



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

ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ

CARLOS RUSKA MAGUIÑA

ROGER RUBIO GUERRERO

DOCTRINA

Cómo mejorar los laudos internacionales sin minar el sistema?

JAN PAULSSON (FRANCIA)

Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias:
Expresión de la inevitabilidad del arbitraje

JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA (PERÚ)

La obtención y revelación de documentos e información en el
proceso civil estadounidense ("Discovery") y su influencia en la
convergencia de culturas jurídicas en el arbitraje internacional

PEDRO J. MARTÍNEZ-FRAGA (EE.UU.)

Métodos adjudicativos prearbitrales en la solución de reclamos
en construcción: Un acercamiento a los Dispute Boards

GUSTAVO PAREDES CARBAJAL (PERÚ)

Panorámica sobre las pruebas en el arbitraje

PEDRO A. BATISTA MARTINS (BRASIL)

La soberanía estatal y los límites al estado de necesidad
en el arbitraje de inversiones internacionales

GUILLERMO SÁNCHEZ BRAVO (PERÚ)

LAUDO ARBITRAL NACIONAL

LAUDO ARBITRAL INTERNACIONAL - CASO AGUAYTÍA ENERGY LLC
Caso CIADI Aguaytía Energy LLC v. República del Perú

DECISIONES CONSTITUCIONALES Y JUDICIALES

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

COMENTARIOS BIBLIOGRÁFICOS

Presentación del Libro: "Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión".
El Arbitraje en el Perú y en el Mundo" (Director: CARLOS A. SOTO COAGUILA)
Fernando de Trazegnies Granda (PERÚ)

NOTICIAS ARBITRALES

8 / 2008

magna





REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE

COMITÉ EDITOR

JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA
PRESIDENTE

CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA
DIRECTOR

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

KATTY MENDOZA MURGADO
(ASISTENTE)

8

2009



REVISTA PERUANA DE
ARBITRAJE

**DERECHOS RESERVADOS:
DECRETO LEGISLATIVO Nº 822**

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

© 2009, REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE

© 2009, Jorge Santistevan de Noriega

PRESIDENTE

Carlos Alberto Soto Coaguila

DIRECTOR

Fernando Cantuarias Salaverry

Franz Kundmüller Caminiti

Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio

Alfredo Bullard González

Carlos Ruska Maguiña

Roger Rubio Guerrero

Katty Mendoza Murgado

(ASISTENTE)

Colaboradores:

Briana Canorio Calderón

Carol Apaza Moncada

Jhon Jara Cano

Juan Miguel Rojas Ascón

Lou-Ann Flores Sánchez

Milton Salinas Lázaro

Moises Mariscal Rivera

Orializ Espinoza Soto

Rider Vera Moreno

Rossmery Ponce Novoa

Diseño y diagramación:

Miguel A. La Rosa Y.

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

Composición e impresión:

MAGNA ediciones

R.U.C. 10076079078

Tel.: (054) 9995-40968

ediciones.magna@gmail.com

Distribución:

T. (00-511) 989342855 / 993631799

F. (00-511) 421 7614

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

Tiraje: 1,000 ejemplares

CONTENIDO

Presentación	ix
▲ Doctrina	
■ ¿Cómo mejorar los laudos internacionales sin minar el sistema? JAN PAULSSON (<i>Francia</i>)	3
■ Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: Expresión de la inevitabilidad del arbitraje JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA (<i>Perú</i>)	17
■ La obtención y revelación de documentos e información en el proceso civil estadounidense (<i>Discovery</i>) y su influencia en la convergencia de culturas jurídicas en el arbitraje internacional PEDRO J. MARTÍNEZ-FRAGA (<i>EE.UU.</i>)	51
■ Métodos adjudicativos prearbitrales en la solución de reclamos en construcción: Un acercamiento a los <i>Dispute Boards</i> GUSTAVO PAREDES CARBAJAL (<i>Perú</i>)	103
■ Panorámica sobre las pruebas en el arbitraje PEDRO A. BATISTA MARTINS (<i>Brasil</i>)	123
■ La soberanía estatal y los límites al <i>estado de necesidad</i> en el arbitraje de inversiones internacionales GUILLERMO SÁNCHEZ BRAVO (<i>Perú</i>)	157
▲ Laudos Arbitrales Nacionales	
■ Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE)	
Caso Arbitral Demandante: Maquinaria Nacional SA Demandado: Dirección de Salud del Callao	183

▲ **Laudos Arbitrales Internacionales**

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

Caso CIADI N° ARB/06/13

Demandante: Aguaytía Energy LLC

Demandado: República del Perú

203

Comentario al Caso CIADI N° ARB/06/13

El Laudo del caso República del Perú con Aguaytía Energy LLC

MARÍA DEL CARMEN TOVAR GIL (*Perú*)

EDUARDO FERRERO COSTA (*Perú*)

247

▲ **Decisiones Constitucionales y Judiciales**

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

- Anulación de Laudo Arbitral

Expediente : 2273-2006

Demandante : Ministerio de Educación

Demandado : Gino Carlos Enrique Salinas Olivera

263

- Anulación de Laudo Arbitral

Expediente : 2542-2006

Demandante : Minera Chan Chan SAC

Demandado : S.M.R.L. Casablanca 1

275

- Anulación de Laudo Arbitral

Expediente : 908-2006

Demandante : Tres Palmeras SA

Demandado : Global Entertainment Group SAC

281

- Anulación de Laudo Arbitral

Expediente : 2517-2007

Demandante : Corporación Hotelera Metor SA

Demandado : Pablo Hugo Torres Arana

283

▲ **Comentarios Bibliográficos**

- Presentación del Libro: "Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión. El Arbitraje en el Perú y en el Mundo" (Director: Carlos A. Soto Coaguila)
FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA (*Perú*)

287

■ Presentación del Libro: “Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión. El Arbitraje en el Perú y en el Mundo” (Director: Carlos A. Soto Coaguila) FELIPE OSTERLING PARODI (<i>Perú</i>)	297
■ Comentario al libro la Ley de Arbitraje de España de 2003 JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA (<i>Perú</i>)	303
▲ Noticias Arbitrales	311
▲ Sobre los Autores	315
▲ Agradecimientos	321
▲ Índice General	325

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

Presentación

La publicación de este octavo número de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE significa más de lo que su minucioso contenido ofrece: denota el trabajo continuo y sostenido del Comité Editor y del equipo de colaboradores de la REVISTA para continuar con la difusión y el debate del arbitraje en el Perú.

El desarrollo de la inversión económica nacional y extranjera en nuestro país y ahora la puesta en vigencia del Tratado de Libre Comercio suscrito con los Estados Unidos, han determinado que el Perú persista en el derrotero hacia su consolidación como un mercado interesante para los inversores y una plaza a tener en cuenta en materia arbitral.

Respecto al contenido del octavo número de la REVISTA, se vuelve a contar con ensayos de distinguidos autores internacionales, destacando el artículo de Jan Paulsson, uno de los más notables exponentes del arbitraje a nivel mundial, quien se plantea la interrogante de cómo mejorar los laudos internacionales sin minar el sistema, aportando lúcidas y esclarecedoras aproximaciones de una manera dinámica e ilustrativa.

Asimismo, destacan los trabajos de los juristas Pedro J. Martínez-Fraga, reconocido abogado y líder en la práctica del arbitraje en los Estados Unidos y Latinoamérica, y de Pedro Batista Martins, uno de los redactores de la Ley de Arbitraje de Brasil. Ambos desarrollan temas vinculados a la prueba dentro del arbitraje internacional con una particularidad: el primero de los nombrados lo hace desde la perspectiva del *common law*, elaborando su análisis a partir de un tema tan vigente como lo es el *discovery*, mientras que el segundo lo hace desde la tradición europea continental en la que se sustenta el derecho latinoamericano.

De análoga trascendencia, también se incluye el importante aporte de reconocidos árbitros peruanos. Así, Jorge Santistevan de Noriega desarrolla la novísima regulación establecida en el artículo 14 de Ley de Arbitraje peruana, referida a la *Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias*. Por su parte, Gustavo Paredes Carbajal nos explica en detalle los *Métodos adjudicativos arbitrales en la solución de reclamos en construcción (Dispute Boards)*. Finalmente, Guillermo Sánchez Bravo trata sobre *La soberanía estatal y los límites al estado de necesidad en el arbitraje de inversiones internacionales*.

En el desarrollo de laudos arbitrales, específicamente en lo que respecta al arbitraje de inversiones, en este número publicamos el laudo emitido por el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones –CIADI–, recaído sobre la disputa entre Aguaytía Energy LLC y la República del Perú. El Consejo Editorial de la REVISTA hace dos apuntes con relación a este laudo: (i) de una parte, destaca que no ha habido discrepancias entre las partes en torno a su publicación; y, (ii) como corresponde a la línea editorial se invitó a los abogados de ambas partes a hacer comentarios al laudo para beneficio de nuestros lectores. El presente número incluye la contribución proporcionada por los abogados del Estado, quedando vigente la invitación para que los abogados del inversionista hagan lo propio en la siguiente edición.

En nuestra sección Decisiones Constitucionales y Judiciales publicamos cuatro sentencias emitidas por la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima.

El contenido de la REVISTA cuenta también con nuestra acostumbrada sección *Noticias Arbitrales*, que tiene por finalidad difundir a la comunidad jurídica los eventos más importantes y libros más destacados que han sido publicados en el transcurso de los últimos cinco meses.

En esta línea y continuando con el esfuerzo por consolidar la cultura arbitral en el Perú, la REVISTA –como en años anteriores– se encuentra organizando el 3er. Congreso Internacional de Arbitraje para los días 29 y 30 del mes de abril de 2009. Este evento es considerado como uno de los más importantes que se realizan a nivel latinoamericano. Desde esta tribuna hacemos extensiva la invitación a todos los

participantes e interesados en el arbitraje a fin de que participen en nuestro Congreso que cada año va superando las expectativas y logrando reconocimiento nacional e internacional.

Por último, queremos agradecer a nuestros auspiciadores, tanto a quienes nos han venido acompañando desde la primera edición como a los que se integran en ésta. A todos ellos, nuestro sincero reconocimiento por confiar en este reto de publicar semestralmente la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE en pro del fortalecimiento y desarrollo del arbitraje en el Perú.

Lima, marzo de 2009

JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA
Presidente del Comité Editor

CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA
Director

Doctrina

Doctrina



 JAN PAULSSON (*)

¿Cómo mejorar los laudos internacionales sin minar el sistema?

SUMARIO: 1. *Las preguntas eternas no tienen respuesta.* 2. *Correcciones naturales.* 3. *La ilusión de una cura.* 4. *La promesa de la transparencia.*

Hace unos años, asistimos a un debate sobre varias ideas propuestas para reformar el sistema de arbitraje entre inversionistas y Estados. Quisiera evocar las dos más destacadas. Se trataba del propósito de establecer recursos de apelación en contra de los laudos y de incrementar la transparencia de este tipo de arbitraje. La primera idea era mala; la propuesta de añadir otra instancia está muerta. La segunda era buena; la transparencia se hace cada día más realidad. Como siempre, de repente la buena idea pierde su interés. ¿Quién quiere hablar de las cosas evidentes? y yo tampoco tengo la intención de tratar más la idea abandonada, para explicar por qué no debemos desempolvarla.

Muchos pueden creer que los representantes de los Estados receptores de capital se equivocaron cientos de veces al firmar tratados bilaterales de inversión (TBIs) y que sus intereses se encuentran adversamente afectados por estos tratados. Pero si quienes sostienen

(*) Reconocido Árbitro Internacional. Socio de Freshfields Bruckhaus Deringer, en Francia. Profesor de Derecho Internacional en la Universidad de Dundee. Profesor Honorario de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Co-autor del famoso tratado: CRAIG, PARK AND PAULSSON, *International Commercial Arbitration*.

esta tesis participan en un debate sobre la reforma con la oculta determinación de respaldar cualquier cosa que sofoque los sistemas emergentes de protección al inversionista, son entonces culpables de falsas pretensiones. Si debe desmontarse o no el sistema actual es otro debate, completamente legítimo, pero no es aceptable que se dirija de manera oculta. Es perverso pretender reformar lo que en realidad se quiere destruir.

Yo he participado en varios arbitrajes de inversiones, casi 30 bajo las reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y me he desempeñado como abogado y como árbitro.

Como abogado, he representado tanto a inversionistas como a Estados, éstos últimos con un poco más de frecuencia. He actuado en representación de un mismo Estado africano en 14 arbitrajes internacionales, reportando mis actuaciones a una sucesión de ministros que durante los últimos 20 años han visto, aparentemente, la utilidad de la defensa profesional de los intereses del Estado. Por cierto, la prosperidad de las multinacionales, o la prosperidad de los gobiernos, no tienen una razón de ser autónoma. Se justifican sólo si sirven a una buena finalidad. Sin embargo, creo que la protección legal de los inversionistas es valiosa y debe preservarse y realizarse. Puedo añadir que no veo ninguna paradoja en la idea que la protección del inversionista sea realizada mediante la expansión y una clara articulación de las obligaciones de los inversionistas.

No he decidido defender esta posición insistiendo en que la inversión extranjera es algo bueno. Es suficiente con decir que ésta es la postura que ha sido adoptada por los representantes de los Estados soberanos en todo el mundo. Tampoco quiero insistir en que la protección de los tratados incrementa los volúmenes de inversión. La información disponible a este respecto no es concluyente. Lo que me atrae del objetivo de proteger a los inversionistas es, sobre todo, sus efectos positivos:

Primero, un buen régimen internacional de protección de inversionistas mantiene la promesa de reducir en el tiempo los márgenes de utilidad solicitados por los inversionistas. El riesgo jurídico que resulta de gobernar arbitrariamente sobrecarga los márgenes. Algunos países en desarrollo pueden soportarlo. Sin embargo, para los

países pobres es una carga sofocante. Tomará mucho tiempo antes que los inversionistas decidan poner su dinero en Sierra Leona, con la expectativa de una baja tasa de retorno y a largo plazo, como sí lo hacen en Suiza.

El segundo efecto conlleva beneficios más inmediatos: me apoyo en lo que he visto cuando los funcionarios de un Gobierno, así como sus contrapartes empresariales, toman conciencia del hecho de tener que justificar sus acciones y omisiones ante tribunales internacionales neutros. Esta es una manera de modificar su conducta y parece tener un efecto positivo en el gobierno interno. Tal vez, y gracias a un fenómeno que algunos sociólogos llaman *compliance pull*, los Gobiernos comienzan a distanciarse de las viejas prácticas turbias, arbitrarias y clientelistas.

Con estos antecedentes, propongo ahora una serie de observaciones. La primera *Las preguntas eternas no tienen respuestas*, es una dura mirada al problema identificado por los críticos del arbitraje de inversiones. Uno difícilmente puede culpar a los laudos arbitrales de no haber hecho lo imposible. Cualquier evolución legal es un diálogo entre los creadores de la ley, léase los redactores de los TBIs, y los aplicadores de la ley, léase los árbitros de inversiones, que necesariamente toma algún tiempo para generar conclusiones dialécticas, más aún, en el ámbito internacional.

La segunda parte de mis observaciones describe las *Correcciones naturales*, las cuales creo que darán resultados satisfactorios y deberían producir sus beneficios. Posteriormente, expondré la sección *La Ilusión de una cura*, en la cual examinaré los decisivos retrocesos de propuestas de transformación estructurales. Finalmente, explicaré mi inclinación por la necesidad de una mayor transparencia y cómo ésta se relaciona con la búsqueda de la coherencia y de la consistencia.

1. LAS PREGUNTAS ETERNAS NO TIENEN RESPUESTAS

En el transcurso de una década llena de arbitrajes de inversión, los árbitros internacionales no han sido capaces de desarrollar una fórmula efectiva para determinar cuándo el tesoro público debe compensar a un individuo por los perjuicios que le han sido causados por una nueva política destinada, según la premisa, al beneficio de la sociedad.

Algunas preguntas son eternas. Para tomar el tema de las medidas regulatorias compensables o de los casos de abuso de poder, de denegación de justicia o de discriminación, basta con decir que son inmunes a la resolución por abstracción. Mirando hacia atrás, es claro que ningún país, en su derecho nacional, ha alcanzado la tierra prometida en estos temas. La incoherencia abunda. Tomando el ejemplo de un sistema legal altamente sofisticado, yo tuve la oportunidad de comprobar la veracidad de una anécdota de acuerdo con la cual si uno le pregunta a seis abogados alemanes por una explicación sobre el enriquecimiento sin causa, obtendrá doce respuestas. ¿Esa misma indecisión irreductible sería generada por los árbitros de inversión?

No nos vayamos por las ramas. Cuando los críticos del arbitraje internacional lamentan la falta de consistencia y de coherencia, están culpando al proceso por no lograr lo imposible. Peor: los remedios que plantean no alcanzarían nada más exitoso. Una vez más, la agenda oculta debe salir a flote: lo que ha sido cuestionado es el concepto mismo de neutralidad en la justicia internacional y su necesaria restricción a la soberanía. En cualquier parte, la administración de justicia en relación con materias de derecho público es una restricción a la soberanía y es esa su naturaleza y su función.

Los Estados tienen una buena razón para aceptar la legalidad internacional y la naturaleza vinculante de las decisiones de los árbitros internacionales. En efecto, es gracias a estas dos nociones que los Estados tienen el poder de hacer promesas significativas. Este poder es valioso y hace que las transacciones económicas sean menos onerosas en la medida en que el riesgo legal disminuye.

Sin embargo, como se ha hablado tanto de la incoherencia, pasemos ahora a considerar ese debate en sus propios términos, como si no existiera una agenda oculta.

Es imperativo entender la diferencia entre la razón fundamental y las observaciones incidentales de un laudo. La función de tomar decisiones se ejerce cuando un tribunal acepta o rechaza una demanda. Si una demanda es rechazada debido a que el demandante no tomó las medidas necesarias para evitar su perjuicio, se crea un precedente consistente en la necesidad de mitigar el daño. Pero si la demanda es

aceptada, el fundamento se concentra en encontrar la responsabilidad. En este caso, puede que una declaración incidental sobre el deber de mitigar el daño sea *persuasiva* en cuanto a la existencia de la norma, pero tiene un peso menor.

Tomando otro ejemplo: Un laudo de inversiones puede decir que los demandantes deben cumplir cumulativamente la definición del Convenio CIADI así como cualquier definición de la noción de *inversión* contenida en los TBIs, pero esto no es necesariamente el sustento de la decisión si el tribunal decide que las dos definiciones han sido satisfechas. El sustento será simplemente que las dos definiciones han sido efectivamente satisfechas. La proposición de que las dos definiciones *deben* ser satisfechas es propiamente entendida como un sustento sólo en el caso que un demandante sea rechazado por no haber cumplido con una de las definiciones y el tribunal considere que no sea importante si el demandante rechazado hubiera podido cumplir con la segunda definición.

¿A quién le importa? ¿es esto prepotente? Permítanme responder con preguntas retóricas.

¿Acaso no hay una diferencia enorme entre expresar la convicción de que el oro volverá a no tener rival y transformar todos sus propios ahorros en oro?, ¿entre decir que algo debe hacerse para conservar energía y realmente firmar una propuesta pública para prohibir automóviles populares pero desperdiciadores?. El punto es obvio: para crear precedentes que materialicen las inversiones en oro, o medidas buenas pero impopulares, hablar no es suficiente.

Lo que realmente queremos saber es la razón que motiva las decisiones de los árbitros.

En el caso *SGS v. Pakistán* yo representé a Pakistán. Naturalmente, estaba muy interesado en el caso paralelo de *SGS v. Filipinas*. En mi caso, el tribunal CIADI se negó a decidir sobre una demanda de deuda contractual debido a que el contrato establecía un arbitraje en Islamabad y no un arbitraje CIADI. En el caso filipino, un segundo tribunal CIADI se negó a decidir sobre una demanda de deuda contractual porque el contrato establecía el litigio en Manila. No hay ninguna

diferencia entre estos dos precedentes. Sin embargo, ¿no declararon los árbitros en el segundo caso que ellos rehusaron seguir el caso de Pakistán? Muy cierto e incluso me permití recriminar a uno de los árbitros en público, y en su presencia, por haber sido demasiado discursivo. (Aparentemente él lo tomó con calma.)

El único problema con el laudo era que *decía* que era diferente del laudo *SGS v. Pakistán*, provocando una cantidad de comentarios acerca de la inconsistencia de las decisiones CIADI. Sin embargo, no les pidan que expliquen cómo las decisiones son irreconciliables a menos que ustedes sean brillantes escolásticos.

En cuanto al conflicto entre el Grupo Lauder y la República Checa, es cierto que dos tribunales UNCITRAL diferentes apreciaron la misma conducta del gobierno Checo de maneras diferentes y con consecuencias financieras radicalmente opuestas. Como precedentes, los dos laudos no son, sin embargo, para nada incompatibles. Su entendimiento de los estándares legales relevantes, incluida la causación, fue perfectamente congruente; no así el juicio sobre los hechos. Como asesor, lo que me importa cuando debo aconsejar a mis clientes es la coherencia de las normas.

En la medida en que la práctica arbitral se expande, y en la medida en que el campo del derecho internacional lo hace igualmente, la calidad de los laudos se inclina casi mecánicamente hacia una mayor irregularidad. Algunos laudos son influyentes, otros es mejor olvidarlos. Hay laudos que han sido anulados y otros que han resistido los recursos de anulación. Hay laudos que han sido firmados por un panel de juristas de renombre y laudos dictados por un solo árbitro cuya reputación aún está por hacerse. Hay laudos dictados por mayoría y laudos dictados por unanimidad. Algunos laudos no registran la más mínima indicación de desacuerdo mientras que otros están acompañados de una opinión disidente que impresionaría a cualquiera. Algunos laudos son lingüísticamente deficientes; otros son un modelo de redacción. Hay laudos que parecen ser el efecto de un razonamiento inexorable y otros que parecen nada más que el resultado de una votación. Hay laudos firmados por árbitros que mantienen una consistencia remarcable de un caso a otro y laudos firmados por árbitros que parecen no recordar lo que han firmado el año anterior.

La realidad del arbitraje de inversiones es que la calidad de la abogacía cambia bastante de un caso al otro. Algunas demandas especulativas son adelantadas en malas condiciones y por abogados sin experiencia. Aquellas partes, demandantes o demandados, pueden verse confrontadas a cuestiones complicadas y fundamentales, las cuales no están en capacidad de tratar. Hay límites al *jura novit curia*. Además, cuestiones importantes pueden decidirse en el contexto de un debate mediocre. Una vez que la decisión ha sido proferida, la parte descontenta puede perder su motivación y renunciar a seguir adelante con los recursos disponibles como el mecanismo del comité *ad hoc* del CIADI. Los árbitros no responden a las preguntas como si fueran ordenadas y articuladas por los mejores académicos, sino que deciden los casos de acuerdo con la manera como éstos les son presentados, sin importar las imperfecciones de los alegatos ni la presentación fragmentada de las pruebas.

Podemos, entonces, señalar que hay algo peculiar en las cuestiones de arbitraje de inversiones que han generado los mayores debates. ¿Cuáles son esas cuestiones? Una es el rango de acción de las disposiciones sobre nación más favorecida (NMF). Otra cuestión es el efecto de las llamadas cláusulas *paraguas* (que contienen la promesa de respetar los acuerdos). Una tercera cuestión tiene que ver con las dificultades que surgen de la coexistencia de demandas contractuales y de demandas con fundamento en los tratados. Una cuarta cuestión consiste en determinar si una disputa realmente tiene su origen en una inversión –tal como es definida por el tratado– y en consecuencia, puede beneficiarse de la protección de este. Estas cuatro categorías de cuestiones tienen algo en común: el hecho que un Estado demandado pierda un debate en relación con alguna de ellas, no le cuesta por sí solo, un solo centavo. La preocupación común es el acceso de los demandantes al arbitraje de inversiones. Esta batalla puede ser una victoria pírrica para el inversionista, quien está facultado para accionar pero puede perder en el fondo.

Esto me lleva a una extraña pregunta. ¿Qué es lo opuesto a una victoria pírrica? ¿Tal vez una derrota paradisíaca? El asunto no carece de seriedad: ¿qué es mejor: ganar una objeción de jurisdicción o perderla para luego ganar en el fondo?

Un buen ejemplo fue la disputa limítrofe entre Bahrein y Qatar, la cual Bahrein consideraba resuelta desde 1939. Qatar no estaba de

acuerdo y durante años reclamó una porción equivalente a un tercio de Bahrein; las Islas Hawar. Qatar presentó el caso ante la Corte Internacional de Justicia con base en un protocolo que, de acuerdo con Bahrein, no creaba jurisdicción internacional. En un principio, la cuestión fue decidida en contra de Bahrein. Seis años después, en 2001, habiendo llevado su caso vigorosamente, Bahrein ganó en el fondo y las Islas Hawar siguieron formando parte de su territorio. El problema histórico fue resuelto y los dos países pudieron comenzar a hablar de cooperación en lugar de confrontación.

De la misma manera, muchos Estados se concentran en el objetivo de evitar la instancia internacional, sólo para descubrir que el haber logrado evitarla no fue un completo éxito ya que el problema persistirá. Un argumento distorsionado en el debate sobre el arbitraje de inversiones es con frecuencia pasado por alto a pesar de ser aparentemente obvio. Los TBIs y otros instrumentos de protección de inversiones establecen obligaciones en cabeza de los Estados. Los demandados son casi invariablemente los Estados. Como la mayoría de las partes que son demandadas, los Estados no están dispuestos a aceptar que tienen un caso al cual deben responder. En consecuencia, un coro de Estados afectados se queja de que hay algo malo en el sistema. Con el tiempo, los inversionistas también se quejan del sistema cuando descubren que no es la panacea para todos sus problemas empresariales. Incluso los Estados que usualmente han favorecido la protección de inversiones y que no han estado expuestos a decisiones adversas, como por ejemplo los Estados Unidos, se muestran reacios a tener que justificar su conducta.

Otro factor de distorsión viene de las críticas al arbitraje de inversiones que parecen reflejar un pensamiento de organizaciones y delegaciones que en nada representan a quienes tienen en sus manos la responsabilidad de guiar las políticas económicas de los países. Una molesta manifestación de esta distorsión se ve en la recurrente alusión a que los países en desarrollo cuando quieren mostrar los éxitos de una visita de Estado, deciden firmar protocolos de cooperación cultural o TBIs sin siquiera entender su contenido. Esta *broma de Estado* es no solamente absurda sino también de mal gusto y ofensiva.

Las normas relativas a la protección de inversiones no son complicadas en principio. Estas normas establecen tres cosas: que el Gobierno

no podrá confiscar, discriminar o abusar de su poder de manera injusta. Esto, y no la ignorancia ni la incompetencia, ni tampoco la manipulación; explican el hecho que los TBI tiendan a ser compactos y fácilmente aceptados.

Por supuesto que hay una cuarta categoría de normas de un género muy diferente: la innovación procedimental que constituye el arbitraje internacional facultando a un inversionista a buscar la reparación. Esta cuestión ha sido la causa de varios debates. Las primeras tres categorías de normas, aunque pueden parecer maravillosas, son en realidad insuficientes si deben ser aplicadas por cortes subordinadas a los mismos funcionarios que pueden haber violado estas normas. Cabe entonces preguntarse ¿qué pasa con los extranjeros que carecen de influencias? ¿deben tener acceso a una justicia internacional neutra? Los TBI han dado una respuesta afirmativa mientras que los críticos afirman que esto es el reflejo de la imposición por parte de los exportadores de capital poderosos.

¿Cómo explican los detractores que las cuatro categorías de normas que constituyen la protección de inversiones fueron precisamente las que jugaron en el primer arbitraje de inversiones moderno, SPP c. Egipto, en el que la protección no se derivaba de un tratado sino de una ley de protección de inversiones que había sido adoptada por el Parlamento de Egipto? Esta ley contuvo las mismas cuatro normas. El tratado Yemeni / Omani que produjo el laudo CIADI *Desert Line v. Yemen*, hace solo unos meses, también exigió el cumplimiento de estas mismas normas – aunque nadie pueda imaginar que marco de multinacionales hubiera podido impulsar la firma de este acuerdo entre países árabes.

2. CORRECCIONES NATURALES

En 1995 predije, en un artículo llamado *Arbitration Without Privity* (ICSID REVIEW 1995, p. 232), que podría haber una extensión de la jurisdicción arbitral sobre los Estados, al servicio de litigantes privados con deseos de confiar en las promesas gubernamentales aún cuando no hubieren pactado una jurisdicción. Algo semejante ocurrió. También escribí que los progresos del arbitraje de inversiones dependerían del grado de sofisticación mostrado por los árbitros llamados a juzgar las

acciones gubernamentales. Hoy en día, después de un flujo sostenido de decisiones en la década pasada, creo que estamos ante una segunda generación de laudos de inversiones cuyas principales características serán la consolidación de las tendencias dominantes, la reducción progresiva de desconcertantes diferencias entre los laudos, y en consecuencia, laudos más consistentes.

Este proceso de autocorrección no es sorprendente y es una característica de los sistemas en curso de maduración.

Puedo mencionar brevemente tres tendencias que ilustran el reconocimiento de las normas inherentes a la responsabilidad de los Estados frente a los inversionistas extranjeros.

Las tres tendencias que yo he percibido envuelven el reconocimiento de: (i) márgenes regulatorios sustanciales de apreciación, (ii) el requerimiento que los inversionistas demuestren la realización de esfuerzos razonables tendientes a que el Estado corrija sus incidentes de mala administración y (iii) de las altas barreras para los remedios de ejecución específica en contra de los Estados.

En el caso *Methanex* por ejemplo, el Tribunal, en una decisión unánime, dejó en claro que los árbitros internacionales no condenan al pago de perjuicios basándose en las consecuencias dañinas de las medidas regulatorias con el sólo fundamento de que la política gubernamental estaba mal orientada. Los inversionistas extranjeros y los nacionales, deben aceptar dichas consecuencias como un hecho local. Un demandante debe ir más allá y demostrar la existencia de la mala fe, incluyendo arbitrariedad, discriminación o desconocimiento de las expectativas legítimas.

Una segunda tendencia hace que sea imposible convertir el arbitraje de inversiones en una Corte de Demandas Comunes. No se trata de que cada acto de cada funcionario de un país que ha firmado un TBI esté sujeto al escrutinio internacional para verificar su conformidad con el derecho internacional.

Corresponde a la naturaleza de los TBIs el no exigir el agotamiento de los remedios locales pero el concepto debe ser entendido con cuidado. Hay que analizar cómo este concepto opera de manera diferente cuando la demanda se origina en un contrato o en un TBI.

Miremos el caso de un contrato entre un inversionista y un Estado. Antes del Convenio CIADI, si se quería demandar a un Estado en el dominio del derecho internacional público, era necesario primero que la demanda fuera presentada sin éxito ante las más altas cortes locales. Los contratos de un Estado con inversionistas pueden estar sujetos al arbitraje de derecho privado y ejecutados bajo la Convención de Nueva York. Pero el Convenio CIADI crea el arbitraje bajo el derecho internacional público y para asegurar que las disputas contractuales puedan ir directamente al arbitraje, la Convención CIADI despoja de su contenido a la regla del agotamiento de los recursos locales. En consecuencia, los inversionistas pueden acudir directamente al CIADI para resolver sus disputas derivadas del incumplimiento de un contrato.

Pero la solución es diferente cuando el inversionista no tiene un contrato con el Estado. Si por ejemplo un inversionista considera que los funcionarios del Estado han violado el TBI, estimando que no lo han tratado de una manera *justa y equitativa* de acuerdo con el derecho internacional, ¿podría el inversionista en todos los casos ir directamente al CIADI? La respuesta es no y no debe sorprendernos.

Cuando se trata de un contrato, la identidad del demandado es clara. Si el contrato se celebró con el Ministerio de Obras Públicas, los inversionistas no podrán demandar al Ministerio de Relaciones Exteriores. Si dicen que la Empresa Nacional de Hidrocarburos ha omitido pagar las regalías, no podrán involucrar al Ministerio de Educación. Y por encima de todo, si tienen un contacto que se encuentra en el ámbito de un Ministerio particular, no podrán actuar frente al CIADI, cada vez que sostienen que tal funcionario por debajo de la jerarquía sería culpable de la mala conducta.

La situación bajo los TBIs es bastante asimétrica. ¿Quién es el responsable por una demanda de tratamiento injusto o de discriminación? El Estado ha firmado un TBI, pero ¿quiere esto decir que todas las acciones de cualquier funcionario del sector público legitiman al inversionista para ir ante el CIADI?

Varios laudos dan prueba de la sensibilidad de este tema. En el caso *Saluka*, el tribunal consideró que el TBI en cuestión no podía interpretarse de tal manera que se castiguen todos y cada uno de los

incumplimientos por parte del Gobierno, de las reglas a las que está sujeto y por los que el inversionista puede normalmente buscar reparación ante las cortes locales. Se necesita algo más que la simple ilegalidad o la falta de autoridad bajo la ley local para que un acto o medida sea inconsistente con el derecho internacional.

El tercer desarrollo es la confirmación de la presunción en contra de la posibilidad de ordenar la restitución en especie como remedio en contra de los Estados. Estas medidas son vistas por los Estados como una severa coacción. Los casos *Occidental v. Ecuador* (2007) y *CMS v. Argentina* (2005) mostraron que es muy difícil obtener una orden de cumplimiento.

3. LA ILUSIÓN DE UNA CURA

Uno de los grandes objetivos del CIADI era despolitizar las disputas relativas a inversiones. Crear nuevos organismos permanentes conformados por personas encargadas de tomar las decisiones sería volver a politizar esta área.

Es poco probable que un organismo de apelación tenga más autoridad moral que aquella del tribunal arbitral inicial.

Primero que todo, la inconsistencia en las decisiones han sido demasiado exageradas por los críticos poco dispuestos a distinguir la parte motiva de la decisión. Segundo, en esta área la jurisprudencia puede llegar a alcanzar el consenso, según el mecanismo tan bien conocido de todas las jurisprudencias. Tercero, ningún mecanismo de apelación puede hacer el trabajo del legislador. Cuarto, algunas normas fundamentales son imposibles de ser, por completo, definidas *in abstracto*.

Ningún sistema legal ha podido definir los límites de las medidas regulatorias no compensables. Por varias generaciones grandes doctinarios han luchado arduamente y el asunto sigue siendo una cuestión de hechos.

La Convención CIADI no contempla ningún mecanismo de apelación. Por el contrario, siendo internacionalmente ejecutables los laudos CIADI no concuerdan con un mecanismo de apelación.

¿Podría ser dicho recurso una cuestión acordada por las partes?

Difícilmente. Es poco probable establecer en un contrato el consentimiento a un mecanismo de apelación, no obstante, esto podría aparecer en algunos TBIs novedosos. Ello desembocaría en labores adicionales, al crear varias categorías de TBI, varias categorías de laudos, varias categorías de decisiones al respecto de recursos, lo cual sería una catástrofe.

Otra idea perniciosa sería que los inversionistas participaran en los arbitrajes de inversión, pero no en el último nivel de apelación del cual harían parte únicamente los Estados signatarios del TBI. Ningún inversionista tendría confianza en un sistema en el que la última decisión sería tomada sin ni siquiera oír al demandante.

Sería paradójico si la búsqueda de una mayor legitimidad resultara en el quebrantamiento de la misma.

Reitero que mi objeción consiste en rechazar la idea de que los miembros de tribunales *ad hoc* tengan más legitimidad al evaluar los asuntos de fondo, que aquella que tienen los árbitros escogidos por las partes. De todas maneras, las decisiones *ad hoc* también están abiertas a la crítica. No hay una respuesta final objetiva. Así es la naturaleza de estos asuntos.

4. LA PROMESA DE LA TRANSPARENCIA

La preocupación es el desequilibrio en la toma de decisiones. Algunos excelentes árbitros, dedicados al arbitraje comercial, parecen tener bases insuficientes de derecho internacional público y pasan por alto el hecho que no son todavía intercesores en un juego que incumbe sólo a las partes. El árbitro no puede complacerse sólo eligiendo cuál de los dos argumentos de las partes es el mejor, porque se trata del interés público. Del otro lado, especialistas del derecho público pueden carecer de pericia cuando se trata de cuestiones procedimentales, y aún más, sobre derecho mercantil. Tal vez caen en la trampa de hacer lo que saben hacer en lugar de abordar temas desconocidos, como cuando el cirujano opera un paciente que tiene gripe.

Finalmente, el rápido desarrollo del arbitraje de inversión ha generado un problema en la selección de árbitros. El reto es asegurar que una persona reúna muchas cualidades sin sacrificar sabiduría e imparcialidad.

Todo esto se encuentra relacionado con el tema de la transparencia. Por sí misma, ésta no asegura la calidad. No obstante, espero que la segunda década del arbitraje de inversión moderno vea el nacimiento de una mejor segunda generación de laudos.

Mejorar la toma de decisiones no es el único objetivo de la transparencia. Permítanme hacer unas observaciones acerca de la relación entre transparencia y calidad de la toma de decisiones.

Primero, ¿es la confidencialidad una razón de ser del arbitraje? Cuando el proceso implica organismos públicos el sigilo es presuntivamente sospechoso. Además, ¿cómo confirmar la neutralidad de los árbitros si no se pueden observar sus actuaciones?

Segundo, la diligencia de los árbitros aumenta con el sólo hecho que ellos estén mentalizados de que su trabajo está siendo revisado por otros.

Tercero, los precursores de la transparencia pueden afectar su buena causa por extralimitarse en su uso. El acceso ilimitado a los escritos de las partes, la toma ilimitada de la palabra en las audiencias, pueden tener consecuencias ilegítimas. Pero hay varias soluciones –y con esto me despido– que son más o menos apropiadas según las circunstancias. Por ejemplo, los escritos de las partes pueden ser publicados como lo hace la Corte Internacional de Justicia, después de la audiencia. Y los árbitros pueden aceptar observaciones escritas de parte de organizaciones sosteniendo un punto de vista distinto e importante. ▲

 JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA (*)

Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: Expresión de la inevitabilidad del arbitraje (1)

SUMARIO: *1. Convenio arbitral: ¿ad solemnitatem o ad probationem? 2. El convenio arbitral como piedra angular del arbitraje. 3. Situaciones en las que la formalidad del convenio atenta contra la inevitabilidad del arbitraje. 4. Obligatoriedad de los contratos y su efecto relativo aplicado al convenio arbitral. 5. ¿Cuándo y cómo se ha admitido la extensión del convenio arbitral a los no signatarios? 5.1. Los aportes de la jurisprudencia francesa. 5.2. Los aportes de la jurisprudencia norteamericana y los cinco supuestos del Caso Thomson. 6. ¿Se trata de terceros o más bien de partes no signatarias? 7. ¿Se deja de lado el consentimiento como elemento fundamental para la extensión del convenio arbitral? 8. Los contornos del artículo 14 de la ley arbitral peruana. 8.1. Excepcionalidad para aplicar la realidad por encima de las formalidades jurídicas. 8.2. La inferencia para extender el convenio arbitral a los no signatarios. 8.3. El principio de la buena fe aplicable a los dos supuestos de hecho que contienen el artículo 14. 8.4. Los supuestos de hecho del artículo 14. 9. Conclusión.*

(*) Fundador de *Santistevan de Noriega & Asociados*, estudio de abogados especializado en arbitraje. Doctor en Derecho y abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), con estudios de postgrado en *New York University* y *The University of Wisconsin*. Presidente del Comité Editor de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE.

(1) El autor agradece el apoyo de Orieliz ESPINOZA SOTO en la preparación del presente artículo.

1. CONVENIO ARBITRAL: ¿AD SOLEMNITATEM O AD PROBATIONEM?

Una de las novedades que trae la nueva ley arbitral peruana (promulgada mediante Decreto Legislativo N° 1071) es la posible extensión del convenio arbitral a partes no signatarias. Así lo prevé el artículo 14 de la ley⁽²⁾, cuyo texto ha dado lugar a debate pues constituye una novedad en el marco de la legislación comparada arbitral⁽³⁾. En efecto, ninguna de las leyes de arbitraje que recientemente se han promulgado (basadas en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional CNUDMI, conocida también como la Ley Modelo UNCITRAL por las siglas en inglés de dicha Comisión) contienen un dispositivo semejante. Da cuenta de esta singularidad de la ley peruana una rápida revisión de las recientes normas como la española (2003)⁽⁴⁾, la chilena que regula el arbitraje comercial internacional exclusivamente (2004)⁽⁵⁾, la neozelandesa (con las modificaciones del 2007), la irlandesa (2008), la de Mauricio (2008) y la de Eslovenia (2008)⁽⁶⁾. Para comenzar, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Perú se ha pronunciado, conforme a los postulados del artículo 9 la Ley General de Arbitraje, ahora derogada, afirmando enfáticamente que el convenio arbitral “sólo surte efectos entre aquellos que lo celebran” por lo que casó una resolución sobre excepción arbitral de instancia inferior en

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

(3) El autor ha debatido el tema con el Profesor Antonio María Lorca Navarrete en la sesión en la que ambos coincidieron en el Seminario: *Alcances e Innovaciones del Nuevo Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje*, llevado a cabo el 26 de noviembre de 2008 en la Universidad de Lima.

(4) Ver, <http://civil.udg.edu/normacivil/estatal/contract/Larbr.html>

(5) Ver, www.bcn.cl

(6) Ver, www.uncitral.org

la que se aplicó la excepción de convenio arbitral en contra de quien no suscribió tal convenio⁽⁷⁾.

¿De dónde entonces en el Perú traemos a la legislación positiva una novedad tan singular? Ocurre que uno de los cambios sustanciales entre el modelo de la ley anterior y el de la vigente radica en la naturaleza del convenio arbitral y las formalidades exigidas para su perfeccionamiento. Mientras que el modelo anterior se sustentaba en un convenio arbitral *ad solemnitatem* con predominancia de la forma escrita, la nueva ley se basa en un convenio arbitral *ad probationem* lo que admite flexibilidad mayor y la posibilidad inclusive de un convenio verbal siempre que quede registro de ello para su comprobación posterior⁽⁸⁾. Basta leer el artículo 13 de la nueva ley⁽⁹⁾ para convencerse

(7) Cas. N° 2435-97, de 06 de noviembre de 1998, interpuesta por *Fletamar Agencia Marítima Sociedad Anónima* contra la resolución judicial que declara fundada la excepción arbitral deducida por *Transmarsa y Transmares*. Ver, Asociación no hay Derecho. *El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria*, Lima: Ediciones legales, setiembre 2000, T. III, pp. 213 y 214.

(8) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y CAIVANO Roque J, “La nueva ley de arbitraje peruana: un nuevo salto a la modernidad”, en: *REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE*, N° 7, 2008, Lima, p. 58; y SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. “Inevitabilidad del arbitraje ante la nueva ley peruana”. En: *REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE*, N° 7, 2008, Lima, p. 99.

(9) DL N° 1071.- Artículo 14: “1. El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza.

2. El convenio arbitral deberá constar por escrito. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

3. Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.

4. Se entenderá que el convenio arbitral consta por escrito cuando se cursa una comunicación electrónica y la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por “comunicación electrónica” se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos,

de que no solamente se consagra una definición más profunda del convenio arbitral sino que se determina el contenido, la forma y los efectos que de él se derivan sujetando la existencia de dicho convenio no a la solemnidad escrita sino a su comprobación por otros medios, que es la esencia de la naturaleza *ad probationem*.

Así, para la nueva norma, por ejemplo, la exigencia de forma *escrita*, aún cuando persiste, no es literal pues puede quedar satisfecha “cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio”⁽¹⁰⁾. Del mismo modo dicha exigencia queda satisfecha como “cuando se cursa una comunicación electrónica y la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta”⁽¹¹⁾. Se ha ampliado entonces la noción de *escritura*, resultando válido afirmar que se encuentra comprendida dentro de ella *cualquier forma de registro* del acuerdo de voluntad entre las partes para demostrar *a posteriori* que existe un convenio arbitral que compromete jurídicamente a quienes lo celebraron.

¿Por qué el cambio? En primer lugar, porque las modificaciones a la Ley Modelo se orientan en ese sentido⁽¹²⁾ y porque uno de los propósitos explícitos del legislador peruano fue precisamente actualizar la

magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

5. Se entenderá además que el convenio arbitral es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte, sin ser negada por la otra.

6. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula de arbitraje constituye un convenio arbitral por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

7. Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje, si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano”.

⁽¹⁰⁾ DL N° 1071.- Artículo 13.3.

⁽¹¹⁾ DL N° 1071.- Artículo 13.4.

⁽¹²⁾ Opción I artículo 7 de la Ley Modelo UNCITRAL enmendada en el año 2006. Ver, www.uncitral.org

normativa arbitral peruana y ponerla a nivel de los más altos estándares internacionales en la materia⁽¹³⁾. La nueva ley al optar por la naturaleza *ad probationem* del convenio arbitral ha querido evidentemente hacerse eco de las más avanzadas propuestas en el ámbito internacional en su esfuerzo por priorizar la realidad de las cosas⁽¹⁴⁾ sobre las formalidades a las que el derecho se suele apegar muchas veces para esterilizar los efectos jurídicos de los contratos y de los convenios arbitrales, en particular en el marco del tráfico comercial y en el desarrollo de las inversiones. Pero, en segundo lugar, porque la naturaleza *ad probationem* que admite actualmente la ley peruana contribuye mejor a la eficacia del arbitraje y a la inevitabilidad de sus consecuencias que constituyen la vigas maestras de la construcción del nuevo cuerpo normativo peruano⁽¹⁵⁾.

Además, el contenido esencial del artículo 14 de la Ley de Arbitraje –que permite la extensión del convenio a partes no signatarias– no constituye una creación heroica del legislador peruano sino que, como veremos, resulta ser una consecuencia natural de los avances jurisprudenciales, no exentos de debate por cierto⁽¹⁶⁾, que se han dado en materia arbitral comercial internacional. Estos avances, hay que advertirlo, pueden ser perfectamente aplicables en nuestro medio tanto al arbitraje internacional cuanto al arbitraje doméstico.

El presente artículo quiere contribuir a facilitar la aplicación del artículo 14 en los arbitrajes en el Perú tratando de desentrañar su contenido a la luz de las experiencias jurisprudenciales y del objetivo esencial del legislador arbitral peruano. Se esfuerza, además por delimitar los contornos de esta norma que, es de esperar, se aplicará de manera excepcional sobre la base de los supuestos de hecho previstos en ella.

(13) Así lo demuestra la exposición de motivos preparada por la Comisión de Redacción de la nueva regulación, que pese a no haber sido oficializada al momento de la promulgación del DL N° 1071 es una interesante fuente de referencia. Ver, www.minjus.gob.pe

(14) CANTUARIAS Y CAIVANO, *cit.*, p. 59.

(15) SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge, *cit.*, pp. 89 y 90.

(16) CANTUARIAS Y CAIVANO dan detallada cuenta del debate suscitado en materia doctrinaria, así como en sede arbitral y judicial sobre estos temas. CANTUARIAS Y CAIVANO, *cit.*, ver pies de página: 41, 42 y 43.

2. EL CONVENIO ARBITRAL COMO PIEDRA ANGULAR DEL ARBITRAJE

El arbitraje como método excepcional de solución de controversias tiene su partida de nacimiento en el convenio arbitral que al efecto suscriben las partes⁽¹⁷⁾. Así, la renuncia de éstas a la posibilidad de recurrir a la jurisdicción estatal para dirimir sus controversias patrimoniales, obliga a que las partes específicamente celebren un convenio arbitral que es el que da vida a la competencia de los árbitros para resolver el conflicto con la calidad de la cosa juzgada. El arbitraje es entonces fundamentalmente convencional y excepcional con respecto a la jurisdicción común. No obstante, basta que se pacte debidamente para que los efectos del convenio se desencadenen irremediamente.

Si bien el origen contractual del arbitraje resulta ser un tema pacífico en la doctrina, los alcances de éste para comprometer a las partes pueden ser objeto de incertidumbre pues como veremos no siempre coinciden aquellos que suscribieron el convenio con aquellos que están comprometidos con la ejecución contractual que origina la controversia que vaya a ser sometida a arbitraje. Tenemos entonces que las leyes arbitrales suelen extender fácilmente los efectos del convenio arbitral a aquellos sucesores de los firmantes originales. No obstante, la Ley de Arbitraje va más allá. Llega a extender su cobertura a aquellos que, no apareciendo como celebrantes, son verdaderas partes en el contrato principal o actúan como si lo fueran en relación a decisiones claves para la celebración, ejecución o terminación del contrato o para derivar derechos del mismo y sin embargo pueden pretender excluirse de la obligación de someterse a arbitraje por no haber suscrito formalmente el convenio arbitral.

(17) RUSKA MAGUIÑA, Carlos, manifiesta que, “El arbitraje se sustenta en la autonomía privada y su partida de nacimiento es el convenio arbitral, que no es otra cosa que un contrato” RUSKA MAGUIÑA, Carlos, “Pacte con cuidado, podría terminar en el poder judicial”, en: *REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE*, N° 4, Lima, 2007, p. 58. Manteniendo la misma línea argumentativa, GONZÁLES DE COSSÍO, afirma que, “El acuerdo arbitral es un contrato por virtud del cual dos o más partes acuerdan que una controversia, ya sea presente o futura, se resolverá mediante arbitraje(...)”. GONZÁLES DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, México: Porrúa, 2004, p. 56.

Con respecto a la naturaleza del convenio arbitral, cabe destacar que la Ley de Arbitraje avanza en el sentido de consagrar en nuestro medio la idea de un acto único y autosuficiente que no requiere de posterior ratificación de voluntades. Con ello ha quedado una vez más desterrada de nuestro medio jurídico la antigua figura de *la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral* que requería de ratificación posterior para habilitar al arbitraje como lo teníamos en el Perú en el Código Civil (artículos 1906 a 1922) antes de que fuesen derogados por la primera Ley General de Arbitraje⁽¹⁸⁾.

3. SITUACIONES EN LAS QUE LA FORMALIDAD DEL CONVENIO ATENTA CONTRA LA INEVITABILIDAD DEL ARBITRAJE

Ocurre con frecuencia que los convenios arbitrales son contemporáneos a la celebración de los contratos a los que aquellos se refieren. Aunque no es requisito esencial, lo más frecuente es que el convenio arbitral esté contenido en una cláusula del contrato principal y que, en el marco de las negociaciones de este contrato, la arbitral no haya tenido tanta atención como las demás cláusulas de este último⁽¹⁹⁾.

No solamente eso. También ocurre que los contratos se van ejecutando en el tiempo y las necesidades del arbitraje no se plantean en una primera etapa. Pueden surgir mucho después, cuando han pasado varios años de ejecución contractual y la realidad del contrato no corresponde exactamente a la fotografía del día en que se suscribió el convenio arbitral. Las partes pueden haber cambiado, las personas naturales que negociaron y manifestaron su voluntad de arbitrar puede decidir a último momento actuar a través de una sociedad que las

(18) CANTUARIAS Y CAIVANO, *cit.*, p. 57, y SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge, “Confusiones sobre el convenio arbitral y sus alcances en sede casatoria. Comentario a la Sentencia Casatoria N° 856-2006, Lima”, en: *REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE*, N° 5, 2007, pp. 416 y ss.

(19) No es extraño entonces que, entre los abogados norteamericanos, se conozca al convenio arbitral como *the midnight clause* o la *cláusula de la media noche* pues solamente cuando se han concluido las negociaciones del contrato –generalmente tensas y extenuantes por tener que cumplir con límites temporales estrictos– llaman a los especialistas para ultimar, muchas veces sin el tiempo y la reflexión necesarios, los detalles de la cláusula arbitral.

represente con lo que formalmente no aparecen suscribiendo el convenio arbitral.

También puede ocurrir que los ejecutantes actuales del contrato que contiene el convenio arbitral resulten no ser los mismos que los celebrantes originarios, o que quienes negociaron el contrato, pues pueden haber salido del negocio para ser sustituido por otros, o pueden haber determinado que no serían ellos directamente quienes aparecerían sino una subsidiaria o una persona jurídica relacionada. De haber sido así, a la hora de los conflictos el convenio arbitral puede resultar perfectamente ineficaz si no se admiten los aportes de la realidad cosas por encima de las formalidades legales.

Se dan en la contratación actual, además, verdaderos multicontratos, o contratos eslabonados o constelación de contratos en los que la cláusula arbitral puede estar incurso en el *contrato marco* o *contrato madre* o *contrato nuclear* al que se remiten otros que no la contienen por lo que tendría que admitirse su extensión por derivación o referencia. Se presenta también la figura de los contratos y la subcontratación que depende del contrato principal y que pueden guardar silencio (los subcontratos) en relación al arbitraje pactado en el contrato principal. No solamente los particulares sino el propio Estado, en el contexto de las concesiones y de las asociaciones publico privadas, puede verse en la situación de que se ha pactado arbitraje en el contrato de concesión, pero no se ha hecho lo mismo en los contratos que vía tercerización o subcontratación se derivan del principal.

El comercio internacional, la globalización, la estructuración de las inversiones y la propia división del trabajo entre distintos agentes para el cumplimiento de un contrato principal pueden brindar la posibilidad de romper la coincidencia entre los signatarios del convenio arbitral y otros que siendo partes en la ejecución no lo han suscrito. El mismo fenómeno se presenta cuando los contratos permiten la incorporación por referencia (típicamente los conocimientos de embarque), los de quien actúa como agente comprometiendo a su principal, así como la situación de aquellos que sin ser signatarios se someten inicialmente a un arbitraje sin observación alguna y posteriormente pretenden desembarazarse de él.

En la misma situación pueden encontrarse aquellas personas jurídicas que dependen de otra (típicamente la relación matriz subsidiaria o inversionista *empresa vehículo* creada especialmente para desarrollar la inversión) que, a título de *alter ego* de la firmante, no aparece suscribiendo el convenio arbitral lo que ha justificado el descorrimento del velo societario para acercar el arbitraje a la realidad.

Es concebible también el caso de que en el transcurso de la ejecución del contrato, cuando surge la controversia que será sometida a arbitraje, existan nuevos actores que se vienen favoreciendo de dicha ejecución, derivan beneficios o derechos contractuales consistentemente y por sus propios actos vienen demostrando lealtad al contrato principal que contiene un convenio arbitral que ellos conocen perfectamente y están de acuerdo en que exista. Sin embargo, cuando activan una solicitud arbitral son emplazadas en arbitraje para resolver controversias que les atañen (porque les atañe el contrato), las emplazadas se oponen a la solicitud porque formalmente aquéllas no suscribieron el convenio arbitral ni el contrato principal, a pesar de los beneficios que han venido obteniendo de este último.

Debe entenderse que, en materia arbitral el razonamiento de poner a la realidad por delante de la estricta formalidad –como lo hace el artículo 14 de la Ley de Arbitraje– tiene tradición en la flexibilidad con la que se aborda el tema de la existencia de un convenio arbitral cuando éste no es evidente. Ello está reflejado, como se ha dicho, en la redacción del artículo 13 de la Ley de Arbitraje relativo a la forma amplia que puede adoptar el convenio arbitral bajo la naturaleza *ad probationem* admitida por la norma actual⁽²⁰⁾.

⁽²⁰⁾ En el antecedente de esta norma se encuentra que, en la sesión del 26 de enero de 2000 en el XXXII Período de Sesiones del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje de la CNUDMI, se ha llegado a identificar trece situaciones que configuran la existencia de convenio arbitral, aunque éste formalmente no exista. Por su utilidad para desentrañar el contenido del artículo 14 de la Ley de Arbitraje vale la pena recordar la razonabilidad de la norma contenida en el artículo 14 de la nueva Ley de Arbitraje del Perú:

- a) Una parte formula un contrato que contiene una cláusula de arbitraje y envía las condiciones por escrito a la otra, que cumple su cometido conforme al contrato sin contestar ni realizar ningún otro “canje” por escrito en relación con las condiciones del contrato;

En el Perú, en lo concreto, aplicando figuras conocidas en el derecho civil y en el derecho comercial se puede identificar situaciones en las que las partes, *ad portas* de un arbitraje, son distintas a los signatarios de los convenios originales. Se presentan así casos como la cesión de

- b) Se formula un contrato en el que figura una cláusula de arbitraje partiendo de un texto propuesto por una de las partes, que la otra parte no acepta de forma explícita por escrito, pero al cual se refiere por escrito ulteriormente en correspondencia, una factura o una carta de crédito mencionando, por ejemplo, la fecha o el número del contrato;
- c) Se concierta un contrato a través de un intermediario el cual redacta el texto que testimonia lo acordado por las partes, incluida la cláusula de arbitraje, sin que exista ninguna comunicación escrita directa entre las partes;
- d) En un acuerdo verbal se hace referencia a un conjunto de condiciones escritas, que pueden existir como modelo, en las que se incluye un acuerdo de arbitraje;
- e) Conocimientos de embarque que incorporan por remisión las condiciones de la póliza de fletamiento subyacente;
- f) Una serie de contratos concertados entre las mismas partes en el transcurso de negocios, en la que los contratos anteriores incluían acuerdos de arbitraje válidos pero no existe un escrito firmado que sirva de prueba para el contrato en cuestión ni ha habido un intercambio de documentos por escrito relativos al mismo;
- g) El contrato original contiene una cláusula de arbitraje concluida de manera válida, pero no figura cláusula de arbitraje alguna en un anexo del contrato, una prórroga de éste, un contrato de novación o un acuerdo de arreglo relativo al contrato (dicho contrato “ulterior” puede haberse concluido verbalmente o por escrito);
- h) Un conocimiento de embarque en el que figure una cláusula de arbitraje que no haya sido firmada por el cargador o por el tenedor ulterior;
- i) Derechos y obligaciones de terceros con arreglo a acuerdos de arbitraje previstos en contratos que conceden beneficios a terceros o en los que figuran estipulaciones en favor de terceros;
- j) Derechos y obligaciones de terceros con arreglo a acuerdos de arbitraje tras la cesión o la novación del contrato subyacente a un tercero;
- k) Derechos y obligaciones de terceros con arreglo a acuerdos de arbitraje en los que el tercero ejerce los derechos en que se ha subrogado;
- l) Derechos y obligaciones con arreglo a acuerdos de arbitraje en los que los intereses previstos en los contratos son reivindicados por sucesores de las partes, tras la fusión o la separación de sociedades, de forma que la entidad social ya no es la misma;
- m) Supuestos en los que un demandante trata de iniciar un procedimiento arbitral contra una entidad que en un principio no era parte del acuerdo de arbitraje, o en los que una entidad que en un principio no era parte del acuerdo de arbitraje trata de recurrir a él para iniciar un procedimiento de arbitraje, por ejemplo, basándose en la teoría del “grupo de empresas”.

posición contractual⁽²¹⁾, el resultado de una fusión o escisión de empresas⁽²²⁾, los efectos de la subrogación o novación⁽²³⁾, las derivaciones de

(21) Código Civil.- Artículo 1435.- “En los contratos con prestaciones no ejecutadas total o parcialmente, cualquiera de las partes puede ceder a un tercero su posición contractual.

Se requiere que la otra parte preste su conformidad antes, simultáneamente o después del acuerdo de cesión.

Si la conformidad del cedido hubiera sido prestada previamente al acuerdo entre cedente y cesionario, el contrato sólo tendrá efectos desde que dicho acuerdo haya sido comunicado al cedido por escrito de fecha cierta”.

(22) Ley General de Sociedades, Artículo 344: “Por la fusión dos a más sociedades se reúnen para formar una sola cumpliendo los requisitos prescritos por esta ley.

Puede adoptar alguna de las siguientes formas:

1. La fusión de dos o más sociedades para constituir una nueva sociedad incorporante origina la extinción de la personalidad jurídica de las sociedades incorporadas y la transmisión en bloque, y a título universal de sus patrimonios a la nueva sociedad; o,
2. La absorción de una o más sociedades por otra sociedad existente origina la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad o sociedades absorbidas. La sociedad absorbente asume, a título universal, y en bloque, los patrimonios de las absorbidas.

En ambos casos los socios o accionistas de las sociedades que se extinguen por la fusión reciben acciones o participaciones como accionistas o socios de la nueva sociedad o de la sociedad absorbente, en su caso”.

(23) Código Civil.- Artículo 1260.- “La subrogación opera de pleno derecho en favor:

1. De quien paga una deuda a la cual estaba obligado, indivisible o solidariamente, con otro u otros.
2. De quien por tener legítimo interés cumple la obligación.
3. Del acreedor que paga la deuda del deudor común a otro acreedor que le es preferente”.

Código Civil.- Artículo 1261.- “La subrogación convencional tiene lugar:

1. Cuando el acreedor recibe el pago de un tercero y lo sustituye en sus derechos.
2. Cuando el tercero no interesado en la obligación paga con aprobación expresa o tácita del deudor.
3. Cuando el deudor paga con una prestación que ha recibido en mutuo y subroga al mutuante en los derechos el acreedor, siempre que el contrato de mutuo se haya celebrado por documento de fecha cierta, haciendo constar tal propósito en dicho contrato y expresando su procedencia al tiempo de efectuar el pago”.

Código Civil.- Artículo 1277.- “Por la novación se sustituye una obligación por otra. Para que exista novación es preciso que la voluntad de novar se manifieste indubitablemente en la nueva obligación, o que la existencia de la anterior sea incompatible con la nueva”.

la sucesión hereditaria⁽²⁴⁾, así como el mandato⁽²⁵⁾. Podemos encontrarlos fácilmente que ante una controversia llevada a arbitraje, sin la debida consideración de los datos la realidad dentro de la cual se desenvuelve el negocio jurídico en debate, de no extender los efectos del convenio arbitral a las partes no signatarias se podría llegar a una verdadera castración de la modalidad de solución de controversias regulada por la ley de arbitraje.

4. OBLIGATORIEDAD DE LOS CONTRATOS Y SU EFECTO RELATIVO APLICADO AL CONVENIO ARBITRAL

Dado que el artículo 13 de la ley arbitral define con precisión que el convenio arbitral es un acuerdo de voluntades por el que las partes deciden someter a arbitraje controversias surgidas de una relación jurídica contractual o de otra naturaleza, la referencia ineludible para su enmarcamiento conceptual es el Código Civil y la figura jurídica del contrato.

En este contexto, se le aplican al convenio arbitral los atributos propios del contrato que están contenidos en el artículo 1361 del Código Civil en cuando precisa que: (i) los contratos “son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos”; y (ii) en la medida en que le es relevante al convenio arbitral la presunción del citado artículo en el sentido de que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes⁽²⁶⁾.

De aquí se desprenden tres principios esenciales de la contratación que tienen plena relevancia al momento de analizar un convenio arbitral: *pacta sunt servanda*, *lex inter partes* y *res inter alios acta*.

⁽²⁴⁾ Código Civil.- Artículo 660.- “Desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores”.

Código Civil.- Artículo 1218.- “La obligación se transmite a los herederos, salvo cuando es inherente a la persona, lo prohíbe la ley o se ha pactado en contrario”.

⁽²⁵⁾ Código Civil.- Artículo 1790.- “Por el mandato el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos, por cuenta y en interés del mandante”.

⁽²⁶⁾ Código Civil.- Artículo 1361.- “Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla”.

El primero (*pacta sunt servanda*) tiene relación con la autonomía de la voluntad que se configura como el elemento esencial sobre el que reposa todo contrato: el acuerdo de voluntades. En el caso del convenio arbitral: el consentimiento de someter las controversias a arbitraje renunciando a la jurisdicción común en manos del Poder Judicial⁽²⁷⁾.

Como consecuencia de lo anterior, lo pactado (que en principio recoge el consentimiento de las partes) se convierte en ley entre ellas que debe ser rigurosamente respetada (*lex inter-partes*).

El tercer principio, (*res inter alios acta*), consiste en que el contrato solamente resulta obligatorio y produce efectos vinculantes entre las partes que lo celebraron (y sus herederos), lo que excluye de dicho vínculo obligacional a los terceros o ajenos al negocio jurídico pactado. Así lo consagra el artículo 1363 del Código Civil que señala que “los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos (...)”⁽²⁸⁾.

En términos del derecho civil esto se conoce como el *efecto relativo del contrato*, que obliga a admitir que el impacto *directo* del contrato recae exclusivamente sobre las partes, que como consecuencia de ello adquieren –lo señala De la Puente y Lavalle– un *status* determinado de acreedor y deudor de los derechos u obligaciones contractuales⁽²⁹⁾. En nuestro caso del convenio arbitral esta consecuencia *directa* que garantiza el involucramiento de las partes en el arbitraje coincide con el *efecto positivo* del convenio arbitral que se traduce en el derecho

(27) Resulta de tal importancia la autonomía de la voluntad que goza de protección constitucional especial a través del artículo 62° de la Constitución: “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 (...)”.

(28) ARIAS-SCHREIBER comentando este artículo afirma: “Por oposición se deduce que los contratos no producen efectos respecto de terceros; lo que no significa, de modo alguno, que no les sean oponibles”, ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, *Exégesis del Código Civil de 1984*, T. 1, Gaceta Jurídica, Lima, 1998, p. 118.

(29) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El contrato en general. Comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil*, Vol. 9, Primera parte, T. 2, p. 108.

que tiene cada una de las partes de exigir que las controversias se sometan a arbitraje⁽³⁰⁾.

Mientras tanto, los efectos *indirectos* o *reflejos* supone que los terceros o ajenos deben reconocer y respetar el efecto que generó el contrato entre quienes voluntariamente lo celebraron y el *status* que adquirieron por el efecto directo quienes lo suscribieron.⁽³¹⁾ *Mutatis mutandi* los efectos indirectos o reflejos del contrato se asemejan al efecto negativo del convenio arbitral que supone el veto a la intervención de los jueces y tribunales del Poder Judicial, en relación a las controversias arbitrables⁽³²⁾.

El fundamento de la relatividad del contrato en el derecho civil, en palabras de Díez-Picazo, guarda relación con el poder de autonomía privada: “El contrato, afirma, es un acto de ejercicio de un poder de autonomía privada y la autonomía privada consiste en la posibilidad de dictar la ley –el precepto– por el cual se ha de regir la propia esfera jurídica. Un contrato con una eficacia en la esfera jurídica de terceras personas, no sería un acto de autonomía, sino que constituiría una invasión de la esfera jurídica ajena”⁽³³⁾.

La doctrina arbitral ha establecido que el convenio arbitral, “vincula a las partes pero sólo a ellas. El principio *res inter alios acta* brilla aquí en todo su esplendor. En consecuencia, no puede plantearse un proceso arbitral respecto de quienes no han sido parte en la convención de arbitraje(...)”⁽³⁴⁾.

⁽³⁰⁾ El tema del efecto positivo y negativo del convenio arbitral ha sido desarrollado por el autor en: “Inevitabilidad del arbitraje ante la nueva ley peruana”, *cit.*, p. 94 y ss.

⁽³¹⁾ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, comentando el artículo 1363 del Código Civil peruano manifiesta que: “los comentaristas del Código Civil italiano dicen que la regla por la cual la relación sobre la que incide el contrato se desenvuelve entre las partes significa sólo que el contrato no mira a crear relaciones jurídicas a cargo de terceros”. *Ibidem*, Vol. 9, Primera parte, T. 1, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1996, p. 92.

⁽³²⁾ *Ibidem*.

⁽³³⁾ Citado por DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *cit.*, p. 105.

⁽³⁴⁾ MERINO MERCHÁN, José y CHILLÓN MEDINA, José, *Tratado de Derecho Arbitral*. Navarra: Civitas 2006, p. 1288.

Pero, a renglón seguido, la misma doctrina arbitral no ha dejado de advertir, “en relación a la efectividad del arbitraje, que semejante manifestación es acorde con la naturaleza del arbitraje que encuentra su último fundamento en la voluntad de las partes expresada en un contrato. Pero sin duda, constituye un obstáculo en muchos casos insuperable para resolver todas las dificultades inherentes a la resolución de un litigio, máxime en el plano del arbitraje internacional en el que es más frecuente la presencia de partes con distintos cometidos dentro del contrato principal y la presencia asimismo de consorcios sometidos a diversos ordenamientos, cada uno de ellos, todo ello enmarcado por la magnitud y complejidad de los contratos base o principales”⁽³⁵⁾.

Se ha precisado que “la convención arbitral solo produce efectos entre las partes o sus causahabientes. El proceso arbitral se seguirá entre las mismas partes que lo son del contrato. Los terceros carecen de legitimación, como regla general, para concurrir a un proceso que les es ajeno (...). No obstante, apreciación tan evidente no deja de producir en la práctica inconvenientes serios, sobre todo en aquellas relaciones derivadas de contratos complejos de cooperación internacional a largo plazo y de lo que, como uno de los aspectos más destacables, cabe señalar su multilaterización. Hemos visto que, en los diversos grados de negociación o de ejecución de estas operaciones, intervienen con diversos títulos, partes así mismo diversas. Hemos comprobado como, más que de un contrato, se trata en estos casos de una constelación de actos y contratos en torno a un núcleo inicial, y al servicio de una idea más o menos determinada de colaboración y cooperación. Es posible concebir pues la extensión de los efectos del convenio respecto de otros sujetos, como de otros contratos conexos al principal”⁽³⁶⁾.

De todo lo anterior se concluye que, a menudo y en circunstancias normales, el convenio arbitral tiene efectos exclusivamente interpartes. La única extensión razonable del convenio arbitral *que estaba expresamente reconocida en la anterior Ley General de Arbitraje* era a los

⁽³⁵⁾ *Ibidem*.

⁽³⁶⁾ MERINO MERCHAN, *cit.*, pp. 1287-1288.

sucesores de las partes⁽³⁷⁾, como en efecto el régimen común del contrato en el artículo 1363 del Código Civil lo admite cuando los derechos y obligaciones fuesen transmisibles.

Pero la realidad supera en necesidades a las posibilidades de regulación general a la que en abstracto aspiran las normas jurídicas. Y de allí surgen las excepciones, esto es, la necesidad de establecer en qué casos y bajo qué circunstancias el convenio arbitral puede extenderse a aquellos que, sin aparecer como celebrantes, están poderosamente vinculados al negocio jurídico en torno al cual se ha pactado el arbitraje y, por necesidad de eficacia de esta modalidad de solución de controversias, resultan estar en una posición equivalente a la de las partes y merecen ser atraídas al convenio arbitral –y al arbitraje mismo eventualmente– para resolver la controversias que se derivan de dichos contratos.

5. ¿CUÁNDO Y CÓMO SE HA ADMITIDO LA EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL A LOS NO SIGNATARIOS?

Es primordial reconocer el origen pretoriano de esta figura de la extensión del convenio arbitral a las partes no signatarias. Es un caso típico de creación jurisprudencial en sede arbitral, posteriormente admitida por los tribunales de justicia en su jurisprudencia, que la doctrina ha ido aceptando y que la ley peruana, en actitud pionera, ha admitido por primera vez a nivel legislativo. El origen se encuentra, como consecuencia de un caso arbitral resuelto en el ámbito de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en París (el famoso caso *Dow Chemical c. Isover Saint Gobain*⁽³⁸⁾) que abrió el camino a una clara línea de jurisprudencia francesa en apoyo a los laudos de la CCI.

⁽³⁷⁾ Ley General de Arbitraje.- Artículo 9.- “(...)El convenio arbitral obliga a las partes y a sus sucesores a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle, pueda tener plenitud de efectos y sea cumplido el laudo arbitral (...)”.

⁽³⁸⁾ Caso Arbitral CCI N° 4131: *Dow Chemical c. Isover Saint Gobain*, laudo interino de fecha 23 de setiembre de 1982. *Collection of ICC*, 1974-1985, Kluwer Law International, pp. 151 y ss.

Por su parte, en los Estados Unidos la sentencia del caso *Thomson – CSF S.A.C. American Arbitration Association*⁽³⁹⁾ en el cual sentó las bases de la jurisprudencia norteamericana para que un tercero (así está expresado en la jurisprudencia) pueda llegar a constituirse en parte no signataria.

El debate, sin embargo, ha sido sumamente intenso. Hay una resistencia inicial que genera la incorporación de las partes no signatarias por el impacto que ello genera sobre las reglas esenciales de la contratación (*pacta sunt servanda, lex inter partes y res inter alios acta*) y por la dificultad de admitir tal extensión en regímenes jurídicos en los que la legislación concibe al contrato arbitral como uno *ad solemnitatem* y no *ad probationem* como es el caso hoy día con la nueva ley en el Perú.

De aquí que se tenga registrado que, cuando la legislación contiene normas sobre la solemnidad escrita del convenio arbitral, la jurisprudencia de los tribunales en general ha rechazado la extensión del convenio arbitral a quienes no aparecen como signatarios. Ejemplo de ello serían la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile de 2 de junio de 1999 (caso *Procter & Gamble Inc. c. Agencia Almadena S.A.*) en la que se consideró que “no puede extenderse al arbitraje las reglas de la jurisdicción ordinaria reguladoras de las situaciones en que en un mismo juicio concurre una pluralidad de partes”⁽⁴⁰⁾. Como también lo sería el Laudo de 15 de agosto de 1964, recaído en la controversia entre la *Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá c. Estruco Ltda.* “donde la pretensión por parte de la referida sociedad de vincular a una compañía aseguradora fue rechazada por entenderse que era un ente ajeno al contrato constituyendo un tercero arbitral que no estaba legitimado para una intervención litisconsorcial o de coadyuvancia”⁽⁴¹⁾. Mas bien en-

⁽³⁹⁾ *US Court of Appeals for the Second Circuits, in re Thomson – CSF, S.A. v. American Arbitration Association*, 64 f. 3d 773, 776, 2 cir. 1995.

⁽⁴⁰⁾ FERNANDEZ ROSAS; José Carlos, *Tratado del Arbitraje Comercial en América Latina*, Madrid: Iustel, 2008, p. 619.

⁽⁴¹⁾ *Ibidem*, p. 622.

contraríamos un antecedente en sentido opuesto en la Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia de 17 de marzo de 1999 en la que, interpretando la constitucionalidad del artículo 30 del Decreto 2279/89 que regula la intervención de terceros en el proceso arbitral, se admitió que las partes al suscribir un convenio arbitral habían habilitado al tribunal arbitral para que resolviera ese conflicto específico por lo que era admisible la intervención de terceros en el proceso que tuvieran interés y legitimidad para participar en el arbitraje⁽⁴²⁾.

Se conoce también el caso decidido en México en el que los jueces del Primer Circuito habrían rechazado la participación de un no signatario en un arbitraje pues “aún existiendo una cadena contractual en la que los convenios entre las partes sobre obligaciones principales aparezcan firmemente relacionados, no se puede considerar que ha habido transmisión del compromiso arbitral si no aparece expresamente pactado a lo largo de los contratos sucesivos o si la transmisión misma no fue válida”, lo que es por cierto criticado por Graham⁽⁴³⁾.

En América Latina, a nuestro conocimiento, se ha escrito sobre estos temas para advertir los excesos a los que se puede llegar con la aplicación extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, significativamente en las plumas de los argentinos Suárez Anzorena⁽⁴⁴⁾ y Roque Caivano⁽⁴⁵⁾.

En el Perú, por cierto, los ensayos producidos sobre la figura de la extensión del convenio se han centrado en describirla detalladamente en boca de Cantuarias⁽⁴⁶⁾ y de este autor con Caivano, a

(42) *Ibidem*, p. 624.

(43) GRAHAM, James, “La falsa extensión del acuerdo arbitral a terceros: el ejemplo de México”, en: *REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE*, N° 7, 2008, p. 185.

(44) SUÁREZ ANZORENA, Ignacio, “Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral según la práctica internacional”, en: *Revista Internacional de Arbitraje*, Enero-Junio, 2008.

(45) CAIVANO, Roque, “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”, en: *Lima Arbitration*. N° 1, 2006.

(46) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*, Lima: Fondo Editorial de la UPC, Lima, 2007, pp. 226-257.

propósito de la Ley de Arbitraje⁽⁴⁷⁾; así como en torno a la aplicación a casos arbitrales en los que se planteaba el mismo contenido bajo la doctrina del descorrimiento del velo societario (conocida en inglés como *piercing the corporate veil*) en la voz de Fernando de Trazegnies Granda⁽⁴⁸⁾ y Enrique Palacio Pareja⁽⁴⁹⁾.

