la obligación de motivación del Juez penal al abrir instrucción, no se colma únicamente con la puesta en conocimiento al sujeto pasivo de los hechos denunciados y del tipo penal atribuido, sino que comporta la ineludible exigencia de se lleve a cabo un juicio de subsunción de los hechos en el tipo penal que se imputa, a fin de no limitar o impedir, ilegítimamente, a los procesados un pleno y adecuado ejercicio constitucional del derecho de defensa.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú.

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda; en consecuencia, nulo el auto de apertura de instrucción, de fecha 8 de febrero de 2006, en el extremo que resuelve abrir instrucción a los recurrentes por el delito de abuso de autoridad.
2. Ordenar al juez del Décimo Juzgado Penal de Trujillo que dicte una nueva resolución judicial debidamente motivada, de conformidad con los fundamentos 6 al 12 de la presente sentencia.
3. Declarar **INFUNDADA** la demanda en el extremo que se alega la vulneración del principio de *ne bis idem*.
4. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en el extremo que se alega la vulneración del derecho al juez natural.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LANDA ARROYO; ALVA ORLANDINI; MESÍA RAMÍREZ

VOTO EN DISCORDIA DEL MAGISTRADO GONZALES OJEDA

Con el debido respeto que me merece la opinión de mis colegas, no comparto el sentido del fallo. Fundamento mi posición en las siguientes consideraciones:

1. Sobre la alegada afectación a la debida motivación del auto de apertura de instrucción que se dictó contra el favorecido, es pertinente señalar lo declarado por este Tribunal con respecto al derecho a la debida motivación de las resoluciones. Así, según lo señalado en la sentencia recaída en el Exp. N° 6712-2005-HC/TC [Magaly Medina Vela y otro], este derecho implica:

“(…) que cualquier decisión cuente con un razonamiento que no sea aparente o defectuoso, sino que exponga de manera clara, lógica y jurídica los fundamentos de hecho y derecho que la justifican, de manera tal que los destinatarios, a partir de conocer las razones por las cuales se decidió en un sentido o en otro, estén en la aptitud de realizar los actos necesarios para la defensa de su derecho. El derecho a la motivación es un presupuesto fundamental para el adecuado y constitucional ejercicio del derecho a la tutela procesal efectiva”.

2. Asimismo, este Tribunal ha desarrollado el tema de la debida motivación con respecto al auto de apertura de instrucción, señalando que aquél que no permita al imputado conocer de manera cierta los cargos que se le imputan resulta vulneratorio del derecho de defensa [Exp. N° 8125-2005-PHC/TC, General Electric]. Ello se deduce del artículo 77 del Código de Procedimientos Penales, el cual establece como requisitos para el

dictado del auto apertorio de instrucción que de los actuados aparezcan indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito, que se haya individualizado a los inculpados y que la acción penal no haya prescrito o no concurra otra causa de extinción de la acción penal. Del mismo modo, constituye una exigencia derivada del derecho de defensa, elemento del debido proceso reconocido expresamente en el artículo 139.14 de la Constitución, el conocer de forma clara los hechos que se imputan. Por tanto, no basta la plena individualización de los autores o partícipes si es que la misma no incluye la conducta concreta que se imputa.

3. Sin embargo, en el presente caso, de la copia del auto de apertura de instrucción cuestionado se advierte que se hace mención de manera clara y detallada de las conductas en las que habrían incurrido los beneficiarios, así como el tipo penal aplicable al caso concreto. En ese sentido, el derecho a la debida motivación, como garantía del debido proceso se habría respetado cabalmente.

Por estas consideraciones, mi voto es que se declare **INFUNDADA** la presente demanda de Hábeas Corpus.

SR.
GONZALES OJEDA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MESÍA RAMÍREZ

Adhiriéndome en su totalidad a los votos emitidos por los magistrados Landa Arroyo y Alva Orlandini, considero oportuno complementarlo con los siguientes fundamentos:

1. Si bien es verdad que en reiteradas oportunidades este magistrado ha señalado que el auto apertorio de instrucción no puede ser objeto de cuestionamiento por medio de un proceso de Hábeas Corpus, ya que eso significaría convertir a este Colegiado en un tribunal de alzada con posibilidades para subrogarse en las funciones del juez penal, también es cierto que el ordenamiento constitucional no puede permitir que bajo la simple apariencia de un auto apertorio de instrucción se esconda un acto lesivo manifiestamente ilegítimo que no resiste el menor análisis jurídico.

2. En este orden de ideas, un acto apertorio de instrucción, para ser tal, debe necesariamente responder a estándares mínimos de legalidad y constitucionalidad. Si no fuese así nos encontraríamos frente a un uso desproporcionado e ilegítimo de un poder que el Estado ha puesto en manos de los órganos jurisdiccionales al servicio de los derechos fundamentales.

3. En el caso de autos, no puede suscribirse la motivación del a quo cuando decide abrir instrucción por considerar que los árbitros han actuado delictuosamente al denegar a la empresa Minera Pilacones su intervención excluyente de propiedad. Tal razonamiento no sólo constituye una infracción a la garantía del principio de tipicidad penal y de subsunción de las conductas ilícitas, sino también una abierta vulneración

del principio-derecho a la autonomía e independencia de la función jurisdiccional. Las decisiones arbitrales deben ser impugnadas hasta su total agotamiento en un proceso de naturaleza civil o constitucional, según corresponda. Sólo después y no antes, si el juez advierte o considera que existen elementos suficientes acerca de la probable comisión de delitos, remitirá los actuados al Ministerio Público para que éste actúe de conformidad con sus atribuciones. Lo contrario supondría convertir al *ius puniendi* del Estado en una espada de Damocles pendiendo sobre la jurisdicción arbitral.

SR.

MESÍA RAMÍREZ

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EXP. N° 7181-2006-PHC-TC

 JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA (*)

Distinción entre árbitros y funcionarios públicos en sede constitucional

El Tribunal Constitucional ha venido sosteniendo consistentemente que los árbitros ejercen función jurisdiccional. Lo ha hecho desde el caso Cantuarias Salaverry (6167-2005-PHC/TC) y en las sucesivas sentencias en que, en la vía del amparo, se ha pronunciado sobre temas arbitrales⁽¹⁾.

Se ha advertido el peligro de desnaturalizar el arbitraje, por llevar a extremos la “jurisdiccionalización” del proceso. Ya el suscrito señaló la primera

(*) Fundador del estudio Santistevan de Noriega - Abogados. Abogado y Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Con estudios de Posgrado en New York University y Wisconsin University. Árbitro nacional e internacional, registrado en el Centro Internacional para el Arreglo de las Controversias en Materia de Inversión (CIADI), así como en los principales centros de arbitraje del Perú. Preside el Comité Editor de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE.

(1) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 2557-2006-PA/TC (Caso Compañía de Exploraciones Algamarca) de fecha 30 de abril de 2006, y la recaída en los expedientes acumulados N°s. 7149 y 6662-2006-PA/TC (Caso Minera Sulliden Shahuindo SAC y Compañía de Exploraciones Algamarca S.A).

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

SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge, “Tribunal Constitucional y arbitraje: improcedencia del amparo contra resoluciones y laudos arbitrales, el control difuso en sede arbitral y el tratamiento de la recusación del tribunal arbitral “*in toto*”, en: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 4, Lima, pp. 3-48.

vez, en el artículo que comenta la Sentencia recaída en el Expediente N° 6167-2005-HC, caso Cantuarias Salaverry que si no se tiene cuidado jurisprudencialmente se podría llegar a la “hiperconstitucionalización” del arbitraje. El tema no ha acabado de pacificarse en la doctrina nacional aunque hay mayor consenso en reconocer el esfuerzo inmunizador que ha provocado el Tribunal Constitucional a través de sus sentencias en las que solamente se admite la intervención judicial *a posteriori*, sea para efectos del control de legalidad del laudo –a través del recurso de anulación–, sea por motivo del control de su constitucionalidad.

En este contexto, resulta relevante esta sentencia del Tribunal Constitucional –nuevamente emanada de un proceso de Hábeas Corpus– en la que la Sala concluye que los árbitros no son funcionarios públicos y por lo tanto no son pasibles de acusación por el delito de abuso de autoridad. Así lo dice en los considerandos 11 y 12. Consecuentemente no puede proceder una denuncia contra los árbitros por el mencionado delito pues ellos, el Tribunal lo advierte, no tienen la condición de funcionarios públicos que es uno de los elementos típicos de la figura delictiva contenida en el artículo 376 del Código Penal.

En este contexto, destaca también la posición del voto singular concurrente emitido por el Magistrado Carlos Mesía Ramírez, según se lee en su Fundamento N° 3. Mesía, siguiendo la línea de inmunización del arbitraje frente a intervenciones de terceros mientras a éste se encuentre en giro, remite todo cuestionamiento –aún en materia penal– al momento posterior a la emisión del laudo para evitar que denuncias penales pesen como una espada de Damocles sobre la actividad arbitral: “Las decisiones arbitrales deben ser impugnadas hasta su total agotamiento en un proceso de naturaleza civil o constitucional, según corresponda. Sólo después y no antes, si el juez advierte o considera que existen elementos suficientes acerca de la probable comisión de delitos, remitirá los actuados al Ministerio Público para que éste actúe de conformidad con sus atribuciones. Lo contrario supondría convertir al *ius puniendi* del Estado en una espada de Damocles pendiendo sobre la jurisdicción arbitral”. ▲

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

Cas. Nº 856-2006-Lima

Cas. Nº 856-2006-Lima. Anulación de Laudo Arbitral. Lima, veinticuatro de enero del dos mil siete.- LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, vista la causa número ochocientos cincuentiséis - dos mil seis, en Audiencia Pública de la fecha, y producida la votación con arreglo a Ley; con los acompañados; emite la siguiente sentencia;

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto por el Estudio Blume Abogados Sociedad Civil de Responsabilidad Limitada, mediante escrito de fojas ciento ochentisiete, contra la resolución emitida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas ciento sesentiocho, su fecha veinte de mayo del dos mil cinco, que declara *Fundada* en parte la demanda, y en consecuencia la nulidad del laudo en mayoría, solo en el extremo que castiga a la parte actora, EMAPE, con el pago de costas y costos del arbitraje, quedando subsistente en lo demás que contiene, por lo que cumplan los árbitros con emitir un nuevo pronunciamiento solo con referencia a este punto;

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Que, concedido el recurso de casación, fue declarado *procedente* por resolución de fecha veintidós de junio del dos mil seis, por la causal prevista en el inciso 1 del artículo 386º del Código Procesal Civil, esto es, la *interpretación errónea del artículo 52º de la Ley General de Arbitraje - Ley Nº 26572*, arguyendo que la Sala, erróneamente, ha equiparado la figura del convenio arbitral con el acta de instalación de los árbitros, no obstante, tratarse de figuras distintas, pues el convenio arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial; de otro lado, el acta de instalación de los árbitros es el documento en el cual consta la aceptación de los árbitros de resolver la controversia suscitada y en el que las partes pueden también fijar las reglas del procedimiento o someterse a las reglas establecidas por los árbitros o, de ser el

caso, por el reglamento de la institución arbitral respectiva, estando a lo dispuesto por el artículo 33º de la Ley General de Arbitraje. En tal sentido, la entidad impugnante sostiene que la Sala de mérito no ha tenido en cuenta que en el convenio arbitral no se pactó respecto al pago del proceso arbitral, por lo que de acuerdo al citado numeral 52º, correspondía en total libertad a los árbitros fijar los costos del presente proceso arbitral conforme ellos han procedido; empero, en una interpretación extensiva, la Sala considera que ya está pactado el pago de los costos en base a que este se acordó en el acta de instalación de árbitros del catorce de agosto del dos mil tres; siendo que dicha acta no puede confundirse con el convenio arbitral;

CONSIDERANDO:

Primero.- Que, el recurso de casación tiene como fines esenciales la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional de la Corte Suprema de Justicia, conforme se señala en el artículo 384º del Código Procesal Civil;

Segundo.- Que, la actora Empresa Municipal Administradora de Peaje de Lima (EMAPE) interpone demanda de nulidad de laudo arbitral, de fecha dos de abril del dos mil cuatro, aclarado mediante Resolución número dieciséis de fecha veintisiete de abril del dos mil cuatro, correspondiente a la causa ventilada ante el tribunal arbitral conformado, por Francisco Eguiguren Praeli (Presidente); Domingo García Belaunde, (arbitro designado por el Estudio Blume) y José Talayera Herrera designado por EMAPE, Secretario Miguel Santa Cruz Vital, en base a la causal de anulación prevista en el inciso 2 del artículo 73º de la Ley General de Arbitraje que lleva a la conclusión necesaria de su anulación por no haber observado los requisitos legales que exige la ley para la eficacia y validez de dicho laudo arbitral por su contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso; en tal sentido, solicita se declare fundado dicho recurso de anulación y se disponga la remisión de la causa al tribunal arbitral para que este reinicie el arbitraje en el estado en que se cometió la violación, más costas y costos;

Tercero.- Que, según la instancia de mérito, lo que está corroborado por las partes: el día catorce de julio del dos mil EMAPE es notificada con una demanda de obligación dar suma de dinero por siete millones ochentisiete mil setecientos setentisiete dólares americanos con sesentinueve centavos de dólar ante el veinticinco Juzgado Civil de Lima, la cual es formulada por la Empresa Inversiones Inmobiliaria Santa Cecilia Sociedad Anónima; por ello, mediante Acuerdo número cero treintinueve - dos mil EMAPE resuelve declarar en situación de emergencia la contratación de un estudio jurídico para que asuma la defensa del proceso de dar suma de dinero, por lo que además se convino en exonerar a la recurrente del proceso de concurso público, encargando al Gerente General de EMAPE llevar a cabo el proceso de selección de acuerdo al artículo 20º de la Ley N° 26850; el veintiséis de julio del dos mil el Estudio Blume y EMAPE Sociedad Anónima suscribieron el Contrato de Locación de Servicios Profesionales número doscientos catorce - dos mil - EMAPE - GG en cuya cláusula trece se estipuló que: «(...) *Por la presente cláusula las partes acuerdan que cualquier contro-*

versia o reclamo que surja de, o se relacione con, la ejecución y/o interpretación del presente contrato, será resuelta de manera definitiva mediante arbitraje de derecho conforme a las disposiciones establecidas en la Ley N° 26850, su Reglamento, y la Ley General de Arbitraje (...);

Cuarto.- Que, en el caso de autos se ha denunciado la interpretación errónea del artículo cincuentidós de la Ley General de Arbitraje, la cual prescribe que: Los árbitros se pronunciarán en el *laudo* sobre los gastos del arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, *lo pactado en el convenio*. Los gastos incluyen, pero ni se limitan, a las retribuciones de los árbitros y de los abogados de las partes; las retribuciones del secretario que se hubiera nombrado, si este no fuese árbitro; los gastos de protocolización del laudo, cuando se hubiera pactado; y, en su caso, la retribución a la institución arbitral. Adicionalmente, los árbitros deberán determinar el monto de la multa a que se refiere el último párrafo del artículo nueve, cuando ello corresponda. Si el convenio no contiene pacto alguno sobre gastos, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre su condena o exoneración, teniendo en consideración el resultado o sentido del mismo. Si no hubiera condena, cada parte cubrirá sus gastos y los que sean comunes en iguales proporciones, entendiéndose como comunes las de los árbitros, la del secretario, si este no fuera árbitro, y la de la institución arbitral. En los casos de los artículos 15º y 41º, los árbitros determinarán los gastos del arbitraje, teniendo en consideración las circunstancias del caso. Los árbitros no podrán cobrar honorarios adicionales por la corrección, integración o aclaración del laudo que hubieran dictado;

Quinto.- Que, previamente, se debe de tener presente que la causal casatoria de interpretación errónea, se configura cuando los magistrados de mérito han aplicado, correctamente, la disposición legal pertinente al caso que están resolviendo, pero le han dado una interpretación o alcance que no se desprende de su texto; es así que la doctrina nacional indica que: «(...) *interpretar erróneamente un precepto legal es, pues, aplicarlo al caso que se juzga por ser el pertinente, pero atribuyéndole un sentido o alcance que no le corresponde (...)*» (VELASCO GALLO, FRANCISCO, “La casación civil”, en *Revista Derecho*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, diciembre de mil novecientos novecuatro; página cincuenticuatro); « (...) El Juez ha elegido la norma pertinente, pero se ha equivocado sobre su significado, y por una interpretación defectuosa le da un sentido o alcance que no tiene (...)» (SÁNCHEZ - PALACIOS PAIVA, Manuel, *El recurso de casación civil – praxis*, Editorial Cuzco, Lima, mil novecientos noventinueve; página sesentitrés); esta misma conceptualización la acoge Jorge Carrión Lugo quien afirma que: «(...) habrá interpretación errónea cuando la Sala Jurisdiccional en su resolución le da a la norma un sentido que no tiene: aplica la norma pertinente al caso, pero le otorga un sentido diferente. La interpretación errónea de la norma es una forma de violarla (...)» (CARRIÓN LUGO, Jorge, *Tratado de derecho procesal civil*, Grijley, Lima, dos mil uno, pagina doscientos diecinueve,

Sexto.- Que, en base al recurso de casación, se pueden identificar, dentro del recurso de casación, hasta dos argumentos que lo sustentan, y que deben ser objeto de análisis casatorio, a saber: a) si la Sala Revisora ha equiparado la figura del convenio arbitral con el acta de instalación de los árbitros, no obstante, tratarse de figuras distintas; b) que en el convenio arbitral no se pactó ítem alguno sobre el pago del proceso

arbitral, por lo que de acuerdo con la norma invocada, correspondía, a los árbitros, fijar los costos del presente proceso arbitral como lo han hecho;

Sétimo.- Que, sobre el *punto a)*, es preciso comenzar el análisis jurídico indicando que las partes, en el punto 14 del acta de instalación de los árbitros, establecieron que los gastos del arbitraje serían asumidos en un cincuenta por ciento por cada parte; sin embargo, en el laudo, el tribunal arbitral condenó a una de las partes a pagar la totalidad de los gastos arbitrales; por ende, en principio se debe determinar si existe identidad entre el convenio arbitral y el acta de instalación de árbitros, de tal forma que, pueda interpretarse, de acuerdo a la norma invocada, que el acta de instalación de árbitros es parte del convenio arbitral;

Octavo.- Que, analizando la institución del convenio arbitral, se tiene que su antecedente inmediato es la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral, los cuales deben de ser analizados, para entender el contenido del convenio arbitral;

Noveno.- Que, nuestra historia sobre la legislación del arbitraje nos enseña, obviando antecedentes más remotos, que el arbitraje estaba contenido en el Código de Procedimientos Civiles de mil novecientos doce, como una jurisdicción especial ó de «segundo orden» como la denomina Fernando Cantuarias y no es sino hasta la entrada en vigencia del Código Civil de 1984 que su regulación se hizo más orgánica, en su descripción, pero sacrificó los avances doctrinarios sobre la materia y es allí que surge regulado, entre los artículos 1906º a 1922º del Código Civil la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral; el primero, se daba cuando, sin haber conflicto entre las partes estas acordaban someterse a arbitraje, ante la posible ocurrencia futura de una controversia, como dice Matthies (sic) este acuerdo de voluntades se celebra «*casi siempre conjuntamente con uno o varios negocios jurídicos*» (citado por CANTUARIAS SALAVERRY, Felipe (sic), “El convenio arbitral: ¿Se encuentra presente en las disposiciones sobre arbitraje doméstico en la Ley General de Arbitraje?” en *Libro Homenaje a Manuel de la Puente y Lavalle*, Grupo Peruano de la Asociación Henri Capitant, Lima, página trescientos ochenta) agrega, además, este autor, que se le da esta denominación, justamente «*(...) porque, generalmente, va inserta como una de muchas cláusulas de que consta el o los negocios que liga a dos o más partes (...)*» (*opus cit*); y por otro lado, basándose legalmente en lo dispuesto por el artículo mil novecientos nueve del entonces vigente Código Civil, el compromiso arbitral era entendido como el acuerdo por el que dos o más partes convienen que una controversia determinada, y existente en dicho momento, materia o no de un juicio, sea resuelta por tercero o terceros a quienes designan y en cuya jurisdicción y decisión se someten expresamente; es así que Felipe Cantuarias afirma que «*el contrato de compromiso arbitral puede otorgarse como consecuencia de haberse celebrado previamente una cláusula compromisoria o aún si la existencia de ésta, pero solo cuando ha surgido controversia entre las partes*» (*opus cit*; página trescientos ochenta); siendo esto así, la legislación precedente a la actual Ley de Arbitraje mantenía una diferenciación entre estas dos instituciones y que respondía, a un mecanismo obstaculizador del arbitraje, como herramienta de solución de conflicto;

Décimo.- Que, sin embargo, con la actualización de la legislación del arbitraje, se trajo la institución del convenio arbitral el cual puede ser definido como

«(...) un negocio jurídico bilateral que alejado del contractualismo permite la resolución procesal de la «controversia (...)» (MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto, “El convenio arbitral”, en *Revista de Derecho Procesal*, número VIII, Estudio Monroy y Palestra Editores, Lima, dos mil cinco, página doscientos catorce); es así que, siguiendo a Cantuarias, se tiene que el convenio arbitral «(...) no hace más que reconocer que la existencia de un acuerdo arbitral pactado antes de que nazca la controversia (cláusula compromisoria), es suficiente para que las partes puedan acudir directamente al arbitraje sin tener que otorgar un nuevo contrato - compromiso arbitral (...) (esto es) (...) a las partes les bastará haber suscrito una cláusula compromisoria para que, sin la necesidad de suscribir otro documento, puedan derivar sus controversias al arbitraje cuando éstas se presenten (...)» (opus cit; página trescientos ochenticinco); de allí que, analizando el contenido de estas instituciones se tiene que la cláusula compromisoria está compuesta por el acuerdo de voluntades de las partes, de someterse a arbitraje y los alcances de la relación jurídica a debatir dentro del arbitraje; incluso Matheus declara que sus elementos son la capacidad (de goce y ejercicio) y la «manifestación expresa e inequívoca de las partes a someter a arbitraje la controversia o controversias que surjan o puedan surgir de sus relaciones jurídicas» (opus cit, página doscientos veinte y doscientos veintidós - doscientos veintitrés); mientras que el compromiso arbitral contendría, como dice Cantuarias, la identificación de las partes, la designación de los árbitros, la definición de la materia controvertida, la indicación del plazo a laudar y el lugar donde se desarrollará este;