5.1. Los aportes de la jurisprudencia francesa

5.1.1. La doctrina de los grupos de sociedades y la extensión en el caso de subsidiarias

La base fundacional de la doctrina francesa se encuentra en el laudo *Dow Chemical* en el que los árbitros, en el marco de sociedades integrantes de un grupo económico en el que algunas aceptaron expresamente el convenio arbitral, identificaron a algunas que no habiéndolo suscrito parecen haber sido verdaderas partes en los contratos o estuvieron ampliamente comprometidas en ellos y en los conflictos que de ellos surgieron. Lo hacen los árbitros *en virtud del rol que les cupo en la celebración, ejecución o rescisión de los contratos que contienen la cláusula arbitral y de acuerdo a la común intención de todas las partes del juicio arbitral*⁽⁵⁰⁾. Los árbitros, en laudo que fue admitido como válido por los tribunales franceses, aplicaron el principio de primacía de la realidad para extender el convenio arbitral a quienes por su conducta se comportaron como verdaderas partes y otorgaron su consentimiento a arbitrar, lo que constituye, a nuestro juicio, la esencia del contenido del artículo 14 de la Ley de Arbitraje peruana.

En el caso *Societe Ofer* el tribunal añadió algunos elementos singulares para la extensión del convenio arbitral a los no signatarios: evidencia basada en el comportamiento de aquellos que conocían de la

(47) CANTUARIAS Y CAIVANO, *cit.*

(48) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “El rasgado del velo societario dentro del arbitraje”, en: *Ius et Veritas*, N° 29, Lima, 2000.

(49) PALACIOS PAREJA, Enrique, “El levantamiento del velo societario en el proceso arbitral”, en: *Advocatus*, N° 18, agosto - 2008, pp. 167 y ss.

(50) *Collection of ICC*, 1974-1985, Ed. Kluwer Law International, pp. 151 y ss.

existencia del convenio arbitral y los usos y costumbres del comercio internacional. Se dejó establecido que era posible la extensión del convenio arbitral “a las partes directamente involucradas en la ejecución del contrato, cuando su situación y sus actividades hacen presumir que tenían conocimiento de la existencia y del alcance de esa cláusula, estipulada con los usos y costumbres del comercio internacional”⁽⁵¹⁾.

Asimismo, en dos casos de laudos de la CCI, que han sido publicados sin revelar a las partes involucradas y que se reconocen solamente por el número del expediente, se perfila la doctrina francesa del grupo de sociedades en los siguientes términos:

Laudo dictado en el caso CCI N° 7604-7610: “La extensión de los efectos jurídicos de un acuerdo arbitral a un tercero no-signatario, cuando las circunstancias del negocio en cuestión demuestren la existencia de una voluntad común de las partes en el proceso, de considerar a ese tercero como involucrado en una forma considerable o como una verdadera parte en el contrato que contiene la cláusula arbitral, o cuando las circunstancias permiten presumir que ese tercero aceptó el sometimiento a ese contrato especialmente si lo reconoció expresamente”⁽⁵²⁾.

Laudo dictado en el caso CCI N° 5103: “Se cumplen las condiciones que llevan a reconocer la unidad del grupo económico, ya que todas las sociedades que lo componen tienen la misma participación, tanto real como aparente, en una relación contractual internacional compleja, en la cual los intereses del grupo prevalecen por sobre el de cada una de ellas. La seguridad de las relaciones económicas internacionales exige que se tome en cuenta esa realidad económica y que todas las sociedades del grupo respondan conjunta y solidariamente por las deudas de las que ellas, directa o indirectamente, sacaron provecho”⁽⁵³⁾.

El hito marcado por la decisión judicial recaída en el caso *Jaguar*, emitida por la Corte de Apelación de París, brinda además elementos

(51) CAIVANO, ROQUE, *cit.*, p. 127.

(52) Ver, *Collection of ICC Awards*, 1996-2000, ed. Kluwer Law Internacional, pp. 510 y ss.

(53) Ver, *Collection of ICC Awards*, 1986-1990, ed. Kluwer Law Internacional, pp. 361 y ss.

calificados por la doctrina como contundentes al haberse sustentado en que “en el derecho del arbitraje internacional, los efectos de la cláusula compromisoria se extienden a las partes directamente implicadas en la ejecución del contrato desde el momento en que sus situaciones y sus actividades hacen presumir que éstas tenían conocimiento de la existencia y del alcance de esta cláusula, con el fin de que el árbitro pueda ser competente respecto de todos los aspectos económicos y jurídicos del litigio”⁽⁵⁴⁾.

De lo anterior se colige que la doctrina francesa, tan importante en esta materia, se ha sustentado en tres elementos: (i) el consentimiento al arbitraje derivado del conocimiento de la existencia del convenio arbitral y de sus alcances; unido a (ii) la conducta decisiva que desarrollan los no signatarios en la vida contractual que justifica su participación en el arbitraje; y (iii) los dos elementos anteriores tomados conjuntamente que permiten identificar a tales no firmantes como partes no signatarias y no como terceros ajenos al contrato.

5.2. Los aportes de la jurisprudencia norteamericana y los cinco supuestos del Caso Thomson

En la jurisprudencia norteamericana el caso más importante recayó en la decisión adoptada por los tribunales en relación al laudo *Thomson – CFC, S.A.C. American Arbitration Association* que delineó las cinco teorías bajo las cuales las partes no signatarias resultarían comprometidas en el marco de un acuerdo de un convenio arbitral bajo el *common law*. La decisión Thomson admitió que si bien el arbitraje es contractual por naturaleza, de allí no se sigue que la obligación de arbitrar vincule solamente a aquellos que personalmente firmaron el convenio arbitral puesto que se ha admitido que los no signatarios pueden estar sometidos a dicho convenio si así lo dictan los principios ordinarios del contrato y del agente. Evidentemente, como señala Hosking⁽⁵⁵⁾ el debate sobre los alcances de la extensión del convenio se centran fundamen-

⁽⁵⁴⁾ Citado por MERINO MARCHAN, *cit.*, p. 1289.

⁽⁵⁵⁾ HOSKING, James, “Non Signatories and international Arbitration in the United States: the Quest for Consent”, en: *Arbitration International*, Vol. 20, N° 3, 2004, p. 289.

talmente en el contenido de estos “principios ordinarios” y la manera como deben ser aplicados.

En todo caso las cinco teorías explicadas en el caso Thomson⁽⁵⁶⁾ se pueden describir de la siguiente manera.

5.2.1. Incorporación por referencia

Situación que se concreta cuando un contrato que no contiene cláusula arbitral se refiere a otro contrato que sí la contiene. Se trata entonces de contratos interrelacionados en los que se hace referencia expresa y directa a otro contrato que contiene una cláusula arbitral, como ocurre típicamente en los conocimientos de embarque, los contratos encadenados de construcción e ingeniería y los contratos de garantía.

5.2.2. Asunción de obligaciones (assumption)

Situación que se presenta cuando la conducta subsecuente del no firmante resulta indicativa de que ha asumido la obligación de arbitrar.

5.2.3. Relación de agencia (agency)

Cuando entre el firmante y el no firmante existe una relación de representación o agencia.

5.2.4. Razzamiento del velo societario (veil piercing/alter ego)

Doctrina que se aplica a las relaciones entre matriz y subsidiaria cuando esta es lo suficientemente evidente como para que justifique el descorrimiento del velo societario para hacer a la principal responsable de la acción de sus empresa dependientes y convocarla a arbitraje. En este sentido, en los Estados Unidos el desarrollo de la doctrina del *velo societario* tiene relación con la que ha desarrollado

⁽⁵⁶⁾ Para esta descripción el autor se basa en VÁRADY, Tibor, BARCELÓ III, Jhon y VON MEHREN, Arthur T. *International Commercial Arbitration, A Transnacional Perspectiva*. Third Edition, Saint Paul: Thomson-West, 2006, pp. 197 y ss.

la doctrina francesa sobre el grupo de sociedades⁽⁵⁷⁾, a pesar de las reservas de los juristas franceses a aplicar *el descorrimiento* fuera del ámbito penal⁽⁵⁸⁾.

5.2.5. *Estoppel/equitable estoppel*

Esta teoría se aplica cuando una de las partes, por su propia conducta en relación al contrato, está impedida de negarle a la otra su acceso a la opción arbitral. Así, se ha obligado a las partes no signatarias que con plena conciencia reciben beneficios del contrato principal a someterse a la cláusula arbitral que no firmaron, dándole la oportunidad al firmante de llevar a la otra parte a arbitraje. De igual manera, los tribunales norteamericanos han desarrollado una variante en la cual se busca la relación entre las pretensiones demandadas en arbitraje y el contrato que contiene el convenio arbitral sobre la base de la existencia del nexo entre las partes⁽⁵⁹⁾.

Adicionalmente al caso Thomson, el derecho norteamericano ha admitido la extensión del convenio a partes no signatarias bajo las siguientes figuras adicionales⁽⁶⁰⁾:

5.2.6. *Cesión de posición contractual. (Assignment)*

Las cortes norteamericanas han admitido que como resultado de la cesión de posición contractual quienes se incorporan al contrato se ven sometidos a arbitraje aunque no hayan suscrito el convenio arbitral original, con la particularidad de que dichas Cortes suelen analizar de cerca tanto el convenio original como la cesión de posición contractual para verificar si el resultado es consistente con la intención de las partes.

⁽⁵⁷⁾ HOSKING, *cit.*, p. 294.

⁽⁵⁸⁾ Esa al menos es la experiencia del autor al discutir el tema bajo la conducción de Yves Derains en el Programa Internacional de Arbitraje (PIDA) de la Cámara de Comercio Internacional desarrollado en París en abril de 2008.

⁽⁵⁹⁾ HOSKING, *cit.*, p. 294. La expresión en inglés es *nexus between the parties*.

⁽⁶⁰⁾ Para este desarrollo adicional el autor sigue a HOSKING, *cit.*

5.2.7. *Estipulación en beneficio de tercero/ Third party beneficiary*

En general, como lo describe Hosking, esta figura supone que bajo ciertas circunstancias una parte no signataria que haya recibido beneficios del contrato subyacente tiene el derecho a demandar el cumplimiento de dichos beneficios. Ello supondría que la parte beneficiaria debería también someterse a arbitraje cuando es demandante en relación con prestaciones derivadas del contrato que lo benefició⁽⁶¹⁾.

5.2.8. *Grupo de sociedades*

La doctrina del grupo de sociedades está reportada por haber sido aplicada en algunos casos por las Cortes de los Estados Unidos cuando se busca la aplicación del convenio arbitral a una compañía *madre*, de parte de otros miembros del grupo de sociedades o de los firmantes de un acuerdo de accionistas o de sus ejecutivos o directores. Aparentemente la aplicación de estos casos se ha basado en la necesidad de darle eficacia a los convenios arbitrales y de dotar de contenido a la política federal a favor del arbitraje⁽⁶²⁾.

6. ¿SE TRATA DE TERCEROS O MÁS BIEN DE PARTES NO SIGNATARIAS?

Evidentemente la extensión del convenio arbitral opera de acuerdo a la jurisprudencia para incorporar al convenio y al arbitraje a verdaderas partes del contrato aunque no lo hubiesen firmado y no a terceros ajenos al éste. La intervención de terceros en el arbitraje es una problemática distinta de la que se ocupa con detalle Moure⁽⁶³⁾.

⁽⁶¹⁾ HOSKING, señala que este específico caso de extensión del convenio arbitral ha sido objeto de legislación en Inglaterra en 1999 sin que aparentemente se reporte sentencias sobre su cumplimiento. HOSKING, *cit.*, p. 295.

⁽⁶²⁾ A tal efecto HOSKING, *cit.*, p. 295, cita los casos J.J. Ryan & Sons, Inc. c. Rhone Poulenc Textile, S.A. y Burlington Insurance Inc. c. Trygg Hansa Insurance Company.

⁽⁶³⁾ MOURRE, Alexis, “La Intervención de Terceros en el Arbitraje”, en prensa: *Iuris Consulto* Revista de la Camara de Derecho de la USIL, Año I, N° 1.

Por lo demás, la justificación de aplicar la extensión del convenio a los no signatarios por parte de los árbitros o de los jueces del Poder Judicial tendrá que llevarse a cabo caso por caso. En cada ocasión las decisiones de extensión deberán sustentarse los datos que provengan de la realidad distinguiéndose, bajo las normas de la buena fe, cuándo estamos frente a no signatarios que por su vinculación al negocio jurídico pactado en el contrato principal se deben someter al arbitraje, sea como actores o sea como demandados, para así dar verdadera eficacia al convenio arbitral. Pero es evidente que la extensión del convenio que se permite jurídicamente alcanza a verdaderas partes no suscribientes y no simples terceros.

7. ¿SE DEJA DE LADO EL CONSENTIMIENTO COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL PARA LA EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL?

De todo el análisis desarrollado en el presente artículo consideramos que la extensión del convenio arbitral en ningún caso excluye el grado de consentimiento necesario para que una parte no signataria se someta a arbitraje. Lo que ocurre es que, consecuente con la naturaleza flexible del arbitraje, con la opción *ab probationem* de las más modernas legislaciones para la existencia del convenio arbitral y con la necesidad de dar eficacia al arbitraje como solución de controversias, la extensión del convenio arbitral exige un cuidadoso análisis de los hechos y de todas las circunstancias que rodean al caso, así como de las conductas desarrolladas por las partes involucradas que permita descubrir consentimientos implícitos por parte de los no signatarios.

Derains es enfático al señalar que, por ejemplo, en la aplicación del fundamento del grupo de sociedades para extender el convenio arbitral a los no signatarios, “el simple hecho de que una parte pueda pertenecer a un grupo de sociedades no será generalmente suficiente para justificar su inclusión en un arbitraje ante la ausencia de consentimiento”⁽⁶⁴⁾.

⁽⁶⁴⁾ DERAINS, Yves y Eric. A. Schwatz, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, La Haya: Kluwer Law International, 2005, p. 90.

Todo ello, por lo demás, debe llevarse a cabo sin dejar de lado la aplicación del principio de la buena fe.

8. LOS CONTORNOS DEL ARTÍCULO 14 DE LA LEY ARBITRAL PERUANA

Artículo 14:

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

8.1. Excepcionalidad para aplicar la realidad por encima de las formalidades jurídicas

El primer comentario que suscita el artículo 14 de la Ley de Arbitraje es que se aplica de manera excepcional. La regla general es que el convenio arbitral compromete a los firmantes según lo establece el artículo 13 de dicha norma con la amplitud y flexibilidad con la que está concebido según las modificaciones más recientes de la Ley Modelo de la CNUDDMI. En todo caso, sólo a título de excepción dicho convenio puede extenderse a las partes no signatarias.

La excepción prevista, que se aplica bajo las reglas contenidas en dicho artículo, no supone un rompimiento con el consentimiento o voluntad de las partes sobre el que se sustenta la institución del arbitraje ni con el principio *pacta sunt servanda* sobre el que se construye toda la teoría de los contratos. Y no supone tal rompimiento en la medida en que el artículo 14 exige para su aplicación que se descubra alguna forma de consentimiento con el arbitraje o un grado de conocimiento de la existencia del convenio arbitral que, de buena fe, le impide al no signatario a negarse a admitir que tácitamente accedió a arbitrar. Por ello hay

que convenir con Cantuarias y Caivano⁽⁶⁵⁾ que la extensión del convenio arbitral es válida para alcanzar a alguien que ha expresado de manera suficiente su conformidad con la existencia del convenio arbitral y con la posibilidad de someterse a arbitraje, a pesar de no haber explicitado su aceptación de manera expresa y formal.

8.2. La inferencia para extender el convenio arbitral a los no signatarios

La aplicación del artículo 14 de la Ley de Arbitraje obliga, por lo demás, a llevar a cabo una operación de inferencia jurídica: exige que se determine el consentimiento de someterse a arbitraje –según las reglas de la buena fe– no por su expresión directa y concreta manifestada al suscribir el convenio sino sobre la base los supuestos de hecho previstos en la norma. Los árbitros y los jueces, analizando caso por caso, deberán partir del estudio de la conducta que se manifiesta en la realidad concreta para derivar de ella, vía inferencia lógica, la convicción de que se conocía de la existencia del convenio arbitral y la manifestación del consentimiento tácito para someterse a arbitraje. Es esta inferencia –y son los datos de la realidad– lo que justifica que se superen las limitaciones del formalismo del convenio por escrito y la manifestación expresa que estaban consagrados en el artículo 9 de la antigua Ley General de Arbitraje y que fueron acogidos por la Corte Suprema de la República en la sentencia de casación citada al inicio de este artículo⁽⁶⁶⁾ y que hoy sería objeto de un pronunciamiento distinto al amparo del artículo 14 de la Ley de Arbitraje.

El consentimiento, a nuestro juicio, no puede faltar. Lo que ocurre es que no ha sido exteriorizado suscribiendo el acuerdo, que constituye la modalidad expresa de manifestarlo *par excellence*. Podría no haberse manifestado de ninguna forma expresa pero si de manera tácita, esto es a través de conductas como la participación en la vida contractual o la derivación de derechos o beneficios contractuales que permi-

⁽⁶⁵⁾ *Cit.*, pp. 60-61.

⁽⁶⁶⁾ *Cit.*, nota de pie 7.

ten inferir la voluntad de arbitrar en el marco de la coherencia debida a la que obliga el principio de la buena fe.

En todo caso, la extensión permisiva del artículo 14 de la Ley de Arbitraje alcanza a verdaderas partes no signatarias pero se detiene frente a verdaderos terceros. De aquí que la inferencia a la que obliga esta norma supone que se han determinado que entre los no signatarios y el contrato hay una vinculación ineludible, sea por la participación activa en la vida o muerte del contrato, sea por la evidente derivación de derecho y beneficios del contrato. Pero tiene que tratarse de un vínculo manifiesto con el negocio jurídico subyacente para que tenga sentido convocar a los no signatarios a un arbitraje y comprometerlos a verse compelidos a cumplir con el resultado del laudo que tiene la calidad de la cosa juzgada.

8.3. El principio de la buena fe aplicable a los dos supuestos de hecho que contiene el artículo 14

A nuestro juicio, el principio de la buena fe constituye la piedra angular para la aplicación de la extensión del convenio arbitral a las partes no signatarias puesto que si se hace tabla rasa del él se corre el riesgo de llegar a la arbitrariedad y de involucrar a verdaderos terceros ajenos al contrato principal al que aquél se refiere. Tanto es así que consideramos indispensable que la buena fe presida tanto la aplicación del primer supuesto de hecho (participación activa y de manera determinante en la vida o muerte del contrato) cuanto la del segundo (la pretensión de derivar derechos o beneficios conforme a los términos del contrato).

¿Cómo puede manifestarse, en lo concreto, el principio de la buena fe para la extensión del convenio arbitral a las partes no signatarias? Convenimos con Roxana Jiménez Vargas-Machuca, que si bien nuestro sistema legal es asistemático en la conceptualización de la buena fe que se desarrolla en los artículos 168, 170 y 1362 del Código Civil⁽⁶⁷⁾ (“al

⁽⁶⁷⁾ Código Civil.- Artículo 168.- “El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe”.

Código Civil.- Artículo 170.- “Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto”.

considerarla un principio general interpretativo de los contratos y los actos jurídicos, mientras que, por otro lado, menciona que los contratos se rigen por *las reglas de la buena fe y común intención de las partes*”), sí constituye un principio por la norma que dispone cómo debe interpretarse el acto jurídico⁽⁶⁸⁾. Para De la Puente y Lavalle la buena fe ha de cumplirse no sólo por los imperativos éticos que le son inherentes sino, fundamentalmente, porque es una obligación que se impone a las partes en la ejecución de los contratos el artículo 1362 del Código Civil.

De manera más directa, la aplicación de la buena fe a la que alude el artículo 14 de la Ley de Arbitraje se traduce en el reconocimiento de la *doctrina de los actos propios* que convoca a la coherencia en la conducta de las partes en el contrato, al punto de repudiar todo acto contradictorio con la sucesión de precedentes que generaron confianza en el cumplimiento del contrato y auspiciaron la lealtad para el logro de sus fines. Sobre el particular, Ortiz Caballero⁽⁶⁹⁾ afirma que esta doctrina –citada frecuentemente bajo la expresión latina *venire contra fatum proprio non valet*– supone la obligación de las partes de comportarse de acuerdo a la buena fe adhiriéndose a la doctrina nacional desarrollada por Manuel De la Puente y Lavalle⁽⁷⁰⁾ que viene siendo aplicada de manera creciente en el Perú.

En sede judicial nacional se suele citar la sentencia dictada por la Sala Civil Permanente en la que expresamente se consigna *según la teoría de los actos propios, nadie puede contradecir sus propios actos* (*venire contra fatum proprium*)⁽⁷¹⁾. En el mismo orden, se suele traer a colación la sentencia emitida por la Jueza del Sexagésimo Tercer Juzgado

Código Civil.- Artículo 1362.- “Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”.

- (68) JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana, “La unidad de principio general de la buena fe y su trascendencia en el Derecho moderno”, en: *Contratación Privada*, Lima: Jurista editores, 2002, pp. 78-79.
- (69) ORTIZ CABALLERO, René, “La Doctrina de los Actos Propios en el Derecho Civil Peruano”, en: *Revista Derecho*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, diciembre de 1991, pp. 273-274.
- (70) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, “La Doctrina de los Actos Propios”, en: *Anuario de la Academia Peruana de Derecho*, Lima, 1990, pp. 159-169.
- (71) Caso 2849-2001, proveniente de Jaén. Ejecutoria de 22 de agosto de 2004.

Civil de Lima, doctora Roxana Jiménez Vargas-Machuca, que contiene las siguientes expresiones⁽⁷²⁾: “La doctrina de los actos propios guarda correspondencia con el postulado de la buena fe en cuanto el ordenamiento jurídico impone a los sujetos el deber de proceder, tanto en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas como en la celebración y ejecución de los negocios jurídicos con rectitud, honradez, de forma que es inadmisibles que un litigante pretenda fundamentar su accionar aportando hechos y razones de derecho que contravengan sus propios actos, es decir, que asuma una actitud que lo venga a colocar en contradicción con su anterior conducta”.

En este orden de ideas, conviene dar cuenta de la sentencia expedida por la Primera Sala Civil de Lima, de fecha 3 de junio de 2004⁽⁷³⁾, cuyos fundamentos señalan: “Esta doctrina, como dice López Mesa, se trata de una idea simple: *Nadie puede variar de comportamiento injustificadamente, cuando ha generado en otros una expectativa de comportamiento futuro.* (López Mesa, Marcelo J. *La doctrina de los actos propios en la jurisprudencia.* Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 45.)” Igualmente, Borda señala lo siguiente: “Se trata de una regla de derecho, derivada del principio general de buena fe, que sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita pero objetivamente contradictoria con respecto al comportamiento anterior efectuado por el mismo sujeto”. (Borda, Alejandro. “La teoría de los actos propios” en: *Cátedra Revista de los estudiantes de Derecho de la UNMSM N° 09*, p. 7.).

8.4. Los supuestos de hecho del artículo 14

8.4.1. *Cuando de la conducta del no signatario (participación activa y de manera determinante) permite inferir de buena fe el consentimiento de someterse al convenio arbitral*

Es por ello, por la *doctrina de los actos propios*, que el artículo 14 permite la inferencia jurídica de derivar de la participación decisiva de

⁽⁷²⁾ Expediente N° 33633-2000, Nulidad de Acto Jurídico, Considerando decimoquinto, emitida con fecha 28 de mayo de 2004.

⁽⁷³⁾ Expediente N° 2943-2003, resolución en la acción de amparo seguida por Empresa Interamericana de Radiodifusión contra Telefónica Multimedia S.A.C.

una parte en la negociación, celebración, ejecución o resolución del contrato el consentimiento a arbitrar. En efecto, resulta perfectamente coherente dicha conducta con el conocimiento de que dicha cláusula (aunque no la hubiese suscrito) existía y de que debía extenderse a quien, por sus actos, hubiese estado indisolublemente ligado (*participación activa y de manera determinante dice la ley*) a la vida del contrato. Ello de manera tal que, negarse a arbitrar, constituiría contradecirse con su conducta anterior, negarse al consentimiento tácito puesto de manifiesto en los hechos y admitir una situación contraria a la buena fe contractual.

No hay duda entonces que la inferencia a que obliga el artículo 14 de la Ley de Arbitraje para derivar el consentimiento de los hechos y conductas que la realidad aporta –por encima de las formalidades jurídicas– se sustenta en el principio de la buena fe entendido como el que acuerda la doctrina *venire contra fatum proprio non valet*.

8.4.2. Cuando la conducta del no signatario (pretensión de derivar derecho o beneficios conforme a los términos del contrato) permite inferir de buena fe la necesidad de someterse al convenio arbitral

En la misma medida –aunque no lo exprese textualmente la norma– el principio de la buena fe se aplica para la inferencia a la que convoca el segundo supuesto previsto en ella: quienes *pretendan derivar derechos o beneficios del contrato* por el solo hecho de hacerlo y por la coherencia entre ello e integralidad de obligaciones derivadas del contrato (incluida las que dimanen del convenio arbitral) podrán beneficiarse como parte actora del convenio arbitral, así como podrán ser convocados a arbitraje como parte demandante, pues de lo contrario se estaría traicionando la buena fe contractual en su manifestación de *actos propios*.

9. CONCLUSIÓN

Las reglas previstas en el artículo 14 de la Ley de Arbitraje para la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias operan a título de excepción a la norma general de que dicho convenio obliga a quienes lo

suscribieron, habida cuenta de la flexibilidad con la que la nueva norma arbitral peruana concibe la existencia del convenio arbitral bajo la modalidad *ad probationem*. Esta opción del legislador de la Ley de Arbitraje debe contribuir a cambiar la jurisprudencia que tímidamente se desarrolló durante la vigencia de la Ley General de Arbitraje, al amparo de la mayor flexibilidad con la que se regula el convenio en el artículo 13 de la Ley de Arbitraje y de la admisión de la extensión a las partes no signatarias prevista en el artículo 14.

Si bien a menudo el convenio arbitral convive pacíficamente con las partes que suscribieron el contrato principal, la complejidad de la contratación y sus modalidades, las exigencias de las inversiones, la concatenación de contratos y su desarrollo en el comercio internacional a través de diversos actores y distintos países hacen necesario que se admitan reglas que permitan por inferencia la extensión del convenio arbitral y que justifiquen la extensión de su cobertura a los no signatarios. Esta figura, la de la extensión, opera a título excepcional y sobre la base de un análisis detallado, caso por caso, en el que nunca debe olvidarse que el consentimiento sigue siendo la piedra angular de la construcción arbitral como solución de controversias contractuales.

La extensión del convenio arbitral a los no signatarios es típicamente una creación jurisprudencial con importante, aunque debatido, desarrollo en Francia y en los Estados Unidos. Ha tenido eco significativo en las deliberaciones de la CNUDMI, aunque no fue expresamente incorporada a las modificaciones a la Ley Modelo; sin embargo, los trabajos desplegados al interior de la Comisión han contribuido a difundir la importancia de su contenido. El Perú es, a nuestro conocimiento, el primer país que en el marco de la recepción de la Ley Modelo en el sistema legal interno legisla sobre la extensión del convenio arbitral a las partes no signatarias

Por el origen pretoriano de la figura, así como por su novedad, su aplicación debe concitar especial atención en el análisis de los hechos y de las conductas de las partes para inferir el consentimiento indispensable para activar la aplicación del artículo 14. Dicho consentimiento podrá quedar manifestado de manera tácita a través del comportamiento de las partes en la vida contractual o en la derivación de derechos y beneficios que de dicho comportamiento se desprenden.

Todo ello requiere especial atención y cuidado en el análisis de los árbitros y de los jueces pues cualquier extensión del convenio que no se ajuste a las reglas del artículo 14 de la Ley de Arbitraje puede contener la semilla de una posterior anulación del laudo; así como cualquier interpretación restrictiva de dichas reglas pueden injustificadamente anular un laudo y facilitar la castración de la opción arbitral por no admitir los aportes de la realidad de los contratos por encima de las formalidades a las que el derecho suele apegarse. Todo ello habida cuenta de que éste es el sentido del artículo 14 de la Ley de Arbitraje y de los antecedentes jurisprudenciales franceses y norteamericanos en los que éste reposa.

En este contexto, conviene traer a colación que en el substrato doctrinal del artículo 14 de la Ley de Arbitraje se encuentra el principio de primacía de la realidad que modula el efecto relativo de los contratos (en consecuencia del convenio arbitral) que, en principio, restringe el vínculo obligacional solamente a las partes celebrantes, con exclusión de los terceros. En la misma dirección, es del caso subrayar que la aplicación del artículo 14 de la Ley de Arbitraje está presidida necesariamente por la aplicación del principio de la buena fe, de innegable raigambre contractual, especialmente, en cuando al reconocimiento de la doctrina de los actos propios que los tribunales de justicia –y con mayor profundidad los arbitrales– han empezado a aplicar en el Perú.

Finalmente, como lo adelantamos en su oportunidad⁽⁷⁴⁾, la extensión del convenio a las partes no signatarias, permitida por el artículo 14 de la Ley de Arbitraje, responde a la lógica de fortalecer la inevitabilidad de las consecuencias de dicho convenio. Esto contribuye a hacer al arbitraje más eficaz como modalidad de solución de controversias, impidiendo que las meras formalidades contribuyan a que quienes en la práctica han sido partes, se hayan comportado como tales o hayan derivado beneficios y derechos como si lo fueran, se escapen *malam fide* de los alcances del arbitraje y se desembaracen de sus consecuencias frustrando su objeto principal. ▲

(74) SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge, “La inevitabilidad del arbitraje ante la nueva ley peruana (DL N° 1071), cit., p. 99.

 PEDRO J. MARTÍNEZ-FRAGA (*)

La obtención y revelación de documentos e información en el proceso civil estadounidense (*Discovery*) y su influencia en la convergencia de culturas jurídicas en el arbitraje internacional

Μή, φτλα ψηχά, βίου' άθνατου
οπεύδε, τ' αυ δ' εμπρακτου "αυτλει μαχαυάυ.
Pindare, Pythiques, III

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Normas fundamentales sobre la obtención y revelación de documentos e información en el Código Federal de Procedimiento Civil.* 2.1. *La norma 26: ¿Pauta de flexibilidad o de legitimidad del abuso?* 3. *La norma 27: Declaraciones juradas antes de ser interpuesta la demanda o durante el proceso de apelación.* 3.1. *La Norma 30: Declaración Jurada.* 3.2. *La Norma 31: Declaración jurada por escrito.* 3.3. *La Norma 33: Interrogatorios.* 3.4. *La Norma 34: Divulgación de documentos e inspección de propiedad y otras cuestiones.* 3.5. *La Norma 36: Peticiones para confesiones.* 3.6. *Orden al caos.* 4. *El arbitraje y el tema de la convergencia de culturas jurídicas.* 4.1. *Convergencia en la obtención y revelación de documentos e información.* 4.2. *Unas palabras sobre la práctica de la prueba (Taking of Evidence) de la IBA.* 5. *La reestructuración radical de la revelación y la práctica de las pruebas en los arbitrajes comerciales internacionales.* 5.1. *Los elementos de la Sección 1782.* 6. *La nueva configuración de la revelación de documentos causada por Intel*

(*) *Bachelor of Arts (B.A.)* por *St. John's College*, Anápolis (1984). *Juris Doctor (J.D.)* por la Universidad de Columbia (1987). Profesor Asociado de Derecho en la Universidad de Miami (2003). Socio de *Squire, Sanders & Dempsey LLP* - EE.UU.

Corp. v. Advanced Micro Devices. 6.1. La Sección 1782 en el contexto de arbitrajes internacionales. 6.2. Un nuevo desarrollo jurisprudencial: In Re: Aplicación of Roz Trading Ltd. 6.3. In Re: Patricio Clerici; creando nuevas pautas. 7. La fragmentación del proceso judicial, como estructura y objeto de convergencia cultural jurídica. 7.1. Factores de interés privado. 8. Notificación de comparecencia al proceso judicial. 8.1. Jurisdicción sobre la persona y jurisdicción sobre la materia. 9. Observaciones sobre la Norma federal Decimosegunda y la fragmentación procesal. 9.1. La doctrina de Forum Non Conveniens: Un perfil escueto. 9.2. Factores de interés público. 9.3. Factores de interés privado. 9.4. El foro propuesto como alternativa tiene que ser adecuado. 10. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

En la segunda parte del *Quijote* en el capítulo 23 encontramos una escena entrañablemente inolvidable. Sancho, en su estilo propio e inimitable, le presenta a Alonso Quijano un pronóstico oscuro y poco optimista que Sancho infiere de hechos concretos y tangibles que parecen ser la cara irrefutable de la fuerza del destino. Al oír estas palabras que vaticinan el fracaso severo seguro, e inmediato, don Quijote se limita a decirle: “Como me quieres bien, Sancho, hablas de esa manera –dijo don Quijote–, y como no estás experimentado en las cosas del mundo, todas las cosas que tienen algo de dificultad te parecen imposibles; pero andará el tiempo, como otra vez he dicho, y yo te contaré algunas de las que allá abajo he visto, que te harán creer las que aquí he contado, cuya verdad ni admite réplica ni disputa”. De hecho, don Quijote le cuenta a Sancho que éste no conoce nada de este mundo porque considera imposible aquello que solamente es muy difícil.

Y así es cuando nos encontramos con la tarea de presentar la anatomía de un sistema procesal, y sobre todo, cuando incurrimos en la audacia de analizar qué influencia puede tener éste en el proceso de convergencia de culturas jurídicas que se vislumbra en el arbitraje internacional. La tarea puede parecer imposible, pero les prometo que solamente es muy difícil. Empecemos a trabajar.

“Hasta que los filósofos se conviertan en reyes”, dijo Sócrates, “o los reyes en filósofos; los Estados no podrán trascender sus limitaciones”.

Y si él vacilaba al exponer este criterio, porque, como admitía, pudiera “hundirlo bajo aguas de risas y ridículo”, así hoy nosotros, abogados, estudiantes y juristas cometeríamos un desacierto si tratásemos de aplicarlo al campo de la resolución de litigios y el arbitraje internacional y afirmáramos que los filósofos deben convertirse en abogados o los abogados en filósofos, si nuestras leyes han de alcanzar la perfección.

El esfuerzo de forjar un sistema procesal que goce de aceptación universal requiere abordar y reconciliar el sistema de obtención y revelación de documentos e información en el proceso civil estadounidense (*discovery*) con el sistema inquisitorial que prevalece en la tradición civil o continental. El arbitraje internacional nos ofrece un campo propicio para desarrollar este esfuerzo de reconciliación e integración.

Es cierto que el amplio rol reconocido a la autonomía de las partes en dicho sistema de obtención y revelación ha despertado las pasiones de abogados, juristas y académicos en ambos lados del Atlántico. Pero esto no debe entorpecer la tarea de comprender las principales aportaciones de ambos sistemas en la obtención de pruebas y de explorar diversas metodologías para llegar a una síntesis doctrinal que conduzca la transparencia en esta materia y que sirva para satisfacer las expectativas de las partes, particularmente cuando éstas provienen de diversas culturas jurídicas.

Es posible dibujar un esquema escueto, abreviado, pero completo en cuanto a lo esencial del sistema de obtención y revelación en el proceso civil federal estadounidense. Para ello dirigiremos nuestra atención a las siguientes siete normas procesales:

- (i) 26 (estipulaciones generales que rigen la revelación y el deber de revelar),
- (ii) 27 (declaración jurada –*deposition*– oral antes de iniciar un proceso judicial o mientras queda pendiente un recurso de apelación),
- (iii) 30 (declaraciones juradas bajo reexaminación oral),
- (iv) 31 (declaraciones juradas por escrito),
- (v) 33 (interrogatorios escritos),

- (vi) 34 (revelación de documentos y cosas; derecho de inspeccionar inmuebles y otros propósitos), y
- (vii) 36 (peticiones de confesiones, *requests for admission*).

El examen de estas cuestiones nos conducirá al análisis tanto de la norma de obtención y revelación propuestas por la *Internacional Bar Association* (IBA⁽¹⁾) como de la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Intel*⁽²⁾ interpretando en sentido amplio y liberal el concepto de *tribunal extranjero* a los fines de 28 U.S.C. 1782.

Una vez analizados ambos aspectos, veremos la *fragmentación* del proceso judicial en los sistemas *Commonwealth Common Law* y *American Common Law*, a los cuales nos referimos como “el sistema *Common Law*” o simplemente *Common Law*. Para poder perfilar con precisión esta fragmentación procesal tendremos que hacer una referencia a las normas 7 y 4 del Código Federal de Procedimiento Civil (*Federal Rules of Civil Procedure*).

La convergencia o síntesis puede ser abordada sin hacer al menos una breve mención a cuatro temas esenciales: (i) jurisdicción sobre la persona, (ii) jurisdicción sobre la materia, (iii) la norma decimosegunda y (iv) la doctrina del *forum non conveniens*. Aquí no se pretende llegar a forjar una metodología que haga posible la convergencia de los sistemas continental y *Common Law*, para no mencionar sistemas legales del Medio y Lejano Oriente. La meta es mucho más modesta. Intentaremos identificar aquello que es materia de convergencia, examinaremos el principio de autonomía de las partes y expondremos las expectativas de toda persona involucrada en un proceso arbitral internacional de poder, al menos, reconocer vestigios esenciales de su cultura jurídica en dicho proceso a los fines de encontrar certidumbre y uniformidad.

(1) Aquí nos referimos a la *Internacional Bar Association* sobre *La Toma de Pruebas*. Estas normas no son vinculantes ya que no han sido adoptadas, ni necesariamente recomendadas, por la mayor parte de instituciones arbitrales internacionales de mayor predicamento.

(2) *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices*, 124 C.S.T. 2466 (2004).

2. NORMAS FUNDAMENTALES SOBRE LA OBTENCIÓN Y REVELACIÓN DE DOCUMENTOS E INFORMACIÓN EN EL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTO CIVIL

2.1. La Norma 26: ¿Pauta de flexibilidad o de legitimidad del abuso?

La Norma 26 constituye la piedra angular sobre la cual reposa el andamiaje entero de la obtención y revelación de documentos e información en el proceso civil estadounidense. A pesar del complejo cúmulo de obligaciones que esta norma encierra (siete secciones, cada una de las cuales está a su vez dividida en otras) fijémonos en la más sutil, que, irónicamente, también ejerce la mayor influencia sobre el proceso entero de obtención y revelación.

La sección (b)(1) de la Norma 26 ofrece la pauta fundamental del sistema. A pesar de su importancia, con una frecuencia sorprendente, juristas, académicos y abogados suelen confundir la pauta establecida en esta sección. Por ello, comenzaremos por consultar la misma en su idioma original y a continuación intentaremos ofrecer una traducción al castellano:

(b) Discovery Scope and Limits. Unless otherwise limited by order of the court in accordance with these rules, the scope of discovery is as follows:

(1) In General. Parties may obtain discovery regarding any matter, not privileged, that is relevant to the claim or defense of any party, including the existence, description, nature, custody, condition, and location of persons having knowledge of any discoverable matter. For good cause, the Court may order discovery of any matter relevant to the subject matter involved in the action. Relevant information not be admissible at the trial if the discovery appears reasonably calculated to lead to the discovery of admissible evidence⁽³⁾.

⁽³⁾ (b) Parámetros de obtención y revelación y Límites. Salvo pendencia de un dictamen judicial imponiendo limitaciones conforme con estas reglas, el parámetro de obtención y revelación es el siguiente:

Fijémonos que toda materia revelable debe satisfacer dos requisitos: El *primero*, consiste en que la petición dirigida a una parte, a los fines de obtener documentos o información, tiene que ser *relevante* a las pretensiones de las partes expresadas en la demanda y en la contestación a la misma (y en la reconvencción si la hubiera) que, como sabemos, son los actos procesales mediante los cuales constituye la litis; el *segundo*, cuya concurrencia se comprobará tras el análisis del primero, exige únicamente que la información sea *relevante*, lo que significa que no tiene que ser admisible, siempre y cuando ella *pueda* conducir a pruebas admisibles.

La pauta no puede ser más amplia y flexible. Una vez verificado el vínculo entre la materia solicitada y los asuntos enmarcados dentro de la demanda y la contestación, convierte en un reto a la propia imaginación concebir qué información no puede ser susceptible de ser revelada bajo la pauta de la Norma 26 Sección (b)(1).

El acceso a pruebas que no sean admisibles a primera vista de la impresión de marcar una pauta excesiva y, por ende, abusiva. Pero dicha primera impresión puede desvanecerse a poco de meditar sobre el tema. A veces el árbol nos hace perder la perspectiva del bosque. Si de hecho la prueba *per se* no es admisible, entonces, es necesario concluir que a los fines el juicio en cuestión, tal prueba no puede representar perjuicio alguno ya que no será considerada por el juez o jurado. De modo que sólo quedan dos categorías conceptuales de acuerdo con las cuales se puede inferir alguna posibilidad de perjuicio en torno a la pauta de revelación:

(1) En General. Las partes pueden obtener revelación (de documentos o información) respecto a cualquier materia que no sea privilegiada y *que sea relevante para la reclamación o defensa interpuesta por cualquier parte*, incluyendo la existencia, descripción, naturaleza, custodia, condición, sitio de cualesquiera libros, documentos, u otras cosas tangibles y la identidad y ubicación de personas con conocimiento sobre cualquier materia divulgable. Por causa mostrada, el Tribunal pudiese exigir la divulgación de cualquier materia relevante al tema de un proceso. *Información que sea relevante (a los fines de divulgación) no tiene que ser admisible en el juicio del caso si la divulgación aparenta ser razonablemente calculada para conducir a la divulgación de prueba admisible* (el resaltado es del autor).

Primero, se destaca la posibilidad de que la materia no admisible conduzca a nuevas reclamaciones que surjan del mismo evento o transacción subyacente al proceso judicial en cuestión.

Por una parte, si en realidad los documentos e información obtenidos conducen a la parte peticionante a formular nuevas reclamaciones relativas al mismo evento o transacción objeto de litis, cabe entonces concluir que el método empleado sirvió para revelar nuevos derechos subjetivos que su titular desconocía y que también merecen la protección y tutela del ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva, una sociedad civilizada debería nutrir y cultivar dicho preceptos sobre revelación o *discovery*. Sin embargo, ¿este mismo resultado no ha conducido a numerosos juristas, académicos, comentaristas, y abogados a concluir que tal pauta inevitablemente desemboca en *una expedición de pesca* o la famosa *fishing expedición*? A este respecto, debe señalarse que la primera premisa de la sección (b) (1) que requiere que la materia revelable sea relevante a cualquier reclamación o defensa de cualquier parte”, limita y hasta suprime el elemento de arbitrariedad que los críticos caracterizan como una “expedición de pesca”. Dicha expedición sería contraria al interés público de un sistema de justicia, sólo en la medida en que los documentos y datos que salen a la luz no estuvieren dentro de los asuntos enmarcados en la demanda y contestación. Es decir, las partes podrán obtener información siempre y cuando dicha información aparente, de manera razonable, conduce a la revelación de pruebas “relevantes”.

Segundo, se puede argumentar, y de hecho muchos lo hacen, que los parámetros amplios de la sección (b) (1) conducen a posibles violaciones de derechos privados, que sólo, en los casos más extremos deberían ser ventilados. Esta crítica goza de atractivo porque parece postular que cualquier invasión de la esfera privada de los particulares produce un perjuicio superior al beneficio que se pretende obtener con tal invasión para conseguir una eficiente administración de justicia. Miremos este tema con mayor detenimiento.

No hace falta leer la sección (b) (1) con demasiado esmero para encontrar una norma subordinada que pretende evitar este peligro. Fijémonos en la siguiente parte de esta norma: “Las partes pueden obtener divulgación (de documentos o información) respecto a cualquier materia

que no sea privilegiada(...)” (El resaltado es del autor). La jurisprudencia ha interpretado los términos “privilegio” y “privilegiada” con el propósito de evitar este uso y posible abuso de la pauta de revelación⁽⁴⁾ y,

- (4) Brevemente tenemos que pronunciar algunas palabras sobre los privilegios y doctrinas que conducen al amparo contra la revelación de información o documentos. Primero, hay que tomar nota de que el sistema federal se tiene que apoyar sobre la ley sustantiva aplicable en el foro en donde se encuentra el tribunal federal de primera instancia de poder observar cualquier objeción esgrimida en contra de la revelación de documentos o información que pretenda ser fundamentada en un privilegio o doctrina de protección como lo serían (a) comunicaciones entre abogado y cliente, (b) médico y paciente, (c) contador público y cliente, (d) sacerdote y penitente, (e) esposo y esposa, (f) voto público, (g) secretos profesionales o propietarios u otra información oficial, e (h) identidad de informante, por citar solamente ocho casos.

La norma 501 del Código Federal de Pruebas prescribe que:

Excepto a las exigencias de la Constitución de los Estados Unidos o tal y como prescribe un acta del congreso o de acuerdo con las reglas promulgadas por el Tribunal Supremo conforme con la autoridad de ley, el privilegio de un testigo, persona, gobierno, Estado, o subdivisión geopolítica de un Estado, tiene que ser gobernado por los principios del “*Common Law*” tal y como estos principios sean interpretados por los tribunales de los Estados Unidos bajo la luz de la razón y la experiencia. No obstante, en procedimientos y causas civiles, con respecto a cualquier elemento de una reclamación o defensa a la cual la ley Estatal supla la norma decisiva, el privilegio de un testigo, persona, gobierno, Estado, o división geopolítica de un Estado, será determinado de acuerdo con la ley del Estado.

Ya que no existe legislación federal sobre estos temas que han sido relegados a codificación Estatal, el sistema federal no puede representar tener una base normativa para aplicar estos amparos contra la revelación o defensas a la revelación sin discriminar. Por lo tanto, se convierte en tema sumamente importante desde un punto de vista estratégico para el demandante escoger un foro en el cual se pueda anticipar la medida en que el tribunal federal de primera instancia sea capaz de sostener una objeción basada en un privilegio específico que se encuentre como parte de la ley sustantiva de la jurisdicción en donde el tribunal federal se encuentre.

El Profesor GRAHAM comenta:

El propósito de las normas cotidianas de pruebas es promover la comprobación o averiguación de la verdad. Otro colectivo de normas, no obstante, está designado a los fines de permitir la exclusión de pruebas por motivos y razones desvinculados con la calidad de la prueba o la credibilidad del testigo. Estos razonamientos están enraizados en una política orientada hacia la protección de un interés o una relación en particular. El término o expresión “privilegio” como éste es utilizado en la norma 501 también se utiliza ampliamente en describir este último conjunto de normas de exclusión. Dado que el fin de un privilegio es reprimir la verdad, un privilegio únicamente debe de ser reconocido si el interés o la relación en tela de juicio es de una importancia extraordinaria e indudablemente una parte sería perjudicada por virtud de la negación del amparo que proporciona el privilegio. GRAHAM, en: *Handboock of Federal Evidence, Section 501* (6th ed., 2006).

en la práctica, esta interpretación jurisprudencial⁽⁵⁾ del concepto *privilegio* o *doctrina* representa un andamiaje elaborado y sofisticado que resulta extremadamente difícil de burlar⁽⁶⁾.

Con respecto a elegir la ley de privilegio aplicable cuando las leyes estatales y federales de privilegio se encuentran contrapuestas. Ver: 23 WRIGHT, CHARLES ALAN y GRAHAM, KENNETH W., "Jr. Federal Practice and Procedure 5434", 1980, p. 860.

- (5) La doctrina Trabajo o Producto de Abogado también ampara la divulgación de documentos preparados por un abogado en anticipación de una acción. Es importante recalcar que mientras el amparo que otorga un privilegio es prácticamente absoluto en carácter, las protecciones que se desprenden por virtud doctrinal, o de doctrina como la mencionada, son susceptibles a ser retadas generalmente al mostrar que los datos solicitados (i) son esenciales respecto a la administración equitativa de la justicia del proceso en cuestión y (ii) la información solicitada no es asequible de otra fuente.
- (6) Los comentarios a raíz de la enmienda del 1970 a la sección (b) en general y la sección (b)(1) en particular ameritan ser citadas en su totalidad:

Subdivisión (b)- Parámetros de Revelación. Esta subdivisión ha sido enmendada a los fines de ser aplicable a los parámetros de revelación general. Aquí se regula la revelación adquirida a través de las metodologías de divulgación detalladas en la Norma 26(a).

Todas las provisiones respecto a los parámetros de divulgación son supeditadas a la calificación inicial que comprende que un tribunal pudiese limitar la divulgación de acuerdo con estas normas. La Norma 26(c) transferida de la Norma 30(b) confiere poderes amplios al tribunal en cuanto a regular o evitar la revelación hasta en el contexto de esquemas mediante los cuales los documentos o información solicitada están dentro del ámbito de la Norma 26(b), y estos poderes siempre han sido libremente ejercidos. Por ejemplo, la información fiscal de una parte general no está amparada, en cuanto a divulgación en un tema civil, por un privilegio, 2A BARRON & HOLTZOFF, *Federal Practice and Procedure*, 651.2 (Wright ed., 1961), y no obstante, los tribunales han reconocido que los intereses en la privacidad de las partes pudiesen justificar una medida adicional de amparo *Wiesenberg v. W.E. Hutton & Co.*, 35 F.R.D. 556 (S.D.N.Y., 1964). Del mismo modo, en circunstancias apropiadas, los tribunales han limitado la revelación de materiales que principalmente conciernen a la inculpación de carácter de testigos. Estas dos categorías de revelación muestran meramente las múltiples situaciones que no son capaces de ser gobernadas por normas precisas en las cuales los tribunales están obligados a ejercer su juicio. Las nuevas secciones de la Norma 26(b) no cambian o modifican la ley existente respecto a tales esquemas.

Sección (b) (1) -En General. El texto ha sido cambiado para poder detallar los parámetros de revelación en términos generales. La sección existente, redactada en términos que se aplican exclusivamente a las declaraciones juradas orales, se han incorporado por medio de referencia en las Normas 33 y 34. Dado que decisiones respecto a la relevancia a la materia del proceso se ejecutan solamente a los fines de revelación y predatan por un plazo amplio el propio juicio, un trato flexible de la pauta de relevancia es necesaria en materia de revelación, independientemente de que ésta sea voluntaria o de acuerdo con un dictamen judicial, esta adjudicación o determinación respecto al término

3. LA NORMA 27: DECLARACIONES JURADAS ANTES DE SER INTERPUESTA LA DEMANDA O DURANTE EL PROCESO DE APELACIÓN

Esta norma, que está a su vez, regida en su aplicación por la Norma 26, permite que se tome una declaración jurada antes de iniciarse formalmente un proceso judicial a los fines de perpetuar el testimonio de uno o más testigos. En caso de objeción por el testigo, la parte interesada en obtener la prueba puede interponer una petición ante el tribunal federal competente exponiendo los datos sobre las personas a quienes pretende interrogar y la razón por la cual se hace indispensable la perpetuación de esas declaraciones de testigos.

De acuerdo con la norma, la petición interpuesta ante un tribunal debe llevar como título el nombre de la persona que solicita la petición y debe demostrar que se cumple con los siguientes cinco requisitos fundamentales:

- (i) Que el peticionante prevea su participación como parte en un proceso judicial viable ante un tribunal de Estados Unidos pero que

“relevancia” no concierne relevancia en el contexto de un juicio. *Moore’s Federal Practice* 26-16(1) (2d ed., 1966).

La enmienda más reciente a la sección (b) se realizó en 1983 y busca promover mayor participación judicial en el ejercicio de la discreción por parte del tribunal en limitar los parámetros de revelación tomando en cuenta factores como la desigualdad de recursos entre las partes, y la revelación de materiales o datos redundantes:

Sección (b); Parámetros de Revelación y Límites. La Norma 26 (b) (1) ha sido enmendada con el aporte de una oración para lidiar con el problema de excesos en la revelación. El objetivo de esta enmienda es proteger contra la revelación que sea redundante o desproporcionada otorgándole al tribunal, autoridad, para reducir la cantidad de materiales revelados que puedan ser dirigidos a temas que de otro modo serían blancos apropiados sobre los cuales indagar. La nueva regulación tiene como propósito alentar a los jueces a ser más agresivos en sus esfuerzos a fines de identificar y desanimar el abuso del proceso de revelación. Las premisas mencionadas en la norma enmendada a fines de limitar la revelación, reflejan la práctica existente de muchos tribunales en emitir dictámenes de amparo de acuerdo con la Norma 26(c). *Carlson Cos. v. Sperry & Hutchinson Co.*, 374 F. Supp. 1080 (D. Minn. 1974); *Dolgow v. Anderson*, 53 F.R.D. 661 (E.D.N.Y. 1971); *Mitchell v. American Tobacco Co.*, 33 F.R.D. 262 (M.D. Pa. 1963); *Welty v. Clute*, 1 F.R.D. 446 (W.D.N.Y. 1941). Generalmente, no obstante, los jueces federales de primera instancia han sido algo recalcitrantes en limitar el uso de las varias metodologías de revelación. *Apco Oil Co. v. Certified Transp., Inc.*, 46 F.R.D. 28 (W.D. Mo. 1969) 8 *Wright & Miller, Federal Practice and Procedure: Civil* 2036, 2039, 2040 (1970).

por el momento se encuentra incapaz de iniciar o dar lugar a tal proceso.

- (ii) La identificación de la materia y objeto del proceso judicial y el interés del peticionante en ese proceso.
- (iii) Una descripción de los hechos de fondo que el peticionante desea establecer por medio del testimonio propuesto a través de la declaración jurada en cuestión, y las razones subyacentes por las que desea que se perpetue dicho testimonio.
- (iv) La mención del nombre o una descripción de las personas que el peticionante prevé que participarán en el proceso judicial como partes contrarias y las direcciones de éstas, en la medida que le sean conocidas.
- (v) Los nombres y direcciones de las personas propuestas para ser examinadas y los temas de sus respectivos testimonios que el demandante prevé extraer o sonsacar de cada testigo, junto con una petición solicitando que se emita una orden autorizando al peticionante a tomar las declaraciones juradas de las personas que serán examinadas que han sido nombradas en la petición.

La mera existencia de una norma que haga posible el examen de un testigo o de una parte contraria en un proceso judicial futuro pone de manifiesto la preeminencia de la autonomía de la parte en materia de revelación, dentro del marco de las normas procesales federales. Aquí cabe destacar que la intervención judicial es de carácter meramente formal y ministerial. Otorgarle esta facultad a una persona *antes* de ser iniciado un proceso judicial o durante la apelación en segunda instancia, enfatiza la delegación de jurisdicción por el tribunal de primera instancia a las partes interesadas en llevar a cabo una declaración jurada. Como se puede ver, a la parte que solicita la declaración no se le requiere un compromiso vinculante de interponer la *posible* demanda.

El contraste entre el sistema *Common Law* y la tradición continental es particularmente elocuente en este punto. Este contraste comprende dicotomías jurídicas y políticas que perfilan la filosofía legal que determina la fisonomía de cada sistema. Como hemos señalado, la capacidad de poder tomar una declaración jurada *antes* del inicio de un

proceso judicial o durante una apelación refleja la importancia que el sistema le otorga al precepto de *autonomía de parte*. Este principio es sacrosanto cuando se trata de un sistema judicial independientemente dentro del andamiaje político de una democracia representativa que comprende tres ramas políticas⁽⁷⁾. Significativamente, dos de éstas (la ejecutiva y la legislativa) disfrutaban de profundas raíces democráticas tanto en su mecánica electoral como en sus principios éticos-políticos. A este respecto, el concepto de dignidad humana y la igualdad de todo ciudadano constituyen la base normativa para justificar la defensa del principio por el que se entiende que cada persona merece el derecho al voto y que dicho voto vale en todos por igual.

Curiosamente, no obstante, la tercera rama, la judicial, ha sido interpretada por algunos académicos del más alto nivel como “la menos peligrosa”⁽⁸⁾ pero también hay que observar que *es la menos democrática*. Los jueces federales no se eligen, se nombran. El nombramiento no es por un plazo. Todo lo contrario, si es que nos encontramos obligados a caracterizar el servicio público en términos de plazos, tendríamos que mantener que se trata de un plazo vitalicio. Sólo a raíz de una falta de extrema gravedad o de un delito penal, un juez federal puede ser forzado a renunciar a su cargo.

De este modo, el concepto de autonomía de parte representa un principio palpable por el cual cumple cierta “*democratización*” de la rama jurídica. Minimizar la intervención de un juez y reducir ésta a un mero acto ministerial mientras que a las partes se les provee autonomía a los fines de administrar y llevar a cabo el proceso de revelación –con un mínimo de supervisión judicial– representa una forma de capacitar a las partes y reposar en ellas el poder judicial que nunca sería

(7) Aquí cabe detenernos y observar que ajustes electorales siempre forman parte indispensable del sistema en cuanto la integración al sistema de situaciones geopolíticas atípicas. Tres ejemplos nos vienen a la mente. El caso del Reino Unido en el norte de Irlanda y la población católica ha requerido un ajuste significativo en la mecánica del sistema electoral. Del mismo modo Francia en el caso de Córcega ha implementado reformas electorales. De hecho, en Estados Unidos el estado de *Rhode Island* disfruta de una población de un millón de residentes y cuenta con dos senadores mientras que el estado de California tiene una población de 30 millones de habitantes y también tiene solamente dos senadores.

(8) ALEXANDER BICKELL, *The Least Dangerous Branch*.

susceptible de ser restado a un juez ejerciendo dentro del sistema continental o a un panel arbitral.

Y para concluir el comentario a esta Norma 27, consideramos que la misma quizá sea más elocuente por su silencio que por las pautas que asevera.

3.1. La Norma 30: Declaración Jurada

Una parte (actor o demandado) de un proceso judicial civil puede tomarle una declaración jurada a cualquier persona, incluyendo las partes del litigio.

Esta norma es la que otorga poderes más amplios de entre las normas de divulgación de información y documentos. El límite al número de testigos y al tiempo que puede durar una declaración jurada se regula en las normas federales de cada distrito federal. Generalmente, la parte de un litigio tiene derecho a tomar la declaración jurada a diez personas, durante ocho horas por testigo sin que sea preciso acudir a un tribunal para tomar las declaraciones o para controlar el tiempo programado para cada declaración.

Es importante tener presente que sólo con incluir pequeñas modificaciones a la notificación relativa a la toma de declaración jurada –cuyo procedimiento lo detalla la propia Norma 30– el interrogatorio del testigo puede ser gravado en vídeo. De modo que de acuerdo con esta posibilidad tecnológica, el ademán y gesticulación del testigo, tanto como la entonación de su voz, salen a relucir como protagonistas permanentes del expediente. En consecuencia, se produce un interrogatorio que hace posible valorar la credibilidad del testigo por su lenguaje corporal y por su comportamiento durante el interrogatorio junto con el propio contenido de su testimonio que también será memorizado *verbatim* por un mecanógrafo.

Como medida preventiva de posibles abusos, en 1993 esta norma fue enmendada con miras a reducir tanto el número de declaraciones por parte como la duración de cada declaración. De modo que al implementarse estos cambios se enfatizó una mayor participación judicial a expensas de la autonomía de parte. La sección (a) (2) (A) es relativamente nueva y merece ser destacada:

Norma 30. Declaraciones Juradas Orales

(a) Cuando una declaración jurada puede ser tomada; casos en los que se requiere una orden judicial a los fines de tomar la declaración.

(2) Una parte tiene que obtener aprobación del tribunal, cuya aprobación será otorgada en la medida en que sea consistente con los principios articulados en la Norma 26(b) (2), si la persona que va a ser examinada está detenida en una prisión, o sin la estipulación escrita de las partes,

(A) Una posible declaración jurada que resultaría en más de diez declaraciones tomadas bajo el amparo de esta norma o la Norma 31 por los demandantes, o por los demandados, o por demandados en la capacidad de terceras partes⁽⁹⁾.

⁽⁹⁾ Los comentarios oficiales sobre la enmienda son particularmente elocuentes;

Enmiendas 1993

Sección (a). El párrafo (1) mantiene la primera y la tercera oraciones de la antigua sección (a) sin modificaciones significantes. La segunda y la cuarta oraciones han sido transferidas.

El párrafo (2) aglutina todas las provisiones que concierne la exigencia de tener que obtener aprobación judicial como condición previa a tomar una declaración jurada.

El párrafo (2) (a) es nuevo. Éste destaca un límite en cuanto al número de declaraciones juradas que las partes pudiesen tomar sin la aprobación del tribunal o de acuerdo con una estipulación con otras partes. Un propósito de esta enmienda es asegurar la participación judicial bajo las pautas enunciadas en la Norma 26(b) (2) antes que se le provea a una parte autoridad para tomar más de diez declaraciones juradas en un caso sin haber obtenido el acuerdo de las partes. Una segunda meta es la necesidad de enfatizar que a los abogados se les ha concedido una obligación profesional en cuanto al desarrollo de programas de revelación en el caso en cuestión a los fines que actúen económicamente y de modo eficaz. El permiso a tomar declaraciones juradas en exceso de diez por caso debe ser concedido siempre que dicha petición y decreto esté conforme con los principios de la Norma 26(b) (2), y en algunos casos la pauta de diez declaraciones juradas por parte, debe ser reducida de acuerdo con estos mismos principios. Las típicas consideraciones de estos temas se deben ventilar tanto en la reunión entre las partes exigida bajo la Norma 26(f) como durante la conferencia de programación indicada por la Norma 16(b) en cuanto al número de declaraciones juradas; de este modo, se podría eliminar la práctica de interponer peticiones en listas formales ante el tribunal para discutir estos temas. Una declaración otorgada de acuerdo con la Norma 30(b) (6) debe, a los fines de este límite en el número de declaraciones juradas, ser considerada como una sola declaración a pesar de que múltiples testigos hayan sido designados para prestar testimonio.

Esta incursión dentro del precepto de autonomía de parte debe ser entendida en su contexto dentro de la Norma 30. Por ejemplo, tal y como nos destacan los comentarios oficiales a la norma, y en particular aquellos que se dirigen a la sección (a)(2)(A), a las partes se les ha concedido autonomía para forjar estipulaciones entre sí, tanto respecto al número de declaraciones que serán tomadas en el caso como a la duración de cada una en particular. Aquí encontramos un factor atenuante respecto al propio límite y la necesidad de invocar la intervención judicial en el campo de revelación, este matiz es significativo. Como mínimo muestra un compromiso serio y material en torno al amparo del precepto de autonomía de parte en el proceso de revelación en general y en las declaraciones juradas en particular.

Por su parte, en el contexto del sistema continental, las declaraciones orales de los testigos se desarrollan ante el tribunal en un contexto formal y mucho menos enfrentado que el utilizado por las partes en un litigio federal o en el contexto de un arbitraje internacional.

3.2. La Norma 31: Declaración jurada por escrito

De acuerdo con esta norma, una parte de un litigio tiene el derecho de tomarle la declaración jurada por escrito a cualquier parte o persona sin tener que acudir a un tribunal.

Esta norma es poco práctica en el contexto de las otras metodologías posibles; sin embargo, hemos notado que, en casos internacionales (28 U.S.C. 1782), los tribunales con sede fuera de Estados Unidos suelen preferirla a las otras normas existentes ya que les resulta más seguro y más cómodo el redactar ellos mismos las preguntas que van a ser presentadas al testigo en Estados Unidos, en lugar de acudir a un abogado estadounidense con el propósito de que éste lo interrogue oralmente de acuerdo con los preceptos de la Norma 30, que ya hemos visto con anterioridad.

3.3. La Norma 33: Interrogatorios

Sin necesidad de acudir a un tribunal o a un acuerdo entre las partes, una parte del litigio tiene el derecho de presentar un conjunto de preguntas, que no excedan de 25, dirigidas a cada parte del litigio. Esta norma es más restrictiva que las Normas 27, 30 y 31 puesto que éstas se

aplican universalmente a cualquier persona mientras que la Norma 33 exige que la persona a la que se dirigen las preguntas sea parte del litigio.

Por razones estratégicas, y hasta cierto punto tácticas, esta norma se utiliza fundamentalmente a los fines de intentar obtener información respecto a los nombres y datos de contacto de posibles testigos de hechos o peritos, y también con la meta de comprometer a la parte interrogada a confesar daños y perjuicios de modo cuantificables y a que se pronuncie sobre la metodología utilizada en el cálculo de éstos.

No obstante, es objetable formular preguntas o interrogatorios que requieran una respuesta equivalente a una opinión legal o que comprendan la aplicación de la ley a hechos concretos. La única excepción a esta regla se encuentra en los casos en que los interrogatorios se dirijan a peritos. Los tribunales también prohíben interrogatorios que intenten solicitar información que ya se ha revelado en documentos.

Conceptualmente los interrogatorios por escritos han sido limitados en cuanto a *número* pero no en cuanto a *tema* o materia. Esta concesión, no obstante, no es suficiente como para ser emblemática respecto a la libertad de divulgación de información que caracteriza este proceso. En la práctica, los interrogatorios por escritos son más eficaces si se utilizan con la meta de solicitar información muy específica en materia de, por ejemplo, (i) identificación de testigos de hechos (incluyendo dirección de residencia, trabajo, y de correo electrónico, teléfono, y breve síntesis de la materia sobre la cual se anticipa que el testigo brinde testimonio), (ii) identificación de peritos (incluyendo breve síntesis de temas sobre los cuales se anticipa que el perito vaya a declarar), (iii) identificación cuantificable de daños y perjuicios sufridos en términos monetarios tanto como la metodologías conceptual y matemática utilizada en cuanto al cálculo de estos daños y perjuicios, e (iv) identificación de la existencia de documentos divulgables dentro de la pauta aseverada por la Norma 26, sin necesidad, de narrar el contenido de estos documentos salvo a los fines de rendir a cada documento identificable.

Conforme con el andamiaje procesal de divulgación de documentos e información general, los interrogatorios escritos no pueden solicitar conclusiones legales y serán contestados bajo pena de perjurio. Como veremos, en el arbitraje internacional, el tema del perjurio no está nada

claro ni siquiera en cuanto a su mera posibilidad ya que la jurisdicción del propio tribunal arbitral está enraizada en normas contractuales y, por ende, privadas, lo que implica que no surgen de la autoridad de un soberano o de vehículos mediante los cuales también se pudiesen implementar la política del Estado⁽¹⁰⁾.

La política del soberano en supervisar el uso, y posible abuso, de esta mitología de divulgación está considerablemente matizada por el derecho otorgado a las partes de solicitar autorización para incrementar el número de interrogatorios escritos. Está política que aboga a favor de la autonomía de parte se pierde por completo en el contexto del arbitraje internacional puesto que, en éste contexto,

⁽¹⁰⁾ Las Enmiendas de 1993 a la Norma 33 muestran una política que busca armonizar esta norma con la Norma 30 en cuanto a asentar un límite al número de interrogatorios, igual que se limitó el número de declaraciones orales por la parte.

Sección (a). Las revisiones a esta sección limitan la práctica de presentar interrogatorios escritos. Dado que la Norma 26(a) (1)-(3) requiere revelación de mucha de la información previamente divulgada por esta metodología de entrega de pruebas, deben eliminar de haber menos ocasiones que requieran utilizar interrogatorios escritos. La experiencia en más de la mitad de los tribunales federales de primera instancia ha confirmado que la limitación en el número de interrogatorios escritos es útil y manejable. También, las características de esta metodología muestran que pueden ser costosas y brindarse al acoso de partes; por tanto, es deseable someter la metodología de interrogatorios escritos a límites controlables por el tribunal que sean consistentes con los principios contenidos en la Norma 26(b) (2), particularmente en casos que consistan en múltiples partes y en los cuales no ha sido inusual que el mismo interrogatorio haya sido presentado a una parte en más de una ocasión por más de una parte adversa.

Cada parte puede presentar 25 interrogatorios a cualquier otra parte, pero tiene que obtener autoridad del tribunal (o una estipulación de la parte contraria) para presentar un número de interrogatorios escritos superior a éste. Las partes no pueden evitar este límite formulando preguntas secundarias dentro de las propias preguntas principales. No obstante, un interrogatorio indagando sobre comunicaciones de una clase en particular debe ser tratado como un solo interrogatorio aunque éste solicite que se identifique la hora, el lugar, las personas presentes, y el contenido de las conversaciones respecto a cada comunicación identificada en el interrogatorio escrito.

Del mismo modo que con el número de declaraciones juradas autorizadas por la Norma 30, se requiere autoridad del tribunal para presentar interrogatorios escritos adicionales consistente con la Norma 26(b) (2). La meta no es evitar revelación necesaria, sino proveer el escrutinio judicial antes de que las partes abusen de esta metodología de revelación. En muchos casos será apropiado que el tribunal autorice un número superior a 25 interrogatorios escritos de acuerdo con la orden de itinerario emitida conforme con la Norma 16(b).

son los árbitros los que disponen con total autonomía de todas las cuestiones procesales y también de lo relativo a la revelación de material probatorio por lo que la autonomía de parte cede en estos aspectos a favor de la jurisdicción de los árbitros.

3.4. La Norma 34: Divulgación de documentos e inspección de propiedad y otras cuestiones

Limitándose exclusivamente a las partes del litigio –al igual que la Norma 33– una parte tiene el derecho, sin acudir a un tribunal, de presentarle a la otra un requerimiento escrito sobre determinados tipos de documentos que pueden ser objeto de revelación o sobre propiedades que van a ser inspeccionadas. Esta petición permite la inspección y copia de cualquier documento que incluya material escrito, dibujos, diagramas, representaciones gráficas, fotografías, datos cibernéticos y cualquier otra información susceptible de ser transmitida de una persona o centro de comunicación a otra persona o centro de comunicación.

Una vez más, es importante recordar que la única limitación en cuanto a la materia o al tema de esta petición es la pauta que ya hemos explorado en la Norma 26.

Curiosamente, esta norma, al igual que la Norma 33, se limita a las partes de un proceso judicial. Sin embargo, la sección (c) mantiene:

(c) Personas No Partes. Una persona que no sea parte del proceso judicial puede ser obligada a revelar documentos y cosas o a someterse a una inspección conforme con la Norma 45.

Por tanto, aunque técnicamente la Norma 34 se limita a partes del proceso judicial, su alusión directa a la Norma 45 muestra categóricamente la intención de los redactores de poder obtener divulgación de documentos de personas que no son partes en el litigio pero que puedan contribuir a la administración equitativa de justicia mediante la aplicación de las pautas de la Norma 26. De modo que aun dentro de la rúbrica de la

Norma 34 queda claro que el precepto de autonomía de parte es recalcado y enfatizado a través de la referencia a la Norma 45⁽¹¹⁾.

De acuerdo con la enmienda legislativa de 2006, es también materia susceptible de revelación de la información guardada o contenida en inventario electrónico. La enmienda esclarece que el ámbito de la Norma 34 llega a cubrir información que esté fijada tanto en forma tangible como información mantenida en un medio del cual pudiese ser retirada y examinada. De este modo, la palabra *documento* tal y como está utilizada en la Norma 34 incluye toda información de carácter electrónico o cibernético⁽¹²⁾ lo que demuestra que las normas de revelación han in-

(11) La enmienda de 1970 a esta norma respecto a la sección (c) América consulta:

Sección (c). La Norma 34 tal y como ésta ha sido enmendada, sigue siendo aplicable exclusivamente las partes. Comentarios recibidos por miembros del Colegio de Abogados muestran que en la preparación de un caso con miras al juicio final frecuentemente es necesario inspeccionar inmuebles o cosas tangibles en posesión de una persona que no forma parte del litigio y algunos tribunales han dimitido reclamaciones enraizadas en principio de equidad con el fin de obtener dicha revelación en base a la Norma 34. Mientras que una solución ideal a este problema sería enmendar la norma de tal modo que ésta tenga base normativa capaz de obligar a una persona que no sea parte del litigio a revelar documentos conforme con la pauta de la Norma 26, los problemas procesales y de jurisdicción que dicha enmienda presentada serían muy complicados. Desde ya, esta sección esclarece que la Norma 34 no prohíbe que se obtengan documentos de terceros.

(12) A continuación se hace referencia a algunos comentarios sobre la enmienda que entró en vigor el primero de diciembre de 2006:

La frase *información electrónicamente mantenida* es amplia, pero la medida en que la información o material entra en esta definición y, por ende, debe ser revelada, y en que forma ha de realizarse esta divulgación, constituyen preguntas separadas y distintas que tienen que ser analizadas de acuerdo con las Normas 26(b), 26(c), y 34(b).

La Norma 34(a) exige que, en la medida necesaria, una parte revelando información que haya sido electrónicamente guardada o mantenida tendrá la obligación de traducir dicha información a una forma que pueda ser utilizable.

La Norma 34(a) (1) también ha sido enmendada para establecer ampliamente que las partes pueden solicitar una oportunidad a los fines de probar o revisar ejemplares de materiales solicitados conforme con la norma junto con el derecho de poder también inspeccionarlos y copiarlos. Esta oportunidad puede ser importante tanto respecto a la información que esté electrónicamente mantenida como información

corporado las convenientes actualizaciones derivadas de los cambios tecnológicos.

Del mismo modo, dichas normas también tendrán que ser modificadas de acuerdo con pautas internacionalmente aceptables si es que van a alcanzar el grado de universalidad que se le exige a la convergencia jurídica de acuerdo con los nuevos preceptos internacionales de globalización económica y de la interdependencia vital de las naciones que forman parte de la comunidad internacional.

3.5. La Norma 36: Peticiones para confesiones

Una parte procesal tiene el derecho de requerir a la contraria para que admita o niegue proposiciones o premisas que constituyan opiniones de hechos o de la aplicación de normas legales a hechos. Aquí recalcamos que estas peticiones no se les pueden presentar a terceros que no formen parte del litigio en cuestión, igual que con las normas 33 y 34, ya estudiadas.

Una peculiaridad de esta norma es que cualquier requerimiento no contestado u objetado adecuadamente dentro de los 30 días de haber sido recibido por una parte será considerada como una confesión *ficta* de hechos o de aplicación de ley a hechos en contra de los intereses de la parte resistente al requerimiento.

También, la norma reconoce que una objeción fundamentada en falta de conocimiento suficiente como para afirmar o negar la proposición en cuestión no será admitida, a menos que se acredite, que se ha adoptado las medidas necesarias para obtener dicho conocimiento e información y aún así éstos son insuficientes para responder al requerimiento.

3.6. Orden al caos

Sería conceptualmente inútil identificar las metodologías principales de revelación de documentos e información en aras de cons-

contenida de acuerdo con metodologías más ortodoxas y tradicionales. El estado actual de la norma no es nada claro respecto a probar o escudriñar tales ejemplares. La enmienda, no obstante, claramente lo permite. De modo que, como es el caso con cualquier otra forma o metodología de revelación, temas de carga de prueba que surjan de una petición que busque probar ejemplares pudiesen ser ventilados conforme con las Normas 26(b) (2) y 26(c).

truir un punto de partida hacia la convergencia jurídica procesal sin algún entendimiento sobre la relación estratégica y táctica entre éstas. Queda claro que está más allá del objeto del presente trabajo, profundizar sobre este tema tan complicado y que se manifiesta con características peculiares en cada litigio. Sin embargo, algunas observaciones sí que resultan posibles.

Cabe subrayar dos imperativos. *Primero*, debe de existir un diálogo entre varias metodologías de revelación para asegurar un cumplimiento fidedigno por parte de la entidad con la obligación de revelar. Por ejemplo, la petición de confesiones debe de hacer referencia directa y explícita a los interrogatorios escritos. Ambos, en cambio, también deben de tomar en consideración el contenido de la petición de revelación de documentos. De este modo, se hace prácticamente imposible, desde un punto de vista logístico, cometer inconsistencias o contradicciones por la parte obligada a revelar sin que ello se destaque en una de las otras metodologías de revelación.