Undécimo.- Que, este Supremo tribunal entiende que, por la naturaleza y trascendencia jurídica, del instituto estudiado, el convenio arbitral esta más ligado o comprendido, en función a los antecedentes descritos, con la cláusula compromisoria, esto es, con el pacto de las partes a someterse, en un futuro, ante el surgimiento de controversias, a arbitraje y a la determinación de la relación jurídica de ésta; lo cual está reconocido y confirmado en el propio artículo nueve de la Ley General de Arbitraje vigente, que establece que el convenio arbitral es el *convenio arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial. El convenio arbitral obliga a las partes y a sus sucesores a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle, pueda tener plenitud de efectos y sea cumplido el laudo arbitral.* Asimismo, el artículo diez del mismo Cuerpo Legal, sobre la forma del convenio arbitral, prevé que este se celebra por escrito, bajo sanción de nulidad. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente (...) (en donde conste) *inequívocamente (...) la voluntad de las partes de someterse a arbitraje;* por eso, como enseña Manuel de la Puente y Lavalle «(...) el convenio arbitral es, en su esencia, un acuerdo entre las partes (...)» (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, “*El convenio arbitral*”, en web: http://www.camaralima.org.pe/arbitraje/boletin/edic_ant/6/voz_arbitro1.htm) y más bien, los demás elementos, propios de lo que era antes el compromiso arbitral, y que, en este particular caso, técnica y jurídicamente, están contenidos en el acta de instalación de árbitros, los mismos que no forman parte, por decisión de las partes, del convenio arbitral, aún cuando, en otras circunstancias, y de acuerdo a la voluntad de las partes, podría ser parte del convenio arbitral;

Duodécimo.- Que, siendo esto así, y tomando lo expuesto por la instancia de mérito, se tiene que en el caso de autos, el convenio arbitral, de acuerdo a su naturaleza y contenido, se encuentra en la cláusula décimo tercera del contrato de locación de servicios profesionales número doscientos catorce - dos mil - EMAPE - GG, celebrado entre las partes, más no así, en el acta de instalación del tribunal arbitral;

Décimo Tercero.- Que, por ello, no puede equipararse el convenio arbitral al acta de instalación del tribunal arbitral, dado que sus elementos constitutivos son disímiles, como se tiene, extensamente explicado, en los considerandos precedentes, resolviéndose así el punto a);

Décimo Cuarto.- Que, con relación al *punto b)*, se tiene que el convenio arbitral, contenido, como ya se ha señalado, en la cláusula décima tercera del contrato de locación de servicios profesiones número doscientos catorce - dos mil - EMAPE - GG, celebrado entre EMAPE y el Estudio Blume Fortini Sociedad Cerrada de Responsabilidad Limitada no se ha fijado acuerdo alguno sobre el pago de los costos arbitrales;

Décimo Quinto.- Que, siendo esto así, de acuerdo con la norma invocada, los magistrados han interpretado erradamente la norma invocada, puesto que dicha disposición no equipara al acta de instalación de árbitros al convenio arbitral, ya que su naturaleza y objeto es disímil; es más, legalmente, el legislador no se ha basado en el acta de instalación de árbitros ni en las reglas que las partes o los árbitros hayan establecido en dicho actos, sino a lo que las partes hayan estipulado en el convenio arbitral; tal es así que, legalmente, *si el convenio no contiene pacto alguno sobre gastos, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre su condena o exoneración, teniendo en consideración el resultado o sentido del mismo*, que es lo que ha sucedido en el caso de autos;

Décimo Sexto.- Que, por ende, este Supremo tribunal debe declarar Fundado el recurso de casación, ante la errada interpretación normativa efectuada por la Sala y Casar la resolución venida en grado, debiéndose dejar constancias que la resolución de la Sala Superior desestimó, por infundado, un extremo del recurso de nulidad, el mismo que ha sido resuelto oportunamente, habiendo quedado consentido y quedando pendiente de resolución, únicamente el extremo materia de este recurso de casación; por las razones descritas, de conformidad con el inciso primero del artículo trescientos noventiséis del Código Procesal Civil; declararon:

FUNDADO el recurso de casación, interpuesto a fojas ciento ochentisiete por el Estudio Blume Abogados Sociedad Civil de Responsabilidad Limitada; y, actuando en sede de instancia; **REVOCARON** la resolución apelada de fojas ciento sesentiocho, su fecha veinte de mayo del dos mil cinco que declara *Fundada* en parte la demanda de anulación de laudo arbitral y **REFORMÁNDOLA** declararon: **INFUNDADO** la demanda anulación de laudo arbitral; interpuesto por EMAPE; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*, bajo responsabilidad; en los seguidos por la Empresa Administradora de Peaje de Lima Sociedad Anónima - EMAPE, en contra del tribunal arbitral y otra sobre Anulación de Laudo Arbitral; y, *los devolvieron.-* SS. TICONA POSTIGO, PALOMINO GARCÍA, MIRANDA CANALES, CASTAÑEDA SERRANO, MIRANDA MOLINA.

COMENTARIO A LA SENTENCIA

CASATORIA N° 856-2006-LIMA

 JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA (*)

Confusiones sobre el convenio arbitral y sus alcances en sede casatoria

1. ANTECEDENTES QUE DAN ORIGEN AL RECURSO DE CASACIÓN

Para atender a las necesidades de contar con un servicio profesional especializado, la Empresa Municipal Administradora de Peaje de Lima (EMAPE o la Entidad) suscribió un contrato de locación de servicios profesionales con el Estudio Blume Abogados SRL (el Estudio), mediante Contrato N° 214/2000 EMAPE-GG de fecha 26 de julio de 1999. La cláusula décimo tercera de dicho contrato contenía un convenio arbitral en el que se pactó un arbitraje de derecho ad hoc conforme a las disposiciones de la Ley N° 26572 (Ley General de Arbitraje - LGA). Dicho convenio –como ocurre normalmente– no hizo referencia alguna al pago de los costos y gastos arbitrales.

Debido a la falta de pago por parte de la Entidad por los servicios profesionales brindados por el Estudio, éste se vio obligado a demandar en sede arbitral el cobro correspondiente. En el marco de este proceso arbitral, se consignó una regla en el acta de instalación del tribunal arbitral en la que se

(*) Fundador del estudio Santistevan de Noriega - Abogados. Abogado y Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Con estudios de Posgrado en New York University y Wisconsin University. Árbitro nacional e internacional, registrado en el Centro Internacional para el Arreglo de las Controversias en Materia de Inversión (CIADI), así como en los principales centros de arbitraje del Perú. Preside el Comité Editor de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE.

convino que los gastos y costos arbitrales serían asumidos en un 50% por cada una de las partes.

El tribunal arbitral al emitir su laudo, con fecha 2 de abril de 2004, y la resolución de aclaración, el 27 de abril del mismo año, condenó a La Entidad a pagar el 100% de los gastos y costos arbitrales, incluyendo el pago del servicio profesional contratado con el Estudio.

La parte condenada (la Entidad) recurrió al Poder Judicial en uso del recurso de anulación del laudo que franquea el artículo 71 de la LGA, concordante con los artículos 73 (inciso 2) y siguientes del mismo cuerpo de leyes. Fue la Segunda Sala Civil Superior de la Corte Superior de Lima (la Sala Civil) quien se avocó al conocimiento de dicho recurso. En este proceso la Entidad alegó –según la sentencia casatoria *in comento*– que: “por no haber observado los requisitos legales que exige la ley (Sic) para la eficacia y validez del dicho laudo arbitral por su contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso; (...) solicita que se declare fundado dicho recurso de anulación y se disponga la remisión de la causa al tribunal arbitral para que este reinicie el arbitraje en el estado en que se cometió la violación, más costas y costos”.

Se desprende del debate jurídico producido a propósito del recurso de anulación del laudo que:

- (i) por un lado, la Entidad buscaba ante el Poder Judicial hacer valer el pacto contenido en el acta de instalación (50% de los gastos del arbitraje);
- (ii) por el otro, el Estudio buscaba –conforme lo dispusieron los árbitros en la condena de costas y costos ordenada en el laudo impugnado– que la Entidad asumiera el 100% de dichos gastos para hacerse cobro de los honorarios profesionales devengados.

En sede judicial, mediante resolución de fecha 26 de mayo de 2000, la Sala Civil declaró fundada en parte la demanda y, en consecuencia, nulo el laudo en el extremo en que condenó a la Entidad con el pago del 100% de costas y costos del arbitraje, quedando subsistente el resto de su contenido. Ello hubiese supuesto –de mantenerse la nulidad del laudo– que el proceso arbitral debía regresar al tribunal que lo emitió y retrotraerse el proceso hasta el momento previo al que se dispuso la condena contra la Entidad del 100% de los gastos del arbitraje, a efectos de que el tribunal, en un nuevo laudo, aplique la regla del 50% prevista en el acta de instalación.

No ocurrió esto último; pues, al amparo del artículo 77 de la LGA, el Estudio interpuso recurso de casación que fue declarado procedente por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la República (la Sala Casatoria) mediante resolución de 22 de junio de 2006. Tal procedencia fue admitida por la causal de interpretación errónea del artículo 52 de la LGA.

En dicha ocasión, argumentó el Estudio que la Sala equivocadamente había equiparado la figura del convenio arbitral (que contiene el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido entre ellas, en virtud de lo dispuesto por el artículo 9 de la LGA) con la del acta de instalación de los árbitros (en el que las partes fijan las reglas de procedimiento o se someten a las establecidas por los árbitros, conforme al artículo 33 de la LGA).

Finalmente, como consecuencia de la sentencia casatoria del 24 de enero de 2007, la Sala Civil Transitoria resolvió declarando fundado el recurso de casación; en virtud de ello, revocó la resolución de la Sala Civil que declaró fundada en parte la demanda de anulación del laudo y, reformándola, declaró infundada la demanda interpuesta por la Entidad.

2. RESULTADO DE LA SENTENCIA QUE SE COMENTA

Consecuentemente, –en relación al punto controvertido que constituye la esencia de la resolución casatoria y del presente comentario– la Sala Casatoria en su ejecutoria suprema no anuló el laudo arbitral. Por el contrario dejó intacta la decisión de los árbitros en el extremo en que condenó a la Entidad con el pago del 100% de las costas y costos del arbitraje, sin tomar en consideración la regla del 50% establecida en el acta de instalación. Reivindicó, en consecuencia, el derecho del Estudio para cobrar a la parte vencida el íntegro de los honorarios devengados.

Este resultado alcanzado por la sentencia casatoria resulta objetiva y jurídicamente irreprochable.

3. LA CAUSAL INVOCADA PARA LA ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN

También resulta inobjetable la causal técnica invocada –y admitida por la Sala Casatoria– para la admisibilidad del recurso de casación. Efectivamente,

la sentencia casatoria sustenta –con buen fundamento desarrollado en el considerando quinto– que cabe admitir tal recurso en los casos en que, habiéndose aplicado pertinentemente una norma (en este caso el artículo 52° de la LGA), se ha producido una interpretación errónea, lo que da por resultado un alcance diferente al contenido en el texto de la norma o desnaturalizador de sus efectos jurídicos.

4. LOS ERRORES EN LOS TEMAS ARBITRALES DE FONDO CONTENIDOS EN LA SENTENCIA CASATORIA

Es, sin embargo, objetable y reprochable el razonamiento utilizado por la Sala Casatoria. A nuestro juicio, la mencionada Sala Suprema comete gruesos errores en materia arbitral que deben ser puestos de manifiesto para desterrar conclusiones perniciosas en relación a la jurisprudencia que emane de las Salas de la Corte Suprema de la República sobre temas de arbitraje.

4.1 ¿Puede interpretarse mecánicamente el contenido del convenio arbitral a la luz de la cláusula compromisoria?

Lamentablemente, la sentencia casatoria recurre a una interpretación jurídicamente errónea al tratar de explicar las diferencias entre el convenio arbitral y las reglas contenidas en el acta de instalación (punto que abordamos más adelante). Lee defectuosamente en su considerando noveno al autor peruano más versado en arbitraje, Fernando Cantuarias Salaverri⁽¹⁾, y termina por concluir –trastocando la verdadera historia de nuestra legislación arbitral– que “el convenio arbitral está más ligado o comprendido, en función de los antecedentes descritos, con la cláusula compromisoria”.

Grave error de la Sala Casatoria de llevar a cabo una lectura lineal de los textos legales que se han dado en nuestro país, sin dar cuenta de los disloques que la historia legislativa ha producido y que están documentados parcialmente en las fuentes a las que recurre la propia sentencia que se comenta. En efec-

(1) Cabe señalar que, en algunas oportunidades, la sentencia casatoria confunde al doctor Fernando Cantuarias Salaverri con su hermano Felipe Cantuarias Salaverri quien, siendo igualmente un conocido árbitro, no ha escrito sobre estos temas. *Vide* CANTUARIAS SALAVERRI, Fernando, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, Universidad Peruana de Ciencias - UPC, Lima, 2007. Desafortunadamente, la primera edición de esta obra (la más completa que se haya publicado sobre arbitraje en el Perú) es posterior a la sentencia casatoria que se comenta.

to, es conocido el distanciamiento que trajo consigo la primera Ley General de Arbitraje (el Decreto Ley N° 25935) que, extirpando al arbitraje de los códigos civiles y procesales, abandonó la figura de la cláusula compromisoria para poner en práctica la del convenio arbitral⁽²⁾.

Es sabido también que, precisamente por no incorporar a plenitud esta última figura, fue necesario dejar de lado la antigua LGA, al poco tiempo de dictada, para que el Congreso de la República adopte la actual Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572 que configura a plenitud el concepto de convenio arbitral en sus artículos 9 (arbitraje nacional) y 98 (arbitraje internacional). Con ello la legislación peruana abandonó, para todo efecto, los antecedentes de la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral que estuvieron vigentes en los capítulos especializados tanto del Código de Procedimientos Civiles de 1912 como del Código Civil de 1984⁽³⁾.

Pero la sentencia casatoria no se queda allí. Al pretender equiparar al convenio arbitral con la cláusula compromisoria –como lo hace temerariamente– peca por leer linealmente la sucesión de regímenes legislativos que se han dado en el Perú y omite señalar que el convenio arbitral –considerado la “piedra angular del arbitraje moderno”– corresponde a una legislación claramente *pro arbitri*. Esta es la legislación que nos rige, bajo la influencia de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional (CNUDMI, también conocida por sus siglas en inglés UNCITRAL) que, por rechazar figuras del pasado como la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral, adopta a plenitud la del convenio arbitral.

No es posible entonces fusionar instituciones del arbitraje que son contradictorias entre sí y que corresponden a tendencias opuestas en la configu-

(2) Esta ruptura ha sido desarrollada extensamente por Fernando CANTUARIAS SALAVERRY y Manuel Diego ARAMBURÚ. Vide CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y ARAMBURÚ YZAGA, Manuel Diego, *El arbitraje en el Perú: desarrollo actual y perspectivas futuras*, Fundación Maule J. Bustamante y la Fuente, Lima, 1994; y CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, “El convenio arbitral: ¿se encuentra presente en las disposiciones sobre arbitraje doméstico de la Ley General de Arbitraje?”, en: *Libro Homenaje a Manuel de la Puente y Lavalle: Nuevas tendencias del derecho contractual*, T. I, Grupo Peruano de la Asociación Henri Capitant, Lima, 1994, pp. 379-402. Este último trabajo de CANTUARIAS es citado por la sentencia casatoria, sacando una frase y colocándola fuera de contexto, con lo que *se despreció el aporte más importante del ensayo que distingue, sin medias tintas, al convenio arbitral de la cláusula compromisoria*.

(3) TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de, “Los conceptos y las cosas. Vicisitudes peruanas de la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral”, en: AA. VV., *El arbitraje en el Derecho latinoamericano y español. Libro Homenaje a Ludwick Kos Ramcewit*, Editorial Cusco, Lima, 1989.

ración legal del arbitraje. No se puede interpretar un elemento clave del sistema arbitral (“piedra angular”, se le dice) puesto en práctica bajo la Ley Modelo (como lo es el convenio arbitral), a la luz de antecedentes que responden a una doctrina contraria (como la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral) que los avances legislativos han superado en los países que asumen una opción *pro arbitri*.

4.2 ¿Dónde están las diferencias entre el convenio arbitral, la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral?

En primer lugar el convenio arbitral lleva implícita una obligación de recurrir al arbitraje sin condicionamientos previos, procedimientos prearbitrales, ni intermediaciones para habilitarlo. El convenio permite que las partes que lo suscribieron puedan llevar directamente ante los árbitros (sin participación notarial, judicial o de cualquier otro orden) una controversia; puede ser que dicha controversia fue inicialmente prevista como futura o que se trate de una controversia presente, actual, que, por virtud del convenio que se celebre, vaya a ser excluida del conocimiento del Poder Judicial para que sea resuelta en sede arbitral, si así las partes lo convienen expresamente.

La cláusula compromisoria no resultaba inmediatamente vinculante. Suponía –a título de primer paso– un contrato preparatorio mediante el cual las partes, antes de que se presentase las controversias, asumían el compromiso de someter sus diferendos jurídicos al arbitraje. Pero era un simple compromiso, un contrato preparatorio, y no una obligación de exigencia directa pues implicaba que, una vez surgido un diferendo jurídico, las partes debían –a título de segundo paso– suscribir un compromiso arbitral como requisito necesario para llegar al arbitraje⁽⁴⁾.

Bastaba que una de las partes que dio el primer paso fuese renuente a suscribir el compromiso arbitral (segundo paso) para que el arbitraje quedase indefectiblemente postergado. En efecto, como ha explicado Cantuarias, la parte interesada se veía obligada a recurrir al juez para que este, en rebeldía de la parte renuente, se sustituyese en la voluntad de esta última y terminase otorgando el compromiso arbitral.

El sistema “cláusula compromisoria + compromiso arbitral” resultó ser manifiestamente inoperante. De hecho, mientras rigió, concitó preocupación

(4) CANTUARIAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, cit., p. 114.

intelectual pero ningún resultado práctico y la literatura jurídica relevante, que la sentencia casatoria no ha consultado, ha dado debida cuenta de ello⁽⁵⁾:

“Lo que sucedía en la generalidad de los casos era que, solicitado el otorgamiento del compromiso arbitral por una de las partes (obviamente la cumplidora), la otra se negaba a suscribirlo. Ante esta situación ¿qué cabía hacer? Pues nada más y nada menos que acudir al Poder Judicial, para que, luego de un largo proceso, fuera el juez quien en rebeldía otorgara el bendito compromiso arbitral”.

Por el contrario, hoy en día el convenio arbitral se constituye en un compromiso vinculante entre las partes desde el momento en que se firma. Obliga a ir al arbitraje, sin pasar por la tutela de un juez –que es precisamente lo que voluntariamente se quiere evitar con el convenio–, a condición de que: (i) se verifique la voluntad expresa de las partes de someterse a arbitraje contenida en el convenio arbitral y (ii) se determine una relación jurídica válida y arbitrable que se someterá a dicha jurisdicción voluntaria. No hay primer paso (cláusula compromisoria) ni segundo paso (compromiso arbitral). Hay simplemente un convenio exigible desde el momento en que fue suscrito que, además, compromete a las partes a realizar todos los actos necesarios para que el arbitraje logre su objetivo.

La definición del artículo 9 de la LGA es indiscutible y no permite confusiones ni contaminaciones con instituciones superadas como la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral. Así pues:

“El convenio arbitral obliga a las partes y a sus sucesores a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle, pueda tener plenitud de efectos y sea cumplido el laudo arbitral”.

El rompimiento con el sistema anterior es tan marcado que la doctrina peruana –como hemos visto– lo ha puesto claramente de manifiesto⁽⁶⁾. Igual ha ocurrido en España, desde la dación de la Ley 36/1988 y se ha profundizado aún más con la reciente Ley 60/2003. Escribiendo respecto a la ruptura del sistema de arbitraje español con el pasado de la cláusula compromisoria y el

(5) *Vide* entre otros autores los mencionados en la cita N° 4 del presente comentario.

(6) *Vide* entre otros autores los mencionados en la cita N° 4 del presente comentario.

compromiso arbitral, al igual que lo ha hecho el régimen jurídico peruano, se ha dejado establecido que⁽⁷⁾:

“(…) el convenio arbitral tiene carácter vinculante para las partes en litigio. Ahí radica la gran diferencia con el Derecho histórico español en materia de arbitraje, que diferenciaba la cláusula del compromiso. La cláusula arbitral era una obligación de comprometer, llegando incluso la doctrina legal de nuestro Tribunal Supremo a decir que la cláusula arbitral no era suficiente base para excepcionar de arbitraje en un proceso que se hubiese iniciado en violación de lo convenido en dicha cláusula (...).

Es curioso ver cómo los países de origen hispánico han heredado esta diferenciación de nuestro Derecho histórico, que solo ha sido superada por la introducción del convenio arbitral a través de los tratados internacionales en materia de arbitraje comercial internacional, o por la adaptación de la legislación doméstica a semejanza de la línea seguida por la LA de 1988 que eliminó la distinción entre cláusula arbitral y compromiso, sustituyendo ambos por el convenio arbitral”.

En palabras de Bernardo Cremades⁽⁸⁾, que podrían haber servido para que la Sala Casatoria evite incurrir en graves confusiones:

“La LA 1988 (la primera ley moderna de arbitraje de España que corresponde a la primera LGA del Perú) supuso una ruptura con el Derecho histórico tradicional diferenciador de la cláusula y el compromiso arbitrales. Así la configuración del convenio arbitral como punto de partida en el arbitraje es de reciente configuración en nuestro ordenamiento jurídico.

(...)

El arbitraje moderno se ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico en estas últimas décadas como algo verdaderamente distinto de lo que el arbitraje ha sido en nuestra historia del Derecho, incluso en su fase más reciente. Aparece como una alternativa de la autono-

(7) CREMADES, Bernardo M., “Del convenio arbitral y sus efectos”, en: MARTÍN MUÑOZ, Alberto de y HIERRO ANIBARRO, Santiago (Coordinadores), *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S. A., Madrid, 2006, p. 277.

(8) *Ibidem*, pp. 274-275.

mía de la voluntad a la solución de los litigios, distinta de la solución judicial. Hoy jueces y magistrados están convencidos de que las llamadas fórmulas alternativas de solución de litigios, entre ellas el arbitraje, son manifestaciones de la autonomía de la voluntad como cualquier otro fenómeno contractual. Cuando diferentes partes desean someter a arbitraje sus decisiones, también quieren que su voluntad sea respetada por todos o garantizada por el poder judicial” [texto entre paréntesis añadido para facilitar su relevancia con respecto al Perú].

Resulta en consecuencia inaceptable que, más allá del resultado logrado con la sentencia casatoria que correctamente deja incólume la decisión de los árbitros, se haya llegado a tan buen resultado con argumentaciones que atentan contra la bondad de los cambios ocurridos en la legislación arbitral del Perú.

Lo importante es evitar –por razones de principio– que tal confusión (asimilar el convenio arbitral con la cláusula compromisoria) pueda repetirse, contaminando el sistema arbitral basado en la voluntad de las partes expresada en el convenio arbitral –considerado por Cremades como la verdadera “piedra angular” del moderno derecho de arbitraje– con instituciones superadas que remiten necesariamente a la participación del Poder Judicial, como lo fueron la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral.

4.3 ¿Son distinguibles las obligaciones emanadas de un convenio arbitral de las que las partes expresan en un acta de instalación del tribunal arbitral en la que se pactan reglas especiales para el proceso correspondiente?

De otro lado, nos vemos en la obligación de cuestionar la conclusión a la que llega la Sala Casatoria en los considerandos duodécimo y décimo tercero de la sentencia que se comenta. En el primero de ellos, la Sala concluye que “no puede equipararse el convenio arbitral al acta de instalación del tribunal, dado que sus elementos constitutivos son disímiles, como se tiene explicado, en los considerandos precedentes (...)”.