Segundo, el orden en el cual se utilizan las diversas normas es simplemente un tema crítico a considerar estratégicamente. La Norma 30 (declaración jurada oral), debe ser utilizada sólo después de haber obtenido respuestas a las normas 33, 34 y 36. La razón es simple y práctica. La declaración jurada oral hace posible el interrogatorio sobre documentos y otras cosas susceptibles de revelación de acuerdo con las normas de referencia. Una parte se privaría de poder argumentar sobre ambigüedades u otros campos de indagación que inevitablemente se presentan sólo al analizar cuidadosamente un documento. También, el proceso de la declaración jurada oral sirve a los fines de autenticar documentos divulgados por las partes de acuerdo con estas normas. De modo que tomar declaraciones juradas orales *antes* de haberse asegurado una parte del universo entero de posibles documentos susceptibles de revelación, sería el equivalente de colocar el coche antes del caballo.

El orden en el cual se les toman las declaraciones juradas a los testigos también aconseja consideración estratégica y táctica. Sobre este tema no hay unanimidad, ni tampoco podría haberla desde el punto de vista doctrinal. Esta problemática se manifiesta cada vez que es necesario tomarle la declaración jurada a ejecutivos, agentes, empleados y representantes de una empresa, que pertenezcan a distintas esferas de jerarquía

en la gerencia de ésta. Cabe preguntarse, ¿se le toma la declaración jurada al presidente de la empresa antes de interrogar a sus subordinados y de este modo se le priva a aquél de la oportunidad de estudiar los testimonios de éstos, o empezamos con la declaración jurada de aquellos miembros que tengan menor jerarquía dentro de la empresa en aras de que el presidente y con toda probabilidad la persona responsable de haber trazado la política corporativa, no tenga otro remedio que encontrarse vinculado y limitado por las confesiones y el testimonio de sus subordinados bajo pena de tener que revocar las premisas fundamentales de las declaraciones de éstos para asentar su juicio sobre los temas del testimonio? La respuesta no es científica y no puede ser definitiva. El tema se tiene que ventilar dentro del marco de las peculiaridades de los testigos, la singularidad de los hechos que enmarcan el caso y las percepciones del abogado o del equipo de abogados que toman la decisión.

4. EL ARBITRAJE Y EL TEMA DE LA CONVERGENCIA DE CULTURAS JURÍDICAS

¿Es posible aspirar a una convergencia de culturas en el arbitraje internacional cuando nos encontramos ante reglas y prácticas procesales como las que hemos abordado? ¿No tienen las partes un derecho legítimo a tener la expectativa de un vestigio de su cultura jurídica como parte elemental de un procedimiento internacional? Si estamos de acuerdo en que el actual clima global económico se caracteriza precisamente por la globalización económica y si consideramos el papel protagonista que en dicho clima tiene el “contrato comercial internacional” ¿no se necesitará también una globalización jurídica que represente los sistemas jurídicos principales pero sin identificarse completamente con ninguno de ellos?

Es precisamente el parroquianismo, el que teme el cambio y la incorporación de nuevas ideas que conducen a la formación de sistemas novedosos, que destacan el desarrollo del arbitraje internacional de Estados Unidos y que también hoy día definen el esfuerzo por integrar, en una ley arbitral internacional el concepto de fragmentación procesal (es decir, múltiples audiencias o vistas culminando en una audiencia final o juicio), mientras los árbitros en la actualidad tienden, por un lado, a

gestionar y administrar el proceso arbitral en detrimento de la autonomía de las partes, y, por otro, a no incorporar preceptos amplios de revelación en sus procesos.

4.1. Convergencia en la obtención y revelación de documentos e información

En el contexto de arbitrajes internacionales el derecho de las partes a obtener documentos e información de otras partes varía de manera material y determinante dependiendo de la ley que gobierne el proceso. Existen distintas posiciones doctrinales respecto de la ley procesal aplicable. Numerosos académicos y juristas favorecen la proposición de *deslocalización* del arbitraje⁽¹³⁾. De acuerdo con esta ficción legal, los árbitros no están vinculados por ninguna ley *adjetiva* y, por tanto, aplican aquellas normas procesales que ellos estimen que se adecúan mejor con el carácter del arbitraje y las expectativas de las partes. Por ejemplo, el Artículo I (1) de las Normas de Arbitraje Internacional de la *American Arbitration Association* (AAA) establece que este conjunto de normas controla todos los aspectos procesales. De hecho, el Artículo I (1) dice:

“Cuando las partes han acordado por escrito llevar a un arbitraje cualquier contienda bajo estas normas de arbitraje internacional o han acordado celebrar un arbitraje bajo el auspicio del *International Center for Dispute Resolution of the American Arbitration Association* sin haber designado normas en particular, el arbitraje se celebrará de acuerdo con estas normas, tal como ellas se encuentren en la fecha en la cual comience el arbitraje, supeditado a cualquier modificación que las partes pudiesen acordar por escrito”.

También, el Artículo I(2) de las Normas Internacionales de Arbitraje de la AAA prevé que “estas reglas gobiernan el arbitraje,

(13) KAURMANN-KOHLER, Verce Gabrielle, *Globalization of Arbitral Procedure*, 36 VAND. J. Transnat'l L. 1313, 1322 (2003) (esgrimiendo que la *liberación* del arbitraje ha causado el desarrollo de un conjunto de reglas que constituyen pautas arbitrales que también cuenta con las normas de la IBA sobre pruebas, las normas UNCITRAL, las normas institucionales de arbitraje, y el conjunto de normas forjadas por los árbitros).

salvo cuando exista una norma imperativa que se desprenda de la ley aplicable al arbitraje”.

De este mismo modo, el Artículo 28(1) de las Normas Internacionales de Arbitraje de la AAA destacan que el tribunal arbitral tendrá discreción en cuanto a la determinación de la ley sustantiva o las normas legales aplicables al arbitraje. *Primero*, el tribunal arbitral se encuentra obligado a aplicar la ley o normas legales designadas por las partes. *Segundo*, en casos en las cuales las partes no hayan realizado tal designación, el tribunal arbitral aplicará la ley o las normas legales que el tribunal considere apropiadas bajo las circunstancias y particularidades que caractericen el caso concreto.

Esta visión se adecuaba mejor en el ámbito de los arbitrajes internacionales que afectan a distintas culturas jurídicas. Inclusive, se puede alegar con fundamento que las leyes nacionales de arbitrajes modernas siguen este paradigma (véase por ejemplo el Artículo 1494 del Código Francés de Procedimiento Civil, el Artículo 1036 de la Ley Arbitral de Holanda, y el Artículo 182(2) de la Ley de Derecho Internacional Privada de Suiza).

La práctica del arbitraje internacional ha evolucionado a partir del precepto arcaico de “territorialidad” de acuerdo con el cual todo tema procesal queda determinado por la ley nacional de la sede del arbitraje, hacia una pauta más flexible que le confiere a los árbitros la discreción de forjar metodología e itinerarios procesales más receptivos a la miríada de circunstancias similares que cada caso presenta. Por ejemplo, en 1975 en las Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) se marcó una distinción entre las reglas de arbitraje y las normas procesales locales del foro. De acuerdo con el artículo 15 de las Reglas de la CCI, al Tribunal Arbitral se le ha concedido discreción plena respecto a cómo resolver los temas procesales. De hecho *Yves Derains y Eric Schwartz* en sus comentarios sobre las nuevas normas de arbitraje de la CCI (Edición 2006) cuentan que “los árbitros están autorizados a decidir temas procesales de acuerdo con su discreción, sin tener que referirse a ninguna ley nacional o conjunto de normas procesales”.

El tema de la revelación de documentos e información es por excelencia procesal y, por ende, está dentro del ámbito de atribuciones del tribunal arbitral y *no* de las partes. De acuerdo con el paradigma contemporáneo, que le otorga autoridad en temas procesales en general –y respecto a divulgación en particular– a los árbitros y no a las partes, así sacrificando al precepto de autonomía de las partes en alguna medida, se ponen en contraste y alto relieve las diferencias entre las culturas jurídicas continental y la tradición *Common Law*. No hay duda que la autoridad del tribunal arbitral es prácticamente ilimitada con respecto a los documentos y testigos que las partes controlan. Por ejemplo, el Artículo 20(1) de las Reglas de Arbitraje de la CCI mantiene que el Tribunal Arbitral tendrá que “establecer los hechos del caso por todos los medios apropiados”. Del mismo modo, el artículo 20(5) establece que el tribunal arbitral podrá “dictar a cualquier parte que suministre pruebas adicionales”. El Artículo 19 de las Reglas de Arbitraje de la *Internacional Center for Dispute Resolution* (ICDR) establece que el panel arbitral está facultado a los fines de “requerir que las partes revelen otros documentos, muestras, o pruebas”.

En la medida en que una parte se niegue a cumplir con una orden de revelación emitida por el panel arbitral, éste estaría autorizado a inferir una presunción negativa contra la parte incumplidora de la orden respecto a la prueba en cuestión.

En cuanto a documentos o testigos controlados por terceros que no son parte del proceso arbitral, es generalmente aceptado que las partes de un arbitraje internacional no están autorizadas a los fines de iniciar un proceso de revelación. Esta premisa normativa es reservada a los árbitros. Como veremos a continuación, no obstante, nos encontramos en la víspera de una revolución en cuanto al tema de la divulgación y pruebas en el campo del arbitraje internacional.

La facultad de los árbitros para poder exigir la revelación de documentos o la presencia de testigos depende de la norma procesal del foro en donde la prueba o el testigo estén localizados. En caso de arbitrajes internacionales con la sede en Estados Unidos, la Sección 7 del *Federal Arbitration Act* otorga a los árbitros la facultad de exigir la presencia

de testigos de terceras partes a fines de declarar. La Sección 7 permite que los árbitros soliciten una orden de un tribunal federal para exigir a un testigo recalcitrante que se presente a declarar ante el panel. Tales declaraciones no se realizan bajo pena de perjuicio por la naturaleza privada del arbitraje, en contraste con los testimonios prestados en un proceso judicial. Durante el proceso arbitral las partes no se encuentran obligadas a declarar bajo juramento pues el tribunal no es un órgano estatal.

En cuanto a las jurisdicciones que han elaborado sus leyes nacionales de arbitraje teniendo como referencia la Ley Modelo de Arbitraje UNCITRAL (Alemania, Australia, Austria, Azerbaijón, Bahrain, Bangladesh, Bielorrusia, Bulgaria, Canadá, Chile, en China: Hong Kong, Macao como región especialmente administrada; Croacia, Chipre, Egipto, España, Grecia, Guatemala, Hungría, India, Irán, Irlanda, Japón, Jordania, Kenya, Lituania, Madagascar, Malta, México, Nueva Zelanda, Nigeria, Noruega, Omán, Paraguay, Perú, Filipinas, Polonia, República de Corea, Federación Rusa, Singapur, Sri Lanka, Tailandia, Túnez, Ucrania, dentro del Reino Unido e Irlanda del Norte, Escocia, dentro de los Estados Unidos de América: California, Connecticut, Illinois, Oregón y Texas; Zambia, y Zimbabwe), el Artículo 27 del cuerpo de UNCITRAL permite a los árbitros solicitar asistencia judicial en la toma de pruebas, pero limitada a las autoridades judiciales de la sede del arbitraje. Consecuentemente, en aquellas jurisdicciones que han modelado su ley arbitral de acuerdo con el paradigma UNCITRAL, es clarísimo que los árbitros disfrutan de la misma autoridad en materia de revelación que los tribunales judiciales locales. Es decir, si el juez de lugar del arbitraje es incapaz por virtud de sus propias normas de exigir la presencia de un testigo recalcitrante en un tema judicial de carácter civil o comercial, los árbitros con sede en dicha jurisdicción se encuentran con la misma limitación.

De hecho, la Sección 17 del modelo UNCITRAL recientemente ha sido modificada y enmendada con el propósito de otorgar a los tribunales judiciales la facultad de reconocer y hacer valer órdenes interlocutorias emitidas por paneles arbitrales respecto a medidas cautelares. Sobre este punto es necesario enfatizar que la Convención de Nueva York sólo reconoce laudos arbitrales obligatorios.

4.2. Unas palabras sobre la práctica de la prueba (*Taking of Evidence*) de la IBA

Es importante recalcar que el concepto de “*revelación*” (“*discovery*”) no existe en el arbitraje. Sencillamente, no encontramos esta terminología en las normas de UNCITRAL, ni en las normas de la IBA, o en reglas de las instituciones arbitrales más preeminentes.

Las normas del IBA se titulan: Normas Sobre la Toma de Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional (*Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration*). Éstas tienen poco que ver con el concepto de “*revelación*” (“*discovery*”) que hemos analizado. Las notas del comité encargado de la redacción de estas normas muestran contundentemente la intención de omitir tanto declaraciones juradas como las otras metodologías que caracterizan esta rama procesal en el sistema *Common Law*. El prefacio a las normas sugiere que el esfuerzo en redactar normas de pruebas, buscaba como meta *reflejar procesos utilizados en distintos sistemas legales a los fines de que dichas normas sean útiles a partes de diversos orígenes legales culturales*.

En rasgos generales, las normas se limitan a (i) peticiones que soliciten documentos, (ii) inspección de propiedad en casos excepcionales, (iii) declaraciones escritas de testigos y (iv) análisis de peritos.

Estas normas autorizan al tribunal a determinar (a) la admisibilidad, (b) la relevancia, (c) la materialidad, y (d) el valor de las pruebas presentadas. En contraste, la Norma 26 carece de estas condiciones ya que la materia susceptible de revelación por virtud de esta norma *per se* no pretende ser necesariamente, ni tiene que ser, admisible de acuerdo con el Código Federal de Procedimiento Civil estadounidense.

Finalmente, las declaraciones de testigos no crean una obligación a la parte que propone la declaración de presentar al testigo a fines de que éste sea examinado por la parte contraria. Por lo tanto, es imposible retar las premisas presentadas por escrito en una declaración de un testigo utilizando al propio testigo, que manifiesta que su declaración es fidedigna, a pesar de no haber sido formulada bajo juramento.

5. LA REESTRUCTURACIÓN RADICAL DE LA REVELACIÓN Y LA PRÁCTICA DE LAS PRUEBAS EN LOS ARBITRAJES COMERCIALES INTERNACIONALES

En Estados Unidos se ha promulgado una legislación extremadamente *sui generis* que permite a *tribunales extranjeros y a personas interesadas* en el extranjero tener acceso a la revelación de documentos e información en los Estados Unidos de acuerdo con las normas federales procesales. Aunque el Estatuto 28 U.S.C. 1782 ha sido un tema controvertido y de discusión respecto a sus parámetros y aplicabilidad, éste ha demostrado ser invalorable como metodología de revelación para personas interesadas que estén involucradas en disputas civiles, comerciales, penales, administrativas, y en investigaciones administrativas, penales y quasi-penales.

5.1. Los elementos de la Sección 1782

La Sección 1782(a) le otorga a los tribunales federales discreción *prácticamente* absoluta en cuanto a permitir a personas extranjeras que participen en el proceso de revelación, de acuerdo con las normas federales procesales a los fines de asistir a un tribunal extranjero. La Sección 1782(a) en parte establece:

“Un tribunal federal de primera instancia del distrito en el cual una persona reside o se encuentra puede exigir que esa persona se someta a prestar declaración oral o escrita y también a revelar documentos u otras cosas para ser utilizadas en un proceso extranjero o ante un tribunal internacional(...) la orden emitida por el tribunal federal de primera instancia puede ser elaborada(...) de acuerdo con una solicitud interpuesta por cualquier persona interesada y puede exigir el testimonio o declaración escrita de dicha persona o la divulgación de documentos u otras cosas, ante una persona nombrada por el propio tribunal”.

La versión actual de la 1782 fue redactada en 1964. Tribunales de segunda instancia han observado que la 1782 fue enmendada con el propósito de “facilitar el proceso contencioso ante tribunales extranjeros, mejorar la cooperación internacional en materia contenciosa, y hacer de los

Estados Unidos un adalid en la comunidad de naciones respecto a este tema de revelación”(14). De acuerdo con la Exposición del Senado de los Estados Unidos que acompaña el texto de ley, “el Congreso estaba esperando en animar a países extranjeros a que revisaran sus procedimientos judiciales en materia de cooperación internacional de un modo parecido”(15).

Los tribunales federales unánimemente han recalcado que la 1782 tiene dos objetivos “gemelos”:

- (i) Hacer posible medios de asistencia eficientes a los partícipes en disputas internacionales abriendo las puertas de los tribunales federales a éstos, y
- (ii) Alentando a tribunales extranjeros a brindar asistencia recíproca a los tribunales federales estadounidenses(16).

6. LA NUEVA CONFIGURACIÓN DE LA REVELACIÓN DE DOCUMENTOS CAUSADA POR *INTEL CORP. V. ADVANCED MICRO DEVICES*

Como fue adelantado, en 2004, la Corte Suprema de Estados Unidos dictó una sentencia cumbre en el caso *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices*, 124 S. Ct. 2466 (2004), de acuerdo con la cual le proporcionó a los tribunales inferiores pautas claras y amplias en cuanto a la resolución de peticiones bajo 1782. El tribunal perfiló el tema ante sí como un caso que “concierna la autoridad de tribunales federales de primera instancia en cuanto a la asistencia en la revelación de pruebas que han de ser utilizadas ante tribunales extranjeros o internacionales”(17).

Después de repasar minuciosamente la coyuntura procesal del caso que el Tribunal de Apelación del Noveno Circuito había revocado y reenviado a la primera instancia con instrucciones sobre cómo valorar los méritos de la petición en cuestión, la Corte Suprema estableció que

(14) Ver: *In Re Bayer AG*, 146 F. 3d 188, 191-92 (3d Cir. 1998).

(15) *In Re Application of Asta Médica, S.A.*, 981 F. 2d 1, 5 (1st Cir., 1992) [citando S. Rep. 1850, 88th Cong. 2d Sess., reprinted in 1964 USCCAN 3782, 3788 (1964)].

(16) Véase: *Schmitz v. Berntein, Liebhard & Lifhsitz, LLP*, 376 F. 3d 79, 84 (2d Cir. 2004).

(17) *Intel*, 124 S.Ct. 2466, 2471.

de acuerdo con la directiva del Noveno Circuito, un denunciante ante el Directorio General de Competencia de las Comunidades Europeas (“La comisión”) debe ser tenido como “una parte interesada” a los fines de la 1782. Aquí la Corte Suprema agregó que la Comisión “es un Tribunal en cuanto la 1782(a) porque actúa como un órgano de primera instancia que toma decisiones”. El dictamen de la Corte también indicó que el *acta de sesiones* “para la cual se solicita la revelación conforme con la 1782(a) tiene que ser razonablemente contemplada, pero no necesita estar *pendiente* o (ser) *inminente*” (Cursiva en el original). Finalmente, la Corte razonó que “la 1782(a) no contiene ningún requerimiento que obligue a que las pruebas solicitadas a un tribunal federal tuviesen que ser susceptibles de revelación de acuerdo con la ley que gobierna al acta de sesiones extranjera”⁽¹⁸⁾. Este dictamen se emitió después que el tribunal observó la necesidad de forjar una nueva pauta constituida por dos elementos a los fines de adjudicar una solicitud interpuesta de acuerdo con la 1782. El análisis es breve y práctico.

Primero, el juez federal de primera instancia tiene la obligación de determinar si es competente para conceder la solicitud. Este elemento rudimentario comprende a su vez tres preceptos que tienen que ser cumplidos:

- (i) La persona a quien se le solicita el testimonio o los documentos tiene que residir o encontrarse en el distrito en el cual la solicitud es interpuesta.
- (ii) Es necesario que la revelación solicitada esté destinada a ser utilizada solamente ante un *tribunal extranjero*, y
- (iii) La solicitud tiene que haber sido interpuesta por una *persona interesada*.

El *segundo* elemento es también pragmático y está basado en la premisa destinada a promover los mismos preceptos que el Congreso intentó desarrollar en la promulgación de la 1782. Si las tres pautas de la sección 1782(a) son cumplidas, un tribunal de primera instancia se encuentra con la obligación de ejercer su discreción en resolver si la reve-

⁽¹⁸⁾ *Intel, supra* at 2472-3.

lación solicitada es apropiada. Es importante destacar que el tribunal de primera instancia no está obligado a conceder una solicitud 1782 simplemente porque disfrute de competencia, jurisdicción y autoridad que le permita concederla⁽¹⁹⁾. De hecho el Tribunal Supremo se esmeró en perfilar y destacar ciertos factores que sirven de pauta a seguir por parte de los tribunales de primera instancia en el ejercicio de su discreción:

- (a) Determinar si la persona o entidad a quien se le solicita revelación es una parte en el procedimiento extranjero. Si la respuesta es afirmativa, la necesidad de asistencia judicial generalmente no es tan aparente como las pruebas se les solicitan a una tercera parte que no es parte en tal proceso,
- (b) “La naturaleza del tribunal extranjero, el carácter del procedimiento en cuestión, y la receptividad del gobierno extranjero, tribunal o agencia, a la asistencia de un tribunal federal tiene que ser evaluado”, y
- (c) Hay que determinar si la solicitud es un esfuerzo destinado a “eludir metodologías de pruebas u otras políticas de un país extranjero o de los Estados Unidos y también si dicha revelación muestra ser extraordinariamente hostil u onerosa”⁽²⁰⁾.

La directiva de la Corte Suprema en el caso *Intel* no sólo esclarece la jurisprudencia sobre el significado de *personas interesadas* dentro de la rúbrica de la 1782, la naturaleza y carácter del: *Acta de sesiones*, respecto a un *tribunal extranjero*, sino que también amplía la pauta para ser aplicada por jueces federales de primera instancia que decidan sobre solicitudes bajo 1782. En síntesis, la Corte Suprema ha presentado las premisas que conducen a una interpretación liberal y amplia del concepto de *tribunal extranjero* bajo la aplicación de la 1782.

6.1. La Sección 1782 en el contexto de arbitrajes internacionales

Uno de los aspectos más controvertidos de la 1782 es en qué medida esta legislación es aplicable a arbitrajes comerciales internacionales.

⁽¹⁹⁾ *Ibidem*, 124 S. Ct. at 2483.

⁽²⁰⁾ *Ibidem*.

La jurisprudencia anterior a *Intel*, incluyendo el dictamen del Segundo Circuito (quizás el tribunal de apelación de más prestigio después del Tribunal Supremo), había rechazado el uso de la 1782 en arbitrajes comerciales internacionales⁽²¹⁾. El razonamiento de estos tribunales era diáfano. Simplemente se consideró que un *panel arbitral* no constituye un “tribunal” de acuerdo con la 1782 porque un arbitraje se deriva del acuerdo de las partes y no es un cuerpo judicial establecido por un Estado soberano. Hay que señalar que estas decisiones han sido criticadas por académicos estadounidenses⁽²²⁾. El negarles esta facultad a los tribunales arbitrales, muestra la falta de conocimiento de la naturaleza y el desarrollo del arbitraje internacional.

Primero, el arbitraje internacional es una institución legal que no nace exclusivamente de acuerdos contractuales. En muchas instancias la jurisdicción arbitral se deriva, no de un acuerdo privado sino de un convenio o tratado internacional, como es el caso de los arbitrajes ante el Centro Internacional de Arreglo de Controversias Relativas Inversiones (CIADI), existiendo más de 2000 tratados bilaterales de inversiones en el mundo. También el Congreso, al promulgar la Ley Federal de Arbitraje (*Federal Arbitration Act*) ha reconocido el interés público y la política estatal en reducir el número de causas judiciales que los tribunales hoy día tramitan y que se encuentran abrumados por el exceso de causas y la falta de recursos. Del mismo modo el Congreso deseaba ofrecer a los empresarios una metodología eficiente y económica a los fines de poder ventilar sus controversias⁽²³⁾.

(21) *Republic of Kazakhstan v. Biedermann Inter.*, 168 F. 3d 889, 883 (5th) Cir. 1999); *National Broadcasting Co., Inc. v. Bear Stearns & Co., Inc.*, 165 F. 3d 184, 191 (2d Cir. 1999).

(22) SMITH, Hans, “American Assistance to Litigation in Foreign and International Tribunals”, *Section 1782 of Title 28 of the U.S.C. Revisited*, 25 *Syracuse J. Int'l L. & Com.* 1, 5-8 (1998); CLARK GREEN, Jonathan, *Are International Institutions Doing Their Job?* 90 *Am. Soc'y Int'l L. Proc.* 62, 70-71 (1996); STAHR, WALTER B., *Discovery Under 28 U.S.C. 1782 for Foreign and International Proceedings*, 30 *Va. J. Int'l L.* 597, 619-20 (1990).

(23) La Corte Suprema ha dictado que la rama legislativa, al sancionar el *Federal Arbitration Act*, reconoció la conveniencia que presta el arbitraje como alternativa viable a las complejidades del litigio civil. Ver: *Wilko v. Swan*, 246 U.S. 427, 431 (1953), en: *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614, 631 (1985), por ejemplo,

Segundo, el deseo de promover el arbitraje como un método que sirva de alternativa en aras de armonizar la resolución de controversias internacionales ha sido reconocido ampliamente por la adaptación masiva de la Convención de Nueva York. La popularidad internacional de la Convención de Nueva York ha convertido al arbitraje internacional en el recurso más relevante para resolver disputas comerciales internacionales.

Tercero, un simple repaso de la legislación comparativa en el campo de arbitraje –como el estudio de las normas adoptadas por las instituciones arbitrales internacionales de mayor importancia– muestra que de hecho los árbitros en muchos sentidos significativos desempeñan un papel muy parecido al de un juez⁽²⁴⁾.

6.2. Un nuevo desarrollo jurisprudencial: *In Re: Aplicación of Roz Trading Ltd.*

El arbitraje internacional se encuentra en el umbral de una formación y transformación procesal sin precedentes en tema de revelación. Este desarrollo ha sido relativamente repentino y desde ya son *pocos* los que se han percatado de sus consecuencias inmediatas y futuras. A pesar de la cautela por parte de las instituciones arbitrales que gozan de mayor popularidad (por ejemplo la CCI, ICDR y LCIA) tanto como el esfuerzo del IBA en la rama de la *toma de pruebas* en arbitrajes internacionales, el uso transnacional de las normas federales procesales en temas de revelación se ha convertido en una realidad inalterable y que exige la capacitación inmediata de abogados entrenados en el sistema continental o civil.

la Corte Suprema ratificó y enfatizó el interés público tanto como la voluntad política de Estados Unidos en favorecer cláusulas arbitrales y también recalcó que la participación de Estados Unidos en la Convención de Nueva York de hecho reafirma este interés en cuanto su aplicabilidad al comercio internacional.

(24) Por ejemplo, el artículo 35 de la Ley Modelo de Arbitraje UNCITRAL mantiene que un laudo arbitral tiene que ser reconocido como el único recurso disponible a los fines de anular un laudo conforme con el Capítulo VII de la Ley Modelo. También, el artículo 28 de las Normas de Arbitraje de la CCI sostiene que las partes, al someter una contención a un arbitraje, han renunciado a cualquier recurso susceptible a ser rechazado por las normas de jurisdicción a las cuales las partes se han sometido. Finalmente, el artículo 27 de las Normas de Arbitraje de la ICDR impera que un laudo arbitral es final y vinculante entre las partes.

Las especulaciones que acompañaron el dictamen de la Corte Suprema en el caso *Intel* han dejado de manifestarse como tal y hoy constituyen pautas determinantes en cuanto la revelación de documentos e información en Estados Unidos respecto al uso de estos materiales y datos en un arbitraje internacional con sede en el extranjero. Esta posibilidad se ha convertido en norma al dictarse el 20 de enero de 2007 el dictamen por el Tribunal Federal del Distrito Norte del Estado de Georgia en el caso *In Re: Application of Roz Trading Ltd.*, 2007 WL 120844. Este dictamen está exquisitamente redactado y emitido por un distrito federal altamente respetado. Tendremos que someterlo a un análisis detenido.

Los hechos son sencillos y, por esta razón, contundentes. El demandante sometió una petición a los fines de obligar a la compañía Coca-Cola (el demandado) a divulgar documentos para ser utilizados en un arbitraje internacional con sede en Viena ante un panel arbitral designado por el Centro Internacional de Arbitraje de la Cámara Económica de la Federación de Austria (en adelante, “el Centro”), ante el cual aparece *The Coca-Cola Export Company* (“CCEC”), subsidiaria del demandado, junta con otras partes⁽²⁵⁾.

El arbitraje se basaba en reclamaciones por incumplimiento de contrato alegadas por el demandante contra CCEC. Este contrato había sido firmado con el objetivo de crear un *joint venture* entre el demandante, CCEC, y el gobierno de Uzbekistán. El demandante asevera que el gobierno de Uzbekistán unilateralmente y con violencia tomó posesión de los intereses del demandante en el *joint venture*⁽²⁶⁾. Como parte de los alegatos, el demandante también esgrimió que sus empleados fueron incapaces de llevarse consigo documentos corporativos y hasta la fecha no había sido posible retirar estos materiales de Uzbekistán. El demandante del mismo modo alegó que la CCEC y el demandado asistieron al gobierno Uzbekistán a excluir al demandante del *joint venture*⁽²⁷⁾.

(25) *In Re Roz Trading, Ltd.*, 469 F. Supp. 2d 1221 (N.D. Ga., 2006).

(26) El demandante alegó que esta toma de propiedad ajena en parte fue motivada por el divorcio del presidente de la empresa demandante de la hija del presidente de Uzbekistán. *Id.* at 1223, f.n.2.

(27) *Ibidem*.

De acuerdo con la cláusula arbitral en el contrato principal en vigor y firmado por las partes, el demandante interpuso una reclamación ante un panel arbitral del Centro. Simultáneamente, el demandante solicitó asistencia al Tribunal del Distrito Norte del Estado de Georgia conforme con 28 U.S.C 1782 (a) solicitando una orden exigiendo al demandado que revelara documentos para que pudieran ser utilizados en el arbitraje pendiente en Viena⁽²⁸⁾. El tema principal ante el tribunal fue la medida en la cual los factores delimitados en el tema *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.*⁽²⁹⁾, favorecen una orden concediendo la petición.

Después de analizar cuidadosamente el precedente de la Corte Suprema en *Intel*, el tribunal decidió que el Centro es un *tribunal* conforme con la 1782(a) y consistente con el razonamiento en *Intel*⁽³⁰⁾. Aquí, el tribunal de primera instancia observó que “mientras *Intel* explícitamente no llegó a dictar un foro arbitral constituye un *tribunal* a los fines de 1782, la Corte Suprema, no obstante, citó a una autoridad proponiendo que un tribunal arbitral es un tribunal a los fines de la 1782(a)⁽³¹⁾”. Paralelo con esta premisa, la Corte Suprema también dictaminó que el foro administrativo “Competencia-DG constituye un *tribunal*” una vez que éste actuó como foro de primera instancia en la adjudicación que forma parte de un proceso que conduce a una adjudicación dispositiva, es decir, una acción administrativa de carácter final que responde a la demanda interpuesta y es, en torno, susceptible de apelación⁽³²⁾.

El tribunal de primera instancia encontró apoyo analítico en las pautas asentadas por la Corte Suprema en *Intel* y, sobre todo, en la doctrina defendida por la que un tribunal está dentro del ámbito de la sección 1782 siempre y cuando éste desempeñe el papel de un foro de primera instancia cuya responsabilidad estriba en adjudicar un asunto debatido y traído por una parte en su demanda. Este axioma, desconcertantemente sencillo, sirvió en gran medida como piedra

(28) *Ibidem*.

(29) 542 U.S. 2004.

(30) *Ibidem*. at 2479.

(31) *Ibidem*.

(32) *Ibidem*.

analítica angular en el razonamiento del Tribunal Federal del Distrito Norte de Georgia. “Cuando el Centro fue examinado a través de los mismos lentes pragmáticos con los cuales la Corte Suprema en *Intel* examinó el foro de Competencia-DJ, claramente hay que concluir de modo necesario que éste es un ‘tribunal’ conforme con la 1782⁽³³⁾”.

Aparte de haber iniciado un análisis exhaustivo de carácter lingüístico en cuanto a los términos utilizados en la 1782(a)⁽³⁴⁾ y el Informe del Congreso que muestra la intención de emitir esta legislación (28 U.S.C. 1782)⁽³⁵⁾, el tribunal despejó los argumentos del demandado que se apoyaban en las decisiones *Nat’l Broad Co., Inc.*, y *Republic of Kazakhstan*⁽³⁶⁾. Apoyándose en el nuevo análisis de la Corte Suprema en *Intel*, el tribunal destacó seis premisas fundamentales sobre las cuales apoyó su dictamen en el que concluyó que un tribunal arbitral constituye un *tribunal* conforme con el mandato de la 1782(a).

Primero, el tribunal destacó que tanto el Segundo como el Quinto Circuitos habían emitido sus sentencias no menos de cinco años *antes* del análisis de la Corte Suprema en *Intel* y, por tanto, ambos se habían privado del beneficio de dicho razonamiento de la Corte al estudiar precisamente el tema que se les había presentado a ellos⁽³⁷⁾. De modo que el Segundo y Quinto Circuito habían elaborado análisis estructurales y analíticamente defectuosos en sus interpretaciones de la 1782(a).

Segundo, el tribunal destacó que el Segundo y Quinto Circuitos habían apoyado sus análisis bajo la premisa endeble de que la definición del término *tribunal* es ambigua. De hecho el Segundo Circuito, por ejemplo, llegó a esta conclusión a pesar de admitir que el uso de la palabra *tribunal* es aceptado como que comprende foros privados y estatales⁽³⁸⁾.

⁽³³⁾ *Ibidem*.

⁽³⁴⁾ *Ibidem*. at 2478.

⁽³⁵⁾ *Ibidem*. at f.n. 10.

⁽³⁶⁾ *Nat’l Broad Co., Inc. V. Bear Stearns & Co., Inc.*, 165 F.3d 184 (2d Cir. 1999), *Republic of Kazakhstan v. Beidermann*, 168 F.3d 880 (5th Cir. 1999).

⁽³⁷⁾ *Ibidem*. at 1227.

⁽³⁸⁾ *Ibidem*.

Tercero, a pesar de las inconsistencias respecto a la palabra *tribunal* y la definición de ésta en contextos privados y gubernamentales, el Segundo Circuito cometió un error en concluir que la historia legislativa de la 1782 generaba dudas sobre el significado de la palabra *tribunal*. De manera que el tribunal subrayó que “la decisión del Tribunal Supremo en *Intel* desvirtúa el razonamiento utilizado en *Nat’l Broad. Co.* En *Intel* la Corte repasó las coyunturas históricas de la legislación de la 1782 y encontró que la intención de esta legislación era ampliar los parámetros del significado de la palabra *tribunal*. La Corte específicamente observó que “la historia de la legislación de las enmiendas de 1964 muestran que el Congreso reconoció que esta asistencia judicial también estuviese disponible independientemente de que el proceso extranjero o internacional sea una investigación de carácter penal, civil, administrativa, o de otra naturaleza⁽³⁹⁾” (cursiva en el original).

Claramente, de acuerdo con el análisis del tribunal, la interpretación y aplicación del historial legislativo de la 1782(a) por parte de la Corte Suprema contradice a las claras las interpretaciones del Segundo y el Quinto Circuitos que de forma incorrecta concluyeron que el Congreso intentaba limitar el acceso a la asistencia judicial conforme a la 1782 a gobiernos en temas penales, civiles, o administrativos exclusivamente⁽⁴⁰⁾.

Cuarta, queda claro que la Corte Suprema confirmó que bajo 1782(a) aquello que define un *tribunal* no tiene que ver con la naturaleza de éste en cuanto su carácter *privado* o *gubernamental*. En cambio, un tribunal se define por la medida en que este foro actúa como un foro de primera instancia con la responsabilidad de adjudicar pretensiones expresadas en una demanda. Es precisamente la función de adjudicarse la que perfila su calidad como *tribunal* de acuerdo con la 1782(a).

Quinta, el tribunal concluyó que la Corte Suprema utilizó una metodología analítica que desvirtúa totalmente las premisas sobre las cuales se apoyaron el Segundo y Quinto Circuitos. De hecho el tribunal observó que la sentencia emitida por el Quinto Circuito en *Republic of Kazakhstan v. Beidermann* expresamente seguía el mandato en la

⁽³⁹⁾ *Ibidem*.

⁽⁴⁰⁾ *Ibidem*.

sentencia del Segundo Circuito en *Nat'l Broad. Co.* Del mismo modo que *Nat'l Broad Co.*, *Beidermann* comienza sus análisis en la premisa que el término *tribunal* es ambiguo (citando 168 F. 3d, pp. 880-81) *Beidermann* también descansa sobre una exégesis que comprende el análisis de la historia legislativa tanto como la política subyacente a los fines de interpretar el andamiaje legislativo en su totalidad. Por lo tanto, *Beidermann* se suscribe al mismo razonamiento defectuoso que encontramos en *Nat'l Broad Co.*, y también fue decidido sin el beneficio del análisis de la Corte Suprema en *Intel*. Por estas mismas razones que este tribunal declina seguir a *Nat'l Broad Co.* o *Beidermann*⁽⁴¹⁾.

El precepto novedoso que encontramos en *In Re: Roz Trading* no se puede y no se debe entender como una mera *aberración*, ya que (i) el razonamiento de la sentencia es verdaderamente extraordinario y, (ii) éste se compagina con el precedente sentado por la Corte Suprema en *Intel*. Ambas decisiones muestran una clara tendencia hacia la interpretación liberal y amplia de la 1782(a). En el pronunciamiento más reciente a la fecha sobre los parámetros de la 1782(a), por parte de un tribunal federal de segunda instancia, precisamente se recalca esta tendencia hacia la “globalización procesal” de la 1782(a).

6.3. *In Re: Patricio Clerici*; creando nuevas pautas

El 21 de marzo del 2007 el Tribunal Federal del Decimoprimer Circuito ejerció jurisdicción sobre una apelación que pretendía revocar una orden emitida por un tribunal federal de primera instancia que concedió una petición conforme con 28 U.S.C. 1782 a los fines de solicitar revelación de documentos en un caso en el cual el tribunal extranjero supuestamente había dictado sentencia sobre el fondo del asunto sometido a su conocimiento⁽⁴²⁾.

El desarrollo procesal de este caso invita al análisis. Curiosamente, el demandante había interpuesto una demanda civil en los tribunales de Panamá alegando daños y perjuicios supuestamente creados

(41) *Ibidem.* at. 1228.

(42) *In Re: Clerici* 2007 WL 840327 (11th Cir. 2007).

por una demanda civil que se había interpuesto contra éstos en el mismo tribunal. A pesar de numerosas irregularidades procesales que, entre otros temas, cuenta con la falta de notificación de juicio al demandado (quien no participó en el juicio de este tema ya que carecía de notificación) el tribunal de primera instancia del Circuito de Colón de la República de Panamá pronunció una sentencia que condenó al demandado al pago de US\$ 1, 996,598.00 por concepto de daños y perjuicios más US\$ 294,589.70 por costas⁽⁴³⁾.

No fue un hecho debatido que esta sentencia dictada en Panamá nunca fuera reconocida y ejecutada en el Estado de la Florida⁽⁴⁴⁾.

El Decimoprimer Circuito esgrimió dos premisas básicas sobre las cuales rechazó los argumentos del demandado, quien aseveró que el término *procedimiento* dentro del contexto de la 1782 se refiere a un proceso de adjudicación y no a un procedimiento de ejecución de sentencia.

Primero, al rechazar esta premisa el Decimoprimer Circuito observó que “la 1782 únicamente establece que la prueba tienen que ser ‘para uso en un procedimiento’, y no hay nada en el lenguaje de la 1782 que exija que el proceso sea adjudicativo en su naturaleza (cita omitida). De modo que la ley, específicamente, mantiene que pruebas obtenidas a través de la 1782 pueden ser utilizadas en ‘investigaciones penales mantenidas antes de la propia existencia de una acusación formal’, aunque dichas investigaciones no representan procesos adjudicativos”⁽⁴⁵⁾.

Segundo, el Decimoprimer Circuito se encontró en la obligación conceptual de enfatizar que la Corte Suprema “había reconocido los parámetros amplios de ‘revelación’ autorizados por la 1782 y había decretado que la 1782 no se limitaba a ser aplicada a procedimientos pendientes o de coyuntura procesal inminente (cita omitida)”⁽⁴⁶⁾.

(43) *Ibidem*.

(44) *Ibidem*. at f.n. 2.

(45) *Ibidem*. at 5.

(46) *Ibidem*.

También, la Corte rechazó la proposición esgrimida por el demandado de que la 1782 no contempla su aplicación una vez que se haya agotado toda la labor judicial, ya que el proceso de ejecución sobre una sentencia como máximo se limita a exigir exclusivamente un papel ministerial por parte del tribunal⁽⁴⁷⁾.

La trilogía de *Intel*, *In Re: Roz Trading, Ltd.*, y *In Re: Patricio Clerici* conforman una jurisprudencia contundente sobre la aplicabilidad de la 1782 a procesos arbitrales internacionales y en cuanto a la ejecución de sentencias judiciales y, por tanto, también de carácter arbitral. Las consecuencias jurídicas son innegables. Las normas federales en Estados Unidos en materia de revelación son aplicables a arbitrajes internacionales y, a la luz de la sentencia del Vigésimo Circuito en *In Re: Patricio Clerici* es concebible que la parte prevaleciente en un arbitraje internacional que busque el reconocimiento y la ejecución de un laudo conforme con la Convención de Nueva York también explore la medida en que pudiese avanzar sus intereses amparándose en la 1782⁽⁴⁸⁾.

Los abogados y los árbitros de formación continental no tienen más remedio que enfrentar esta nueva realidad que se impone cada vez que se encuentran en un arbitraje internacional en el cual existan posibles pruebas y testimonios en Estados Unidos⁽⁴⁹⁾.

(47) *Ibidem.* at 6.

(48) Estos desarrollos en la jurisprudencia de la ley 28 U.S.C. 1782 reafirman que el arbitraje internacional jamás podrá existir independientemente del apoyo judicial que brinda el tribunal de la sede del arbitraje. Este apoyo siempre debe ser de carácter colateral en cuanto que se tiene que subordinar a la política que rige la resolución de una disputa entre privados de acuerdo con un proceso cuya jurisdicción radica en un contrato privado, en vigor, que contenga fundamento para la celebración de un arbitraje. Esta función es muy diferente a aquella que comprende la administración equitativa de la justicia por un tribunal que forma parte de un Estado soberano y que, por tanto, está bajo la obligación de implementar la política del Estado en la aplicación de normas legales a hechos particulares. Esta actividad es diferente, y en algunos casos diametralmente opuestos, a la meta sencilla de buscarle una solución a un problema conforme con las meras expectativas de dos personas privadas. La diferencia es significativa.

(49) Únicamente acordando en la cláusula arbitral que la 1782 no será aplicada al proceso y rechazada *a priori* por las partes es que las partes voluntariamente pudiesen por virtud de estipulación rechazar la imposición y consecuencias de esta nueva jurisprudencia.

7. LA FRAGMENTACIÓN DEL PROCESO JUDICIAL, COMO ESTRUCTURA Y OBJETO DE CONVERGENCIA CULTURAL JURÍDICA

De acuerdo con la Norma 3 del Código Federal de Procedimiento Civil estadounidense “un procedimiento civil comienza con la interposición de una demanda”.

Pero el comienzo del *caso* no es el comienzo de un *juicio*. También, las normas procesales son muy estrictas y rigurosas en trazar distinciones materiales entre “*a pleading*” (aquellos papeles que son acto de constitución del proceso que enmarcan la pretensión o *demanda* tanto como la *contestación a la demanda*) y “*papers*” (documentos o peticiones interpuestos incidentalmente en los actos de constitución, o en los actos relativos al desarrollo del proceso). Esta distinción queda sentada en la Norma 7 Sección (a)⁽⁵⁰⁾.

Habiendo dibujado la estructura fundamental de los actos constitutivos cabe dedicarle unas palabras a la notificación de comparecencia al proceso judicial, lo que las normas procesales llaman *Service of Process*.

8. NOTIFICACIÓN DE COMPARECENCIA AL PROCESO JUDICIAL

La Norma Federal 4 Sección C (1) señala:

“Una notificación de comparecencia será entregada junto con una copia de la demanda (copia porque la original se somete al tribunal). El demandante es responsable por la entrega de la notificación de comparecencia y de la demanda dentro del plazo prescrito en la subdivisión (m) de esta norma (dentro de un plazo de 120 días a partir de haber

⁽⁵⁰⁾ Fed.R.Civ.P 7. *Pleadings Allowed; Form of Motions*.

(a) *Pleadings*. There Shall be a complaint, and an answer; a reply to a counterclaim denominated as such; an answer to a cross-claim, if the answer contains a cross-claim; a third-party complaint, if a person who not an original party in summoned under the provisions of Rule 14; and a third-party answer, if a third-party complaint is served. No other pleading shall be allowed, except that the court may order a reply to an answer or a third-party answer.

sometido la notificación de comparecencia con las copias de la notificación y de la demanda”.

Es importante hacer referencia a esta metodología porque constituye una parte cívica de los elementos constitucionales que tienen que ser observados a los fines de establecer competencia o jurisdicción vinculante sobre la persona, como veremos a continuación. La falta de notificación a un posible demandado de acuerdo con la Norma 4 puede causar el rechazo de la demanda al principio del proceso y también crear obstáculos insuperables al final del proceso una vez que el demandante intente ejecutar la sentencia en un foro extranjero y en un foro doméstico. De hecho, la sección F de la Norma 4 destaca minuciosamente los pasos a seguir respecto a la notificación de comparecencia a un individuo en un país extranjero, es decir, que no esté domiciliado en Estados Unidos.

8.1. Jurisdicción sobre la persona y jurisdicción sobre la materia

En claro contraste con el sistema civil o continental, el sistema *Common Law* no se suscribe a una rúbrica como la que perfila las Convenciones de Bruselas o Lugano. Todo lo contrario, mientras que éstas comprometen doctrinalmente los preceptos de flexibilidad y autonomía judicial, a favor de la certidumbre y la uniformidad, el sistema *Common Law* enfatiza la flexibilidad doctrinal dentro de una rúbrica enmarcada por la autonomía judicial o la discreción por parte del juez. Consecuentemente, las pautas aplicables a todo tema de jurisdicción han dejado de reposar sobre doctrinas de *residencia, domicilio, nacionalidad, o territorialidad*, como sucedió al comienzo del desarrollo de la rama de la jurisdicción dentro de este sistema.

La Jurisdicción sobre la persona en el contexto federal está basada en un análisis que comprende dos componentes analíticos:

- (i) Cumplimiento con la ley estatal sobre jurisdicción relativa a la persona en casos en los cuales la jurisdicción del tribunal federal respecto a la materia descansa sobre diferencias en las residencias o nacionalidades de las partes y,

- (ii) Armonía entre la aplicación de la ley estatal confiriendo jurisdicciones sobre la persona, y las normas y preceptos constitucionales de la Enmienda Decimocuarta de la Constitución.

El primer elemento se logra, o es capaz de ser logrado, de acuerdo con distintas condiciones o premisas en materia de incumplimientos contractuales y/o la madurez de reclamaciones fundamentadas en responsabilidad extracontractual. La política subyacente de dicho sistema federal es –en medida razonable y sin violar preceptos fundamentales de la discreción jurídica otorgada a tribunales federales– ejercer jurisdicción sobre entidades extranjeras dentro de la subdivisión geopolítica (Estado) en cuestión. Por este motivo consideramos que es prácticamente imposible que no se cumpla esta directiva en la mayoría de los casos. El reto a la jurisdicción sobre la persona en realidad lo enfrentamos en cuanto la constitucionalidad de la aplicación de esta ley al demandado o, para decirlo en otras palabras, en la medida en que el ejercicio de jurisdicción sobre la persona extranjera es consistente con la Enmienda Decimocuarta de la Constitución de Estados Unidos.

Aquí entra a relucir la flexibilidad jurídica que caracteriza la materia procesal *Common Law* y tanto la distingue de su pariente distante, el sistema civil o continental. La pauta constitucional se observa cuando existe *jurisdicción general* o *jurisdicción específica* sobre el demandado.

La Corte Suprema de Estados Unidos ha establecido que la pauta constitucional se cumple en casos en que los contactos entre el demandado y el foro son cuantitativamente tan numerosos que se comprende que el demandado entendía, o debía de haber entendido, que por virtud de los numerosos encuentros que éste ha disfrutado a lo largo del tiempo con el foro él podría encontrarse en el foro en la situación de ser demandado judicialmente. Aquí es cuando desempeña un gran protagonismo el concepto de *jurisdicción general* por primera vez articulado por la Corte Suprema en el caso: *Cumbre de Helicópteros Nacionales de Colombia v. Mall*, 466 U.S. 408 (1984), y poco después en *Asahi Metal Indus. Co. v. Superior Court*, 480 U.S. 102 (1987). Es decir, cuando un demandado ha tenido tantos contactos con el foro, físicos (preferentemente con una presencia directa o menos directa a través de un agente o representante) o

en materia de actividades comerciales (un tráfico continuo y sistemático, por ejemplo), es probable, casi con contundencia, que el tribunal puede ejercer jurisdicción sobre la persona *sin la obligación jurídica de indagar respecto a la naturaleza y carácter de los cargos en cuestión*.

La premisa fundamental que define el ejercicio constitucional de la *jurisdicción general* estriba en que se pueda interponer una demanda en la jurisdicción territorial contra el demandado sin afectar a preceptos tradicionales de justicia. El aviso que cumple con los requerimientos constitucionales nace de la frecuencia y cantidad de los contactos entre el demandado y el foro y no toma en consideración la calidad de estos encuentros o sus relaciones a la demanda interpuesta.

La *jurisdicción específica* encuentra fundamento en la calidad y carácter de los contactos entre el demandado y el foro junto con la relación entre estos contactos y los alegatos que enmarcan la demanda. En contraste con la *jurisdicción general*, la *jurisdicción específica* con frecuencia es susceptible de ser ejercida hasta en ocasiones en las cuales el demandado tiene una trayectoria de sólo haber tenido *un* encuentro con el foro, pero de tal naturaleza que implica directa y explícitamente a los cargos interpuestos.

Unas palabras en cuanto al tema de *jurisdicción sobre la materia*. Existen dos metodologías posibles para poder alegar que un tribunal de primera instancia en el sistema federal pueda ejercer jurisdicción sobre la materia, y no la persona, en un tema interpuesto ante dicho tribunal.

Primero, de acuerdo con la legislación 28 USC 1332 un tribunal federal está autorizado a ejercer jurisdicción sobre un tema o caso civil en donde la cantidad en disputa o controvertida exceda los US\$ 75,000, sin incluir intereses y costas, siempre y cuando se trate de un asunto que cumpla con cualquiera de las siguientes cuatro pautas: La *primera*, el tribunal federal podrá ejercer jurisdicción sobre la materia cuando se trate de ciudadanos de distintos Estados; la *segunda*, en casos que traten de una disputa entre ciudadanos de un Estado y ciudadanos de un Estado extranjero; la *tercera*, también se puede ejercer jurisdicción sobre la materia en casos en los cuales haya ciudadanos de distintos Estados y ciudadanos o residentes de un Estado extranjero, y la *cuarta*, el tribunal federal podrá ejercer jurisdicción sobre la materia en casos que comprendan un Estado extranjero tal como éste se

define en la Sección 1603(a) como demandante y ciudadanos de un Estado o de diferentes Estados.

Este esquema presenta posibilidades estratégicas muy variadas y curiosas en aras de retar la jurisdicción sobre la materia enraizada en las partes de distintos Estados sencillamente con nombrar, en base de fundamentos que no sean infundados, un demandante del mismo Estado que un demandado como parte indispensable, o viceversa. En casos de jurisdicción basados en diversidad de partes y un monto que supere US\$ 75,000, el tribunal federal se encuentra obligado a aplicar la ley sustantiva del foro en el cual se encuentra, lo que se denomina la doctrina *Erie*⁽⁵¹⁾.

La segunda metodología permite a un tribunal federal ejercer jurisdicción sobre la materia que se encuentra en la ley 28 U.S.C. 1331. Esta legislación sencillamente establece en una sola frase que los tribunales federales de primera instancia podrán ejercer jurisdicción sobre la materia en todo caso civil fundada en la Constitución, leyes o tratados de los Estados Unidos.

En casos los cuales la jurisdicción sobre la materia nace de un tema basado en ley federal, el tribunal no está obligado a aplicar la ley sustantiva del foro en el cual se encuentra. Este precepto también afecta al análisis de la jurisdicción sobre la persona cuando ésta está fundamentada en la ley estatal de alcance extendido, o lo que se denomina como un *State Long-Arm Statute*. Estos estatutos tienden a que se pueda ejercer jurisdicción sobre un demandado residiendo fuera del Estado, siempre y cuando la aplicación del estatuto cumpla con las protecciones constitucionales de la Quinta o la Decimocuarta Enmiendas a la Constitución. Es decir, casos en los cuales la jurisdicción sobre la materia está basada en la ley federal, el análisis respecto a la legislación de jurisdicción sobre la persona del alcance extendido será emitido en el contexto de la Quinta Enmienda a la Constitución. Con respecto a los esquemas de jurisdicción sobre la materia que reposan sobre la diversidad de partes, las protecciones y amparo de la Enmienda Decimocuarta de la Constitución se utilizarán a los fines de determinar si el ejercicio sobre un extranjero del Estado en cuestión cumple con las pautas fundamentales de carácter constitucional.

⁽⁵¹⁾ *Erie R. Co. v. Thomkins*, 304 U.S. 64, 58 S.Ct. 817 (1938).

9. OBSERVACIONES SOBRE LA NORMA FEDERAL DECIMOSEGUNDA Y LA FRAGMENTACIÓN PROCESAL

Continuando con el contraste entre culturas jurídicas cabe destacar algunas de las peculiaridades de la Norma 12 del sistema federal. La propia estructura de la Norma 12 crea y profundiza el contraste procesal entre el sistema civil y la tradición *Common Law*. Dos ejemplos significativos ponen de manifiesto esta distinción.

Primero, en la Sección (b)(6) de la Norma 12 encontramos fundamento para retar las alegaciones de una demanda antes que se haya interpuesto una respuesta a la misma (cabe notar que bajo penalidad de incumplimiento, una respuesta tiene que ser interpuesta a los veintes días de recibida la notificación de comparecencia), y por ende, muy al principio del proceso la suficiencia legal de los alegatos es capaz no sólo de ser retada, sino también de rechazar todas o algunas de las reclamaciones. De modo que este mismo principio procesal crea causa para una o hasta múltiples audiencias que permiten discutir la propia viabilidad de la demanda civil.

Aquí hay que recalcar que una petición fundamentada en la Norma 12 (b)(6) *no examina* los méritos de fondo de la pretensión. Al contrario, para poder lograr el reto sin tener que celebrarse un juicio sobre hechos materiales de los alegatos, la ley constituye la ficción que le otorga al demandante una presunción de veracidad respecto a los hechos de fondo. Es en el contexto de este *beneficio de toda duda a favor del demandante* que le reposa la carga de la prueba al demandado para demostrar, simplemente desde un punto de vista legal, que aunque a los fines de la petición de dimitir (*“motion to dismiss”*) fundamentada en la Norma 12 (b)(6) se considere que todos los alegatos de hechos tienen fundamento legal y real, los cargos siguen siendo insostenibles y defectuosos en su constitución jurídica de manera que los daños y perjuicios reclamados no pueden ser concedidos.

La segunda peculiaridad de la Norma Decimosegunda la encontramos en la sección (h)(1) que detalla que:

- (1) una defensa de falta de jurisdicción sobre la persona, foro inadecuado, insuficiencia de notificación de comparecencia, o insuficiencia de proceso de notificación de comparecencia

será concedida o renunciada si es omitida de cualquier petición fundamentada en la Norma 12 o si no es incluida en la réplica inicial o en una enmienda a ésta.

La jurisprudencia que interpreta esta sección de la Norma 12 es aún más oscura y peligrosa. Si las defensas de falta de jurisdicción sobre la persona, foro inadecuado, suficiencia de notificación de comparecencia, o insuficiencia de proceso de notificación de comparecencia, no son esgrimidas en el acto de constitución (réplica, petición o contestación), un acto colateral a un acto de constitución, o hasta en la primera comunicación por escrito de una parte a la otra, por mandato legal será considerada como una defensa renunciada y, por tanto, inaplicable como tal al proceso con respecto al demandado en cuestión. A través del prisma de la práctica habitual y cotidiana, no queda más remedio que esgrimir las cuatro defensas en la primera comunicación escrita al tribunal a una parte bajo pena de ser considerada la defensa como renunciada.

9.1. La doctrina de *Forum Non Conveniens*: Un perfil escueto

A pesar de las repetidas referencias de la Corte Suprema a la antigua y majestuosa historia de la doctrina de la defensa del *forum non conveniens*, por ejemplo, en el caso *Piper Aircraft Co. v. Reyno*⁽⁵²⁾, los orígenes de esta defensa son prácticamente desconocidos y no quedan nada claros. De hecho, la defensa, a pesar de su nombre en latín, no muestra ningún vínculo histórico al Derecho romano o a la práctica continental. Todo lo contrario, la doctrina solamente se remonta a algunas decisiones escocesas que datan de fines del siglo XVIII. La frase *Forum Non Conveniens* se utiliza aparentemente como una traducción neo-latina de la frase inglesa *inconvenient forum*. Esta frase se utilizó como motivo de distinguir demandas rechazadas basadas en el ejercicio de discreción de un tribunal por razón de inconveniencia logística o reciprocidad judicial en contraste con aquellas destituidas por falta de jurisdicción judicial. Estas últimas recibieron el nombre *Forum Non Competens*.

⁽⁵²⁾ *Piper Aircraft Co. v. Reyno*, 454 U.S. 235, 248 N. 13 (1981).

Tanto en el campo del litigio internacional como en el arbitraje internacional, la doctrina de *Forum Non Conveniens* (foro no conveniente) presenta un reto doctrinal y conceptual prácticamente insuperable respecto a la labor de convergencia de culturas legales. Esta doctrina se convierte en jurisprudencia vinculante en Estados Unidos cuando se introduce al corpus jurídico del país por primera vez en el caso lapidario de *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*⁽⁵³⁾.

Esbozada solamente respecto a sus elementos más fundamentales, la doctrina está constituida por cuatro preceptos. Cumplidos estos, un juez tendrá discreción para rechazar o dimitir un caso a favor de un foro extranjero o a favor de la competencia de los tribunales estadounidenses. La decisión de un tribunal que resuelve un tema en base de *Forum Non Conveniens* es revocable en segunda instancia únicamente bajo un pronunciamiento por el tribunal de apelación de que el órgano de primera instancia abusó de su discreción para dictar la sentencia que ha sido recurrida. Hay que enfatizar que el demandante goza de una ventaja procesal significativa sobre el demandado, ya que aquél se le otorga el derecho de apelación interlocutoria mientras que éste tiene que esperar hasta el final del juicio de primera instancia antes de poder apelar la denegación de una petición enraizada en la doctrina de *Forum Non Conveniens*.

Sometamos a algún análisis los cuatro elementos fundamentales de la doctrina.

9.2. Actores de interés privado

El segundo de los tres elementos necesario a los fines de poder rechazar una demanda sin perjuicio de que ésta sea interpuesta en un foro alternativo es el tema de los factores de interés privado. Aquí el demandado tiene que mostrar que los siguientes intereses privados, sin limitación, gravitan a favor de rechazo de la demanda:

- a) La jurisdicción en donde se encuentra la mayoría de los testigos,
- b) La jurisdicción en donde radican la mayor parte de los documentos que pudiesen servir de pruebas relevantes al caso,

⁽⁵³⁾ *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*, 330 U.S., 501 (1947).

- c) El sitio en donde estén localizadas las posibles pruebas relevantes al caso aparte de testigos y documentos,
- d) La jurisdicción de la ley aplicable,
- e) La dificultad o facilidad relacionada con la compulsión de testigos, y
- f) La medida en que celebrar el juicio en el foro propuesto como alternativa maximiza el acceso a las pruebas y minimiza los costes del litigio.

Los factores a ser considerados por el tribunal son muchos y variados en cuanto a un análisis comprensivo de los intereses privados. Aunque hemos hecho algún esfuerzo en destacar los principales, las singularidades de cada caso en particular sin duda alguna pudiesen sugerir muchos otros a ser evaluados y presentados por un demandado.

9.3. Factores de interés público

El tercer elemento fundamental a un análisis de *Forum Non Conveniens* consiste en un estudio a fondo de los posibles factores de interés público. Aquí se somete a consideración el interés que pueda tener el Estado en donde se ha interpuesto la demanda en cuestión tanto como el foro propuesto como la alternativa en adjudicar sobre la reclamación. Por ejemplo, en la medida en que el foro en el cual se ha interpuesto la demanda ha regulado una industria o establecido una política específica sobre el tema del litigio, entonces, el demandante encontraría apoyo analítico para esgrimir que la petición debe ser negada. La pauta a seguir en este análisis no es compleja. Un litigio que concierne a temas como regulación de banca, derecho de la competencia, regulación de seguros, temas inmigratorios, y otras materias de orden público claramente militan a favor de mantener el caso en el foro original en los casos en el cual éste, de hecho, ha mostrado una inquietud pública y palpable en cuanto a estas materias.

9.4. El foro propuesto como alternativa tiene que ser adecuado

Queda clarísimo que en términos federales un Estado designado como *terrorista* en términos generales no cumple con la pauta de un foro alternativo. El demandante típicamente puede retar el alegato que

el foro propuesto como alternativa es adecuado, o hasta superior, alegando que en tal foro, por las particularidades del caso, sería imposible que el demandante pudiese disfrutar de una administración equitativa de la justicia así sea por razones de persecución política u otras idiosincrasias que objetivamente pudiesen sugerir una imposibilidad de que prospere una demanda por daños y perjuicios al amparo de la ley.

Cuatro observaciones finales antes de abandonar el tema de *Forum Non Conveniens*:

Primero, de acuerdo con la Norma Duodécima, la defensa de *Forum Non Conveniens* debe ser esgrimida en la primera comunicación escrita por parte del demandado.

Segundo, mientras que a un demandante *estadounidense* se le otorga deferencia respecto al foro elegido, esa deferencia no se le extiende a un demandante *extranjero*.

Tercero, la defensa de *Forum Non Conveniens* se ha utilizado exitosamente como defensa al reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral bajo el artículo quinto de la Convención de Nueva York.

Cuarto, no podemos ignorar que de acuerdo con el Reglamento (CE) 44/2001 se puede plantear qué efecto tendrá este Reglamento respecto del Reino Unido y la compatibilidad entre éste y la aplicación del *Forum Non Conveniens* en el sistema de *Common Law* inglés. Ésta cuestión parece haber sido resuelta por el Tribunal Europeo de Justicia.

10. CONCLUSIÓN

Reconozco la terrible redundancia en decir que nos encontramos en un momento histórico único y quizá como ningún otro en los últimos 200 años de desarrollo jurídico. Los mismos personajes que encontramos en Homero, Esquilo, Sófocles, y Eurípedes también esgrimían esta proposición. Sí es verdad, no obstante, que jamás ha prevalecido un clima de globalización económica acompañada por la ausencia total de

tribunales transnacionales con jurisdicción y competencia con propósito de presidir sobre contenciones comerciales de carácter internacional. Si esta caracterización sencilla de nuestros tiempos tiene *alguna validez*, entonces, estamos ante una crisis jurídica sin precedente. La pregunta es tan parca como penetrante. ¿Qué amparo judicial acompaña a esta globalización? ¿Cómo es que los inversores transnacionales pueden perseguir justicia ante el inevitable hecho ilícito que se produce motivo de la negligencia, la avaricia, o la ineptitud? Hay respuestas. Pero éstas no se enmarcan bajo el auspicio de un sistema institucional.

El desarrollo de un recurso judicial de carácter transnacional requiere normas universales que sean producto de la convergencia de múltiples sistemas jurídicos y que a la vez pueda cumplir con la administración equitativa de la justicia y colmar las expectativas de las partes. La integración de alguna versión del proceso de revelación al arbitraje internacional representa un desarrollo significativo y trascendental en esta búsqueda hacia la universalidad procesal en el campo del arbitraje internacional. Capacitar a los juristas como abogados, y empresarios de los sistemas *Common Law* y *Civil Law* representa un paso firme que requiere supervisar viejos prejuicios y abrazar nuevos preceptos de universalidad sobre los cuales reposará la vitalidad del flujo económico mundial. Visto a través de este prisma, ¿no vale la pena el esfuerzo? ▲

 GUSTAVO PAREDES CARBAJAL (**)

Métodos adjudicativos prearbitrales en la solución de reclamos en construcción: Un acercamiento a los *Dispute Boards*

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Planteamiento del Problema.* 3. *Métodos Adjudicativos de Solución de Controversias.* 3.1. *Definición.* 3.2. *Clases.* 4. *Dispute Boards (DBs).* 4.1. *Sus orígenes.* 4.2. *Su reconocimiento internacional.* 4.3. *Clases de Dispute Boards.* 4.4. *Atributos de los Dispute Boards.* 4.5. *Los expertos y sus funciones.* 5. *El Dispute Adjudication Board y sus diferencias con otros ADR.* 6. *Experiencia Peruana con los Dispute Boards.* 7. *Conclusión.*

1. INTRODUCCIÓN

En 1853 se le encargó a John Coffee la construcción de la famosa cárcel de Dundalk en Irlanda, durante la ejecución de tal obra Coffee cayó en bancarrota interrumpiéndola, por esta razón fue castigado por la Corte convirtiéndose, con el tiempo, en el primer preso de su propia cárcel.

Este caso paradójico resulta hoy inimaginable, por más que algún contratista realmente lo merezca a perpetuidad, sin embargo, sí existen situaciones que convierten a un constructor en el preso de su propia

(*) Profesor de Derecho en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Miembro de la *International Bar Association (IBA)* - Sección de Proyectos Internacionales de Construcción y Resolución de Disputas. Socio del Estudio Navarro Sologuren Paredes Gray Abogados.

cárcel, y nos referimos precisamente a la prisión construida por las ineficiencias de su contrato y por la incapacidad de manejar, controlar o prevenir sus conflictos adecuadamente.

Prestando atención al desarrollo de la actividad de la construcción a nivel internacional, podemos preguntarnos ¿qué hizo? o ¿qué contribuyó a hacer eficiente la construcción de proyectos tan especialmente complejos y en algunos casos transfronterizos como EUROCHANNEL (Francia - Reino Unido), LINEA FERROVIARIA HISPANO-GALA (España - Francia) ARTERIA CENTRAL Y TÚNEL DE BOSTON (Estados Unidos), CENTRAL HIDROELECTRICA ERTAN (China), AEROPUERTO INTERNACIONAL DE HONG KONG (China), REPRESA DE KATSE (Sudáfrica), REPRESA Y CENTRAL HIDROELÉCTRICA “EL CAJÓN” (Honduras), OBRA FERROVIARIA DE DOCKLANDS (Reino Unido), PLANTA PRIVADA TURBOGENERADORA DE GAS DE SALTEND (Inglaterra)?

Al margen de la técnica ingenieril y desde una perspectiva estrictamente de eficiencia, la respuesta es que en todas estas obras, las partes pudieron ejecutar sus prestaciones minimizando sus reclamos y disputas a través de un mecanismo prearbitral denominado *DISPUTE BOARD (DB)*.

A manera de ejemplo, citaremos que, durante la ejecución del EUROCHANNEL (Quince mil millones de dólares) se presentaron veinte (20) reclamos resueltos por su DB. De estos veinte (20) reclamos, surgieron sólo cuatro (4) disputas que fueron sometidas a arbitraje, de las cuales dos (2) fueron transigidas antes de emitirse el laudo arbitral. En la ejecución de la ARTERIA CENTRAL Y TÚNEL DE BOSTON (Siete mil millones de dólares) se suscribieron un total de ciento cuarenta y siete (147) contratos, de los cuales cuarenta y siete (47) tuvieron un *DB* como mecanismo para la solución de controversias. Durante su ejecución, se presentaron tan sólo quince (15) reclamos al *DB* y ninguno de ellos fue sometido finalmente a arbitraje. En la construcción del AEROPUERTO INTERNACIONAL DE HONG KONG (quince billones de dólares) se presentaron seis (6) reclamos al *DB* y sólo una (1) disputa fue sometida a arbitraje, confirmando el pronunciamiento de éste; lo mismo ocurrió durante la ejecución de la REPRESA DE KATSE (dos y medio billones de dólares), en donde se presentaron doce (12) reclamos al *DB*. En el caso

de la construcción de la CENTRAL HIDROELECTRICA ERTAN (dos billones de dólares) se tuvo cuarenta (40) reclamos presentados al DB y ninguna disputa sometida a arbitraje. Finalmente, tanto en la construcción de la OBRA FERROVIARIA DE DOCKLANDS (Quinientos millones de dólares) como en la PLANTA PRIVADA TURBOGENERADORA DE GAS DE SALTEND (doscientos millones de dólares) los DB funcionaron como un método consultivo eficiente que eliminó incluso la aparición de reclamos y por consiguiente disputas a arbitrar.

La *Dispute Resolution Board Foundation (DRBF)* tiene publicada en su página web estadísticas sobre la utilización de los DB hasta el año 2006, las cuales registran que en el año 1982, en tan sólo cinco (5) proyectos de construcción se presentaron veintitrés (23) reclamos al DB. En el año 2006, se tiene registrados mil ochocientos sesenta (1860) proyectos con DB en los que la utilización de este método significó que sólo cincuenta y dos (52) disputas prosiguieran sus etapas resolutorias finales.

En suma desde el año 1980, en el que los DB se introdujeron en la actividad de la construcción, éstos han estado presentes en inversiones globales de cerca de cien (100) billones de dólares, preservando la ejecución de proyectos casi sin batallas arbitrales y/o judiciales.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Nadie duda que el arbitraje en el país ha ganado el justo reconocimiento como un método alternativo eficiente en la solución de conflictos empresariales, aportando neutralidad y generando un gran impulso en la promoción de inversión y negocios; sin embargo, no obstante estar por buen camino y pese a las *grandes rocas* que el arbitraje sortea con éxito en el ámbito de la contratación estatal, *pareciera no superar plenamente aquellas exigencias que emergen de la naturaleza misma de la actividad de la construcción.*

La actividad de la construcción por su naturaleza es temporal, las obras se inician y terminan dentro de un cronograma de tiempo que programan actividades que el contratista debe seguir rigurosamente. Este cronograma original puede modificarse en atención a la necesidad de la obra; sin embargo, ello no debe perder de vista el interés original de las

partes que motivó su contratación: El interés del propietario de tener su obra en un tiempo y presupuesto determinado; y, el interés del constructor, de obtener su utilidad.

Aunque muy pocas veces las partes alinean este interés originario de contratación, ello es fundamental para administrar con eficiencia la obra. Cuando las partes, no *enganchan* este interés originario que motiva el contrato, el conflicto aparece casi de manera inevitable.

Es así que en el contexto de una actividad altamente conflictiva, la preocupación y nerviosismo de las partes por hacer su negocio eficiente emerge notoriamente.

Para el análisis de eficiencia de la solución de conflictos dentro de la actividad de la construcción, la curva de influencia de costo de Cushman, Myers, Butler y Fisher es una herramienta interesante para conocer la relación directa entre el tiempo y costo en la solución de disputas, y cuya premisa central es resumida con la siguiente afirmación: *A mayor tiempo en la solución de la disputa, mayor costo.*

Resolver un conflicto vinculado con la concepción del proyecto, el diseño o sobre su administración en la etapa misma de la construcción de la obra, resulta altamente costoso, llegando a su nivel más alto en el momento de la conclusión y entrega de la misma. Imaginémoslo, lo prohibitivamente costoso que significaría resolver una disputa relacionada con el diseño de un proyecto de construcción en la etapa de su conclusión y entrega; sin duda ello sería una aventura descomunadamente costosa que muy pocos constructores podrían soportar.

De esta manera, sometiendo a un análisis de eficiencia el manejo de las disputas en los contratos de construcción, diremos que resulta siempre más eficiente evitar el conflicto o por lo menos resolverlo en tiempo real o cuando éste aparezca. Entonces, si esto así, *no es eficiente para ninguna de las partes que un arbitraje dure más allá del plazo mismo de la obra*; el asunto se complica aún más en el ámbito de la contratación pública cuando no puede liquidarse la obra sino hasta que todas las controversias concluyan.

De esta manera, las exigencias de tiempo y costo en la actividad de la construcción generan la necesidad constante de crear métodos

que permitan a las partes resolver sus reclamos en forma interina y rápida *pero mejor aún en plena ejecución de la obra*.

A nivel internacional, esta preocupación ha tenido respuestas interesantes de instituciones relacionadas con la actividad de la ingeniería y construcción, algunas de las cuales pasaron de ser recomendaciones a ser cláusulas que forman parte de formatos contractuales muy utilizados en la industria; en tal sentido, estas respuestas deben ser conocidas y analizadas como alternativas adjudicativas nuevas, no en reemplazo del arbitraje sino como métodos de mayor eficiencia que ayuden a las partes a administrar mejor sus contratos.

3. MÉTODOS ADJUDICATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Los métodos adjudicativos emergen luego de que los esfuerzos preliminares de las partes no han logrado eliminar las diferencias, sin embargo, aún llegado el momento de formular un reclamo, siempre las partes estarán en la mejor condición para controlar el conflicto y al hacerlo poder resolverlo de manera eficiente. En esta etapa, encontraremos mecanismos que requieren de un tercero que ayude a las partes a resolver sus disputas, surgiendo así los métodos adjudicativos.

3.1. Definición

Se denominan métodos adjudicativos a aquellos en los que las partes deciden *adjudicar* a un tercero la potestad para conocer, analizar y resolver un conflicto.

3.2. Clases

Con la finalidad de ordenar el análisis, propondremos una clasificación basada en un punto de vista práctico: La ejecutabilidad de las decisiones de este *tercero adjudicador* o *adjudicadores*; por lo que desde nuestro punto de vista, los métodos adjudicativos pueden ser de dos clases:

- Métodos de adjudicación con decisiones obligatorias no ejecutables.

- Métodos de adjudicación con decisiones obligatorias y ejecutables.

En la primera clasificación ubicaremos a los *DB* y en la segunda ubicaremos al Arbitraje y al Juicio Civil como los representativos.

4. **DISPUTE BOARDS (DBs)**

Chapman los califica como una revolución en la resolución de conflictos en la construcción, definiéndolo como “un proceso de toma de decisión, hecho a la medida e inevitable para la industria de la construcción (...), rápida y eficiente, aunque provisional”⁽¹⁾.

Los *DBs* pueden ser definidos como una junta de adjudicación de disputas *on site* o *en el sitio de la obra*, por lo general, conformado por tres (3) expertos⁽²⁾ independientes e imparciales designados por las partes al inicio del proyecto⁽³⁾. Es función de estos expertos hacer visitas periódicas o regulares a la obra para involucrarse activamente en su concepción, desarrollo y complejidad.

La traducción libre del término *DB* es junta, comité, consejo, panel o mesa de disputas, integrada por expertos que –sobre la base de un procedimiento contractual, independiente e imparcial– *resuelven reclamos en plena ejecución de una obra y cuya decisión se torna obligatoria y final para las partes, en tanto decidan no recurrir al arbitraje*, en cuyo caso, se convierte en una *condición de arbitrabilidad*; es decir en una vía previa e imperativa a ser agotada antes del inicio del arbitraje.

Bajo los formatos contractuales FIDIC⁽⁴⁾, el sometimiento del reclamo al pronunciamiento previo del Ingeniero y ahora a los *DB*, constituye un verdadero presupuesto de arbitrabilidad. La inobser-

(1) CHAPMAN, Peter, en: *La Perspectiva del Reino Unido. La Adjudicación*. Ponencia presentada en el Seminario de Resolución de Disputas bajo los Contratos Internacionales de Construcción, Hotel Concorde La Fayette, París, 2004.

(2) En ciertas ocasiones puede ser designado un único adjudicador.

(3) De igual forma, en ciertas ocasiones puede conformarse de manera *ad hoc* para la atención de una disputa específica.

(4) Acrónimo que identifica a la Federación Internacional de Ingenieros Consultores con sede en Ginebra, Suiza.

vancia de este procedimiento prearbitral, motivó que en muchos casos tribunales arbitrales no aceptaran las solicitudes de arbitraje, al no haber cumplido el demandante con agotar estos mecanismos de previsión contractual.

En los casos arbitrales N° 6276 y 6277⁽⁵⁾ (1990) y N° 6536 (1992) seguidos ante la Cámara de Comercio Internacional (ICC), los demandados se opusieron al arbitraje alegando el incumplimiento del procedimiento prearbitral como presupuesto indispensable de arbitralidad, en estos casos estos pedidos fueron declarados fundados⁽⁶⁾.

Desde la perspectiva del *management*, los *DBs* se convierten en una herramienta en la prevención y manejo del conflicto, integrándose a la administración del proyecto ya que al hacerlo buscará influir *en tiempo real* en el desempeño de las partes, motivándolas a ser proactivas y evitar tempranamente la evolución del conflicto, siendo ésta la clave de su éxito.

4.1. Sus orígenes

La constante preocupación de la industria de la construcción por manejar eficientemente sus grandes proyectos, despertó el interés creativo de nuevos métodos de control de reclamos, especialmente en los Estados Unidos de América y Europa.

Como bien apunta Chern⁽⁷⁾, la concepción original de los *DB* tuvo como escenario a los Estados Unidos de América pero bajo la modalidad del *Dispute Review Board (DRB)* para evitar y resolver disputas en proyectos de ingeniería civil, particularmente, en la construcción de grandes represas, diques y obras de tunelería.

⁽⁵⁾ Caso entre *Swedish Company v. The Secretary of the People's Committee for a municipality of an Arab State* (1990).

⁽⁶⁾ Los extractos del laudo parcial en los Casos N° 6276 and 6277 (1990) y el laudo final en el Caso 6535 (1992) fueron publicados en el Boletín de la Corte de Arbitraje de la ICC.

En estos casos se aprecia que el arbitraje actúa con carácter subsidiario, es decir, en defecto de los mecanismos contractuales de solución de controversias o vías anteriores.

⁽⁷⁾ CHERN, Cyril, *Chern on dispute boards*, Blackwell Publishing, ed. 2008, p. 9.

El reporte más temprano de su utilización data de la construcción de la Represa de Boundary en Washington (EEUU) en la década de los sesentas, llamándosele *Joint Consulting Board*, siendo éste el embrión de lo que se conocería como el *DRB*.

En el año 1972 el Comité Nacional de Tecnología en Tunelería de los Estados Unidos de América llevó a cabo un estudio para el desarrollo de prácticas contractuales con especial interés en reclamos, disputas y su resolución; que generó la publicación denominada *Better Contracting for Underground Construction* en el año 1974. Como resultado de este estudio, se diseñó un *DRB* en el año 1975 para la construcción de Túnel Eisenhower en el Estado de Colorado (EEUU), los beneficios que generó este método en el manejo de los reclamos fue tan exitoso, que luego se expandió con inesperado entusiasmo en todos los Estado Unidos.

En el año 1980, se presentó el primer caso de utilización de un *DRB* en un mega proyecto, estamos haciendo referencia a la construcción de la Represa y Central Hidroeléctrica *El Cajón*, proyecto financiado parcialmente por el Banco Mundial y en el que, considerando las diferentes nacionalidades de los intervinientes, (constructor italiano, supervisor sueco y el propietario: Compañía de Electricidad de Honduras) se buscó garantizar con éxito, a través de este método la neutralidad en el manejo de sus disputas.

Mientras, tanto el ICE⁽⁸⁾ como la FIDIC incorporaron en sus formatos contractuales la figura del *Ingeniero* como órgano resolutorio en la solución de reclamos entre las partes. Sin embargo, las críticas a su imparcialidad debido a la relación de agencia entre el Ingeniero con su mandante (El comitente) y las críticas a su idoneidad por inobservancia al debido procedimiento (ausencia del principio de contradicción en sus actuaciones), impregnaron de graves cuestionamientos que generaron la obligación de migrar hacia métodos más adecuados.

A inicios de los noventas, el Banco Mundial publicó su *Standard Bidding Document Procurement of Works* incorporando formalmente el *DRB*. La FIDIC por su parte, en 1995, publicó su nueva versión del

(8) Acrónimo que identifica a *The Institution Of Civil Engineers*, con sede en Londres, Reino Unido.

formato contractual *Design-Build* y *Turnkey Project* (Libro Naranja), así como en 1996 publicó un suplemento a la antigua edición del Libro Rojo y Amarillo introduciendo una variante del DRB, creando así el *Dispute Adjudication Board* (DAB) y removiendo la tan cuestionada figura de *El ingeniero*; siendo que, en el año 1999 en la 4ta Edición del Libro Rojo se introdujo formalmente al *DAB* dando inicio a su empleo⁽⁹⁾.

En el año 2000, el Banco Mundial modificó su *Standard Bidding Document Procurement of Works* y en especial lo referido a su modelo de solución de disputas, modificando su *DRB* por un *DAB*, armonizando hoy su utilización a las exigencias de las demás organizaciones internacionales.

4.2. Su reconocimiento internacional

A nivel internacional, la popularidad y la frecuencia de uso de los *DB* vienen creciendo rápidamente, siendo aplicados para proyectos de gran inversión y sometidos a largos períodos de ejecución. Actualmente es conocido el desarrollo de los *DBs* en proyectos de construcción en diferentes países como Estados Unidos, Reino Unido, Irlanda, China, Francia, Suecia, Dinamarca, Bulgaria, Rumania, República Checa, Islandia, Grecia, Italia, Suiza, Turquía, Sudáfrica, Uganda, Etiopía, Egipto, Vietman, India, Pakistán, Nueva Zelanda, Dinamarca, Australia, entre otros.

Este reconocimiento internacional se debe no sólo en gran parte al soporte de instituciones como: Banco Mundial, FIDIC, ICE, ICC, DRBF, etc.; sino también al éxito mostrado por este método al evitar en algunos casos y resolver en otros, disputas de manera rápida, eficiente y con un alto grado de calidad en sus pronunciamientos, ganando la confianza en el sector de la construcción.

4.3. Clases de *Dispute Boards*

Existen diferentes variantes metodológicas en la utilización de los *DB*; las de mayor aplicación y experiencia son: Los *Dispute Review*

⁽⁹⁾ JENKINS, Jane y STEBBINGS, Simon, *International Construction Arbitration Law*, editado por *Kluwer Law International, Netherlands*, 2006, p. 111.

Boards (DRB) y los *Dispute Adjudication Boards (DAB)*; una tercera clase de creación relativamente reciente y vigente desde setiembre de 2004, fue introducida por el nuevo reglamento de los *DBs* de la ICC, es el denominado *Combined Dispute Board (CBD)*. Adicionalmente, la experiencia internacional reporta otras modalidades como el *Dispute Advisory Board (DAdB)* y el *Dispute Mediation Board (DMB)*, que desarrollaremos a continuación:

4.3.1. *Dispute Review Board (DRB)*

Esta fue la forma original como se concibió los *DB* y estuvo dirigido a emitir básicamente *recomendaciones* respecto de los reclamos planteados por las partes durante la ejecución de la obra. En otras palabras, el panel de expertos recomendaba si el reclamo debía ser aceptado o no. El pronunciamiento del *DRB* no es obligatorio, si una de las partes emite su desacuerdo ante una recomendación dentro del plazo pactado, está habilitada para someter la controversia al arbitraje u órgano jurisdiccional, según esté previsto en el contrato. Un punto importante y característico de esta modalidad es *que en tanto se emite la resolución arbitral o judicial, las partes no están obligadas a cumplir la resolución del DRB*⁽¹⁰⁾.

4.3.2. *Dispute Adjudication Board (DAB)*

A diferencia de lo que sucede con el *DRB*, el panel de expertos emite decisiones en relación al reclamo planteado. Estas decisiones son obligatorias y por tanto deben ser cumplidas por las partes sin demora, desde que son notificadas y hasta que sean revocadas por un laudo arbitral o mandato judicial, de ser el caso. En otras palabras, estas decisiones son obligatorias y definitivas, si finalmente son aceptadas por las partes, pero transitorias, en caso la decisión sea finalmente revocada por un laudo arbitral u mandato judicial.

De esta manera, en esta clase de *DB* si una de las partes expresa su desacuerdo a la decisión del panel de expertos, dentro del plazo

⁽¹⁰⁾ QUINTANERO MADERO, Cecilia, en: *Introducción a los Dispute Boards*. Ponencia presentada en el Seminario de Arbitraje y Solución de Controversias en materia de Construcción. Organizado por la *International Chamber of Commerce* de México y el Centro de Arbitraje de México, en Ciudad de México - Junio 2006.

establecido, puede someter tal decisión a arbitraje u órgano jurisdiccional competente; *sin embargo, las partes deben cumplir con la decisión hasta en tanto no haya un laudo o resolución judicial en sentido contrario*⁽¹¹⁾.

Bien comenta Estavillo Castro, que en el caso del *DAB*, la inmediata obligatoriedad de esta decisión, no obstante de ser potencialmente transitoria, tiene la finalidad de que el procedimiento de solución de la controversia no sea obstáculo para la ejecución ininterrumpida del proyecto, lo que es de particular importancia en el caso de proyectos complejos y de gran envergadura en los que existe interdependencia entre los diversos contratistas que participan en actividades coexistentes de las que depende la factibilidad de la ejecución del proyecto⁽¹²⁾.

En esta categoría aparece una subclase: *DAB permanente* y *DAB ad hoc*. La diferencia estriba en que en el primero, el panel de expertos es nombrado desde el inicio del proyecto y ejercen funciones hasta la conclusión de la obra; mientras que en el segundo, las partes designan a sus expertos para el conocimiento de un reclamo específico, concluyendo sus funciones con la emisión de su decisión. En el caso del *DAB permanente*, si bien es más costoso, tiene la ventaja de efectuar labor consultiva con la finalidad de prevenir el conflicto, situación que no sucede en el caso del *DAB Ad hoc* debido al reducido alcance del encargo, sin embargo, ofrece en contrapartida su menor costo.

El *DAB* es la modalidad que más se asemeja al método arbitral⁽¹³⁾, pero con naturales diferencias que serán explicadas más adelante.

4.3.3. *Combined Dispute Board (CDB)*

Esta es una modalidad híbrida introducida por el relativo nuevo reglamento sobre *DB* de la ICC. Conforme a su concepción actúa siempre

(11) QUINTANERO MADERO, Cecilia, cit., p. 4.

(12) ESTAVILLO CASTRO, Fernando, en: "Otros mecanismos de solución de controversias utilizados en proyectos de construcción". Ponencia presentada en el Seminario de Arbitraje y Solución de Controversias en materia de Construcción. Organizado por la *International Chamber of Commerce* de México y el Centro de Arbitraje de Mexico, en Ciudad de México, Junio 2006.

(13) REIG FABADO, Isabel, en: "Régimen Jurídico del Contrato Internacional de Ingeniería", ed. *Universidad de Valencia*, 2003, p. 537.

como un *DRB* salvo que las partes o el propio panel de expertos –por la naturaleza o complejidad del reclamo– considere justificable actuar como un *DAB*.

En otras palabras, el *CDB* normalmente emite recomendaciones sobre los reclamos o desavenencias que le son planteados; *sin embargo, puede emitir una decisión cuando una parte lo solicita y la otra no se opone a ello*, o en caso de existir oposición el *CDB* decidirá si emite una decisión o una recomendación según los criterios establecidos en el Reglamento ICC⁽¹⁴⁾.

Un *CBD*, en opinión de Chern⁽¹⁵⁾, ofrece un escenario más amigable y menos rígido para las partes que un *DRB* o *DAB*, particularmente es recomendable en aquellas situaciones donde el *DB* es un concepto nuevo para los contratantes.

4.3.4. Otras Formas

En adición a estas fórmulas principales, existen otras formas metodológicas como:

4.3.4.1. Dispute Advisory Board (DAdB)

Esta modalidad es muy similar que el *DRB*, en tanto emite sólo opiniones o recomendaciones ante los reclamos sometidos a su conocimiento, pero mantienen una sutil diferencia y es que este tipo de *DB* es elegido sólo cuando surge la necesidad de resolver el reclamo y no de manera permanente desde el inicio del proyecto.

4.3.4.2. Dispute Mediation Board (DMB)

Esta modalidad es desarrollada por mediadores quienes pueden o no conocer el objeto fundamental del contrato que vincula a las partes. Como panel de mediadores ayudan a las partes en forma permanente a resolver sus problemas, quedando alertas a su llamado. Esta modalidad

(14) QUINTANERO MADERO, Cecilia, cit., p. 4.

(15) CHERN, Cyril, cit., p. 23.

recientemente diseñada por el Centro de Resolución Efectiva de Disputa con sede en Londres, forma parte de su Proyecto Modelo de Protocolo y Acuerdos de Mediación cuya primera edición de finales de 2006, aún no ha sido sometida a prueba su eficiencia.

4.4. Atributos de los *Dispute Boards*

Las características y/o atributos de los *DBs* fluyen o emergen compatibles a un contexto aplicable a grandes proyectos de construcción con plazos contractuales extensos y en los que las buenas relaciones son fundamentales para un buen desempeño de las prestaciones, siguiendo a Quintanero Madero⁽¹⁶⁾, citamos los siguientes:

- *Miembros Expertos*: La experiencia y especialización de los miembros garantiza no sólo la credibilidad sino la predictibilidad de las decisiones emitidas por el *DB*.
- *Familiarización con el proyecto*: La inmediatez de los miembros del *DB* no sólo con la documentación contractual y con el proyecto sino fundamentalmente con las visitas periódicas al sitio de la obra, ofrece un marco de referencia integrador que permitirá, una vez presentado un reclamo a su conocimiento, resolver en forma mucho más rápida y con un mayor entendimiento del proyecto en su conjunto.
- *Conocimiento y solución del reclamo en tiempo real*: Este es el gran atributo de este método. El que las partes puedan definir sus diferencias durante la ejecución del contrato es una ventaja que el arbitraje no suele lograr. Evitar que la obra se detenga es una prioridad que ayuda a preservar las relaciones de las partes y alinearlas cooperativamente en función a sus intereses.
- *Como requisito de arbitrabilidad*: El someter un reclamo a los *DB* antes que a un juicio o arbitraje, agrega una ventaja especial y es el no dejar de aplicar la regla de eficiencia en el manejo de conflictos, y lograr en la mayoría de los casos resolver en menor tiempo y costo el reclamo y mejor aún durante la ejecución de la obra.

⁽¹⁶⁾ QUINTANERO MADERO, Cecilia, cit., p. 4.

- *Obligatoriedad de sus decisiones:* Depende del tipo de *DB* elegido por las partes, sus decisiones pueden ser o no obligatorias. La obligatoriedad es inmediata pero transitoria en tanto la parte insatisfecha notifique el inicio de un arbitraje.
- *Decisiones no ejecutables:* Las decisiones del *DB* no son ejecutables *per se*. El cumplimiento de las decisiones del *DB* emerge del maduro comportamiento y respeto de las partes de una obligación de origen contractual. Su cumplimiento debe ser requerido judicial o arbitralmente según el caso.

Estos son los atributos más importantes pero no los únicos, valdría la pena citar finalmente dos más:

- *Decisiones revisables en sede arbitral:* Las decisiones de los *DBs* son revisables en cuanto al fondo en sede arbitral. Los árbitros pueden reiniciar la evaluación de toda la disputa y sus alcances para arribar a una posición definitiva expresada en el laudo. Las opiniones o decisiones del *DAB* sólo tienen carácter informativo en sede arbitral.
- *Decisiones que no generan precedentes:* Las decisiones de los *DBs* no generan precedentes de obligatorio cumplimiento, es un error que se pretenda sustentar un derecho en base a la decisión de un *DB*. La decisión del *DB* genera efectos únicamente dentro del ámbito contractual al cual está sometido y no a favor de terceros.

4.5. Los expertos y sus funciones

Los *DB* están integrados por expertos, la elección de los miembros recae en las partes, ya que son éstos quienes mejor conocen la complejidad técnica de la obra y por tanto la especialidad necesaria para el conocimiento de un reclamo. De tal forma, que el riesgo en la predictibilidad de las opiniones o decisiones del *DB* lo asumen las partes, ellos son los responsables de la calidad de *DB* que quieren. En cuanto a las profesiones que los expertos, no se niega la participación de abogados en la conformación de los *DB*, puede darse esta posibilidad en tanto sea aceptada por las partes.

En cuanto al número de miembros queda igualmente a la voluntad de las partes e importancia del proyecto. Pueden elegirse desde un solo adjudicador hasta un *DB* de cinco (5) miembros o más.

En cuanto a las funciones principales de los miembros del *DB* citamos los siguientes:

- *Visitar el sitio de la obra o el lugar de ejecución del proyecto:* La regularidad de estas visitas pueden ser previamente acordadas por las partes. Esta función permite mantener informado al *DB* del estado del proyecto.
- *Revisión de información y reporte:* Los miembros del *DB* como parte de sus obligaciones deben revisar toda documentación contractual, incluida y sin ser limitativo todos aquellos reportes que las partes provean para un mejor conocimiento del proyecto.
- *Realizar labor consultiva:* Dependiendo del tipo de *DB*, la función consultiva es una fundamental herramienta para evitar conflictos. El ejercicio de esta función permite a las partes conocer la eficiencia de su reclamo y con ello disuade los reclamos arbitrarios.
- *Emitir pronunciamiento:* Esta es la función de resultado del *DB*, la cual precede a la recepción del reclamo y organización de las audiencias. Este pronunciamiento puede ser una recomendación u opinión o ser obligatorio, dependiendo del tipo *DB* elegido contractualmente.

Para concluir, conviene citar a Estavillo Castro⁽¹⁷⁾, para definir que el éxito de los *DBs* depende de la capacidad, inteligencia y entendimiento de las partes para actuar con la convicción que están

(17) “(...) no obstante la naturaleza convencional de este tipo de mecanismos, gracias a la magnitud de los proyectos en que se les emplea y a la calidad de las partes que de manera consciente e informada convienen con convicción en su utilización, su nivel de eficacia es sobresaliente y permite sustraer la solución de las controversias del campo de las argucias procesales, para mantenerlo en el nivel sustantivo y teleológico que corresponde (...)”. ESTAVILLO CASTRO, Fernando, cit., p. 12.

ante un método cuya finalidad es ofrecer eficiencia en el manejo de sus conflictos.

5. EL *DISPUTE ADJUDICATION BOARD* Y SUS DIFERENCIAS CON OTROS *ADR*

Los *DAB* son mecanismos *in situ* de resolución de controversias para grandes proyectos de construcción de largo plazo. Son mecanismos de *ADR* que si bien se acercan en su configuración al arbitraje, tiene características que la distinguen.

Es un método continuo, regular y eficiente para solucionar reclamos durante la ejecución del proyecto. Es continuo porque generalmente sigue el proyecto desde su inicio hasta el fin. Es regular porque requiere visitar el lugar de la obra periódicamente⁽¹⁸⁾, siendo testigo así del progreso de los trabajos, discutiendo controversias potenciales, escuchando reclamos, preparando recomendaciones durante el curso del proyecto. Es eficiente por la atractiva relación costo/tiempo/beneficio en comparación con otros sistemas de solución de controversias y por su alto índice de éxito.

El *DAB* al igual que el arbitraje forma parte estructural del nuevo sistema conflictual convencional de la FIDIC (actual Libro Rojo). El *DAB* ayuda a mantener una relación sana y pacífica entre las partes. Efectivamente, la rápida solución de reclamos sin crear una posición hostil entre las partes es imperativa para ahorrar costos y evitar efectos secundarios como las destrucciones de relaciones comerciales entre el propietario de la obra y sus contratistas. Finalmente, por ser un *ADR* (*Alternative Dispute Resolution*), se caracteriza por su flexibilidad y poca rigidez, orientada hacia un resultado aceptable para ambas partes del conflicto.

⁽¹⁸⁾ Bajo el *DRB* del Banco Mundial, las visitas a la obra son no menos de tres veces en un período de 12 meses. Bajo el *DAB* de la FIDIC se precisan tres criterios diferentes: (i) no menos de 140 días (párrafo 1, Anexo); (ii) no antes de los 70 días (Norma de Procedimiento 1); (iii) generalmente cada tres o cuatro meses (Introducción al Anexo).

JAYNES, Gordon, en: *A Dispatch from the front: Dispute Boards at 2002*. Ponencia presentada en el Seminario de Resolución de Disputas bajo los Contratos Internacionales de Construcción, Hotel Concorde La Fayette, París, 2004.

Si bien el *DAB* tiene una conformación muy parecida al arbitraje, por el número de sus integrantes, por los requisitos de imparcialidad e independencia exigidos, por la forma de su designación como adjudicadores⁽¹⁹⁾ por los contratantes y por la forma de su retribución; la diferencia esencial incluso con el resto de las técnicas empleadas como medios alternativos de solución de controversias (mediación, conciliación, etc), se refiere a que el *DAB* se conforma al inicio de un proyecto y que a través de visitas regulares al lugar de la obra, se involucran exclusiva y activamente con la problemática y complejidad del proyecto la obra.

Efectivamente, esta forma de adjudicación de desavenencias se distingue tanto del litigio como del arbitraje y de la mediación; por que a diferencia del litigio, la resolución no está regulada de manera general por la legislación, ni es administrada por el Estado, es decir, la ley no prevé de manera específica un procedimiento a seguir, y no es el Estado, a través de tribunales previamente establecidos, quien pone fin a una controversia, sino que su regulación es resultado de la autonomía de las partes. Si bien sus decisiones son obligatorias y vinculan inmediatamente a las partes, a diferencia del arbitraje, esta decisión no es acogida bajo el reconocimiento constitucional de un laudo arbitral ni está sujeta a los alcances de las prerrogativas de las convenciones internacionales, como es el caso del Convenio de Nueva York.

Otra diferencia con el arbitraje es que las decisiones de los adjudicadores no son directamente ejecutables. En el arbitraje, los árbitros pueden –a voluntad de las partes o estando previsto en el reglamento arbitral aplicable– tener facultades para ejecutar sus propias resoluciones. Adicionalmente, las decisiones del *DAB* son susceptibles de ser abiertas, examinadas, revisadas, e inspeccionadas en un arbitraje, mientras que

(19) Bajo el *DRB* del Banco Mundial, los adjudicadores *deben tener experiencia con el tipo de construcción involucrado en las Obras y estar capacitados para la interpretación de los documentos contractuales* y deben ser *fluidos en el lenguaje del Contrato*. Para el caso de *DAB* de la FIDIC deben estar: *Apropiadamente calificados*. (Pero vea el párrafo 3, *Garantías*, del Apéndice de la FIDIC, que indica que debe ser acordado junto con los miembros, y contiene las tres mismas exigencias del *DRB* del Banco Mundial.

JAYNES, GORDON, en: *A Dispatch from the front: Dispute Boards at 2002*. Ponencia presentada en el Seminario de Resolución de Disputas bajo los Contratos Internacionales de Construcción, Hotel Concorde La Fayette, París, 2004.

los laudos arbitrales no pueden ser revisables en cuanto al fondo. Desde una óptica temporal, una controversia en el arbitraje puede ser resuelta muy posteriormente a la conclusión de la obra, por ejemplo una ampliación de plazo o la liquidación de la obra; sin embargo, el *DAB* analiza y emite una decisión en tiempo real o contemporáneo a la ejecución de la obra.

Por otro lado, a diferencia de la mediación, a los adjudicadores se les requiere que decidan los asuntos en controversia de acuerdo con el marco contractual y legal, mientras que en la mediación, la función del mediador es asistir a las partes a alcanzar un acuerdo negociado de la disputa, pudiendo en algunos casos hacer una evaluación que exprese su punto de vista que permita ayudar a las partes a negociar.

El *DAB* es un procedimiento esencialmente amigable basado en el contrato. Este procedimiento no debe ser entendido como una alternativa al arbitraje sino como un mecanismo que filtra la solución de reclamos y que permite que sólo disputas relevantes e irreconciliables finalmente concluyan con el arbitraje.

6. LA EXPERIENCIA PERUANA CON LOS *DB*

El Perú reporta escasa experiencia en la utilización de los *DBs* en el manejo del conflicto en contratos de construcción, e incluso en aquellas experiencias que pudieron ser paradigmáticas, fueron desaprovechadas debido al mal entendimiento de este método por sus operadores, desnaturalizándolos e identificándolos erróneamente como un arbitraje técnico.

En el país, la figura adjudicativa más cercana que precedió al *DAB*, fue la participación del Ingeniero en la ejecución de aquellas obras diseñadas contractualmente bajo el formato del Libro Rojo (Tercera Edición) o incluso para el caso de servicios diseñados bajo el formato del Libro Blanco de la FIDIC. Este Ingeniero tuvo la responsabilidad no sólo de la función supervisora de las obras sino también la función decisiva de reclamos; sin embargo, también en estos últimos casos, a la figura del ingeniero se le confundió contractualmente como un caso especialísimo de *conciliador*, y lo mencionamos como tal, porque

aparecen casos en los que un conciliador *decide*, situación que se ha dado en contratos estatales por el desconocimiento de estas nuevas figuras adjudicativas.

El ingreso de mayor inversión al país en la ejecución de grandes proyectos de infraestructura obligará a la utilización de formatos contractuales como los de la FIDIC u otros; y de seguro la utilización de estas nuevas fórmulas en el manejo de conflicto se harán comunes, de ahí nuestro interés por difundirlas. El inversionista extranjero demandará aquella justicia que sea la más neutral posible y en la mayoría de los casos, este esquema conflictual convencional (*DAB-Arbitraje*) representa toda la justicia que exigirá como condición para operar.

7. CONCLUSIÓN

Los *DBs* vienen consolidándose y creciendo exponencialmente a nivel internacional. Los *DBs* no aparecieron como una alternativa o sustitución al arbitraje sino como parte estructural de un nuevo sistema de gestión o manejo conflictual convencional aplicable a proyectos de construcción importantes y de largo plazo, en los que la garantía de neutralidad y eficiencia exigidas por el nuevo contratista está garantizada por la propia experiencia.

En el país tenemos aún experiencia escasa y mal entendida sobre los *DBs*, pero que con el incremento de las inversiones, nos obligarán a reconocerlos y ponerlos en práctica muy rápido y para lo cual debemos estar preparados. ▲

 PEDRO A. BATISTA MARTINS (*)

Panorámica sobre las pruebas en el arbitraje

SUMARIO: *1. Introducción. 1.1. Prueba. Regla general. 2. Los hechos y las pruebas. 2.1. Pruebas directas e indirectas. 2.2. Indicios y presunción. 3. Admisibilidad de la prueba. 4. Corresponde al árbitro examinar la admisibilidad de la prueba. 5. Documento confidencial obtenido por una de las partes. 6. La valoración de la prueba. 6.1. El sistema de prueba legal. 6.2. La valoración de la prueba en el arbitraje internacional. 7. Conclusión.*

1. INTRODUCCIÓN

El campo de las pruebas, en el arbitraje, es bastante amplio y no se sujeta a un catálogo legal. Sobre este particular, la producción probatoria en el ámbito del arbitraje se alinea con el sistema de las pruebas del proceso civil. *Todos los medios legales, así como los moralmente legítimos, aunque no se hallen especificados en este código, son aptos para probar la verdad de los hechos, en los que se funda la acción o la defensa* (artículo 332 CPC).

Debe constar que todos los medios idóneos y capaces de demostrar el hecho controvertido (por ejemplo, fotografía; vídeo; grabación), aunque no los enumere la ley, son pasibles de examen por parte del juzgador con vistas a reconstruir o definir la verdad sobre un determinado hecho.

(*) Profesor de Arbitraje en la Escuela de Derecho de la Fundación Getúlio Vargas (Río de Janeiro). Profesor invitado de la Escuela de la Magistratura del Estado de Río de Janeiro. Miembro de la Comisión Redactora de la Ley de Arbitraje de Brasil. Socio de Bastista Martins Advogador.

Según la Ley N° 9307/96:

“El árbitro o el tribunal arbitral podrá tomar declaración a las partes, oír testigos y determinar la realización de pruebas periciales o de cualquier otra que juzgue necesaria, por solicitud de las partes o de oficio” (artículo 22, *encabezamiento*).

Se ve que es amplia la libertad probatoria en el proceso arbitral, a la vista del elemento esencial, para el árbitro, que es la búsqueda y la conquista de la verdad material. La propia equiparación de las facultades del árbitro a las del juez togado asegura plena autoridad al juzgador privado, con relación al ejercicio de la función jurisdiccional, función ésta que tiene por finalidad aplicar el derecho al caso concreto y que, por supuesto, debe pasar, con carácter preliminar, por la relevante etapa de la confirmación de la veracidad o de la falsedad del *hecho a probar*.

De este modo, es amplio el medio de prueba utilizado tradicionalmente en el arbitraje, especialmente, en el de carácter internacional. No obstante, también en el nacional el árbitro puede solicitar información de autoridades públicas, municipales, estatales y federales (por ejemplo, agencias reguladoras, registros públicos), determinar la presentación de cintas sonoras, cintas de vídeo, libros contables, fotografías y discos duros, determinar oír a testigos no indicados por las partes, o incluso, su representación para aclarar puntos controvertidos o para, en un careo con otro testigo, aclarar informaciones incoherentes o conflictivas. Al arbitraje se le aplica la regla de que *nadie está eximido del deber de colaborar con el Poder Judicial* (en el caso en cuestión, con los árbitros) *para descubrir de la verdad* (artículo 339, CPC).

La misma libertad se da en el caso de la prueba pericial, donde el árbitro no se sujeta a lo solicitado por las partes y puede, incluso, de oficio, inspeccionar el establecimiento o almacén para confirmar o no, por ejemplo, las alegaciones sobre el estado de almacenaje de productos sensibles.

En el arbitraje no hay un procedimiento cerrado en cuanto a la producción de las pruebas: quiero decir que la declaración personal puede darse en reunión cerrada para tal fin; puede transferirse a un momento posterior a la declaración de los testigos; la declaración personal, si es conveniente, puede realizarse después de haber oído a los testigos y expertos. La declaración de los testigos puede darse de forma *fraccionada*,

según las circunstancias (por ejemplo, testigos que residen en el extranjero) e, incluso, repetirse, con carácter previo a la realización de la prueba pericial.

Por tanto, el árbitro no tiene, como sucede en el proceso judicial, el deber de determinar, de antemano, las pruebas que se van a producir (artículo 331, párrafo 2, del CPC), ni el momento o el orden en que tales pruebas se realizarán.

Sin embargo, esta libertad y la posibilidad de *fraccionar* la fase probatoria no puede derivar en un perjuicio *jurídicamente relevante* para cualquiera de las partes.

1.1. Prueba. Regla general

Lo que se busca en el proceso es demostrar, por los medios de prueba admitidos, los hechos alegados y tenidos como verdaderos o falsos por las partes. La lucha entablada busca probar lo sustentado por las partes. Sea la veracidad de los hechos o su falsedad o inexistencia. La valoración de la prueba determinará el éxito del demandante o del demandado.

Sin embargo, la prueba ha de ser admitida para que, tras su producción, sea objeto de valoración por parte de los árbitros, con base en la libre convicción. Libre, sin duda; pero, ciertamente, fundamentada.

No obstante, antes de tratar la admisibilidad y la valoración, es conveniente decir algunas palabras sobre los hechos y la conceptualización de las pruebas.

2. LOS HECHOS Y LAS PRUEBAS

En principio, cabe señalar que los hechos que importan para el juzgador son los llamados hechos controvertidos. Éstos son los que, en palabras de Carnelutti, se encuentran en la *zona neutra de los hechos afirmados tan sólo por una o alguna de las partes, es decir, hechos afirmados pero no admitidos, que pueden existir o no (...)*. El juez se encuentra aquí frente a la afirmación de una parte y a la negación de la otra, es decir, ante la discusión de un hecho (...).

Los hechos pueden dividirse en principales y secundarios. Los hechos principales también se denominan jurídicos o constitutivos (extintivos, impeditivos o modificativos). Por su parte, los hechos secundarios son, solamente, hechos simples.

Aclara Michele Taruffo que la distinción identifica los hechos principales al efecto de subrayar *la función jurídica de las circunstancias que se indican en la prótasis de la norma aplicable y que, por tanto, representan la condición o el presupuesto para verificar los efectos jurídicos previstos por la norma. Como ya se ha visto, el supuesto de hecho abstracto definido por la norma opera como criterio de selección, dentro de un conjunto indiferenciado e indefinido de circunstancias, de los hechos relevantes para la aplicación de la norma. El otro cuerno de la distinción está constituido por los hechos que habitualmente se denominan secundarios o simples, que se distinguen de los hechos principales en la medida en que no reciben calificación jurídica alguna. Estos hechos adquieren significado en el proceso sólo si de ellos se puede extraer algún argumento acerca de la verdad o falsedad de un enunciado sobre un hecho principal. Esta distinción es un lugar común muy difundido que resulta útil a propósito de diversos problemas, como, por ejemplo, los que se refieren a la relevancia de los medios de prueba. Sin embargo, aunque no carece de fundamento, es una distinción que implica una simplificación importante de los problemas que afectan a la identificación del hecho.*

2.1. Pruebas directas e indirectas

Las pruebas, habitualmente, se clasifican en directas e indirectas. Pese a que su definición no es uniforme en el mundo jurídico, esta distinción se difunde con frecuencia.

En la senda de Carnelutti, João Penido Burnier Júnior explica:

“Las pruebas directas, a que Carnelutti (1956, v. 1, p. 157) denomina históricas, se refieren al propio hecho que se está probando o consisten en él mismo. En el proceso de indemnización por accidente de tráfico, el testigo que describe el hecho que presenció, o reproduce lo que le contó un testigo ocular, produce prueba directa; de la misma forma, en un proceso de cobro, el

documento de confesión de la deuda es prueba directa, porque se refiere inmediatamente al hecho que se está probando, reproduciéndolo; el instrumento del contrato de alquiler, cuya existencia se discute en el proceso, es la reproducción del propio hecho que se está probando y así en adelante. Si la prueba no se refiere al propio hecho que se está probando, sino al otro, del cual, mediante un trabajo de raciocinio, se llega a aquel, la prueba es indirecta, también denominada crítica por Francesco Carnelutti, en el pasaje ya citado. Así, en el proceso de indemnización por accidente de tráfico, la descripción efectuada por el testigo (o por el perito, si fuera el caso), que no presencié los hechos, de la posición en que habían sido encontrados los vehículos siniestrados, sirve, en ciertos casos, para ayudar el raciocinio y llegar a la conclusión de como se produjo el accidente. En la prueba directa la conclusión es objetiva, consecuencia de la afirmación del testigo o de la constancia de la cosa o documento, sin necesidad de raciocinio. En la prueba indirecta, el raciocinio reclama la formulación de la hipótesis, su apreciación, la exclusión de unas, aceptación de otras, en fin, trabajos mentales para alcanzar la verdad del hecho que se está probando. Son pruebas indirectas, por excelencia, las que tienen por objeto los indicios que, como vimos (apartado 4, letra d, número 2, Capítulo I), permiten al juez llegar al hecho que se está probando por deducción”.

A pesar de que estas definiciones vienen siendo bastante utilizadas por la doctrina, Michele Taruffo diferencia la prueba directa de la indirecta teniendo en consideración la forma como la relación *hecho-prueba* se coloca en el proceso y en el contexto de la decisión. Por ello, es necesaria, en la visión de este autor, distinguir *hecho a probar*; es decir, el hecho jurídicamente relevante del que depende directamente la decisión, del *objeto de la prueba*, esto es, el hecho que ofrece la demostración o la confirmación de la prueba. Según el jurista italiano: “*La prueba podrá definirse como directa cuando las dos enunciaciones tienen por objeto el mismo hecho, es decir, cuando la prueba versa sobre el hecho principal. La terminología angloamericana dispone de un término específico al respecto: Se denomina material la prueba que tiene por objeto el*

hecho jurídicamente relevante". Por tanto, es prueba directa aquella que versa directamente sobre el hecho a probar. En cambio, se estará ante una prueba indirecta cuando esta situación no se produzca, es decir, cuando el objeto de la prueba esté constituido por un hecho distinto de aquel que debe ser probado por ser jurídicamente relevante a los efectos de la decisión (...). Como es fácil observar, esta distinción entre prueba directa e indirecta es funcional y relacional, no ontológica. Es decir, esta distinción no hace referencia a la *naturaleza* o a la *estructura* intrínseca de las pruebas o de los medios de prueba, de modo que las pruebas no son de forma general, a priori y, en cualquier caso, directas o indirectas. Al contrario, casi todas las pruebas pueden ser directas o indirectas, en función de si tienen por objeto el hecho a probar u otro hecho del que puedan extraerse inferencias sobre el hecho a probar. Así, una declaración testifical será directa o indirecta en función de su propio objeto específico y podrá ser también prueba directa o indirecta la inspección ocular, en función de que el juez perciba circunstancias o situaciones de hecho que coincidan o no con el *hecho a probar*. A esta variedad de funciones escapan pocos casos de pruebas que puedan considerarse típicamente directas o indirectas: Por un lado, está el juramento decisorio que, dado que sólo puede tener por objeto hechos principales, únicamente puede operar como prueba directa; por el otro, se podría decir que es típicamente indirecta la prueba por presunciones, dado que consiste en la formulación de inferencias que parten del *hecho conocido* para extraer conclusiones inferenciales sobre el *hecho ignorado*.

2.2. Indicios y presunción

En el tema de las pruebas, no se puede olvidar las llamadas pruebas indiciarias. Según la lección de Moacyr Amaral Santos, *el indicio es un hecho o señal debidamente probado que sirve para, por medio de él, llegar, por deducción, a la presunción*. O, incluso, en la línea de Alsina y Dellepiane: "*Se llama indicio todo rastro, vestigio, huella, circunstancia y, en general, todo hecho conocido, es decir, debidamente probado, susceptible de llevar, por inferencia, al conocimiento del hecho desconocido*".

El indicio, por sí solo, no es capaz de afirmarse como prueba del hecho controvertido, pues, para ello, será necesaria una red interconectada de indicios, lineal y coherente, de modo que se consubstancie en una auténtica presunción.

Como afirma Carnelutti, *un hecho no es indicio en sí, sino que se convierte en tal cuando una regla de experiencia lo pone con el hecho a probar en una relación lógica, que permita deducir la existencia o no existencia de éste.*

Aunque la prueba indiciaria se utilice más en el ámbito penal, también en el derecho civil se hace uso de ella.

Partiendo de la regla del artículo 2727 del Código Civil italiano, la tradición doctrinal define la presunción simple (la presunción legal es preestablecida) como las implicaciones que el juzgador extrae de un hecho conocido para llegar a un hecho ignorado.

La presunción, por tanto, se califica como tal, cuando se forma una serie de indicios al punto de crear una percepción lógica capaz de autorizar o ayudar, eficazmente, al juzgador a determinar la falsedad o la veracidad del hecho controvertido.

Sobre este particular, se puede decir que la presunción simple se califica como prueba indirecta⁽¹⁾.

La presunción resulta, por tanto, de una inferencia o deducción lógica por parte del árbitro que extrae de los distintos indicios –que forman la presunción– cierta coherencia y plausibilidad capaces de convencer al juzgador sobre el hecho relevante en discusión. Parte de un hecho conocido para llegar al hecho a probar (*hecho desconocido*).

Como bien destaca Cândido Dinamarco: “Presunción es un proceso racional del intelecto, por el que del conocimiento de un hecho se infiere con razonable probabilidad la existencia de otro o el estado de una persona o cosa. La experiencia personal del hombre y la cultura de los pueblos muestran que existen relaciones razonablemente constantes entre la ocurrencia de ciertos hechos y la de otros, lo que permite formular juicios de probabilidad siempre que se tenga conocimiento de ellos. De ahí por qué el hombre presume, apoyado en la observación de lo que ordinariamente ocurre. El momento inicial de este proceso psicológico es el conocimiento de un hecho-base, o indicio revelador de la

(1) TARUFFO, *La Prueba de los Hechos*, cit., p. 471.

presencia de otro hecho. Su momento final, o su resultado, es la aceptación de otro hecho, sin tener de él un conocimiento directo”(2).

La utilización de presunción como prueba se admite con carácter general en los casos en los que hay dificultades para demostrar el hecho controvertido por medio de la prueba directa. Busca, por tanto, facilitar la prueba y viene siendo útil en los casos de fraude y simulación. No obstante estos supuestos, también sirve para reforzar o incluso, demostrar, el hecho relevante en otras situaciones jurídicas sensibles.

3. LA ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA

La producción de la prueba se sujeta a una condición de admisibilidad, según los criterios de relevancia y legalidad(3).

La legalidad se basa en el criterio de la licitud de la prueba. Ésta debe ser idónea desde la óptica del derecho. Será, por tanto, inadmisibile la prueba obtenida por medios ilícitos.

La relevancia tiene que ver con la pertinencia, la necesidad y la utilidad de la prueba que la parte pretenda que sea admitida en el contexto del proceso legal. De este modo, el hecho a probar debe ser relevante para deslindar la controversia y, además, la prueba debe ser útil al árbitro para los fines de la solución del caso concreto(4). La prueba tiene

(2) DINAMARCO, Cândido, *Instituições de Direito Processual Civil*, São Paulo, Malheiros, Vol. III, 2001, p. 113.

(3) “*L’ammissibilità è un requisito di legalità della prova (così Liebman), in quanto questa, per essere ammessa, dev’essere consentita dalla legge (ad es. non si può provare per testi un patto contrario al contenuto di un documento e coevo alla formazione del medesimo: article. 2272 c.c.);– la rilevanza implica invece un giudizio preliminare di utilità della prova (Liebman), nel senso che il fatto da provare deve essere rilevante per la decisione e la prova deve essere efficace e non superflua per la dimostrazione di tale fatto*” (BARBAGALLO, Isidoro, *La Prova Testimoniale*, Giuffrè Editore, Milano, 2002, p. 169).

(4) Según Isidoro Barbagallo: “*Per quanto concerne l’attività di valutazione della rilevanza delle prove richieste dalle parti e della loro ammissibilità, può essere interessante riportare l’opinione di un magistrato il quale non a torto ha rilevato che: si tratta di una delibazione delicatissima, perché involge la qualificazione della domanda e di singolo fatto addotto rispettivamente quale costitutivo ovvero impeditivo, modificativo od estintivo in rapporto alle tesi addotte dalle parti tra loro in contraddittorio; e, al tempo stesso, è una delibazione che attiene però alla valutazione delle istanze istruttorie quali presupposti di una decisione*

que resultar en un dato positivo suficiente para añadir valor al conocimiento del árbitro sobre el hecho controvertido.

Como dice Michele Taruffo: “En términos de lo dicho anteriormente, se trata de establecer si el hecho sobre el que versa la prueba es apto para constituir un elemento de confirmación de la hipótesis referida al hecho jurídico. Esta operación anticipa en cierto sentido el juicio sobre el resultado de la prueba respecto de la determinación del hecho, pero no coincide con la determinación del valor efectivo que la prueba podrá tener *ex post* en el juicio final del hechos”⁽⁵⁾.

Por todo lo visto, se puede afirmar que, en el análisis de la relevancia, el árbitro estará frente a un criterio lógico de definición, mientras que la apreciación de la licitud de la prueba se funda en un examen eminentemente jurídico.

4. CORRESPONDE AL ÁRBITRO EXAMINAR LA ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA

Es necesario señalar que la facultad de admitir o no las pruebas solicitadas por las partes corresponde al árbitro. Y no se admitirán, necesariamente, todas las pruebas requeridas. Esto no implica, como piensan y sugieren algunos abogados con relación al arbitraje, una violación

finale; in altre parole, la valutazione della prova impegna, presupponendola (se non anche persino anticipandola o condizionandola) più o meno direttamente tutta la decisione della causa” (ISIDORO BARBAGALLO, *La Prova Testimoniale*, Milano: Giuffrè Editore, 2002, pp. 169-170). Para Cesareo Consolo, *Affermativa o negativa che voglia provarsi, è necessario che i fatti dedotti siano coerenti al fine che si propone l'attore o il convenuto; insomma che abbiano, come suol dirsi, pertinenza, quae pertinent ad causam, che siano concludenti allo scopo, che esercitino influenza sulla causa*” (CONSOLO, Cesareo, *Trattato della Prova per Testimoni e del Relativo Procedimento d'Esame*, Torino, Unione Tipografico Editrice, 1904, pp. 13-14). Como señala Sentis Melendo (cit., p. 282): “La relevancia guarda estrecha relación con la conducencia. Nuestros códigos suelen iniciar la regulación de la prueba diciendo que el juez recibirá la causa a prueba *siempre que se hayan alegado hechos conducentes* (artículo 104 del derogado Código de la Capital, y artículo 360 del nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y sus correspondientes entre los derogados y los nuevos, de las distintas provincias). *Hechos conducentes* es una expresión perfecta; esto es, hecho que conduzca, que lleve, a algún resultado práctico a alguna meta”.

(5) TARUFFO, *La Prueba de los Hechos*, cit., p. 366.

del debido proceso legal y, consecuentemente, la anulación de la futura decisión arbitral.

Además, la costumbre de solicitar esto, como medio para intimidar, no debe producir ningún efecto en la persona del árbitro experto. Por el contrario, parecerá inmadurez y falta de elegancia del abogado, dado que éste siempre tiene –y tendrá– a su disposición, el camino de la acción de nulidad en ámbito judicial. Y, para ello, no precisa servirse de técnicas de *guerrilla procesal* en la búsqueda, con frecuencia infantil, de atemorizar al árbitro.

Y éste, a su vez, enfrentándose con ese ignominioso intento, no debe, de forma alguna, responder a la parte, pues se encuentra en un nivel distinto y soberano: En pleno ejercicio de función jurisdiccional.

Veamos lo que dice la doctrina en cuanto a la autoridad del árbitro (o juez) para decidir sobre la admisibilidad de las pruebas:

“La admisión de las pruebas es un acto exclusivo del árbitro, que la ley le faculta para denegar las diligencias inútiles o meramente dilatorias (artículo 130 del CPC)⁽⁶⁾”.

“Es oportuno dejar claro que el árbitro tiene poder para determinar la realización de las pruebas que considere necesarias, por solicitud de las partes o de oficio (art. 22, encabezamiento, parte final). Esto quiere decir que, a ejemplo del proceso estatal, el árbitro puede denegar las pruebas inútiles o meramente dilatorias (artículo 130 do CPC)⁽⁷⁾”.

“Nell’espressione del proprio apprezzamento sulla rilevanza delle prove chieste dalle parti e sulla loro ammissibilità il giudice può contare su un potere discrezionale abbastanza ampio⁽⁸⁾”.

(6) J. E. CARREIRA ALVIM, *Tratado Geral da Arbitragem*, Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 377.

(7) DE ALMEIDA SANTOS, Francisco Cláudio, “As Provas no Procedimento Arbitral”, en: *Revista de Processo*, año 22, N° 88, out./dez. 1997, p. 88.

(8) BARBAGALLO, Isidoro, *La Prova Testimoniale*, Giuffrè Editore, Milano, 2002, pp. 170-171.

En línea con la doctrina, veamos como los tribunales judiciales tratan el tema de la admisibilidad de las pruebas por parte del juez togado, *mutatis mutandis*, por el árbitro.

“RESUMEN DE SENTENCIA - PROCESAL CIVIL. RECURSO [“AGRAVO REGIMENTAL”]. EJECUCIÓN FISCAL. INVESTIGACIÓN DE LOS IMPORTES DEBIDOS. NO NECESARIO PRODUCIR PRUEBA PERICIAL. CONOCIMIENTO ANTICIPADO DEL LITIGIO. LIBRE CONVICCIÓN DEL MAGISTRADO. ACERVO DOCUMENTAL SUFICIENTE. INEXISTENCIA DE MENOSCABO DE LA DEFENSA. MÚLTIPLES PRECEDENTES.

1. El recurso contra decisión que negó dar seguimiento al recurso especial de la recurrente.
2. El fallo *a quo* mantuvo la decisión singular que desestimó la realización de prueba pericial.
3. Para verificar los importes debidos, lo que se puede hacer por medio de un simple cálculo por parte del contable, de la Secretaría de la Hacienda Pública o por la parte interesada, a la vista de los comprobantes que constan de los autos y siendo dispensable la utilización de conocimiento técnico-especial para calcular los referidos importes, no es necesario realizar prueba pericial.
4. En conformidad con reiterada jurisprudencia de esta Corte Superior, “la tutela jurisdiccional debe prestarse de modo que contenga todos los elementos que posibiliten la comprensión de la controversia, así como las razones determinantes de decisión, como límites a la libre convicción del juez, que debe formarlas con base en cualesquiera de los medios de prueba admitidos en derecho material, supuesto en el que no se puede hablar de menoscabo de la defensa por el conocimiento anticipado del litigio” y que “el magistrado tiene el poder-deber de conocer anticipadamente el litigio, rechazando la realización de audiencia con el fin de producir prueba testimonial, al constatar que el acervo documental aportado en

los autos tiene suficiente fuerza probatoria para dirigir e instruir su entendimiento” (REsp N° 102303/PE, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 17/05/99).

5. Precedentes en el mismo sentido: MS N° 34/DF, Rel. Min. FELIX FISCHER; REsp N° 330209/SP, Rel. Min. ARI PARGENDLER; REsp N° 66632/SP, Rel. Min. VICENTE LEAL, REsp N° 67024/SP, Min. VICENTE LEAL; REsp N° 132039/PE, Rel. Min. VICENTE LEAL; AgReg no AG N° 111249/GO, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA; REsp N° 39361/RS, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA; EDcl nos EDcl no REsp N° 4329/SP, Rel. Min. MILTON LUIZ PEREIRA; AgReg no AG N° 14952/DF, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA.
6. Inexistencia de menoscabo de la defensa como consecuencia de la denegación de prueba pericial solicitada.
7. Recurso desestimado.

(...)

VOTO – En lo que se refiere a la apuntada violación de las disposiciones señaladas, relativa al conocimiento anticipado del litigio, el magistrado tiene el poder-deber de conocer anticipadamente el litigio, y rechazar la realización de audiencia con el fin de producir prueba testifical, al constatar que el acervo documental es suficiente para dirigir e instruir su entendimiento. En esta línea, la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia, cuyos fallos se transcriben a continuación:

CIVIL. ALQUILER. PROCESAL CIVIL. DIVERGENCIA JURISPRUDENCIAL NO COMPROBADA. CONOCIMIENTO ANTICIPADO DEL LITIGIO. PRINCIPIO DE LA LIBRE CONVICCIÓN DEL JUEZ. MENOSCABO DE LA DEFENSA. INEXISTENCIA. ÍNDICE DE CORRECCIÓN MONETARIO. ERROR SUSTANCIAL. FALLO 07/STJ.

- No se conoce el recurso especial fundado en disentimiento jurisprudencial cuando el recurrente no demuestra las circunstancias fácticas que identifiquen o asemejen los supuestos confrontados, a tenor del artículo 541 del CPC y de lo dispuesto en el artículo 255 del RISTJ.
- El magistrado tiene el poder-deber de conocer anticipadamente el litigio y rechazar la realización de audiencia para producir prueba testifical, al constatar que el acervo documental aportado en los autos tiene suficiente fuerza probatoria para dirigir e instruir su entendimiento.

(...)

PROCESAL CIVIL. CONOCIMIENTO ANTICIPADO DEL LITIGIO. PRINCIPIO DE LA LIBRE CONVICCIÓN DEL JUEZ. MENOSCABO DE LA DEFENSA. INEXISTENCIA.

- La tutela jurisdiccional debe prestarse de manera que contenga todos los elementos que posibiliten la comprensión de la controversia, así como las razones determinantes de la decisión, como límites a la libre convicción del juez, que debe formarla con base en cualesquiera de los medios de prueba admitidos en derecho material, supuesto en el que no se podrá hablar de menoscabo de la defensa por el conocimiento anticipado del litigio.
- El magistrado tiene el poder-deber de conocer anticipadamente el litigio, y rechazar la realización de audiencia para producir prueba testifical, al constatar que el acervo documental aportado tiene suficiente fuerza probatoria para dirigir e instruir su entendimiento.

(...)

- Recurso especial no conocido”. (REsp N° 102303/PE, 6.ª Turma, Rel. Min. VICENTE LEAL, DJ 17/05/1999)

Se verifica, por tanto, que no procede alegar menoscabo de la defensa, por la denegación de la prueba pericial postulada.

La liquidación de los importes debidos se realizará mediante un simple cálculo por parte del contable, de la Secretaría de la Hacienda Pública o por la parte interesada, a la vista de los comprobantes que constan de los autos y siendo dispensable la utilización de conocimiento técnico-especial para calcular los referidos importes, no es necesario realizar prueba pericial.

Así, no se puede hablar de violación de la ley por la denegación de la prueba pericial solicitada⁽⁹⁾.

“RESUMEN DE SENTENCIA – II. No se reconoce el referido constreñimiento ilegal por menoscabo de la defensa, debido al rechazo de realizar prueba pericial contable y técnica en todos los contratos y subcontratas realizados por el municipio, si el Magistrado fundamenta suficientemente la falta de necesidad para elucidar los hechos, con base en los elementos del proceso.

III. El carácter meramente dilatorio de la actuación solicitada queda puesto en evidencia, pues la defensa no logró demostrar la necesidad real de la prueba pericial, y permaneció inactiva a lo largo de la instrucción, aun más, al tratarse de proceso en el que el propio Tribunal de Cuentas Municipal realizó la prueba pericial técnica, la cual fue corroborada por las demás pruebas de los autos.

IV. El juzgador puede denegar, motivadamente, actuaciones que considere dilatorias o innecesarias. Precedente.

V. Recurso desestimado.

(...)

VOTO – El juzgador puede denegar, de forma fundamentada, actuaciones que considere dilatorias o innecesarias, en virtud de un juicio de conveniencia en cuanto a la necesidad

⁽⁹⁾ STJ, 1,ª Turma, AgRg no REsp 614221 / PR, Rel. Min. José Delgado, j. 18.05.2004, DJ 07.06.2004, p. 171.

de su realización, que es propio y exclusivo del Juez, por ser el destinatario de la prueba.

(...)

El Tribunal *a quo*, a su vez, resaltó el acierto de la decisión autocrática, al considerar la impertinencia de la actuación solicitada, in verbis:

“(...)

Sabemos, y es oportuno repetir, que es perfectamente posible que el Juez, según su criterio y su convicción, deniegue la solicitud de prueba pericial, dado que ésta se hace innecesaria en vista de otras pruebas producidas, como de hecho afirmó la Ilma. Jueza, en la propia declaración del reo (véanse las informaciones de la Ilma. Jueza). Así es que, a mi modo de ver, la denegación de la prueba pericial, flagrantemente innecesaria, no se constituyó con menoscabo de la defensa. Como ya sabemos todos, hecho ya demostrado en los autos y que no depende de conocimientos técnicos prescinde de ser demostrado mediante prueba pericial, ésta, ya efectuada y analizada por el Tribunal de Cuentas de los municipios. (Art. 130 y 420 del CPC)

(...)

Además de todo ello, la jurisprudencia se orienta en el sentido de que ‘siendo el juez destinatario de la prueba, sólo a él compete valorar la necesidad o no de su realización.’ (TFR, 5.ª T, Ag. 51.774-MG, REL. Min. Geraldo Sobral, J. 27/2/1989, negaron la admisión del recurso. v.u. DJU 15.05.1989, p. 7.935”. (fls. 123/125)

De esta forma, no merece reforma el “decisum” atacado, en virtud del carácter meramente dilatorio de la diligencia solicitada, pues la defensa no logró demostrar la real necesidad de la prueba pericial y permaneció inactiva a lo largo de la instrucción.

(...)

Por último, traigo a colación el siguiente precedente de esta Corte:

“HABEAS CORPUS. ROBO CON VIOLENCIA. NULIDAD. DEFENSA PREVIA CONSIDERADA INTEMPESTIVA. EXAMEN PROFUNDO DE PRUEBAS INVARIABLE EN LA VIA ESTRECHA DEL MANDATO DE SEGURIDAD. DILIGENCIAS DENEGADAS. MENOSCABO DE LA DEFENSA. INEXISTENCIA. SUPRESIÓN DE INSTANCIA.

(...)

No configura menoscabo de la defensa la denegación, fundamentada, de actuaciones consideradas por el Juez como impertinentes o dilatorias. (...)” (HC 17929/SP, Min. JOSÉ ARNALDO, DJ de 04/03/2002)”⁽¹⁰⁾.

RESUMEN DE SENTENCIA – PROCESAL CIVIL. ART. 130 DEL CPC. PRUEBAS. VALORACIÓN. DENEGACIÓN NO MOTIVADA DE LA REALIZACIÓN DE PRUEBA. MENOSCABO DE LA DEFENSA. REAPRECIACIÓN EN SEGUNDO GRADO DE JURISDICCIÓN. POSIBILIDAD. TRATAMIENTO IGUALITARIO A LAS PARTES EN EL PROCESO.

(...)

6. La denegación de realizar pruebas, posibilidad ofrecida por el artículo 130 del CPC, no queda al libre arbitrio del juez; únicamente debe producirse, y de forma motivada, cuando sean dispensables y de carácter meramente dilatorio.

(...)

9. Si a la parte compete indicar los motivos de la realización de la prueba, al juzgador competirá motivar su denegación, so pena de menoscabar la defensa.

⁽¹⁰⁾ STJ, 5ª Turma, RHC 13918 / CE, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 25.05.2004, DJ 01.07.2004, p. 215.

(...)

INFORME – La Unión, disconforme, interpone recurso de aclaración de sentencia con el deseo de poner en cuestión el artículo 131 del Código de Proceso Civil. El fallo del recurso de aclaración tuvo el siguiente resumen (fl. 162):

PROCESAL CIVIL. PRUEBAS. DEBIDO PROCESO LEGAL.

1. Se garantiza a la parte el derecho de producir las pruebas de su interés, en conformidad con lo que permite el artículo 130 del Código de Proceso Civil. La prueba se somete a principios, entre ellos el de adecuación, y debe ser concluyente. Corresponde al juez permitir la producción de la prueba pertinente para demostrar el hecho, incluso porque ésta será examinada, también, en la instancia superior, dada la posibilidad de volver a discutir y a apreciar el hecho.
2. Menoscabo de la defensa configurado, a partir de la denegación de las pruebas. Sentencia anulada.
3. Ausencia de omisión. No conocimiento de los recursos de aclaración de sentencia.

(...)

VOTO – Defiendo el entendimiento de que el conocimiento anticipado del litigio es un poder-deber del magistrado y debe ejercerse siempre que se constate que el acervo documental aportado a los autos tiene suficiente fuerza probatoria para orientar e instruir el juicio (AGRESP 614221/PR, publicado DJ de 07/06/2004). Se trata de un homenaje a los principios de celeridad y libre convicción motivada, ínsitos a la prestación jurisdiccional.

(...)

El artículo 130 del Código de Proceso Civil otorga al juez poderes-deberes que le permiten no solo propiciar una actividad jurisdiccional más rápida, al dispensarle de realizar

actos innecesarios y excesivos, sino también, por otro lado, le llevan a aproximarse a la verdad de los hechos llevados al proceso.

(...)

Salvaguado, por cautela, que obviamente no se está, con ello, asentando que toda y cualquier prueba sea necesaria para el conocimiento del litigio, eternizándolas a pretexto de una amplia defensa. Si a la parte compete indicar los motivos de la realización de la prueba que solicita, al juzgador competente fundamentar la razón de su denegación, so pena de menoscabar la defensa⁽¹¹⁾”.

(11) STJ, 1ª Turma, REsp 637547 / RJ, Rel. Min. José Delgado, j. 10.08.2004, DJ 13.09.2004, p. 186. De forma adicional, caben analizar los siguientes precedentes del Superior Tribunal de Justicia:

“RESUMEN DE SENTENCIA – 1. El juzgador no está obligado a decidir en conformidad con las alegaciones de las partes, sino mediante la apreciación de los aspectos pertinentes al juicio, de acuerdo con su libre convicción. “La necesidad de producir determinadas pruebas se encuentra sometida al principio de la libre convicción del juez, ante las circunstancias de cada caso” (AgRgAg N° 80.445/SP, Rel. el Sr. Ministro Cláudio Santos, DJ de 05/02/96).

INFORME – Cabe observar que el Magistrado no está obligado a juzgar la cuestión sometida a su examen de acuerdo con el entendimiento de las partes, sino con la propia orientación, para lo que se servirá de los hechos, pruebas, aspectos pertinentes al tema, jurisprudencia pacífica y de la legislación adoptada como pertinente al caso concreto.

(...)

Véase, por tanto, que, después de analizar los presentes autos y las pruebas aportadas, los juzgadores afirmaron su convicción, fundamentando debidamente el *decisum* en el sentido de que no hay necesidad de producir otras pruebas. No se configura, por tanto, el alegado menoscabo de la defensa con el conocimiento anticipado del litigio.

(...)

VOTO – La demandante insiste en que hubo menoscabo de la defensa derivado de la no realización de la prueba pericial solicitada “para verificar la existencia y extensión de los alegados daños sufridos por el recurrente, así como del nexo de causalidad” (fls. 336).

(...)

Véase, así, que los juzgadores afirmaron su convicción tras un detenido examen de los documentos que constan en los autos, habiendo concluido que no hay necesidad de producir otras pruebas mediante decisión suficientemente fundamentada al excluir el

alegado menoscabo de la defensa. Como ya ha quedado ampliamente demostrado en el despacho ahora recurrido, el juzgador no está obligado a decidir de acuerdo con las alegaciones de las partes; sino mediante la apreciación de los aspectos pertinentes al juicio, en conformidad con su libre convicción. “La necesidad de producir determinadas pruebas se halla sometida al principio de la libre convicción del juez, ante las circunstancias de cada caso” (AgRgAg N° 80.445/SP, 3.ª Turma, Rel. el Sr. Ministro Cláudio Santos, DJ de 05/02/96) (fls. 152). Veamos los resúmenes de sentencias los siguientes precedentes:

“Recurso especial. Prueba pericial. Menoscabo de la defensa. 1. La simple solicitud de pruebas no hace que su admisión sea imperativa, el juez puede, ante el escenario de los autos dispensarlas, si se evidencia la no necesidad de su producción”. (STJ, 3.ª Turma, AgRg no Ag 462264 / PB, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 25.11.2002, DJ 10.03.2003, p. 206).

“RESUMEN DE SENTENCIA – PROCESAL. RECURSOS CONTRA LA EJECUCIÓN. SOLICITUD DE PRUEBA PERICIAL Y TESTIFICAL. AVAL DADO POR SOCIO GERENTE. RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA. DISCUSIÓN SOBRE ACTO PRACTICADO CON EXCESO DE PODER IRRELEVANTE. MENOSCABO DE LA DEFENSA NO CONFIGURADO.

I. Es posible en el juicio de instrucción dispensar de las pruebas solicitadas por la parte, cuando sean innecesarias para conocer la causa, lo que se verificó en la hipótesis de los autos.

II. Recurso rechazado.

(...)

VOTO – Ya se decidió: ‘MENOSCABO DE LA DEFENSA. Recursos del deudor. Conocimiento anticipado. Aplicación del párrafo único del artículo 740 del CPC. La prueba testifical no tiene fuerza para oponerse a un título cambiario revestido de los requisitos formales. AVAL. Cheque. Obligación cambiaria regularmente asumida. No se sostiene la alegación de que se otorgó el aval por equivocación. Recurso desestimado’ (Ap. Civ. N° 49.296, de Sombrio, Rel. Des. Nestor Silveira, DJ 9.336, de 10-10-95, p. 10).

Se sabe que no hay menoscabo de la defensa cuando, con la prudente discrecionalidad del juez, la materia cuestionada, por dispensar la producción de otras pruebas en la audiencia, permite el conocimiento anticipado del litigio, como en el supuesto en estudio. El Superior Tribunal de Justicia fijó: ‘PROCESAL CIVIL. MENOSCABO DE LA DEFENSA. Ausencia de hecho a probar. No hay menoscabo de la defensa cuando, según los términos de las piezas para la postulación, no hay hecho a probar en audiencia, con lo que se impone el conocimiento anticipado del litigio.’ (REsp N° 21.298-DF, Rel. Min. Dias Trindade, DJU n. 117, de 22.6.92, p. 9.759). O también: ‘PRUEBA. MENOSCABO DE LA DEFENSA. Al no ser necesario producir prueba en audiencia, se permite al juez conocer anticipadamente el litigio. Recurso especial no conocido’. (REsp N° 5.525-RS, Min. Barros Monteiro, DJU N° 119, de 24.6.91, p. 8.642)”. (STJ, 4ª Turma, AgRgAg 183.050 / SC, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 29.08.2000, DJ 13.11.2000, p. 146).

Tiene el árbitro, por tanto, una cierta discrecionalidad en lo que respecta a la admisión de pruebas. Ésta tiene que ser útil, necesaria y pertinente, por regla general, desde la perspectiva del árbitro.

5. DOCUMENTO CONFIDENCIAL OBTENIDO POR UNA DE LAS PARTES

Es posible admitir la aportación, por una de las partes, de un documento confidencial de la otra parte, si se aplica, en el examen, el principio de proporcionalidad.

Ello porque, la actual jurisprudencia de las dos más altas cortes judiciales brasileñas –Supremo Tribunal Federal y Superior Tribunal de Justicia–, con el objetivo de evitar graves distorsiones y de no beneficiar al infractor, viene entendiendo que no es absoluto el derecho de confidencialidad, para atemperarlo con la aplicación del principio de

“RESUMEN DE SENTENCIA – 2. La prueba pericial puede ser denegada en virtud del mandato del artículo 420, párrafo único, del Código de Proceso Civil, como en el caso de los autos, cuando la prueba del hecho no dependa del conocimiento especial del técnico y sea innecesaria en vista de otras pruebas producidas, lo que, incluso, permite buscar la aplicación de la sentencia N° 007/STJ, en los términos explicitados por la fallo recurrido.

(...)

VOTO – En realidad, los demandantes imaginan que solo el hecho de haber solicitado la producción de pruebas hace imperativa su denegación, lo que, a todas luces, no es verdad. El juez es el destinatario de la prueba. El eje de la solicitud, de hecho, es la prueba pericial contable, considerando la impugnación sobre el valor inicial de la deuda. El fallo recurrido rechazó la argumentación de los demandantes, de forma muy clara al afirmar, verbis: ‘Al contrario, consta de este contrato de confesión de reescalamiento de deuda que el saldo deudor era de NCz\$ 17.563.108,06 originario de otras operaciones vencidas en noviembre de 1990, de lo cual fue amortizada la cuantía de NCz\$ 11.063.108,06, con lo que resulta que la deuda confesada es de NCz\$ 6.500.000,00.’ (fls. 57). En la línea del mandato del artículo 420, párrafo único, del Código de Proceso Civil, el juez denegará la prueba pericial cuando: I – la prueba del hecho no dependa del conocimiento especial de técnico, y II – sea innecesaria en vista de otras pruebas producidas, lo que así se aplica al presente caso, que, además, ante esta particular circunstancia, puede, incluso, buscar la aplicación de la sentencia N° 07, STJ. Concretamente, no hay como configurar el alegado menoscabo de la defensa, y queda, por tanto, baldío el especial por la línea ‘a.’ (STJ, 3.^a Turma, REsp 50020 / PR, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 03.09.1996, DJ 14.10.1996, p. 39000).

proporcionalidad⁽¹²⁾, para suplantar potenciales obstáculos constitucionales, por la prevalencia de ciertos derechos cuando entran en conflicto con garantías fundamentales.

“Recurso Ordinario en Mandato de Seguridad.

Secreto Telefónico. Abogado. Vulneración.

I. Decisión judicial fundamentada, con apoyo en la Ley N° 9296/96, que determina la interceptación telefónica, no viola la Constitución Federal.

II. La protección de la inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas del abogado no consubstancia un derecho absoluto, que cede paso cuando están presentes circunstancias que denoten la existencia de un interés público superior, específicamente, la fundada sospecha de la práctica de la infracción penal”.

“Penal. Procesal. Grabación de conversación telefónica por uno de los interlocutores. Prueba lícita. Principio de proporcionalidad. “Habeas Corpus”. Recurso.

(12) Buena parte de la doctrina adopta, también, posición flexible en cuanto a la admisión de pruebas obtenidas por medio ilícito, por la adopción del principio de proporcionalidad. Se puede citar, por todos los juristas, la lección de José Carlos Barbosa Moreira: “Sea como sea, lo esencial aquí es realzar el carácter relativo que por fuerza se tiene que atribuir al principio constitucional atinente a la inadmisibilidad de las pruebas ilícitamente adquiridas. Visto que, incluso entre los juristas más comprometidos con la tesis de la prohibición, se acaba admitiendo que ésta no se aplica de modo automático e indiscriminado en cualesquiera circunstancias, queda abierta la posibilidad de una construcción jurisprudencial que tome en la debida cuenta las variables necesidades sociales (...) La posibilidad de probar alegaciones en juicio está incluida en la de someter a la apreciación del Poder Judicial cualquier lesión o amenaza al derecho (Constitución, artículo 5°, N° XXXV). No parece razonable que siempre se tenga que anteponer, abstrayéndose de todo lo demás, la preservación de la intimidad de quien tenga motivo para suponer que puede haber incidido, estar incidiendo, o en vías de incidir, en algún comportamiento antijurídico. De ahí la conveniencia de dejar al aplicador de la norma restrictiva un determinado margen de flexibilidad en el respectivo manejo. Solo la atenta ponderación comparativa de los intereses en juego en el caso concreto se presenta capaz de permitir llegar a una solución conforme a la Justicia. Es justo a esto lo que busca el recurso al principio de proporcionalidad”. (en: *Temas de Direito Processual*, 6ª serie, Saraiva, São Paulo, 1997, pp. 113-114).

1. *Grabar la conversación por uno de los interlocutores no es interceptación telefónica; y es lícita como prueba en el proceso penal.*
2. *Por el principio de proporcionalidad, las normas constitucionales se articulan en un sistema, cuya armonía impone que, en cierta medida, se tolere el detrimento de algunos derechos por ella otorgados, en el caso en cuestión, del derecho a la intimidad.*
3. *Precedentes del STF [Supremo Tribunal Federal]⁽¹³⁾ (cursiva nuestra).*

En el Habeas Corpus N° 75.338-8 (Río de Janeiro), el Ministro Carlos Velloso, del Supremo Tribunal Federal, se manifestó en los siguientes términos:

“Se dirá que la grabación sería contraria al artículo. 5, inciso X, de la Constitución, que dice:

Artículo 5 (...)

X – “son inviolables la intimidad, la vida privada, el honor y la imagen de las personas; se asegura el derecho a indemnización por el daño material o moral derivados de su violación’”. Debe entenderse que el derecho a la intimidad no es, como hace poco decíamos, absoluto, ya que debe ceder frente al interés público, social y de la justicia. Ahora bien, la justicia no tiene únicamente un plato, sino dos. En uno de ellos están los derechos individuales; pero, en el otro, se hallan los no menos importantes derechos sociales y colectivos. El interés de la justicia se asienta, sobre todo, en la realización del interés social, de la colectividad⁽¹⁴⁾” (El resaltado es del autor).

⁽¹³⁾ Recurso Ordinario en Mandato de Seguridad N° 10.857 - São Paulo, Quinta Turma, Superior Tribunal de Justiça, unanimidad, Ministro Rel. Félix Fischer, juzgado el 16/03/2000.

⁽¹⁴⁾ Pleno del Supremo Tribunal Federal, mayoría, Ministro Rel. Nelson Jobim, juzgado el 11/03/1998.

Véase, también, la decisión del Tribunal de Justicia de Río Grande do Sul:

“PRUEBA ILÍCITA. INTERCEPTACIÓN, ESCUCHA Y GRABACIÓN, TELEFÓNICAS Y AMBIENTALES. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. ENCUBRIMIENTO DE LA PROPIA TORPEZA. VERDAD PROCESAL. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA.

1. (...) omitido (...) 2 (...) omitido (...) 3. La garantía de intimidad, de fuerte contenido ético, no se destina a proteger la torpeza, la ilicitud, aunque se trate de un ilícito civil. La conducta del autor se mantuvo dentro de los límites de la justa causa, de la necesidad de recuperar su crédito, sin interferencia o divulgación a terceros. PRELIMINAR RECHAZADA. RECURSO INADMITIDO⁽¹⁵⁾”.

Los derechos a la confidencialidad y, en consecuencia, a la intimidad, como se ha visto, no tienen carácter absoluto, dado que existen otros derechos constitucionales, también relevantes.

Así, al entrar en conflicto las reglas constitucionales, no se puede afirmar la protección absoluta a todos los preceptos, disposiciones y valores incluidos en la Constitución Federal. Hay que sopesar los derechos y las garantías para atribuirles el alcance que el caso concreto exige.

En este sentido, el pleno ejercicio de los derechos fundamentales encuentra su límite en las garantías atinentes a los otros individuos, en los valores de la moral, la ética y el orden jurídico. En fin, en los presupuestos del Estado Democrático de Derecho que imponen a todos el deber de lealtad. De ahí la imperatividad en la adopción del principio de proporcionalidad cuando se contraponen derechos relevantes que chocan contra el orden social.

Dependiendo del contenido del documento y del alcance de la ilicitud que la parte busca demostrar con la prueba de naturaleza confidencial, puede

⁽¹⁵⁾ Agravo de instrumento [recurso de apelación especial] N° 70005684808, 2.ª Câmara Especial Cível, Relator Nereu José Giacomolli, juzgado el 11/03/2003.

quedar demostrado que la parte que se debate contra su producción atenta contra los principios constitucionales de protección de los relevantes intereses individuales y del propio Estado Democrático de Derecho.

En efecto, ya en el Preámbulo de la Constitución Federal, el legislador hace constar que el Estado Democrático está destinado a asegurar la igualdad y la justicia como valores supremos de una sociedad fraternal⁽¹⁶⁾.

Además, constituyen objetivos fundamentales de la República Federativa de Brasil, construir una sociedad justa y solidaria (artículo 3, I, Constitución Federal).

Véase, por tanto, que el pilar central del Estado de Derecho brasileño es la igualdad, la solidaridad y la justicia.

Esta trilogía refleja un verdadero núcleo constitucional de valores supremos e imperativos para el orden jurídico y social.

La igualdad extrapola una gama significativa de derechos y realza, en el aspecto procesal, simetría de información y oportunidad; así como, el equilibrio en la relación demandante/demandado, de forma que ambos tengan la misma posibilidad y los mismos instrumentos, incluso probatorios, para que el Estado pueda, así, administrar y realizar la justicia. Justicia con efectividad. Justicia justa.

Lealtad y ética en las relaciones jurídicas y sociales, así como, en la solución de controversias, son atributos de la solidaridad. Este valor de la vida refleja una cualidad moral que encierra un deber de responsabilidad y respeto con relación a los intereses ajenos.

En efecto, el contenido probatorio de los documentos aportados por una parte puede demostrar que la otra parte disputa la cuestión

(16) Según las palabras del jurista portugués José Joaquim Gomes Canotilho: “Sin embargo, el preámbulo no es jurídicamente irrelevante. Forma parte del documento constitucional, aprobado con la Constitución. Su valor jurídico es, no obstante, subordinado. Funciona como elemento de interpretación –y eventualmente de integración– de las normas constitucionales (...) Pero el preámbulo desempeña además otra importante función constitucional. Expresa, por así decir, el título de legitimidad de la Constitución, tanto en cuanto a su origen, como a su contenido (legitimidad constitucional material)”. RIBEIRO BASTOS, Celso y GANDRA MARTINS, Ives, *Comentários à Constituição do Brasil*, Vol. 1, Saraiva, São Paulo, 1988, p. 409.

objeto del arbitraje en flagrante violación a los preceptos y valores sustantivos que informan la interpretación y la aplicación de las reglas de derecho constitucional.

Al ser confidenciales los documentos de la parte, este núcleo constitucional de valores jurídico-sociales, por lo que representan, puede incluso anteponerse al derecho al secreto de la correspondencia y las comunicaciones, pues se trata de un derecho relativo y que no puede superar objetivos fundamentales que orientan el orden público brasileño.