Volvamos –porque es indispensable– al convenio arbitral, su eficacia y los efectos que irradia *en positivo* en relación con las partes que lo suscriben y los árbitros, con el propósito de permitir la solución a las controversias que deban dirimirse en esta sede. Veamos también las consecuencias que se despliegan *en negativo* sobre el Poder Judicial que resulta excepcionado por la voluntad de las partes contenida en dicho convenio.

El convenio arbitral despliega un doble efecto jurídico:

- (i) el *efecto positivo* que se traduce en la obligación que tienen las partes de someter a los árbitros cualquier controversia que surja entre ellas y que quede cubierta por lo pactado en dicho convenio. Como lo explica Mantilla Serrano, este efecto positivo inter-partes constituye una expresión derivada del principio *pacta sunt servanda* inherente a toda obligación que emane de un contrato⁽⁹⁾ y se constituye a su vez en fuente y fundamento de la jurisdicción del tribunal arbitral; y
- (ii) el *efecto jurídico negativo* supone la interdicción de los jueces y tribunales de avocarse al conocimiento de las controversias que las partes han decidido someter a arbitraje, en el marco de lo previsto en los artículos 139.1 y 139.2 de la Constitución a la luz de las sentencias emitidas sobre la materia por el Tribunal Constitucional⁽¹⁰⁾; lo que supone además el respeto al principio del *kompetenz-kompetenz*. A su vez, este *efecto negativo* del convenio arbitral está específicamente consagrado en la LGA, especialmente en sus artículos 4 (referido al sometimiento “exclusivo y excluyente a la jurisdicción arbitral” por voluntad de las partes), 14 (la separabilidad del convenio arbitral), 16 (la excepción de convenio arbitral) y los artículos 39 y 106 (el principio *kompetenz-kompetenz*).

Interesa sobre todo incidir –a propósito de este comentario a la sentencia casatoria– sobre el *efecto positivo* del convenio arbitral que conforme al artículo 9 de la LGA no se agota en la suscripción del acuerdo de voluntades. De ninguna manera, ahí está la mayor confusión de la Sala Casatoria, pues tal voluntad de arbitrar se extiende por mandato de la Ley General de Arbitraje a la obligación de los firmantes (o sus herederos) de realizar “*cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle*”.

Esto último supone que en sede arbitral los firmantes de un convenio arbitral o sus sucesores se constituyen en verdaderos “amos y señores” del proceso arbitral, que muchas veces es descrito (y así lo refleja la ley vigente)

(9) MANTILLA SERRANO, Fernando, *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*, Iustel, Madrid, 2005, p.89.

(10) *Vide* sentencia del pleno del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 6167-2005-PHC/TC (Caso Fernando Cantuarias Salaverry) y SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge, “Arbitraje y jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú”, en: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 2, Lima, 2006.

como “el reino de la voluntad de las partes”, a condición de que se respeten los principios básicos de igualdad entre ellas, audiencia y contradicción a efectos de darles oportunidad plena de hacer valer sus derechos (artículo 33 *in fine* de la LGA). Ello da por sentado entonces que quien es parte en un convenio arbitral tiene oportunidad de participar activamente en el proceso, establecer el lugar y las reglas para el caso concreto y procurar todo lo necesario para la resolución de la controversia en sede arbitral, así como todo lo necesario para que el laudo que le ponga fin sea en efecto cumplido.

Es entonces en el desarrollo del marco obligacional que se deriva del convenio arbitral, según lo establecido en el segundo párrafo del artículo 9 de la LGA, es perfectamente concebible que, al interior del proceso, las partes puedan, conforme al artículo 33 de la misma LGA, “pactar el lugar y las reglas a las que se sujeta el proceso correspondiente. Pueden también disponer la aplicación del reglamento que tenga establecido la institución arbitral a quien encomienden su organización”.

En otras palabras, son las partes las que, de común acuerdo, fijan el lugar y las reglas a las que se sujetará el proceso arbitral. Solamente a falta de tal acuerdo, los árbitros –conforme al segundo párrafo del artículo 33 ya mencionado– podrán decidir el lugar y las reglas “del modo en que consideren más apropiado, atendiendo a la conveniencia de las partes”. Con efecto exclusivamente supletorio (“salvo disposición distinta de las partes o de los árbitros”) la LGA en su artículo 34 establece algunas reglas a las que se sujetará el procedimiento ante la ausencia de regulación expresa creada por ellas. En el mismo sentido, el Reglamento Procesal de Arbitraje, del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (el Centro) –por mencionar solamente un ejemplo– establece en su artículo 33 que “salvo que las partes hubieran pactado de manera distinta, el proceso arbitral se regirá por las siguientes reglas: (...)” y pasa a detallarlas.

¿Cómo se traduce en la práctica esta participación activa de las partes del convenio arbitral en el establecimiento del lugar y las reglas a las que se sujeta un proceso en concreto? Normalmente, lo hacen en la audiencia en la que se instala el tribunal arbitral y se fijan las reglas “del proceso respectivo” en el acta correspondiente. Esta es el acta de instalación del tribunal a la que se refiere la sentencia casatoria que, por cierto, es más un producto de la práctica arbitral en nuestro medio o de reglamentación en los centros de arbitraje⁽¹¹⁾

(11) El citado Reglamento Procesal del Centro prevé el acta de instalación con las siguientes características:

que el resultado de una norma legal. Este último hecho no debe quitarle mérito a los acuerdos contenidos en ella ni devaluarla –como lamentablemente lo hace la sentencia casatoria– frente al convenio arbitral.

En este orden de ideas afirmamos que no es posible distinguir, al interior de un arbitraje, entre la voluntad de las partes expresada en un convenio arbitral y la que se consagra en la determinación de lugar y las reglas del arbitraje para un proceso en concreto. Ambas reflejan inequívocamente la voluntad de las partes.

En consecuencia, los pactos que contiene un acta de instalación (o que contiene otro documento suscrito por las partes en el marco de un proceso arbitral que recoja los pactos en torno al lugar y las reglas del arbitraje) no son otra cosa que el desarrollo del convenio arbitral para el proceso concreto en el marco del segundo párrafo del artículo 9 de la LGA. Se trata en ambos casos de la misma expresión del *pacta sunt servanda* cristalizado en el convenio arbitral y desarrollado en actos posteriores, pues esta voluntad expresa este ejercicio de la libertad de las partes se materializa en todos los actos que son necesarios (y obligatorios) para que el arbitraje se desarrolle y pueda ser cumplida a plenitud la finalidad de dicho convenio que no es otra que resolver las controversias mediante la emisión y ejecución del laudo que ponga fin al proceso arbitral.

Específicamente, los pactos inter-partes que hayan sido incorporados a una audiencia de instalación, o a cualquier otra acta de una audiencia arbitral válidamente celebradas, dan cuenta de la manifestación de voluntad a la que hace referencia el artículo 33 de la LGA sobre la libertad de configuración del proceso arbitral y de señalamiento del lugar donde se va a llevar a cabo. Este reconocimiento del principio de autonomía de la voluntad característico del arbitraje⁽¹²⁾, conocido también como de “libre y concorde configuración

Instalación del Tribunal Arbitral

“Artículo 32.- El tribunal arbitral procederá a su instalación con citación de las partes para cuyo efecto se elaborará un acta de instalación, bastando para ello la presencia de los árbitros y del Secretario General o del Secretario Arbitral, en su caso.

(...)

En el acta, el tribunal arbitral podrá incluir las disposiciones complementarias aplicables al proceso”.

(12) MANTILLA SERRANO, *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*, cit., p. 154. Comentando el artículo 25 de la Ley 60/2003 de España, que corresponde al artículo 33 de la LGA del Perú, este autor señala:

procedimental⁽¹³⁾”, está plenamente reconocido en la legislación comparada moderna y en la legislación nacional de la materia, así como en la práctica que se viene desarrollando en los centros arbitrales del Perú y en los arbitrajes *ad hoc*.

En la doctrina nacional, Castillo Freyre y Vásquez Kunze⁽¹⁴⁾ lo explican de la siguiente manera:

“Y, no lo olvidemos, son las partes de un contrato las que dan vida al arbitraje suscribiendo un convenio arbitral, definiendo los mecanismos de designación de los árbitros y diseñando, si les place, el procedimiento que regirá el juicio privado a cargo de estos administradores de justicia particulares”.

Si la voluntad de las partes despliega todos sus efectos a lo largo del arbitraje: desde la celebración del convenio arbitral, la elección de los árbitros, la selección del lugar del arbitraje y la configuración del proceso, incluida la escogencia de la clase de arbitraje a someterse (de conciencia o de derecho, *ad hoc* o administrado), ¿por qué hacer la distinción que hace erróneamente la sentencia casatoria entre el convenio arbitral y las reglas contenidas en un acta de instalación del tribunal debidamente suscrita por las partes como expresión de las reglas establecidas para el proceso?

No hay rigor alguno en la afirmación que hace la sentencia casatoria, en su considerando décimo tercero, en el sentido, de que no puede equipararse la voluntad de las partes expresada en un convenio arbitral y la misma voluntad

“El primer apartado confirma, esta vez respecto del procedimiento arbitral, la aplicación del principio de autonomía de la voluntad. La claridad del precepto no admite duda alguna sobre la más amplia libertad de la que gozan las partes para diseñar el procedimiento arbitral que más les convenga. (...)”

La anterior libertad solo tiene como límite el respeto al debido proceso que se erige como única norma inderogable por las partes respecto del procedimiento arbitral”.

(13) CREMADES, “Del convenio arbitral y sus efectos”, cit., p. 427, utiliza este término y al respecto escribe:

“Para el legislador el proceso arbitral no es sino una manifestación más del principio de autonomía de la voluntad que se manifiesta en el otorgamiento del convenio arbitral, en el nombramiento de los árbitros, en la determinación de la y clase de arbitraje que se desea y, como colofón, en la determinación del proceso arbitral que éstos han de seguir”.

(14) CASTILLO FREYRE, Mario y VÁSQUEZ KUNZE, Ricardo, “Partes y árbitro: Balance de poderes”, en: *Arbitraje: el juicio privado la verdadera reforma de la justicia*, Palestra / Garrigues Cátedra Universidad de Navarra / Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2007, p. 219.

puesta de manifiesto en un acta de instalación en la que se establecen las reglas del proceso. ¿Por qué una voluntad –la del convenio– va a valer más que otra –la del acta– si ambas son expresión de un *continuum* inseparable de libre albedrío desarrollado en base al respeto por lo pactado con el propósito de resolver las controversias que estén cubiertas por un convenio arbitral? ¿Es acaso más valioso el convenio –por ser más antiguo en el tiempo– que lo pactado en un acta emanada de una actuación arbitral que refleja las necesidades del presente, sea una de instalación o de otro tipo de audiencia arbitral?

Debemos tener en cuenta, además, que las reglas pueden ir actualizándose durante la tramitación del proceso arbitral⁽¹⁵⁾, bajo la condición de que ello no signifique el rompimiento de algún dogma procesal inmodificable. En ese sentido, si siguiéramos la lógica de temporalidad de la sentencia casatoria ¿habría que darle mayor valor, entonces, a lo acordado por las partes en el acta de instalación, que a lo acordado en una audiencia posterior? Y, de aplicar el erróneo pensamiento de la sentencia, ¿habría que admitir que los acuerdos recientes valen menos que los acuerdos más antiguos? Inaudito, pues los acuerdos entre las partes en el proceso deben tener la misma validez, aunque por simple consecuencia de la novación el acuerdo posterior modifique al anterior.

A nuestro juicio, –y a diferencia de la discrepancia principista desarrollada en el punto anterior de este comentario– esta divergencia, que critica la pretensión de la sentencia de dar mayor valor al convenio arbitral que a otro posterior, tiene significativas consecuencias prácticas. Veamos, no puede “desequipararse” (para usar el lenguaje de la sentencia casatoria) lo que las partes pacten en un acta del proceso arbitral de aquello que está convenido en el convenio. Conceptualmente, reiteramos, ambos son expresión genuina de la voluntad de las partes que tiene reconocido el derecho de libre configuración del proceso, a condición de que se respeten las reglas mínimas del debido proceso arbitral. Un acuerdo, modificando el convenio arbitral original y estableciendo reglas especiales para el proceso en curso, supone una novación per-

(15) Efectuamos esta afirmación con una advertencia, la modificación de las reglas procesales, deben responder a una lógica preclusiva procesal, al principio de buena fe de las partes y al principio de temporalidad del arbitraje, respecto a este último principio, hay que considerar que los arbitrajes no pueden tramitarse eternamente, pues el plazo constituye “(...) una garantía para las partes de obtener una solución al conflicto en un tiempo, determinado convencional o legalmente (...)”, tal como lo señala CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María, *Los principios procesales en el arbitraje*, José María Bosch Editor, Barcelona, 2000, p. 44; afirmar lo contrario, sería ponerle lápida a una institución que se destaca por la rapidez en la resolución de los conflictos.

fectamente lícita y cálida, precisamente para que el convenio rinda a plenitud sus frutos.

Afirmamos que lo que las partes convengan frente al proceso correspondiente, al calor de una audiencia, debería tener más valor para la solución de la controversia que lo que se escribió o se dejó de escribir en un convenio arbitral. Lo que refleja la audiencia y se incorpora a un acta de instalación del tribunal arbitral responde a las necesidades actuales y concretas del proceso *ad portas* o del proceso en curso; mientras que lo que se previó en el convenio, expresa lo que las partes en el pasado consideraron podría ocurrir si surge una controversia.

Abogamos por que no se haga distinciones innecesarias –y como veremos paralizantes– entre lo contenido en un convenio arbitral y lo pactado en el acta de instalación o en cualquier otra que emane de audiencia arbitral y que refleje honestamente los acuerdos a los que las partes llegan en ejercicio del derecho a la libre configuración del proceso, que está consagrado en el artículo 33 de la LGA concordado con el segundo párrafo del artículo 9 del mismo cuerpo de leyes.

En efecto, todos los días vemos que los convenios arbitrales incluyen asuntos que no es posible cumplir o que las partes, al momento de suscribirlo, no imaginaron presentarían dificultades. Y ello es lógico pues al expresar la voluntad de someterse al arbitraje (que en definitiva es lo esencial del convenio arbitral) las partes no pueden prever qué otros elementos van a ser conducentes con la búsqueda de una solución arbitral a las controversias cuando estas se presenten en el futuro. Por ello, el artículo 33 y la obligación asumida conforme al segundo párrafo del artículo 9 de la LGA, abren el espacio para que en los casos concretos (el “proceso correspondiente” dice el artículo 33) la voluntad de las partes se haga patente y jurídicamente obligatoria con un solo propósito: “que el arbitraje se desarrolle, pueda tener plenitud de efectos y sea cumplido el laudo arbitral”.

De difundirse la peregrina idea de la sentencia casatoria de hacer distinciones entre el valor de lo pactado en el convenio arbitral y lo convenido en las actas de instalación o en cualquier otra emanada de audiencia arbitral, se perdería la flexibilidad del arbitraje, se ultrajaría el derecho de libre configuración del proceso que les asiste a las partes y se introducirían innecesarios pretextos para que la parte perdedora recurra frívola o infundadamente a la anulación del laudo que se emita ante el Poder Judicial. Así, la propia jurisprudencia de la Corte Suprema estaría propiciando incrementar artificialmente su carga procesal si superviven distinciones que no tienen lógica alguna ni sustento legal.

No es infrecuente que como árbitros nos encontremos con convenios arbitrales que planteen dificultades para el éxito del arbitraje. Sin sopesar las consecuencias, pueden los convenios fijar un lugar de arbitraje que años más tarde resulta inapropiado ¿no podrían, acaso, las partes y los árbitros, vía una regla inserta en un acta de instalación del tribunal, modificar el lugar del arbitraje en función de las necesidades del proceso en concreto? ¿Y qué si se ha fijado en el convenio arbitral un idioma para el arbitraje que, años después, resulta ser un sinsentido para las partes y para los árbitros; no podría escogerse otro idioma e incluirlo como regla del proceso porque el convenio resulta inmodificable por aquellos que los suscribieron y están participando en una audiencia cuya acta debe reflejar un nuevo acuerdo?

¿Qué hacer frente a convenios arbitrales que prevén un arbitraje de conciencia y, cuando se está frente a las controversias que de dicho convenio se derivan, las partes y los árbitros están convencidos que la mejor manera de resolver el arbitraje sería mediante uno de derecho? ¿No podría variarse la modalidad arbitral, en ejercicio del principio de libre configuración que les asiste a las partes, y llevar a cabo un arbitraje de derecho?

Lo que es más frecuente: hay convenios arbitrales en los que las partes de buena fe han establecido un plazo demasiado corto para que los árbitros emitan su laudo. Los he visto disponiendo que el tribunal arbitral deberá laudar a los 30 días calendario después de instalado y, más frecuentemente, 60 días calendario después de que el Presidente acepte su nominación como árbitro. ¿Es realista cumplir con este plazo, especialmente en arbitrajes en los que se ha de actuar pruebas? ¿Es responsable para las partes imponer a fuerzas lo que dice el convenio por el simple hecho de que está previsto en él?

Nos parece que es del todo procedente que las partes decidan modificar el pacto sobre el plazo contenido en el convenio arbitral a través de una regla explícita, que bien puede estar incorporada al acta de instalación del tribunal arbitral, en la que se estipule un plazo diferente para emitir el laudo. Si las partes lo acuerdan, ¿podrá cuestionarse ello porque “no se puede equiparar el pacto de un acta de instalación con el previsto en un convenio arbitral”, como lo ha dejado expresado la sentencia casatoria? ¿Intentaría alguien –si se hubiese extendido el plazo para laudar mediante regla contenida en el acta de instalación– aplicar la causal de anulación del laudo por la expedición de este fuera del plazo como lo prevé el inciso 5) del artículo 73º de la LGA? Nos parece absurdo, pues las partes en ejercicio de su voluntad expresa pueden modificar el contenido del convenio arbitral vía reglas de configuración del proceso que

se pactan e incorporan en el acta de instalación o en el acta de otra audiencia del proceso arbitral.

Los problemas pueden llegar aún más lejos si se toma en cuenta que un convenio arbitral puede ser firmado en una fecha y puede ser aplicado a controversias que se suscitan décadas después. Supongamos que a inicios del presente siglo se establece mediante convenio que los árbitros deberían ser especialistas en una tecnología determinada (pensemos en el mundo de la informática que es tan cambiante) que treinta años después resulta poco idónea para resolver la controversia, ¿no podrían las partes actualizar la especialidad de acuerdo a lo que esté vigente en el tiempo del arbitraje o simplemente excluir el criterio de idoneidad mediante un pacto a ser incorporado en un acta de instalación simplemente porque algún juez o tribunal se le ocurra inspirarse en la sentencia casatoria que se comenta y concluya que el pacto original vale más que el que se incorpore a un acta de instalación del tribunal?

A nuestro juicio, hay suficientes razones para criticar severamente el considerando décimo tercero de la sentencia casatoria y para advertir que razonamientos del orden que este contiene, contrarios al respeto por la libertad de configuración del proceso que corresponde primordialmente a las partes, deben ser puestos de manifiesto para que no perjudiquen el desarrollo de los arbitrajes en el Perú.

4.4 La interpretación del artículo 52 de la LGA en relación a la condena de costos del arbitraje

Finalmente, no hubiera sido necesario forzar las figuras jurídicas del arbitraje, entremezclando las que el devenir legislativo abandonó con las instituciones cruciales en el arbitraje moderno –como lo hace la sentencia– para resolver, en el marco de la LGA, el recurso de casación interpuesto por el Estudio. Basta leer el artículo 52 de la LGA para advertir que este obliga a los árbitros a pronunciarse en el laudo sobre los gastos del arbitraje⁽¹⁶⁾, lo que constituye un imperativo ineludible para los árbitros.

⁽¹⁶⁾ Con propósito de ilustrar el presente comentario, cabe tomar en cuenta que el artículo 58° del Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro establece:

“El término costos comprende:

- a) Los honorarios del tribunal arbitral determinados por el Centro.
- b) Los gastos de viaje y las demás expensas realizadas por los árbitros y personal de la Secretaría General, de conformidad con las disposiciones de este Reglamento.

Pero más allá de la obligación de pronunciarse sobre el tema, la ley le otorga discrecionalidad suficiente al tribunal arbitral para decidir sobre los costos pues simplemente refiere que “de ser el caso” el tribunal tendrá en cuenta lo pactado en el convenio arbitral. “De ser el caso” dice la ley, lo que supone que debe tomarse en cuenta el pacto entre las partes, si existe, y debe constituirse en un *punto de partida*⁽¹⁷⁾ para la decisión que tome el tribunal. Hay que reconocer que mejor expresión (“teniendo presente”) es la que usa el Centro en el artículo 58º de su Reglamento Procesal: “Condena de costos: El tribunal arbitral se pronunciará en el laudo si procede la condena para el pago de los costos del arbitraje y establecerá cuál de las partes debe pagarlos o en qué proporción deben repartirse entre ellas, teniendo presente, de haberse previsto, lo pactado en el convenio arbitral (...)”.

Al respecto, Cantuarias⁽¹⁸⁾ explica que el arbitraje peruano consagrado en la LGA, siguiendo nuevamente la Ley Modelo CNUDMI-UNCITRAL, no admite, ni el sistema norteamericano, que cada una de las partes cubra sus costos, ni el otro más difundido que asigna irremediamente los costos asumidos por ambas partes a quien resulte ganador del evento. Permite que los árbitros usen su propio criterio en función de los motivos para arbitrar y la conducta procesal, como es lógico determinar en cada caso.

Le toca entonces al tribunal tomar como punto de partida lo establecido en el convenio arbitral, o en una regla de configuración del proceso contenida en un acta de instalación, pero no de quedarse allí, pues conservan los árbitros un margen de discrecionalidad para evaluar la conducta procesal de las partes

- c) Los gastos administrativos del Centro.
- d) Los honorarios razonables de la parte ganadora en su defensa, de haber sido debidamente solicitados.
- e) El costo del asesoramiento pericial o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral conforme a este Reglamento.

Para los efectos de los incisos d) y e) se tomará en consideración el resultado o sentido del laudo, así como la actitud que hubiesen tenido las partes durante el proceso, pudiendo penalizar el evidente entorpecimiento o dilación de él. También se podrá tomar en consideración la pertinencia y cuantía de las pretensiones y si su monto incidió sustancialmente en el incremento de los gastos administrativos y honorarios del tribunal arbitral.

Si no hubiera condena, cada parte cubrirá sus gastos y los que sean comunes en iguales proporciones, entendiéndose como comunes los honorarios y los gastos del tribunal arbitral, los honorarios de los peritos de oficio y los gastos administrativos del Centro”.

(17) CANTUARIAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, cit., p. 332.

(18) *Ibidem*, p. 335.

y ponderar la razonabilidad de los costos incurridos. Entonces, ni el convenio arbitral ni el acta de instalación –a pesar de expresar la voluntad de las partes– es vinculante para el tribunal en relación a una condena de costas que se determina en función de los motivos que tuvieron las partes para arbitrar y de la conducta procesal desarrollada dentro del arbitraje por cada una de ellas.