Se tiene que resaltar, además, que a los litigantes, en un proceso judicial o administrativo, y a los acusados en general se les asegura el contradictorio y la amplia defensa, con los medios y recursos a ella inherentes (artículo 5, LV, Constitución Federal).

Además, según las reglas del Proceso Civil Brasileño, aplicables al arbitraje, nadie está eximido del deber de colaborar con el Poder Judicial para descubrir la verdad (artículo 339). Son deberes de las partes y de todos quienes, de cualquier forma, participan del proceso, el de exponer los hechos en juicio en conformidad con la verdad, proceder con lealtad y de buena fe y no formular pretensiones, ni alegar defensa, cuando saben que no tienen fundamento (Código de Proceso Civil, artículo 14, I, II y III).

Véase que, desde el punto de vista de la ética de la igualdad, de la justicia y de la solidaridad, la legalidad en la aportación de los documentos probatorios de naturaleza confidencial, puede tener efectos favorables para la parte interesada en el descubrimiento de la verdad. Al final, tales preceptos constitucionales, por sus valores intrínsecos, limitan el derecho individual a la intimidad. En este particular, debe imperar la voluntad del Estado y de su colectividad que, con la finalidad de la plena y justa realización de la justicia, legitimaría la presentación de prueba contraria a intereses personales, aunque se haya obtenido con violación del secreto. La confidencialidad, en este caso, sería antijurídica por su finalidad.

A la luz de este presupuesto de mera argumentación (por ejemplo, confidencialidad de los documentos de la parte) y, obviamente, a la vista de los matices del caso concreto, puede no ser descabellado o desproporcionado el medio utilizado por la parte para obtener documentación considerado como confidencial, dado el fin a ser alcanzado. La

proporcionalidad se inclinaría a favor de los intereses de la parte que, en el caso en cuestión, estuviera defendiéndose de una conducta inmoral e injusta de la otra parte. Una verdadera conducta antijurídica que haría legítima la pretensión, aunque los documentos fueran confidenciales.

Esta legitimidad se amplía en el caso de que el control accionarial de la parte contra la que se pretende producir la prueba sea de titularidad del Estado, que tiene, consecuentemente, el deber de establecer pautas sobre sus acciones con base en el principio de moralidad (artículo 37, encabezamiento, de la Constitución Federal).

Ahora bien, esta regla de conducta es lo mínimo que se puede esperar de una empresa cuyo control está en manos de quien debe dar ejemplo, es decir, del Estado.

La moralidad está indisociablemente enlazada a la buena fe y a la confianza en el ejercicio de las relaciones jurídicas y contractuales. Al deber de cooperación con la otra parte. A la lealtad procesal y al deber de no alterar la verdad de los hechos, en los términos del artículo 17, II, del Código de Proceso Civil.

Tiene que añadirse a todos los fundamentos antes expuestos el hecho que las empresas vinculadas al Estado, normalmente, se relacionan en la esfera negocial con un poder intrínseco que las posiciona con cierta superioridad frente a sus socias privadas lo que, totalmente, duplica sus responsabilidades.

En este sentido, aunque los documentos fueran confidenciales, se produciría en beneficio de la parte que busca el acuerdo de la parte controvertida una *excluyente de antijuridicidad*, lo que debería determinar su admisión en el proceso arbitral, para todos los fines de derecho.

Por tanto, aunque confidenciales, pueden admitirse ciertos documentos en el proceso de arbitraje dado que el enfrentamiento de principios fundamentales puede militar a favor de la parte que pretende su producción y no en defensa de la propia torpeza de la parte recalcitrante.

6. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

El examen es el peso de cada prueba como fuente de graduación de la motivación que dará lugar a la convicción del árbitro; es un acto

exclusivo de juzgador e integra la dinámica del procedimiento de análisis de los efectos, de las causas y de los elementos del proceso que conducirán a la terminación del caso concreto.

Conocedor del hecho controvertido, de los fundamentos de derecho y de los dictámenes legales que orientan la cuestión, corresponde al árbitro extraer de los elementos probatorios su convicción sobre la materia en disputa. Es acto de naturaleza subjetiva que refleja la justicia de quien juzga de acuerdo con su experiencia ordinaria y su juicio de valor⁽¹⁷⁾.

(17) “El Juez llega a esta convicción gracias a principios generales fundados en la experiencia, los cuales en parte comprenden los resultados de investigaciones científicas, en parte derivan de la observación de la vida y de la conducta de los hombres. Con ayuda de estos principios, el juez examina el valor probatorio de los medios de prueba, en particular, de las declaraciones de los testigos, y al mismo tiempo resuelve si estos medios son capaces de fundar, en su interior, la convicción de la verdad de los hechos discutidos. (...) Así, en virtud de su libre apreciación de la prueba, el juez considera probado lo que según la experiencia constituye una regla de la vida, en tanto que no se presenten circunstancias que excluyen la aplicación de esta regla. De otro modo no se puede mostrar ningún suceso histórico. Pues la insuficiencia de los medios por los cuales podemos conocer la verdad de hechos pasados, y la imperfección de la capacidad del conocimiento humano hacen que no podamos averiguar con certeza absoluta el comienzo, el desarrollo, las circunstancias acompañantes de un suceso, como es factible y necesario tratándose de la prueba de principios científicos, sobre todo, en la matemática. Un error es siempre posible, y siempre es concebible que el suceso haya ocurrido de un modo distinto. Pero tal como en la vida, admitimos y suponemos siempre como verídico aquello que corresponde al rumbo ordinario de las cosas y a su curso natural, tal como todas las decisiones humanas, en el mejor de los casos se hacen guiar por un alto grado de probabilidad, así también el juez del proceso debe contentarse con este alto grado de probabilidad, el máximo realizable cuando se trata de comprobar sucesos reales. El juez que gracias a su instrucción y educación está al nivel de la cultura de su época y que por su actividad práctica conoce la situación de su país y de su distrito, las ideas y costumbres de su pueblo, no debe dudar en un caso en que cualquier otra persona razonable que sepa apreciar claramente las condiciones de la vida estaría convencida: en tal caso debe considerar lograda la prueba de la verdad, sin preocuparse de que dentro del dominio inmenso de las posibilidades lo contrario no es, desde luego, inimaginable. Pues ninguna prueba que tenga por objeto la comprobación de afirmaciones de hecho puede más que convencer a un hombre razonable y experimentado. Por eso, cada parte responde a su carga de la prueba mostrando circunstancias que de acuerdo con la regla de la vida justifican concluir de ellas con respecto a la verdad de los hechos que debe afirmar y que afirma; entonces, tranquilamente puede dejarse a la contraprueba de la otra parte, alegar las circunstancias especiales que, excepcionalmente, hacen parecer inadecuada la aplicación de ese principio fundado en la experiencia”. (ROSENBERG, Leo, *La Carga de la Prueba*, KROTOSCHIN, Ernesto (traductor), 2ª ed., Editorial B de F Ltda., Buenos

Se enmarca en la regla de que el juez apreciará libremente la prueba, atendiendo a los hechos y circunstancias de los autos (artículo 131 del CPC)⁽¹⁸⁾.

Según una decisión paradigmática del Superior Tribunal de Justicia: “La libre apreciación de la prueba, siempre y cuando la decisión esté fundamentada, tenidos en consideración la ley y los elementos existentes en los autos, es uno de los cánones de nuestro sistema procesal (STJ, 4.^a Turma, REsp 7.870-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 03.12.1991, DJ 03.02.1992)”⁽¹⁹⁾.

Aunque la libertad en el análisis de las pruebas sea amplia, lo suficiente para permitir al árbitro aplicar el derecho al caso concreto, por vía de la sentencia arbitral, es un hecho que esta libertad encuentra una limitación en la motivación que la orienta. Se trata de una norma imperativa y que implica una decisión que está imbuida en los elementos y pruebas que constan en los autos que forman el proceso y, por tanto, no ajenos a ellos. La motivación de la decisión reprime la convicción del árbitro ya que su decisión debe basarse en lo que quedó demostrado, o de lo que se pueda extraer, en el debido proceso legal. Hay que tener una racionalidad en la adopción de la libre convicción.

Aires, 2002, pp. 213-214). Según el artículo 335 del CPC, ante la falta de normas jurídicas particulares, el juez aplicará las reglas de la experiencia común proporcionados por la observación de lo que ordinariamente ocurre y de las reglas de experiencia técnica, salvaguardando, en cuanto a esta última, el examen pericial. Ya decidió la justicia ordinaria que: “El juez no puede rechazar las reglas de experiencia común cuando dicta la sentencia. Es decir, el juez debe valorar y apreciar las pruebas de los autos, pero al hacerlo puede y debe servirse de su experiencia y de lo que comúnmente ocurre” (JTA 121/391 – Nota 2 ao articule 335, Theotonio Negrão 36.^a Edição, actualizado hasta enero de 2004).

(18) “Así es la regla de la libre convicción, que probablemente representa el más importante entre todos los pilares del derecho probatorio. Sus premisas son la necesidad de juzgar según las imposiciones de la justicia en cada caso y la consciencia de la incapacidad del legislador para prever tan minuciosamente todas las situaciones posibles, que le fuera factible dictar tablas en las que se indique el valor probatorio de cada fuente o medio de prueba, en cada situación imaginable. La esperanza de que esto pudiera llevarse a cabo un día constituiría una ingenua quimera y un absurdo enorme”. (DINAMARCO, Cândido Rangel, cit., p. 102).

(19) NEGRÃO, Theotonio y GOUVÊA, José Roberto F., *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, 36^a ed., Saraiva, São Paulo, 2004, p. 240.

Ésta no puede ser tan espontánea que llegue al punto de ignorar el debate procesado en el arbitraje.

Se trata, por tanto, del sistema de la libre convicción motivada, racional o del llamado sistema de persuasión racional.

Según Ovídio A. Baptista da Silva: “El sistema de persuasión racional de la prueba, aunque se acepte en general la tesis de la libre convicción, impone ciertas restricciones a la legitimidad de la formación de la convicción judicial. Fundamentalmente, impone al juez la observancia de reglas lógicas y de las máximas de experiencia común; considera ilegítima, por ejemplo, una convicción que el juez haya formado exclusivamente con base en una intuición personal, incapaz de ser justificada según reglas lógicas y de sentido común. La distinción fundamental entre este sistema y el denominado sistema de la libre convicción está en que, en aquel, el juez tiene el deber de fundamentar su decisión, señalando los motivos y las circunstancias que lo llevaron a admitir la veracidad de los hechos en el que el mismo había basado la decisión. Le corresponde indicar, en la sentencia, los elementos de prueba con que formó su convicción, de tal modo que la conclusión de la sentencia guarde coherencia lógica con la prueba que consta de los autos. Esta exigencia naturalmente limita la completa libertad que el sistema de la libre convicción le daría. (...) Un resultado del sistema de persuasión racional es la facultad de iniciativa probatoria que se reconoce, con bastante ligereza, al juzgador y, sistemas modernos. Si el juez debe formar su convicción libremente, le corresponde, sin embargo, motivar, según criterios lógicos adecuados, el resultado a que llegó por medio del análisis de la prueba que consta de los autos, es natural que se le den condiciones de traer para el proceso los elementos de prueba de que él necesite, aunque las partes no los tengan propuesto”⁽²⁰⁾.

De acuerdo con Eduardo Espínola Filho: “*El sistema del libre convicción es, por tanto, un medio término entre los dos excesos, el sistema de las pruebas legales, que lo fuerza a juzgar por lo alegado y probado, y el juicio de conciencia, con que no se confunde, porque presupone la libre valoración de la prueba, y no la independencia, relativa a ésta*”⁽²¹⁾.

⁽²⁰⁾ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio, *Curso de Processo Civil*, Vol. 1, 7ª ed, Forense, Río de Janeiro, 2005, pp. 332-333.

⁽²¹⁾ ANTONIO DA SILVA, Cesar, *Ônus e Qualidade da Prova Cível*, cit., p. 62.

6.1. Sistema de la prueba legal

Aunque prepondera en Brasil –y en otras jurisdicciones– el sistema de persuasión racional, no puede olvidar cierta ingerencia en nuestro ordenamiento del llamado sistema de la prueba legal⁽²²⁾.

Por este método de valoración de pruebas se predetermina, de forma abstracta, el peso o valor que quien juzga debe, siempre, atribuir a determinadas pruebas. En efecto, el legislador limita la actuación del juzgador al imponer reglas que determinan el valor probatorio y, así, restringe y limita la discrecionalidad del juez y, por norma general, del árbitro. También se conocen como prueba tasada, pues vinculan la valoración a una tabla de valores normalizados. En suma, según Chiovenda, *el legislador se sustituye al juez*⁽²³⁾.

El sistema de las pruebas legales o tasadas aunque, por un lado, confiriera mayor grado de seguridad y certeza a la valoración que va a ser llevada a cabo por el juzgador, al reducir sus potenciales deficiencias y cierta arbitrariedad en la valoración probatoria, por otro lado, impone al árbitro y al juez una *camisa de fuerza*, que les impide buscar, más libremente, la verdad plena que, en consecuencia, podrá, en el sistema tasado, sujetar la verdad a aspecto meramente formal, en detrimento del justo o de la justicia, eminentemente, de corte material.

(22) En Brasil, a pesar que prevalece el sistema de la persuasión racional, en algunas situaciones jurídicas el legislador adoptó, de cierto modo, el sistema de pruebas legales. Ejemplos de ello los tenemos en el artículo 215 del Código Civil, donde se recoge que la escritura pública es un documento dotado de fe pública, que hace prueba plena; de acuerdo con el artículo 221 CC, el instrumento particular, hecho y firmado, o únicamente firmado por quien esté en la libre disposición y administración de sus bienes, prueba las obligaciones convencionales de cualquier valor; el artículo 219 CC, afirma que las declaraciones que figuran en los documentos firmados se presumen verdaderos con relación a los signatarios; según el artículo 225 CC, las reproducciones fotográficas, cinematográficas, los registros fonográficos y, en general, cualesquiera otras reproducciones mecánicas o electrónicas de hechos o de cosas hacen prueba plena de ellos, si la parte, contra quienes se exhibieron, no impugna su exactitud. El CPC, en su artículo 401 establece que la prueba exclusivamente testifical solo se admite en los contratos cuyo valor no exceda el décuplo del mayor salario mínimo vigente en el país, al tiempo en que se celebraron (esta disposición también se recoge en el Código Civil (artículo 227).

(23) MELENDO, Sentis, cit., p. 248.

Aunque todavía persista en distintas jurisdicciones este sistema restringido y preconcebido de valoración de las pruebas, el hecho es que el sistema de la libre convicción es el más difundido por el mundo. Con él la libertad del juzgador es amplia, lo que le posibilita, en el ámbito del arbitraje, busca extraer de los elementos probatorios la verdad material.

Como afirma Guido Santiago Tawil: “En este contexto, un sistema de prueba legal muy probablemente presentaría peligro de caer en desuetudo y no brindar herramientas aptas para solucionar los conflictos de acuerdo con el principio de verdad material. Reglas de procedimiento arbitrales que no se ajustaran al devenir de los usos del comercio serían rechazadas por los eventuales usuarios del sistema y socavaría la flexibilidad propia de un régimen arbitral”⁽²⁴⁾.

6.2. Valoración de la prueba en el arbitraje internacional

En el ámbito de arbitraje internacional, la adopción de uno u otro sistema de valoración, o incluso de ambos, dependerá, como es razonable, de la sede del arbitraje, de la ley aplicable y de la legislación atinente la posible jurisdicción donde la sentencia podrá ser reconocida.

Estas consideraciones podrán llevar al árbitro a enfrentarse con aspectos que implican las pruebas en los sistemas de *common law* y de *civil law*. En estos casos, la valoración de las pruebas debe ser sopesada por el árbitro, dada las peculiaridades de cada sistema.

Por ejemplo, se sabe que los civilistas dan mayor importancia a las pruebas escritas⁽²⁵⁾, mientras los anglosajones valorizan, sobremanera, las declaraciones de los testigos y de los expertos.

En este particular, vale realzar la lección de Guido Santiago Tawil que aduce ser necesario enfrentar, en cuando la adopción de las reglas de valoración de las pruebas, las limitaciones que resulten de la ley

(24) “Los Sistemas de Valoración de la Prueba y el Arbitraje Internacional”, en: *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, Ano 3, Vol. 8, jan./mar. 2006, pp. 217-218.

(25) De acuerdo con el artículo 227, párrafo único, del Código Civil. Cualquiera que sea el valor del negocio jurídico, la prueba testifical es admisible como subsidiaria o complementaria de la prueba por escrito.

aplicable⁽²⁶⁾. En este sentido, alerta Tawil: “A fin de analizar de qué modo influye la ley aplicable –ya sea al procedimiento o al fondo de la disputa sobre el criterio que el tribunal arbitral aplicará en la apreciación de la prueba, corresponde indagar en primer lugar sobre la naturaleza de las disposiciones en materia probatoria–. ¿Constituyen ellas normas de derecho sustantivo o meramente procesal? La respuesta que se dé a este interrogante tendrá consecuencias prácticas relevantes. En el supuesto en que la ley aplicable al procedimiento no concuerde con aquélla que regula el fondo de la disputa, su encuadre jurídico puede ser determinante para el laudo y la suerte de la controversia. Así, por ejemplo, según la visión que se adopte respecto a su naturaleza, una u otra legislación será aplicable y, en función de ello, la prueba en cuestión podrá o no ser admisible”⁽²⁷⁾.

De hecho, los presupuestos de prueba en nuestro sistema se encuentran recogidos tanto en el Código de Proceso Civil como en el Código Civil⁽²⁸⁾.

Sin embargo, creo que la cuestión de la valoración de la prueba está relacionada con las reglas de enjuiciamiento y, de esta forma, se podría entender, en principio, que su naturaleza es de derecho sustantivo. Como destaca Tawil: “Sin dejar de reconocer el debate existente al respecto –en particular en relación con las normas sobre admisibilidad de las pruebas– y que no puede brindarse una respuesta unívoca para todos los casos ante a libertad de las partes para acordar calificaciones autónomas, nos inclinamos por considerar que las reglas de apreciación pertenecen al derecho sustantivo en tanto ello permitirá reflejar en general más acertadamente la verdadera elección de las partes. De no ser así, probablemente el laudo a dictarse no refleje adecuadamente la solución a la que se hubiera arribado en dicho sistema jurídico”⁽²⁹⁾.

(26) Cit., p. 221.

(27) Cit., pp. 221-222.

(28) El Código Civil dedica el Título V al tema De las Pruebas (arts. 212 a 232), además de disponer sobre la materia en distintos pasajes, tales como en los artículos 758, 819, 987 y 646. El Código de Proceso Civil, a su vez, trata las Pruebas en el Capítulo VI (arts. 332 a 443).

(29) *Ibidem*, cit., p. 225.

7. CONCLUSIÓN

Con las salvedades que comporte el caso concreto, creo que debe tenerse en consideración la siguiente afirmación de João Penido Burnier Júnior: “Lo importante, no obstante, es no olvidar que no existe superioridad de un medio de prueba sobre el otro, nada garantiza que un testigo que narra el hecho, que afirma haber presenciado, esté diciendo la verdad, y que otro, que describe la posición de un objeto, esté mintiendo. Será el examen del conjunto probatorio, de todas las pruebas que constan en los autos, el que formará la convicción del juez en cuanto a los hechos de la causa, sin que se pueda rechazar ninguno”⁽³⁰⁾.

De todos modos, el caso concreto y los elementos que constan en los autos, con sus inclinaciones, presunciones y confirmaciones relativas a las causas y efectos que rodean el hecho controvertido quedarán por conducir e informar al árbitro el camino de la verdad y de lo justo. Por último, aclarará y revelará la libre convicción que imprimirá sensatez a la decisión final.

En este angustiante trabajo, es bueno recordar que la búsqueda de la verdad no se agota en los límites de la dimensión jurídica, así como destaca Michele Taruffo⁽³¹⁾, pues tiende a proyectarse hacia fuera y a entrar en otros campos, como el de la lógica, de la epistemología y de la psicología. ▲

⁽³⁰⁾ PENIDO BURNIER, *Téoria Geral da Prova*, cit., p. 67.

⁽³¹⁾ TARUFFO, *La Prueba de los Hechos*, cit., p. 22.

 GUILLERMO SÁNCHEZ BRAVO (*)

La soberanía estatal y los límites al estado de necesidad en el arbitraje de inversiones internacionales

*Todo río tiene dos orillas,
pero circula en una sola dirección,
siempre en dirección al mar.
-Proverbio chino*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Algunos apuntes generales sobre la soberanía y la globalización. 3. Estado de necesidad en el derecho internacional consuetudinario y su aplicación en el arbitraje sobre inversiones. 4. Los eventuales desencuentros de la costumbre internacional y el artículo IX del BIT Argentino-Americano respecto al Estado de Necesidad. 5. El estado de necesidad en los BIT y demás tratados comerciales que ha suscrito el Perú. 6. A modo de conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Considerado como un tercero en la comunidad del territorio donde se encuentra, el comerciante extranjero, con el paso del tiempo; ha visto mejorar los beneficios que le han ido reconociendo, comenzando con ese mínimo de reglas agrupadas por los romanos en el denominado *ius gentium*, antes de imponerse, por la influencia del cristianismo y de la ilustración, con una prédica humanista que reconoce la existencia de derechos inherentes a todo individuo.

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Master en Derecho Internacional de los Negocios por la *Université Jean Moulin*, Lyon III, Francia. Abogado Asociado del Estudio Roselló.

En paralelo, con el paso de los siglos la esfera soberana del Leviatán estatal ha ido cediendo espacios a la iniciativa privada. Paradójicamente, ese Estado-Nación que fue erigido como protector de las libertades, se ha replegado, ante una nueva versión globalizada de un *laissez faire, laissez passer* transfronterizo. Como lo afirman algunos analistas, estos son tiempos en los que el antes todopoderoso Leviatán se ha *autodegradado convirtiéndose en un vicario del capitalismo global*⁽¹⁾.

Dentro de este contexto y a la luz de los flujos de inversiones, cabría preguntarse: ¿Cuál es el margen de maniobra de los Estados?, ¿deben acaso renunciar a sus funciones originarias y limitarse a un rol subsidiario, de meros árbitros del juego practicado por los agentes económicos?, o ¿es que la soberanía, en su definición clásica, ha sido transferida, siquiera parcialmente, a niveles supranacionales, donde podemos encontrar, entre otras instituciones, al CIADI para la solución de controversias relativas a inversiones?

Como lo indica Martin Wolf, “*globalization does not make status unnecessary. On the contrary, for people to be successful in exploiting the opportunities afforded by international integration, they need states at both ends of their transactions. Failed states, disorderly states, weak states, and corrupt states are shunned as the black holes of the global economic system*”⁽²⁾. En ese sentido, si bien es cierto que los inversionistas requieren cierto grado de estabilidad jurídica que hace indispensable la existencia de un estado viable, la relación de *amor y odio* entre estas dos partes es a menudo tensa y muchas veces inestable. Así, la *luna de miel* entre el Estado receptor de la inversión y el inversor suele ponerse a prueba cuando alguna situación de emergencia o alguna crisis interna estalla, obligando al Estado a tomar ciertas medidas de política interna que podrían afectar a los intereses transnacionales.

Es dentro de ese contexto que consideramos relevante analizar la actual tendencia que se viene delineando en el ámbito del arbitraje internacional CIADI, respecto a la institución del *estado de necesidad* y el

(1) DE RIVERO, Oswaldo, *El mito del desarrollo. Los países inviables del siglo XXI*, Fondo de Cultura Económica, 2ª ed., p. 53.

(2) WOLF, Martin, “Will the Nation-State Survive Globalization?”, in: *Foreign Affairs*, Vol. 80, N°1, 2001, p. 190.

marco jurídico mínimo a tener presente por el Estado receptor y el inversor, ante una situación de emergencia o crisis interna.

Al respecto, siendo importante establecer determinadas nociones previas relativas a la soberanía estatal frente a la globalización de las inversiones, el presente trabajo abordará el estudio de la institución del *estado de necesidad*, que ha venido siendo forjada por la costumbre internacional. Asimismo, se evaluará, a través de determinados pronunciamientos del CIADI, la actual tendencia dada a dicha institución dentro del régimen de protección de las inversiones, precisando la compatibilidad de la referida costumbre internacional con las cláusulas exoneratorias de responsabilidad contenidas en los Tratados Bilaterales de Inversión (*BIT*, en sus siglas en inglés). Finalmente, formará parte de este análisis una revisión de los principales aspectos relativos a la expropiación y al *estado de necesidad*, precisando si esta causal exoneratoria de responsabilidad, ha sido o no incluida en los Tratados Bilaterales de Inversión que ha suscrito el Perú.

2. ALGUNOS APUNTES GENERALES SOBRE LA SOBERANÍA Y LA GLOBALIZACIÓN

Es preciso tener presente que la soberanía implica, no sólo la autonomía del Estado y el derecho a no reconocer una autoridad que pueda trascenderlo; sino también, ser reconocido por los otros Estados precisamente como actor autónomo.

Habiéndose dejado correr mucha tinta sobre este tema, en pocas palabras podríamos decir que la soberanía involucraría el derecho que tiene el Estado de hacer lo que desea en su territorio, sin ninguna interferencia exterior. Es así como, tomando en consideración los alcances de estas afirmaciones, podríamos concluir que, a priori, en estos tiempos la soberanía se ha convertido en un elemento prescindible para los agentes económicos y para los flujos financieros transnacionales que finalmente son los que, en la mayor parte de casos, condicionarían o determinarían el destino de las políticas internas que buscan ser aplicadas en cada Estado receptor de inversiones.

Resulta por tanto natural que frente al monopolio del poder normativo –jurisdiccional y legislativo– que reivindica todo Estado, los

inversores busquen neutralizar el ejercicio de esta potestad a través de diversos mecanismos que implican, en la mayor parte de los casos, la sustracción del contrato a la ley local y a los jueces del Estado receptor de la inversión. Adicionalmente, es de común utilización las denominadas cláusulas de estabilización que, conforme lo afirma Weil, tienen por propósito: “*geler la législation nationale du pays hôte dans l’état où elle se trouve à la date de la conclusion du contrat et, partant, de limiter l’exercice par l’Etat de sa compétence législative*”⁽³⁾.

Asimismo, este marco de protección que se ha establecido en favor de los flujos de capital, brinda plenas facilidades al inversor para que inicie un arbitraje en un fuero, por lo general internacional, que le evite someterse a los tribunales judiciales locales. Esta situación nos deja la sensación de un Estado sobre el que pende una *espada de Damocles* que, en muchos casos, podría inducirlo a inhibirse de impulsar alguna política interna, por más legítima que ésta sea.

En efecto, no siendo la estabilidad una de las características que más distinga a los países en vías de desarrollo, que además son en su mayoría los que mayor inversión extranjera necesitan, cabría preguntarse cuál es el margen de maniobra que tienen estos Estados frente a una crisis interna que, pudiendo ser política y/o económica, los enfrenta a estados de emergencia o de necesidad, que *in extremis* pueden poner en peligro su viabilidad y existencia misma. En ese escenario, por lo general; la mayor parte de los Estados se ven casi compelidos, en salvaguarda de su orden interno, a ejercer su poder regulador, impulsando políticas internas que pueden llegar a afectar los intereses y expectativas de los inversores.

Como se afirma en la doctrina, “*debe tratarse de un peligro grave para su existencia, para su supervivencia política o económica, para el mantenimiento de las posibilidades de funcionamiento de sus servicios esenciales, para la conservación de la paz interna, para la supervivencia de una parte de su territorio*”⁽⁴⁾.

(3) WEIL, P., “Les clauses de stabilisation ou d’intangibilité insérées dans les accords de développement économique”, dans: *Mélanges Rousseau*, p. 301.

(4) STRUPP, K., “Les règles générales du Droit de la paix”, dans: *Recueil des Cours*, T. I, Vol. 47, 1934, pp. 259-595 ss., citado en el párrafo 246 del Laudo Arbitral que fuera expedido en el Caso ARB/02/1 que opuso a LG&E contra la República Argentina.

En ese sentido, reconociendo la legitimidad del poder soberano de todo Estado y la existencia de un marco legal que delimite su accionar, cabría interrogarnos sobre los límites a los que debería someter su accionar político, en un escenario de crisis como el que ha sido descrito. ¿O es que acaso está todo permitido en aras de resolver una crisis interna?

Al respecto, debe tenerse en consideración que todo Estado tiene el derecho de dictar medidas con un propósito social o de bienestar social, salvo que se trate de una actuación del Estado manifiestamente desproporcionada con respecto a la necesidad que busca satisfacer.

Frente a esta situación se ha venido configurando, a través del derecho internacional consuetudinario, del contenido de ciertos BIT⁽⁵⁾ y de diversos pronunciamientos arbitrales, recaídos ante el CIADI, un marco que, como veremos más adelante; pretende definir *mal que bien* las condiciones mínimas que deben ser reunidas para que sea exonerada de toda responsabilidad internacional aquella acción estatal que altere el marco jurídico de la inversión y vulnere, en consecuencia, una obligación internacional.

3. ESTADO DE NECESIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL CONSTITUDINARIO Y SU APLICACIÓN EN EL ARBITRAJE SOBRE INVERSIONES

El *estado de necesidad*, como causal exoneratoria de responsabilidad de los Estados, es una institución que siempre ha estado presente en el derecho internacional. Uno de los primeros casos en el que encontramos esta institución es un diferendo anglo-portugués de 1832.

En este caso, el gobierno portugués para justificar la apropiación de bienes que pertenecían a ciudadanos británicos, había invocado la necesidad urgente de permitir la subsistencia de algunos contingentes de tropas que participaban en la represión de conflictos internos, a pesar de la existencia de un tratado que prohibía este tipo de acciones. Contrariamente a lo que disponía ese tratado, el gobierno británico concluyó:

⁽⁵⁾ Para los fines del presente trabajo, nos centraremos básicamente en el artículo IX del BIT Argentino-Americano.

“Les traités conclus entre notre pays et le Portugal (ne sont pas) de nature si rigide et inflexible qu’ils ne puissent subir aucune modification quelles que soient les circonstances, ou que leurs dispositions doivent être respectées à la lettre, au point que le Gouvernement portugais serait privé du droit d’avoir recours aux moyens qui peuvent être absolument indispensables pour assurer la sécurité de l’État, et même pour préserver son existence. L’étendue de la nécessité capable de justifier une telle saisie des biens de sujets britanniques dépend nécessairement des circonstances de l’espèce, mais elle doit être imminente et urgente”⁽⁶⁾.

Tras muchos años, el *estado de necesidad* ha sido reconocido oficialmente como parte de la costumbre internacional por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, que en el artículo 25 del reporte titulado *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*⁽⁷⁾, precisa:

Art. 25.- Estado de Necesidad

1. Ningún Estado podrá invocar el Estado de Necesidad, como causa de exclusión de ilicitud de un hecho no conforme a una de sus obligaciones internacionales, a menos que:

- a) Constituya para el Estado el único medio para proteger un interés esencial contra un peligro grave e inminente, y*
- b) No conlleve un grave atentado a un interés esencial del Estado o de los Estados respecto de los cuales la obligación existe o de la comunidad internacional en su conjunto.*

2. En todo caso, el Estado de Necesidad no puede ser invocado por el Estado como causa de exclusión de ilicitud:

⁽⁶⁾ MC. NAIR, A. D. (dir. publ.), *International Law Opinions* (Cambridge University Press, 1956), Vol. II, p. 232, Citado en el *Project d’Articles sur la Responsabilité de l’Etat pour Fait Intentionnellement Illicite et Commentaires y Relatifs*.

⁽⁷⁾ Reporte adoptado por la Comisión en su 53 sesión de 2001. Dicho documento, fue publicado en *Official Records of the General Assembly, Fifty Sixth Session, Supplement N° 10 (A/56/10)*.

- a) *Si la obligación internacional en cuestión excluye la posibilidad de invocar el Estado de Necesidad, o*
- b) *Si el Estado ha contribuido a la creación de esta situación.*

Como ha venido siendo reconocido en diversos procesos arbitrales ante el CIADI, el referido artículo 25 refleja el derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, no formando parte de ningún tratado, dicho dispositivo es, como lo señaló el Tribunal que resolvió el arbitraje que opuso a Sempra contra la República Argentina⁽⁸⁾, “(...) *solamente la expresión experta y sistemática del derecho en materia de estado de necesidad según se ha desarrollado por las cortes, los tribunales y otras fuentes durante un período prolongado*”.

Aún siendo principio u opinión experta, dicho dispositivo ha tomado una relevancia fundamental, convirtiéndose en una suerte de piedra angular en la defensa de los Estados receptores de inversión y en diversos laudos, donde, en base a éste, se han determinado los límites a la acción pública del Estado en períodos de crisis.

Es así como, por ejemplo, en el laudo arbitral que fuera expedido en el proceso que opuso a LG&E Energy contra la República Argentina⁽⁹⁾, se afirma que para las Naciones Unidas, el *estado de necesidad* depende de la existencia de 3 circunstancias, a saber: i) la existencia de un peligro para la sobrevivencia misma del Estado, ii) que ese peligro no haya sido creado por el Estado cuya actuación es reprochada, y finalmente, iii) que el peligro sea de tal gravedad e inminencia que no sea posible evitarlo por otros medios.

Con ese mismo criterio, el tribunal arbitral que pronunció el laudo en el caso que opuso a Enron contra la República Argentina precisó:

“There is no disagreement either about the fact that the state of necessity is a most exceptional remedy subject to very strict

⁽⁸⁾ Caso N° ARB/02/16, párrafo 344, del proceso arbitral que opuso a Sempra Energy International contra la República Argentina. En: www.worldbank.org/icsid/index.html.

⁽⁹⁾ Caso N° ARB/02/1, párrafo 247. En: www.worldbank.org/icsid/index.html.

conditions because otherwise it would open the door to elude any international obligation⁽¹⁰⁾.

Por su parte, dentro de esa misma línea de pensamiento, en el laudo que recayó en el arbitraje que opuso a CMS contra la República Argentina, se concluyó:

“If strict and demanding conditions are not required or are loosely applied, any State could invoke necessity to elude its international obligations. This would certainly be contrary to the stability and predictability of the law”⁽¹¹⁾.

En efecto, como se afirma en la Decisión del Comité Ad-Hoc que se pronunció en la solicitud de anulación presentada por la República Argentina en el referido proceso CMS⁽¹²⁾, con el mencionado Artículo 25 se “supedita el *estado de necesidad* al cumplimiento de cuatro condiciones”, requiriendo “que la acción tomada no perjudique seriamente un interés esencial del Estado o Estados respecto de los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto”. En ese sentido, conforme al derecho internacional consuetudinario, dicho artículo es una *excusa* que puede ser relevante una vez que ha sido decidido que las obligaciones sustantivas del Tratado Internacional han sido incumplidas.

Adicionalmente, es preciso anotar que el sentido negativo que ha sido empleado en la redacción de este artículo, es una muestra del *blindaje* dado a esta institución. En efecto, encontramos que en el numeral 1 se plantean dos condiciones, en ausencia de las cuales, el *estado de necesidad* no podría ser invocado, y en el numeral 2, se excluyen de manera expresa dos supuestos de hecho del ámbito de aplicación del

(10) Caso N°ARB/01/3, párrafo 304, del proceso arbitral que opuso a Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. contra la República Argentina. En www.worldbank.org/icsid/index.html.

(11) Caso ARB/01/8 que opuso a CMS Gas Transmission Company contra la República Argentina, párrafo 317.

(12) Decisión del 12 de julio de 2007, recaída en el Procedimiento de Anulación iniciado por la República Argentina, párrafo 130.

estado de necesidad. Como es evidente, estas restricciones buscan equilibrar dos aspectos, a priori, contrapuestos: el grado de interferencia de la medida gubernativa contra los derechos del inversor y el poder del Estado de dictar sus políticas de orden interno.

En tal sentido, dado que el *estado de necesidad* surge como consecuencia de un conflicto entre un interés esencial y una obligación asumida por el Estado que invoca el *estado de necesidad*, sus características y los efectos que conlleva su aplicación, hacen que esta institución esté sometida a estrictas limitaciones, destinadas a prevenir que se recurra a ella de manera abusiva. Esta situación explica porque es raramente invocada para excusar la inejecución de una obligación internacional.

Sin embargo, estos últimos años el *estado de necesidad*, como mecanismo de defensa del Estado receptor de la inversión, ha obtenido *carta de ciudadanía* en el ámbito de la protección de la inversión extranjera. De esta manera, ha sido en el marco de diversos procesos arbitrales ante el CIADI, que se ha abierto un debate sobre los alcances de dicha institución, tanto respecto a la versión que ha sido regulada en el referido artículo 25, así como aquella que es regulada por la mayor parte de los *BIT* que se encuentran vigentes⁽¹³⁾.

Sin duda el rol protagónico que ha adquirido recientemente la institución del *estado de necesidad* en el derecho de las inversiones internacionales, es consecuencia de la serie de arbitrajes⁽¹⁴⁾ que fueron iniciados contra la República Argentina por acciones gubernativas consideradas expropiatorias en el contexto de la grave crisis económica⁽¹⁵⁾, que desde

(13) Para la elaboración del presente artículo hemos tenido a la vista el modelo de BIT que, por lo general propone suscribir los EE.UU. En todos ellos, el contenido del artículo XI que es citado más adelante, mantiene el mismo tenor. Como se verá más adelante, los BIT que han sido suscritos por el Perú no incluyen ninguna cláusula que regule la figura del estado de necesidad.

(14) Al mes de diciembre 2007, se eleva a 47 el número de arbitrajes que han sido iniciados ante el CIADI contra la República Argentina. En www.worldbank.org/icsid/index.html

(15) En lo que respecta a las controversias que originaron los arbitrajes contra la República Argentina, el *punto de inflexión* lo encontramos el 6 de enero de 2002, fecha en la que fue expedida la Ley N° 25561 (llamada *Ley de Emergencia*), que derogó la Ley de Convertibilidad, que había equiparado el peso argentino al dólar americano, imponiendo además medidas que modificaron no sólo los contratos de servicios públicos, sino todo

finales de 1998 sacudió a ese país por casi 4 años. En buena parte de los arbitrajes que a la fecha han sido resueltos, la defensa argentina opuso el *estado de necesidad* como causa exoneratoria de toda responsabilidad.

4. LOS EVENTUALES DESENCUENTROS DE LA COSTUMBRE INTERNACIONAL Y EL ARTICULO IX DEL BIT ARGENTINO-AMERICANO RESPECTO AL ESTADO DE NECESIDAD

4.1. Sobre el Artículo IX del BIT Argentino-Americano y el Estado de Necesidad

Tomando en consideración los arbitrajes⁽¹⁶⁾ en los que la República Argentina, de forma inédita, sustentó su defensa en el *estado de necesidad*, basándose para ello en la costumbre internacional y en los alcances del *BIT* que suscribiera con los Estados Unidos, apreciamos que en todos estos casos se discutió la compatibilidad de la costumbre internacional expresada en el mencionado artículo 25, con los alcances del Artículo XI del referido *BIT*, el mismo que señala lo siguiente:

“This treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests”.

Es así como, en el arbitraje que opuso a CMS contra la República Argentina⁽¹⁷⁾, el tribunal arbitral consideró a la *necesidad* según la costumbre internacional que ha sido regulada en el referido artículo 25, para después tomar los alcances del artículo XI del *BIT* de manera sub-

acuerdo que autorizaba el cálculo y los ajustes de tarifas en dólares. Como corolario de estas medidas, el gobierno argentino dispuso la renegociación de todos los contratos de servicios públicos.

(16) Específicamente nos referimos a los procesos arbitrales que fueron impulsados contra la República Argentina por las compañías de accionariado norteamericano, Enron, Sempra, CMS, LG&E y Continental.

(17) www.worldbank.org/icsid/index.html.

sidiaria. Por consiguiente, habiendo tomado a la costumbre internacional como fuente de derecho predominante, dicho tribunal rechazó la defensa basada en el *estado de necesidad*, en la medida que la conducta del Estado denunciado no había cumplido con los requisitos o condiciones establecidas de manera expresa en el derecho consuetudinario.

En efecto, en este pronunciamiento el Tribunal no fue persuadido por el argumento relativo a la severidad de la crisis argentina, como factor determinante del *estado de necesidad*, ni tampoco sobre la no intervención del mismo Estado en la generación de las causas endógenas que provocaron la crisis. Como consecuencia de ello, se desestimó este mecanismo de defensa, afirmándose que “(...) *there is yet another important element which the tribunal must take into account, the International Court of Justice has in the Gabčíkous-Nagymaros case convincingly referred to the International Law Commission’s view that all the conditions governing necessity must be “cumulatively” satisfied*” (18).

Es preciso indicar que en la mencionada Decisión de Anulación recaída en el proceso que opuso a la República Argentina a CMS, el Comité Ad-Hoc consideró que el Tribunal había incurrido en errores de derecho al no haber precisado que el referido Artículo IX del BIT y el mencionado Artículo 25 eran *textos de operación y contenido diversos*(19), asumiendo, por el contrario, que ambos dispositivos tenían el mismo fundamento. En ese sentido, para el Comité Ad-Hoc, “*la excusa fundada en el derecho internacional consuetudinario sólo puede ser subsidiaria a la exclusión basada en el Artículo IX*”(20), por lo que siendo este artículo una *lex specialis* “*el Tribunal habría tenido la obligación de considerar en primer término si se había cometido alguna infracción al BIT y si dicho incumplimiento estaba excluido por el Artículo IX. Únicamente si el Tribunal hubiese concluido que la conducta no se conformó al Tratado, habría tenido que considerar si la responsabilidad de Argentina podía ser excluida total o parcialmente conforme al derecho internacional consuetudinario*”(21).

(18) Caso ARB/01/8 párrafo 330.

(19) Decisión del 12 de julio de 2007, recaída en el Procedimiento de Anulación iniciado por la República Argentina, párrafo 131.

(20) *Ibidem*, párrafo 132.

(21) *Ibidem*, párrafo 134.

Por el contrario, en el laudo recaído en el arbitraje que opuso a LG&E contra la República Argentina, el Tribunal acordó, contrariamente al Laudo CMS, reconocer que la Argentina se encontraba en un *estado de necesidad* tal que la excusaba de todo incumplimiento al *BIT*. Sin embargo, dicho estado de necesidad sólo fue reconocido por 18 meses, desde el 1 de diciembre de 2001 hasta el 26 de abril de 2003, fecha de la elección del Presidente Kichner, que marcó un período de mayor estabilidad, a entender del Tribunal. En ese sentido, se concluyó afirmando que “*todas las medidas tomadas por Argentina en violación al Tratado antes y después del período durante el cual se produjo el estado de necesidad, surten todos los efectos y serán tomadas en consideración por este Tribunal en el cálculo de los daños*”(22).

En efecto, en caso LG&E el tribunal evaluó la existencia de un *estado de necesidad* teniendo en consideración los alcances del mencionado Artículo IX del *BIT*, dejando en un lugar subsidiario el análisis de la noción de necesidad conforme a la costumbre internacional, en clara aplicación del principio *lex specialis derogat generali*. En consecuencia, en este laudo podemos encontrar un análisis más profundo sobre los alcances del Estado de Necesidad, tal como, ha sido regulado en el referido *BIT*.

Es así como, en el análisis del contenido del citado Artículo XI del *BIT* Argentino-Americano que el tribunal arbitral afirmó que se debía rechazar la interpretación que consideraba que dicho artículo sólo era aplicable a las circunstancias relacionadas con la acción militar y la guerra. En efecto, en el laudo se afirma que “*(...) concluir que una profunda crisis económica no constituye un interés esencial de seguridad, sería minimizar el caos que la economía puede causar en las vidas de una población entera y en la capacidad de dirección del Gobierno. Cuando las bases económicas de un Estado se encuentran sitiadas, la severidad del problema puede compararse con la de una invasión militar*”(23).

(22) Caso ARB/02/1, párrafo 263.

(23) Caso ARB/02/1, párrafo 238.

4.2. El carácter *self-judging* del Artículo IX del BIT Argentino-Americano

Otro elemento que fue desarrollado por los tribunales arbitrales estuvo relacionado con la naturaleza *self-judging* del mencionado Artículo IX. Es decir, los árbitros debieron precisar si correspondía únicamente al Estado determinar, de buena fe, cuándo las medidas gubernativas que impulsa son necesarias para el mantenimiento del orden público o la protección de sus intereses esenciales. En ese sentido, cabría preguntarse si es acaso que los tribunales deben limitarse únicamente a determinar si el Estado actuó o no de buena fe, o es que su intervención debe implicar un análisis sobre el fondo, a fin de determinar si las medidas gubernativas respondieron efectivamente a la necesidad de mantener el orden público e interés esencial.

Al respecto, el Tribunal que tuvo a su cargo el proceso arbitral CIADI que opuso a la República Argentina con Continental, precisó:

“(...) el Tribunal tiene en cuenta que no es su mandato juzgar acerca de la política económica de Argentina durante el período 2001-02, ni censurar las decisiones soberanas de Argentina tomadas como un Estado independiente. Nuestra tarea es más modesta y consiste en evaluar sólo si el alegato de estado de necesidad planteado por Argentina está bien fundado, en el sentido de que Argentina no tenía otras opciones razonables, más que adoptar estas medidas, para proteger sus intereses esenciales de ese momento”⁽²⁴⁾.

Cabe señalar que el análisis del carácter autojuzgable de determinadas cláusulas de tratados internacionales ha sido objeto un acucioso estudio en el derecho internacional. En efecto, como lo precisa Fouret⁽²⁵⁾

⁽²⁴⁾ Caso ARB/03/9, párrafo 199 del proceso arbitral que opuso a *Continental Casualty Company v. República Argentina*.

⁽²⁵⁾ FOURET, Julien, “CMS c/ LG&E ou L’Etat de Nécessité en question”, en: *Revue de l’Arbitrage*, N° 2, 2007, p. 255.

en reiterados pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia⁽²⁶⁾ (CIJ) se ha estimado que la aplicación de las disposiciones que regulan la seguridad nacional o los intereses esenciales de un país, debe ser objeto de evaluación a efectos de determinar si la decisión del Estado se sujeta al derecho internacional.

En ese sentido, como lo afirmó la CIJ en el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* que opuso a Hungría y Eslovaquia, “*the state of necessity can only be invoked under certain strictly defined conditions which must be cumulatively satisfied; and the State concerned is not the sole judge of whether those conditions have been met*”⁽²⁷⁾. Por consiguiente, las disposiciones convencionales en materia de estado de necesidad o de seguridad esencial no pueden ser declaradas *self-judging* por uno de los Estados parte del tratado que contenga dicha disposición, a menos que éste lo haya previsto de manera expresa. Sin embargo, aún en este caso, corresponderá a la CIJ determinar si el Estado tenía el derecho de utilizar esta disposición.

Al respecto, el Tribunal Arbitral en el caso LG&E determinó que a partir de una interpretación literal⁽²⁸⁾ y conforme a la voluntad que las partes pudieron haber tenido en el momento de la firma del tratado de inversión⁽²⁹⁾, la referida cláusula IX no tenía carácter *self-judging*. Sin

(26) Fouret menciona los pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia recaídos en los procesos seguidos entre Nicaragua *v.* Estados Unidos de América sobre las actividades militares y paramilitares en Nicaragua (27 de junio de 1986) y la República Islámica de Iran contra los Estados Unidos de América, sobre plataformas petroleras (6 de noviembre de 2003).

(27) Sentencia de la Corte Internacional de Justicia del 25 de setiembre de 1997, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, párrafo 51: www.icj-cij.org/docket/files/92/7374.pdf.

(28) Dicha cláusula del BIT argentino-americano no contenía ninguna referencia a alguna prerrogativa del Estado para tomar, de manera discrecional y unilateral, medidas de protección por razones de necesidad y seguridad nacional, de manera discrecional y unilateral por parte del Estado.

(29) Conforme se indica en el párrafo 213 del laudo arbitral, la fecha a considerar es noviembre de 1991, cuando fue suscrito el BIT entre la República Argentina y los Estados Unidos. Sólo a partir de 1992, con la ratificación del Tratado Bilateral Estados Unidos-Rusia, los Estados Unidos comienzan a considerar que la aplicación de las cláusulas de seguridad esenciales están sujetas al arbitrio de las partes (*self-judging*); ambos instrumentos son

embargo, como fluye del laudo recaído en el caso LG&E⁽³⁰⁾, aún en el supuesto que los arbitros hubiesen concluido en el carácter *self-judging* de dicha cláusula, esta decisión no hubiera producido ningún impacto, toda vez que el control del Tribunal sobre la buena fe del Estado en la aplicación de una disposición *self-judging* se hubiera realizado de manera automática.

Por su parte en el laudo arbitral pronunciado en el proceso que inició Continental contra la República Argentina, el Tribunal afirmó que “si bien (...) una disposición como la del Artículo IX entraña naturalmente un margen de apreciación de la parte que la invoca, se debe tener cuidado de no permitir a una parte unilateralmente eludir sus obligaciones en virtud del tratado cuando no existan indicios claros textuales o de contexto”⁽³¹⁾. Que duda cabe que de aceptarse la aplicación de la naturaleza *self-judging* sobre la cláusula de excepción, se estaría excluyendo de la materia controvertida cualquier reclamación que pudiera formular el inversor sobre el supuesto incumplimiento del tratado, situación que entraría en conflicto con el acuerdo de las partes de solucionar por la vía arbitral todo conflicto surgido en virtud al *BIT*.

4.3. Sobre el inconsistente tratamiento dado a los alcances del *BIT* Argentino-Americano y a la costumbre internacional respecto al *Estado de Necesidad*

A partir de lo expuesto, no deja de llamar a nuestra atención que en dos arbitrajes relacionados a hechos comunes, donde se tenía un marco normativo similar, el resultado haya sido radicalmente diferente. En efecto, mientras que en el caso CMS se afirmaba que no se habían configurado los supuestos regulados en el referido artículo 25, por lo que la

de fecha posterior al Tratado Bilateral entre los Estados Unidos y la República Argentina y, en ambos casos, este cambio se aclaró en forma explícita.

⁽³⁰⁾ En el párrafo 214 de dicho laudo los arbitros precisan que “were the Tribunal to conclude that the provision in self-judging, Argentina’s determination would be subject to a good faith review anyway which does not significantly differ from the substantive analysis presented here”.

⁽³¹⁾ Caso ARB/03/9, párrafo 187.

República Argentina no podía alegar como causa exoneratoria de responsabilidad el *estado de necesidad* provocado por la crisis que tuvo que enfrentar, el Tribunal a cargo del caso LG&E consideró que “(...) *dictar la Ley de Emergencia fue una medida necesaria y legítima del Gobierno argentino*”⁽³²⁾.

Si bien ambos laudos coinciden al afirmar que el *estado de necesidad* es un mecanismo de defensa excepcional que permite la suspensión de la obligación internacional que tiene a su cargo el Estado, conforme al derecho internacional. No deja de llamar nuestra atención que, en lo que concierne a la determinación de la parte que asumirá las consecuencias financieras del *estado de necesidad*, sea manifiesta la falta de consistencia entre estos dos laudos.

Es así como, en el arbitraje CMS, el tribunal, en aplicación del literal b) del artículo 27 del referido *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*⁽³³⁾, consideró que correspondía al Estado receptor de la inversión, soportar las consecuencias de la *necesidad* y, por consiguiente, indemnizar al inversor. Por el contrario, en el caso LG&E, aplicando el ya citado artículo XI del *BIT* argentino-americano, se determinó que era el inversor quien debía soportar estas consecuencias financieras, durante el período que haya durado el *estado de necesidad*.

Entre las distintas explicaciones que nos permitirían entender el origen de estos pronunciamientos opuestos, vemos que es quizás el rol protagónico dado a la costumbre internacional en un caso, y al tratado de inversión en el otro, lo que habría determinado la configuración de dos marcos referenciales diferentes para cada laudo. En esta hipótesis, quedan algunas preguntas por responder:

⁽³²⁾ Caso ARB/02/1, párrafo 240.

⁽³³⁾ Article 27.- *Consequences of invoking a circumstance precluding wrongfulness*

The invocation of a circumstance precluding wrongfulness in accordance with this chapter is without prejudice to:

(...)

(b) The question of compensation for any material loss caused by the act in question.

- ¿Son las reglas de la costumbre internacional y del tratado bilateral de inversión, dispositivos intercambiables, o es que una de estas fuentes de derecho debe ser de aplicación preferente o predominante?
- ¿Es la costumbre internacional sólo una fuente de interpretación subsidiaria del tratado bilateral de inversión?

A nuestro entender, para responder a estas preguntas, previamente debemos determinar la naturaleza y fines tanto de la costumbre internacional como de los *BIT*.

En ese sentido, vemos que, mientras que la costumbre internacional se ha ido formando a lo largo de varios períodos, necesitando del reconocimiento de la mayor parte de la comunidad internacional, a efectos que sus reglas puedan conformar una *opinio juris* referencial, en el caso de los *BIT* estamos ante un escenario completamente diferente. Así, estos tratados de inversión, en la medida que vinculan a dos Estados, tienen un enfoque limitado desde un punto de vista temático-territorial, por lo que siendo aplicables a una categoría de sujetos (Ej. los inversores) están, específicamente, dirigidos a brindar protección a las inversiones.

Es así como, por su carácter excepcional y limitado ámbito de aplicación, no es de extrañar que los Estados al firmar un *BIT* busquen crear entre sí obligaciones que incluso pueden llegar a disentir con las reglas existentes del derecho consuetudinario internacional. En ese sentido, los Estados en ejercicio de su soberanía pueden estar inclinados, con el objeto de atender un objetivo específico, a regular el *estado de necesidad* de tal forma que quizás puede llegar a ser completamente inconsistente con las reglas consuetudinarias del derecho internacional.

En ese orden de ideas, más allá de las interpretaciones delineadas en la Decisión de Anulación CMS⁽³⁴⁾ y en el Laudo Continental⁽³⁵⁾, no existiría impedimento que cuestione la aplicación intercambiable del *estado de necesidad* como argumento de defensa tanto bajo la costum-

(34) Sobre el particular ver párrafos 129 al 134.

(35) Sobre el particular ver párrafos 164 al 168.

bre internacional, así como de acuerdo a las disposiciones del *BIT*, debemos tener en cuenta que sus diferencias en términos de su origen y ámbito de aplicación, van a determinar, a la postre, el contenido y alcances de esta institución.

Por otro lado, si bien podríamos aspirar a cierta uniformidad en los pronunciamientos arbitrales, esta anhelada consistencia difícilmente podrá ser alcanzada en un sistema de solución de disputas del CIADI que ha sido estructurado en base a arbitrajes *ad-hoc*. Es así como, consideramos que más allá de insistir en una mayor coherencia en lo que respecta al contenido de los laudos arbitrales, podemos quizás reclamar cierta uniformidad en el análisis o al menos en la metodología que es utilizada, sobre aspectos tan elementales como el marco normativo que será considerado y el orden de prioridad de éste en su aplicación.

5. EL ESTADO DE NECESIDAD EN LOS *BIT* Y DEMÁS TRATADOS COMERCIALES QUE HA SUSCRITO EL PERÚ

De la revisión que hemos realizado sobre los *BIT*⁽³⁶⁾ que a la fecha tiene suscrito el Perú, vemos que en ninguno de estos tratados de inversión se ha previsto alguna cláusula que regule de manera expresa al *estado de necesidad* como supuesto exoneratorio de responsabilidad del Estado. Esto no significa que en nuestro caso, se haya excluido la aplicación de esta institución, pues formando parte de la costumbre internacional nada impide que en determinadas circunstancias, el Estado Peruano pueda recurrir a este mecanismo de defensa.

Lo que vemos en estos tratados bilaterales de inversión es que en todos ellos se han establecido cláusulas que regulan, casi en los mismos términos, la expropiación. Como era de esperar, como parte integrante de esta regulación se han establecido aquellos supuestos de excepción en los que, por razones de necesidad o interés público, orden interno y seguridad nacional, es aceptada una acción expropiatoria del Estado. Es evidente que todos estos supuestos de excepción, sólo son aceptados si la expropiación es realizada sobre una base no

⁽³⁶⁾ De acuerdo a la información que es proporcionada por el Ministerio de Relaciones Exteriores la página <http://www.rree.gob.pe/portal/mre.nsf/Index?OpenForm>, a la fecha son 28 los *BIT* que han sido suscritos por el Perú.

discriminatoria y en la medida que esté acompañada de una compensación rápida, adecuada y efectiva.

Sobre el particular, como lo afirma Manciaux, la necesidad o interés público “*est le fondement et la limite de l’action de tout Etat qui n’existe que pour satisfaire l’intérêt collectif de la population dont il émane*”⁽³⁷⁾. En ese sentido, todo inversor debe considerar, dentro de su análisis de riesgos, que las condiciones de explotación de su inversión pueden llegar a ser modificadas en aras de una regla de contenido superior, que busca la satisfacción del interés general.

En ese sentido, como se desprende de los laudos que han sido mencionados líneas arriba, el *estado de necesidad* no es un supuesto de expropiación directa o indirecta. Tal fue la posición desarrollada en el laudo del arbitraje que impulsó LG&E, precisando que:

En consecuencia, el efecto de las acciones del Estado Argentino no se ha reflejado permanentemente sobre el valor de las acciones de las demandantes y la inversión tampoco ha dejado de existir. Sin una privación permanente y severa de los derechos de LG&E con respecto a su inversión, o al menos, la casi completa privación del valor de la inversión de LG&E, el Tribunal concluye que las circunstancias expuestas no constituyen una expropiación⁽³⁸⁾.

En ese mismo orden de ideas, debe tenerse en consideración que a diferencia de un *estado de necesidad*, entre las circunstancias que rodean a una expropiación directa o indirecta, siempre debe existir una intención positiva o concreta sobre la transferencia de propiedad o la afectación de titularidad. Al respecto, el Tribunal a cargo del arbitraje que tramitó Sempra, precisó en su laudo lo siguiente:

Para decidir que se trata de una expropiación indirecta haría falta más que efectos adversos, sería preciso que el inversor ya

⁽³⁷⁾ MANCIAUX S., “*Investissement étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d’autres Etats*”, Ed. Litec: CREDIMI, 2004, p. 492.

⁽³⁸⁾ Caso CIADI ARB/02/1, párrafo 200.

no tuviera el control del funcionamiento de su empresa, o que el valor de la empresa se hubiera destruido⁽³⁹⁾.

Vemos entonces que siendo el *estado de necesidad* un supuesto diferente de la expropiación, el pago de una indemnización o compensación por los eventuales daños que pudieran haberse originado de una decisión soberana del Estado, no es una condición que necesariamente tenga que ser cumplida de configurarse un *estado de necesidad*.

Este planteamiento ha sido reconocido en el citado laudo LG&E, al señalar que durante el período en el que se produjo el referido *estado de necesidad* “Argentina actuó en estado de necesidad, razón por la cual se le exonera del pago de la indemnización por concepto de los daños ocurridos durante tal período”⁽⁴⁰⁾. A partir de esa premisa, dicho tribunal concluyó que “la República Argentina es responsable por los daños causados a las Demandantes, consecuencia de las violaciones antes indicadas, excepto durante el período correspondiente al estado de necesidad por lo que no conlleva necesariamente el pago de una compensación o indemnización”⁽⁴¹⁾.

A diferencia de los *BIT* que han sido suscritos por el Perú que, como se ha afirmado, no contienen ninguna mención al *estado de necesidad* como supuesto exoneratorio de responsabilidad, en el reciente Acuerdo de Promoción Comercial (TLC) suscrito entre el Perú y los Estados Unidos, se ha regulado además del dispositivo referido a la Expropiación e Indemnización⁽⁴²⁾, un acápite que a nuestro entender regula al mencionado *estado de necesidad*, en términos casi similares a los que encontramos en el citado Artículo XI del *BIT* Argentina-Estados Unidos⁽⁴³⁾.

En efecto, en el Capítulo Veintidós, titulado *Excepciones*, encontramos el artículo 22.2 que expresamente dispone:

⁽³⁹⁾ Caso CIADI ARB/02/16, párrafo 285.

⁽⁴⁰⁾ Literal d) de la parte resolutive del laudo recaído en el Caso CIADI ARB/02/1.

⁽⁴¹⁾ Literal e) de la parte resolutive del laudo recaído en el Caso CIADI ARB/02/1.

⁽⁴²⁾ Ver Artículo 10.7 del Acuerdo de Promoción Comercial (TLC) suscrito entre el 12 de abril de 2006 entre el Perú y los Estados Unidos y el Anexo 10-B del mismo acuerdo.

⁽⁴³⁾ Ver página 8 de este documento.

Artículo 22.2 Seguridad Esencial

Ninguna disposición de este Acuerdo se interpretará en el sentido de:

(...)

b). Impedir que una parte aplique medidas que considere necesarias para cumplir sus obligaciones respecto al mantenimiento o la restauración de la paz o la seguridad internacional o para proteger sus intereses esenciales en materia de seguridad.

Como se indicó líneas arriba, respecto al *BIT* que suscribiera la República Argentina y los Estados Unidos, el contenido de este dispositivo no está referido únicamente a una crisis desatada por una guerra o un conflicto armado, sino que puede hacerse extensivo a los conflictos internos que pueden derivarse de una severa crisis económica.

En ese escenario, este dispositivo, en reconocimiento a la naturaleza del *estado de necesidad*, no impone ninguna obligación de indemnización o compensación que se puedan directamente derivar de la aplicación de las medidas destinadas a mantener o restaurar la paz, protegiendo los intereses esenciales en materia de seguridad. Aún cuando no se precisa nada al respecto, conforme a la costumbre internacional, es evidente que estas medidas de excepción deben ser ejecutadas dentro de un marco de respeto al principio de no discriminación para, de ser el caso, evaluar la eventual aplicación de medidas compensatorias o indemnizatorias si, finalmente, se decide que no se llegó a configurar un *estado de necesidad*.

Por otro lado, cabe destacar que en el numeral 3(b) del Anexo 10-B⁽⁴⁴⁾ del Tratado, se desarrolla un supuesto de excepción para aque-

⁽⁴⁴⁾ Anexo 10-B Expropiación

Las Partes confirman su común entendimiento de que:

(...)

3. La segunda situación abordada por el Artículo 10.7.1 es la expropiación indirecta, en donde un acto o una serie de actos de una Parte tienen un efecto equivalente al de una expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio.

(...)

llos actos gubernamentales destinados a proteger objetivos legítimos de bienestar público. En efecto, como se indica en dicho dispositivo, en tanto no sean discriminatorios, tales actos no constituirían expropiaciones indirectas.

Ante la falta de mayores precisiones, cabe formular las siguientes preguntas: ¿estamos acaso frente a una nueva versión del *estado de necesidad*?, ¿cuál es la diferencia entre el “propósito público” de la expropiación directa o indirecta y el denominado “bienestar público” regulado en el Anexo 10-B del Tratado?, ¿a ejecución de estos actos regulatorios, conlleva el pago de una indemnización?

Sobre el particular, consideramos que más que una circunstancia de emergencia limitada en el tiempo que legitima determinados actos gubernamentales destinados a cautelar la paz interna y la supervivencia de la sociedad, el supuesto de excepción regulado en el mencionado Anexo 10-B, está referido al legítimo ejercicio del poder soberano de la autoridad estatal o *police powers*, en términos del derecho internacional. Es en ejercicio de estas prerrogativas que todo Estado, en aras de un interés o bienestar público, podría impulsar actos regulatorios, no discriminatorios, en ámbitos como salud, seguridad y medio ambiente. En estos casos, como lo afirma Kundmüller⁽⁴⁵⁾, no resultaría aplicable ni el artículo 10.7 del Tratado, que regula los supuestos de expropiación y la consiguiente indemnización, ni el mecanismo de solución de controversias previsto en la Sección B del Capítulo X de dicho instrumento internacional.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

El *estado de necesidad*, de larga vida en el derecho internacional, ha extendido su ámbito de aplicación al derecho internacional de las inversiones, despertando gran interés en el ámbito de la seguridad jurídica de

(b) Salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente.

(45) KUNDMÜLLER, Franz, “El arbitraje en inversiones en el futuro acuerdo de promoción comercial Perú-Estados Unidos”, en: *Thémis*, N° 53, 2007, p. 130.

las inversiones. Que duda cabe que, como fluye de los distintos pronunciamientos arbitrales que han sido comentados en este trabajo, son aún insondables los terrenos a explorar en relación a este mecanismo de defensa del derecho consuetudinario internacional.

Como sabemos, nuestros países siempre tan ávidos de inversión extranjera, contrastan esta necesidad con un nivel de inestabilidad casi recurrente, que lleva a sus gobiernos a tomar ciertas decisiones soberanas que van desde una grosera expropiación dictatorial hasta una casi imperceptible expropiación indirecta o parcial, las hay para todos los gustos, de eso no tenemos la menor duda.

Pero como en la vida no todo está pintado en *blanco y negro*, encontramos ciertos tonos grises al momento de apreciar que en nuestra conflictiva realidad, existen situaciones en las que no estamos necesariamente frente a una expropiación directa o indirecta, sino ante una afectación patrimonial que, de acuerdo con algunos recientes laudos arbitrales, no llega a involucrar una efectiva transferencia de propiedad en desmedro del inversor. Estamos ante lo que muchos consideran una consecuencia natural de una situación de emergencia, la misma que puede llegar a ser calificada como *estado de necesidad*.

En ese escenario, es fundamental que en el marco normativo de las inversiones internacionales, constituido por la costumbre internacional, los *BIT* y los demás tratados internacionales que como los TLC regulan el flujo de inversiones, se establezca, además de una unidad de la *jurisprudencia CIADI*, una estructura de protección coherente y armoniosa, tanto para el inversor como para el interés público que busca cautelar el Estado, cuidando que el rol de *hacedor todopoderoso* no involucre el abuso de su poder regulador, más aún, si en muchos casos la línea que separa el derecho de protección del inversor y los poderes soberanos de los Estados, es casi invisible.

Es evidente que el ingreso del *estado de necesidad* en el derecho internacional de las inversiones, como mecanismo de defensa de los Estados receptores de inversión, podría abrir una suerte de *caja de pandora*, creando una sensación de incertidumbre en los inversores que verían en esta institución la puerta abierta para que aquellos Estados, tan propensos a cubrir sus acciones con un ampuloso discurso

reivindicativo de su soberanía, pretendan, a través de dicha institución, justificar lo injustificable.

Aún cuando pueden ser válidas estas inquietudes, consideramos que el *estado de necesidad* responde a una realidad que la expropiación no llega a explicar. Sin embargo, sin una clara regulación que exprese a través de los *BIT* o de los *TLC* aquellas condiciones restrictivas del *estado de necesidad* que han sido ya desarrolladas en el derecho consuetudinario internacional, probablemente seguiremos encontrando pronunciamientos arbitrales contrapuestos que, lejos de contribuir a la esperada predictibilidad de estos fallos y a la definición de nuevos estándares para equilibrar el interés de nuestros países y la comunidad de inversionistas, podrían generar un impacto negativo en las perspectivas de inversión en nuestra región. ▲

Laudo Arbitral Nacional

Laudo
Arbitral
Nacional
❧



LAUDO ARBITRAL POR CONCILIACIÓN TOTAL DE LAS PARTES

DEMANDANTE : MAQUINARIA NACIONAL S.A. PERÚ
DEMANDADO : DIRECCIÓN DE SALUD I -CALLAO
ÁRBITRO ÚNICO : DOCTOR FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY

Resolución N° 33

Lima, 28 de mayo de 2008

VISTOS:

I. ANTECEDENTES

Mediante Oficio N° 1618-2007-CONSUCODE/GCA de 23 de abril de 2007, el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante "CONSUCODE"), comunica que el doctor Fernando Cantuarias Salaverry ha sido designado Árbitro Único en la controversia surgida entre la empresa Maquinaria Nacional S.A. (en adelante "MANASA" o la demandante) y la Dirección de Salud I Callao (en adelante "SALUD" o la demandada).

Con fecha 14 de mayo de 2007, el Árbitro Único Dr. Fernando Cantuarias Salaverry, con la presencia de la parte demandante, procede a suscribir el Acta de Instalación de Árbitro Único en la sede institucional del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE).

Cabe aclarar que ninguna de las partes ha impugnado o reclamado contra el contenido del Acta de Instalación.

I.1. DE LA DEMANDA

MANASA mediante escrito de fecha 28 de mayo de 2007, ingresado en la misma fecha, presenta su demanda dirigida contra SALUD, pretendiendo lo siguiente:

Como pretensión principal, que se declare la nulidad o ineficacia de la resolución contractual efectuada por SALUD, del contrato de Adquisición de Ambulancias para la Dirección de Salud I Callao N° 00779-2005 (en adelante "EL CONTRATO").

Como pretensión accesoria, que el contrato N° 00779-2005 cobre plenos efectos jurídicos, ejecutándose íntegramente todas las prestaciones pactadas.

MANASA ampara su demanda esencialmente en lo siguiente:

Con fecha 27 de diciembre de 2005, las partes de este arbitraje suscribieron EL CONTRATO, obligándose MANASA a proveer tres ambulancias, de las cuales dos de ellas eran urbanas, marca Hyundai, modelo Porter TDI y una de ellas rural, marca Ford, modelo Ranger 4 x 4. Por su parte, SALUD se comprometió a pagar el precio de las ambulancias, ascendente a S/. 686,621.00.

Con fecha 9 de marzo de 2006, las partes suscribieron un Addenda a EL CONTRATO, gracias al cual se extendía el plazo de entrega de las ambulancias.

Seguidamente se afirma que el 12 de junio de 2006, MANASA se apersonó al local de SALUD, con la finalidad de hacer entrega de las ambulancias, pero ningún representante de su contraparte se acercó a proceder a la recepción.

El 13 de junio de 2006, MANASA recibió una carta notarial de SALUD que la requería para la entrega del formato para el protocolo de pruebas (documento técnico para que el Comité de Verificación comprobara el cumplimiento de las especificaciones técnicas contratadas). Al día siguiente MANASA contestó, identificando que SALUD contaba ya con ese documento, ya que se trataba de un requisito indispensable para la obtención de la buena pro. En todo caso, en este momento, se acompañó nuevamente el documento requerido.

Con fecha 19 de junio de 2006, las partes suscribieron el "Acta de Recepción para Verificación de Especificaciones Técnicas de las ambulancias antes de emitir Conformidad". En este acto, SALUD dejó constancia de una serie de observaciones a las condiciones técnicas de los vehículos y se otorgó a MANASA diez (10) días hábiles para subsanarlas. MANASA entiende que este hecho es irregular y que SALUD no tendría expedito su derecho a resolver EL CONTRATO, ya que el artículo 226 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante "RELCAE"), exige que de encontrarse observaciones al cumplimiento de prestaciones, éstas deben ser puestas en conocimiento de la contraparte vía carta notarial, en la que se otorgue el plazo correspondiente de subsanación, bajo apercibimiento de resolución contractual, lo que no habría sucedido en el caso de autos. Es más, MANASA entiende que para que proceda una resolución contractual se requiere que se produzca un incumplimiento injustificado y el respeto a las formalidades que el RELCAE exige, por lo que, al no existir ambos en este caso, es ineficaz la resolución contractual.

Además, MANASA entiende que las observaciones efectuadas han sido apreciaciones personales y no técnicas, producto del desconocimiento de los aspectos técnicos de los vehículos a ser entregados.

Por otro lado, identifica que a efectos de efectuar la subsanación a las observaciones efectuadas, el 23 de junio de 2006 se solicitó a SALUD autorización para retirar las ambulancias, ante lo cual SALUD respondió que éstas se encontraban a disposición de MANASA desde el 19 de junio de 2006.

El 4 de julio de 2006 MANASA remitió a su contraparte una comunicación subsanando las observaciones y al día siguiente se apersonó a SALUD para hacer entrega de los vehículos, suscribiéndose el "Acta de Recepción para Verificación de Especificaciones Técnicas de las Ambulancias antes de emitir Conformidad". Es más, los días 5 y 7 del mismo mes y año, MANASA remitió a SALUD dos documentos en los que se explicaban los detalles técnicos a consultas formuladas acerca de la diferencia en el tamaño de las llantas delanteras y posteriores y sobre la no inclusión de una barra estabilizadora.

Sin embargo, el 21 de julio de 2006 SALUD notificó por la vía notarial la resolución de EL CONTRATO, argumentando que no se habían subsanado todas las observaciones efectuadas y porque las ambulancias no cumplían con el Reglamento para transporte asistido de pacientes por vía terrestre. En este último supuesto, MANASA observa que nunca jamás se les requirió el cumplimiento de dicho Reglamento, nunca fue materia de observación y, por lo tanto, no cabía resolver por dicho motivo.

MANASA también entiende que no se ha dado cumplimiento con lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante "la LEY"), que exige que la resolución contractual sea aprobada por resolución expedida por funcionario del mismo nivel jerárquico del que suscribió el contrato y debe adjuntarse la resolución que apruebe dicha resolución, lo que no habría sucedido en este caso.

Acto seguido MANASA inició dentro del plazo establecido por la LEY un proceso de conciliación extrajudicial. En la primera audiencia (16 de agosto de 2006) se acordó su suspensión, y luego se suscitaron nuevas reuniones y suspensiones (25 de agosto, 29 de agosto y 13 de setiembre de 2006, respectivamente). El 15 de setiembre de 2006, MANASA hizo conocer a SALUD que su propuesta conciliatoria consistía en cambiar las tres ambulancias por tres unidades nuevas de iguales características. MANASA afirma que esto habría sido aceptado por SALUD, pero que el procedimiento conciliatorio concluyó (el 6 de octubre de 2006 se expidió el Acta de Conciliación de no acuerdo) porque las partes no asistieron a la audiencia programada debido a que "aún estábamos en conversaciones ultimando los detalles del acuerdo al que íbamos a arribar" (pág. 9 de la demanda).

Aún así, MANASA se reunió posteriormente con el Comité de Verificación de SALUD en el patio de su local institucional y se les mostró las nuevas ambulancias.

Sin embargo, el 12 de octubre de 2006, SALUD envió el Oficio N° 1206-2006-OL/DISA I Callao, mediante el cual SALUD propuso su fórmula conciliatoria, adjuntando dos graficas de modelos de ambulancias que diferían de las de MANASA y que correspondían a modelos de vehículos marca Peugeot y Mercedes Benz. MANASA

afirma que al día siguiente se apersonaron a las oficinas de SALUD y que habrían “llegado a un acuerdo con la Disa I Callao en el sentido que no podíamos entregarles esas unidades al no corresponder a nuestras marcas, por lo que acordamos definitivamente cambiarles las unidades antiguas por unas nuevas, de acuerdo a la propuesta conciliatoria que enviaron, manifestándonos la asesora legal de la entidad demandada, que debíamos enviar formalmente nuestra aceptación a su fórmula conciliatoria (pág. 10 demanda), lo que hicieron mediante carta de 3 de noviembre de 2006.

Sin embargo, MANASA afirma que recibieron como respuesta el Oficio N° 1356-2006, mediante el cual SALUD solicitó que MANASA aclarara los términos de su aceptación, ante lo cual MANASA el 28 de noviembre hizo entrega a SALUD de una comunicación en la que aclaraba que aceptaba en todos sus términos la fórmula conciliatoria.

Aun así, el 29 de noviembre de 2006, SALUD envió una carta notarial conteniendo el Oficio N° 1420, en el cual se informaba a MANASA de su decisión de no llegar a acuerdo conciliatorio alguno, lo que confirmado el 11 de diciembre de 2006, mediante Oficio N° 1464-2006.

Luego el 15 de diciembre de 2006, representantes de MANASA se reunieron con representantes de SALUD, oportunidad en la que se afirma que MANASA propuso una “nueva fórmula conciliatoria” que consistía en entregar vehículos distintos que cumplieran con la nueva normativa (cabina donde se transporte al paciente debe ser integrada a la carrocería). El 20 de diciembre de 2006 MANASA presentó una propuesta formal, lo que fue complementado por una comunicación fechada el día siguiente, en la cual se adjuntaron catálogos y fotografías de las nuevas ambulancias las que, aun cuando costaban más, no se iba a exigir suma adicional alguna a SALUD. Sin embargo, estas comunicaciones no merecieron respuesta, lo que motivó el inicio del presente proceso arbitral.

MANASA ampara su demanda en lo dispuesto en el artículo 41 de la LEY, en el artículo 226 del RELCAE y en los artículos II y 1362 del Código Civil.

Por último, ofrece como medios probatorios el mérito de diversa prueba documental.

Mediante Resolución N° 4 de fecha 5 de junio de 2007, se admite a trámite la demanda presentada por MANASA, se tienen por ofrecidos los medios probatorios indicados en el referido escrito y se corre traslado de la demanda a SALUD por el plazo de diez (10) días útiles.

I.2. DE LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

Mediante escrito de fecha 20 de junio de 2007, ingresado en término oportuno el mismo día, SALUD contesta la demanda y la niega y contradice fundamentalmente por lo siguiente:

En primer lugar, plantea la Excepción de Caducidad, ya que en su opinión MANASA habría contravenido lo dispuesto en el artículo 227 del RELCAE, al haber

dejado transcurrir casi tres meses para presentar su solicitud de arbitraje. En ese mismo sentido, hace referencia al artículo 273 del RELCAE que establece que las partes tienen el derecho a iniciar el arbitraje dentro del plazo de caducidad.

Sobre este particular, SALUD afirma que el 13 de diciembre de 2006 se remitió a MANASA el Oficio N° 1464-2006-OL-DISA I Callao, por el cual se hizo saber la decisión de dar por culminada la etapa conciliatoria y que MANASA recién el 12 de marzo de 2007 le hizo conocer de su solicitud de arbitraje; es decir, fuera de los quince (15) que exige el RELCAE.

En cuanto al fondo de la controversia, SALUD identifica que como consta del Oficio 740-2006-OL-DISA CALLAO el Director de Logística hizo saber al Director Ejecutivo de Administración que MANASA había acumulado la máxima penalidad permitida por ley producto del retraso en la entrega de los bienes.

Asimismo, el 13 de junio de 2006, SALUD emplazó a MANASA para que entregara el Protocolo de Pruebas necesario para la verificación del cumplimiento de las especificaciones técnicas.

El 19 de junio de 2006, se suscribe el "Acta de Recepción para la verificación de especificaciones técnicas de las ambulancias antes de emitir conformidad", luego de lo cual el 20 de junio de 2006 el Ingeniero contratado por el Comité de Recepción emitió su informe encontrando serias irregularidades en las ambulancias, "por lo que el Director de Logística de la DISA I CALLAO, remite la Carta Notarial de fecha 23 de junio de 2006 a la empresa MANASA, otorgándole 10 días para que se levante las observaciones que el Comité de Recepción de Ambulancias había formulado a los vehículos", bajo apercibimiento de resolverse el Contrato (pág. 3 contestación demanda).

MANASA retiró los bienes el 26 de junio y los reingresó al local de SALUD el 3 de julio de 2006, para que fueran nuevamente verificados por el Comité de Recepción y se determinara si se habían levantado las observaciones. "Sin embargo, el Ingeniero Mecánico contratado por el Comité de Recepción de Ambulancias emite dos informes determinando que la demandante nuevamente a incumplido con adjuntar documentos esenciales para proceder a la verificación del cumplimiento de las observaciones realizadas" (pág. 3-4 contestación demanda).

Ante esta situación de incumplimiento, el 21 de julio de 2006 la Dirección Ejecutiva de Administración de la DISA I Callao, expide la Resolución Administrativa N° 002-2006-OEA/DISA I CALLAO, a través de la cual se aprueba el contenido de la carta de fecha 20 de julio de 2006, que recoge la decisión administrativa de resolver EL CONTRATO, la misma que es comunicada mediante carta notarial de fecha 20 de julio de 2006.

Posteriormente el 10 de agosto de 2006, MANASA invita a su contraparte a conciliación. El 12 de octubre de 2006 SALUD propuso una fórmula conciliatoria que dicha entidad entiende no fue aceptada.

Ante esta situación, el 29 de noviembre de 2006, mediante Oficio 1426-2006-OI/DISA I CALLAO comunicó a MANASA que daba por culminada la etapa conciliatoria.

Por último, se informa que el CONSUCODE ha sancionado administrativamente a MANASA.

Seguidamente, ofrece como medios probatorios el mérito de diversa prueba documental.

Mediante Resolución N° 5 de fecha 22 de junio de 2007, se admite a trámite la contestación a la demanda presentada por SALUD, se tienen por ofrecidos los medios probatorios indicados en el referido escrito y se corre traslado a MANASA de la excepción de caducidad planteada.

I.3. DE LA ABSOLUCIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD

Mediante escrito de fecha 2 de julio de 2007, ingresado en tiempo oportuno el día siguiente, MANASA cumple con absolver el traslado de la excepción de caducidad, identificando el contenido del numeral 14.1 de EL CONTRATO que obliga a las partes a someter a conciliación o arbitraje sus controversias.

Asimismo, afirma que inició el procedimiento de conciliación dentro del plazo de quince (15) de comunicada la resolución de EL CONTRATO, plazo de caducidad que se aplica para el inicio de la acción (el procedimiento de conciliación).

En ese sentido, no habiendo las partes conciliado, éstas se encontraban obligadas a arbitrar.

Mediante Resolución N° 6 de 5 de julio de 2007, el Árbitro Único tuvo por absuelto el traslado de la excepción y citó a las partes a Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos.

I.4. DEL PROCESO ARBITRAL

En la fecha programada, 19 de julio de 2007, y con la asistencia de ambas partes, se llevó a cabo la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos, en la cual, conforme se desprende del acta correspondiente y dada la imposibilidad de llegar a un acuerdo conciliatorio, el Árbitro Único prosiguió con la Audiencia, citando a las partes a una Audiencia Especial a fin de escuchar a las partes acerca de su posición acerca de la Excepción de Caducidad. El Árbitro Único se reservó la facultad de decidir luego de esta Audiencia, acerca de si resolvía esta materia como cuestión previa o hasta el momento de emitir el laudo arbitral.

Seguidamente, luego de oídas las partes, el Árbitro Único procedió a fijar los puntos controvertidos respecto de cada una de las pretensiones planteadas con la conformidad de las partes:

Pretensión principal: Determinar si corresponde declarar la nulidad o ineficacia de la resolución del Contrato de Adquisición de Ambulancias para la Dirección de Salud I Callao N° 00779-2005 efectuada por la demandada.

Pretensión accesoria: Determinar, de manera accesoria, si corresponde declarar que el Contrato de Adquisición de Ambulancias para la Dirección de Salud I Callao N° 00779-2005 debe cobrar plenos efectos jurídicos, ejecutándose todas las prestaciones pactadas.

El Árbitro Único dejó claramente establecido que se reservaba el derecho a analizar los puntos controvertidos no necesariamente en el orden en el que están señalados en la presente acta, y que si al pronunciarse sobre algún punto controvertido determina que carece de objeto pronunciarse sobre otros puntos controvertidos con los que guarde vinculación, podrá omitir pronunciarse respecto de ellos expresando las razones de dicha omisión.

Asimismo, quedó establecido que las premisas previas a cada una de las preguntas establecidas como puntos controvertidos son meramente referenciales, dirigidas a una lectura más simple de los puntos controvertidos y que por ello el Árbitro Único podrá omitir, ajustar o interpretar dichas premisas a la luz de las respuestas dadas a otros puntos, sin que el orden empleado o el ajuste, omisión o interpretación genere nulidad de ningún tipo.

Acto seguido, el Árbitro Único decidió admitir todos los medios probatorios documentales ofrecidos por MANASA y SALUD y les otorgó un plazo de diez (10) días para que ofrecieran el mérito de nueva prueba documental.

Por último, el Árbitro Único citó a las partes a una Audiencia de Ilustración y fijó el plazo probatorio hasta el 7 de setiembre de 2007.

Con fecha 27 de agosto de 2007, se llevó adelante la Audiencia Especial programada para que las partes sustenten sus respectivas posiciones acerca de la Excepción de Caducidad deducida por SALUD. Luego de escuchar a las partes y de realizar las preguntas pertinentes, el Árbitro Único decidió reservar la decisión al momento de laudar.

Seguidamente, se dispuso llevar adelante una Audiencia Especial, en las que las partes ilustrarían al Árbitro Único acerca de EL CONTRATO y las controversias sometidas a su consideración.

La fecha de esta Audiencia fue postergada en varias oportunidades, debido a solicitud fundamentada de parte. Ante esta situación, mediante Resoluciones N°s 10 de 3 de setiembre de 2007, 12 de 11 de setiembre de 2007 y 13 de 24 de setiembre de 2007, se amplió el plazo probatorio hasta el 28 de setiembre, 12 de octubre y 31 de octubre de 2007, respectivamente.

El 26 de octubre de 2007 se llevó adelante la Audiencia Especial de Ilustración, oportunidad en la que las partes sustentaron su posición respecto a los hechos y derecho alegados y el Árbitro Único realizó las preguntas que consideró pertinentes.

Seguidamente, el Árbitro Único dispuso la actuación de una serie de medios probatorios, consistente en la presentación por las partes de diversa documentación e informes. Asimismo, se acordó llevar adelante una Audiencia Especial para que los

respectivos técnicos de las partes ilustren al Árbitro Único sobre los aspectos técnicos de la controversia.

Debido a la actuación de estos medios probatorios, el Árbitro Único dispuso ampliar el plazo probatorio hasta el 30 de noviembre de 2007.

Mediante escrito N° 6 ingresado el 5 de noviembre de 2007, MANASA cumplió con exhibir la absoluciónde la consulta referida a los neumáticos de las ambulancias y los Requerimientos Técnicos de las ambulancias que fueron ordenados por el Árbitro Único. Por su parte, SALUD mediante escrito ingresado el 8 de noviembre de 2007, cumplió con exhibir la copia fedateada del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Salud y un Informe donde consta los requerimientos técnicos de los vehículos que se encuentra en las Bases, que fueran ordenados por el Árbitro Único. Mediante Resoluciones Nos. 15 y 16 de 12 de noviembre de 2007, el Árbitro Único dispuso admitir los medios probatorios presentados, con conocimiento de la contraparte.

MANASA mediante escrito N° 7 de 12 de noviembre de 2007, cumplió con presentar la opinión técnica del Ingeniero Dimas Darquea T. denominada "Evaluación de Características Técnicas de Vehículos Ambulancias con referencia a Licitación Pública LP-002-2005-CE-DISA I CALLAO Adquisición de Ambulancias". El Árbitro Único mediante Resolución N° 17 de 15 de noviembre de 2007, corrió traslado del mismo a la contraparte.

Mediante Resolución N° 18 de 15 de noviembre de 2007, el Árbitro Único otorgó a SALUD un plazo excepcional de tres (3) días para que cumpliera con presentar la opinión técnica que le correspondía. Mediante escrito de fecha 19 de noviembre de 2007, SALUD presentó su opinión técnica, ante lo cual este Árbitro Único dispuso mediante Resolución N° 19 de 20 de noviembre de 2007, correr traslado a la contraparte.

Debido a las pruebas pendientes de actuación, mediante Resolución N° 20 de 20 de noviembre de 2007, se dispuso ampliar el plazo probatorio hasta el 28 de diciembre de 2007.

Mediante escrito s/n de 20 de noviembre de 2007, SALUD absuelve el traslado de de la Resolución N° 17 y ofrece el contenido de dos documentos. Mediante Resolución N° 21 de 21 de noviembre de 2007, se dispuso tener por ofrecida la opinión técnica de MANASA, por ofrecidos los medios probatorios de SALUD, previo traslado a la contraparte.

Mediante escrito s/n de 26 de noviembre de 2007, SALUD absuelve el traslado de la opinión técnica presentada por MANASA y adjunta una copia del Informe Final efectuada por la Comisión de Verificación encargada de analizar las especificaciones técnicas de las ambulancias de fecha 14 de julio de 2006. Mediante Resolución N° 22 de 12 de diciembre de 2007, se dispuso tener por absuelto el trámite, se tuvo presente

el Informe Final con conocimiento de la contraria y se admitió la opinión técnica presentada por SALUD a que se refiere la Resolución N° 19.

Mediante Resolución N° 23 de 12 de diciembre de 2007, se dispuso citar a las partes a Audiencia Especial, con la finalidad de que los técnicos de las respectivas partes ilustraran al Árbitro Único sobre los aspectos técnicos de la controversia.

En la fecha programada, 7 de enero de 2008, se llevó adelante la Audiencia Especial programada, oportunidad en la cual únicamente el técnico de MANASA ilustró al Árbitro Único acerca de los aspectos técnicos de la controversia. Cabe resaltar que SALUD no asistió, aun cuando fue debida y anticipadamente convocada. El Árbitro Único otorgó a MANASA un plazo de cinco (5) días para que presentara copia de los Reglamentos para el Transporte asistido de pacientes por vía terrestre y amplió el plazo probatorio hasta el 14 de enero de 2008.

MANASA mediante escrito N° 8 de 10 de enero de 2008, cumplió con presentar copia de los Reglamentos para el Transporte asistido de pacientes por vía terrestre y ofreció, además, el mérito de tres certificados de Conformidad de Modificación expedidos por la Universidad Nacional de Ingeniería.

Mediante Resolución N° 24 de 14 de enero de 2008, el Árbitro Único dispuso tener por cumplido el mandato de presentación, por admitidos los Certificados de Modificación y no existiendo más pruebas por actuar dio por concluida la etapa probatoria, otorgando a ambas partes cinco (5) días para la formulación de alegatos escritos. Por último, fijó la audiencia de alegatos orales para el 20 de febrero de 2008.

Mediante escrito fechado el 29 de enero de 2008, MANASA presentó sus alegatos escritos, ratificándose en los argumentos expresados en su demanda y a lo largo del proceso arbitral, solicitando que la demanda sea declarada fundada en todos sus extremos.

Por su parte, mediante escrito de fecha 23 de enero de 2008, SALUD presentó sus alegatos escritos, ratificándose en los argumentos expresados a lo largo del proceso arbitral, solicitando que la demanda sea declarada infundada en todos sus extremos.

Con fecha 7 de marzo de 2008 se realizó la Audiencia de Informe Oral dispuesta oportunamente, en la que MANASA y SALUD expusieron sus puntos de vista con relación a los hechos materia del presente procedimiento y absolvieron las preguntas realizadas por el Tribunal Arbitral. En este acto, las partes solicitaron al Árbitro Único un plazo excepcional para que pudieran expresar su posición respecto de la aplicación al presente caso del Reglamento Nacional de Vehículos (Decreto Supremo N° 058-2003-MTC) y/o del Reglamento de Transporte Asistido de Pacientes por Vía Terrestre (Resolución Ministerial N° 343-2005-MINSA), otorgándose cinco (5) días para estos efectos. También se otorgó idéntico plazo a MANASA para que presentara su oferta referida a las características de los vehículos. El Árbitro Único y las partes acordaron expresamente que presentados los respectivos escritos, éstos se pondrían en conocimiento recíproco y se procedería a fijar el plazo para laudar.

Ambas partes presentaron sus respectivos escritos a que se refiere el párrafo precedente con fecha 14 de marzo de 2008.

Mediante Resolución N° 27 de 29 de marzo de 2008, el Árbitro Único dispuso poner en conocimiento recíproco de las partes los respectivos escritos y sus anexos. Seguidamente mediante Resolución N° 28 de 24 de marzo de 2008, el Árbitro Único dictó autos para laudar, disponiendo que tendrá un plazo de 45 (cuarenta y cinco) días útiles para laudar, sin perjuicio de su facultad de prorrogarlo por 15 (quince) días útiles adicionales.

Mediante escrito N° 13 de 31 de marzo de 2008, MANASA solicitó la suspensión del proceso arbitral por el plazo de treinta (30) días útiles, cumpliendo para el efecto con legalizar la firma de su representante ante notario público. Corrido traslado mediante Resolución N° 29 de 1 de abril de 2008, SALUD mediante escrito s/n de fecha 9 de abril de 2008, manifestó su conformidad a la suspensión por treinta (30) días útiles, cumpliendo para el efecto con legalizar la firma de su representante ante notario público.

Mediante Resolución N° 30 de 11 de abril de 2008, el Tribunal Arbitral dispuso suspender el proceso arbitral por treinta (30) días útiles, contado a partir de la fecha de esta Resolución, y dispuso que la suspensión se levantaría automáticamente al día siguiente del vencimiento del plazo; es decir, el 27 de mayo de 2008, reanudándose, en consecuencia, el plazo para laudar.

I.5. DEL ACUERDO DE CONCILIACIÓN TOTAL ARRIBADO POR LAS PARTES

Mediante Escrito N° 12, ingresado el 23 de mayo de 2008, MANASA hace saber que las partes han arribado a una conciliación total de sus controversias y de que han acordado que el Árbitro Único homologue dicho acuerdo. Asimismo, MANASA hace entrega del Acuerdo de Conciliación Total de fecha 23 de mayo de 2008.

Mediante Resolución N° 32 de fecha 26 de mayo de 2008, el Árbitro Único requiere a ambas partes para que, en cumplimiento de lo dispuesto por ellas en la Cláusula Tercera del Acuerdo de Conciliación Total, cumplan con legalizar sus firmas ante el Secretario del Tribunal Arbitral en señal de desistimiento.

Con fecha 27 de mayo de 2008, ambas partes cumplen con legalizar sus firmas ante el Secretario del Tribunal Arbitral, ratificando así sus respectivos desistimientos.

Y CONSIDERANDO:

El artículo 41 de la Ley General de Arbitraje establece que:

“Si antes de la expedición del laudo las partes concilian o transigen sus pretensiones, los árbitros dictarán una orden de conclusión del procedimiento, adquiriendo lo acordado la autoridad de cosa juzgada.

Si lo piden ambas partes y los árbitros lo aceptan, la conciliación o transacción se registrará en forma de laudo en los términos convenidos por las partes, en cuyo caso se ejecutará de la misma manera que un laudo arbitral.

Este laudo no requiere ser motivado”.

Las partes han cumplido antes de la expedición del laudo arbitral con presentar el Acuerdo de Conciliación Total de fecha 23 de mayo de 2008.

En dicho Acuerdo, las partes han dispuesto, entre otros:

- En la Cláusula Segunda han decidido poder término y finalizar en forma definitiva, total e irrevocablemente cualquier controversia y/o discrepancia que pudieran tener en relación a EL CONTRATO.
- En la Cláusula Tercera, numeral 1), las partes expresamente se desisten de sus pretensiones y defensas en este proceso arbitral, habiendo cumplido con legalizar la firma de sus representantes ante el Secretario del Tribunal Arbitral.
- En la Cláusula Tercera, numeral 2), las partes acuerdan que cada parte asumirá los gastos y costos incurridos durante el arbitraje.
- En la Cláusula Sexta, las partes acuerdan que este Acuerdo se someterá a la homologación del Árbitro Único, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley General de Arbitraje.

Habiendo las partes conciliado sus respectivas pretensiones antes de la expedición del laudo, desistido de este arbitraje, acordado los costos del arbitraje y solicitado expresamente la homologación del Acuerdo de Conciliación Total por parte de este Árbitro Único; y verificándose además, que el mencionado Acuerdo versa sobre derechos patrimoniales y no afecta el orden público; este Árbitro Único debe proceder a homologar el Acuerdo de las partes, en los términos convenidos por ellas.

Por las razones expuestas, de acuerdo con lo establecido por el artículo 41 de la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje.

RESUELVE:

PRIMERO: Registrar en la forma de laudo arbitral el Acuerdo de Conciliación Total de fecha 23 de mayo de 2008, en los siguientes términos convenidos por MAQUINARIA NACIONAL S.A. PERÚ y la DIRECCIÓN DE SALUD I-CALLAO:

ACUERDO DE CONCILIACIÓN TOTAL

Conste por el presente documento el Acuerdo de Conciliación Total que celebran:

- De un lado, la Dirección de Salud I –Callao, con RUC N° 20147907487, con domicilio en Jirón Colina N° 879, Bellavista – Callao, debidamente representada por su Director General, señor José Carlos del Carmen Sara, identificado con DNI N° 06980022, designado por Resolución Ministerial N° 003-2008-MINSA, en lo sucesivo la Disa; así como por la Secretaria General del Ministerio de Salud, abogada CLAUDIA REYES JUSCAMAITA, identificada con DNI N° 06784495, designada con Resolución Ministerial N° 004-2008/MINSA, del 05 de enero de 2008, según las facultades conferidas mediante Resolución Ministerial N° 168-2008/MINSA del 11 de Marzo de 2008.
- De otro lado, Maquinaria Nacional S.A. Perú, con RUC N° 2050325890, con domicilio en Avenida Javier Prado Este N° 5445, La Molina, Lima, debidamente representada por su apoderado, señor Luis Fernando Carreras Segura, identificado con DNI N° 09278663, según poder otorgado mediante escritura pública de fecha 20 de abril de 2007, ante Notario Público de Lima Luis Danon Brender, en lo sucesivo Manasa.

El presente Acuerdo se celebra bajo los términos y condiciones siguientes:

Primera. Antecedentes

1. La Disa y Manasa celebraron el 27 de diciembre del 2005 el Contrato N° 00779-2005, en lo sucesivo El Contrato, mediante el cual Manasa se obligó a entregar a La Disa tres (3) ambulancias, dos de ellas de tipo urbano y una de tipo rural, debidamente equipadas, en lo sucesivo Las Ambulancias, a cambio de una contraprestación total ascendente a S/. 686,621.00 (Seiscientos ochenta y seis mil seiscientos veintiún y 00/100 Nuevos Soles), en lo sucesivo El Precio, en atención a la buena pro obtenida por Manasa en la Licitación Pública N° 0002-2005-CE-DISA I Callao. El plazo de entrega de Las Ambulancias quedó fijado en sesenta (60) días calendario, contados a partir de la recepción de las órdenes de compra correspondientes.
2. En la cláusula decimocuarta de El Contrato se estableció que cualquier controversia que surgiera entre La Disa y Manasa después de su celebración sería resuelta mediante conciliación y/o arbitraje.
3. El 05 de abril de 2006, La Disa emitió la Orden de Compra N° 0000244, para la entrega de las tres (3) ambulancias contempladas en El Contrato.
4. Conforme a lo anterior, el plazo para la entrega de Las Ambulancias empezó a computarse a partir del 05 de abril de 2006.

5. Con fecha 19 de junio del 2006, se suscribió, el “Acta de Recepción para Verificación de Especificaciones Técnicas de las Ambulancias antes de emitir Conformidad”, con observaciones, otorgándose un plazo de diez días hábiles para que Manasa proceda a su subsanación.
6. Con fecha 04 de julio del 2006, La Disa recibió de Manasa la comunicación, mediante la cual buscaba subsanar las antes referidas observaciones.
7. Con fecha 21 de julio del 2006 fue notificada, vía carta notarial, la resolución del Contrato N° 00779-2005, debido a que La Disa consideraba que no se habían subsanado debidamente las observaciones.
8. En atención a la resolución de El Contrato decidida por La Disa, Manasa presentó una solicitud de conciliación el 09 de agosto de 2006 ante el Centro de Conciliación Extrajudicial –Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación, a fin que se dejara sin efecto la resolución contractual; asistiendo ambas partes a dos sesiones de Audiencia, en las cuales dejaron sentadas las bases para llegar a un acuerdo, el cual no se pudo concretar, concluyendo de esta manera el proceso conciliatorio.
9. Por escrito del 05 de marzo de 2007, recibido por La Disa el 12 de marzo de 2007, Manasa presentó la solicitud para el inicio del proceso de arbitraje, en lo sucesivo El Proceso Arbitral, orientado a solucionar las controversias derivadas de la resolución de El Contrato. Mediante escrito del 02 de abril de 2007, Manasa solicitó al Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CON-SUCODE), la designación de un árbitro, al no haber recibido respuesta a la solicitud de arbitraje por parte de La Disa.
10. En tal sentido, se designó como Árbitro Único encargado de emitir el pronunciamiento respecto en El Proceso Arbitral, al Dr. Fernando Cantuarias Salaverry, y se instaló el 14 de mayo de 2007, fijando las reglas aplicables al proceso en mención.
11. Ante el Árbitro Único, Manasa presentó el 28 de mayo de 2007 la demanda respectiva, formulando las siguientes pretensiones:
 - a. Que se declare sin efecto legal alguno, por resultar nula, la resolución unilateral de El Contrato decidida por La Disa, decisión que fue notificada a Manasa con fecha 21 de julio del 2006 vía carta notarial.
 - b. Que, como consecuencia de declararse la nulidad de la resolución de El Contrato, se declare que la relación jurídica entre La Disa y Manasa derivada de El Contrato posee plenos efectos, de manera tal que deberán ejecutarse todas las pretensiones pactadas.
 - c. Que La Disa cumpla con pagar a Manasa las costas y los costos derivados de El proceso Arbitral.
12. El 20 de junio de 2007, la Disa contestó la demanda planteada por Manasa, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, exponiendo los fundamentos

por los cuales consideró que las pretensiones contenidas en la demanda debían ser declaradas infundadas.

13. La Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos de El Proceso Arbitral se llevó a cabo el 19 de julio de 2007. Asimismo, el 07 de enero de 2008 se efectuó la Audiencia de Pruebas relativa a El Proceso Arbitral. Luego de presentados los alegatos a cargo de las partes, el 30 de enero de 2008, la Audiencia de Informes Orales de El Proceso Arbitral fue realizada el 07 de marzo de 2008.

14. El 24 de marzo de 2008, el Árbitro Único fijó el plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles para la emisión del laudo respectivo.

15. Finalmente, ante la solicitud formulada por ambas partes, por la cual expresaban su intención de arribar a un acuerdo conciliatorio que pusiera fin a El proceso Arbitral, el 11 de abril de 2008 el Árbitro Único acordó la prórroga del plazo para laudar por treinta (30) días hábiles adicionales.

16. Evaluados los hechos expuestos anteriormente así como las pretensiones y alegaciones esgrimidas por las partes en El proceso Arbitral y luego de efectuadas las coordinaciones pertinentes, La Disa y Manasa han decidido conciliar sus diferencias con el objeto de poner fin de manera definitiva a las controversias existentes entre ellas respecto del cumplimiento, ejecución y/o resolución de El Contrato así como con relación a las pretensiones y alegaciones formuladas en El Proceso Arbitral, de conformidad con los términos que se exponen en el presente Acuerdo.

Segunda. Conciliación Total

1. La Disa y Manasa deciden poner término y finalizar en forma definitiva, total e irrevocable a cualquier controversia y/o discrepancia que pudiera tener vinculación directa o indirecta con el cumplimiento, ejecución y/o resolución de El Contrato así como con las pretensiones y alegaciones que cada una de ellas ha planteado en El Proceso Arbitral y, en general, sobre los hechos y/o decisiones referidas en la cláusula primera, conciliando sus diferencias con arreglo a los términos que se exponen en el presente Acuerdo.

2. En tal sentido, al amparo del artículo 41º de la Ley General de Arbitraje y el acápite 43º de las reglas de El proceso Arbitral aprobadas en la instalación de Árbitro Único de 14 de mayo de 2007, La Disa y Manasa celebran el presente Acuerdo extinguiendo definitivamente toda obligación dineraria o no dineraria, responsabilidad contractual o extracontractual derivada o que pudiera derivarse en relación con el cumplimiento, ejecución y/o resolución de El Contrato, con las pretensiones formuladas por cada una de las partes en El Proceso Arbitral y, en general, con los hechos y/o decisiones señaladas en la cláusula primera, formulando desistimiento o renuncia respecto de cualquier planteamiento efectuado en El Proceso Arbitral y renunciando a toda acción que tengan, o pudieran llegar a tener, respecto del objeto del presente Acuerdo, poniendo fin a las controversias que al respecto existían, o pudieran existir en el futuro, entre las partes y asumiendo las obligaciones que se establecen en este Acuerdo.

En atención a lo anterior, La Disa y Manasa renuncian recíprocamente a cualquier pretensión o alegación planteada en El Proceso Arbitral, así como a cualquier otra que pudiera invocarse en sede judicial, extrajudicial o administrativa, así como a los derechos, presentes o futuros, que pudieran corresponderles o que pretendan ejercer en relación con el cumplimiento, ejecución y/o resolución de El Contrato, acordando las partes, en consecuencia, dar por resuelto de mutuo acuerdo el contrato N° 00779-2005, con las pretensiones y alegaciones comprendidas en El Proceso Arbitral y, en general, con los hechos y/o decisiones mencionadas en la cláusula primera, declarando expresamente que no tienen ni tendrán nada que reclamarse entre sí al respecto.

Tercera. Alcances de la Conciliación Total

1. En virtud de la conciliación total acordada entre La Disa y Manasa, además de lo establecido en la cláusula anterior, las partes se comprometen de manera expresa a lo siguiente:

- a. Manasa se desiste de todas las pretensiones planteadas frente a La Disa en la demanda interpuesta en El proceso Arbitral, para lo cual el representante acreditado de Manasa legalizará su firma ante la Secretaría del Tribunal Arbitral.
- b. La Disa se desiste del acto procesal de contestación de la demanda así como de las alegaciones formuladas frente a Manasa en la contestación que presentó en El Proceso Arbitral, para lo cual el representante acreditado de La Disa legalizará su firma ante la Secretaría del Tribunal Arbitral.
- c. En vía de conciliación total, las partes acuerdan de manera expresa que Manasa pagará a favor de La Disa las siguientes sumas:
 - Manasa entregará a La Disa un cheque de gerencia, al momento de suscripción del presente Acuerdo, por la suma de S/. 68 662.10 (Sesenta y ocho mil seiscientos sesenta y dos con 10/100 Nuevos Soles), como compensación por las penalidades reclamadas por La Disa durante la vigencia de El Contrato.
 - Manasa entregará a La Disa un cheque de gerencia, al momento de la suscripción del presente Acuerdo, por la suma de S/. 617 958.90 (Seiscientos diecisiete mil novecientos cincuenta y ocho con 90/100 Nuevos Soles), como compensación definitiva por los gastos y los conceptos indemnizatorios reclamadas por La Disa con relación a la ejecución de El Contrato.
- d. Las partes declaran que no se adeudan ninguna suma adicional, por concepto de capital, intereses o gastos, con excepción de los importes contemplados en forma expresa en este Acuerdo, haciendo renuncia expresa, definitiva e incondicional a cualquier reclamo posterior.

2. En atención a este Acuerdo, La Disa y Manasa declaran que cada parte asumirá los gastos y los costos de asesoría legal en los que hubieran incurrido en forma previa y durante El Proceso Arbitral, con ocasión del cumplimiento, ejecución y/o resolución de El Contrato, así como aquellos gastos verificados en relación con la negociación de las disputas que se resuelven mediante la presente conciliación.

Cuarta. Validez y Eficacia del Acuerdo

1. Las partes dejan expresa constancia que este Acuerdo versa sobre derechos patrimoniales, no afectan el orden público y las buenas costumbres y resuelve en definitiva las controversias y/o discrepancias que hayan surgido o puedan surgir entre ambas partes, con relación directa o indirecta a la materia que es objeto del presente Acuerdo.

2. Asimismo, las partes declaran expresamente que en la negociación y celebración del presente Acuerdo han actuado de buena fe, libremente y con total conciencia y voluntad respecto de todas y cada una de las estipulaciones contenidas en este instrumento. En tal sentido, las partes declaran que este Acuerdo representa y refleja exactamente su común intención, expresada en vía de conciliación, respecto de todos y cada uno de los pactos que aquí se celebran, reemplazando en forma integral a cualquier acuerdo, convenio o documento anterior que hubieran suscrito de manera conjunta.

Con tal fin, las partes declaran en forma expresa que el presente Acuerdo y todas y cada una de sus estipulaciones no están afectadas con vicios de voluntad, error, dolo, intimidación o violencia y que, el presente instrumento ha sido negociado y celebrado sin que exista desequilibrio económico o patrimonial, lesión, excesiva onerosidad en las prestaciones a cargo de las partes, mala fe o bajo la ocurrencia de cualquiera de las causales de rescisión, anulación y/o frustración de los intereses de cada una de las partes.

3. La Disa y Manasa dejan constancia que, una vez homologado en El Proceso Arbitral, el presente Acuerdo tendrá carácter de cosa juzgada, por lo que las partes renuncian de manera anticipada e irrevocable y se obligan a no entablar o a deducir en su caso, cualquier acción o excepción tendiente a modificar, anular, desconocer, impugnar, resolver o rescindir el presente Acuerdo. En tal medida, declaran su total y más completo consentimiento con las estipulaciones pactadas en este documento.

Quinta. Interpretación y Unidad del Acuerdo

Las partes declaran que todas y cada una de las distintas estipulaciones del presente documento representan, en su conjunto, la voluntad común de La Disa y Manasa con relación al objeto de este Acuerdo. En ese sentido, todas y cada una de las cláusulas del presente documento deberán ser interpretadas en todo momento de manera tal que constituyan todas ellas una unidad.

Sexta. Homologación del Acuerdo

1. La Disa y Manasa acuerdan que el presente Acuerdo se someterá a homologación por parte del Árbitro Único que conoce de las pretensiones planteadas en El Proceso Arbitral, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 41º de la Ley General de Arbitraje y el acápite 43º de las reglas de El Proceso Arbitral aprobadas en la instalación del Árbitro Único el 14 de mayo de 2007.
2. Para fines de lo anterior, las partes se comprometen a gestionar y/o realizar las acciones a su cargo a efectos de que la conciliación alcanzada sea homologada, comprometiéndose a gestionar y/o facilitar la documentación correspondiente para tal fin.

Sétima. Domicilios, Ley Aplicable y Jurisdicción

1. Para todos los efectos derivados del presente Acuerdo, las partes señalan como sus domicilios los indicados en la introducción de este documento, donde se practicarán las comunicaciones y/o notificaciones a que hubiere lugar. Cualquier variación de domicilio sólo surtirá efecto diez (10) días calendarios después de ser recibida por escrito por la otra parte.
2. Este Acuerdo se interpretará, regirá y ejecutará de acuerdo con las leyes de la República del Perú y, asimismo, las partes se someten a la jurisdicción y competencia de los jueces y tribunales de Lima-Cercado.

En señal de buena fe, La Disa y Manasa suscriben el presente Acuerdo, bajo firmas legalizadas, en la ciudad de Lima a los veintitrés días del mes de mayo del año 2008, otorgándose un ejemplar para cada una de ellas de igual tenor y valor, y suscribiendo un ejemplar adicional que será presentado en El proceso Arbitral.

SEGUNDO: Conforme a lo dispuesto en el artículo 53 del Decreto Supremo N° 083-2004-PCM y a lo establecido en el numeral 12 del Acta de Instalación, dispóngase que el Secretario Arbitral remita una copia de este laudo arbitral al CONSUCODE.

Notifíquese a las partes.

FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY
Árbitro Único

ROGER RUBIO GUERRERO
Secretario Arbitral

Laudo
Arbitral
Internacional



INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES
WASHINGTON, D.C.

IN THE MATTER

AGUAYTÍA ENERGY LLC
(HEREAFTER "AEL" OR "CLAIMANT")

AGAINST

REPUBLIC OF PERU
(HEREAFTER "PERU" OR "RESPONDENT")

CASE Nº ARB/06/13

AWARD

MEMBERS OF THE TRIBUNAL	DR. ROBERT BRINER, PRESIDENT MR. J. WILLIAM ROWLEY QC, ARBITRATOR DR. CLAUDIUS VON WOBESER, ARBITRATOR
SECRETARY OF THE TRIBUNAL	MS. NATALÍ SEQUEIRA
DATE OF DISPATCH TO THE PARTIES	11 DECEMBER 2008

(*) Laudo publicado en web side: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requesttype=CasesRH&actionVal=showDoc&doeld=DC970En&coseld=c82>

COUNSEL

FOR THE CLAIMANT

MR. JAMES LOFTIS,
MR. MARK BEELEY
VINSON & ELKINS RLLP
CITY POINT 33RD FLOOR
ONE ROPEMAKER STREET
LONDON EC2Y 9UE
UNITED KINGDOM

MR. EUGENE J. SILVA II
MS. TERESA CIGARROA KECK
VINSON & ELKINS LLP
FIRST CITY TOWER
1001 FANNIN STREET
SUITE 2500
HOUSTON, TEXAS 77002
U.S.A.

FOR THE RESPONDENTMS

CAROLYN B. LAMM
MS. ABBY COHEN SMUTNY
MR. FRANCIS A. VASQUEZ, JR.
MR. JONATHAN C. HAMILTON
WHITE & CASE LLP
701 THIRTEENTH STREET, NW
WASHINGTON, D.C. 20005
U.S.A.

MR. EDUARDO FERRERO COSTA
MS. MARÍA DEL CARMEN TOVAR GIL
ESTUDIO ECHECOPAR
AV. DE LA FLORESTA 497 PISO 5
LIMA 41, LIMA
PERU

INDEX

1. PROCEDURAL HISTORY
 2. THE CLAIMS AND RELIEF SOUGHT
 3. BACKGROUND
 - 3.1. THE CLAIMANT
 - 3.2. THE RESPONDENT
 - 3.3. DEVELOPMENTS BETWEEN 1996 AND 2005
 - 3.4. THE CLASSIFICATION OF THE TRANSMISSION LINES
 - 3.5. THE BOOT CONCESSION
 - 3.6. CLAIMANT'S CLASSIFICATION AND DISCRIMINATION DISPUTES IN PERU
 4. THE DISPUTE
 - 4.1. POSITION OF THE PARTIES
 - 4.1.1. Position of the Claimant
 - 4.1.2. Position of the Respondent
 5. DISCUSSION
 - 5.1. JURISDICTION
 - 5.2. APPLICABLE LAW
 - 5.3. MERITS
 6. COSTS
- AWARD

1. PROCEDURAL HISTORY

1. Aguaytía Energy LLC, a company incorporated in the State of Delaware (U.S.A.), submitted to the International Centre for Settlement of Investment Disputes (“ICSID” or “the Centre”) a Request to Institute Arbitration Proceedings (the “Request”) dated 8 May 2006 against the Republic of Peru.

2. ICSID registered the Request on 17 July 2006.

3. The Parties having been unable to agree on the number of arbitrators and the method for their appointment, and sixty days having elapsed since the registration of the Request, the Claimant, by letter of 20 September 2006, invoked the formula provided for in Article 37(2)(b) of the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States (“the Convention”) pursuant to which:

Where the parties do not agree upon the number of arbitrators and the method of their appointment, the Tribunal shall consist of three arbitrators, one arbitrator appointed by each party and the third, who shall be the president of the Tribunal, appointed by agreement of the parties.

4. In the same letter, the Claimant appointed as Arbitrator, Mr. J. William Rowley QC (a national of Canada), and, by letter dated 13 October 2006, the Respondent appointed Dr. Claus von Wobeser (a national of Mexico) as Arbitrator.

5. Upon the failure of the Parties to agree on a presiding arbitrator, the Claimant, by letter of 31 January 2007, requested that the appointment be made by the Chairman of the ICSID Administrative Council (“Chairman”), pursuant to Rule 4 of the ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings (“Arbitration Rules” or “ICSID Rules”).

6. Following consultation with the Parties, the Chairman appointed Dr. Robert Briner (a national of Switzerland) as the President of the Arbitral Tribunal. By letter of 27 March 2007, the Centre noted that, in accordance with Rule 6(1) of the ICSID Rules, the Arbitral Tribunal was deemed to have been constituted and the proceedings to have begun on 27 March 2007. Mr. Ucheora Onwuamaegbu, Senior Counsel, ICSID, was designated by ICSID as Secretary of the Tribunal.

7. By letter dated 20 April 2007, ICSID informed the Arbitral Tribunal that due to the reorganization of the case management undertaken at the Centre, Mr. Ucheora Onwuamaegbu had been replaced as Secretary of the Tribunal by Mr. Tomás Solís, Counsel, ICSID. Mr. Solís was in turn formally replaced by Ms. Natalí Sequeira on 3 November 2008.

8. A first session of the Arbitral Tribunal was held on 18 May 2007 at the World Bank offices in Washington D.C. A sound recording of the session was made.

The following persons were present:

The Arbitral Tribunal

Dr. Robert Briner, President

	Mr. J. William Rowley QC, Arbitrator Dr. Claus von Wobeser, Arbitrator
The Secretary of the Arbitral Tribunal	Mr. Tomás Solís
On behalf of the Claimant	Mr. James L. Loftis, VINSON & ELKINS RLLP Mr. Gene J. Silva II, VINSON & ELKINS LLP Mr. Mark Beeley, VINSON & ELKINS RLLP Ms. Adrienne Goins, VINSON & ELKINS LLP Ms. Teresa Keck, VINSON & ELKINS LLP Ms. Miluska Cervantes, AGUAYTÍA ENERGY, LLC Mr. Dean M. Moesser, DUKE ENERGY CORPORATION Mr. Eduardo Maldonado, MALDONADO & MALDONADO, PERU
On behalf of the Respondent	Mr. Eduardo Ferrero Costa, ESTUDIO ECHECOPAR Ms. María del Carmen Tovar Gil, ESTUDIO ECHECOPAR Mr. Renzo Villa, EMBASSY OF PERU WASHINGTON DC Mr. Reynaldo Portugal, EMBASSY OF PERU WASHINGTON DC Ms. Abby Cohen Smutny, WHITE & CASE LLP Mr. Jonathan C. Hamilton, WHITE & CASE LLP Ms. Mairée Uran-Bidegain, WHITE & CASE LLP Ms. Sabina Sacco, WHITE & CASE LLP

9. Among other matters, it was agreed that

- the place of the proceeding would be the seat of the Centre in Washington, D.C., but without prejudice to the Tribunal's holding of hearings with the Parties at any other location that the Tribunal considered appropriate after consultation with the Parties;
- the procedural language would be English and that pleadings, including supporting documentation as well as witness and expert statements, would be filed with English translations if the original document was not in English. The translations submitted would not need to be certified as set forth in Regulation 30(3) of the ICSID Administrative and Financial Regulations, unless such translation proved controversial;

10. The following timetable for the further written submissions was furthermore agreed upon between the Parties and the Arbitral Tribunal :

- the Claimant would file its Opening Memorial by 9 October 2007;
- the Respondent would file its Counter-Memorial by 29 February 2008;
- the Claimant would file its Reply to Respondent's Counter-Memorial by 15 April 2008;
- the Respondent would file its Rejoinder to Claimant's Reply by 30 May 2008;
- A hearing on the merits would commence in the week starting 14 July 2008.

11. At the end of the First Session, the Parties and the Arbitral Tribunal stated that they had no further issues to discuss, and the Parties confirmed that they were in agreement with the procedure as conducted by the Arbitral Tribunal up to that time.

12. In accordance with the above-mentioned timetable, the Claimant submitted on 9 October 2007 its Opening Memorial together with Supporting Statements and Reports⁽¹⁾.

13. On 29 February 2008 the Respondent submitted its Counter-Memorial⁽²⁾.

14. By letter dated 11 April 2008, the Claimant informed the Arbitral Tribunal that both Parties had agreed to an extension of the deadlines for the filing of Claimant's Reply and Respondent's Rejoinder. The Arbitral Tribunal was requested to confirm the new dates through the issuing of a procedural order amending the previous time table contained in the Minutes of the First Session.

(1) This Submission was also accompanied by Exhibits C1 to C 43 (Volumes I and II) and Legal Authorities CLA 1 to CLA 78 (Volumes I to IV).

(2) This Submission was accompanied by Declarations (Volume II), Expert Reports/Opinions (Volumes III and IV), Exhibits R 1 to R 140 (Volumes V to VIII) and Legal Authorities RLA 1 to RLA 120 (Volumes IX to XII).

15. The Tribunal issued Procedural Order N° 1 on 16 April 2008, confirming the Parties' agreement on the extension of the procedural timetable. Accordingly, the Claimant was granted an extension of the time-limit until 22 April 2008 to file its Reply and the Respondent until 16 June 2008 to file its Rejoinder, it being understood that this change in the timetable would not have any influence on the timing of the Hearing, scheduled to start in the week beginning 14 July 2008.

16. In accordance with this new timetable, the Claimant filed its Reply dated 22 April 2008 which was received by the Centre on 23 April 2008 together with Supporting Statements and Expert Reports⁽³⁾. On 20 May 2008, the Claimant filed Supplemental Legal Authorities⁽⁴⁾.

17. By letter of 2 June 2008, the Respondent proposed that the Parties identify by 18 June 2008 the witnesses and experts for cross-examination and that a pre-hearing telephone conference with the Arbitral Tribunal be held on or about 20 June 2008.

18. By letter of 5 June 2008 the Claimant proposed that the exchange of witness lists take place on 23 June 2008 and to hold the pre-hearing conference call on or about 26 June 2008.

19. By letter dated 6 June 2008, the Centre, on behalf of the President of the Arbitral Tribunal, informed the Parties that the identification of witnesses and experts should be made on or before 23 June 2008, thereby modifying Item 15 of the Minutes of the First Session accordingly. A provisional agenda for the Hearing was also submitted to the Parties and they were furthermore invited to advise the Arbitral Tribunal, on or before 23 June 2008, of any points of the said agenda on which they were able to reach an agreement or any observations they might have thereon. The Parties were furthermore informed that should they fail to reach an agreement on any of the points of the provisional agenda, the Arbitral Tribunal would make itself available for a telephone conference on 26 June 2008.

20. On 16 June 2008 the Respondent filed its Rejoinder⁽⁵⁾.

21. By letter of 23 June 2008 addressed to the Arbitral Tribunal, the Claimant identified the witnesses and experts it wished to call during the Hearing. Enclosed with this letter was a summary table of the Parties' positions and agreements on the items contained in the provisional agenda⁽⁶⁾. The Arbitral Tribunal was also informed that the Parties agreed that a conference call with the Arbitral Tribunal take place on 26 June 2008.

⁽³⁾ This Submission was also accompanied by Exhibits C 44 to C 72 (Volume III) and Legal Authorities CLA 79 to CLA 221 (Volumes V to IX).

⁽⁴⁾ CLA 151 to CLA 217 (Volume X).

⁽⁵⁾ This Submission was accompanied by further witness declarations and legal opinions.

⁽⁶⁾ The items were referenced in a document entitled "Pre Hearing Items Considered by the Parties".

22. By letter of 23 June 2008 addressed to the Arbitral Tribunal the Respondent identified the witnesses and experts it wished to cross-examine during the Hearing.
23. The conference call with the Parties and the Arbitral Tribunal took place on 26 June 2008 as scheduled.
24. In a letter dated 27 June 2008 addressed to the Parties, the Secretary of the Arbitral Tribunal summarized the agreements reached between the Parties during the conference call regarding the organization of the Hearing.
25. By letter of 9 July 2008 addressed to the Parties, the Secretary of the Arbitral Tribunal transmitted a provisional schedule of the Hearing.
26. The Hearing on the merits took place at the seat of the Centre in Washington, D.C. from 14 to 18 July 2008. A sound recording and a transcript of the Hearing were made.

The following persons were present:

The Arbitral Tribunal	Dr. Robert Briner, President Mr. J. William Rowley QC, Arbitrator Mr. Claus von Wobeser, Arbitrator
The Secretary of the Arbitral Tribunal	Ms. Natalí Sequeira (in the absence of Mr. Tomás Solís)
On behalf of the Claimant	Mr. James L. Loftis, VINSON & ELKINS RLLP Mr. Gene J. Silva II, VINSON & ELKINS LLP Mr. Mark Beeley, VINSON & ELKINS RLLP Ms. Teresa Keck, VINSON & ELKINS LLP Ms. Miluska Cervantes, AGUAYTÍA ENERGY, LLC Mr. Dean M. Moesser, DUKE ENERGY CORPORATION Mr. Eduardo Maldonado, MALDONADO & MALDONADO, PERU Ms. Connie Brown Mr. Kenneth Leonczyk

Witnesses and Experts
on behalf of the Claimant

Mr. Rex Canon
Mr. Jorge Avendaño
Mr. Jose Daniel Amado
Mr. Wayne Miller
Mr. Rudolph Dolzer

On behalf of the Respondent

Ms. Carolyn B. Lamm,
WHITE & CASE LLP
Mr. Jonathan C. Hamilton,
WHITE & CASE LLP
Ms. Abby Cohen Smutny,
WHITE & CASE LLP
Mr. Frank A. Vasquez, Jr.,
WHITE & CASE LLP
Mr. Rafael Llano-Oddone,
WHITE & CASE LLP
Ms. Sabina Sacco,
WHITE & CASE LLP
Ms. Florencia Celasco,
WHITE & CASE LLP
Ms. Mairée Uran-Bidegain,
WHITE & CASE LLP
Mr. Modest F. Kwapinski,
WHITE & CASE LLP
Mr. Eduardo Ferrero,
ESTUDIO ECHECOPAR
Ms. María del Carmen Tovar,
ESTUDIO ECHECOPAR
Ms. Caterina Miró Quesada,
ESTUDIO ECHECOPAR

Witnesses and Experts
on behalf of the Respondent

Mr. Jaime Quijandría
Mr. Edwin Quintanilla
Mr. Alfredo Bullard
Ms. María del Carmen Vega
Dr. Michael Rosenzweig
Ms. María Teresa Quiñones

Representatives of the Republic of Peru

Mr. Carlos Ramírez,
COMMISSION FOR THE DEFENSE OF THE
PERUVIAN STATE

Mr. Pedro Gamio,
MINISTRY OF ENERGY AND MINES

Ms. Mariana Cazorla,
MINISTRY OF ENERGY AND MINES

Mr. Daniel Cámac,
OSINERGMIN

Mr. Percy León,
OSINERGMIN

Mr. José Luis Luna,
OSINERGMIN

Mr. Víctor Ormeno,
OSINERGMIN

Mr. Manuel Talavera,
EMBASSY OF PERU

Ms. Yesenia Cabezas,
EMBASSY OF PERU

27. At the end of the examination of the witnesses and experts, counsel for both Parties presented their Closing Statements. At the end of the Hearing, the Parties and the Arbitrators stated that they had no further issues to discuss, and the Parties confirmed that they were in agreement with the procedure as conducted by the Arbitral Tribunal up to that time. The Tribunal thereupon invited the Parties to provide material comments regarding the Transcript of the Hearing within a time period of three weeks.

28. By its letter dated 14 August 2008 addressed to the Tribunal, the Claimant communicated its revisions to the Transcript and informed the Tribunal that the Respondent had agreed to the Claimant's proposed changes. By its letter of the same date to the Tribunal, the Respondent enclosed a document containing corrections related to the testimony of those witnesses and experts who testified in Spanish and informed the Tribunal that the Claimant had agreed to the Respondent's corrections.

29. By letter dated 3 November 2008, the Acting Secretary-General of ICSID informed the Arbitral Tribunal and the Parties that due to an internal reorganization of tasks at the Centre, Mr. Tomás Solís had been replaced by Ms. Natalí Sequeira as Secretary to the Tribunal.

30. By letter dated 26 November 2008, Mrs Eloïse M. Obadia, Senior Counsel at ICSID (in the absence of Ms Natalí Sequeira) informed the Parties that the Arbitral Tribunal had, as of 26 November 2008, declared the proceeding closed in accordance with ICSID Arbitration Rule 38(1).

2. THE CLAIMS AND RELIEF SOUGHT

31. The Claimant formulated in its Opening Memorial of 9 October 2007 (hereinafter referred to as "CI") its Claims and the Relief sought as follows :

Peru induced AEL to make a significant investment into its infrastructure on the basis of a guarantee that AEL's investment would be treated at least as well as any other investor operating in the same economic sector. Despite this guarantee, Peru proceeded not only to offer a significantly more advantageous investment model to favored investors, but also to treat such investments in an arbitrarily better fashion than it treated AEL.

These acts of discrimination have been compounded by the inability of the Peruvian courts to grant effective remedies for the same, despite clearly finding that discrimination has occurred (discrimination being a violation of Peruvian domestic law irrespective of the Conite Agreement). Even where one organ of Peru has been forced to accept that it has acted improperly, another has then stepped in to continue the violation. Such a campaign of discrimination is all the more offensive as this claim is not based on a generalized open ended promise found in an investment treaty, but is instead founded on a direct bilateral contractual promise voluntarily and specifically extended by Peru to AEL in contemplation of this very investment.

AEL has accordingly been deprived of the benefit of its bargain with the Peruvian state, a bargain which was the keystone of AEL's investment of over US\$300,000,000. It is entitled, as matter of both Peruvian law and under international law to be made whole for these breaches.

AEL therefore seeks, and is entitled to, the following relief:

(a) a declaration that Peru has breached the Conite Agreement by creating investment regimes providing favorable treatment to comparable investors and not affording such comparable treatment to AEL's investment;

(b) a declaration that Peru has breached the Conite Agreement by:

(i) discriminating against AEL's investment by refusing to define L-252 as part of the STP, whilst defining a competitor's transmission line, with the same characteristics, as part of the STP, and

(ii) failing in such circumstances to effectively remedy such a breach of AEL's right to non-discrimination;

(c) a declaration that Peru has breached the Conite Agreement by:

(i) discriminating against AEL's investment by failing to recognize L-251 as an Exceptional Case, and failing to grant the full financial benefits such a recognition affords whilst granting such benefits to other similarly classified lines, and

(ii) failing in such circumstances to effectively remedy such a breach of AEL's right to non-discrimination;

(d) a declaration that Peru has breached the Conite Agreement by:

(i) discriminating against AEL's investment by discounting the VNR, Average Cost, and O&M costs data supplied by Eteselva, whilst allowing other entities to recover 100% of their actual cost, and

(ii) failing in such circumstances to effectively remedy such a breach of AEL's right to non-discrimination;

(e) an order that the Respondent pays to the Claimant the sum of US\$ 140,600,000⁽⁷⁾, which is inclusive of interest and discounted in accordance with applicable Peruvian regulations, in compensation for the Respondent's breaches of the Conite Agreement;

(f) the award of:

(i) its share of the fees and expenses of the Tribunal and the charges for the use of ICSID's facilities; and

(ii) its legal and related fees in connection with these proceedings.

32. In its Reply Memorial of 22 April 2008 (hereinafter referred to as "CII"), the Claimant sought the following relief:

In short, AEL avers that the Tribunal should reach the following findings as to the remaining contentious issues between the parties:

(a) *The Conite Agreement recognizes and provides a substantive right to AEL that its investment (which consists of the Termoselva, Eteselva and their assets) would not be discriminated against;*

(b) *Peru has in fact discriminated against AEL's investment by affording superior treatment (which AEL was never given the opportunity to enjoy) to investors engaged in the same economic activity as AEL;*

(c) *Peru has no lawful excuse for such discrimination; and*

(d) *As a result of such discrimination AEL has suffered loss, which it may recover in full measure.*

In the circumstances of Peru not denying its conduct, but instead seeking to defend such conduct through contorted, illogical readings of an agreement designed to encourage foreign investment, any alternative finding would signal a complete failure of the Conite Agreement to provide the protections which were promised to AEL.

(7) In its Reply Memorial this amount was reduced to US\$ 132,310,000 (§ 151). At the Hearing this amount was further reduced to US\$ 91.1 million (see Transcript, p. 475, 476, 477 and C 73).

33. In its Counter-Memorial of 29 February 2008 (hereinafter referred to as “RI”), the Respondent concluded that:

This case ultimately centers on contracts that Claimant sought from Peru and agreed with Peru, pursuant to specific provisions of Peruvian law. Claimant now wants this Tribunal to disregard those contracts.

Claimant’s Stability Agreement acts, by law, only to “freeze” certain laws for a period of ten years. Claimant insists on interpretations of this contract that are so strained as to present concerns of bad faith.

Claimant’s Electricity Transmission Concession Agreement provides, by law, that Claimant’s transmission lines are subject to the Electricity Concessions Law and its Regulations. Claimant instead urges this Tribunal to disregard its own Transmission Concession and instead grant Claimant the supposed benefits of the ISA BOOT Concession – a completely distinct contract granted by public bidding to another foreign investor under different economic terms and laws. Claimant wants the Tribunal to ignore the Transmission Concession altogether because Claimant failed even to submit it or cite it to the Tribunal. There can be no sufficient excuse invented for such an omission.

and requested that “... the Tribunal dismiss Claimant’s claims in their entirety.”.

34. In its Rejoinder of 16 June 2008 (hereinafter referred to as “RII”), the Respondent concluded that:

The Stability Agreement is a “freezing agreement” that provides, in pertinent part, for the “stability of the right to non-discrimination” as specified therein for a specified term of ten years. Nothing in the Stability Agreement, Peruvian law or any other conceivably applicable source of law leads to the conclusion that claimant is entitled to cherry-pick from the BOOT contract of a third party – at prejudice to other holders of 185 electricity transmission concession, as well as Peruvian consumers. Claimant has utterly failed to satisfy its burden of proof.

3. BACKGROUND

3.1. THE CLAIMANT

35. The Claimant is a limited liability company created and existing under the laws of the State of Delaware, (U.S.A.) It is the parent of the Peruvian company Aguaytía Energy del Peru S.R.L. (“Aguaytía Energy”). In turn, Aguaytía Energy is the parent of two further Peruvian legal entities, Eteselva S.R.L. (“Eteselva”) and Termoselva S.R.L. (“Termoselva”). These companies were set up in connection with the Aguaytía Project.

36. The Aguaytía gas fields are located in a remote region of Peru, east of the Andes Mountains. The fields were discovered by Mobil Oil Corporation in 1961 but had not

been commercialized due to a lack of market for natural gas. At the beginning of the 1990s Peru enacted new laws for the hydrocarbon sector and the electric power circuit together with the privatization of both these sectors.

37. The Executive Summary of the Information Memorandum prepared by The Chase Manhattan Bank N.A. dated 9 September 1994 described the Aguaytia Project as follows⁽⁸⁾:

The Maple Gas Corporation ("Maple") was formed in 1986 to invest in oil and gas related entities and assets. During the following six years, Maple operated oil and gas producing properties, gas gathering and transmission facilities, and gas processing and treating facilities. In addition, Maple drilled and completed wells, constructed gas pipelines and plant facilities, and marketed crude oil, natural gas, and natural gas liquids ("NGLs").

In March, 1993, Maple was awarded the Aguaytia Project (the "Project") by the Government of Peru pursuant to the terms of an international tender. One year later after negotiating the contractual terms of the Project and receiving the necessary governmental approvals, Maple's Peruvian Branch signed a 30-year license contract with the Government for the development of the Aguaytia gas field. Though the field was discovered by Mobil Oil Corporation in 1961, it had not been commercialized due to a lack of market for the natural gas. The field has an estimated 302 billion cubic feet of recoverable gas reserves and 21.9 million barrels of recoverable NGL reserves.

With the enactment of new laws in Peru for the hydrocarbon sector and the electric power sector as well as the current privatization of both these sectors, free markets for hydrocarbons and electricity are being established that make it possible to commercialize the gas field at this time. In addition, under the leadership of President Alberto Fujimori, a number of structural reforms have been successfully implemented in Peru which have revitalized the Peruvian economy and pacified the country. The free market environment coupled with a resurgent economy make Peru an attractive investment opportunity.

The Project consists of both a Gas Project and a Power Project. The Gas Project includes the drilling of additional gas wells in the field, the construction and operation of gas processing facilities, the construction and operation of two gas pipelines and one NGL pipeline, and the construction and operation of NGL fractionation and storage facilities at a total capital cost of U.S. \$50.8 million. Gas from the field will be supplied to two new power plants Maple will construct. NGLs will be fractionated, and the resulting propane, butane, and natural gasoline will be sold to an existing domestic market.

(8) C 37, Original Chase Information Memorandum, 9 September 1994.

The Power Project includes the construction and operation of two gas-fired thermoelectric power plants, as well as related electric substations and transmission facilities. One plant with 110 megawatts ("MW") of capacity (at peak conditions) will supply energy to the main power grid in Peru. This grid is highly dependent on hydroelectric energy and requires additional thermal capacity to increase its reliability and to satisfy increasing electrical demand. With a revitalized economy, demand for energy is growing rapidly. In 1993, for example, electric demand grew by seven percent. Since the cost for gas is low relative to that of liquid hydrocarbons such as diesel or residual fuel oil, and since Maple's plant is the only gasfired thermoelectric plant connected to the main power grid under active development, it should be the lowest cost thermoelectric producer of energy on the grid. As a result, the Maple plant will be a very competitive source of electric energy and it is expected to be the first thermoelectric power plant dispatched on the main power grid. A second power plant with a capacity of 30 MW (at peak load) will be built by Maple in the city of Pucallpa, the largest city in the central jungle of Peru. This plant will become the base load supply for the electric distribution system in the Pucallpa area and will essentially displace the existing diesel fired generation facilities which are inefficient and expensive to operate. The total capital cost for both power plants and related substation and transmission facilities is U.S.\$ 66.3 million.

A summary of the economics of the Gas and Power Projects are shown below:

Project	Capital Expenditures (U.S. \$ million)	After-Tax Internal Rate of Return
Gas	50.8	32.9%
Power	66.3	24.8%
Total	117.1	28.3%

38. The Application for Registration of Legal Stability Contracts of 1996 contained the following information on the Project ⁽⁹⁾

The investment will be made in developing the Aguaytia Comprehensive Project (the "Project"), whose development will be assumed by The Maple Gas Corporation del Peru, Sucursal Peruana ("Maple"), based on the signing with Perupetro S.A. of the License Agreement for Site 31-C Hydrocarbons

⁽⁹⁾ C 6, AEL Application for Registration of Legal Stability Contracts, 1996; see also § 42 infra.

Production dated March 30, 1994 (the "License Agreement"). Maple will assign to Aguaytia Energy del Per0 S.R. Ltda. ninety-nine percent (99%) of its rights in the License Agreement, subject to authorization and approval by the competent authority, in order to participate jointly with the latter as contractor under the License Agreement (the "Contractor").

Among other things, the License Agreement grants the Contractor the right to produce natural gas from the Aguaytia reservoir located approximately one hundred kilometers (100 kms.) west of the city of Pucallpa in the department of Ucayali for an initial period of thirty (30) years, which may be extended forty (40) years.

The Project has a hydrocarbon production component (the "Gas Component") and one for generation and transmission of thermoelectrical power (the "Power Component").

The Gas Component includes, among others, the production integrity and capacity test of existing wells and drilling of additional wells for production of natural gas in the contract area of the License Agreement; construction and operation, either directly or indirectly, of: a) a natural gas processing plant; (b) a natural gas liquids fractioning plant; (c) a liquefied petroleum gas (LPG) supply plant; (d) gas pipelines for transportation of residue gas and fuel pipelines for transportation of natural gas liquids, natural gasolines, and liquefied petroleum gas; and (e) facilities for LPG storage, loading, and unloading.

The Power Component includes, among others, the construction and operation, either directly or indirectly, of: (a) a thermoelectric power plant with minimum installed capacity of one hundred forty megawatts (140 MW), near the city of Aguaytia (the "Aguaytia Thermoelectric Plant"); (b) a two hundred twenty kilovolts transmission line (220 kV) approximately three hundred ninety-eight kilometers (398 kms.) long; and (c) power transmission and transformation facilities for transportation of power generated at the Aguaytia Thermoelectric Plant from the latter to the town of Paramonga on the country's northern coast.

39. After having obtained the Legal Stability Agreement⁽¹⁰⁾ and the necessary concession for the power transmission activities⁽¹¹⁾, it solicited a number of other entities and obtained their involvement as initial shareholders in the Claimant⁽¹²⁾.

(10) § 43 infra.

(11) § 51 infra.

(12) C 1, Opening Memorial, § 29.

3.2 THE RESPONDENT

40. The Respondent is the Republic of Peru.

41. According to the Claimant and not disputed by the Respondent the Republic of Peru is *responsible for its own conduct through the agency of the Ministry for Energy and Mines (“MEM”) and for that of :*

(a) the **Comisión Nacional de Inversiones y Tecnologías Extranjeras (“Conite”)** to whom the co-ordination of foreign investment promotion was delegated by means of Legislative Decree 662, Articles 23 and 30.⁽¹³⁾

(b) the **Comisión de Tarifas de Energía (“CTE”)**, which prior to May 17, 1999 was known as the **Comisión de Tarifas Eléctricas**, and which was absorbed into the **Organismo Supervisor de la Inversión en Energía**⁽¹⁴⁾ (“**Osinerg**”) on May 10, 2001.⁽¹⁵⁾ Prior to its absorption one of CTE’s functions was to set the tariffs and compensations for the use of electricity transmission systems.

(c) **Osinerg**, to which, since May 10, 2001, the regulation and supervision of investments made in Peru’s electricity market (including the compensations and tariffs related to the same) is delegated by means of Laws 2673410 and 27332,11 and by Supreme Decrees 032-2001-PCM, 054-2001-PCM and 055-2001-PCM.¹² In the recitals to Supreme Decree 032-2001-PCM, it is specifically noted that one of **Osinerg**’s functions is to act as a guarantee to companies that operate and invest in the electricity sector “that the regulatory activity of such agencies will be based exclusively on legal, technical and economic criteria”. This is further explained in Articles 6 and 9 of Supreme Decree 054-2001-PCM:

Decisions and actions by OSINERG shall be aimed at guaranteeing that there is no discrimination among the ENTITIES to the effect that some are given an unjustified competitive advantage over others.

OSINERG shall apply all laws and regulations in effect. Cases or situations having similar characteristics shall be treated similarly.

⁽¹³⁾ Following the date of the Conite Agreement, the functions and role of CONITE were assumed by a successor entity, Agencia de Promoción de la Inversión Privada – Proinversión. Legislative Decree 662 is exhibited as CLA 1.

⁽¹⁴⁾ Renamed, since January 25, 2007, as Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería & sometimes referred to as “OSINERGMIN”.

⁽¹⁵⁾ By way of Supreme Decree 054 2001 PCM, Third Transitional Provision, (Exhibit CLA 2) authorized under Law 27332 Third Final Provision (2000) (Exhibit CLA 3).

As a matter of domestic law, the conduct of CTE, Conite and Osinerg is attributed to Peru. For domestic law purposes there is only one Republic of Peru or 'government'.⁽¹⁶⁾ Therefore, each administrative agency cannot be considered independently, but rather must be considered as part of the Peruvian government when performing a function delegated to it by the government. Accordingly, acts of an agency such as CTE, Conite or Osinerg, when performing a governmental function delegated to it under Peruvian law, are those of Peru.⁽¹⁷⁾

3.3. DEVELOPMENTS BETWEEN 1996 AND 2005

42. After having received the license for the gas exploration for the Aguaytia field, Maple with the assistance of Chase Manhattan Bank approached a number of prospective investors⁽¹⁸⁾ which on 10 January 1996 gave rise to the formation of Aguaytia Energy LLC.⁽¹⁹⁾

43. Maple also submitted to the Peruvian authorities an application for registration of legal stability contracts⁽²⁰⁾. A *Convenio de Estabilidad Jurídica con Aguaytia Energy, LLC de Estados Unidos de América* was entered into between the Republic of Peru and Aguaytia Energy, LLC on 17 May 1996 (hereinafter "Agreement")⁽²¹⁾. This Agreement was concluded on the letterhead of the *Comisión Nacional de Inversiones y Tecnologías Extranjeras* ("CONITE"). The Claimant has submitted one translation into English as C-1, the Respondent another translation under R-3. When citing this document, the Tribunal shall use the translation furnished by the Claimant (C-1). Although the two translations differ, especially in their syntax, the Parties have not drawn the attention of the Tribunal to any material differences between the two translations which would have a bearing on the issues to be decided.

44. In view of the importance of this Agreement for the decision in this dispute, the Tribunal finds it useful to cite the relevant parts of the Agreement:

ONE. AGUAYTIA has put forward before the National Commission of Foreign Investments and Technologies CONITE an application for the execution of a Juridical Stability Agreement under the provisions set forth in Title II, Legislative Decree 662, and in Chapter One, Title V, of Legislative

(16) Article 43 of the Political Constitution of Peru, exhibited as CLA 7. See also Avendaño at [129 147].

(17) CI, pp. 7 and 8.

(18) C 37.

(19) C 5.

(20) C 6.

(21) C 1 and R 3 (the Claimant usually refers to this document as the "Conite Agreement", the Respondent employs the term "Stability Agreement").

Decree 757, and in the Regulations thereof approved by Supreme Decree 162-92-EF dated October 12, 1992, hereinafter referred to as the REGULATIONS.

TWO. Pursuant to this Agreement, AGUAYTIA accepts the investment terms established in Item a), Article 16, of the REGULATIONS. Hence, it binds itself to the following:

1. To make cash contributions in the amount of US\$ 28,000,000 (Twenty Eight Million US Dollars) within a term not to exceed two (02) years as from the date of execution hereof to the capital stock of AGUAYTIA ENERGY DEL PERU S.R.LTDA. a company incorporated in the city of Lima, registered in Card 123779 of the Registry of Legal Entities of the Public Records Office in and for Lima and Callao.
2. To channel the contribution originating from abroad, referred to in Point 1, through the National Financial System, which must be evidenced on the certification issued by the bank taking part in the transaction.
3. To register its investment with CONITE, which investment shall be valued in freely convertible currency.

THREE Pursuant to the Agreement and throughout its effectiveness, the STATE undertakes to guarantee juridical stability for AGUAYTIA in connection with the investment referred to in ARTICLE TWO under the terms set forth below:

1. Stability of the tax system applicable to the Income Tax (VAT) as provided for in item a), article 10, of Legislative Decree 662, effective as of the date of execution hereof. Pursuant to this regulation, dividends and any other form of profit distribution are tax-exempt, as provided for in item a), article 25, of the Law on the Income Tax approved by Legislative Decree 774 and any amending provisions being in effect as of the date of execution hereof. According to the aforesaid Law and the amending provisions thereto, any remittances abroad of amounts payable to AGUAYTIA for any of the items provided for herein are also tax-exempt.
2. Stability of the foreign currency free availability system, as provided for in item b), article 10, of Legislative Decree 662, which implies that AGUAYTIA shall have ready free access to the foreign currency at the exchange market at the most favorable rate it can obtain, and that the STATE shall not be entitled to enforce upon it, with regard to the investment referred to in ARTICLE TWO, any exchange market regulatory system or mechanism intended to limit or restrict such right or to imply for AGUAYTIA a less favorable treatment than that extended to any individual or body corporate in the performance of any foreign currency exchange operation.

3. *Stability of the right of free remittance, of its profits and capital cash flows pursuant to the provisions of item b), article 10, of Legislative Decree 662, which implies that AGUAYTIA shall be empowered to transfer abroad, in freely convertible foreign currency and waiving the requirement of any prior authorization from any agency of the Central Government, Regional or Local Governments, so long as the relevant investment has been registered with the national Competent Body and compliance has been provided with any applicable tax obligations, without the STATE being capable of imposing any restrictions or limitations whatsoever upon such right, the following:*
 - a) *the full amount of its capital cash flows originating from abroad, including the equity obtained from the sale of its stock, participations or rights in and to companies, from the reduction of capital or from the partial or full winding-up of companies, originating from the investment referred to in ARTICLE TWO.*
 - b) *the full amount of dividends or proven net earnings drawn from the investment addressed in ARTICLE TWO, as well as any profits obtained from the consideration earned from the use or enjoyment of those assets physically located in the country, and intended for such investments; and*
 - c) *the full amount of the royalties and consideration earned from the use and transfer of technology, trademarks and patents, and any other industrial property item authorized by the Competent National Body.*
4. *Stability of the right to use the most favorable exchange rate pursuant to the provisions of item b), article 10, of Legislative Decree 662, which implies that AGUAYTIA shall have ready access to the foreign currency at the exchange market at the most favorable exchange rate it can obtain and that the STATE shall not be empowered to force it to perform its foreign exchange transactions under some system or mechanism which extends a less favorable treatment than that currently applied to any individual or body corporate. In the performance of any foreign exchange operation, in accordance with the following:*
 - a) *in the case of the conversion of foreign currency into national currency, AGUAYTIA shall be entitled to sell such currency to any individual or body corporate at the most favorable buying exchange rate it is able to obtain at the foreign exchange market, at the time of performing the foreign exchange transaction; and,*
 - b) *in the case of the conversion of national currency into foreign currency, AGUAYTIA shall be entitled to buy such currency from any individual or body corporate at the most favorable selling exchange rate it is able to obtain at the foreign exchange market, at the time of performing the foreign exchange transaction.*

5. *Stability of the right to non-discrimination, as provided for in item c), article 10, of Legislative Decree 662, which implies that the STATE or neither one of its bodies, notwithstanding these may include entities or companies from the Central Government, Regional or Local Governments, may apply a differentiated treatment to AGUAYTIA by reason of its nationality, the sectors or types of economic activity it shall develop, or the geographical location of the firm in which it invests, and neither as far as the matters herein below specified:*
- a) *exchange matters, accordingly, the STATE shall not be entitled to apply to AGUAYTIA, as far as the investment referred to in ARTICLE TWO, a foreign exchange system that shall imply a less favorable treatment than that currently extended to any individual or body corporate in the performance of any type of foreign exchange transaction;*
 - b) *prices, rates or non-customs fees; accordingly, the STATE shall not be empowered to apply to AGUAYTIA for these items, as far as the investment referred to in ARTICLE TWO, any differentiated amounts or rates;*
 - c) *a specific form of business incorporation; accordingly, the STATE shall not be empowered to require from AGUAYTIA that the firm AGUAYTIA ENERGY DEL PERU S.R.LTDA. in which it shall invest, should adopt a specific business organization type;*
 - d) *its capacity as an individual or as a body corporate; accordingly, the STATE shall not be entitled to apply to AGUAYTIA a differentiated treatment for this reason; and,*
 - e) *no other reason of equivalent effects, as is the case with the application of discriminatory treatments for AGUAYTIA, derived from any combination of the various items included in this Article.*

This Article is applicable without prejudice to the restrictions set forth under article 3 of the REGULATIONS.

FIVE The term of effectiveness of this juridical Stability Agreement is ten (10) years counted as from the date of its execution. Accordingly, throughout this term, it may not be amended by either of the parties individually, regardless of whether the national legislation could be eventually amended and notwithstanding the fact that such amendments to the national legislation may turn out to be more beneficial or harmful to any of the Parties, than those agreed hereunder.

SIX AGUAYTIA shall be entitled to waive, for a single time only, the juridical stability agreement granted to it hereunder, and must formalize such waiver through a written notice to CONITE, which shall become effective as of the date of its receipt by the latter.

If AGUAYTIA elects to exercise its right to waive the Stability Agreement acknowledged to it herein, it shall automatically be governed by common law.

...

NINE It is the intention of both parties that any problems that may arise in connection with the performance of this Agreement shall be settled in the most expeditious manner possible. As from this moment, it is agreed that any litigation, controversy or claim among the parties, in connection with the construction, performance, enforcement or validity hereof, shall be submitted to the International Center for the Settlement of Investment Related Discrepancies, to be solved through international de jure arbitration under the Conciliation and Arbitration Rules set forth in the Covenant for the Settlement of Investment-Related Discrepancies among States and Nationals from Other States, approved by Peru through Legislative Resolution 26210.

Any expenses to be incurred in enforcing this Article shall be borne in equal parts by the parties hereto.

45. This Agreement was modified on 14 May 1998, by an Agreement of Partial Amendment of Juridical Stability executed with Aguaytia Energy, LLC. (U.S.A.) (*"Acuerdo de Modificación Parcial del Convenio de Estabilidad Jurídica celebrado con Aguaytia Energy, LLC de Estados Unidos de América"*), according to which the amount to be invested according to Article 2 of the Agreement was increased from USD 28,000,000 to USD 63,200,000.

46. Article 1 of the Agreement refers to various Decrees. The parts relevant for this dispute read as follows:

Legislative Decree 662 Approving the Juridical Stability System for Foreign Investment⁽²²⁾ published on 2 September 1991:

5th WHEREAS Clause

The Government should grant a juridical stability system to foreign investors by the acknowledgement of certain guaranties securing the continuity of the established rules.