En el caso concreto, en el séptimo considerando de la sentencia casatoria se señala literalmente lo siguiente: “Que, sobre el punto a), es preciso comenzar el análisis jurídico indicando que las partes, en el punto décimo catorce del acta de instalación de los árbitros, establecieron que los gastos del arbitraje, serían asumidos en un cincuenta por ciento por cada parte; sin embargo, en el laudo, el tribunal arbitral condenó a una de las partes a pagar la totalidad de los gastos arbitrales. De lo señalado se puede colegir que las partes habrían pactado el pago de los gastos del arbitraje en una proporción de 50% para cada parte”.

No hemos tenido a la vista el acta de instalación, materia del proceso arbitral, por lo que no podemos efectuar un análisis detallado de su contenido. Sin embargo, de acuerdo a lo que la práctica nos ha enseñado, normalmente en el acta de instalación, se estipula el pago de parte de los costos del procedimiento arbitral, específicamente lo referido a los honorarios provisionales de los árbitros y los gastos administrativos provisionales del arbitraje –sin mencionar nada respecto a los costos legales en que cada parte deberá incurrir (como es el caso del pago de los honorarios de los abogados, gastos de viaje del tribunal o la realización de expertos, peritos y los que pueda acarrear la prueba testimonial, entre otros)–. Ello significaría (siguiendo el orden de ideas del presente comentario) que las partes habrían pactado la forma de pago de parte de los honorarios de los árbitros y los gastos administrativos del mismo, por lo que el laudo solamente debería pronunciarse respecto a los demás costos del proceso, pero ¿es cierta esta afirmación? Afirmamos que ello no es así.

La práctica arbitral ha consagrado que para el inicio del proceso arbitral, ambas partes deben sufragar en iguales proporciones, parte de los gastos del proceso (reiteramos, los honorarios profesionales provisionales de los árbitros y los gastos administrativos del arbitraje), en virtud, a que existe una presunción atribuible a las dos partes en conflicto: (i) ambas tienen suficientes razones para litigar; y, (ii) ambas son potencialmente la parte vencedora.

En ese sentido, resulta lógico establecer en las actas de instalación, ese tipo de regla procesal que constituye un simple punto de partida. Además de ello, normalmente, se señala en el mismo numeral en que se establece la forma de pago inicial de los gastos de arbitraje, que dichos pagos se efectúan sin

perjuicio del pronunciamiento final, que deberá efectuar el tribunal arbitral, respecto a la condena (o no) de los costos del proceso arbitral y los costos legales de las partes⁽¹⁹⁾.

Este tipo de reglas procesales se encuentran en estricta concordancia con lo que señala la ley: el segundo párrafo del artículo 52 de la LGA permite que los árbitros, en ausencia de pacto alguno sobre gastos contenido en el convenio arbitral o en una regla específica del proceso, se pronuncien en el laudo sobre los gastos del arbitraje y su condena a la parte vencida con la consecuente exoneración a favor de la parte vencedora.

Pues bien, en el caso concreto, según los hechos que se desprenden de la sentencia casatoria, el convenio arbitral no contenía ninguna referencia a los gastos del arbitraje (que incluyen los honorarios de los abogados de parte como el Estudio que interpuso el recurso de casación) ¿qué impedía a los árbitros a aplicar, como en efecto lo hicieron, una condena a la parte vencida como se desprende del texto del artículo 52 antes mencionado? ¿No bastaba un razonamiento tan sencillo y directo para declarar fundada la casación y revocar la resolución de la Sala Civil, logrando con ello que el laudo prevalezca y que los honorarios del Estudio reclamante sean cubiertos por la parte vencida?

CONCLUSIONES

1. No es admisible que se entremezclen instituciones distintas y contrapuestas en materia arbitral (como el convenio arbitral y la cláusula compromisoria) al momento de decidir en sede judicial sobre un recurso de casación interpuesto contra una resolución de una Sala Civil que resolvía anular parcialmente un laudo arbitral. Hacer tal entremezcla, a nivel de la Corte Suprema de la República, no solamente da cuenta de graves errores de concepción jurídica y de interpretación de normas en

⁽¹⁹⁾ El principio de condena de costos establece que la parte vencida, deberá soportarlos; sin embargo, estando a la flexibilidad del arbitraje, es posible llegar a determinar que la parte vencida tenía razones suficientes para seguir adelante con su defensa y que un tribunal ordene que los costos sean pagados por igual por ambas partes. No obstante, para efectos de dicha condena, un tribunal arbitral deberá tomar en cuenta –como lo señala el artículo 58 del Reglamento Procesal del Centro– “la actitud que hubiesen tenido las partes durante el proceso, pudiendo penalizar el evidente entorpecimiento o dilación de él. También se podrá tomar en consideración la pertinencia y cuantía de las pretensiones y si su monto incidió sustancialmente en el incremento de los gastos administrativos y honorarios del tribunal arbitral.”

materia arbitral sino que emite señales que minan la confianza de la actividad jurisprudencial de la Corte Suprema de la República, afectando el prestigio del Perú como sede de arbitrajes en un mundo globalizado.

2. A pesar de que en nuestra legislación, en el pasado, se consagró la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral, las leyes autónomas de arbitraje, y en especial la que actualmente nos rige, han desechado ambas instituciones y las han sustituido por el convenio arbitral. Este, reconocido como la piedra angular del sistema de arbitraje moderno, inspirado en la Ley Modelo de CNUDMI-UNCITRAL, supera a las instituciones de la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral y, además, las sustituye íntegramente debido a la ineficacia a que dieron lugar aquellas mientras estuvieron vigentes en nuestro medio.
3. No es admisible que se distinga entre el convenio arbitral y los pactos contenidos en reglas del proceso que se incorporan a las actas de instalación del tribunal arbitral o a cualquier otra acta que exprese la voluntad de las partes. En ambos casos, debe prevalecer el principio de autonomía de la voluntad de las partes para suscribir un convenio arbitral y para llevar a cabo obligatoriamente todos los actos que sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle, pueda tener plenitud de efectos y sea cumplido el laudo arbitral que se dicte resolviendo la controversia sometida a arbitraje.
4. La libertad de configuración del proceso arbitral le corresponde a las partes como expresión concreta del principio de autonomía de la voluntad. Es por ello tan importante la voluntad que se expresa en el convenio arbitral como la que se va materializando en el establecimiento de las reglas del proceso. Ambas son expresiones de la libertad de quienes pactan excluirse de la jurisdicción común para resolver sus controversias en sede arbitral. Ambas son en efecto equiparables y no distinguibles como lo hace erróneamente la sentencia casatoria que se comenta.
5. Por ello, no es extraño a la práctica arbitral ni reprochable doctrinariamente ni contrario a los artículos 9 y 33 de la LGA que las partes cambien en un arbitraje concreto algunos elementos del convenio arbitral a través de reglas o acuerdos incorporados a las actas de instalación o a las actas de cualquier otra audiencia del proceso arbitral en la que válidamente han llegado a pactos nuevos que pueden ser diferentes a los contenidos en el convenio original. De ocurrir ello, opera una simple novación y la regla de que un acuerdo posterior modifica al anterior.

6. En la resolución del punto controvertido materia del recurso de casación, relativo a la interpretación del artículo 52 de la LGA sobre la obligación de los árbitros de pronunciarse en el laudo sobre los gastos del arbitraje, el propio texto de esta norma abre espacio para que los árbitros se pronuncien discrecionalmente sobre el tema, tomando como simple referencia, de ser el caso, lo pactado en el convenio o en cualquier otro documento emanado del proceso arbitral. Así lo consagran los principales reglamentos de los centros de arbitraje del Perú. El propio texto del artículo 52, interpretado conforme al sentido natural de sus expresiones, hubiese permitido a la Sala Casatoria resolver el recurso de casación en la forma en que lo hizo, sin recurrir a confusiones entre instituciones arbitrales que no pueden ser entremezcladas.
7. Para resolver el recurso de casación tampoco era necesario que la Sala Casatoria se desborde en consideraciones y distinciones entre los pactos de un convenio arbitral y los incorporados a un acta de instalación de tribunal arbitral, o a otra acta emanada del proceso arbitral, pues la diferenciación que postula el considerando décimo tercero socava el principio de libertad de configuración del proceso que les asiste a las partes firmantes de un convenio arbitral, con grave peligro de crear confusiones irremediables en los medios arbitrales y judiciales del Perú. ▲

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

PRIMERA SALA CIVIL

EXP. Nº 3015-2003

Lima, dos de junio del dos mil cuatro.-

VISTOS:

Interviniendo como Vocal ponente el Señor Ferreira Vildózola, con el expediente arbitral remitido por el Secretario del Proceso Arbitral seguido entre Corporación Sagitario Sociedad Anónima con la Empresa Municipal Administradora de Peaje de Lima Sociedad Anónima – EMAPE.- (Proceso Arbitral número cero cero uno-dos mil dos);

RESULTA DE AUTOS:

Que, la Empresa Municipal Administradora de Peaje de Lima (EMAPE) interpone ante esta sala de la Corte Superior de Lima Recurso de Anulación contra el Laudo Arbitral emitido con fecha veinte de agosto del dos mil tres y su respectiva aclaración de fecha ocho de setiembre del dos mil tres, estando constituido el Tribunal Arbitral por los doctores Aurelio Moncada Jiménez, Luis Alfredo León Segura y el Ingeniero Federico Roldán Arrogas, resultado del proceso arbitral, en los seguidos por Corporación Sagitario Sociedad Anónima con la Empresa Municipal Administradora de Peaje de Lima - EMAPE-, sobre Obligación de Dar Suma; invocando como motivos de anulación en el recurso de su propósito dos causales:

I. La contenida en el inciso del artículo setenta y tres de la Ley General de Arbitraje 26572 pues sostienen no haber podido hacer valer sus derechos, habiéndose perjudicado sustancialmente su derecho de defensa sustentando las infracciones en los siguientes fundamentos:

1. Que el Laudo Arbitral habría perjudicado de manera manifiesta su derecho de defensa, en tanto se adoptan criterios contrarios a la literalidad de la ley 26850y de su Reglamento respectivo contenido en el Decreto supremo número 039-98-PCM, conllevando aquella situación, según refiere, a una evidente afectación al principio de

congruencia propio de toda resolución, así como resolviendo en contra de todo lo actuado en el referido proceso arbitral.

2. Que los criterios aplicados por el referido Tribunal implican que el Laudo Arbitral contraviene las normas que garantizan el derecho a un debido proceso aplicable a los procesos arbitrales conforme lo dispone el inciso tercero del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado.

3. Que por tal razón, agrega la demandante, resulta de aplicación lo dispuesto en el inciso tercero del artículo ciento veintidós del Código Procesal Civil en tanto por un lado según el Tribunal Arbitral resultaban piezas legales para la solución de la controversia arbitral las disposiciones contenidas en la Ley 26850 y su Reglamento, sin embargo el propio Tribunal Arbitral inaplica la citada norma y su reglamento arribando a conclusiones absolutamente contrarias a las normas precitadas.

4. Que el presente recurso, según refiere, no pretende la revisión del fondo de lo resuelto por el Laudo Arbitral, sino que esta Sala se persuade que a pesar que el Tribunal Arbitral señala que va a aplicar una determinada norma para resolver la controversia, una vez que se recurre a esta norma verifica que su contenido literal es contrario de lo señalado por el Laudo Arbitral.

II. La infracción prevista en el inciso tercero del artículo setenta y tres de la Ley General de Arbitraje veintiséis mil quinientos setenta y dos, referido a que la composición del Tribunal Arbitral no se ha ajustado al convenio de las partes, por cuanto de acuerdo a lo previsto en el artículo veinticinco de la Ley veintiséis mil quinientos setenta y dos, *“El nombramiento de árbitro de derecho debe recaer en abogados”*, no pudiendo modificarse ni desnaturalizarse dicha norma por una de rango inferior, por lo cual, el Ingeniero Federico Roldán Arrogas debió apartarse del proceso, como fue solicitado en el proceso arbitral.

Detallando en extenso ambas causales tenemos:

PRIMERA CAUSAL:

CAUSAL DE ANULACION PREVISTA EN EL INCISO 2) DEL ARTICULO 73º DE LA LEY GENERAL DE ARBITRAJE 26572

Refiere la entidad accionante que es el propio Laudo Arbitral el acto procesal que perjudica de manera manifiesta su derecho de defensa, en tanto que se adoptan criterios contrarios a la literalidad de la Ley veintiséis mil ochocientos cincuenta - Ley de Contrataciones y adquisiciones del Estado – y de su respectivo Reglamento, aprobado por Decreto Supremo número cero treinta y nueve-noventa y ocho-PCM, lo que conllevaría aquella situación a una evidente afectación al principio de congruencia, propia de toda resolución y resolviendo en contra de lo actuado en el referido proceso; en tal sentido la falta de congruencia invocada se verificaría en los siguientes fundamentos:

- a) Que el Tribunal Arbitral en el numeral 10.8 del rubro *“Consideraciones sobre el Fondo de la Controversia”* señala que según las normas precitadas, existirías úni-

camente dos sistemas de contratación: a precios unitarios y a suma alzada, sin embargo, ello no se condice con el texto literal del artículo veintisiete del Decreto Supremo número cero treinta y nueve-noventa y ocho-PCM, que dispone que en los procesos de selección, la entidad deberá determinar en las bases el Sistema de Adquisición y Contratación, en función a la naturaleza y al objeto principal del contrato. Dichos sistemas **podrán ser** el de suma alzada y el de precios unitarios, tarifas o porcentajes. Señalan los demandantes que el contenido literal de dicha norma es permisivo y no imperativo, permitiéndose que se puedan utilizar además, otros sistemas de contratación, con lo cual se concluye que no son los únicos sistemas de contratación, como afirma erradamente el Tribunal;

- b) Precisa la empresa demandante que en el numeral 10.8 del rubro “Consideraciones sobre el fondo de la Controversia” el Tribunal Arbitral al señalar que las Bases y los Términos de referencia resultaban contrarias a la Ley número veintiséis mil ochocientos cincuenta y su respectivo Reglamento, en cuanto al hecho de que las mismas no podían establecer que las valorizaciones y los adicionales puedan ser pagadas hasta el monto tope fijado presupuestalmente, habría incurrido en una incongruencia extra petita, dejando sin efecto la absolución de consultas de las bases, particularmente la de la Compañía China Electric Power Technology Import & Export Corporation en sus consultas número siete y catorce, debiendo tenerse presente que de acuerdo al artículo setenta y nueve del Reglamento de la Ley veintiséis mil ochocientos cincuenta, forman parte del contrato: ..., iv) la absolución de consultas;
- c) Asimismo, refiere la demandante, que el Tribunal Arbitral en el numeral 10.8 del rubro “Consideraciones Sobre el Fondo de la Controversia” al afirmar que las bases y los términos de referencia no podían establecer que las valorizaciones y los adicionales puedan ser pagadas hasta el monto tope fijado presupuestalmente, deja sin efecto los numerales 17.2 y 17.3.3 de las bases de la licitación, resolviendo así un punto no controvertido, y por tanto, de forma extra petita, siendo que según lo dispone el artículo setenta y nueve del Reglamento de la Ley veintiséis mil ochocientos cincuenta, forman parte del contrato: 1) Las bases de la licitación; asimismo, sustenta la incongruencia en la infracción al artículo de la Ley veintiséis mil ochocientos cincuenta en cuanto dispone que entre los principios que rigen toda contratación y adquisición del estado se encuentra el del trato justo e igualitario, el mismo que se vería afectado por lo resuelto por el Tribunal, en virtud a que los otros postores que han participado en el proceso de selección, han tenido presente la citada consulta y su absolución, y que sus propuestas fueron efectuadas en función a tan determinante hecho. Tal situación conllevaría a la nulidad del proceso y del contrato mismo, por lo cual, el Tribunal Arbitral, a través de tan incongruente razonamiento, estaría otorgando derechos provenientes de un acto jurídico nulo de pleno derecho;
- d) Que, en el numeral 10.10 del rubro “Consideraciones sobre el Fondo de la Controversia” del referido Laudo, se señala contrariamente a lo dispuesto por la Ley veintiséis mil ochocientos cincuenta y su reglamento, establecerían que el “Sistema de Precios Unitarios con Tope Máximo” no existiría legalmente a tenor de lo

dispuesto por los indicados artículos, sin embargo, el artículo veintiocho únicamente se limita a definir los Sistemas de Contratación a suma alzada y a precios unitarios, no pudiendo aplicarse dicha norma sin tenerse en cuenta el artículo veintisiete de la misma que señala que *los sistemas podrán ser el de suma alzada y el de precios unitarios, tarifas o porcentajes*, así como el artículo veintinueve del Reglamento, que establece que *“Además de las modalidades que puedan ser definidas por la Entidad en las bases, éstas podrán adoptar una o varias de las siguientes modalidades:...”*, de lo que se advierte una normatividad permisiva contraria al criterio del Tribunal Arbitral, desconociendo dicho Tribunal esta norma a pesar que se encuentra dentro del ámbito de las normas que el mismo señala como fundamentales para resolver esta controversia;

- e) Que, la definición que en el segundo párrafo del numeral 10.11 del rubro “Consideraciones sobre el fondo de la Controversia” da al Tribunal Arbitral sobre presupuesto adicional no se encuentra en la Ley veintiséis mil ochocientos cincuenta y su reglamento, lo cual se verifica con lo señalado en el numeral 3.1. de la resolución número veintiuno que resuelve el recurso de aclaración del Laudo Arbitral y en donde se señala que tratándose de un arbitraje de derecho se encontrarían autorizados a citar no solo el articulado legal, sino también temas doctrinarios, de principios generales del derecho y afines. Asimismo, refiere la demandante que en los numerales 10.12, 10.13 y 10.14 del mismo rubro denominado “Consideraciones sobre el Fondo de la Controversia” el Tribunal Arbitral se ha basado en la Resolución de Contraloría N° 260-2000-CG, que no encontraba vigente a la fecha de suscripción del contrato que origina la presente litis y del cual el referido tribunal concluye que el concepto de mayores metrados se encuentra vinculado al de presupuesto adicional y que la aprobación previa se trataría *“10.13 (.....) evidentemente de una norma relacionada con el control gubernamental, la misma que es de aplicación para las entidades, aún cuando la ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, no haya dispuesto ni previsto, que los mayores metrados deban ser materia de presupuestos adicionales. 10.14. Ello no implica que se pueda obligar a un contratista, a prever la ejecución de los mayores metrados que deben reconocerse y pagarse en la liquidación final, conforme a la legislación vigente, para cumplir con una norma de control que solamente obliga a la entidad (...)”*. Sin embargo, según la accionante, si existía normatividad legal aplicable y a la que se sometieron en las Bases los postores, como la Resolución de Contraloría número 125-98-CG concordante con la Resolución de Contraloría número 260-2000-CG que definen expresamente el concepto de presupuesto adicional, estableciendo que comprende tanto obras complementarias como mayores metrados, señalando además que constituye requisito indispensable para su ejecución y posterior pago la autorización de la entidad – la misma que no ocurrió en autos. Por lo que al no haberse declarado la ilegalidad de esas normas de Contraloría, el Tribunal Arbitral se encontraba obligado a aplicarlas, y al no hacerlo implica una infracción del mandato del inciso tres del artículo ciento veintidós del Código Procesal Civil. Con ello queda claro, según la demandante, que de un lado el Tribunal Arbitral invoca una norma aplicable al caso de autos y de otro lado adopta criterios determinados de acuerdo a las circunstancias, provocando esa contra-

dicción e incongruencia manifiesta lo que justifica su recurso de Anulación propuesta; teniendo presente sobre este punto que en el numeral 10.4 del rubro “Consideraciones sobre el Fondo de la Controversia” al señalar el Tribunal Arbitral que *“igualmente las disposiciones de otra índole legal, incluso las relacionadas con el Procedimiento Administrativo General y las del Sistema Nacional de Control, no consideradas expresamente en la ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, no pueden prevalecer sobre sus disposiciones específicas”*, estaba desestimando toda importancia y relevancia a las normas de Contraloría antes citadas y acto seguido y en el mismo Laudo le da importancia y fundamenta su decisión en otras normas de Contraloría que no resultaban aplicables al caso de autos y a las que les da un sentido que no se condice con el texto literal mismo de la norma que invoca y que en todos los casos exigía y exige el pago de todo presupuesto adicional la autorización previa para la ejecución.

- F) Señalan además que en el numeral 10.17 del rubro “Consideraciones sobre el Fondo de la Controversia”, el Tribunal Arbitral señala que *“No reconocer el total de los metrados realmente ejecutados y que sirvieron para lograr el objetivo del contrato, sería amparar un enriquecimiento sin causa, pues la propietaria de la obra se estaría beneficiando por un trabajo ejecutado...”*, de lo que se advierte que lo que el Tribunal Arbitral ha resuelto no es un reclamo contractual como ha sido solicitado por Corporación Sagitario, sino una figura distinta cual es una indemnización proveniente de enriquecimiento sin causa, contra la cual no se han defendido al no haber sido demandada;
- g) Por último, respecto de esta primera causal, la demandante cuestiona el hecho que en el rubro 10.24 del rubro Señalan además que en el numeral 10.17 del rubro “Consideraciones sobre el Fondo de la Controversia” se haya conceptualizado a las costas y costos como la *“sanción para aquel litigante que acude a un proceso y observa una conducta procesal maliciosa y de falta de colaboración para la resolución de los puntos de controversia”*, señalando que dicha definición no se condice con lo señalado por los artículos cuatrocientos diez y siguientes del Código Procesal Civil, y mas bien correspondería a la definición de multa, por lo que resulta evidente que el Tribunal ha resuelto sin tener presente la normatividad aplicable al caso de autos;

SEGUNDA CAUSAL

CAUSAL DE ANULACION PREVISTA EN EL INCISO 3) DEL ARTICULO 73º DE LA LEY GENERAL DEL ARBITRAJE 26572

Que, dentro de esta causal acusa la demandante infracción conforme a lo dispuesto por el inciso tercero del artículo setenta y tres de la Ley General de Arbitraje, en cuanto a que la composición del Tribunal Arbitral no se habría ajustado al convenio de las partes, salvo que dicho convenio estuviera en conflicto con una disposición legal, de la que las partes no pudieran apartarse, o a falta de convenio, que no se han ajustado a dicha disposición, habiendo sido la omisión objeto de reclamo expreso en su momento por la parte que se considera afectada, sin ser subsanando oportunamente, toda vez que:

- a) Del artículo cuarenta y uno “b)” de la Ley veintiséis mil ochocientos cincuenta, se desprende que cuando en los contratos de obra – como el presente caso – la ejecución o interpretación del contrato en los casos de Licitación Pública y Concurso Público, en caso de discrepancias entre las partes, ésta será definida mediante arbitraje que se sujetará a lo establecido en la Ley General de Arbitraje veintiséis quinientos setenta y dos;
- b) El artículo veinticinco de la Ley veintiséis mil quinientos setenta y dos establece que *“El nombramiento del árbitro debe recaer en abogados”*, por lo que el artículo ciento cuarenta y tres del Reglamento del Decreto Supremo 039-98-PCM, que dispone que *“Para ser designado árbitro, conciliador o perito se requiere:*

d) Contar con título profesional, y que en caso de arbitraje, el árbitro unipersonal o el Presidente del Tribunal deberá ser abogado”, no puede modificar ni desnaturalizar la norma de rango superior, y por tanto, debe interpretarse que la disposición del artículo ciento cuarenta y tres se refiere a título profesional de abogado, por cuanto siempre será arbitraje de derecho. Por ello, el Ingeniero Federico Roldán Arrogas debía apartarse del proceso, conforme así lo solicitaron el proceso arbitral;

ARGUMENTOS SOSTENIDOS POR LA DEMANDADA

I. NULIDAD DEL AUTO ADMISORIO

Argumentos

- a) Que la demandada Corporación sagitario S.A., mediante escrito de fojas ciento cuarenta y cinco a ciento cincuenta y uno, de fecha cinco de diciembre del dos mil tres, se paresota a la instancia solicitando se declare la nulidad de la resolución que admite a trámite el recurso de anulación de Laudo, toda vez que la misma vulneraría lo establecido en el artículo setenta y uno de la Ley General de Arbitraje, en cuanto al plazo de interposición del recurso, y el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil, sosteniendo que cuando dispone el artículo setenta y uno de la Ley General de Arbitraje que *“cuando se hubiese solicitado la corrección, integración o aclaración del laudo, el recurso de anulación deberá interponerse dentro de los diez días de notificada la resolución correspondiente”*, debe entenderse por *“resolución correspondiente”* la que se resuelve corrigiendo, integrando o aclarando el laudo arbitral, y no la que desestima /declara infundada o improcedente, entre ellas, por extemporánea), como es en el presente caso, por lo cual, el plazo de diez días se computa a partir del día siguiente de notificado el Laudo Arbitral, salvo que hubiere sido corregido, integrado o aclarado, que no es este caso, por lo expuesto, al haberse notificado a EMAPE con el Laudo con fecha veinticinco de agosto del dos mil tres, y presentada la demanda de anulación de Laudo con fecha veintiséis de setiembre del dos mil tres, se habría sido solicitado ésta de manera extemporánea;

- b) Que como segunda razón que sustenta la extemporaneidad alegada, señala la demandada que al haberse solicitado la aclaración el dos de septiembre del dos mil tres, cuando el Laudo fue notificado a EMAPE el veinticinco de agosto del mismo año, habría transcurrido seis días hábiles, es decir, que fue presentado el recurso de aclaración de manera extemporánea, fuera del plazo establecido en el artículo cincuenta y cinco de la Ley General de Arbitraje, por lo cual, habría incurrido en una nulidad insalvable y de pleno derecho, ante lo cual, el plazo para interponer el recurso de anulación de Laudo Arbitral debió computarse a partir de la notificación a **EMAPE** de la resolución número veinte que declara infundada su solicitud de aclaración presentada por Corporación Sagitario S.A., que fue el cuatro de setiembre del dos mil tres, y a partir de ahí correr el plazo de diez días para interponer el recurso de anulación, y habiendo presentado éste con fecha veintiséis de setiembre del dos mil tres, esto es, al décimo sexto día hábil posterior a la notificación de la resolución número veinte, se debió denegar la admisión a trámite del presente Recurso de Anulación de Laudo Arbitral y proceder a declarar la nulidad de todo lo actuado en este proceso al amparo del artículo ciento setenta y uno del Código Procesal Civil;

II. CONTESTACION DE LA DEMANDA

Respecto de la Primera Causal

Argumentos

- a) Que, por escrito de fecha veintidós de diciembre del dos mil tres, Corporación Sagitario, absolviendo el traslado conferido por la resolución número dos de fecha catorce de noviembre del dos mil tres, contesta el recurso de Anulación de Laudo, manifestando que respecto a la primera causal invocada por **EMAPE**, referida la causal prevista en el inciso dos, del artículo setenta y tres de la Ley General de Arbitraje, por no haber podido hacer valer sus derechos, perjudicándose de manera manifiesta su derecho de defensa, manifiesta la demandada en primer lugar, que de acuerdo al artículo sesenta y uno de la Ley (de Arbitraje), el objeto del recurso de anulación es la revisión de la validez del Laudo por las causales taxativamente enumeradas en el artículo setenta y tres, estando prohibido bajo responsabilidad revisar el fondo de la controversia señalando además, que la naturaleza jurídica de este recurso es la de ser una instancia de revisión, y no una segunda instancia de apelación;
- b) Que, en cuanto a la denuncia del Laudo por vulneración del principio de congruencia de toda resolución señala que este principio exige la identidad jurídica entre lo resuelto por el Juez en la sentencia, y las pretensiones y excepciones planteadas por las partes, lo cual no se ha violado en el Laudo cuya anulación se pretende, ya que el objeto de la pretensión fue el pago de presupuestos adicionales, y el Laudo, respondiendo a esa pretensión, declaró fundada en parte la demanda; señala además que de declararse fundada la demanda por esta causal, lo que se estaría haciendo es remitir los autos a los árbitros para que vuelvan a laudar, con la obligación de interpretar de manera distinta;

- c) **EMAPE** no habría dado cumplimiento oportuno del requisito para invocar esta causal, en el sentido de que la omisión o incumplimiento con el que se afecta el derecho de defensa debe ser objeto de reclamo expreso en su momento, por la parte que se considere afectada de acuerdo al numeral dos del artículo setenta y tres de la Ley General de Arbitraje, como efectivamente se hizo con el recurso de aclaración, sin embargo, éste fue presentada de manera extemporánea, y en consecuencia, es nulo e inexistente ya que de acuerdo al artículo cincuenta y cinco de la Ley citada, las partes pueden solicitar aclaración del Laudo dentro de los cinco días de la notificación del laudo, habiendo sido notificada **EMAPE** el veinticinco de agosto del dos mil tres, y solicitado la aclaración el dos de septiembre del dos mil tres, fue, al sexto día hábil de notificada el Laudo, Arbitral, por lo que además, no sería procedente admitir la anulación del recurso invocando esta causal;

Respecto de la Segunda Causal

Argumentos

- a) En cuanto a la segunda causal invocada por EMAPE, referente a que la composición del Tribunal Arbitral no se habría ajustado al convenio de las partes, ya que en su composición existió un profesional no abogado, dicho árbitro fue nombrado precisamente por EMAPE, debiendo tenerse en cuenta el principio de que carece de interés para reclamar la nulidad el que la ha cometido a sabiendas del vicio que invalidaba el acto, y estando además a lo señalado en el artículo ciento setenta y cinco del Código Procesal Civil, que señala que el pedido de nulidad será declarado inadmisibles o improcedentes cuando se formule por quien ha propiciado, permitido o dado lugar al vicio, por lo que EMAPE no está legitimado ni tiene interés para la acción de Anulación de Laudo por esta causal;

Que en consecuencia encontrándose expedita la causa para resolver este Superior Colegiado procede ha expedir sentencia; y,

CONSIDERANDO;

PRIMERO: Que, en primer orden corresponde analizar el cuestionamiento a la composición del Tribunal Arbitral en cuanto a la infracción invocada del inciso tercero del artículo setenta y tres de la Ley General de Arbitraje; al respecto debe tenerse en cuenta que la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, número veintiséis mil ochocientos cincuenta, resulta aplicable de manera prevalente al caso, de acuerdo a lo establecido en el artículo cuarto de esa misma norma que dispone su especialidad y prevalencia de ella y su reglamento en materia de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, sobre normas generales de procedimientos administrativos y sobre aquellas, de derecho común que fueran aplicables;

SEGUNDO: Que, en ese mismo sentido regula el artículo cincuenta y tres de la Ley veintiséis mil ochocientos cincuenta, modificado por Ley número veintisiete mil trescientos treinta, del veintiséis de julio del dos mil, al establecer que «los procedimientos de conciliación y arbitraje se sujetarán supletoriamente a lo dispuesto por

las leyes de la materia», de lo que se desprende que la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su reglamento resultan de aplicación prioritaria a este caso. Que por lo demás en cuanto al argumento sostenido por la demandante en cuanto a que la Ley 27330 no resultaba aplicable al caso de autos por cuanto dicha norma no se encontraba vigente a la fecha de celebración del contrato, cabe señalar que dicho cuestionamiento fue objeto de recurso de reposición al interior del proceso Arbitral, el mismo que fue declarado infundado por Resolución de fecha quince de abril del dos mil tres, con lo que se entiende que la accionante hizo valer su derecho en forma oportuna e irrestricta, por lo que el cuestionamiento hoy planteado supondría revisar los argumentos que motivaron a los árbitros para desestimar lo solicitado; controversia que por lo demás resulta ajena a la naturaleza del presente proceso en aplicación de lo previsto en el artículo sesenta y uno de la Ley General de Arbitraje Asimismo siendo que el reglamento de dicha Ley vigente al momento de la celebración del contrato de obra, de fecha dos de febrero del dos mil uno al disponer en su artículo ciento cuarenta y tres, que para ser designado árbitro, conciliador o perito se requiere: **“Inciso d: Contar con título personal profesional. En caso de Arbitraje, el árbitro unipersonal o el Presidente del Tribunal deberá ser abogado”**; se puede inferir válidamente la posibilidad de que los otros árbitros no sean abogados, sin establecer exigencia en el sentido de que el Tribunal esté integrado exclusivamente por abogados, debiendo además tenerse en cuenta que en la Cláusula de Solución de controversias, llamada “Cláusula Arbitral» del contrato de Ejecución obra de autos, las partes convienen que a falta de acuerdo en la designación de los árbitros o ante la rebeldía de una de las partes en cumplir con dicha designación, la misma sería efectuada por el **CONSUCODE** conforme lo dispuesto en la ley veintiséis mil ochocientos cincuenta, o las reglas procesales del Centro de Arbitraje al cual se hubiesen sometido las partes, de lo que se advierte que para la designación de los árbitros, las partes por libre acuerdo han dispuesto que la designación de árbitros se hará conforme a la ley veintiséis mil ochocientos cincuenta.

TERCERO: Que, teniendo presente lo anteriormente expuesto, resulta pertinente señalar que en el Oficio número **461-2003-GCA-CONSUCODE**, del diecinueve de marzo del dos mil tres, el propio CONSUCODE se pronuncia sobre el sustento legal de la designación de un árbitro no abogado en un Tribunal Arbitral de Derecho, cuando señala: a) El Sistema Jurídico de Arbitraje Administrativo cuenta con características especiales, a diferencia del Arbitraje privado, debidamente garantizadas por el Derecho Público, en virtud al principio de especialidad y legalidad de la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado, estando consagrado legalmente el primero de estos principios en el artículo cuarto de la ley veintiséis mil ochocientos cincuenta; b) El artículo cincuenta y tres de la citada norma fue modificado por la Ley Veintisiete mil trescientos treinta del veintiséis de Julio del dos mil, introduciendo en su artículo primero el último párrafo del artículo cincuenta y tres, disponiendo que “los procedimientos de conciliación y arbitraje se sujetarán supletoriamente a lo dispuesto por las leyes de la materia”; c) En este sentido y en cuanto a la conformación del Tribunal Arbitral, existe formativa expresa en el Reglamento de la ley de Contrataciones y Adquisiciones del estado, aprobado por Decreto Supremo número 039-98-PCM, sin perjuicio de que la misma ley veintiséis mil quinientos setenta y dos, brinde tutela en

diversos artículos a la prevalencia de normas reglamentarias a que se hayan sometido las partes, como es el caso del inciso dos del artículo veintiocho de la acotada; d) Conforme al derecho público y al interés público por éste tutelado, la normatividad sobre contrataciones y adquisiciones del Estado resulta aplicable de manera relevante y preeminente en los casos de controversias cuyos supuestos de arbitrabilidad se encuentren previstos en la misma, en particular en la etapa de ejecución de los contratos que se encuentren bajo el ámbito de aplicación de la ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; e) Se ha previsto en la normativa de Contrataciones Públicas que el arbitraje será siempre de derecho, poniendo a disposición de las partes contratantes una gama de alternativas para la integración de los Tribunales arbitrales de derecho, dependiendo ello, en primer lugar del acuerdo de voluntades existente entre las partes, con base en el convenio arbitral, y a falta de acuerdo, la designación del número de árbitros dependerá del tipo contractual correspondiente, siendo posible en el caso de conformación de Tribunal Arbitral, que esté conformado por un abogado y hasta por dos profesionales no abogados, con la condición de que el abogado presida el Tribunal Arbitral; f) El Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, norma de orden público aplicable al asunto materia de análisis, señala taxativamente en su artículo 143-d que «El árbitro unipersonal o el presidente del Tribunal deberá ser abogado». Dicho mandato es imperativo, y constituye la base técnica para comprender el sentido especializado del arbitraje regulado por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. g) La norma referida no precisa un mandato legal expreso e imperativo en el sentido que los Tribunales Arbitrales deben estar integrados siempre por tres abogados, y en consecuencia, siguiendo el principio de especialidad y legalidad tutelado por las normas de derecho público, y atendiendo a que no cabe distinguir donde la formativa no lo hace, se permite que dichos Tribunales Arbitrales puedan ser integrados de manera híbrida, hasta por dos profesionales no abogados, pero siempre presididos por un árbitro abogado, lo que no contraviene en absoluto el artículo veinticinco de la Ley de General de Arbitraje, ya que el caso de árbitro único o de presidente del Tribunal Arbitral, se trata de árbitros de derecho;

CUARTO: Que, respecto de este tema no está de más recordar que el criterio manejado por el CONSUCODE señalado precedentemente, se reafirma una vez más cuando por Oficio número 053-2003-CONSUCODE-GCA establece la legalidad de la procedencia de la participación de uno o más profesionales no Abogados como miembros no presidentes de un Tribunal Arbitral constituido para resolver controversias en materia de Contrataciones y Adquisiciones del estado y cuya naturaleza especial se encuentra consagrada por la ley veintiséis mil ochocientos cincuenta y su reglamento;

QUINTO: Que, a mayor abundamiento cabe señalar que la ley veintiséis mil quinientos setenta y dos, en su artículo veintinueve señala que las partes pueden dispensar las causas de recusación que conocieran y en tal caso no procederá recusación o impugnación del laudo por tales motivos, disponiéndose en el artículo treinta de la misma ley que, en caso de recusación a un árbitro por la parte que lo designó, sólo podrá invocar causales que hayan sobrevenido a su nombramiento, lo cual no se da en el caso de autos en que se le recusa por ser ingeniero, calidad que era conocida por EMAPE, tal como incluso lo sostiene el propio árbitro, recusado, conforme se advierte

de su escrito de absolución de la recusación presentada por lo que dicha recusación no resulta procedente, ni la anulación del laudo por este motivo, y estando además a lo dispuesto por el artículo ciento setenta y cinco del Código Procesal Civil, no procede el pedido de nulidad cuando se formula por quien ha propiciado, permitido o dado lugar al vicio. en el entendido que fue la propia demandante quien designó como árbitro al mismo que hoy cuestiona, por lo que no puede argumentar aquella como un error de interpretación cuando se entiende que para solicitar un Laudo Arbitral las partes deben conocer y entender la normatividad pertinente al caso concreto;

SEXTO: Que, respecto de este mismo punto se advierte, que según el expediente arbitral anexado, **EMAPE** nombró como arbitro en la calidad profesional al Ingeniero Federico Roldán Arrogas, conforme consta del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral de fecha veintisiete de diciembre del dos mil dos y notificada a las partes mediante Resolución de fecha treinta de diciembre del mismo año, no evidenciándose que se haya dejado constancia de alguna observación oportuna a la referida designación. Que asimismo se debe señalar que si bien mediante Recurso de fecha seis de enero del dos mil tres, **EMAPE** impugna el Acta de Instalación lo hace por razones diferentes a la calidad profesional del referido árbitro, siendo está la primera oportunidad que tenía para formular su reclamo deduciendo la nulidad del Acta de Instalación por la causal que hoy invoca en tal sentido se evidencia que **EMAPE** no fue oportuno en presentar su reclamo conforme a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo setenta y tres de la Ley General de Arbitraje; advirtiéndose incluso que **EMAPE** no recusó en su momento al árbitro designado por ellos conforme a la regla prevista en el literal a) del artículo ciento cuarenta y ocho del Reglamento de la Ley veintiséis mil ochocientos cincuenta, concordante con lo dispuesto en el artículo treinta y uno de la Ley General de Arbitraje por el que se establece que la recusación debe realizarse inmediatamente después de conocida la causa, evidenciándose por el contrario del estudio del expediente arbitral que la recusación por parte de **EMAPE** respecto del arbitro designado por ellos mismos se produjo con posterioridad a los sesenta días de producida la notificación de la decisión del referido arbitro, contraviniendo con ello la normatividad precedente señalada.

SÉPTIMO: Que, sobre este mismo punto no está demás incidir en el hecho que el artículo cincuenta y tres de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, señala taxativamente que el arbitraje se regirá por el reglamento correspondiente, esto es el Decreto Supremo 039-98-PCM, lo que evidencia una remisión legal expresa que opera desde una norma le con rango de ley y de Derecho Público, hacia el Reglamento, un Decreto Supremo también de -Derecho Público, entendido como acto de ejercicio de poder. En ese entendido una remisión legal también puede producirse en sede privada donde por lo demás resulta evidente que el estado es el protagonista al actuar sobre la base de Razón de Estado;

OCTAVO: Que, estando a la observación antes mencionada, en virtud del principio de especialidad y especificidad tutelados por la Ley veintiséis mil ochocientos cincuenta, y sobre la base del principio de derecho que señala que en un mismo ámbito jurídico, no cabe distinguir donde la ley no distingue, es legalmente factible contar con un tribunal arbitral que esté integrado hasta, por dos árbitros no abogados,

configurando así un arbitraje de derecho, en la medida que se cumplan las formalidades legales administrativa, inherentes a este tipo de arbitraje.

NOVENO: Que, de otro lado, el mismo marco formativo mantiene una determinación jurídica a favor del arbitraje de derecho, en orden a que el actuar del Estado constituye una expresión del principio de legalidad y por ende las contrataciones y las controversias derivadas de las mismas, se encuentran sujetas al marco normativo por exclusivas consideraciones de Derecho público. Sin embargo debemos reiterar una vez más que la Presidencia del Tribunal Arbitral siempre debe ser ejercida por un abogado lo que concuerda por lo demás plenamente con la ley de Arbitraje, en lo concierne a las atribuciones del Presidente del Tribunal Arbitral, artículo cuarenta y siete -decisión del Presidente del Tribunal Arbitral y designación del dirigente-; Consecuentemente el marco normativo garantiza que este tribunal produzca un laudo de derecho, cumpliendo en todos sus extremos con los requisitos de forma a que se refiere el artículo cincuenta de la Ley General de Arbitraje y sin que ello implique la desnaturalización de la lógica labor deliberativa de los árbitros, con la finalidad de lograr la apropiada solución a la controversia;

DÉCIMO: Que, este mandato del reglamento promueve entonces la especialización en este tipo de arbitrajes y armoniza a su vez en su integridad, con el artículo tercero de la Ley General de Arbitraje, que señala que el arbitraje es de derecho, cuando los árbitros resuelven la cuestión controvertida con arreglo al derecho aplicable y debiendo el laudo correspondiente adoptar *in fine* las formalidades legalmente establecidas.

DÉCIMO PRIMERO: Que, además dada la emisión legal contenida en el artículo cincuenta y tres de la ley, norma de derecho público, cabe concluir que, en virtud de los principios de especialidad y especificidad antes mencionados que inspiran el artículo cuarto de la misma ley, el reglamento no se encuentra en colisión. Con él artículo veinticinco de la Ley General de Arbitraje, cuando ésta regula lo concerniente a la calificación legal de árbitros, pues en este aspecto, el marco normativo obedece principalmente la *ratio legis* de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado veintiséis mil ochocientos cincuenta (Ley Administrativa) y sólo secundariamente a la *ratio legis* de la Ley General de Arbitraje. En el primer caso se introducen otros elementos para estructurar la calificación legal en mención y, además de ello resalta la importancia de la finalidad pública que entraña el marco normativo: materia de análisis, mientras que en el segundo caso y en razón de la respectiva naturaleza formativa el bien jurídico tutelado es de carácter privado y si las partes no pactan dentro de los márgenes que les concede la Ley General de Arbitraje entonces ésta será de obligatorio cumplimiento;

DÉCIMO SEGUNDO: Que, en ese sentido, los abogados dentro de los tribunales arbitrales establecidos de conformidad con el marco formativo de la materia de contrataciones y adquisiciones se encuentran en la obligación legal y moral de hacer cumplir la ley aplicable para la solución de la controversia, contando además con la ventaja de poder integrar, dentro del propio tribunal arbitral a otros profesionales que aporten su criterio especializado. Ello pues implica preservar en la solución de con-

troversia la vigencia de las normas especializadas y específicas de Derecho Público. De ahí el rol relevante de los árbitros abogados en éste tipo de arbitraje administrativo;

DÉCIMO TERCERO: Que, por lo expuesto en este punto no resulta válido pretender que los arbitrajes de derecho en el marco normativo de contrataciones y adquisiciones, necesariamente tengan que ser llevados a cabo por árbitros abogados, en el caso de los tribunales integrados por tres miembros, especialmente cuando es evidente que el marco normativo de Derecho Público que regula este tema, ha optado de manera expresa por la posibilidad que se adopte una fórmula híbrida en la conformación de los tribunales arbitrales, la misma que se impone con base en los principios de especialidad, especificidad y legalidad tantas veces mencionada.