TITLE II

JURIDICAL STABILITY FOR FOREIGN INVESTMENT

Article 10.- The Competent National Organization, on behalf of the State, may execute with foreign investors, prior to the investment and registration thereof, agreements to guarantee the following rights:

⁽²²⁾ CLA 1.

- a) *Stability of the effective tax system at the time of the agreement's execution. By virtue of the tax system stability hereby guaranteed, a rate greater than the one established in the appropriate agreement will not be imposed on the foreign investors in the case of the income tax to be paid by the company receiving the investment, or on profits and/or dividends distributed in their favor. Thus, if the income tax to be paid by the company increases, the rate imposed on foreign investors will be reduced accordingly to allow the company's profit they may freely dispose of, to be at least equal to the one guarantee;*
- b) *Stability of the free foreign currency disposal system and the rights established in Articles 7 and 9 hereof; and,*
- c) *Stability of the right to non-discrimination established in Article 2 hereof.*

47. Article 2 of this same Decree reads as follows:

Foreign investors and the companies in which these participate have the same rights and obligations as the local investors and companies. Such rights and obligations are only limited by the exceptions established in the Political Constitution of Peru and the provisions hereof.

In no case the domestic juridical regulations will discriminate among investors or the companies based on the local or foreign share in the investments.

48. Legislative Decree 757 of 13 November 1999, Title V (Judicial Stability of Investments), Chapter 1 (Juridical Stability Agreements) contains Article 39 which is relevant to the present dispute⁽²³⁾.

The juridical stability agreements are executed pursuant to the provisions of Article 1357^o of the Civil Code and have force of law. Thus, they cannot be unilaterally amended or terminated by the State. Such contracts have a civil and non-administrative nature and may only be amended or cancelled by agreement between the parties.

49. Supreme Decree 162-92 EF Approving the Regulations for Private Investment Guarantee Systems of 12 October 1992⁽²⁴⁾ provides the following:

*TITLE III
JURIDICAL STABILITY
CHAPTER II
GUARANTIES FURNISHED BY JURIDICAL STABILITY*

Article 19.- Juridical stability guaranties investors and the companies in which they participate, as applicable, the following rights:

⁽²³⁾ CLA 18.

⁽²⁴⁾ CLA 19.

- a) *Stability of the tax system referred to the Income Tax effective at the time of the agreement's execution in the cases foreseen in section a of Article 10º of Legislative Decree N° 662, and Articles 38º, 40º and 41º of Legislative Decree N° 757 pursuant to the provisions of Article 23º hereof;*
- b) *The stability of the foreign currency free availability system, pursuant to the provisions of section b of Article 10º of Legislative Decree N° 662, which is applied pursuant to the provisions of section a of Article 3º hereof;*
- c) *Stability of the right to free remittance of profits, dividends, capitals and other income received subject to the provisions of Article 15º hereof;*
- d) *Stability of the right to use the most favorable exchange rate in the exchange market subject to the provisions of Article 13º hereof;*
- e) *Stability of the right to non-discrimination, which is subject to the provisions of Article 3º hereof;*
- f) *Stability of the workers' recruitment systems in any form, under the provisions of section a of Article 12º of Legislative Decree N° 662, especially when referred to the systems regulated in Legislative Decree N° 728 - Labor Promotion Law;*
- g) *Stability of the export promotion systems pursuant to the provisions of section b of Article 12º of Legislative Decree N° 662 which includes the indirect tax refund system regulated by Article 8º of Legislative Decree N° 668, as well as the special systems included in Legislative Decree N° 704- Free Trade, Special Treatment and Special Development Zones Law; and,*
- h) *In the case of leasing agreements: total stability of the tax system.*

50. Article 3 referred to in Article 19 e) states:

CHAPTER I

INVESTORS' RIGHTS

Article 3.- The right to non-discrimination among investors and companies implies that the State, at any of its levels, in the case of Central, Regional or Local Government entities, or companies owned thereby, should grant an equal treatment thereto. Thus, they have the same rights and obligations, with no other exceptions than the ones established in Article 126º of the 1979 Constitution and Article 13º of Legislative Decree N° 757 due to national security reasons. Such exceptions are regulated by the provisions of title IV hereof.

The non-discrimination referred to in this Article implies that no entity or company of the Central, Regional or Local Governments, as appropriate, will establish a differentiated treatment among investors or the companies in which they participate based on the nationality thereof, the sectors or

the type of economic activities they are engaged in, or the geographical location of companies. Neither will they be able to establish a discriminatory treatment among investors or companies in which they participate in the following matters :

...

b) Prices, tariffs of non-tariff duties. Thus, no differentiated amount or charges will be applied thereto, except in the case of prices in which, as a result of the company's geographic location, the cost of assets is greater.

For the purposes of the provisions of this section, the following concepts are defined as follows:

b. 1. Prices: Those referred to assets and services of public entities and companies owned directly or indirectly by the State;

b.2. Tariffs: Those referred to utility services supplied by public entities and companies owned directly or indirectly by the State; and,

b.3. Non-tariff duties: Those taxes charged by public entities in any of their levels for the supply of services inherent to the State or the execution of public works other than taxes and import duties. Administrative proceedings fees are comprised within such duties.

c) Form of incorporation, ...

d) Their individual or corporate status, ...

e) Any other cost with equivalent effects ...

51. With Supreme Resolution Nr. 050-96-EM of 20 June 1996⁽²⁵⁾ the Maple Gas Corporation of Peru, Peru Branch, was granted the necessary concession for its power transmission activities:

Article 1.- *To grant The Maple Gas Corporation of Peru, Peru Branch, the final concession to develop electric power transmission activities subject to the terms and conditions set forth in the resolution hereto and those described in the concession agreement approved by Article 2, assigning it Code N° 14057796.*

and

Article 2.- *Approve the concession agreement N° 078-96 to be executed with The Maple Gas Corporation of Peru, Peru Branch, which contains 18 clauses and 8 exhibits.*

52. This Resolution was published in the official gazette "El Peruano" on 21 June 1996.

⁽²⁵⁾ R 1, p. 11.

53. The Final Concession Agreement which was executed between the Ministry of Energy and Mines and the Maple Gas Corporation of Peru, Peru Branch⁽²⁶⁾ and signed before the Notary Public on 16 July 1996 contains the following relevant parts:

Second.

Aim.

The aim of the agreement hereto is to establish the conditions, rights and duties that regulate the electrical transmission final concession granted by the Ministry to the concessionaire.

Third.

Applicable Governing Law.

The legal framework to which the agreement hereto is compulsorily subject to is the Electric Concessions Law – Law Decree N° 25844 and its Regulations approved by Supreme Decree N° 009-93-EM with the amendments incorporated by Supreme Decree N° 02-94-EM, and the rest of Peruvian laws in force in each instance.

Fourth.

Term of the Concession.

This final concession is granted for an indefinite term, effective as of the date of the publication of the Granting Supreme Resolution.

Fifth.

General Conditions.

The final concession is granted subject to the following conditions:

- 5.1. *The Ministry, at the Commission's proposal, determines the Principal Transmission Systems and the Secondary Transmission Systems pursuant to Article 58 of the Law.*
- 5.2. *The use of the Concession's electricity lines will be subject to a compensation that shall be paid separately through two concepts named:*
 - * *Income Tariff and Connection Toll, for the lines in the Principal Transmission System pursuant to Article 60 of the Law.*
 - * *Income Tariff and Secondary Toll, for the lines in the Secondary Transmission System, pursuant to Article 139 of the Regulations.*
- 5.3. *There shall be no compensation for the use of the lines in the Secondary Transmission System in a direction opposite to the preponderant flow of energy.*

⁽²⁶⁾ R 1.

In case of discrepancy and upon one of the parties' request, the Commission shall perform as resolver/decider pursuant to Article 62 of the Law.

- 5.4. *If there were any discrepancies between the concessionaire and the users due to the use of the facilities with respect to the transmission capacity or the required extensions, these shall be resolved through an arbitration proceeding.*

The investments carried out by the user shall be reimbursable pursuant to Article 62 of the Regulations.

- 5.5. *According to the law and other regulations on the matter, the concessionaire shall preserve the environment and the cultural patrimony of the nation when developing its activities.*

- 5.6. *The Directorate shall carry out the enforcement, control and supervision of the compliance with the agreement hereto pursuant to Article 101 of the Law, which the parties acknowledge to be an administrative agreement.*

- 5.7. *The parties shall be able to submit to arbitration the disputes derived from specific technical aspects of the agreement hereto pursuant to the General Arbitration Act – Law N° 26572.*

- 5.8. *The concessionaire owning the principal transmission system is not allowed to market electricity pursuant to Article 233 of the Regulations.*

- 5.9. *The concessionaire shall be able to directly attend to clients who do not use electricity as a public utility by contractually establishing with these clients the conditions of such supply.*

Sixth.

Rights and Duties.

- 6.1. *Rights: The concessionaire shall have the following rights:*

6.1.1. *to provide electricity transmission service in the facilities owned by it.*

6.1.2. *to request from the Ministry the imposition of easements pursuant to the provisions of Articles 110 and 111 of the Law.*

6.1.3. *to use, at no charge, the soil, undersoil and airspace of public roads, streets, squares and any other property of public ownership, as well as to cross rivers, bridges, railroads, electric and communication lines and any other rights included in Article 109 of the Law, subject to the observance of the law's provisions.*

6.1.4. *to execute legal stability agreements, tax stability agreements and free disposal of foreign currency agreements pursuant to item b) of Article 106 of the Law, complying with the corresponding paperwork and informing the Directorate.*

6.1.5. to an installment agreement of up to 36 monthly installments of the CIF ad valorem rights pursuant to item a) of Article 106 of the Law, and Supreme Decree N° 234-92-EF, for which it shall comply with the corresponding paperwork.

6.1.6. to enforce the rights that the agreement hereto grants it with respect to third parties, especially those related to the collection of a compensation for use.

6.1.7. to request the support of the State, in cases of public disasters, internal commotion and/or uprisings, so as to protect the works and facilities and guarantee the continuance of the operation, pursuant to article 120 of the Law.

6.1.8. to participate, if it is a transmission concessionaire of a principal system, in the COES pursuant to the provisions of Article 81 of the Regulations; and

6.1.9. all the others conferred by the relevant legislation.

6.2. Duties: The concessionaire undertakes the obligation to:

6.2.1. transmit electricity efficiently according to the provisions of clause 7 of the agreement hereto.

6.2.2. preserve and maintain its works and facilities in good conditions for an efficient operation according to the quality standards set forth in the agreement hereto.

6.2.3. allow the use of its systems by third parties, who shall bear the costs of extensions to be performed if needed and a compensation for the use pursuant to Article 33 of the Law.

6.2.4. apply the regulated prices or compensations for the use, fixed by the Commission, to the corresponding supply.

6.2.5. comply with all the rules of the national Electricity Code and the applicable technical provisions as provided by Article 99 of the Law.

6.2.6. contribute to the sustainment of statutory and regulatory agencies through allocations which in no case shall exceed 1% of the value of its annual income, in accordance with item g) of Article 31 of the Law.

6.2.7. be part of the COES, if it is a concessionaire of a principal system, as provided by Article 39 of the Law, contributing to its sustainment and strictly respecting its regulations.

6.2.8. operate its facilities in accordance with the provisions issued by the COES, pursuant to Article 32 of the Law.

6.2.9. file the corresponding information before the Directorate and the Commission in accordance with the provisions of Articles 58 and 59 of the Law.

6.2.10. develop its activities by respecting fair competition and/or antitrust rules in force, or that may be enacted in the future, applicable to the electric subsector.

6.2.11. perform the construction of works and assembly of facilities in the terms established in Exhibit N° 5 called "The New Works".

Twelfth

End of Concession and Grounds for Expiration

The concession shall end by a declaration of expiration or resignation; in both cases the conveyance of the concession rights and of the assets required to continue with its operation shall be carried out in accordance with the provisions of the Law and its Regulations.

12.1. Expiration

The concession shall expire in the cases set out in Article 36 of the Law, and additionally, in the case of a concessionaire of a principal system, pursuant to Article 233 of the Regulations.

12.2. Resignation

The concessionaire shall be able to resign to its final concession by notifying the Ministry of this decision with at least a years' notice, pursuant to Article 233 of the Regulations.

The Directorate shall process the corresponding Supreme Resolution of Acceptance, in which, during the years' notice, the exact date that it shall become effective shall be determined.

If there were any unfinished or not performed works, the Directorate shall enforce the guarantees that the concessionaire had pledged.

Fourteenth

Judicial Jurisdiction

The agreement hereto is exclusively subject to the jurisdiction of the judges and courts of the capital of Peru. The concessionaire hereby waives any intention to submit the disputes that may arise to foreign courts as well as to file any claim through diplomatic channels.

54. It appears that the electric transmission lines were ready for operation in the Summer 1998 when:

Aguytia Energy requested the General Directorate of Electricity of the Ministry of Energy and Mines ("DGE") to acknowledge the completion by

Aguaytia Energy, directly or indirectly, of the performance of the works and the start of the operation of the facilities of the Transmission Final Concession identified by Code N° 14057795 (the "Concession's Facilities").

That, in response to the request set forth in the Remedy, through Written Notice N° 649-98-EM/DGE of June 26, 1998, whose copy is included in Exhibit 1 attached hereto and that makes part of it (the "Written Notice"), the DGE informed Aguaytia Energy that, since the emergency situation, which gave rise to Electrocentro S.A.'s request endorsed by the DGE in the sense that Aguaytia Energy could operate the concession's facilities, has come to an end, the formal start of the electric power transmission activities through the Concession's Facilities shall depend on the compliance of the obligations that in the opinion of the DGE are still pending, without clarifying what those obligations are.

That, Aguaytia Energy is about to start the commercial operation of Aguaytia's Thermoelectric Plant. In order to transport the electric power that this Plant generates, it requires to start the operation of the Concession's Facilities immediately, even if it's temporarily under an emergency condition like the one that caused the Concession's Facilities to be commercially used to attend to the emergency put forward by Electrocentro S.A.⁽²⁷⁾

3.4. THE CLASSIFICATION OF THE TRANSMISSION LINES

55. The transmission lines erected by the Claimant are the following⁽²⁸⁾:

- (a) *transmission line L-251 (from the Aguaytía sub-station to the Tingo María sub-station);*
- (b) *transmission line L-252 (from the Tingo María sub-station to the Vizcarra sub-station);*
- (c) *transmission line L-253 (from the Vizcarra sub-station to the Paramonga Nueva sub-station); and*
- (d) *certain transmission and transformation facilities located at the Tingo María sub-station (the "Tingo María Facilities").*

56. According to the Claimant, transmission lines in Peru were classified as follows:

As noted, the activities of generation, transmission, distribution and marketing of electricity are in Peru governed by the provisions of the LCE (the Electrical Concessions Law). Under the LCE, the transmission of electricity is subject to price regulation. As a consequence the amount of compensation earned for the use of the Transmission Facilities (and the

⁽²⁷⁾ RI, p. 13.

⁽²⁸⁾ CI, § 35.

responsibility for the payment of the same) depends on the provisions of the LCE and the RLCE. Under these provisions, the regulator (i.e. Osinerg and previously CTE), must apply Article 58 of the LCE and Article 132 of the RLCE to make a recommendation to MEM regarding the proper classification of transmission systems.

Article 58 of the LCE, until July 24, 2006, required MEM to classify lines L-251 and L-252 in one of two ways⁽²⁹⁾, either as:

- (a) part of the STP (the primary transmission system), in which case the compensation for their use is paid exclusively by all the consumers of electricity in Peru, or
- (b) part of the SSTT (the secondary transmission system), in which case, at all relevant times, the compensation for their use has to be paid by one of the following, as determined by Osinerg:
 - (i) by the generators connected to the SEIN (to be applied if L-251 and L-252 are used by the generators to connect to a busbar of SEIN's⁽³⁰⁾ SPT);
 - (ii) by the Demand connected to the SEIN (to be applied if L-251 and L-252 are used by the Demand to connect to a busbar of SEIN's SPT); or
 - (iii) by the generators, the Demand and/or a combination of the same, on the basis of regulator's assessment of the use and/or economic benefit that the transmission lines in question provides to each group, if L-251 and L-252 are Exceptional Cases, being cases not falling into either of the above two categories.

For these purposes, Termoselva is a generator. Accordingly, MEM's classification of L-251 and L-252 will determine what percentage of Eteselva's transmission fee Termoselva will be required to pay, and what percentage will be payable by third parties – i.e. what income AEL's investment will receive.⁽³¹⁾

3.5. THE BOOT CONCESSION

57. Towards the end of the 1990's the Peruvian authorities came to the conclusion that the main grid needed to be reinforced.

⁽²⁹⁾ The same is true of both L 253 and the Tingo María Facilities, but these were classified as part of the STP by way of Ministerial Resolution N° 413 2000 EM/VME in November 2000 and do not accordingly form part of the Classification Dispute

⁽³⁰⁾ SEIN = Sistema Eléctrico Interconectado Nacional, or National Electrical Interconnected System.

⁽³¹⁾ CI, §§ 75 77.

On 1 December 1999, COPRI⁽³²⁾, the agency responsible at the time for conducting bids for bid-based public works concessions for infrastructure projects, decided to conduct an international public bid for a BOOT concession pursuant to the bid-based concessions regime explained above. On 31 December 1999, a Supreme Resolution ratified COPRI's decision and appointed the special "CELE"⁽³³⁾ committee charged with conducting the international bid.

The subsequent bidding history is detailed in the witness declaration of Mr. Anthony Laub Benavides, a member of the CELE. As Mr. Laub describes, the CELE prepared an executive summary, dated April 2000, which described the purpose of the proposed concession and noted the need for this infrastructure project in Peru:

This planned 220 kV line, which will be linked at strategic points to the 220 kV line that runs parallel to the coast, will enhance the reliability of the system due to its ring design. Moreover, it will permit a better use of the hydroelectric units of the mountains region, and will provide energy to mining projects nearby such as the Antamina project.

The CELE's financial advisor (InterInvest), along with COPRI, circulated this executive summary among potential investors. On 26 May 2000, InterInvest submitted to the CELE a "Final Pre-Promotion Report" detailing the progress of these invitations. In it, InterInvest noted that 15 companies had been contacted as potential operators, including both ISA and Duke Energy (which currently holds a "controlling interest" over Aguaytia).⁽³⁴⁾

58. In July 2000, CELE prepared (and COPRI approved) a "plan for the promotion of private investment" setting forth the main terms for the BOOT concession.⁽³⁵⁾

59. This investment model was based on a Build, Operate, Own and, ultimately, Transfer ("BOOT") basis. Among various other incentives to potential bidders, the offer envisaged "a stable remuneration scheme, independent of the actual load flow, due to its classification as part of the Main (i.e. Principal) Transmission System"⁽³⁶⁾.

60. The Republic of Peru called for an International Tender ("Concurso Público Internacional") for the BOOT Concession. Among the various qualified bidders the concession went to ISA (from Columbia). The ISA BOOT Concession was signed by ISA

⁽³²⁾ COPRI = Comisión para la Promoción de la Inversión Privada, the Commission for the Promotion of Private Investment, charged with promoting foreign investment into Peru.

⁽³³⁾ CELE = Comité Especial Líneas Eléctricas, Special Committee for Electricity Lines established by CONITE.

⁽³⁴⁾ RI, §§ 134 – 136.

⁽³⁵⁾ R 26.

⁽³⁶⁾ RI, § 143 and Executive Summary dated April 2000 (R 24).

and MEM representatives on 26 April 2001⁽³⁷⁾. Neither the Claimant nor its principal shareholders submitted bids to obtain this concession.⁽³⁸⁾

3.6. CLAIMANT'S CLASSIFICATION AND DISCRIMINATION DISPUTES IN PERU

61. Shortly after the completion of the Transmission Facilities, the Claimant requested the competent Peruvian authorities to review the classification of the Transmission Lines. In part, these endeavors were successful, but the classification of L-251 and L-252 was never decided in a manner fully satisfactory to the Claimant notwithstanding a substantial number of decisions by the regulatory instances and by the Peruvian civil and administrative courts based on various different procedures open to the Claimant under Peruvian legislation. In the context of this Award it is not, however, necessary to deal with the details of these various, partly unsuccessful, attempts by the Claimant to obtain the result it requested. The claims were partially based on technical criteria (direction of the flow of the electricity, etc.) or then based on alleged discrimination. The discrimination claims were based on constitutional grounds. In this context the Constitutional Tribunal of Peru in its decision of 30 January 2004 stated the following:

*In this respect, it should be pointed out that **equality before the law** is a constitutional right that has two fundamental components. As explained by Peruvian author Francisco Eguiguren Praeli, one of them is **equality of the law or in the law**, which consists of the preventing legislators from passing laws that contravene the principle of equality of treatment, to which everyone has a right. The other is **equality in the application of the law**, which imposes the obligation of all public agencies "to refrain from applying the law in a different manner to persons in similar cases or situations" (EGUIGUREN PRAELI, Francisco. *Constitutional Studies*. ARA Editores. 1st Edition, May 2002, page 97) ⁽³⁹⁾ (emphasis added)*

62. In view of the lack of full success with the internal administrative and court procedures, the Claimant commenced on 10 May 2006 the present ICSID proceedings.

4. THE DISPUTE

4.1. POSITION OF THE PARTIES

4.1.1. Position of the Claimant

63. In order to justify its claims the Claimant advanced the following arguments⁽⁴⁰⁾

⁽³⁷⁾ R 4.

⁽³⁸⁾ RI, § 137.

⁽³⁹⁾ CLA 21, § 10.

⁽⁴⁰⁾ Excerpt from the "Case on behalf of Claimant" submitted in writing after the oral presentation at the Opening Statement of the Hearing of 14 July 2008, pp. 1 3.

AEL's Contract

1. AEL and Peru entered into the Conite Agreement on 17 May 1996. The Conite Agreement was entered as a part of Peru's general inducement to foreign investors to invest capital into Peru.

2. The Conite Agreement contained:

- (a) A promise by Peru to "guarantee legal stability for (AEL) in the following terms: ... Stability of the right to non-discrimination, as provided in Sub-paragraph c) of Article 10 of (LD 662)"
- (i) While this is a stabilization of an existing right rather than a new right to non-discrimination itself, legal stability cannot be said to exist if Peru itself takes uncorrected action contrary to AEL's right to stability (i.e. an act of discrimination by Peru is *prima facie* evidence of a breach of the right to stability).
- (ii) The reference to Art. 10 of LD 662 is enabling rather than defining in nature (i.e. it speaks to Peru's capacity to give the promise rather than the scope of that promise). Art. 10 refers to Art. 2 which does offer a definition of the scope of the right - "Foreign investors (i.e. AEL) and the companies in which these participate (i.e. AEL Energy, Termoselva and Eteselva) shall have the same rights and obligations as the local investors and companies (the full suite of anti-discrimination protections offered under LD 757 and the Constitution). Such rights and obligations are only limited by the exceptions established (in the Constitution)."
- (iii) It is noteworthy that the protection is expressed to cover both AEL and its investments (although the investment vehicles will not, of course, have an independent right to sue on this agreement).
- (b) A representation (the Representation) as to the scope of the right to nondiscrimination: "which implies that (Peru), at none of its levels ..., may impose on (AEL) a differentiated treatment based on its nationality, the sectors or types of economic activity it develops ...and no other cause with equivalent effect."

3. The rights generally enjoyed by local investors, and thus guaranteed to AEL in a stabilized form (irrespective of the additional level of protection granted through the Representation), arise out of:

- (a) Art. 2 of the Constitution (general right to equality before the law);
- (b) Art. 60 of the Constitution / Art. 7 of LD 757 '(businesses to receive same treatment irrespective of public/private ownership);
- (c) Ar. 63 of the Constitution / Art. 12 of LD 757 (no discrimination on the basis of nationality);
- (d) Art. 12 of LD 757 (no discrimination or differentiation in respect of tariffs on the grounds of type of economic activity); and

(e) *SD 162-1992- EF (general restatement of the above principles).*

4. *The Conite Agreement grants a more comprehensive promise to AEL than this broad web of protections however.*

- (a) *The Representation represents a clear, absolute and unqualified promise that AEL will not be discriminated against, including on the basis of economic activity.*
- (b) *This is a self-contained promise as to the scope of the protection that the Conite Agreement affords, and is not limited by the excuses found in the general Peruvian anti-discrimination regime (e.g. the ability to differentiate or justify under the 'six step test).*
- (c) *In the event that the stabilized protection afforded under Peruvian law does not reach this standard, then Peru will have separately breached its contractual obligations if it does not honour the Representation in any event.*

5. *The interpretation of the Conite Agreement, and the standards by which Peru's performance of the obligations contained therein are to be judged, is governed by Peruvian law, subject to the prescriptive effect of international law.*

- (a) *The Conite Agreement contains no express nomination of governing law, but does select ICSID arbitration, thereby importing Art. 42 of the Washington Convention, which specifies that international law shall have a prescriptive function in circumstances such as these.*
- (b) *Peru's argument that the requirements of the first limb of Art. 42 are satisfied by an implied choice of law in the Conite Agreement or through the application of conflicts of law principles is bad - if such an argument were correct, there are no circumstances where the second limb of Art. 42 would ever be triggered.*
- (c) *In any event, as a consequence of Peru reaching beyond its borders to attract investment, its conduct attracts international law supervision as a base line standard for its treatment of AEL.*
- (d) *In the premises, Peruvian law and international law are materially the same on the relevant issues, both recognizing:*
 - (i) *that Peru is under a duty to negotiate, execute and implement contracts in good faith;*
 - (ii) *the principle of pacta sunt servanda;*
 - (iii) *that discrimination should not take place between investors; and*
 - (iv) *principles of contractual interpretation which require the use of textual, purposive and systematic approaches, applying an assumption that the parties negotiated in good faith.*

II Peru's Breach of the Conite Agreement

6. Peru has breached the Conite Agreement by taking actions inconsistent with the stability of AEL's right to non-discrimination:

- (a) *Osinerg/CELE-COPRVMEM applying more favourable treatment to Etecen (a state entity) and ISA (an investor in the same sector) than Eteselva in the classification of transmission lines as PTS or STS. This violation has been exacerbated by the recognition of such discrimination by the Constitutional Court, and the subsequent failure of Peru to remedy the position.*
- (b) *Osinerg/MEM applying more favourable treatment to other private and state-held generation companies than Termoselva in allocating the responsibility for paying the tariff for the use of STS lines;*
- (c) *Osinerg/CELE-COPRVMEM affording more favourable treatment to BOOT investors than to Eteselva in setting the tariff governing the amounts payable for the use of transmission lines by third parties; and*
- (d) *Allowing other foreign investors to take advantage of a more favourable investment mechanism (i.e. the BOOT) than was available to AEL, but denying access to such mechanism to AEL.*

7. *To be clear: AEL agrees that Peru is entitled to offer BOOTs and provide the treatment it has to Etecen, Etesur, ISA, REP etc. Peru's breach of the Conite Agreement is its failure to afford the same (or equivalent) treatment to AEL.*

4.1.2. Position of the Respondent

64. The Respondent states that according to the plain language of the Agreement, the Claimant was guaranteed the stability of the right to non-discrimination but no substantive right to non-discrimination.

65. Furthermore, the Claimant has not proven that it was discriminated against by the Respondent and, lastly, the Claimant has failed to satisfy the requirement for the alleged damages, the analysis of which is fraught with error.

5. DISCUSSION

5.1. JURISDICTION

66. Article 9 of the Agreement provides that

"... any litigation, controversy or claim among the parties, in connection with the construction, performance, enforcement or validity (of this Agreement), shall be submitted to the International Centre for the Settlement of Investment-Related Discrepancies, to be solved through international de jure arbitration under the Conciliation and Arbitration Rules set forth in the Covenant for the Settlement of Investment-Related Discrepancies amongst States and Nationals from Other States."

67. The requirements of Article 25 of the Convention are fulfilled in the present case. The dispute is a legal dispute and arises directly out of an investment by AEL, a national of a Contracting State (U.S.A.) in the Republic of Peru, another Contracting State. In the Agreement, both Parties to the dispute have consented in writing to submit such a dispute to the Centre. The Tribunal furthermore notes that no Party has questioned the jurisdiction of this Tribunal and the Parties have confirmed that the Tribunal had been properly constituted⁽⁴¹⁾.

68. On 18 July 2008, at the close of the Hearing in Washington D.C., the Parties and the Arbitrators confirmed that they had no further issues they wished to raise and both Parties confirmed that they were in agreement with the procedure as it had been conducted up to that moment⁽⁴²⁾.

69. The Concession Agreement of 16 July 1996 in Article 14 provides:

Judicial Jurisdiction

The agreement hereto is exclusively subject to the jurisdiction of the judges and courts of the capital of Peru. The concessionaire hereby waives any intention to submit the disputes that may arise to foreign courts as well as to file any claim through diplomatic channels.

70. It therefore follows that this Tribunal is only competent to decide disputes between the Parties which arise “*in connection with the construction, performance, enforcement or validity*” of the Agreement. However, all disputes or controversies which might arise in connection with “*the conditions, rights and duties that regulate the electrical transmission final concession*” (Concession Agreement, Second Article, Aim) fall fully and entirely within the jurisdiction of the Peruvian judges and courts.

5.2. APPLICABLE LAW

71. Article 42(1) of the Convention provides:

The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable.”

72. The Tribunal therefore notes that basically the laws of the Republic of Peru shall apply together with such rules of international law as may be applicable. The Parties have developed this point to some extent and have also submitted expert reports, especially on the question of what rules of international law might be applicable.

⁽⁴¹⁾ Minutes of the May 18, 2007 Session, Chapter I, § 1.

⁽⁴²⁾ Transcript, p. 1110, 18 22; p. 1111, 1 13.

However, both Parties agree that the Agreement is a contract governed by the Peruvian Civil Code (PCC). At the end of the procedure, both Parties seem to have come to the same conclusion because, as Mr. Loftis for the Claimant stated:

We submit that Peruvian Law, properly understood and applied, and international law lead to the same conclusion, so the issue is really of limited currency.⁽⁴³⁾

73. And Ms. Cohen Smutny for the Respondent stated

The question is does it matter, and maybe for different reasons both Parties are of the view that it does not ultimately matter because Peruvian law applies here, and it is consistent in all material respects with international law.⁽⁴⁴⁾

74. The Tribunal has also reached the conclusion that for the resolution of this dispute it need not look beyond Peruvian law.

5.3. MERITS

75. The basic question for the Arbitral Tribunal is: (i) whether the Agreement is to be interpreted as providing a substantive guarantee of non-discrimination against the investor under Article III(5); or (ii) whether the various Article III guarantees are to be interpreted in the sense that the State may not, for the duration of the Agreement (ten years), change the laws, rules, regulations, etc. which are in force at the time the Agreement was concluded, but do not grant any substantive rights against future discriminatory action as such to the investor.

76. If we conclude that the Agreement, properly construed, guarantees that the legal framework in the five fields enumerated in Article III will not be modified during its term, rather than creating a free standing, substantive protection against discrimination, that is the end of the matter. This is because the Claimant asserts no case based on detrimental legislative or other legal framework change, and it is common ground that the Peruvian courts, and not this Tribunal, have jurisdiction over any alleged breach by the state of its anti-discrimination laws.

77. The Agreement constitutes a contract between the Republic of Peru and the Claimant subject to the PCC and therefore, has to be interpreted based on the rules established to interpret contracts governed by Peruvian civil law.

78. In his first statement, Professor Jorge Avendaño, expert witness for the Claimant, opined as follows regarding the interpretation of agreements under Peruvian Law:

50. The Civil Code contains specific provisions regarding the way in which contracts must be interpreted, negotiated, entered into and executed.

(43) Transcript, p. 943, 17 to 19.

(44) Transcript 1040, 9 to 14.

51. *The first rule is mentioned in Article 168, according to which “The legal act must be interpreted in accordance with what is stated therein, and according to the principle of good faith”.*
52. *Article 169 of the Civil Code contains the systematic method of contract interpretation, according to which “The clauses of legal documents are interpreted through each other, attributing to the doubtful ones the sense resulting from the clauses considered as a whole”. Indeed, “In legal businesses the provisions of the parties should not be interpreted in isolation, but should be correlated with the general context and economic purpose they pursue”. “This is because businesses are usually a harmonic whole or group, in such a way that the provisions that make them up should be interpreted on a complementary basis, without the absolute individualization thereof seeming correct, since the business as a whole seeks global purposes, without prejudice to the particular provisions which said ends or purposes contribute to.”*
53. *The finalist method of contractual interpretation is contained in Article 170 of the Civil Code, which provides that “Expressions having several senses should be understood in the one that is most adequate to the nature and object of the document”. The purpose of this method of interpretation is to find the sense of the contractual agreement, taking into account the nature of the business entered into between the parties. This criterion makes it mandatory to consider the economic-social function of the business, as well as the practical end it pursues.*
54. *On the other hand, according to Article 1361 of the Civil Code “Contracts are mandatory as to whatever is stated therein. It is presumed that the express declaration made in the contract responds to the common will of the parties and whoever denies this coincidence must prove it”. In other words, the interpretation refers to the declaration made in the legal business and not to the subjective will of the contracting parties.*
55. *Finally, Article 1362 of the Civil Code provides that “Contracts must be negotiated, entered into and performed in accordance with the rules of good faith and the common intention of the parties”. In this way, good faith is not only a contractual interpretation criterion but also has the function of being an integrating principle of the content of the legal acts.*

79. Professor Alfredo Bullard González, in his first opinion⁽⁴⁵⁾ as expert for the Respondent, cites the same articles from the PCC while stressing that the starting point of the Peruvian system is the interpretation based on the expression of the parties' will set forth in the contract and not on the will itself, referring to Articles 168 and 1361 PCC:

⁽⁴⁵⁾ §§ 35 through 54.

Literal interpretation must be contrasted with the other interpretive criteria, but without contradicting what the parties expressly indicated.⁽⁴⁶⁾

80. A further principle is that of the unity of the contract (systematic interpretation) contained in Article 169 PCC.

81. According to Professor Bullard, the search for the true will is derived from the principle of good faith set forth in Article 168 PCC.

82. Finally, Professor Bullard invokes the functional interpretation according to which

... one must search for or prefer, among various possible interpretations, the interpretation that is consistent with the purpose or intent of the clause that is subject to interpretation⁽⁴⁷⁾.

83. In this context he bases his opinion on Article 170 PCC.

84. Both Parties seem to agree that the starting point of any interpretation must be the wording of the text agreed upon between the parties. The Tribunal therefore starts its analysis with the text of the Agreement and the legal documents referred to therein, and then examines whether the result requires modification after taking into account further rules of interpretation under Peruvian civil law, especially the issue of whether this result is consistent with the requirement of good faith and the common intention of the Parties as provided for in Article 1362 PCC.

85. The Agreement in Article III states that:

... the STATE undertakes to guarantee juridical stability for AGUAYTIA in connection with the investment referred to in ARTICLE TWO under the terms set forth below: (emphasis added)

86. Section 5 of Article III provides:

5. Stability of the right to non-discrimination, as provided for in item c), article 10, of Legislative Decree 662, which implies that the STATE or neither one of its bodies, notwithstanding these may include entities or companies from the Central Government, Regional or Local Governments, may apply a differentiated treatment to AGUAYTIA by reason of its nationality, the sectors or types of economic activity it shall develop, or the geographical location of the firm in which it invests, and neither as far as the matters herein below specified:

The term of effectiveness of this juridical Stability Agreement is ten (10) years counted as from the date of its execution. Accordingly, throughout

⁽⁴⁶⁾ § 40.

⁽⁴⁷⁾ § 51.

this term, it may not be amended by either of the parties individually, regardless of whether the national legislation could be eventually amended and notwithstanding the fact that such amendments to the national legislation may turn out to be more beneficial or harmful to any of the Parties, than those agreed hereunder. (emphasis added)

87. The Agreement refers to the Legislative Decree 662⁽⁴⁸⁾, Article 10 (c). Legislative Decree 662 of 2 September 1991 identified the purpose of the legislation in its 5th WHEREAS Clause as follows:

The Government should grant a juridical stability system to foreign investors by the acknowledgement of certain guaranties securing the continuity of the established rules. (emphasis added)

It provides that the Competent National Organization (in our case CONITE) may enter into agreements guaranteeing among other the following rights:

c) Stability of the right to non-discrimination established in Article 2^o hereof. (emphasis added)

88. Article 2 of this same Decree reads as follows:

Foreign investors and the companies in which these participate have the same rights and obligations as the local investors and companies. Such rights and obligations are only limited by the exceptions established in the Political Constitution of Peru and the provisions hereof. (emphasis added)

In no case the domestic juridical regulations will discriminate among investors or the companies based on the local or foreign share in the investments. (emphasis added)

89. The conclusion from the plain wording of the Agreement and the various legal texts referred to in the Agreement, and underlying the juridical stability regime of Peru, can only be that the legal framework in the crucial various fields enumerated in the Agreement will not be modified, either in favor of or to the detriment of the foreign investor, Aguaytia, during the ten years duration of the Agreement. Nowhere, however, are any individual, substantive rights created or guaranteed. What is guaranteed is the stability of the legislative framework as it existed on 17 May 1996.

90. According to the Claimant, “even if a literal interpretation did support Peru’s position, such an interpretative approach can only be the start of the exercise, and in applying the other factors, such as context and good faith, a very different picture would emerge”⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁸⁾ CLA 1.

⁽⁴⁹⁾ CII, § 46.

91. The Claimant then turns to the “Drafting Intent Interpretation”⁽⁵⁰⁾. Claimant points out that the Agreement is principally a standard form contract with little scope for the negotiation of its terms and the Claimant agrees that *“no such substantive negotiations took place. AEL did not benefit from any insight into what the drafters of the standard form had intended – it could only judge what it would receive from the words of the Conite Agreement itself and the objective context against which it was entered into.”*⁽⁵¹⁾

92. The Claimant has not drawn the attention of the Arbitral Tribunal to any contemporaneous documents reflecting its understanding of the Agreement at the time it entered into it. The Agreement contains in Article III five different areas which were being stabilized. The Claimant has not adduced any documentation regarding its contemporaneous evaluation of these different rights. Especially, why the stability of the right to non discrimination, as now interpreted by the Claimant, would have been of particular importance to it, nor why it could consider at the time it entered into the Agreement, that it contained a substantive right that it would not in any way be discriminated by future actions of the State. The Claimant also did not identify any Peruvian authority or publicly available arbitral authority to the effect that a Stability Agreement stabilizing laws of non discrimination constitutes, in effect, a warranty or representation by the State that there will not be discrimination against the Contracting Party as had been asked by Arbitrator Rowley.⁽⁵²⁾

93. Of course *“the guarantee is said to run to the ‘investor’s rights’”* and they have been *“acknowledged as being given to protect the investor’s ‘long-term investment’”*.⁽⁵³⁾ This, however, in no way implies a substantive right protecting against future discrimination.

94. According to the Claimant, such a reading, that the Agreement does not convey any substantive rights, would have the following consequences

“The word ‘stability’ is defined (in other laws) in such a narrow way that the guarantee (i) has no effective meaning, such that a subsidiary organ of the State may actively discriminate, in violation of the allegedly stabilized right to non-discrimination, without the State being in breach of the guarantee in Clause 3(5); and (ii) its meaning is directly contradictory to the Parties’ express agreement as to the meaning of the guarantee.”⁽⁵⁴⁾

95. First of all, the Claimant has not produced any evidence which supports its allegation that such an interpretation would be *“directly contradictory to the Parties’*

⁽⁵⁰⁾ CII, p. 16.

⁽⁵¹⁾ CII, § 47.

⁽⁵²⁾ Transcript 96, 22; 97, 1 6.

⁽⁵³⁾ CII, §54.

⁽⁵⁴⁾ Claimant’s Closing Presentation, pp. 6 and 7.

express agreement". Furthermore, it is beyond doubt that stability undertakings, such as those entered into by the Respondent in the Agreement and contained in Article III, are of undoubted importance for investors. There is no need here to dwell on the importance for investors, obviously including the Claimant, of the stability guarantees given in the field of taxes, foreign currency, free remittance of profits and capital and exchange rates. Also, the "*stability of the right to non-discrimination*" itself is of obvious importance for a foreign investor. It freezes the laws, rules and regulations applicable to it, as they were in existence at the time the Agreement was concluded. This means that no new law may be passed which would state that certain rules regarding non-discrimination would no longer apply to the Claimant. It especially guaranteed the constitutional right to equality before the law⁽⁵⁵⁾ (for instance a Peruvian Legislature hostile to foreign investment could not have, during the duration of the Agreement, worsened the status of the Claimant by modifying this constitutional right that foreign investment would not be treated different from national investments).

96. It is also clear from the wording of the Agreement that the guarantees it contains concerning juridical stability do not convey a most favored investor status. Whether and to what degree such a status is possibly available to the Claimant is a question to be resolved solely by the Peruvian authorities in applying the non-discrimination provisions of the Constitution and the specific laws applicable in this context. However, this ICSID Tribunal has no jurisdiction over the question, either in the first instance or by way of an appeal against decisions of Peruvian Courts and administrative bodies as the Agreement does not grant any substantive rights.

97. The claim of the Claimant is therefore denied.

6. COSTS

98. Article 9, paragraph 2 of the Agreement (the arbitration clause) provides:

Any expenses to be incurred in enforcing this Article shall be borne in equal parts by the parties hereto.

99. The Claimant in its Opening Memorial requested as part of its relief the award of:

(i) its share of the fees and expenses of the Tribunal and the charges for the use of ICSID's facilities; and

(ii) its legal and related fees in connection with these proceedings.⁽⁵⁶⁾

100. The Respondent in its Counter-Memorial stated:

⁽⁵⁵⁾ See above § 59 and Decision of the Constitutional Tribunal of Peru of 30 January 2004 (CLA 21).

⁽⁵⁶⁾ pp. 62 and 63.

Article 9 of the Aguaytia Stability Agreement expressly provides: "Any expenses incurred as a result of the application of this Clause shall be borne by the contracting parties in equal parts." Claimant thus cannot recover costs.⁽⁵⁷⁾

101. Claimant in its Reply Memorial did not rebut the position of the Respondent, nor did it repeat its claim for costs. The matter was not raised by the Parties during the Hearing.

102. The Tribunal therefore need not decide whether Article 9(2) of the Agreement deals with all costs incurred by the Parties (including legal fees, fees and expenses of witnesses, etc.) or covers only the amounts paid to ICSID. In view of the interpretation given by the Respondent to Article 9(2) of the Agreement (and not rebutted by the Claimant), and in view of the outcome of these proceedings, the Arbitral Tribunal does not have to apply the basic rule contained in Article 61(2) of the ICSID Convention. Each Party shall therefore bear its own legal costs and expenses and shall equally share the payments requested by ICSID and made by the Parties.

NOW THEREFORE, the Arbitral Tribunal

DECIDES AND AWARDS AS FOLLOWS:

1. Denies the claim of the Claimant.
2. The Claimant and the Respondent shall bear their own legal costs and expenses and share equally the payments requested by the International Centre for the Settlement of Investment Disputes and made by the Parties.

[signed]

Robert Briner
President of the Tribunal
Date: 27 November 2008

[signed]

J. William Rowley QC
Arbitrator
Date: 28 November 2008

[signed]

Claus von Wobeser
Arbitrator
Date: 28 November 2008

⁽⁵⁷⁾ § 399, p. 127.

✍ MARÍA DEL CARMEN TOVAR GIL
EDUARDO FERRERO COSTA(*)

El Laudo del Caso República del Perú con Aguaytía Energy LLC

SUMARIO: *1. La controversia. 2. El Régimen de Promoción de la Inversión en el Perú y Los Convenios de Estabilidad Jurídica. 3. Factibilidad de usar la Cláusula de Solución de Controversias del Convenio de Estabilidad Jurídica para resolver la Controversia. 4. La Estrategia del Caso Aguaytía. 5. Las Razones del Tribunal para Amparar la Defensa de La República del Perú. 6. Las Diferencias entre los Laudos de los casos Aguaytía y Duke. 7. Lecciones del Resultado del Caso para la República.*

El Laudo que pone fin a la controversia llevada por la empresa Aguaytía Energy LLC contra la República del Perú ante un Tribunal CIADI (en adelante el Laudo Aguaytía) invita a hacer algunos comentarios con relación a la trascendencia de lo resuelto en este caso. Es la segunda vez que se somete a la República del Perú a un Tribunal CIADI usando una cláusula de un convenio de estabilidad jurídica.

(*) Socios del Estudio Echeopar, quien conjuntamente con el Estudio White & Case, tuvieron a su cargo la defensa de la República del Perú en el caso Aguaytía.

1. LA CONTROVERSIA

Aguaytía Energy LLC presentó tres reclamos al Estado Peruano relacionados a las líneas de transmisión eléctrica de su subsidiaria Aguaytía Energy del Perú SRL. En los tres reclamos alegaba que habría sido objeto de trato discriminatorio. Para tales efectos sostuvo que tenía derecho a que se reconozca a su favor determinados derechos concedidos a otras líneas de transmisión que según ella habrían sido objeto de un trato regulatorio más beneficioso. Desde el primer momento el Estado Peruano negó la existencia de discriminación, indicando que no cabía pretender que se asimile la línea de transmisión de Aguaytía, a las líneas con las que pretendía compararse, pues sólo cabe alegar discriminación cuando se demuestra un trato diferente en situaciones equivalentes. En concepto de la República del Perú, en el caso de Aguaytía las situaciones no eran equivalentes, pues, existían diferencias relevantes que justificaban el trato diferenciado.

Aguaytía llevó adelante ante el Poder Judicial del Perú una serie de procesos judiciales, fundamentalmente acciones de amparo y acciones contencioso administrativo. La estrategia de Aguaytía de acudir a acciones de amparo le permitía exhibir algunas resoluciones que podrían aparentar ser favorables, pero por la naturaleza del proceso al que había acudido, no suponían una revisión integral, ni podían originar los derechos que Aguaytía pretendía. En el caso de las Acciones Contencioso Administrativas, en las que sí hubo una revisión más integral y profunda, Aguaytía venía sufriendo una clara derrota. Es en este contexto que, al acercarse el vencimiento del convenio de estabilidad jurídica como accionista, Aguaytía decide usar la cláusula de jurisdicción del convenio, para presentar un reclamo ante un Tribunal CIADI.

Es así que el 8 de mayo de 2006 presenta una solicitud de arbitraje la misma que es registrada por el CIADI el 17 de Julio del mismo año.

2. EL RÉGIMEN DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN EN EL PERÚ Y LOS CONVENIOS DE ESTABILIDAD JURÍDICA

Para entender cabalmente la controversia es interesante presentar el régimen de promoción de la inversión que puso y mantiene en vigencia el Perú desde hace más de 25 años.

Durante los primeros años de la década de los noventa, el Perú lleva adelante una reforma integral del régimen nacional que abre la economía del país a la inversión privada. En esa línea de introducir reglas que incentiven la inversión, se dicta el Decreto Legislativo 662, Ley de Promoción de la Inversión Extranjera. El referido Decreto Legislativo, en su Título I, establece la igualdad entre la inversión nacional y extranjera y establece con carácter general garantías para la inversión y los inversionistas extranjeros. Entre las garantías que se establece a favor de los inversionistas extranjeros, están las de autorización automática de sus inversiones, respeto a su propiedad, derecho a la libre disponibilidad de divisas y transferencia de utilidades y capitales. Se encuentra también la garantía de no discriminación.

Los derechos que el Perú reconoce en el Decreto Legislativo 662 a favor de los inversionistas extranjeros, originan derechos subjetivos para cualquier inversión extranjera que califique como tal de acuerdo al Decreto Legislativo. En consecuencia, estas normas otorgan directamente a los inversionistas, sin más trámite, el derecho a alegar la existencia de estas garantías ante la autoridad peruana y tienen la posibilidad, en su caso, de permitirles reclamar la violación de sus derechos legales ante el Poder Judicial peruano siguiendo las acciones que correspondan según el caso.

El incluir estas garantías en la Ley, si bien daba un claro mensaje del deseo de la República de cambiar el rumbo y promover la inversión extranjera, no resultaba suficiente para lograr plenamente su objetivo de atraer inversiones. No solo hacía falta demostrar que el Perú había aprobado garantías a la inversión extranjera en su legislación interna. Se necesitaba asegurar a los inversionistas, que podían invertir con la tranquilidad de saber que las reglas que el país ofrece se mantendrán vigentes.

Es con ese propósito que, además de los derechos sustantivos que el Decreto Legislativo 662 reconoce a favor de todas las inversiones extranjeras, el propio Decreto Legislativo establece, en un segundo título, un régimen que permite la suscripción de convenios de estabilidad jurídica. Estos convenios a los que tienen acceso inversionistas que asumen una serie de compromisos frente al Estado, permiten contar con el

compromiso de que si el Perú modifica o deroga las normas que consagran determinados regímenes legales y garantías a la inversión objeto del convenio, tal modificación o derogación no les sería oponible por el plazo del Convenio.

La realidad práctica de hoy nos revela que, respecto de lo que son garantías a la inversión, el Perú se mantuvo en la senda de la promoción y que los convenios de estabilidad jurídica han operado como una suerte de seguro, que se ha venido extinguiendo en el tiempo, sin que haya sido preciso su uso, pues el Perú ha mantenido y no ha modificado estas garantías⁽¹⁾. En tal sentido se puede decir que el Perú ha mantenido, en principio intactas sus reglas de garantía de la inversión y por lo tanto que, en general, el rol de los convenios de estabilidad jurídica ha sido estar presentes para generar confianza.

El Perú tiene suscritos desde 1991 más de 400 convenios de Estabilidad Jurídica. Cabe indicar que solo 12 de ellos contienen una cláusula que someta las controversias a un Tribunal CIADI.

Finalmente es oportuno mencionar que también a partir de 1991 la República puso en práctica la política de suscribir con distintos países tratados bilaterales de inversión (en adelante TBIs). Como se sabe a través de estos tratados los Estados garantizan recíprocamente derechos a las inversiones que los nacionales de cada una de las partes hagan en el otro Estado. Las garantías que reconocen los TBIs, suelen ser garantías que existen ya en la legislación peruana a favor de los inversionistas. Al incluir estas garantías en un TBI se da el efecto de que si el Perú modifica estas garantías en su legislación interna, la garantía se mantiene para los inversionistas que puedan alegarla basados en un TBI. Al introducirlas en un TBI, lo que hace el Estado es elevar estas garantías a la condición de obligación internacional. Como los TBIs suelen incluir cláusulas especiales de solución de controversias (casi siempre incluyen sometimiento a arbitraje CIADI), al compro-

(1) Donde si ha operado efectivamente la garantía de estabilidad jurídica otorgada en los convenios de estabilidad jurídica ha sido respecto de la garantía de estabilidad tributaria, que ha permitido a los inversionistas contar con la vigencia del régimen tributario existente al momento de la celebración del convenio.

meterse en estos instrumentos a otorgar estos derechos sustantivos, tiene también el efecto de que los inversionistas que puedan sentirse afectados o vulnerados en los derechos sustantivos que son materia del convenio, puedan acudir a los medios de solución de controversias del mismo para formular un reclamo.

3. FACTIBILIDAD DE USAR LA CLÁUSULA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DEL CONVENIO DE ESTABILIDAD JURÍDICA PARA RESOLVER LA CONTROVERSIA

El reclamo de Aguaytía contra la República del Perú consistía en sostener que el Perú había violado uno de los derechos sustantivos estabilizados por el Convenio de Estabilidad Jurídica. Si vemos los reclamos e incluso la demanda de Aguaytía vemos que ella no estaba alegando que se hubiera quebrantado la promesa del Estado de no modificar sus reglas. Es decir, no se estaba alegando que el Perú había derogado o modificado la garantía de no modificar ni derogar el derecho a no ser discriminado. Lo que se estaba alegando es que el Perú habría violado la garantía misma. Es más, se reconoce implícitamente que la norma estaba y continúa estando vigente como parte de su régimen de promoción de la inversión.

En ese contexto surge la cuestión de si a través de los convenios de estabilidad jurídica, si a través de estos contratos en los que el Perú lo que ofrece es no modificar sus reglas, el Perú está abriendo la posibilidad de acudir al régimen de solución de controversias del Convenio (en este caso al arbitraje del CIADI) cuando se da una violación al derecho sustantivo estabilizado.

Si se entiende que los convenios de estabilidad jurídica son contratos y que lo que es susceptible de someterse al medio de solución de controversias del contrato es la violación de las obligaciones contractuales, debemos entender que sólo se pueden plantear controversias relacionadas con el quebrantamiento de la obligación contractual.

El Perú no discutía o cuestionaba que haya reconocido en su legislación el derecho a la no discriminación como derecho sustantivo, pero lo cierto es que, en el convenio de estabilidad jurídica, la obligación

especifica que había asumido era la de no oponer al inversionista una modificación del marco legal. En consecuencia, debía ser claro, que solo se puede alegar violación del convenio, cuando se viola la estabilidad y sólo se puede acudir a los medios de solución de controversias por tal violación. Es decir, sólo se puede acudir al CIADI con una cláusula de un convenio de estabilidad jurídica, cuando se alega que se ha opuesto a un inversionista la derogación o modificación de un derecho que se había ofrecido mantener vigente.

En su reclamo contra el Perú, Aguaytía pretende extender indebidamente los alcances de la cláusula de solución de controversias de un contrato y llevar ante un Tribunal CIADI, una controversia sobre un tema que no había sido materia de sometimiento y que era en todo caso competencia de los Tribunales y Cortes del Perú.

Como comentaremos, el Tribunal integrado por los señores Briner, Rowley y Von Wobeser identifica con toda claridad el exceso de la pretensión de Aguaytía y deniega el reclamo.

4. LA ESTRATEGIA DEL CASO AGUAYTÍA

De lo señalado en el punto anterior podemos ver que la primera línea de defensa del Estado Peruano debía ser y fue, el plantear al Tribunal que no había violación del convenio de estabilidad, pues la obligación del Estado peruano en dicho contrato, era la de no oponer al inversionista una derogatoria o modificación del derecho a la no discriminación por el plazo de 10 años y que tal derogatoria o modificación no se habían dado. Al presentar esta defensa lo que el Estado Peruano está planteando es que el Tribunal CIADI no tiene competencia para pronunciarse sobre la supuesta violación del derecho (vigente en el Perú), de no discriminar, porque tal derecho no es una de las obligaciones contractuales del convenio de estabilidad jurídica.

Visto así esta defensa en realidad constituye el planteamiento de una excepción a la jurisdicción del Tribunal.

Vemos sin embargo que la estrategia del Perú, si bien fue plantear esta defensa, que consideraba sólida, como su primera línea de

argumentación, decide no hacerlo en una fase de jurisdicción y va directamente a la fase de méritos, donde propone este como su primer argumento, pero acompañado de todas las líneas de defensa con las que contaba, para el supuesto de que el Tribunal no compartiera su posición y decidiera que un convenio de estabilidad jurídica sí le permite ver la violación de un derecho sustantivo y no sólo la violación de la estabilidad comprometida.

Consideramos que el plantear el caso en forma integral y demostrando que se tenían, una tras otra, diversas líneas de defensa, que permiten demostrar que la razón estaba con la República del Perú, fue importante para que el Tribunal pudiera acoger con toda tranquilidad la tesis planteada como primera línea de defensa y que suponía en realidad pedir que se decline jurisdicción.

Esto porque el planteamiento integral del caso permitió al Tribunal conocer con todo detalle el marco legal integral vigente en la República del Perú y ver la consistencia de su política de inversiones y las diferencias entre los distintos instrumentos de promoción de inversiones que integran su marco legal. Permitió también presentar las distintas normas y regímenes existentes para otorgar concesiones y demostrar la clara justificación de diferencias entre concesiones de servicio y concesiones de infraestructura.

Finalmente permitió también ver que la República podía exhibir con consistencia y tranquilidad una muy sólida argumentación que demostraba que no había discriminación y que si bien con todo derecho invocaba que el Tribunal respete el alcance de lo que es un convenio de estabilidad jurídica, no temía tener que argumentar y demostrar, llegado el caso, que no había habido discriminación.

5. LAS RAZONES DEL TRIBUNAL PARA AMPARAR LA DEFENSA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Al iniciar sus deliberaciones para resolver el caso el Tribunal plantea con toda claridad que la cuestión básica está en definir si el convenio de estabilidad jurídica otorga el derecho sustantivo a la no discriminación, o si lo que hace es otorgar el derecho a que las distintas garantías

no sean modificadas⁽²⁾. El Tribunal señala que si se concluye que lo correcto es lo segundo, esto significa que el Tribunal no tiene jurisdicción sobre el quebrantamiento mismo de la garantía de no discriminación y debe declararlo así⁽³⁾.

Vale señalar que el Tribunal previamente había escuchado las posiciones de las partes sobre la ley aplicable y particularmente visto el artículo 42 (1) de la Convención CIADI concluyendo que el Tribunal no necesitaba para resolver esta controversia mirar mas allá de la Ley Peruana⁽⁴⁾.

Es en ese orden de ideas que el Tribunal decide hacer el análisis de cual es la interpretación correcta. En consecuencia, el Tribunal inicia su análisis indicando que al ser el Convenio de Estabilidad Jurídica un contrato, este debe ser interpretado basado en las reglas aplicables a los contratos, que se rigen por el Código civil peruano⁽⁵⁾. Analiza las opiniones de los dos expertos legales presentados por las partes en materia de reglas contractuales, doctores Jorge Avendaño Valdez⁽⁶⁾ y Alfredo Bullard González⁽⁷⁾ y tras evaluarlas,

(2) “The basic question for the Arbitral Tribunal is (i) whether the Agreement is to be interpreted as providing substantive guarantee of non-discrimination against the investor under article III 5 or (ii) whether the various article III guarantees are to be interpreted in the sense that the State may not, for the duration of the Agreement (ten years), change the laws, rules, regulations, etc which are in force at the time the agreement was concluded, but not grant any substantive rights against future discriminatory action as such to the investor.” (Punto 75, p. 47 del Laudo Aguaytía).

(3) “In we conclude that the Agreement, properly construed, guarantees that the legal framework in the five fields enumerated in article III will not be modified during its term, rather than creating a free standing, substantive protections against discrimination, that is the end of this matter. This is because the Claimant asserts no case based on detrimental legislative or other legal framework change, and it is common ground that the Peruvian courts, and not this Tribunal, have jurisdiction over any alleged breach by the state of its anti-discrimination laws. (Punto 76 del Laudo Aguaytía, p. 47).

(4) “The Tribunal has also reached the conclusion that for the resolution of this dispute it need not look beyond Peruvian Law” (Punto 74 del Laudo Aguaytía, p. 47).

(5) Punto 77 del Laudo Aguaytía, p. 48.

(6) El Doctor Jorge Avendaño Valdez fue presentado como experto por la parte Demandante.

(7) El Doctor Alfredo Bullard González fue presentado como experto por la República del Perú.

concluye que los expertos y las dos partes parecen convenir en que el punto de partida de toda interpretación debe ser el texto del acuerdo entre las partes.

Por ello el Tribunal inicia su análisis revisando el texto de los acuerdos y de los documentos legales a los que el acuerdo remite, para luego evaluar si el resultado de este análisis requiere modificación, tomando en cuenta otras reglas de interpretación y particularmente la definición de si la interpretación resulta consistente con los requerimientos de la buena fe y común intención de las partes⁽⁸⁾.

El análisis del texto del Convenio de Estabilidad lleva al Tribunal a la clara conclusión de que las obligaciones del convenio sólo implican que el régimen legal en las varias materias enumeradas en el mismo, no será modificado por 10 años, ni a favor ni en contra del inversionista. Lo garantizado es la estabilidad⁽⁹⁾.

Hecho este análisis, el Tribunal examina, como había anticipado, si hay elementos que le permitan al Tribunal modificar este criterio, basado en otros elementos como son la buena fe y la común intención de las partes. El Tribunal concluye que no hay documentos contemporáneos al acuerdo que revelen la intención de crear derechos subjetivos a través del acuerdo. Señala que tampoco se ha aportado, a pesar de haberlo el Tribunal pedido, evidencia de doctrina o autoridades que interpreten que los convenios de estabilidad jurídica otorgan derechos sustantivos y no solo estabilidad⁽¹⁰⁾.

(8) “Both parties seem to agree that the starting point of any interpretation must be the wording of the text agreed upon between the parties. The Tribunal therefore starts its analysis with the text of the Agreement and the legal documents referred to therein and then examines whether this result is consistent with the requirement of good faith and the common intention of the Parties as provided in Article 1362 PCC” (Punto 84 del Laudo).

(9) “The conclusion from the plain wording of the Agreement and the various legal texts referred to in the Agreement, and the underlying juridical stability regime of Perú, can only be that the legal framework in the crucial various fields enumerated in the Agreement will not be modified, either in favor or in detriment of the foreign investor, Aguaytía, during the ten years duration of the Agreement. Nowhere, however, are any individual, substantive rights created or guaranteed. What is guaranteed is the stability of the legislative framework as it existed on 17 May 1996” (Punto 89 del Laudo Aguaytía, p. 51).

(10) Punto 92 y 95 del Laudo Aguaytía, pp. 52 y 53.

El Tribunal aclara que el acuerdo no otorga un derecho de status de inversionista mas favorecido que pudiera permitir al inversionista reclamar por esa vía.

Señala finalmente en síntesis, que de cualquier modo, el Tribunal CIADI no tiene jurisdicción sobre la cuestión, ni como primera instancia ni en vía de revisión de resoluciones de las Cortes Peruanas Judiciales o Administrativas, porque el Convenio de Estabilidad Jurídica no consagra derechos sustantivos. Por ello proclama que el reclamo del demandante es denegado⁽¹¹⁾.

6. LAS DIFERENCIAS ENTRE LOS LAUDOS DE LOS CASOS AGUAYTÍA Y DUKE

Vale la pena comparar el caso Aguaytía con el otro caso en que el Perú ha sido emplazado ante un Tribunal CIADI por un convenio de Estabilidad Jurídica que es el caso Duke contra la República del Perú.

En principio podemos decir que en el caso Duke, el Tribunal también dijo que los convenios de estabilidad jurídica dan estabilidad y que como tal, que lo que un Tribunal Internacional puede definir cuando se somete a su consideración una controversia derivada de la violación de un convenio de estabilidad jurídica, es si se ha violado o no la estabilidad ofrecida.

En ese caso, el Tribunal reconoció que el derecho que se amparaba en el Convenio es el derecho a la estabilidad y es así que al abordar este tema a partir del punto 210 del Laudo, señala que, la estabilidad jurídica: “según surge del Considerando a la Ley de Inversión Extranjera garantiza a los inversionistas la “continuidad de las reglas establecidas”⁽¹²⁾ (13).

(11) Puntos 96 y 97 del Laudo Aguaytía, p. 54.

(12) Punto 210 del Laudo p. 60.

(13) En esa misma línea el Tribunal del caso Duke señala que no cabe otra cosa que el respeto a dicha continuidad. Como lo dice expresamente su competencia está limitada a esto: “La competencia del Tribunal, con relación a la garantía en particular, está limitada a determinar si las interpretaciones o decisiones del Tribunal Fiscal, sean estas correctas o incorrectas, son congruentes con el régimen tributario estabilizado para la Demandante en el CEJ DEI Bermuda...”.

En el caso Duke surge la situación particular de definir si la estabilidad de las normas incluye también la estabilidad de las interpretaciones existentes al momento de la celebración del convenio de estabilidad y la conclusión del Tribunal es que sí, que se incluye la interpretación en la medida de que exista una interpretación estable⁽¹⁴⁾ ⁽¹⁵⁾.

Hasta este punto el Tribunal del caso Duke coincide con el Tribunal del caso Aguaytía, pues reconoce que el convenio da estabilidad y que las reglas que se estabilizan son las que están vigentes al momento de la celebración del convenio. Añade el caso Duke, que estas reglas incluyen no solo su texto formal, sino la interpretación estable que exista de las mismas. Esto último no fue algo que tuviera que abordar el Tribunal de caso Aguaytía, pues no se invocaba que se hubiera violado la interpretación estable de una norma estabilizada.

Sin embargo, el Tribunal del caso Duke da un paso en su análisis que le quita toda la coherencia hasta ahí exhibida. Es así que añade que podría violarse la garantía a la estabilidad, no solo cuando se modifica la ley o la interpretación estable, sino también cuando las leyes estabilizadas se aplican irrazonable o arbitrariamente. Al llegar a este punto, el Tribunal del caso Duke introdujo un elemento de subjetividad muy cuestionable y peligroso. Aparentemente del análisis del Laudo resultaría que la preocupación que le habría llevado a entrar a este tema, es la posibilidad de que no exista una interpretación de la norma al momento que se concede la estabilidad⁽¹⁶⁾. El comentario que esto nos merece, es que si

⁽¹⁴⁾ “En sentido amplio, la estabilidad es el estándar por el cual el ordenamiento jurídico predominante a la fecha en la que se otorgó la garantía se perpetúa, incluyendo la interpretación *consistente y estable* vigente al momento en que se suscribió el CEJ. El Tribunal se encuentra convencido de que el mantenimiento de esas interpretaciones estables de la Ley existentes al momento de la celebración del CEJ es parte de las reglas establecidas. (la cursiva es nuestra).

⁽¹⁵⁾ En nuestra opinión es razonable que si el inversionista puede probar que al momento en que hace una inversión, estaba vigente una determinada norma (que se estabiliza) y que dicha norma había ya sido interpretada por la autoridad competente, en forma consistente, el inversionista puede alegar que, al momento de hacer su inversión confiaba no solo en la norma, sino en la interpretación consistente que efectivamente era conocida por él y por lo tanto, que es basado en esa situación objetiva que hace su inversión.

⁽¹⁶⁾ Así en el punto 222 del Laudo señala que la falta de prueba de la modificación de norma o de interpretación estable no agota su investigación, por que en casos como en el que es materia

no había una interpretación estable, esta simplemente no puede formar parte de la regla. El inversionista no puede confiar en que la norma se interprete o se aplique de determinada forma si aun no hay una interpretación de la misma.

Lo particular es que el Tribunal del caso Duke había sostenido que no podía revisar los derechos sustantivos estabilizados. Así, había indicado que no puede constituirse como un Tribunal de apelación y que no le compete ver si la regla se aplica en forma correcta o incorrecta. Sin embargo, señala a continuación cuando no hay una interpretación estable, podría el Tribunal considerar que se ha violado la estabilidad de la norma si se ha interpretado de modo irrazonable o arbitrario⁽¹⁷⁾ ⁽¹⁸⁾.

de su análisis, no hubo tiempo de que se diera una interpretación o aplicación estable de la norma porque las normas eran recientes.

- (17) “Por ello, dado que este Tribunal no es un Tribunal de apelación peruano, se necesita más que la demostración de que ha habido una interpretación errónea de la Ley. No es una función de este Tribunal la de simplemente determinar si se aplicó apropiadamente el derecho peruano, formular su propia teoría, sobre el derecho peruano o determinar cual consideraría una interpretación apropiada a partir de la variedad de interpretaciones que razonablemente se podrían formular. Por su propia naturaleza, las leyes a menudo dan lugar a diferentes interpretaciones con base en principios razonables o justos. Por este motivo, a fin de preservar un balance justo entre las partes de este proceso arbitral, debe probarse en ausencia de pruebas de un cambio en la ley, o de un cambio respecto de una interpretación o aplicación estable anterior, que la ley se ha aplicado a DEI Egenor de un modo claramente irrazonable o arbitrario”.
- (18) Es cierto y sería injusto no reconocer y destacar que el Tribunal es muy enfático en señalar que lo que afirma no significa que las leyes se aplicarán en el sentido que más favorezca al beneficiario y que no se brinda una garantía contra el riesgo de que el Gobierno o los tribunales interpreten la ley de manera desfavorable al inversionista. Se dice expresamente que una interpretación opuesta a la del inversionista no puede, en si misma, tomarse como una modificación o violación de la estabilidad jurídica a menos que sea “tan irrazonable que en la práctica viole la estabilidad que se había garantizado”.

Entendemos pues que a lo que el Tribunal apunta es a que una interpretación absolutamente arbitraria, significaría una suerte de modificación o derogatoria de la regla estabilizada, pero también entendemos que el involucrarse en hacer la calificación de arbitraria, abre la posibilidad de ir más allá de lo que es el cometido del Tribunal según él mismo y de involucrarse en aquello que justamente ha dicho y repetido con insistencia en el Laudo que no debe hacer, que es asumir el rol que le compete al Tribunal Nacional, que es la interpretación de los derechos sustantivos. Debemos pues llamar la atención con ojo crítico en este exceso en las conclusiones del Tribunal, exceso que además se hace sin ninguna necesidad, pues el Tribunal no identifica que esta situación se haya dado en el caso Duke.

Durante la audiencia de méritos del caso Aguaytía, la demandante intentó convencer al Tribunal de que al interpretar la violación de la garantía estabilizada, se puede anular la existencia de la propia garantía y que esto equivale a una modificación o derogación de la garantía. Esta línea de análisis es consecuencia de que no puede alegarse que haya habido derogación o modificación de la garantía. Por ello lo que Aguaytía busca es tratar de que el Tribunal asuma jurisdicción sobre si se ha dado o no la violación del derecho sustantivo. Para ello Aguaytía pretendió sostener que la estabilidad por sí solo no otorga nada relevante y que si no se interpreta el Convenio de Estabilidad, como otorgando derechos sustantivos, se anula todo valor al Convenio de Estabilidad Jurídica. El Tribunal descarta esta línea de defensa, indicando que está fuera de duda la importancia de otorgar estabilidad para los inversionistas, incluido para el demandante, en los distintos campos en que el Perú la ha concedido⁽¹⁹⁾.

Vemos así que el Tribunal del Caso Aguaytía vuelve a su justo alcance lo que significan los convenios de estabilidad jurídica, con un razonamiento limpio y objetivo, que resulta impecable.

7. LECCIONES DEL RESULTADO DEL CASO PARA LA REPÚBLICA

Es muy importante mantener vigente su marco de promoción de la inversión y, en consecuencia, cuando se da una violación de estas reglas, lo apropiado es que el Estado debe remediarlo sin necesidad de acudir a procesos, de modo que no se melle el objetivo general de las normas, que es dar garantías a los inversionistas.

Pero en casos como el de Aguaytía, en que el Estado tenía la plena convicción de no haber discriminado y más bien tenía la clara percepción de que un inversionista quería acceder a derechos que

(19) “There is no need here to dwell on the importance for investors, obviously including the Claimant, of the stability guarantees given in the fields of taxes, foreign currency, free remittance of profits and capital and exchange rates. Also, the “stability of the right of non discrimination” itself is of obvious importance for the foreign investor. It freezes the laws, rules and regulations applicable to it, as there where in existence at the time the agreement was concluded...” Punto 95, pp. 53 y 54 del Laudo Aguaytía.

no le correspondían, usando mecanismos inapropiados, el Estado tenía toda la legitimidad para plantear la mejor defensa y obtener el resultado adecuado. ▲

Decisiones Const. y Judiciales

Decisiones
Constitucionales
y Judiciales



I

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMERA SALA CIVIL SUBESPECIALIDAD COMERCIAL
EXPEDIENTE Nº 2273-2006

DEMANDANTE : MINISTERIO DE EDUCACIÓN
DEMANDADO : SALINAS OLIVERA, GINO CARLOS ENRIQUE
MATERIA : ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL
PROCESO : ESPECIAL

RESOLUCIÓN NÚMERO: DIECISEIS

Jesús María, dieciséis de junio del año dos mil ocho.-

VISTOS:

Con el expediente arbitral acompañado en los seguidos entre, Gino Carlos Enrique Salinas Olivera con el Ministerio de Educación, compuesto por Tres tomos a seiscientos noventa y seis fojas; es materia de autos **el recurso de anulación del LAUDO ARBITRAL DE CONCIENCIA**, dictado por los señores árbitros Fausto David Viale Salazar (presidente), Ramón Abásolo Adrianzen y José Enrique Vidal Hermoza, en fecha veintiuno de julio de dos mil seis, obrante de fojas seiscientos cuarenta y siete a seiscientos sesenta y uno del expediente arbitral acompañado, que Lauda: **1. Declarando Fundada la demanda** interpuesta por el señor Gino Carlos Enrique Salinas Olivera en el extremo relativo a la revisión del valor objetivo del bien expropiado, el cual es determinado en la suma de US\$ 15,129.00 (quince mil ciento veintinueve con 00/100 Dólares Americanos), que deberá ser pagada por el Ministerio de Educación al demandante; **2. Declarando infundada la reconvención** propuesta por el Procurador Público a cargo de los asuntos del Ministerio de Educación en la parte relativa a la pretensión principal para que se declare que el valor de la tasación comercial del predio expropiado asciende a US\$ 1,447.43 (un mil cuatrocientos cuarenta y siete con 43/100 Dólares Americanos); **3. Declarando fundada en parte la demanda en el extremo relativo a la determinación de la reparación por los daños y perjuicios** que se genera al demandante como consecuencia de la expropiación, la que es señalada en una suma equivalente al 5% del monto del valor objetivo del bien expropiado que

es determinado en el punto 1 del presente fallo arbitral, es decir, la suma de US\$ 756.45 (setecientos cincuenta y seis con 45/100 Dólares Americanos) que deberá ser pagada por el Ministerio de Educación al demandante; **4. Declarando infundada la reconvencción** en cuanto a la pretensión accesorio para que se establezca como pretensión indemnizatoria la suma de US\$ 72.37 (setenta y dos con 37/100 Dólares Americanos), equivalente al 5% de la tasación comercial efectuada por CONATA; **5. Declarando que cada parte asumirá los propios gastos** en que ha incurrido en el presente proceso arbitral, sin la obligación de reembolsar (sic) los del contrario. Interviñendo como Vocal Ponente el señor Lama More, y;

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, conforme lo establece el artículo sesenta y uno de la Ley número veintiséis mil quinientos setenta y dos, el recurso de Anulación de Laudo Arbitral tiene por objeto revisar únicamente la validez del laudo, *“controlándose el cumplimiento de los recaudos legales, sin entrar a valorar el acierto o desacierto de la decisión”*⁽¹⁾, esto es, que el Juez se encuentra limitado a revisar la forma mas no el fondo de la materia sometida a arbitraje.

A diferencia del Recurso de Apelación, cuyo objeto consiste –siempre y cuando se haya pactado y/o establecido por el Tribunal Arbitral la posibilidad de su admisión– en la apreciación y revisión de los fundamentos de las partes, de la prueba y, en su caso, de la interpretación y aplicación del derecho, conforme lo prevé el artículo sesenta de la mencionada normal arbitral.

SEGUNDO: Que, en tal sentido, la anulación *“[...] no permite directa o indirectamente analizar la corrección en la aplicación de la Ley hecha por los árbitros. O lo que es igual: ninguna de las razones que son válidas causas de pedir en la acción de anulación afecta al fondo de la controversia: esto es, a la interpretación de los hechos alegados por las partes o a la aplicación del derecho sustantivo hecho por los árbitros: pues el control jurisdiccional en que consiste el recurso de anulación se refiere sólo a la actuación de los árbitros in procedendo. De ninguna manera puede referirse la acción de anulación [...] a la justicia del laudo, deficiencias del mismo o al modo de resolverse la cuestión que integra su objeto [...]”*⁽²⁾. De lo anotado fluye que, *“[...] el fundamento propio del recurso de anulación no es corregir errores, en razón a la falibilidad humana, sino garantizar el derecho constitucional a la tutela judicial [...]”*⁽³⁾.

TERCERO: Que, de otro lado, la Ley General de Arbitraje limita las causales de anulación del Laudo dictado dentro de un Proceso Arbitral⁽⁴⁾, sólo a las establecidas en

(1) CAIVANO Roque J., *“Los Laudos Arbitrales y su Impugnación por Nulidad”*, en: Jurisprudencia Argentina N° 5869, febrero, 1994, p. 10.

(2) GONZÁLEZ SORIA, Julio, Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre, Editorial Aranzadi, Madrid, 2004, pp. 413-414.