DÉCIMO CUARTO: Que, por último el criterio antes esbozado ha sido recogido en la Jurisprudencia de la Tercera Sala Civil de Lima en resolución recaída en el expediente número 1510-2002 expedida con fecha ocho de mayo del dos mil tres en el que se precisa que en virtud del principio de especialidad y estando a lo establecido en la Ley General de Arbitraje no constituye causal de anulación de los laudos arbitrales el que los tribunales arbitrales que actúen conforme el marco normativo se encuentren integrados por profesionales no abogados, con exclusión del presidente del tribunal arbitral; criterio que si bien no resulta de observancia obligatoria, sin embargo constituye un comentario adicional a fin de reforzar los fundamentos precedentemente expuestos;

DÉCIMO QUINTO: Que, corresponde conforme al estado del proceso emitir pronunciamiento en cuanto a la nulidad deducida por la parte demandada. Al respecto señala la emplazada que del artículo setenta y uno de la Ley General de Arbitraje, debe entenderse por «resolución correspondiente» la que resuelve corrigiendo, integrando o aclarando el Laudo Arbitral y no la que desestima; sin embargo ello no se deduce del texto literal del citado artículo que establece que cuando se hubiere solicitado la corrección, integración o aclaración del laudo, el recurso de anulación debe interponerse dentro de los diez días de notificada la resolución correspondiente es decir, la resolución relativa a la solicitud efectuada, sea la que conceda la aclaración solicitada o la que desestima dicha solicitud, estando al brocardo que reza *Ubi lex non distinguit, non distinguit debemos*; en ese contexto, y habiéndose notificado la resolución que desestima la solicitud de aclaración a EMAPE con fecha doce de setiembre del dos mil tres, y Presentado ésta su recurso de Anulación de Laudo Arbitral ante el Poder Judicial con fecha veintiséis de setiembre del mismo año, según se advierte del sello de recepción de la propia demanda de fojas noventa y seis, se encuentra la demandante dentro del plazo de los diez días establecidos en el artículo setenta y uno de la ley General de Arbitraje;

DÉCIMO SEXTO: Que, en cuanto a la segunda razón que sustenta la extemporaneidad alegada, respecto a que desde la fecha de notificación a EMAPE del laudo arbitral a la solicitud de aclaración de fecha dos de setiembre del dos mil tres, habrían transcurrido seis días, y por tanto, presentado su aclaración fuera del plazo establecido en el artículo cincuenta y cinco de la Ley General de Arbitraje, incurriendo así en una causal de nulidad; y en lo referente a que el plazo para interponer el recurso de Anulación de Laudo Arbitral debió computarse a partir de la notificación a EMAPE

de la resolución número veinte que declara infundada la solicitud de aclaración de Corporación Sagitario S. A.; se advierte del expediente arbitral que el recurso de aclaración presentado por EMAPE fue declarado improcedente, notificándose con dicha resolución a Corporación Sagitario S. A. El once de setiembre del dos mil tres, la cual contenía un análisis sobre el fondo, más no una declaración de extemporaneidad del recurso, ante lo cual, **Corporación Sagitario S. A** no formula medio impugnatorio alguno, siendo que incluso, con fecha tres de octubre del dos mil tres, presenta un escrito con la liquidación del laudo, en el que tampoco hacen solicitud alguna para que se declare la extemporaneidad del recurso de aclaración de EMAPE, en ese sentido si la hoy demandada consideró que existía alguna nulidad debió formular su pedido en la primera oportunidad que tuvo para hacerlo, que de no hacerlo así resulta de aplicación lo previsto en el tercer párrafo del artículo ciento sesenta y dos del **Código Procesal Civil**, concordante con lo dispuesto en el Artículo ciento setenta y seis de la norma procesal acotada, por lo que la nulidad formulada devienem en desestimable;

DÉCIMO SEPTIMO: Que, conforme a la cláusula décima sexta, del Contrato de Ejecución de Obra 'número 016-2001-EMAPE GG/Concurso Oferta con Financiamiento de Terceros que corre en el proceso arbitral, las partes decidieron que cualquier diferencia que surja o se relacione con la ejecución y/o interpretación del Contrato será resuelto de manera definitiva mediante Arbitraje de Derecho y conforme a las disposiciones de la ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento así. así como la ley de Arbitraje;

DÉCIMO OCTAVO: Que, las partes en su ejercicio de su libertad de contratación designaron cada una a sus árbitros, recayendo el nombramiento por parte de **Corporación Sagitario S.A.** en el doctor Luis Alfredo León Segura y por parte de la Empresa Municipal Administradora de Peaje de Lima (EMAPE) en el ingeniero Federico Roldan Ariogas quienes eligieron como Presidente del Tribunal al doctor Aurelio Moncada Jiménez;

DÉCIMO NOVENO: Que, tramitando el proceso conforme a su naturaleza los arbitros por unanimidad leudaron a favor de Corporación Sagitario Sociedad Anónima, ordenando a la Empresa Municipal Administradora de Peaje de Lima (EMAPE) el pago de los montos señalados en el Laudo Arbitral, y no encontrándose conformes con ello, Empresa Municipal Administradora de Peaje de Lima (EMAPE) acude a sede judicial solicitando la anulación del laudo, fundándose en lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo setenta y tres de la Ley General de Arbitraje Veintiséis mil quinientos setenta y dos y cuyos fundamentos se encuentran desarrollados en la parte expositiva de la presente resolución.

VIGÉSIMO: Que, la potestad de administrar justicia que le confiere la Constitución al Poder Judicial y su facultad de control de los laudos arbitrales que se le sometan a su conocimiento, se encuentra enmarcada dentro de las normas señaladas en la Ley de Arbitraje, especialmente el artículo sesenta y uno, y sesenta y tres de la norma antes acotada, dispositivos que determinan su legalidad y validez, convirtiéndose en marco de garantía contra posibles desbordes y extralimitaciones que puedan darse violentando el derecho de los justiciables; consecuentemente y estando

los requisitos de admisibilidad cumplidos, corresponde emitir pronunciamiento respecto de los presentes autos.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, conforme a lo dispuesto por el artículo sesenta y uno de la Ley General de Arbitraje veintiséis mil quinientos setenta y dos, contra los Laudos Arbitrales dictados en una sola instancia o contra los Laudos Arbitrales de segunda instancia procede la interposición del recurso de anulación ante el Poder Judicial por las causales taxativamente establecidas en el artículo setenta y tres de la referida Ley, teniendo el recurso por objeto la revisión de su validez, sin entrar al fondo de la controversia y se resuelve declarando su validez o su nulidad, estando prohibido bajo responsabilidad, la revisión del fondo de la controversia;

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, a manera de referencia conviene recordar que la controversia entre las partes surgida en dicho proceso arbitral se resumió en los siguientes puntos controvertidos fijados en la Audiencia de Acuerdo Arbitral, Saneamiento, Conciliación, Fijación de puntos controvertidos y Admisión de medios probatorios, los mismos que fueron aceptados por la hoy demandante sin ninguna objeción: 1) Determinar de acuerdo a la cantidad de obra ejecutada y conforme al contrato y la ley, si procede reconocer a favor del demandante la suma de tres millones doscientos cuarenta y cinco mil veintiocho punto ochenta nuevos soles (S/. 3'245,028.80) incluido IGV, como saldo no reconocido en la Resolución número 044-2002-EMAPE/GT, de fecha catorce de noviembre del dos mil dos. Dicho monto se disgrega en dos conceptos: Mayores Metrados dos millones trescientos noventa y nueve mil trescientos veinte punto dieciocho nuevos soles (2'399,320.18) incluido IGV y Adicionales de ochocientos cuarenta y cinco mil setecientos ocho punto setenta y dos nuevos soles (S/. 845,708.62), incluido IGV. 2) Determinar si procede el reconocimiento y pago de intereses legales generados por la suma demandada. 3) Determinar si procede el reconocimiento y pago de los reajustes en los precios unitarios correspondientes a la fecha en que se interpuso la demanda hasta la fecha real del pago. 4) Establecer si procede la expresa condena de los gastos que pudo ocasionar el arbitraje por los honorarios al Tribunal Arbitral, gastos de administración y secretaria y los honorarios del profesional que asuma la defensa; consecuentemente conforme a la naturaleza del presente proceso corresponde a este Colegiado verificar si el referido Tribunal Arbitral ha ceñido su accionar dentro de los límites de los puntos controvertidos arriba señalados, verificando la existencia o no de alguna contravención al debido proceso, sin entrar a analizar, como se dejó anotado, sobre aspectos de fondo de la controversia allí suscitada;

VIGÉSIMO TERCERO: Que, los demandantes alegan infracción del inciso segundo del artículo setenta y tres de la Ley General de Arbitraje veintiséis mil quinientos setenta y dos, señalando que no han podido hacer valer sus derechos, habiéndose perjudicado su derecho de defensa, al adoptar el Tribunal Arbitral criterios contrarios a la literalidad de la Ley veintiséis mil ochocientos cincuenta y de su Reglamento, señalando en primer lugar, que del numeral 10.8 del rubro «Consideraciones sobre el Fondo de la Controversia», el Tribunal Arbitral haya hecho referencia a la existencia de sólo dos sistemas de contratación: a precios unitarios y a suma alzada, siendo que ello no se conduce con el texto literal del artículo veintisiete del Decreto Supremo número cero treinta y nueve noventa y ocho-PCM, que dispone que dichos sistemas

podrán ser el de suma alzada y el de precios unitarios, tarifas o porcentajes, admitiendo que se puedan utilizar además, otros sistemas de contratación, con lo cual se concluye que. no son los únicos sistemas de contratación como señala el Tribunal; asimismo, denuncian incongruencia en cuanto al señalar el Tribunal Arbitral que las Bases y los Términos de referencia resultaban contrarias a la ley veintiséis mil ochocientos cincuenta y su Reglamento, referido al hecho de que las mismas no podían establecer que las valorizaciones y los adicionales puedan ser pagadas hasta el monto tope fijado presupuestalmente, habría incurrido en una incongruencia extra petita, al dejar sin efecto la absolución de consultas de las bases, que de acuerdo al artículo setenta y nueve del Reglamento de la Ley veintiséis mil ochocientos cincuenta, forma parte del contrato; de otro lado, denuncian incongruencia, por la infracción al principio del trato justo e igualitario que se vería afectado por cuanto los otros postores que han participado en el proceso de selección formularon sus propuestas en función a tan determinante hecho, lo que conllevaría a la nulidad del proceso y del contrato mismo, por lo que, según la demandante el Tribunal a través de tan incongruente razonamiento estaría otorgando derechos provenientes de un acto jurídico nulo de pleno derecho; también, en cuanto que, al afirmar el Tribunal que las bases y los términos de referencia no podían establecer que las valorizaciones y los adicionales puedan ser pagadas hasta el monto tope fijado presupuestalmente, deja sin efecto los numerales 17.2 y 17.3.3 de las bases de la licitación, que forman parte del contrato, resolviendo así un punto controvertido, y por tanto, de forma extra petita; del mismo modo, cuando el Tribunal señala que el "Sistema de precios Unitarios con tope máximo no existiría legalmente, cuando sí existe, así como la definición sobre presupuesto adicional que no se encuentra en la ley veintiséis mil ochocientos cincuenta y su Reglamento; y por último que se ha conceptualizado a las costas y costos como la sanción para aquel litigante que acude a un proceso y observa una conducta procesal maliciosa y de falta de colaboración para la resolución de los puntos de controversia, cuando dicha definición no se conduce con lo señalado por los artículos cuatrocientos diez y siguientes del Código Procesal Civil, y más bien correspondería a la definición de multa; sin embargo, con todas aquellas afirmaciones con las que el demandante pretende sustentar que se habría incurrido en causal de nulidad prevista en el inciso segundo del artículo setenta y tres de la ley General de Arbitraje, no ha hecho sino formular objeciones al criterio de los árbitros, al señalar que "**tan incongruente razonamiento**" afectaría sus derechos, sin tener en cuenta que con ello se estaría pretendiendo efectuar una revisión respecto al fondo del asunto, cuando el inciso dos del artículo setenta y tres citado está limitado a vicios en la notificación u otras causas que impidan a las partes hacer valer sus derechos, siempre y cuando se haya perjudicado de manera manifiesta el derecho de defensa; en tal sentido, de las argumentaciones vertidas, se advierte que lo que se pretende cuestionar es el criterio del Juzgador, lo cual no es pasible de revisión en esta vía, ya que la anulación de Laudo está limitada a la inobservancia de aspectos formales, taxativamente señalados en el referido artículo setenta y tres de la Ley General de Arbitraje, sin poder entrar a analizar el fondo de la materia bajo responsabilidad;

VIGÉSIMO CUARTO: Que, ese contexto y evidenciándose indebida invocación al principio de congruencia procesal, conviene al respecto realizar algunas precisiones. Que doctrinariamente se comprende a la congruencia como aquella exigen-

cia de identidad que debemos mediar entre materia, partes y hechos de una litis y lo resuelto por la decisión jurisdiccional que la dirime. Debiendo destacar que el respeto a la congruencia reclama que todas las pretensiones deducidas por el demandante como también por la totalidad de las cuestiones llevadas a la controversia por la demandada, deben ser ponderadas y resueltas por el juzgado. Tal exigencia comprende: a) la resolución de todas las pretensiones deducidas, es decir la prohibición de omitir la decisión de una pretensión oportunamente deducida; b) Debe referirse nada más que a las prestaciones ejercitadas, esto es, no se puede resolver pretensiones no ejercitadas o exceder las deducidas; c) deben ser de resolución todas las cuestiones introducidas al debate por el demandado y nada más que ellas;

VIGÉSIMO QUINTO: Que, al respecto resulta oportuno destacar el comentario de algunos autores sobre el principio en comento. Así, para Devis Echandia la congruencia en sede procesal, es el “principio formativo que delimita el contenido de las resoluciones judiciales que deben preferirse de acuerdo con el sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes ... para que exista identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones” (Hernando Devis Echandia, Teoría General del Proceso, Tomo dos página quinientos treinta y tres). Jaime Guasp por su parte define a la congruencia como “(...) la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión y pretensiones que constituyan el objeto del proceso, más la oposición y oposiciones en cuanto delimitan ese objeto”. (GUASP, Jaime. “Derecho procesal Civil”, 3ª edic., Institutos de Estudios Políticos, Madrid, 1968, T. I, p. 517)

Asimismo según entiende Jorge W. Peyrano la congruencia “(...) es la exigencia que medie identidad entre la materia, partes y hechos de una litis incidental o sustantiva y lo resuelto por la decisión jurisdiccional que la dirima”. (PEYRANO, Jorge W. “El Proceso Civil. Principios y Fundamentos”, Astrea, Buenos Aires, 1978, p. 64);

VIGÉSIMO SEXTO: Que, de lo anteriormente expuesto se puede evidenciar por interpretación a contrario, que la incongruencia procesal constituye violación al derecho a un debido proceso, en tanto deja de lado términos de la controversia o *thema decidendum* y llevan al proceso peticiones no discutidas por los justiciables;

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, en resumidas cuentas, debemos concluir respecto de este punto señalado que el principio de congruencia está referido a la exigencia de identidad jurídica entre lo resuelto en cualquier sentido por el juez en la Sentencia y las pretensiones y excepciones planteadas por las partes, y no debe aplicarse en el sentido dado por los demandantes que están referidos más bien a una supuesta incongruencia en el razonamiento del juzgador con el contenido de la ley, y por cuanto adoptar una posición respecto de una norma legal no significa la afectación del derecho al debido proceso, ya que ello se hace en ejercicio de las facultades de las que están investidos los árbitros al conocer un caso, no habiendo acreditado la demandante en momento alguno que se haya impedido hacer valer su derecho, o que se haya afectado su derecho de defensa;

VIGÉSIMO OCTAVO: Que, asimismo la accionante denuncia que en el numeral 10. 17 del rubro “Consideraciones sobre el fondo de la Controversia», el Tri-

bunal Arbitral ha señalado que: «**No reconocer el total de los metrados realmente ejecutados y que sirvieron para lograr el objetivo del contrato, sería amparar un enriquecimiento sin causa, pues la propietaria de la obra se estaría beneficiando por un trabajo no ejecutado...**». Que sobre este punto señalan la demandante que se advertiría que lo que el Tribunal Arbitral ha resuelto no es un reclamo contractual como ha sido solicitado por Corporación Sagitario S. A., sino una figura distinta cual es indemnización proveniente de un enriquecimiento sin causa la cual no se han defendido al no haber sido demandada y que por ello se habría incurrido en un vicio de incongruencia; que no obstante lo expuesto por el accionante, debe tenerse en consideración que la remisión al enriquecimiento sin causa fue efectuada a modo de comentario, sin sustentarse en ese instituto para determinar la procedencia de la demanda en sede arbitral, más aún, teniendo en cuenta que la acción por enriquecimiento sin causa es de carácter supletorio o subsidiario y no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener el pago respectivo, por lo que al señalarse en el Laudo que de no pagarse los presupuestos adicionales **EMAPE** estaría incurriendo en un enriquecimiento sin causa, simplemente se está refiriendo a la existencia de una acreencia por parte de Corporación Sagitario S.A. que debe ser pagada.

VIGÉSIMO NOVENO: Que, a mayor abundamiento se debe acotar que, el hecho que en el Laudo cuya anulación se pretende se haya invocado enriquecimiento sin causa, no evidencia que este elemento se haya constituido en argumento sustancial para definir el referido Laudo Arbitral, toda vez que resultaba un argumento complementario sin constituir la ratio decidendi del Laudo, por lo que deviene en desestimable el cuestionamiento planteado por la demandante, advirtiéndose por lo demás del Laudo en referencia que se ha resuelto dentro de los alcances de lo solicitado en el escrito de demanda. que corre a fojas treinta y siete del expediente arbitral, ya que habiendo solicitado el pago de presupuestos adicionales por la suma tres millones doscientos cuarenta y cinco mil veintiocho nuevos soles, con ochenta céntimos de nuevo sol, incluido IGV, desgregados en dos millones trescientos noventa y nueve mil trescientos veinte nuevos soles, con dieciocho céntimos de nuevo sol por mayores metrados, y ochocientos cuarenta y cinco mil setecientos ocho nuevos soles con sesenta y dos céntimos de nuevo sol por Adicionales de Obra, se ha declarado fundada la demanda sólo en parte, concediéndose por mayores metrados, la suma de un millón quinientos treinta mil ciento cincuenta y ocho nuevos soles, con treinta y cuatro céntimos de sol, más reajustes de precios, intereses legales e IGV, declarándose infundada la demanda en el extremo que solicita Adicionales de Obra, por lo que no se advierte que se hayan excedido los árbitros de lo solicitado, evidenciándose más bien que el Tribunal Arbitral ha comprendido su accionar respecto de este punto dentro de los límites fijados en los puntos controvertidos ya señalados;

TRIGÉSIMO: Que, asimismo, el hecho que el pago de mayores metrados ejecutados y reclamado por Corporación Sagitario S. A. se haya tratado como la ejecución de una obra a precios unitarios, con la calidad de pagos a cuenta con determinación de su monto en la liquidación respectiva, evidencia que el Tribunal Arbitral ha resuelto dentro de lo previsto en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado veintiséis mil ochocientos cincuenta y su respectivo reglamento, tanto más, si lo pre-

tendido por la accionante resulta tener incidencia sobre el fondo de los hechos allí suscitados, por lo que no resulta compatible con la naturaleza de la presente demanda sobre Anulación de Laudo Arbitral, donde por disposición expresa del numeral sesenta y uno de la Ley veintiséis mil quinientos setenta y dos – Ley General de Arbitraje- se encuentra prohibida la revisión del fondo de la controversia suscitada en el proceso arbitral.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que, asimismo respecto a que el Tribunal Arbitral no habría tomado en consideración la absolución de las consultas de las bases sobre pagos de presupuestos, adicionales por cuanto según refiere, formaría parte integrante del contrato según el numeral setenta y nueve del Reglamento de la Ley veintiséis mil ochocientos cincuenta, así como no habría tomado en cuenta las resoluciones de Contraloría números 125-98-CG y 260-2000-CG sobre presupuesto adicional respecto de pago de mayores metrados; debe considerarse respecto del primer punto, que el tribunal arbitral ha actuado con sujeción a las disposiciones de la Ley veintiséis mil ochocientos cincuenta y su reglamento respectivo al resultar dichas normas aplicables conforme al principio de especialidad y en atención a lo acordado en la Cláusula décima sexta del Contrato de Ejecución de obra número 016-2001-EMAPE-GG, no advirtiéndose en cuanto a este punto contravención a su derecho de _defensa; respecto del segundo punto cabe señalar que la referencia al término de mayores metrados aparece en la Resolución de Contraloría surge relacionada al tema de presupuesto adicional sólo para fines del control gubernamental más no como requisito previo para su pago. Que sin embargo no obstante lo expuesto, se advierte que los argumentos esgrimidos por la demandante guardan relación con el fondo del asunto dilucidado en el referido Proceso Arbitral, más no así con las causales de anulación arbitral a que se contrae el numeral setenta y tres de la Ley General de Arbitraje, por lo que este punto debe ser igualmente desestimado;

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que, para concluir sobre este punto no está demás recordar algo concluyente: a) No competente apreciar en este proceso si hubo indebida valoración de los medios probatorios, al estar limitado el proceso de Anulación solo a las causales enunciadas en el artículo setenta y tres de la Ley General de Arbitraje; b) Merituar si hubo indebida valoración de la prueba implica revisar el contenido del Laudo en cuanto al fondo de lo decidido por los árbitros, lo que está vedado en sede judicial, conforme al señalado artículo sesenta y uno de la Ley General de Arbitraje;

TRIGÉSIMO TERCERO: Que, consecuentemente, habiéndose fijado los puntos controvertidos respecto de las alegaciones y contradicciones y siendo que las partes así lo han aceptado, el Laudo no adolece de los defectos y vicios que se le acusa, teniendo en cuenta lo expresado por Trazegnies cuando refiere que «La litis contestatio se forma en un arbitraje cuando las partes definen la materia controvertida en el convenio arbitral o a falta de tal definición o como complemento de ella, cuando las partes presentan sus pretensiones al arbitro». En tal sentido debemos tener en cuenta que el convenio ha señalado específicamente que las discrepancias que surjan o se relacionen con la ejecución y/o interpretación de este convenio será resuelto de manera definitiva mediante Arbitraje de Derecho y conforme a las disposiciones de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, así como la Ley de Arbitraje. Que en ese

entendido, advierte que las pretensiones y contradicciones de las partes se han plasmado en los puntos controvertidos ya citados, cuya resolución en el Laudo no ha escapado a nada que no sea específicamente lo que la parte agraviada a impetrado y probado;

TRIGÉSIMO CUARTO: Que, por tales razones, en aplicación de los artículos veintiocho, veintinueve, treinta y setenta y tres, incisos dos y tres de la Ley General de Arbitraje número veintiséis mil quinientos setenta y dos; cuarenta y uno y cincuenta y tres de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado número veintiséis mil ochocientos cincuenta; ciento cuarenta y tres, inciso "d" del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, vigente a la fecha de celebración del contrato de obra; ciento setenta y dos, tercer párrafo, ciento setenta y cinco y ciento setenta y seis del Código Procesal Civil, y no advirtiéndose de los presentes actuados contravención a los derechos invocados como causales de anulación del tantas veces citado Laudo Arbitral a que se contrae el inciso segundo y tercero del artículo sesenta y tres de la Ley General de Arbitraje veintiséis mil quinientos setenta y dos: **La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima:**

FALLA:

Declarando: INFUNDADA la nulidad deducida por escrito de fojas ciento cuarenta y cinco a ciento cincuenta y uno, e **INFUNDADO** el recurso de anulación de laudo arbitral; en consecuencia en aplicación de lo dispuesto en el artículo sesenta y uno de la Ley General de Arbitraje veintiséis mil quinientos setenta y dos, se declara la validez del Laudo Arbitral de Derecho de fecha veinte de agosto del dos mil tres así como su aclaración de fecha ocho de setiembre del dos mil tres, expedido por el Tribunal presidido por el Dr. Aurelio Moncada Jiménez y conformado además por los señores Luis Alfredo León Segura y Federico Roldan Arrogas; en el proceso arbitral seguido por Corporación Sagitario S. A. con Empresa Municipal Administradora de Peaje de Lima-EMAPE-, sobre pago de presupuestos adicionales.

FERREIRA VILDOZOLA
WONG ABAD
TORRES VENTOCILLA

Noticias Arbitrales

Noticias
Arbitrales



NOTICIAS ARBITRALES

➔ **Nuevo Consejo Directivo del Centro de Arbitraje de Amcham Perú**

El flamante Consejo Directivo del Centro de Arbitraje de AMCHAM Perú está conformado por los doctores Eduardo Ferrero Costa (Presidente), Alfonso de los Heros Pérez-Albela (Vicepresidente), Jorge Santistevan de Noriega (Presidente del Comité Editor de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE), Guillermo Lohmann Luca de Tena, Baldo Kresalja Roselló, Jaime Zavala Costa, Fausto Viale Salazar, Nelson Ramírez Jiménez y Hugo Forno Flórez.

➔ **Nombramiento del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de La CCI**

La Cámara de Comercio Internacional (CCI) ha nombrado a tres peruanos como miembros del «Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la CCI». Se trata de los doctores Alfredo Bullard González, Felipe Osterling Parodi y Fernando Cantuarias Salaverry, miembro este último del Comité Editor de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE.

➔ **Foro Internacional de Arbitraje – Centro de Arbitraje de La Cámara de Comercio de Lima**

El 28 de agosto de este año se llevó a cabo el Foro Internacional de Arbitraje, denominado «TLC: Inversiones y Arbitraje». Este evento estuvo organizado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y reunió a importantes especialistas en la materia a nivel internacional y nacional.

Ante un público de más de 150 personas expusieron excelentes juristas a nivel internacional y nacional diversos temas relacionados al régimen de inversiones y arbitraje, a propósito de las recientes suscripciones y puestas de vigencia de los Tratados de Libre Comercio suscritos por el Perú. Participaron como expositores Eduardo Silva Romero (Francia), Hernany Veytía (México),

Fernando de Trazegnies, Jorge Santistevan de Noriega, Fernando Cantuarias Salaverry, Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio, Franz Kundmüller Caminiti, María del Carmen Tovar Gil y Sara Rosadio Colán.

El evento fue inaugurado por el Ing. Samuel Gleiser Katz (Presidente de la Cámara de Comercio de Lima) y el Dr. Sergio León Martínez (Presidente del Consejo Superior de Arbitraje del Centro), y la clausura estuvo a cargo del Dr. Luis Alonso García Muñoz-Nájar (Viceministro de Comercio Exterior). El próximo Foro Internacional de Arbitraje se realizará en el mes de agosto de 2008.

➔ **Congreso Internacional de Arbitraje - Pontificia Universidad Católica del Perú**

Organizado por la Unidad de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú se realizó el Congreso Internacional de Arbitraje con asistencia de los juristas extranjeros: Ernesto Díaz Bastien (España), Roque Caivano (Argentina), Luis Moisset (Argentina), Nicolás Zambrana (Argentina), Domingo Bello (España), Marco Antonio Velilla (Colombia) y Bertrand Derains (Francia), además de un nutrido grupo de expositores nacionales. Este evento se llevó a cabo del 3 al 7 de septiembre del 2007 en el Auditorio de la Facultad de Derecho de la PUCP.

➔ **Clase Magistral sobre «Cláusulas Contractuales Modernas: Arbitraje e Inversiones» en la Universidad de Belgrano (Argentina)**

El doctor Carlos Alberto Soto Coaguila, Director Ejecutivo de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE fue invitado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Belgrano (Argentina) para dictar una clase magistral sobre «Cláusulas contractuales modernas: Arbitraje e inversiones», la misma se llevó a cabo el 29 de agosto del presente año en las instalaciones de la mencionada universidad.

➔ **Tercera Jornada Internacional de Arbitraje Comercial – Universidad Argentina de la Empresa (Argentina)**

El 17 de setiembre de 2007 se llevó a cabo la Tercera Jornada Internacional de Arbitraje Comercial en la ciudad de Buenos Aires – Argentina. Este evento fue organizado por la Universidad Argentina de la Empresa y la Cámara de Sociedades Anónimas y contó con la participación de los árbitros: Fer-

nando Mantilla-Serrano (Francia), Eduardo Silva Romero (Francia), Cristián Conejero Ross (CCI), Ignacio Suárez Anzorena (EE.UU.) y Carlos Alberto Soto Coaguila (miembro de nuestro Comité Editor).

➔ **Seminario Internacional de Arbitraje en El Poder Judicial**

El Poder Judicial organizó una Jornada Internacional sobre «Jurisdicción y Arbitraje» el viernes 12 de octubre con la participación del doctor Julio César Rivera (Argentina) que abordó el tema: «El arbitraje visto por los jueces» y del doctor Carlos A. Soto Coaguila que disertó sobre las «Cláusulas arbitrales: interpretación y efectos». La jornada estuvo presidida por el doctor Francisco Távora, Presidente de la Corte Suprema.

➔ **Programa de Alta Especialización en Arbitraje Internacional**

Bajo la organización de la Universidad de Lima, la Universidad de Los Andes de Chile, la Academia Peruana de Derecho, el Instituto de Derecho Privado Latinoamericano, la Revista Athina y la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE, los días 6, 13, 20 y 27 de octubre del presente año se llevó a cabo el primer *Programa de Alta Especialización en Arbitraje Internacional* con la participación especial de los doctores Eduardo Zuleta Jaramillo (Colombia), Julio César Rivera (Argentina), Fernando Mantilla-Serrano (Francia) y Alexis Mourre (Francia).

El objetivo de este Programa de Especialización fue brindar a los participantes, a través del análisis de casos resueltos por la CCI y el CIADI, conocimientos jurídicos para ampliar su campo de acción en el desarrollo del arbitraje internacional e intercambiar experiencias de la práctica arbitral. El segundo *Programa de Alta Especialización en Arbitraje Internacional* se realizará en el mes de octubre de 2008.

➔ **Curso de Especialización en Derecho de Arbitraje - Universidad de Lima**

Del 25 de setiembre al 29 de noviembre del presente año, el Centro Integral de Educación Continua de la Universidad de Lima ofrece el Curso de Especialización en Derecho de Arbitraje. Durante 10 semanas, con un total de 56 horas lectivas, este Curso permitirá tener una visión integral de la resolución de controversias a través del mecanismo arbitral. La plana docente está integrada por los doctores Manuel Diego Aramburú, Luciano Barchi, Alfredo Bullard, Fernando Cantuarias, Paolo del Aguila, Ricardo Espinoza, Gonzalo García-Calderón, Oswaldo Hundskopf, Eduardo Hurtado, Carlos Matheus, María del Carmen Tovar y Luis Vinatea.

II Curso de Práctica Arbitral

Del 12 de noviembre al 4 de diciembre se llevará a cabo el II Curso de Práctica Arbitral, organizado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. El objetivo de este curso es brindar herramientas y recomendaciones de índole práctico a los asistentes interesados en desempeñarse como árbitros o como abogados de partes en disputas arbitrales.

La metodología consiste en seguir un caso real que es desarrollado por los asistentes, con el apoyo de profesores expertos en la materia. A través del caso se ofrece instrumentos para detectar cláusulas patológicas, redactar correctamente un Acta de Instalación del Tribunal, determinar con exactitud los puntos controvertidos, merituar debidamente las pruebas presentadas, entre otros aspectos que acontecen en la práctica arbitral.

Conferencia Anual - Arbitraje Comercial Internacional en América Latina

Bajo el auspicio de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI del 4 al 6 de noviembre de 2007 se llevará a cabo en Miami la 5ta. Conferencia Anual de la CCI, denominada el Arbitraje Comercial Internacional en América Latina: La perspectiva de la CCI es identificar y aclarar aspectos del arbitraje comercial internacional que resulten particularmente interesantes en casos latinoamericanos.

Actividades académicas sobre Arbitraje en el mundo

A nuestros lectores, informamos de los eventos académicos que sobre Arbitraje se llevarán a cabo en diferentes países del mundo (Mayor información: www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/newsletter/).

Sobre los Autores

Sobre
los Autores



SOBRE LOS AUTORES

(Por orden alfabético)

✓ **FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY** (*Perú*)

Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Máster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Yale. Árbitro nacional e internacional. En el año 2006 ha sido reconocido por la prestigiosa revista *Latinlawyer* como uno de los 34 principales árbitros de América Latina. Además, la reputada revista *Who's Who Legal – Commercial Arbitration 2007* lo considera entre los 420 expertos líderes en este campo en 55 jurisdicciones. Es miembro del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y del *Board of Reporters del Institute of Transnational Arbitration (ITA)*. Es autor del Libro "Arbitraje Comercial y de las Inversiones" y ha publicado más de 50 artículos sobre su especialidad (E-mail: fcantuar@upc.edu.pe).

✓ **CARLOS ESPUGLES MOTA** (*España*)

Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia. Master of Science in Law, University of Edinburgh. Master of Law, Harvard Law School. Catedrático de derecho internacional en la Universidad de Valencia, España. Director del departamento de derecho internacional de la Universidad de Valencia. Miembro de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional – CNUDMI. Árbitro internacional. Miembro del consejo editorial de diversas revistas nacionales y extranjeras en materia de derecho internacional privado y derecho del comercio internacional (E-mail: carlos.esplugues@uv.es).

✓ **IBRAHIM FADLALLAH** (*Francia*)

Profesor Emérito de la Universidad de Paris X - Francia. Como *Agrégé des Facultés de Droit* enseñó, entre otros: Derecho Internacional, Inversiones Internacionales y Arbitraje. Sus trabajos en arbitraje han sido publicados en la Academia de La Haya para el Derecho Internacional en "*Ordre public et sentence arbitrales*" (Política pública y premios arbitrales). Co-director de Informes de Derecho en Arbitraje e Inversiones Internacionales. Fue miembro de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París durante 6 años y tiene una extensa práctica de arbitraje en campos de negocios e inversiones internacionales. Fue elegido como Árbitro del año en 2007 (E-mail: ibrahim.fadlallah@wanadoo.fr).

✓ **FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI** (*Perú*)

Abogado y Catedrático Universitario. Estudios de Maestría en Derecho Internacional Económico por 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).

✓ **ALVARO LOREDO ROMERO** (*Perú*)

Abogado, graduado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Miembro del Estudio Santistevan de Noriega & Asociados Abogados. Docente del Seminario de Inversión Extranjera en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Es asistente de cátedra del curso de Derecho Regulatorio en la Universidad de Lima. Ha participado en temas de arbitraje internacional sobre protección de inversiones nacionales y extranjeras. Autor de diversos artículos y publicaciones en materia de arbitraje, promoción y protección de las inversiones, regulación de servicios públicos e infraestructuras, concesiones y actuación de la administración pública (E-mail: aloredo@santistevandenoriega.com).

✓ **RICARDO LUQUE GAMERO** (*Perú*)

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio de Hernández & Cía Abogados. Especialista en Contratos y Litigios, Arbitrajes y Resolución de Disputas. Participó en las comisiones organizadas por la Pontificia Universidad Católica del Perú para el estudio y comentarios del Anteproyecto del Código Civil de 1984, en la parte referida a los Contratos. Ha

formado parte de la asesoría jurídica de la Contraloría General de la República. Miembro de la relación de árbitros del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y de la Cámara de Comercio Americana. Ha integrado diversos Tribunales Arbitrales. Ha sido miembro de la Comisión de Justicia de la Asociación Deportiva de Fútbol Profesional y Presidente de la Comisión de Justicia de la Federación Peruana de Fútbol (E-mail: rluque@ehernandez.com.pe).

✓ **ALEXIS MOURRE** (*Francia*)

Miembro fundador del despacho de abogados Castaldi, Mourre & Asociados, con oficinas en París y Milán. Lidera el departamento de arbitraje internacional así como el departamento de litigios de la firma. Hasta abril del 2007 ha actuado en más de 80 procesos arbitrales comerciales, ad hoc o institucionales, como abogado, testigo experto, co-árbitro, presidente o árbitro único. Su experiencia en arbitraje comprende entre otras: fusiones y adquisiciones, acuerdos de socios, joint ventures, competencia, inversiones, telecomunicaciones, derecho aéreo y espacial, construcción, energía, petróleo y gas. Es autor y co-autor de varias obras en materia de arbitraje. Fue profesor en la Universidad de Santa Clara (USA) y actualmente es profesor de arbitraje en la Universidad de Versailles (Francia). Interviene regularmente como orador en seminarios y congresos sobre arbitraje internacional. Ha publicado más de 50 artículos sobre arbitraje y derecho internacional privado. Miembro de la comisión de competencia en Francia así como de la Comisión de Arbitraje Internacional y de la Comisión Internacional de Competencia de la CCI. Es miembro de numerosas asociaciones, incluyendo ASA, LCIA, CCI Comité Nacional Francés, CCI Instituto de Derecho de Negocios, el Club de Árbitros de Milán, el IBA, el Comité Francés del Arbitraje, la *Associazione Italiana Arbitrato*, Capani, Unidroit, ILA y el Instituto para el Arbitraje Transnacional (consejo consultivo) (E-mail: amourre@cmdslaw.com).

✓ **GUSTAVO RIVERA FERREYROS** (*Perú*)

Abogado, graduado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Estudios de Maestría Internacional en Administración, Economía y Derecho de los Servicios Públicos por la Universidad Carlos III de Madrid (España) y Universidad del Salvador, Buenos Aires (Argentina) y estudios de Maestría en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Comisión Consultiva "Legislación de la Administración Pública" del Colegio de Abogados de Lima. Presidente, miembro y árbitro único en diversas controversias. Árbitro inscrito en el Centro de Arbitraje del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSU-CODE) y del Colegio de Ingenieros del Perú. Profesor en la Maestría de

Derecho de la Empresa en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado del Estudio Santistevan de Noriega, Abogados (E-mail: grivera@santistevandenoriega.com).

✓ **JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA** (Perú)

Abogado y Doctor en Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Realizó estudios de posgrado en Derecho Comparado en el Inter American Law Institute (Law School, New York University) y en Derecho y Desarrollo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Wisconsin. Profesor de la Facultad de Derecho de la PUCP. Ha sido funcionario internacional de la Organización Internacional del Trabajo y de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). En marzo de 1995, fue elegido por el Congreso de la República como el primer Defensor del Pueblo del Perú, cargo que ocupó hasta noviembre de 2000. Ha publicado *Estado y clase en el Perú: La comunidad industrial* (1976), *La huelga en el Perú* (1978), además de numerosos artículos sobre Derecho Constitucional, derechos humanos y Derecho Administrativo en libros y revistas del Perú y del extranjero. Fundador en 1991 del Estudio Santistevan de Noriega, Abogados, ejerce como abogado, árbitro y consultor internacional. Dicta por invitación los cursos de "Contratación con el Estado" en la Maestría en Derecho de la Empresa de la PUCP y "Sistemas Judiciales Comparados" en la Maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional en la misma universidad (E-mail: jorge@santistevandenoriega.com).

✓ **ALAN SCOTT RAU** (USA)

Burg Family Professor de Derecho en la *Austin School of Law*, Universidad de Texas. Obtuvo su B.A. y LL.B. en la Universidad de Harvard. Antes de unirse a la Facultad de la Universidad de Texas en 1971, estudió en la London School of Economics y realizó sus prácticas con los *Coudert Frères* en París, Francia. Es coautor de *Processes of Dispute Resolution: The Role of Lawyers* (4th ed. 2006) y de *Rau, Sherman & Shannon's Texas ADR & Arbitration: Statutes and Commentary* (West 2000), y autor de numerosos artículos que tratan sobre temas de ADR y arbitraje, escribió recientemente "The Culture of American Arbitration and the Lessons of ADR," 40 Tex. Int'l L.J. 449 (2005); y "'Separability' in the United States Supreme Court," 2006:1 Stockholm Int'l Arb. Rev. (2006). Ha enseñado como Profesor Visitante en la Facultad de Derecho de la Universidad de Toronto, y como Profesor Fulbright en la Universidad China de Ciencias Políticas y Derecho en Beijing, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Ginebra, en la Universidad de París-I y en la Universidad de París II (E-mail: ARau@law.utexas.edu).

✓ **HUGO SOLOGUREN CALMET** (*Perú*)

Socio del Estudio Vega & Sologuren S. Civil de R.L. Vocal del Consejo Superior de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Integrante de la Lista de Árbitros de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI - París, del CCANI, de AMCHAM PERÚ, del CIAC y del CONSU-CODE. Ex Presidente de la Cámara de Comercio de Lima. Ex Vice Presidente del Organismo Supervisor y Regulador de la Inversión en Energía (OSI-NERGMIN) por cinco años. Ex Vice-Presidente de la ODI-CAM (INDECOPI) por más de cuatro años. Vice Presidente de la Cámara de Comercio Internacional CCI-Perú. Ex Director de CONFIEP. Presidente y Director de empresas nacionales y extranjeras. Se ha desempeñado como Árbitro Único y miembro de Tribunales Arbitrales en casos internacionales y nacionales. Anteriormente fue socio de los Estudios Castro, Picasso y Sologuren Abogados; Sologuren y Morán Abogados; y Barreda Moller Abogados (E-mail: hsologuren@vegasologuren.com.pe).

✓ **FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA** (*Perú*)

Abogado y Doctor en Derecho por la PUCP. Es 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 Fernando de Trazegnies, Abogados. Presidente, miembro de Tribunal Arbitral 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).

Agradecimientos

Agradecimientos



Agradecimientos

El Comité Editor de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE agradece a las personas e instituciones que han colaborado, directa o indirectamente, con la publicación del quinto número de nuestra revista:

Centro de Arbitraje AmCham Perú	Grellaud & Luque Abogados
Diario Oficial «El Peruano»	Hernández & Cía. Abogados
Amprimo Abogados	Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía
Barreda Moller S.C. de R.L.	Lex Asesores
Castaldi Mourre & Partners	MARC Peru
Cuatrecasas	Miranda & Amado Abogados
Estudio Alegria, Buey Fernandez, Fissore, Montemerlo	Montezuma Abogados
Estudio Carbonell O'Brien Abogados	Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Luna- Victoria Abogados
Estudio Cassina Sociedad Civil	Piérola & Asociados
Estudio Echeopar Abogados	Revista de Economía y Derecho
Estudio Grau Abogados	Sherman & Sterling LLP
Estudio M. Ferreyros Abogados Asociados	Sparrow, Hundskopf & Villanueva Abogados
Estudio Oré	
Estudio Payet, Rey & Cauvi S. Civil de R.L.	⇌ ••• ⇌
Estudio Pizarro, Botto & Escobar Abogados S.C.R.L.	Alan Scott Rau (Usa)
Estudio Rodrigo, Elías & Medrano	Alberto Montezuma Chirinos
Estudio Rodríguez Larraín S.C.R.L.	Aldo Defilippi Traverso
Estudio Roselló	Alexander Campos
Estudio Rubio, Leguía, Normand y Asociados	Alexis Mourre (Francia)
Estudio Santistevan de Noriega & Asociados	Alfonso de Los Heros
Estudio Vega & Sologuren Abogados	Alfonso Rubio
Forsyth & Arbe Abogados	Alfredo Barreda
Garrigues	Alvaro Loredó Romero

AGRADECIMIENTOS

Antonio Hierro (España)	Jessica Jhonson
Aurelio Loret de Mola	Jorge Muñoz Ziches
Carlos Cornejo	José Antonio Payet
Carlos Espugles Mota (España)	José Barreda
Carlos Ruska Maguiña	José Daniel Amado
César Arbe	José de Piérola
Christian Carbajal	José María Alonso (España)
Claudia Vásquez	Juan Caballero
Eduardo Barboza Beraún	Juan Luis Hernández Gazzo
Emilio Cassina	Julio César Pérez
Emilio Rodríguez Larraín	Kenneth Olsen Martens
Esteban Carbonell O'Brien	Luis C. Rodrigo
Fausto Viale Salazar	Luis Fuentes
Fernando Cantuarias Salaverry	Luis Hernández Berenguel
Fernando de Trazegnies Granda	María Avalos Cisneros
Fernando Mantilla-Serrano (Francia)	Marisol Ferreyros
Fernando Zuzunaga del Pino	Martín Oré
Francisco José del Solar	Melina Martínez Nuñez
Guillermo Lohmann Luca de Tena	Miguel La Rosa Yarleque
Gustavo Rivera Ferreyros	Natale Amprimo Plá
Héctor Alegría (Argentina)	Nelson Ramírez Jiménez
Hugo Alberto Morote Nuñez	Oswaldo Hundskopf Exebio
Hugo Sologuren Calmet	Pilar Torres (España)
Ibrahim Fadlallah (Francia)	Ricardo Luque Gamero
Javier Ballón-Landa	Richard Linares Cabanillas
Javier Luque	Rodrigo Alegría (Argentina)
Jessica Delgado	Ronald Aparicio Soria

Las personas interesadas en colaborar con la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE pueden hacer llegar sugerencias, comentarios, noticias, artículos, laudos arbitrales o decisiones judiciales a la siguiente dirección: Av. Pardo N° 1540, Miraflores, Lima 18 – Perú, Tlfs. (51-1) 415-4920, 221-5260, Fax: (51-1) 421-7614, correos electrónicos: jorge@santistevandenoriega.com; csoto@munizlaw.com y revistaperuanadearbitraje@gmail.com
El Comité Editor agradece todo envío sin comprometerse a su publicación.

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

Índices Históricos

Índices
Históricos



CONTENIDO

Primer Número de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE 1/2005

DOCTRINA

- ✦ Guiado por una mano invisible. El orden público al amparo del capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)
HENRI ALVAREZ (*Canadá*)
- ✦ Algunas reflexiones sobre el alcance de la protección de las inversiones en el marco de los tratados firmados por Argentina
OSVALDO J. MARZORATI (*Argentina*)
- ✦ El arbitraje y los tratados de libre comercio
FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI (*Perú*)
- ✦ Regulación nacional del arbitraje y la Convención de Nueva York
BERNARDO M. CREMADES (*España*)
- ✦ ¿Cuándo estamos ante un arbitraje nacional o internacional conforme a la Ley General de Arbitraje?
FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY (*Perú*)
- ✦ Arbitraje institucional o arbitraje ad-hoc ¿He ahí el dilema?
PAOLO DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO (*Perú*)
- ✦ Interferencia judicial en los arbitrajes
GUILLERMO LOHMANN LUCA DE TENA (*Perú*)

LAUDOS ARBITRALES NACIONALES

Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE)

- ✦ **Caso Arbitral N° 015-2002/SNCA-CONSUCODE**
Demandante: Javi Contratistas Generales S.A.
Demandado: Instituto Nacional Penitenciario - INPE
- ✦ **Caso Arbitral N° 082-2003/SNA-CONSUCODE**
Demandante: Jenny Hortensia Egüsquiza Oliveros
Demandado: Instituto Nacional de Desarrollo - INADE

LAUDOS ARBITRALES INTERNACIONALES

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

- ✦ **Caso Nro. ARB/03/4**
Demandante: Empresas Lucchetti S.A. y Lucchetti Perú S.A.
Demandado: República del Perú
- ✦ **Caso Nro. ARB/97/3**
Demandante: Compañía de Aguas del Aconguija S.A. y
Vivendi Universal (antes *Compagnie Générale des Eaux*)
Demandado: República Argentina

NOTAS DE INTERÉS

- ✦ Directorio de Centros de Arbitraje
- ✦ Repertorio de Leyes de Arbitraje
- ✦ Circular de la Corte Suprema de la República del Perú: Sobre el respeto a la autonomía de la jurisdicción arbitral
- ✦ Fallo de la Corte Suprema de la República del Perú: Reconocimiento de la jurisdicción arbitral e inexistencia de conflicto de competencia entre jueces y tribunales arbitrales

SOBRE LOS AUTORES

CONTENIDO

Segundo Número de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE 2/2006

DOCTRINA

- ✦ Arbitraje y jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú
JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA (*Perú*)
- ✦ Requisitos para ser árbitro
FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY (*Perú*)
- ✦ La independencia e imparcialidad de los árbitros
JOSÉ MARÍA ALONSO (*España*)
- ✦ Planteos de inconstitucionalidad en el arbitraje
ROQUE J. CAIVANO (*Argentina*)
- ✦ Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos
ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ (*Perú*)
- ✦ Arbitrajes mixtos y Ley aplicable en el TLC - Países Andinos con USA
FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI (*Perú*)
- ✦ Introducción a los requisitos *rationae materiae* y *rationae personae* del arbitraje bajo el Convenio CIADI
C. IGNACIO SUÁREZ ANZORENA (*Argentina*)
- ✦ La jurisdicción *ratione temporis* en arbitrajes bajo los Tratados Bilaterales de Inversiones
PAOLO DI ROSA (*Estados Unidos de Norteamérica*)

- ✦ El arbitraje internacional CIADI y la protección de las inversiones. Nuevas tendencias y alcances de los BITs
GUILLERMO SÁNCHEZ BRAVO (*Perú*)
- ✦ Tratamiento del arbitraje internacional en la vigente legislación española de arbitraje
MARTA GONZALO QUIROGA (*España*)
- ✦ ¿Por qué España? Razones para elegir España como sede de arbitrajes internacionales
JOSÉ ANTONIO CAÍNZOS (*España*)

LAUDOS ARBITRALES NACIONALES

Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE)

- ✦ **Expediente Arbitral N° 080-2004/SNCA-CONSUCODE**
Demandante: Urgencia Postal S.A.
Demandado: Empresa Peruana de Servicios Editoriales S.A. (Editora Perú)
Materia: Indemnización por daños
- ✦ **Expediente Arbitral N° 149-2003/SNCA-CONSUCODE**
Demandante: Superconcreto del Perú S.A.
Demandado: Municipalidad Provincial de Piura
Materia: Resolución de contrato

LAUDOS ARBITRALES INTERNACIONALES

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

- ✦ **Caso Nro. ARB (AF) / 97 / 1**
Demandante: Metalclad Corporation
Demandado: Estados Unidos Mexicanos
- ✦ **Caso Nro. ARB (AF) / 97 / 2**
Demandante: Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca
Demandado: Estados Unidos Mexicanos

DECISIONES CONSTITUCIONALES Y JUDICIALES

Tribunal Constitucional

- ✦ Exp. N° 6167-2005-PHC/TC - LIMA
Fernando Cantuarias Salaverry
- ✦ Comentario de la Sentencia del Tribunal Constitucional:
“Los dilemas de constitucionalizar el arbitraje”
J. DOMINGO RIVAROLA REISZ (*Perú*)

Corte Superior de Justicia de Lima

- ✦ **Anulación de Laudo Arbitral**
Exp. N° 598-2003
Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima
Demandante: Ministerio de Transportes y Comunicaciones
Demandado: Telefónica del Perú S.A.A. y otro
- ✦ **Anulación de Laudo Arbitral**
Exp. N° 384-2003
Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima
Demandante: Distribución Eléctrica de Lima Norte S.A.A.
(EDELNOR)
Demandado: Estación de Servicios El Obelisco S.A.

Corte Superior de Justicia de Lima – Primera Sala Civil Subespecializada Comercial

- ✦ **Anulación de Laudo Arbitral**
Exp. N° 195-2005
Demandante: Repsol Comercial S.A.C.
Demandado: Compañía Minera e Industrial Sagitario S.A.

NOTICIAS ARBITRALES

SOBRE LOS AUTORES

AGRADECIMIENTOS

CONTENIDO

Tercer Número de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE 3/2006

DOCTRINA

- ✦ *¿Lex mercatoria rediviva? Primera parte: De la Edad Media a la Postmodernidad*
FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA (*Perú*)
- ✦ *Jurisdiccionalidad del arbitraje*
FERNANDO VIDAL RAMÍREZ (*Perú*)
- ✦ *La Sala Constitucional y el arbitraje comercial. Hacia un régimen racional del control judicial del laudo arbitral en el derecho venezolano*
ALFREDO DE JESÚS O. (*Venezuela*)
- ✦ *El arbitraje en las sentencias del Tribunal Constitucional la procedencia del amparo contra laudos arbitrales*
JAIME DAVID ABANTO TORRES (*Perú*)
- ✦ *Apuntes sobre arbitraje comercial internacional en la República Popular de China*
DYALÁ JIMÉNEZ FIGUERES (*Costa Rica*)
- ✦ *El Arbitraje en los AIIs 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 revolución del arbitraje en Brasil y su aceptación por el Poder Judicial
SILVIA BUENO / LISE DE ALMEIDA (*Brasil*)
- ✦ La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa. A propósito de los contratos administrativos
ALEXANDER CAMPOS MEDINA (*Perú*)
- ✦ Medidas precautorias en los procedimientos arbitrales (con especial referencia al derecho argentino)
JULIO CÉSAR RIVERA (*Argentina*)
- ✦ Pronunciamiento acerca de los costos del arbitraje en el laudo arbitral
FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY (*Perú*)
- ✦ La impugnación del laudo en la ley arbitraje española de 2003
RAFAEL HINOJOSA SEGOVIA (*España*)
- ✦ Arbitraje no vinculante: análisis y sugerencias para su implementación como herramienta efectiva en la resolución de conflictos
MARÍA HAYDÉE MIGUEL (*Argentina*)

LAUDOS ARBITRALES NACIONALES

Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del estado (CONSUCODE)

- ✦ **Caso Arbitral N° 013-2005/SNCA-CONSUCODE**
Demandante: Point Trading
Demandado: Ministerio del Interior
Materia: Cumplimiento de pago
- ✦ **Expediente Arbitral N° 070-2004/SNCA-CONSUCODE**
Demandante: IBA Internacional Business Association S.R.L.
Demandado: Electro Oriente S.A.

Tercero: Motore Und Energietechnik
Betroebgsellschaft Mbh.
Materia: Cumplimiento de pago, cesión de derechos e
intervención de tercero

LAUDOS ARBITRALES INTERNACIONALES

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

- ▲ **Caso CIADI Nro. ARB / 02 / 03**
 Demandante: Aguas de Tunari S.A.
 Demandado: República de Bolivia
- ▲ **Caso CIADI Nro. ARB / 02 / 10**
 Demandante: IBM World Trade Corporation, Actor
 Demandado: República de Ecuador

DECISIONES CONSTITUCIONALES Y JUDICIALES

Tribunal Constitucional

- ▲ **Exp. N° 1567-2006-PA/TC LIMA**
 Compañía de Exploraciones Algamarca
 Resolución Aclaratoria del Tribunal Constitucional

Corte Suprema de Justicia de la República

- ▲ **Anulación de Laudo Arbitral**
 CAS N° 1512-2004 LIMA

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

- ▲ **Anulación de Laudo Arbitral**
 Expediente: 1174-2005
 Demandante: Compañía Minera Antamina S.A
 Demandado: JRC Minería y Construcción S.A.C.
- ▲ **Anulación de Laudo Arbitral**

Expediente 60-2005

Demandante: Gobierno Regional de Piura

Demandado: Construcción Corporation S.A.C. y otros

▲ **Ejecución de Laudo Arbitral**

Expediente 300-2006

Demandante: Casoli S.A.C.

Demandado: Municipalidad Distrital de Carmen de la
Legua Reynoso

Corte Superior de Justicia de Lima - Quinta Sala Civil

▲ **Anulación de Laudo Arbitral**

Expediente 570-2005

Demandante: Fuerza Aérea del Perú

Demandado: Consorcio conformado por la Planta de
Reparación de Aeronaves de Ulan-Ude,
Motores Vladimir Klimov-Motor Sich, Oscar
Avia Group y Pacific Aeropace Holdings Ltd.

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

NOTICIAS ARBITRALES

SOBRE LOS AUTORES

AGRADECIMIENTOS

CONTENIDO

Cuarto Número de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE 4/2007

DOCTRINA

- ✦ Tribunal Constitucional y arbitraje: improcedencia del amparo contra resoluciones y laudos arbitrales, el control difuso en sede arbitral y el tratamiento de la recusación del tribunal arbitral “*in toto*”
JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA (*Perú*)
- ✦ Pacte con cuidado, podría terminar en el Poder Judicial
CARLOS RUSKA MAGUIÑA (*Perú*)
- ✦ Algunos problemas derivados de los arbitrajes con partes o relaciones jurídicas múltiples
ROQUE J. CAIVANO (*Argentina*)
- ✦ Apuntes sobre el arbitraje administrativo y la materia arbitrable respecto de adicionales de obra
ANA MARÍA ARRARTE ARISNABARRETA (*Perú*)
CARLOS PANIAGUA GUEVARA (*Perú*)
- ✦ De la distinción entre “*treaty claims*” y “*contract claims*” dentro del arbitraje transnacional en materia de inversiones
MARGIE-LYS JAIME RAMÍREZ (*Panama*)
- ✦ Acumulación de arbitrajes en la esfera internacional: tensiones y problemas
C. IGNACIO SUÁREZ ANZORENA (*Inglaterra*)

- ✦ **Primeras aplicaciones de las nuevas reglas de arbitraje del CIADI sobre transparencia y participación de terceros en el procedimiento arbitral**
ENRIQUE FERNÁNDEZ MASÍÁ (*España*)
- ✦ **La prejudicialidad civil de los procedimientos arbitrales sobre los judiciales**
JOSÉ ANTONIO CAÍNZOS FERNÁNDEZ (*España*)
IÑIGO RODRÍGUEZ-SASTRE (*España*)
- ✦ **Arbitraje y *référé* en Francia. Reflexiones finales en torno a nuestro actual sistema de medidas cautelares en materia arbitral**
JUAN PABLO CORREA DELCASSO (*España*)
- ✦ **La motivación de los laudos y el recurso de anulación**
ENRIQUE A. PALACIOS PAREJA (*Perú*)
- ✦ **La eficacia del arbitraje internacional y el nebuloso control judicial de los convenios arbitrales en el Perú, ¿quién controla al controlador?**
GUILLERMO SÁNCHEZ BRAVO (*Perú*)
- ✦ **La expropiación indirecta y el Capítulo 10 del TLC suscrito por el Perú con Estados Unidos de Norteamérica**
MARCO CHÁVEZ GONZÁLES (*Perú*)

LAUDOS ARBITRALES NACIONALES

- ✦ **Laudo Arbitral**
Demandante: GyM S.A.
Demandado: Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima - SEDAPAL
Materia: Liquidación de Contrato de Prestación de Servicios

LAUDOS ARBITRALES INTERNACIONALES

- ✦ **Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)**
- Caso CIADI Nro. ARB/01/10
Demandante: Repsol YPF Ecuador, S.A.
Demandado: Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)

DECISIONES CONSTITUCIONALES Y JUDICIALES

- ✦ **Tribunal Constitucional**
 - Exp. N° 7641-2005-PA/TC
 Eustaquio Jiménez Contreras
- ✦ **Corte Suprema de Justicia de la República del Perú**
 - **Anulación de Laudo Arbitral**
 Cas. N° 825-2006-Lima
 Reconocimiento de Laudo Arbitral
 A.P. N° 323-2005-Lima
- ✦ **Corte Superior de Justicia de Lima - Tercera Sala Civil**
 - **Anulación de Laudo Arbitral**
 Expediente: 1632-04
 Demandante: Provías Nacional
 Demandado: JJC Contratistas Generales S.A.A.
- ✦ **- Anulación de Laudo Arbitral**
 Expediente: 917-2001
 Demandante: San Fernando S.A.
 Demandado: Alimentos Protina S.A.

COMENTARIOS BIBLIOGRÁFICOS

Comentarios a propósito de la presentación del libro del
 prof. Fernando Cantuarias
 JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA

EVENTOS DESTACADOS

- ✦ **La presencia del Perú en la 5ª Conferencia Internacional
 de Arbitraje: perspectiva comparada y de 360 grados**
 JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA
 ADRIÁN SIMONS PINO
- ✦ **El Primer Congreso Peruano Internacional de
 Arbitraje y nuestra Revista**
 JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA
 CARLOS A. SOTO COAGUILA

NOTICIAS ARBITRALES

SOBRE LOS AUTORES

AGRADECIMIENTOS

Índice General

Índice General



ÍNDICE GENERAL

<i>Contenido</i>	v
<i>Presentación</i>	ix

DOCTRINA

¿Lex mercatoria rediviva? **Segunda parte: Ley internacional y ley nacional**

FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA

1. <i>Lex mercatoria</i> y globalización	3
2. El problema.....	4
3. El derecho de la inversión	6
3.1. Aplicación de la ley nacional.....	6
a. <i>Convenio sobre ley aplicable</i>	6
b. <i>¿Puede ser tácito el convenio sobre ley aplicable?</i>	7
c. <i>¿Puede entenderse que la mención a una norma nacional específica dentro del contexto del contrato somete la discusión sustantiva de la materia arbitral a la ley nacional citada?</i>	8
d. <i>¿Puede la ley aplicable ser pactada por temas?</i>	10
3.2. Intervención del Derecho Internacional.....	10
a. <i>Ley internacional ¿supletoria o correctiva?</i>	11

<i>b. ¿Cuándo interviene el Derecho Internacional?</i>	13
3.3. Naturaleza del Derecho Internacional	17
3.4. Los principios del orden jurídico internacional consuetudinario	20
4. Conclusiones	24

“Separability” in the United States Supreme Court

ALAN SCOTT RAU

1. The <i>Cardegna</i> Case	26
2. “Illegality” and “Void” Contracts	27
A. “Illegality”	28
B. “Void” Contracts	35
3. The <i>Cardegna</i> Holding and the Question of Judicial Review	38
4. A Careless Turn of Phrase	40
5. Does the overall contract even “exist”?	45
6. Summing Up	56

“Y no desearás a la mujer de tu prójimo”. Lo que se puede y no arbitrar en materia de contrataciones y adquisiciones del Estado

HUGO SOLOGUREN CALMET

1. Introducción	63
2. ¿Por qué existe el arbitraje?	67
3. ¿Por qué el estado tiene que recurrir al arbitraje?	70
4. ¿Qué clases de contratos suscribe el Estado con los particulares?	72
5. ¿Qué puede ser materia de arbitraje en un contrato celebrado por el Estado, sobre adquisición y contratación de bienes y servicios?	76

6. ¿Qué no se puede arbitrar en materia de contrataciones y adquisiciones del Estado?	81
7. Conclusiones	89

Representación o asesoría de abogados foráneos en arbitrajes en América Latina

FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY

1. La experiencia en el mundo, salvo América Latina	98
2. La experiencia en América Latina	102
3. A modo de conclusión	108

El arbitraje y el control de la constitucionalidad

RICARDO LUQUE GAMERO

1. Introducción	109
2. Sistemas de control de la constitucionalidad	112
2.1. El <i>judicial review</i> norteamericano	112
2.2. Sistema europeo o concentrado	118
3. Naturaleza jurídica del arbitraje	123
3.1. Teoría jurisdiccionalista	125
3.2. Teoría contractualista o privatista	127
3.3. Nuestra opinión	128
4. Control de la constitucionalidad de las normas dentro del arbitraje	130

La noción de inversión: ¿Hacia una restricción de la competencia del CIADI?

IBRAHIM FADLALLAH

1. Arbitraje y tratado bilateral: la primera prueba	142
2. Arbitraje y Convenio CIADI: la segunda prueba	146

Ejecución forzada de laudos internacionales

ALEXIS MOURRE

1.	El reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales	153
1.1.	Las condiciones del reconocimiento y de la ejecución	153
1.1.1.	<i>Marco jurídico</i>	153
	<i>a. Laudos nacionales</i>	155
	<i>b. Laudos extranjeros</i>	156
	<i>c. Laudos no nacionales</i>	161
1.1.2.	<i>Condiciones de reconocimiento y ejecución en el marco de la Convención de Nueva York</i>	162
	<i>a. Otorgamiento del exequátur</i>	162
	<i>b. Motivos de oposición y rechazo del exequátur</i>	165
	<i>c. Suspensión del reconocimiento y ejecución</i>	166
1.2.	Medidas de recurso y ejecución provisional	167
1.2.1.	<i>La renuncia al ejercicio de medidas de recurso contra el laudo</i>	167
	<i>a. Suiza</i>	168
	<i>b. Bélgica</i>	170
	<i>c. Arbitrajes de inversión</i>	172
1.2.2.	<i>Reconocimiento y ejecución del laudo y carácter suspensivo del recurso</i>	173
	<i>a. Suiza</i>	173
	<i>b. Alemania</i>	174
	<i>c. Bélgica</i>	175
	<i>d. Estados Unidos</i>	175
	<i>e. España</i>	177
	<i>f. Francia</i>	178
	<i>g. Inglaterra</i>	179

<i>b. Italia</i>	180
1.2.3. <i>Ejecución provisional</i>	181
<i>a. Ejecución provisional acordada por las partes</i>	181
<i>b. Ejecución provisional declarada por los árbitros</i>	183
<i>c. Ejecución provisional decidida por el juez</i>	184
2. Ejecución de laudos e inmunidad de ejecución de los Estados	186
2.1. Fundamento y reglas aplicables	187
2.2. Alcance de la inmunidad de ejecución	188
<i>a. Concepto de actividad de soberanía</i>	189
<i>b. Requisitos adicionales para el ejercicio de medidas de ejecución contra bienes de un Estado extranjero</i>	190
<i>c. La inmunidad diplomática</i>	192
<i>d. La carga de la prueba</i>	193
2.3. Renuncia a la inmunidad de ejecución	195
2.4. Disposiciones de la Convención de Naciones Unidas de 2005	199
3. La responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de su obligación de ejecutar un laudo extranjero	202
3.1. Laudos privados	202
3.2. Laudos CIADI	211
3.3. Laudos del <i>Iran-US Claims Tribunal</i>	214

El plazo para el ejercicio de la acción en el arbitraje marítimo internacional

CARLOS ESPLUGUES MOTA

1. Arbitraje, procedimiento arbitral y autonomía de la voluntad de las partes	217
1.1. Planteamiento de la cuestión	217
1.2. Proyección al ámbito del arbitraje marítimo internacional	221

2.	La fijación por las partes de un plazo para el inicio del arbitraje en el arbitraje marítimo internacional	222
2.1.	La concreción por las partes del plazo para el ejercicio de la acción	222
2.2.	Plasmación del principio en la práctica marítima diaria	223
2.3.	Aceptación jurisprudencial del principio	226
2.3.1.	<i>Inglaterra</i>	227
2.3.2.	<i>Estados Unidos de América</i>	230
2.3.3.	<i>Francia</i>	231
3.	Limitación temporal para el ejercicio de la acción de base legal	233
3.1.	Introducción	233
3.2.	Las soluciones convencionales: El supuesto del contrato de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque	234
3.3.	Distintas soluciones nacionales	238
3.3.1.	<i>Inglaterra</i>	239
3.3.2.	<i>Estados Unidos de América</i>	246
3.3.3.	<i>Francia</i>	250
3.3.4.	<i>España</i>	251
4.	A modo de conclusión	255

LAUDO ARBITRAL NACIONAL

▲ Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE)	
Caso Arbitral N° 106-2004-SNCA-CONSUCODE	259
Comentario al Caso Arbitral N° 106-2004-SNCA-CONSUCODE	
El ámbito de competencia de los árbitros. Las fórmulas polinómicas como mecanismo de reajuste idóneo para mantener el equilibrio económico financiero del contrato	
GUSTAVO RIVERA FERREYROS	309

1. Antecedentes	309
2. ¿Pueden los árbitros inaplicar las fórmulas polinómicas y ordenar a la entidad nueva elaboración de las mismas?	312
3. ¿Son las fórmulas polinómicas, mecanismos de reajuste idóneos para el mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato?	317
4. Respecto al voto en discordia	320
5. A manera de conclusión	322

LAUDO ARBITRAL INTERNACIONAL

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

Caso CIADI N° ARB/03/28	325
Comentario al Caso CIADI N° ARB/03/28	
Las sorpresas de la Decisión sobre competencia en el procedimiento de arbitraje entre Duke Energy International Peru Investments N° 1 LTD (demandante) y la República del Perú (demandado)	
FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI / ALVARO LOREDO ROMERO	367
1. Antecedentes de la controversia	367
2. La objeción de competencia planteada por el Estado demandado	369
3. El razonamiento del tribunal en materia de competencia	370
4. El concepto de inversión en el marco jurídico del CIADI	371
5. El derecho aplicable en las controversias sobre inversión	372
6. Los antecedentes jurisprudenciales en el CIADI	374
7. El análisis <i>prima facie</i> para establecer la competencia y la inversión pertinente	375
8. El principio de “unidad de la inversión” frente a los sucesivos convenios para la protección de distintos tramos de la inversión	382
9. La “unidad de la inversión” no acarrea la “unidad de la protección” ...	384

10. La competencia y la protección a la inversión analizada a la luz de los principios aplicables del Derecho Internacional	385
Conclusiones	389

DECISIONES CONSTITUCIONALES Y JUDICIALES

▲ Tribunal Constitucional	
Exp. N° 7181-2006-PHC/TC	395
Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional	403
Distinción entre árbitros y funcionarios públicos en sede constitucional	
JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA	403
▲ Corte Suprema de Justicia de la República	
Casación 856-2006-Lima	405
Comentario a la Sentencia Casatoria	411
Confusiones sobre el convenio arbitral y sus alcances en sede casatoria	
JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA	411
1. Antecedentes que dan origen al recurso de casación	411
2. Resultado de la sentencia que se comenta	413
3. La causal invocada para la admisibilidad del recurso de casación	413
4. Los errores en los temas arbitrales de fondo contenidos en la sentencia casatoria	414
4.1 ¿Puede interpretarse mecánicamente el contenido del convenio arbitral a la luz de la cláusula compromisoria?	414
4.2 ¿Dónde están las diferencias entre el convenio arbitral, la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral?	416
4.3 ¿Son distinguibles las obligaciones emanadas de un convenio arbitral de las que las partes expresan en un acta de instalación del tribunal arbitral en la que se pactan reglas especiales para el proceso correspondiente?	419

4.4 La interpretación del artículo 52 de la LGA en relación a la condena de costos del arbitraje	428
Conclusiones	430
▲ Corte Superior de Justicia de Lima - Primera Sala Civil	
Exp. N° 3015-2003	433
NOTICIAS ARBITRALES	455
SOBRE LOS AUTORES	461
AGRADECIMIENTOS	469
ÍNDICES HISTÓRICOS	473
Primer Número de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE 1/2005	473
Segundo Número de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE 2/2006	475
Tercer Número de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE 3/2006	479
Cuarto Número de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE 4/2007	483
ÍNDICE GENERAL	489

Notas

Esta revista se terminó de imprimir en Magna Ediciones
en el mes de octubre de 2007