(3) HINOJOSA SEGOVIA, Rafael: El recurso de anulación contra los laudos arbitrales (Estudio jurisprudencial), Editorial Revista de Derecho Privado – Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1991, p. 83.

el artículo setenta y tres de la Ley número 26572 (causales explícitas); estas son: **1)** la nulidad del convenio arbitral, **2)** que se haya vulnerado manifiestamente el derecho de defensa, **3)** que la composición del Tribunal Arbitral no se ajuste al convenio de las partes,⁽⁵⁾ **4)** que se haya laudado sin las mayorías requeridas, **5)** que se haya expedido el laudo fuera del plazo, siempre que la parte que invoque esta causal lo hubiera manifestado por escrito a los árbitros antes de ser notificada con aquél; y, **6)** que se haya laudado sobre materia no sometida expresa o implícitamente a la decisión de los árbitros. Adicionalmente, está **7)** la posibilidad del Juez de anular de oficio el laudo, total o parcialmente, en los casos que la materia sometida a decisión de los árbitros no pudiera ser manifiestamente objeto de arbitraje.

Adicionalmente, y para casos en los que se configuren –a decir de los demandantes– conculcaciones a los principios y derechos derivados de la función jurisdiccional, dichos agravios son directamente deducibles como causales de nulidad del Laudo Arbitral, aserto fundamentado en lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Constitucional número 06167-2005-HC/TC de fecha veintiocho de febrero de dos mil seis–, en que se precisa que la exigencia de denuncia en dicha sede (arbitral), requerida en forma expresa y específica⁽⁶⁾ para la lesión al derecho de defensa, no puede ser pretendida para el resto de derechos contenidos en el complejo derecho a un debido proceso; esto es, se ha creado implícitamente una nueva causal de anulación de laudo arbitral en garantía de los principios y derechos de la función jurisdiccional previstos en nuestra Carta Magna.

CUARTO: Que, en el caso que nos ocupa, el Ministerio de Educación sustenta su pretensión de anulación de laudo arbitral, contenida en el escrito de demanda, corriente de fojas veintiséis a treinta y cinco presentado el día quince de setiembre de dos mil seis, en el inciso dos del artículo setenta y tres de la Ley General de Arbitraje, Ley veintiséis mil quinientos setenta y dos (Ley 26572); esto es, que se ha perjudicado su derecho a un debido proceso [derecho de defensa] al laudar, pues –según indica– no se ha formulado una debida motivación en el laudo emitido por el Tribunal Arbitral.

QUINTO: Que, tal como sostiene la parte demandante en el escrito de demanda, el Tribunal Arbitral no ha efectuado una motivación razonada en el laudo, el que fue puesto en conocimiento de éste (Tribunal Arbitral), puntualmente en el recurso de aclaración, el que ha sido declarado infundado, dejando al recurrente en estado de indefensión.

Señala además, que no existe congruencia y/o coherencia en la construcción lógica del razonamiento, ni tampoco es suficiente ya que no expresa por sí misma las

(4) El ejercicio de la pretensión de anulación del Laudo Arbitral –al constituir un mecanismo de rescisión de la cosa juzgada preliminar del Laudo– se encuentra limitado por el ordenamiento jurídico, cuando menos literalmente, a los supuestos previstos por éste.

(5) En el caso de las causales señaladas en los literales a) y c) la procedencia de la causal dependerá de que el incumplimiento u omisión haya sido objeto de reclamo expreso en sede arbitral, por quien se considere afectado.

(6) Como lo exige la última parte del inciso 2 del artículo 73° de la LGA.

condiciones que sirven para haberla dictado y mantenerlo de esta manera, ni evidencia haber sido razonado; aun cuando en la tramitación del proceso arbitral se hizo ya presente dichas deficiencias; configurándose una omisión o falta de motivación suficiente y de congruencia en el objeto de nuestro reclamo no satisfecho. De otro modo, añade la parte demandante, si el laudo fuera coherente, se habría indicado con precisión cuál ha sido el razonamiento de los árbitros en lo expresamente pedido para [la] aclaración. Es decir, el razonamiento de los árbitros está basado en supuestos falaces e inconsistentes, tanto es así que no han respondido la pregunta ni tampoco han indicado dónde está el desarrollado expresamente este tema u objeto en el mismo laudo.

SEXTO: Que, partiendo de la premisa que el arbitraje comporta un medio alternativo de solución de conflictos y que su fundamento reposa en la voluntad de las partes, por medio de la cual éstas optan por renunciar a la tutela que brinda el Estado a través del Poder Judicial y se someten a este mecanismo esencialmente privado, en el que tienen la libertad de establecer el procedimiento que consideren más adecuado dentro del respeto de determinados derechos fundamentales de orden procesal; entonces, el sometimiento a un proceso arbitral implica el respeto de una serie de pactos y/o reglas establecidas por el Tribunal Arbitral y al que las partes han dado su consentimiento, asumiendo ciertos riesgos –por ejemplo– en razón de la fiabilidad humana y la existencia de sólo una instancia.

SÉTIMO: Que, aunque existen en la doctrina del derecho arbitral, opiniones que precisan que en dicha material, para verificar el cumplimiento del requisito de motivación en los laudos arbitrales, será suficiente con un “[...] *análisis formal en el sentido que debe bastar que de una simple y superficial lectura del laudo arbitral aparezca que los árbitros han explicado, bien o mal, corto o largo, correcta o defectuosamente, lógica o ilógicamente (pues todo es una cuestión de fondo), las razones por las cuales ha fallado a favor de una de las partes, para que se tenga por cumplido el requisito de motivación*”⁽⁷⁾; consideramos que el deber de motivación escrita, en cualquier ámbito –incluso en el arbitral– resulta incuestionable, “[...] *entonces es necesaria la motivación, es decir, la explicitación de las razones que apoyan la verdad de esas afirmaciones. Si así no fuese, la valoración más que libre sería libérrima, subjetiva y arbitraria*”⁽⁸⁾. Así la motivación –según reconocida doctrina, en posición que compartimos–, supone que el Juzgador, sea a nivel administrativo, judicial o incluso en la justicia arbitral, muestre cuál es el camino recorrido, el método utilizado para arribar su decisión final. Igualmente la fundamentación facilitará un “rastreo” aproximado sobre cuáles fueron las motivaciones externas, y en lo posible internas, que llevaron a elegir, entre las diversas opciones de decisión que se presenta, con el objeto de buscar no sólo el acierto sino también demostrar que el juzgador tiene el genuino propósito de proscribir la arbitrariedad.

(7) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, La Motivación del Laudo Arbitral, en: *Revista de Economía y Derecho*; Invierno 2006, p. 70.

(8) GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, La argumentación en el Derecho, Palestra editores, Segunda Edición, Lima, 2005, p. 409.

OCTAVO: Que por otro lado, el derecho de defensa constituido como derecho fundamental de naturaleza procesal integrante del derecho al debido proceso “se proyecta como principio de interdicción de ocasionarse indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes de un proceso o de un tercero con interés”⁽⁹⁾. De igual manera, el inciso tres del artículo ciento treinta y nueve de nuestra Carta Magna establece que son “principios y derechos de la función jurisdiccional” la “observancia del debido proceso” y la “tutela jurisdiccional”, la eficacia de dicha disposición constitucional alcanza no solamente a los procesos judiciales, sino que también se extiende a los procedimientos administrativos y procesos arbitrales. En esta sentido, puede afirmarse que la defensa se enerva por ejemplo cuando –al resolver una causa sea administrativa, arbitral o judicial– se emite pronunciamiento sin que se precise en mérito a qué prueba se ampara o no la pretensión contenida en cualquiera de los puntos controvertidos.

NOVENO: Que, finalmente en este extremo, el derecho al debido proceso incluye dentro de su contenido el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, en cualquier clase de procesos. No obstante lo anotado, como ha establecido el propio Tribunal Constitucional en reiterada Jurisprudencia⁽¹⁰⁾, la Constitución Política del Perú no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto, y que, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa.

DÉCIMO: Que, en tal sentido, habrá de revisarse en primer término si el Tribunal Arbitral ha cumplido con emitir pronunciamiento respecto de todas y cada uno de los puntos en controversia sometidos a su discernimiento y si en ello ha cumplido con motivar suficientemente tales pronunciamientos como correspondía en atención a lo precedentemente relatado.

Con tal propósito y luego de revisados los autos que conforman el expediente arbitral acompañado, verificamos que los argumentos expuestos que sustentarían la demanda presentada ante el Tribunal Arbitral por Gino Salas Olivera a fojas ciento veinticuatro y siguientes del expediente acompañado; y los hechos y fundamentos de la contestación y reconvención formulada por el Ministerio de Educación mediante

(9) En efecto en reiterada jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha sostenido que el derecho reconocido en la referida disposición “(...) no solo tiene una dimensión, por así decirlo “judicial”, sino que se extiende también a sede “administrativa” y, en general, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha sostenido, a “cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional (el que) tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8° de la Convención Americana (...)”, en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/2659-2003-AA.html>

(10) Entre otros pronunciamientos, la Sentencia de fecha 06 de agosto de 2002, recaída en el EXP N° 1003-98-AA/TC-LIMA. El texto íntegro de la citada resolución lo encontramos en el buscador de la página institucional del Tribunal Constitucional: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia>

escrito corriente de fojas ciento ochenta y nueve y siguientes del mismo acompañado: que acreditan la existencia del conflicto sometidos a consideración del Tribunal Arbitral fueron circunscritos y sintetizados durante la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, tal como se aprecia del acta de fojas trescientos cuarenta y nueve y subsiguientes del expediente arbitral, celebrada en fecha siete de julio del año dos mil cuatro, la que contó con la asistencia de ambas partes, quienes suscribieron el acta y su contenido en señal de aceptación y conformidad, quedando notificadas en ese acto.

Los puntos controvertidos fijados en aquella diligencia fueron:

1. Determinar si procede o no revisar el valor objetivo del bien expropiado, y de ser el caso ordenar a la demandada pague a la parte demandante la suma de US\$ 52,554.17 (cincuenta y dos mil quinientos cincuenta y cuatro y 17/100 dólares americanos), como parte de la indemnización justipreciada del bien materia de expropiación.
2. Determinar si procede o no ordenar a la demandada pague a la parte demandante la suma de US\$ 10,510.83 (diez mil quinientos diez y 83/100 dólares americanos) por concepto de la indemnización por daños y perjuicios.
3. Determinar si procede o no ordenar a la demandada pague a la parte demandante la suma de US\$ 1,447.43 (mil cuatrocientos cuarenta y siete y 43/100 dólares americanos) como justiprecio del bien materia de la expropiación, valorizados por la CONATA, y determinados por Resolución Suprema No 022-2003-ED.
4. Determinar si procede o no ordenar a la demandada pague a la parte demandante la suma de US\$ 72.37 (setenta y dos y 37/100 dólares americanos) por concepto de la indemnización por daños y perjuicios, que corresponde al 5% del valor justipreciado señalado en el considerando anterior.
5. Determinar a quién y en qué proporción corresponde asumir el pago de los gastos arbitrales que demande el presente proceso arbitral.

UNDÉCIMO: Que, visto lo anterior se tiene que los árbitros determinarían según su “conocimiento y leal saber y entender”⁽¹¹⁾ (ya que se pactó un laudo de conciencia tal como se advierte del acta de instalación del Tribunal Arbitral de fojas ochenta y seis y ochenta y siete⁽¹²⁾ del expediente arbitral acompañado) cuál es el “justiprecio” a pagar por los inmuebles (terrenos) expropiados con motivo de la emisión de la Ley

(11) Ley N° 26572

Artículo 3.- Arbitraje de derecho o de conciencia.- El arbitraje puede ser de derecho o de conciencia.

número veintisiete mil ochocientos dieciséis (Ley N° 27816⁽¹³⁾), entre otros, parte del inmueble del demandante, como refiere en su demanda, además éste Tribunal Arbitral fijarían el monto de la indemnización por los daños y perjuicios que dicha actuación (expropiación) pudiera irrogarles a los sujetos pasivos de la misma, así como a quién le corresponde asumir los gastos que con motivo de tal controversia, se están generando.

DUODÉCIMO: Que, en efecto, como se advierte del contenido del laudo arbitral, los árbitros emitieron pronunciamiento respecto de todos los puntos que fueron materia de debate en la vía arbitral; sin embargo lo que el Ministerio de Educación –a través de su procurador público– afirma como omitido por el Tribunal Arbitral al laudar es el pronunciamiento respecto de los argumentos de defensa planteados por su parte ante el propio tribunal al formular su escrito de “aclaración e integración” de fecha dos de agosto de dos mil seis –obrante de fojas seiscientos sesenta y cinco del expediente arbitral–, en los que dicha parte precisaba:

*“[...] si el tribunal arbitral dice en el propio laudo que es el reglamento Nacional de Tasaciones el que se aplica en el presente caso **¿cuál es el plan de desarrollo urbano sobre el cual se ha basado el laudo?**”⁽¹⁴⁾, añade además: “[...]¿Por qué el Tribunal Arbitral, **ha considerado como semejante, por ejemplo el precio del terreno de la Cooperativa de Vivienda del Colegio de Ingenieros del Perú, el cual está ubicado en una zona muy urbana y dentro del plan de desarrollo de la Municipalidad Provincial de Lima (en un entorno urbano completamente distinto, que tiene servicios y que no tiene nada que ver con el terreno de la expropiación) siendo que el Reglamento Nacional de Tasaciones precisa que **el valor debe determinarse por comparación con otros bienes semejantes que tienen valores fijos establecidos por normas obligatorias o de general aceptación en el mercado?**⁽¹⁵⁾; finalmente pregunta en el citado documento: “¿Por qué se han usado sólo los valores de SGV, que además son claramente distorsionados (como lo es el haber usado el terreno de la cooperativa de Vivienda del Colegio de***

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.

- (12) En el acta del 18 de setiembre de año 2003, se emitió la Resolución N° 01, en la que el tribunal arbitral resolvió que el arbitraje entre las partes sería de conciencia.
- (13) Ley que declara de necesidad pública la expropiación de un terreno para el levantamiento de un área de protección funcional del radio observatorio de Jicamarca; norma legal publicada en El Diario Oficial El Peruano, en el mes de agosto del año 2002.
- (14) Cita textual tomada del referido escrito de aclaración o integración, corriente en el punto “Segundo” de fojas 673 del expediente arbitral acompañado.
- (15) Cita textual tomada del referido escrito de aclaración o integración, corriente en el punto “Tercero” de fojas 674 del expediente arbitral acompañado.

Ingenieros y otros semejantes) y usar una sola vez el valor supuestamente del CONATA y todavía mal usado, si el Consejo Nacional de Tasaciones tuvo un Universo de 14 muestras? ¿no era correcto ponderar esas 14 muestras? ¿Por qué sólo se han usado prácticamente los Valores de SGV (que son los mismos del Perito del demandante y cuando se usa el de CONATA se hace claramente distorsionado?

Entonces, ¿Cuál es la motivación razonada del Tribunal Arbitral respecto de este tema?⁽¹⁶⁾.

Los argumentos anotados, no fueron amparados por el Tribunal Arbitral, siendo rechazado el pedido propuesto mediante la Resolución Número Sesenta y Dos expedida por el indicado colegiado en fecha veintiocho de agosto de dos mil seis (a fojas seiscientos ochenta y siete del acompañado), indicando que *“no existen conceptos oscuros o dudosos expresado en la parte decisorio del laudo que deban ser aclarados o que influyan en ella, sin alterar el contenido sustancial de la decisión”*.

DÉCIMO TERCERO: Que, por tal razón lo expuesto como fundamento de la demanda de anulación de laudo, constituye indudablemente un pronunciamiento sobre el fondo de asunto, pues no puede este Colegiado Superior señalar que el Tribunal Arbitral deben responder por parte todas las defensas propuestas por las partes, sin que ello implique implícitamente el reconocimiento de relevancia en aquellas defensas para el derecho en conflicto en sede arbitral, puesto como se indicado precedentemente los árbitros están solamente compelidos a explicitar las razones relevantes para la solución del conflicto de intereses sometido a su discernimiento y no de todas las formuladas en autos; explicando igualmente a efectos de la motivación⁽¹⁷⁾, los procesos mentales seguidos para llegar a dicha determinación respecto de lo resuelto.

DÉCIMO CUARTO: Que, por tal razón la interposición del recurso materia del presente análisis pretenden la revisión de los argumentos expresados sobre cues-

⁽¹⁶⁾ Cita textual tomada del referido escrito de aclaración o integración, corriente en el punto “Quinto” de fojas 675 del expediente arbitral acompañado.

⁽¹⁷⁾ En el mismo sentido encontramos lo afirmado por GARCÍA FIGUEROA: *“La motivación de las decisiones judiciales constituye unos de los elementos fundamentales del Estado de Derecho como conquista frente a las arbitrariedades de los procesos durante el antiguo régimen. La motivación garantiza que los jueces y magistrados se someten al principio de legalidad y permite a los justiciables conocer las razones que fundamentan las decisiones, abriendo la posibilidad de los recursos correspondientes”*; en ‘La Motivación Conceptos Fundamentales’, GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, Interpretación y argumentación Jurídica, Consejo Nacional de la Judicatura, Guía para el curso de Interpretación Jurídica, Plan de Formación Inicial de Jueces de la Escuela de Capacitación Judicial de El Salvador, El Salvador, junio, 2002, p. 74; que resulta aplicable además a los pronunciamientos arbitrales en razón de ser jurisdicción reconocida a nivel constitucional en el Art. 139 inciso 1 de la Constitución Política peruana de 1993.

tiones de fondo, lo que implícitamente llevaría a la revisión por parte de esta Superior Sala de los fundamentos de hecho y derecho que sustentan lo laudado y/o de lo resuelto en la ya indicada Resolución Número Sesenta y dos, lo que a tenor de lo previsto por el artículo sesenta y uno de la Ley General de Arbitraje son inatacables e irrevisables, de tal forma que no puede emitirse un juicio de validez respecto a las actuaciones del Tribunal Arbitral en cuanto a su dirección, a su razonamiento fáctico y jurídico al analizar las pretensiones sometidas a su consideración –incluso al solicitar la aclaración e integración–, ya que el Tribunal Arbitral hizo uso sus atribuciones y competencia, por tanto no es factible emitir un juicio de validez respecto a lo petitionado por la demandante –esto es, examinar la justicia de la decisión arbitral–⁽¹⁸⁾, ya que ello se encuentra proscrito expresamente como tenemos anotado, resultando por tanto infundada la causal analizada.

DÉCIMO QUINTO: Que, sin perjuicio de lo expuesto (y sin entrar al tema de fondo de la controversia sujeta a arbitraje), apreciamos que en el cuestionado laudo arbitral los integrantes del Tribunal sí han explicitado las razones por las cuales a su “leal saber y entender” corresponde el pago de la suma de US\$ 15,129.00 (quince mil ciento veintinueve y 00/100 dólares americanos) como valor objetivo del bien expropiado, así como la determinación de la suma de US\$ 756.45 (setecientos cincuenta y seis con 45/100 dólares americanos) como monto de la reparación de daños y perjuicios consecuencia de la expropiación y la declaración que cada parte asuma los propios gastos incurridos en el arbitraje, tal como se puede advertir de lo señalado en el punto 1. Primer y Tercer Puntos Controvertidos literales e., f., g., i. y j. del análisis de los asuntos controvertidos del laudo (corrientes de la página nueve a once del mismo), así como en el punto 2. Segundo y cuatro puntos controvertidos literal f. a fojas 13 del laudo; y finalmente el punto 3. Quinto punto controvertido literal d. a fojas catorce del laudo, en los que el Tribunal Arbitral explica su posición respecto de la fijación del precio, indemnización y condena de gastos arbitrales; siendo que desde su perspectiva, el inmueble expropiado, acorde con las reglas del Reglamento Nacional de Tasaciones del Perú contenido en la Resolución Ministerial N° 469-99-MTC/15.04 que in-

(18) Afirmaciones como la contenida a fojas 31 de autos dan cuenta de lo anotado:

“9. [. . .] si el laudo fuera coherente, se habría indicado con precisión, cuál ha sido el razonamiento de los árbitros en lo expresamente pedido para la aclaración, mas como puede leerse en la resolución número 62 los señores Árbitros sólo se ha limitado a decir que “... no existen conceptos oscuros o dudosos expresados en la parte decisoria del laudo que deban ser aclarados o que influyan en ella...”. Esa afirmación es falsa. El razonamiento de los árbitros está basado en supuestos falaces e inconsistentes, tanto es así que no han respondido la pregunta ni tampoco han indicado dónde está desarrollado expresamente este tema u objeto (cuya aclaración pedimos) en el mismo laudo. Y, es evidente así que esta omisión de aclarar ha influido o condicionado sustancialmente en la decisión tomada por ellos, perjudicándonos en la defensa de nuestros derechos”.

Dicho argumento evidentemente cuestiona el pensar de los árbitros en cuanto a la subsunción de los hechos en las normas del ordenamiento legal vertidos en el Laudo.

dica en su artículo III.J.56 que la valuación del predio corresponde con uno ubicado en la “Zona de expansión urbana que es el área constituida por terrenos rústicos que ha sido considerada en los planes de desarrollo de una localidad para el futuro crecimiento de ésta, de acuerdo a zonificación y plan vial oficial”; que resulta ser el caso con motivo de la expedición de la Ordenanza N° 015-99/CM-MPH-M del 24 de setiembre de 1999 emitida por El Concejo Provincial de Huarochirí; máxime si las observaciones formuladas han sido salvadas o explicadas por los peritos dirimientes tal como aparece de lo actuado en el proceso arbitral. Añade el mismo Tribunal Arbitral, que al no haber acreditado la demandante la existencia de un proyecto de habilitación en el predio, anterior a la ley autoritativa de expropiación, es de aplicación lo normado en la Ley General de Expropiaciones, artículo 9, inciso 9.1, que fija en 5% del valor de la tasación comercial como valor de los daños y perjuicios ocasionados al sujeto pasivo de la expropiación, sin requerirse para ello demostración expresa de los daños originados por la naturaleza forzosa de la transferencia. Finalmente concluye, que amparándose parcialmente las pretensiones de la demanda y advirtiéndose que han existido motivos suficientes para litigar por ambas partes, dicho tribunal consideró que cada una de las partes deba asumir los gastos del arbitraje en que ha incurrido sin la obligación de reembolsar los del contrario.

Por tales razones, el laudo arbitral, aparece válidamente emitido, con un pronunciamiento respecto de todas y cada una de las pretensiones formuladas por las partes las que se encuentran fundamentadas, tal como corresponde dada la naturaleza de las pretensiones sometidas a consideración de los árbitros y a la naturaleza del arbitraje de conciencia; en tal línea tememos que los fundamentos expuestos en la demanda no se subsumen en la causal de anulación invocada, afectación manifiesta del derecho a la defensa o debido proceso, proposiciones que resultarían por el contrario adecuados para interponer un recurso de apelación y no uno como el que nos ocupa actualmente, llevando aquellos argumentos nítidamente la intención de una reevaluación de lo resuelto a nivel arbitral, lo que se encuentra jurídicamente vedado en estos procesos, esto es el del pronunciamiento del fondo de la materia sometida a arbitraje, tanto de los hechos como del derecho a ellos aplicable, lo que ha sido determinado por el Tribunal Arbitral.

DÉCIMO SEXTO: Que, por último es pertinente precisar a los justiciables que, someterse a un proceso arbitral implica una serie de pactos entre particulares en los cuales se asumen ciertos riesgos reflejados –por ejemplo– en la opción de una instancia única arbitral y en donde, por lo demás, las partes convienen en elegir libremente a sus árbitros y confiar en sus decisiones arbitrales.

Por tales razones y de conformidad con lo establecido además por el artículo sesenta y uno de la Ley número 26572 y los artículos doscientos y cuatrocientos doce del Código Procesal Civil;

Por tales razones:

SE RESUELVE:

INFUNDADO el recurso de anulación formulado mediante escrito corriente de fojas trescientos treinta y tres y siguientes y, **VÁLIDO el LAUDO ARBITRAL DE CONCIENCIA**, dictado por los señores árbitros Fausto David Viale Salazar (presidente), Ramón Abásolo Adrianzen y José Enrique Vidal Hermoza, en fecha veintiuno de julio de dos mil seis, obrante de fojas seiscientos cuarenta y siete a seiscientos sesenta y uno del expediente arbitral acompañado, que Lauda: **1. Declarando Fundada la demanda** interpuesta por el señor Gino Carlos Enrique Salinas Olivera en el extremo relativo a la revisión del valor objetivo del bien expropiado, el cual es determinado en la suma de US\$ 15,129.00 (quince mil ciento veintinueve con 00/100 Dólares Americanos), que deberá ser pagada por el Ministerio de Educación al demandante; **2. Declarando infundada la reconvencción** propuesta por el Procurador Público a cargo de los asuntos del Ministerio de Educación en la parte relativa a la pretensión principal para que se declare que el valor de la tasación comercial del predio expropiado asciende a US\$ 1,44743 (un mil cuatrocientos cuarenta y siete con 43/100 Dólares Americanos); **3. Declarando fundada en parte la demanda en el extremo relativo a la determinación de la reparación por los daños y perjuicios** que se genera al demandante como consecuencia de la expropiación, la que es señalada en una suma equivalente al 5% del monto del valor objetivo del bien expropiado que es determinado en el punto 1 del presente fallo arbitral, es decir, la suma de US\$ 756.45 (setecientos cincuenta y seis con 45/100 Dólares Americanos) que deberá ser pagada por el Ministerio de Educación al demandante; **4. Declarando infundada la reconvencción** en cuanto a la pretensión accesoria para que se establezca como pretensión indemnizatoria la suma de US\$ 72.37 (setenta y dos con 37/100 Dólares Americanos), equivalente al 5% de la tasación comercial efectuada por CONATA; **5. Declarando que cada parte asumirá los propios gastos** en que ha incurrido en el presente proceso arbitral, sin la obligación de reembolsar (sic) los del contrario, con lo demás que contiene; en los seguidos por el **MINISTERIO DE EDUCACIÓN con GINO CARLOS ENRIQUE SALINAS OLIVERA**, sobre ANULACION DE LAUDO ARBITRAL; **Notificándose.-**

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

PRIMERA SALA CIVIL SUB ESPECIALIDAD COMERCIAL

EXPEDIENTE N° : 2542-06
DEMANDANTE : MINERA CHAN CHAN S.A.C.
DEMANDADO : S.M.R.L. CASABLANCA 1
MATERIA : Anulación de Laudo Arbitral

Resolución N° DIEZ

Lima, cuatro de Septiembre de dos mil siete.-

VISTOS: La demanda de Anulación de Laudo Arbitral interpuesta por MINERA CHAN CHAN SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA, contra el Laudo Arbitral dictado en mayoría por los doctores Pedro Antonio Flores Polo y Alberto Antonio Loayza Lazo, de fecha dieciséis de mayo de dos mil seis, en el caso arbitral N° 1016.032-2005 del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, seguido por la accionante contra S.M.R.L. CASABLANCA 1, en el que se resuelve que **no procede ordenar el otorgamiento de la minuta y escritura pública a favor de Minera Chan Chan S.A.C.** por parte de la Sociedad Minera de Responsabilidad Limitada Casablanca 1, de una cesión minera con opción de transferencia de la concesión minera Molinetes 2004, código N° 01-00201-04 de 80 hectáreas, ubicada en el distrito de Suyo, Provincia de Ayabaca, Piura; y condena al pago de costos a la recurrente.

Demanda.-

De folios cuarenta y dos a sesenta y siete, corre el escrito de demanda cuya pretensión contenida en su petitorio tiene como objeto se declare la anulación del laudo dictado en mayoría con fecha dieciséis de mayo de dos mil seis, recaído en el proceso arbitral seguido por **MINERA CHAN CHAN S.A.C.**, contra **S.M.R.L. CASABLANCA 1**, sobre otorgamiento de minuta y escritura pública, y se restablezca la competencia del Poder Judicial.

Ampara la demandante su acción, en las causales contenidas en los incisos 6) y 7) del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje N° 26572; señalando respecto a la

primera, que en el laudo se han pronunciado sobre un hecho no sometido expresa ni implícitamente a la decisión de los árbitros, esto es, que existe un pronunciamiento extra petita. Respecto a la segunda causal señalada, indica que en el laudo se han pronunciado sobre un tema de ius imperium contraviniendo la prohibición dispuesta en los incisos 3) y 4) del artículo 1 de la Ley General de Arbitraje.

A modo de antecedente, refiere la actora que con fecha **veinte de septiembre de dos mil cuatro**, suscribió una Carta de Intención con la demandada, mediante la cual las partes se obligaron a celebrar en el futuro un contrato de cesión con opción de transferencia de la concesión minera Molinetes 2004 Código 01-00201-04 de 800 has., ubicada en el distrito de Suyo, provincia de Ayabaca, departamento de Piura, estableciéndose en dicha carta de intención todas las condiciones sobre las que se suscribiría el contrato definitivo. En dicho acto de suscripción la actora pagó a la demandada la suma de US\$ 5,000.00 (cinco mil dólares americanos). Mediante Carta de fecha **quince de noviembre de dos mil cuatro**, S.M.R.L. CASABLANCA 1, comunica que estaba en condiciones de suscribir el contrato definitivo solicitando que se le remitiera el mismo, por lo que previamente se le solicitó que acompañase copia de la Resolución Jefatural que aprueba el título de concesión de Molinetes 2004, así como los poderes de sus representantes legales, no cumpliendo con dicha remisión porque a esa fecha no estaba en condiciones de suscribir el contrato definitivo, aptitud que recién la tiene con fecha **siete de febrero de dos mil cinco**. Posteriormente con fecha catorce de febrero de dos mil cinco le remite el proyecto de contrato y al no tener respuesta, con fecha trece de mayo de dos mil cinco recurrió a la vía arbitral, a fin se resuelva el conflicto y se le otorgue el contrato definitivo de cesión y opción de transferencia de la concesión minera Molinetes 2004, Código N° 01-00201-04 de 800 has. conforme a las condiciones establecidas en la Carta de Intención del veinte de septiembre de dos mil cuatro.

Con fecha dieciséis de mayo de dos mil seis, se emite el laudo que resuelve la controversia arbitral, votando dos (2) árbitros porque no procede ordenar el otorgamiento de la minuta y escritura pública a favor de la demandante; por su parte el tercer árbitro declaró que procede ordenar dicho otorgamiento; al respecto, señala la demandante que no obstante tratarse de un arbitraje de conciencia, al ser los miembros del Tribunal Arbitral abogados profesionales del derecho, la motivación razonada tiene como contenido fundamental, sus conocimientos y leal saber y entender de la ley civil y ley general de minería; sin embargo, de esta declaración los árbitros Pedro A. Flores Polo y Alberto A. Loayza Lazo, se apartan del contenido de las normas por ellos mismos citadas, pues consideran como **un elemento esencial** y que tendría que haber estado contenido en la Carta de Intención, la declaración por parte de la demandante de la calidad de extranjera que respecto a ella mantiene su accionista mayoritario: la compañía canadiense **PLEXMAR RESOURCES**, y que era de necesario conocimiento por la otra parte (CASABLANCA 1), teniendo en cuenta que el bien materia de la Carta de Intención estaba ubicado dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera norte del Perú, y en consecuencia se ingresaba –con la celebración del contrato definitivo–, a la prohibición constitucional contenida en la segunda parte del artículo 71 de la Constitución Política del Estado.

Admisorio y Traslado.-

Por resolución número dos, corriente a folios ochenta y cinco y ochenta y seis, su fecha ocho de enero de dos mil siete, se admite a trámite la demanda y se corre traslado a la SOCIEDAD MINERA DE RESPONSABILIDAD LIMITADA CASABLANCA 1, por el plazo de ley.

Contestación.-

Por resolución número cuatro, del doce de abril del dos mil siete, corriente a fojas ciento cinco, se rechazó el escrito de contestación de demanda de fojas cien a ciento trece, al no haberse subsanado la inadmisibilidad advertida por resolución número tres corriente a fojas ciento cinco.

CONSIDERANDOS:

PRIMERO: Que, doctrinariamente se señala que la anulación del laudo arbitral *“no permite directa o indirectamente analizar la corrección en la aplicación de la ley hecha por los árbitros. O lo que es igual: ninguna de las razones que son válidas causas de pedir en la acción de anulación afecta al fondo de la controversia; esto es, a la interpretación de los hechos alegados por las partes o a la aplicación del derecho sustantivo hecho por los árbitros; pues el control jurisdiccional en que consiste el recurso de anulación se refiere solo a la actuación de los árbitros in procedendo. De ninguna manera puede referirse la acción de anulación... a la justicia del laudo, deficiencias del mismo o al modo de resolverse la cuestión que integra su objeto...”*⁽¹⁾.

De lo anterior se infiere que *“el fundamento propio del recurso de anulación no es corregir errores, en razón a la falibilidad humana, sino garantizar el derecho constitucional a la tutela judicial”*⁽²⁾; por ello, el artículo 61 de la Ley General de Arbitraje establece que dicho recurso *“tiene por objeto la revisión de su validez, sin entrar al fondo de la controversia... Está prohibido, bajo responsabilidad, la revisión del fondo de la controversia”*.

SEGUNDO: Que, conforme se aprecia del petitorio de la demanda, la empresa recurrente invoca como causales de anulación del Laudo Arbitral las siguientes:

- a.- La prevista en el artículo 73 inciso 6) de la Ley General de Arbitraje; esto es, que se ha laudado sobre materia no sometida expresa o implícitamente a la decisión de los árbitros, pues en el laudo existe un pronunciamiento extrapetita.

(1) GONZALES SORIA, Julio, Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre. Editorial Aranzadi, Madrid, 2004, pp. 413-414.

(2) HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, El recurso de anulación contra los laudos arbitrales (Estudio Jurisprudencial), Editorial Revista de Derecho Privado - Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1991, p. 83. Cla

- b.- La prevista en el artículo 73 inciso 7) de la Ley acotada; esto es, que la materia sometida a la decisión de los árbitros no pudiera ser, manifiestamente, objeto de arbitraje de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1; en el presente caso, se indica que en el laudo se han pronunciado sobre un tema de *ius imperium*, contraviniendo la prohibición dispuesta en los incisos 3) y 4) del artículo 1 de la Ley General de Arbitraje.

TERCERO: Que, previamente a determinar si efectivamente se configuran las causales invocadas por la recurrente, debe dejarse anotado que quien recurre al proceso arbitral del cual emana el laudo sub-materia, es la propia empresa demandante MINERA CHAN CHAN S.A.C., quien pretende en esta vía especial, que la demandada S.M.R.L. CASABLANCA 1 cumpla con otorgarle la minuta y escritura pública de Cesión con Opción de Transferencia de la Concesión Minera Molinetes 2004, Código N° 01-00201-04, de 800 hectáreas, ubicada en el distrito de Suyo, provincia de Ayabaca, departamento de Piura, conforme a las condiciones establecidas en la Carta de Intención que suscribiera con fecha veinte de septiembre de dos mil cuatro.

CUARTO: Que, respecto a la primera causal invocada, la actora señala que sin que exista declaración expresa de parte de S.M.R.L. CASABLANCA 1, los árbitros Flores Polo y Loayza Lazo, asumen que dicha sociedad no tenía conocimiento de la existencia de PLEXMAR RESOURCES como accionista de MINERA CHAN CHAN S.A.C., es decir, que sustentan un hecho no invocado por la parte, para utilizarlo como fundamentos de su decisión.

QUINTO: Que, teniendo en cuenta que la justicia arbitral implica la suscripción voluntaria de un contrato o negocio jurídico por medio del cual las partes **renuncian** a la jurisdicción ordinaria y **acuerdan someter** la solución de cuestiones litigiosas, que surgen o que pueden surgir de relaciones jurídicas determinadas, a la decisión de los árbitros, para lo cual determinan un procedimiento que ellos establecen o se remiten al previsto en la ley; habiéndose voluntaria y libremente la empresa recurrente sometido a la decisión del Tribunal Arbitral, **su pretensión** dirigida a que **se ordene que S.M.R.L. CASABLANCA 1 cumpla con otorgarle la Minuta y la Escritura Pública de Cesión con Opción de Transferencia de la Concesión Minera Molinetes 2004, código N° 01-00201-04, de 800 hás. conforme a las condiciones establecidas en la Carta de Intención**, así como con el pago de las costas y costos del proceso arbitral; resuelta dicha pretensión en sentido negativo para ella –según es de verse de la Decisión obrante a folios *viente de autos*–, no puede ahora alegar que dicho pronunciamiento emitido en mayoría, haya recaído sobre materia no sometida expresa o implícitamente a la decisión de dicho tribunal arbitral, pues conforme se observa del propio laudo arbitral corriente de folios cinco a treinta y siete, el pronunciamiento contenido en su Decisión guarda congruencia con la pretensión demandada.

SEXTO: Que, en cuanto a la segunda causal invocada –*materia sometida a la decisión de los árbitros no pudiera ser, manifiestamente, objeto de arbitraje*–; de la misma forma que la anterior, no puede alegar la actora que su **pretensión** sometida por ella misma a la decisión de los árbitros, no sea, manifiestamente, objeto de arbi-

traje al haberse laudado sobre un tema que es *ius imperium*; pues una cosa es el pronunciamiento que configura la Decisión a la que se llega en el laudo arbitral, y otro, el razonamiento y análisis que los árbitros han desarrollado para llegar a tal conclusión; razonamiento que no puede ser materia de cuestionamiento pues ello no es objeto del presente proceso.

SETIMO: Que, respecto a que los árbitros han sometido a arbitraje lo normado por el artículo 71 de la Constitución Política del Estado, al pronunciarse sobre la prohibición a extranjeros de adquirir directa o indirectamente propiedad dentro de un radio de 50 kilómetros de cualquier frontera del país, lo que constituye una atribución del *ius imperium* del Estado; debe señalarse que tal aspecto no es el que ha sido sometido a arbitraje –conforme ya se ha señalado–, y tampoco ha sido sustento determinante para la adopción de la decisión arbitral conforme puede apreciarse del considerando décimo noveno del Laudo Arbitral, debiendo agregarse que el laudo en referencia es uno de conciencia, por lo que no puede exigirse rigurismos normativos propios de un lado de derecho.

OCTAVO: Que, habiéndose desvirtuado los cuestionamientos formulados por la demandante respecto a las causales contenidas en los incisos 6) y 7) del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje, en aplicación supletoria de lo dispuesto por el artículo 200 del Código Procesal Civil:

RESOLVIERON:

DECLARAR INFUNDADA la demanda de anulación de laudo arbitral interpuesta a folios cuarenta y dos y siguientes, contra el laudo emitido en mayoría por los doctores Pedro Antonio Flores Polo y Alberto Antonio Loayza Lazo, de fecha dieciséis de mayo de dos mil seis, en el caso arbitral N° 1016.032-2005 del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima; en los seguidos por MINERA CHAN CHAN S.A.C., contra S.M.R.L. CASABLANCA 1, sobre Anulación de Laudo Arbitral, notificándose.-

BETANCOURT BOSSIO; PALACIOS TEJADA; LAMA MORE.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMERA SALA CIVIL SUPERIOR SUBESPECIALIZADA
EN MATERIA COMERCIAL

EXPEDIENTE NÚMERO: 908-2006

RESOLUCIÓN NÚMERO: DOS

S.S. WONG ABAD
YAYA ZUMAETA
RUÍZ TORRES

Miraflores, doce de junio del año dos mil seis.-

AUTOS Y VISTOS: Con el escrito que antecede presentado por CORPORACIÓN MEIER S.A.C., cédulas de notificación y copias simple que se acompañan; **ATENDIENDO: PRIMERO.-** Que, de conformidad con el inciso 4) del artículo 72º de la Ley General de Arbitraje, es requisito de admisibilidad del recurso de anulación, en su caso, el recibo de pago o comprobante de depósito en cualquier entidad bancaria, o fianza solidaria por la cantidad a favor de la parte vencedora, si se hubiera pactado en el convenio dispuesto en el reglamento de la institución arbitral a la que las partes hubieran sometido la controversia; **SEGUNDO.-** Que, por resolución número uno de fojas ciento dieciséis, esta Sala Civil subespecializada declaró inadmisibile el recurso de anulación interpuesto y concedió un plazo para la subsanación respectiva, en razón a que en el acápite 13.1 de la cláusula décima tercera de la Addenda al Contrato de Asociación en Participación, las partes se sometieron en forma incondicional a los Reglamentos de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima. Al respecto, el artículo 68º del Reglamento Arbitral de esta Institución, incorpora en alguna medida como requisito de admisibilidad del recurso de anulación lo dispuesto por el inciso 4) del artículo 72º de la Ley General de Arbitraje; **TERCERO.-** Que, en el escrito que antecede la parte demandante no cuestiona ni pretende desconocer lo hasta aquí expuesto; por el contrario, prácticamente conviene en que ciertamente se pactó la pertinencia y aplicabilidad de los dispositivos normativos antes citados; **CUARTO.-** Que, sin embargo, la parte demandante solicita a la Sala “se sirva inaplicar al caso concreto la condición pecuniaria que impone el inciso 4) del artículo 72º de la Ley de Arbitraje y artículo 68º del Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio, aplicando la facultad que tienen los jueces de

CONTROL DIFUSO, ya que lo estipulado en el inciso 4) del artículo 72º de la Ley de Arbitraje y artículo 68º del Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio CONTRAVIENE DIRECTAMENTE LA CONSTITUCIÓN en el inciso 6) del artículo 139º. Antes de ello, refiere que también contraviene el inciso 16) del artículo 139º de la Constitución, así como el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Civil; **QUINTO.-** Que, el sistema de control de constitucionalidad difuso o “*judicial review*”, parte siempre de un presupuesto elemental: La existencia de una Ley o norma con rango de Ley que contraviene en forma directa a la norma suprema, es decir, a la Constitución Política del Estado; **SEXTO.-** Que, bien examinado el asunto, se advierte que la regulación o limitación del derecho de acceso a la justicia por configuración del requisito de admisibilidad de carta fianza o documento similar, no es producto ni consecuencia directa de lo dispuesto por el inciso 4) del artículo 72º de la Ley General de Arbitraje, ni tampoco del artículo 68º del Reglamento Procesal de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. En efecto, los dispositivos nombrados no gozan de aptitud *per se* para regir en la generalidad de casos, sino que su aplicación y operatividad dependerá siempre de la **voluntad de las partes**, quienes en ejercicio de la autonomía privada son las que finalmente deciden incluir este requisito en tres precisos momentos, a saber: *i)* Al celebrar el convenio arbitral; *ii)* Al someterse al reglamento procesal de alguna Institución Arbitral; y, *iii)* Al fijar ellas mismas las reglas del proceso arbitral, en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral Ad Hoc; **SÉTIMO.-** Que, a mayor abundamiento, el requisito de admisibilidad contemplado por el inciso 4) del artículo 72º de la Ley General de Arbitraje –complementando en este caso con el artículo 68º del Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima–, no parece ser irrazonable o desmedido (y por ende, tampoco inconstitucional), toda vez que su finalidad es asegurar la oportuna satisfacción de un derecho de crédito que ha sido ya plenamente reconocido en la jurisdicción arbitral a través de un laudo expedido por un tribunal constituido por las propias partes, al que libremente decidieron someterse; **OCTAVO.-** Que, de otro lado, del cargo de notificación que corre a fojas ciento dieciocho se evidencia que el plazo concedido a esta parte ha vencido el nueve de junio último, por consiguiente, corresponde hacer efectivo el apercibimiento que contempla el párrafo final del artículo 426º del Código Procesal Civil, al ser esta la norma procesal aplicada supletoriamente para declarar originariamente la inadmisibilidad del recuso de anulación; Por estas razones, **DECLARARON: IMPROCEDENTE** el pedido de aplicación de control difuso formulado por CORPORACIÓN MEIER S.A.C.; asimismo, **RECHAZARON** el Recurso de Anulación de Laudo Arbitral interpuesto a fojas noventa y cinco por la citada persona jurídica; **ORDENARON** el archivo definitivo de lo actuado y la devolución de los anexos a la parte interesada, en su debida oportunidad.-

Notificándose.-

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMERA SALA CIVIL SUPERIOR SUBESPECIALIZADA
EN MATERIA COMERCIAL

EXP. NRO: 2517-2007

RESOLUCIÓN NÚMERO: CUATRO

S.S. BETANCOURT BOSSIO

LAMA MORE

LA ROSA GUILLEN

Jesús María, siete de julio de dos mil ocho.-

AUTOS Y VISTOS; Con el escrito de subsanación presentado Pablo Hugo Torres Arana; y, **ATENDIENDO: PRIMERO:** Que, por resolución número tres, de fojas doscientos novena y siete, este Órgano Jurisdiccional concedió a la parte recurrente un plazo perentorio de diez días a fin de que: i) Precise la causal invocada para proponer el recurso de anulación de laudo. ii) Cumpla con el requisito de admisibilidad contemplado en el artículo 68 del Reglamento Procesal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (aplicable de acuerdo al punto cuarto del Acta de Instalación obrante a fojas ciento quince del Expediente Arbitral), consistente en la presentación de un recibo de pago o comprobante de depósito en cualquier entidad bancaria o carta fianza solidaria, incondicionada y de realización automática extendida a favor de la parte vencedora. **SEGUNDO:** Que, en el escrito que se da cuenta, el recurrente indica respecto de la primera de las omisiones detalladas, que la causal invocada es el inciso 7 del artículo 73 de la Ley Número 26572, habiendo incurrido en un error mecanográfico que lo llevó a consignar otro inciso de la norma antes citada; con lo cual se aprecia que subsanó esta observación. **TERCERO:** Que, en lo concerniente a la segunda de las omisiones, el recurrente precisa que este requisito de admisibilidad no le es aplicable por cuanto ninguno de los extremos de la demanda y del pronunciamiento de los árbitros es valorizable en dinero, pues la condena fue puramente declarativa; explica asimismo que el pago de costas y costos es una condena distinta a la referida en el artículo 68 del Reglamento Procesal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, ya que ésta no puede ser “puramente declarativa” o “no valorizable en dinero”; finalmente expone que si la Sala considera que es necesario cumplir el requisito de la carta fianza, garantiza el pago de las costas y costos con el respaldo que representan sus acciones en la Corporación Metor Sociedad Anónima. **CUARTO:** Que, en relación a

los argumentos expuestos por el recurrente, cabe indicar que el **propósito** del requisito de admisibilidad consistente en la presentación de la carta fianza o documento similar radica en asegurar, facilitar y viabilizar la **ejecución del laudo arbitral en su integridad**; esto es, que quienes hayan obtenido a su favor condenas dinerarias (sumas determinadas) o valorizables en dinero (sumas por determinar) puedan acceder prontamente a la satisfacción de sus derechos de crédito. **QUINTO:** Que, en el orden connotado, debe señalarse que habiendo el Tribunal Arbitral condenado al recurrente al pago de costas y costos, por el monto ascendente a veinte y nueve mil quinientos dólares americanos a favor de la Corporación Hotelera Metor, en razón a que esta Empresa debió asumir el pago de los gastos arbitrales de la demanda, que no fueron sufragados por el recurrente; pago cuya satisfacción, se ve ahora paralizado con la interposición del presente recurso de anulación, que trae consigo la paralización de la ejecución del laudo en su integridad; deviene en irrazonable e ilógico argüir la existencia de una condena distinta –distinción no prevista en el Reglamento de la Institución Arbitral– que no merezca el aseguramiento que otorga el cumplimiento de esta exigencia. **SEXTO:** Que, a mayor abundamiento, no puede dejarse de resaltar que la **aplicación y operatividad** de este requisito, no es producto ni consecuencia directa de lo dispuesto en el inciso 4) del artículo 72 de la Ley Número 26572, si no más bien, de la voluntad de las propias partes, quienes en ejercicio de su autonomía privada, optaron por someterse al reglamento procesal de determinada Institución Arbitral, (en este caso el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima) que contempla expresamente esta exigencia. **SETIMO:** Que, consiguientemente, al haberse acreditado que el recurrente no cumplió con el requisito de admisibilidad contemplado en el citado inciso 4) del artículo 72 de la Ley Número 26572, carga que él mismo asumió en el procedimiento arbitral, deviene en inevitable hacer efectivo el apercibimiento fijado en el Auto de Inadmisión de fojas doscientos noventa y siete, denegando el trámite que normalmente corresponde al Recurso propuesto.

Por estos fundamentos: **RECHAZARON** el Recurso de Anulación de Laudo Arbitral interpuesto a fojas doscientos sesenta y nueve por don PABLO HUGO TORRES ARANA; **MANDARON:** Que por intermedio del Área de Secretaria se proceda a la inmediata devolución del Expediente Arbitral a la Institución que corresponde; asimismo **ORDENARON:** el **ARCHIVO** definitivo de lo actuado y la devolución de los anexos y el depósito judicial, en su debida oportunidad.-

Comentarios Bibliográficos

Comentarios
Bibliográficos



 FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA (*)

Presentación del Libro: “Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión. El Arbitraje en el Perú y en el Mundo”

El INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE me ha encargado la presentación del libro “*Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión. El Arbitraje en el Perú y en el Mundo*” que acaba de salir a la luz. Y debo decir que me siento muy satisfecho de cumplir con este encargo porque realmente estamos ante un trabajo extraordinario y casi insólito en nuestro medio: un enjundioso libro de casi mil páginas que contiene trabajos de importantes juristas tanto nacionales como extranjeros. Ahí están presentes como autores juristas bolivianos, canadienses, chilenos, colombianos, ecuatorianos, españoles, franceses, hindúes, ingleses, italianos, mexicanos, norteamericanos, panameños, paraguayos, suecos y venezolanos. Es casi las Naciones Unidas del Arbitraje.

El libro contiene 57 estudios divididos en tres secciones: el arbitraje nacional, el arbitraje internacional y arbitraje de inversión. Éste último tema forma parte del arbitraje internacional; que en los últimos años ha adquirido una relevancia tan grande con motivo de la globalización de las inversiones que merece un tratamiento propio.

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

Al tratar del arbitraje nacional, encontramos primero dos trabajos, los de Carlos Soto y de Fernando Cantuarias, que describen el marco legal del arbitraje en el Perú. Es preciso destacar que los autores de estos estudios son dos muy importantes juristas especializados en arbitraje. El primero es el Presidente del INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE; el segundo es el autor de la ley peruana sobre arbitraje y del más completo Tratado peruano sobre el tema.

Claro está, la primera pregunta que surge frente al arbitraje se refiere a su naturaleza: ¿Qué es un arbitraje? ¿es un juicio o es un contrato? Mucha gente interesante ha discutido sobre este tema. Pero Alfredo Bullard responde atrevidamente que a él no le interesa esa respuesta que se refiere a un plano puramente teórico. Lo que a él le interesa es la respuesta a la pregunta: ¿Cómo se litiga en un arbitraje? Y contesta que se litiga en forma muy diferente a un juicio: de una manera más suelta, más libre, menos formalista. Felipe Osterling, por su parte, se ocupa de dos cuestiones muy interesantes: cuándo una controversia debe discutirse ante el Poder Judicial aunque exista un convenio arbitral y qué hacer cuando, entre los varios sujetos involucrados en el arbitraje, hay alguno que pretende eludir el compromiso arbitral recurriendo al Poder Judicial.

Fernando Vidal insiste en esa flexibilidad a la que se refería Bullard y que parece ser la característica del arbitraje, haciendo notar que las leyes que regulan el proceso arbitral son fundamentalmente supletorias, como en el contrato, debido a que la autonomía de la voluntad de las partes puede otorgar todo el poder de decisión a los árbitros. Pero Guillermo Lohmann advierte que tal flexibilidad no puede llegar hasta permitir a los árbitros la aplicación de normas y planteamientos jurídicos no alegados por las partes.

De otro lado, Carlos Ruska ofrece interesantes reflexiones sobre la comparación entre los arbitrajes *ad hoc* y los institucionales. Y Oswaldo Hundskopf se refiere al arbitraje como solución de controversias societarias, lo que nos recuerda que el arbitraje se desarrolló en el pasado precisamente entre los comerciantes, como una alternativa al procedimiento judicial y al derecho común que resultaban demasiado farragosos para el hombre de negocios acostumbrado a actuar con gran rapidez.

En la Sección sobre el arbitraje internacional, nos encontramos con un artículo complementario de la primera Sección, pero desde una óptica fundamentalmente diferente: se trata del trabajo de los norteamericanos Lamm y Hellbeck sobre cuándo ir a un arbitraje y cuándo litigar. Esta vez el tema está planteado con relación a los casos de controversias trans-fronterizas o *cross borders*, como se las llama actualmente. Los autores consideran que no existe una receta que dé respuesta a esta inquietante cuestión, pero dan material de reflexión como para que toda decisión que se tome en esta materia sea suficientemente informada. También hay temas eminentemente prácticos pero que no dejan de tener un contenido académico, como la forma de negociar y redactar una cláusula arbitral; o incluso temas aún más pragmáticos como el del costo y la duración de un arbitraje, planteado por el eminente jurista francés Yves Derains, antiguo Secretario de la Cámara de Comercio Internacional de París. Es interesante y merece una reflexión sobre ello la afirmación que hace Yves Derains en el sentido de que el juicio es una forma de administrar justicia, mientras que el arbitraje es una forma de solucionar una controversia. Creo que esta propuesta de diferenciación entre el arbitraje y el juicio debe ser objeto de provechoso análisis.

Un tema particularmente importante es el que se refiere al consensualismo como la legitimización del procedimiento arbitral. El jurista mexicano Francisco González de Cossío, en un interesante estudio que califica las últimas sugerencias de cambios en el arbitraje realizadas por UNCITRAL como victorias del consensualismo, arenga a copiar tales que reconocen la existencia de un acuerdo de voluntades aunque el consenso escrito sea muy tenue y diacrónico. Pero cabría preguntarse si no debemos ir más lejos aún. La ley peruana reconoce el arbitraje estatutario por el cual toda persona que compra acciones de una sociedad se entiende que se ha acogido a la cláusula arbitral del estatuto social, aun cuando esto implique una idea de la voluntad bastante forzada. Pero, además, la ley peruana establece el arbitraje testamentario, según el cual los herederos no forzosos o legatarios, así como todos los herederos en lo que se refiera a la partición de la herencia, están sometidos al arbitraje establecido por el testador en el cual las partes del arbitraje no tuvieron ninguna participación de voluntad. Y ahora se habla de un arbitraje forzoso en materia de competencia desleal. Por consiguiente, es importante analizar no solamente la evolución

de las formas que adopte el consenso sino también la necesidad misma del consenso en ciertos casos.

En esta sección del libro, ya advertimos cómo el arbitraje internacional se encuentra hoy en día frente a dos caminos que se bifurcan aún cuando parten de las mismas bases: el arbitraje comercial, que se refiere más bien a las discrepancias entre contratantes privados por encima de las fronteras y el arbitraje de inversión en el que un inversionista privado extranjero tiene una controversia no con otro comerciante privado sino con un Estado receptor.

Es así como el artículo del jurista norteamericano Jonathan Hamilton se refiere a un tema candente dentro del arbitraje de inversión y es el relativo a la conocida doctrina Calvo. La conclusión de Hamilton prácticamente equivale a decir: el Dr. Calvo murió hace 100 años y sus planteamientos murieron unos años después; ya no son aplicables al contexto internacional del S. XXI. Y pienso que tiene razón.

En general, la Segunda Sección del libro contiene una gran cantidad de estudios sobre tópicos que son de la mayor importancia para quienes están involucrados en este tipo de arbitrajes a través de las fronteras. El tema de la ley aplicable –viejo ejercicio del Derecho Internacional Privado que ahora adquiere una importancia enorme– pero también la interpretación de la cláusula arbitral, el plazo en el arbitraje, las posibles incompatibilidades del árbitro y su deber de informar sobre ellas, la independencia de los árbitros, la ejecución de los laudos extranjeros y las medidas cautelares.

Sin embargo, no he encontrado en esta Sección artículos sobre el tema de los arbitrajes paralelos, que es tan importante en la práctica actual. Y esto me ha llamado la atención. Hay solo uno del jurista mexicano Fernando del Castillo que apenas lo roza al tratar de los arbitrajes complejos. Sin embargo, uno de los grandes problemas del arbitraje internacional hoy en día es la posibilidad que se inicien varios procedimientos, judiciales y arbitrales, nacionales e internacionales, sobre la misma controversia. Como hemos visto en este mismo congreso, el manejo de esta suerte de conflicto de jurisdicción no es nada fácil; y el desarrollo de las cláusulas sombrilla –de las cuales hemos tenido oportunidad de hablar en este congreso– ha dado lugar y seguirá dando lugar

a conflictos entre las jurisdicciones nacionales y las internacionales; e incluso entre diversas jurisdicciones internacionales. Si no se encuentra una forma de organizar y resolver de una manera racional y coherente esta contienda de jurisdicciones, el arbitraje como tal puede sufrir en su efectividad y en su legitimidad. La incongruencia de estos procedimientos paralelos de solución de conflictos crea inseguridad y desconfianza frente al arbitraje; por tanto, si no se presta atención a estos problemas, pudiera perder el arbitraje lo mucho que ha ganado en las últimas décadas.

Este vacío se salva en parte con dos artículos de la Tercera Sección, relativos al arbitraje de inversión, como veremos más adelante.

Es muy significativo que el libro contenga un artículo largo, escrito por tres juristas norteamericanos sobre solución de conflictos comerciales con la China. No cabe duda de que el desarrollo económico tan extraordinario de la China coloca a los negocios con este país en una posición privilegiada dentro del mundo globalizado. Advirtamos que este crecimiento de las actividades económicas chinas en el plano internacional presenta varias potencialidades de controversias. Cuando menos, de un lado hay un aspecto comercial en ambos sentidos: China vende al exterior gran cantidad de productos terminados pero también importa minerales y otras materias primas. De modo que estas operaciones dan lugar a contratos de compra venta, cuyo cumplimiento puede requerir la intervención de órganos de solución de conflictos. Por otra parte, las empresas de los países más tecnificados son contratadas muchas veces para realizar contratos de construcción, sea independientemente o en *joint ventures* con empresas chinas. De manera que el área de servicios también se está dinamizando. De otro lado, además del campo comercial, se abre el campo de la inversión, igualmente en ambos sentidos: China como Estado receptor de la inversión en turismo o industrias y también China como inversionista, especialmente en el campo minero, como ya ha sucedido en el Perú. Pero dado que China tiene una cultura y una manera de pensar bastante diferente de la occidental, resulta indispensable crear mecanismos de solución de conflictos que sean aceptables para una y otra parte. Debe tenerse presente que la cultura china siempre da preferencia a la solución de conflictos preservando la armonía sobre el enfrentamiento directo de posiciones. Por ello, quizá la mediación pueda ser de una

utilidad insospechada; y, ciertamente, el arbitraje puede resultar mucho más aceptable que un procedimiento judicial.

La tercera sección del libro se ocupa del arbitraje de inversión. Éste representa un capítulo nuevo dentro del arbitraje internacional que ha desarrollado en las últimas décadas.

Como todos recuerdan, hace dos o tres décadas, era más fácil conseguir un préstamo internacional que lograr una inversión extranjera en los países latinoamericanos. Los países con recursos disponibles tenían temor de colocar sus capitales en nuestros países bajo la forma de una inversión, sujeta a los riesgos del negocio y a los riesgos de los cambios en la política económica al vaivén de las corrientes ideológicas y de los intereses políticos. Por ese motivo, preferían prestar dinero antes que arriesgarse en negocios e inversiones. Y, de esta manera, los países en desarrollo se vieron acosados primero por las entidades que les ofrecían créditos y más tarde acosados por esas mismas entidades que se habían convertido en duros acreedores. Todo el riesgo estaba del lado de los Estados y de las empresas locales, que eran las deudoras de tales préstamos internacionales. Los prestamistas se limitaban a cobrar sus intereses y la amortización de los capitales en las fechas pactadas, hubiera o no tenido éxito el negocio para el cual habían sido requeridos. El resultado fue un estrangulamiento de las economías de los países en desarrollo. Es por ello que en la década de los años 90, se cambia la actitud de los países en desarrollo frente a los recursos de los países desarrollados: ahora se prefiere la inversión a los préstamos. Y, claro está, para lograr esta necesaria inversión extranjera hace falta dar seguridades a los extranjeros que son dueños de capitales de que nuestros países son lugares serios y seguros para hacer una inversión razonablemente calculada e incluso dar ciertos incentivos adicionales para atraer ese capital extranjero.

Es así como surge el auge de la inversión extranjera en los años 90 bajo la forma de privatizaciones de las empresas públicas de los países en desarrollo o de inversiones directas a estos países en campos que, una vez lograda la seguridad jurídica, resultaban atractivos, particularmente si se daba al inversionista extranjero ciertos beneficios. Este es el origen de lo que hoy se conoce como el Derecho de la Inversión y, consecuentemente, los mecanismos de solución de conflictos denominados arbitrajes de inversión, que tienen características propias.

Este arbitraje de inversión ha originado un Derecho Internacional consuetudinario, compuesto por principios que han sido objeto de múltiples reflexiones tanto jurisprudenciales como académicas. La idea de la buena fe, de las legítimas expectativas del inversionista, del trato no discriminatorio y de la propiedad como un concepto global que comprende todos los derechos del inversionista y no únicamente los derechos sobre bienes de carácter real, han sido estudiadas en algunos ensayos del libro materia de este comentario. Así, el trato justo y equitativo ha sido tratado en un interesante artículo de Jorge Santistevan sobre los contratos de concesión.

Estos principios se desarrollaron primero como contenidos de los Convenios de Estabilidad Jurídica suscritos por cada Estado receptor con el inversionista extranjero frente a un caso específico. Sin embargo, más tarde se vio la necesidad de reforzar ese esquema con tratados bilaterales de inversión suscritos de país a país. El libro comentado trata este tema en forma general, en un artículo de la jurista panameña, Margye Liz Jaime Ramírez. Hay también un estudio específico de Stephen L. Drymer sobre el Tratado Bilateral de Inversiones entre Canadá y Perú y otro de Paolo del Águila sobre la solución de controversias en el Tratado de Libre Comercio suscrito por el Perú con los Estados Unidos.

Claro está que esta jurisdicción arbitral de inversión se enfrenta a situaciones en las que debe competir tanto con las jurisdicciones nacionales de los países receptores de la inversión como con otras jurisdicciones internacionales. El libro contiene un interesante estudio del profesor de la Universidad de Paris, Ibrahim Fadlallah, quien investiga la distinción entre los arbitrajes basados en un artículo del Tratado Bilateral acordado de país a país y los arbitrajes basados en los contratos celebrados por el inversionista extranjero directamente con el Gobierno o con las entidades correspondientes del Estado receptor de la inversión. Otro jurista francés, Gaetan Verhoosel, estudia la relación entre los procedimientos seguidos ante tribunales de inversión y los seguidos ante tribunales estatales. El análisis lo lleva a cabo desde su experiencia en el caso *Occidental v. Ecuador*.

Es importante destacar que el libro bajo comentario no sólo cuenta con reflexiones de árbitros y juristas maduros sino que también podemos

apreciar un artículo, muy importante en sí mismo, sobre el tema de las cláusulas sombrilla de los Tratados Bilaterales de Inversión escrito, por un jurista peruano muy joven, Italo Carrano, que promete ser en el futuro uno de los expertos internacionales en materia de arbitraje de inversión.

Debo decir que el libro no está exento de un cierto sentido del humor productivo –lo que me parece fundamental en todos los aspectos de la vida– y contiene así menos dilemas que sirven, en razón de su carácter bizarro, para resaltar las ideas que pretenden explicar los autores. En esta forma, nos encontramos con un proceso judicial nada menos que contra el demonio iniciado en los Estados Unidos, acusándolo de cometer demasiadas maldades. Me imagino que se trataba de un juicio por responsabilidad extracontractual, pero no entiendo bien cuál era el tipo de indemnización que pudiera pagar el diablo. En ese artículo, escrito por el creativo jurista Alfredo Bullard, se da cuenta que esta demanda histórica, real, fue rechazada como improcedente por el Juez de Nueva York ante quien se interpuso, por cuanto el demandado –el señor Satanás– no residía dentro de su jurisdicción.

El Perú tiene una antigua adhesión al arbitraje. A mediados del S. XIX, un barco que transportaba *coolies* chinos desde Macao hasta el Perú, tuvo que acogerse al puerto japonés de Yokohama, debido a que había perdido todo su velamen en medio de una tormenta en el Océano Pacífico. Sin embargo, la nave –denominada *Maria Luz*– fue retenida por el Gobierno de Japón aduciendo que el transporte de inmigrantes chinos a América en condiciones particularmente duras no podía ser aceptado por ese país. Es así como los inmigrantes chinos fueron devueltos a China, el Capitán peruano y su tripulación regresaron al Perú en una nave de pasajeros y el *María Luz* permaneció durante varios años en el puerto japonés sin que el Gobierno nipón diera señales de devolverlo. Finalmente, se logró pactar un arbitraje para resolver el problema. Japón y el Perú discutieron sobre los posibles árbitros, considerándose entre ellos a la Reina de Inglaterra, al Presidente de los Estados Unidos, al Emperador de Alemania, al Rey de Bélgica y otros similares. Uno y otro país objetaban cada propuesta aduciendo que se trataba de un Jefe de Estado con alianzas o cercanía política con la parte contraria. Finalmente, se nombró como árbitro para dirimir esa controversia entre el Emperador del Sol Naciente y el Presidente del Perú nada menos que al Zar de todas las Rusias. Tanto Japón como el Perú

destacaron embajadores y abogados en San Petersburgo. El Perú perdió el arbitraje. Pero no cabe duda de que estamos ante el primer caso de arbitraje moderno entre dos países, por razones comerciales, teñidas –claro está– de razones políticas.

Continuando, entonces, esta vieja adhesión al arbitraje, Perú ha desarrollado en los últimos 14 años una actividad arbitral realmente inusitada. Por eso, no me llama la atención que la convocatoria a distinguidos juristas para escribir en este libro haya tenido tanto eco.

Cada vez que se presenta un libro, se presenta en realidad a su autor. Sin embargo, como habrán visto, este caso hay nada menos que 57 autores. De algunos hemos hablado en esta rápida reseña, pero hay muchos otros que lamentablemente no hemos mencionado. Obviamente, es imposible presentar a 57 autores debido a que no habría público que soporte tal presentación.

Sin embargo, este libro tiene un autor de autores, que yo quisiera destacar.

Más allá de todos quienes han contribuido a enriquecer este libro con sus trabajos, hay un responsable de toda la tarea en común, hay quien ha tenido la idea original para hacer esta obra, quien ha convencido a todos los participantes, quien ha estado detrás de la edición y de la impresión de este libro. Y esa persona, autor de autores, es quien aparece como Director de la obra: el Dr. Carlos Soto Coaguila.

Francamente, ya no sé cómo calificar a Carlos Soto. Alguna vez lo llamé prestidigitador del Derecho, porque a cada momento nos sacaba de la manga una conferencia o un nuevo libro.

También lo llamé empresario del Derecho, debido a su talento para reunir juristas, organizar las personas y los temas (lo que no es nada fácil en nuestro gremio) y sacar adelante un Congreso como el que estamos viviendo o un libro como el que estoy presentando.

Ahora creo que debo llamarlo *constructor de mega-edificios jurídicos*. Porque lo que estoy presentando no es un libro sino un mega-libro.

Pero Carlos Soto es eso y mucho más que eso. Es un convencido de que solamente a través del Derecho lograremos un país más próspero

y ordenado, en el que todos sus ciudadanos sin excepción resulten favorecidos y donde exista un clima favorable a las inversiones que nos permita prosperar y elevar el nivel de vida de toda nuestra población.

Por eso, yo quisiera terminar esta presentación con un agradecimiento de la comunidad jurídica peruana y de los participantes internacionales de este Congreso; a esta persona, eminente jurista y también eminente promotor del Derecho y de los valores jurídicos que el Derecho encarna, no sólo a nivel del Perú y sino a nivel universal.

Lima, 30 abril de 2008

 FELIPE OSTERLING PARODI (*)

Presentación del Libro: “Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión. El Arbitraje en el Perú y en el Mundo”

El arbitraje es una institución de muy antigua data. En el caso concreto del Perú, no abrigo dudas que durante la época de los incas o de las civilizaciones preincaicas deben de haber existido numerosas formas inéditas de arbitraje. Sin embargo, el primer caso registrado por escrito ocurrió en la época de la conquista española, durante las primeras décadas del siglo XVI.

En un contexto que hacía presagiar el inicio de una guerra civil en el Perú, Fray Francisco de Bobadilla, Provincial de la orden de los Mercedarios de Indias, fue designado juez árbitro y de comisión para dirimir una controversia que marcaría el destino de la historia del Perú. Las partes en litigio eran los gobernadores don Francisco Pizarro y don Diego de Almagro, quienes venían discutiendo tenazmente sobre la partición y demarcación de los límites de sus gobernaciones, al punto de haber quebrantado la amistad –que más bien era una hermandad–

(*) Profesor Principal en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica y Socio del Estudio Osterling.

forjada en el seno de las batallas libradas en la conquista del Imperio Inca⁽¹⁾.

Fray Francisco de Bobadilla fue designado como árbitro por Diego de Almagro, quien escribió a su socio para que aceptara la designación del Provincial. Pizarro aceptó el nombramiento de Bobadilla y le otorgó todas las facultades necesarias para cumplir el mandato, tal como ocurriría en un arbitraje de nuestra época.

Bobadilla dispuso la actuación de peritajes, citó a las partes a Audiencias, hizo requerimientos, escuchó alegatos y fijó plazos, siempre firmando las órdenes como *juex árbitro e de comisión*.

Luego de las deliberaciones del caso, Bobadilla falló en el pueblo de Mala el 15 de noviembre de 1537, ordenando se cumpliera lo siguiente:⁽²⁾

1. Que las partes enviaran un piloto y dos escribanos para tomar la medida del río Santiago, con lo cual quedaría solucionado el problema de demarcación territorial que originó la disputa.
2. Que habiendo tomado el Cusco Almagro por fuerza de armas, la ciudad fuese desocupada por los almagristas, liberados los presos y restituido el oro que dentro de ella se halló.
3. Que los ejércitos de Pizarro y Almagro se disolvieran o, en su defecto, marcharan a combatir al Inca alzado.
4. Que los Gobernadores olviden sus diferencias sobre los términos y cuestiones resueltas en el arbitraje, que cada uno conozca sus

(1) La Crónica del Perú de Pedro de Cieza de León nos da la siguiente referencia: “*Frai Francisco de Bobadilla, provincial de la horden de Nuestra Señora Santa María de la Merced en estas partes del mar Océano, juez árbitro e de comisión por los gobernadores don Françisco Piçarro e don Diego de Almagro, sobre la partiçión e demarcaçión de los límites de sus governaçiones, e conformidad suya, segund que más largamente por el poder a mí dado parece: Por quanto conviene al servicio de Dios e de Su Magestad que los dichos señores gobernadores que vengan e parezcan ante mí (...) para tomar el altura de la demarcación e partiçión, porque en todo se haga e cunpla lo que por Su Magestad es mandado; porque de aquí en adelante entre vos, los dichos gobernadores, no aya las dichas diferencias sobre los términos, ni questiones, syno que cada uno conozca sus límites (...)*”.

(2) DEL BUSTO DUTHURBURU, José Antonio, PIZARRO, Ediciones Copé, T. II, Lima, 2001, pp. 300 y ss.

límites y empiecen una nueva era de paz, con lo cual Dios y el Rey se tendrían por bien servidos.

Así *laudó* Bobadilla, pero los almagristas apelaron el fallo y Bobadilla se inclinó porque la ciudad del Cusco fuese gobernada por un tercero hasta que la Corona proveyese decisión final.

Parece que hay cosas que siempre serán iguales (...) Si a quienes actuamos como árbitros nos ha parecido impropio que alguna vez, disconforme con el laudo, la parte vencida lo impugne injustificadamente ante el Poder Judicial, tal vez nos sirva de consuelo que en la época de la conquista el fallo arbitral de Bobadilla fuera cuestionado, el árbitro tildado de *vendido y falso juez*, y que dicho fallo constituyera la antesala para la guerra civil entre los principales socios de la conquista.

Lo que pasó luego es conocido por todos: inmediatamente los pizarristas dejaron de reconocer esta decisión y en poco tiempo derrotaron a Almagro en la batalla de las Salinas. Almagro fue capturado y posteriormente ejecutado en Cusco por orden de Hernando Pizarro, con el consentimiento extraoficial de su hermano Francisco.

Pero vayamos al tema que nos convoca. Los organizadores de este evento me han pedido presentar la obra titulada *Arbitraje Comercial y de Inversión. El Arbitraje en el Perú y el Mundo*.

Luego de revisar con interés y detenimiento los artículos publicados en este compendio, debo decir que si el presentador de una obra asume cierta responsabilidad por su contenido, ya que al presentarla la avala, entonces yo respondo plenamente por los objetivos e intereses que promueven esta publicación y, ciertamente, los avalo.

Y es que la publicación de este libro por el INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE y simultáneamente con el desarrollo del Segundo Congreso Peruano Internacional de Arbitraje, dan cuenta de la madurez que ha alcanzado el arbitraje durante las últimas décadas en nuestro país. En la actualidad en el Perú se publican obras y revistas especializadas en los diferentes aspectos del arbitraje, se organizan eventos académicos, reuniones profesionales, grupos de trabajo donde participan árbitros, académicos, magistrados, abogados litigantes y profesionales afines a las materias que usualmente se discuten en un arbi-

traje. Además, veo surgir, cada vez con mayor ímpetu, a especialistas en los aspectos académicos del arbitraje; abogados litigantes que conocen con singular pulcritud las instituciones arbitrales; cátedras que producen estudiantes motivados por la evolución del arbitraje; centros de arbitraje especializados y árbitros cada vez más acuciosos por preservar la finalidad del arbitraje.

Todo ello da cuenta que el arbitraje en el Perú está cada vez en mejores condiciones de responder a las necesidades de una pujante economía peruana, convirtiéndose en un mecanismo que ahorra costos de transacción, que otorga seguridad a los inversionistas, que provee soluciones justas y especializadas y que, por este medio, se convierte en aliado estratégico en el desarrollo de nuestro país. Con un arbitraje peruano maduro y reflexivo, como consta de los excelentes artículos que presenta esta obra, y con Congresos de esta categoría, podemos tener la certidumbre que los empresarios peruanos o extranjeros que sometan sus controversias a arbitraje, encontrarán instituciones eficientes y árbitros expertos. La obra que me ha tocado presentar en este evento da cuenta de ello.

Adicionalmente, este compendio tiene la virtud de complementar los artículos de árbitros peruanos, con pulcros ensayos de los abogados y académicos más solventes del mundo en la materia, que nos dan cuenta de la evolución y tratamiento que sigue el arbitraje en otras latitudes.

La obra que presentamos aborda diversas materias, divididas en tres secciones referidas a arbitraje nacional, arbitraje internacional y arbitraje de inversión.

No puedo analizar, por evidentes limitaciones de tiempo, todos los excelentes artículos que congrega el libro que se presenta. Por ello sólo aludiré a unos pocos que llaman la atención por la originalidad de los temas tratados.

En la sección de Arbitraje Nacional podemos encontrar un artículo de Guillermo Lohmann, quien analiza el supuesto de aplicación del *iura novit curia* al arbitraje con singular maestría, y cómo una institución originalmente procesal puede ser amalgamada con los principios arbitrales para enriquecer la función de los árbitros como conocedores

del derecho. Asimismo, Alfredo Bullard se pregunta si el arbitraje es un juicio, para responderse analizando cómo las instituciones que respaldan el arbitraje difieren de la naturaleza procesal de los procesos judiciales, y establecen certeramente distinciones y principios que cumplen holgadamente la función de amedrentar a los *dinosaurios procesales* que mantienen el prurito de judicializar y procesalizar el arbitraje.

La sección de Arbitraje Internacional de la obra nos presenta el interesante artículo de tres destacados abogados norteamericanos, referido al planeamiento para la resolución de disputas comerciales en la República China. En este artículo se reseña que en la cultura china está profundamente enraizada la importancia del *compromiso* como un mecanismo para resolver disputas y preservar la armonía. Ello debido a que en la antigua filosofía china el *Li*, referido a la herencia de los ancestros, se encuentra en un plano mucho más elevado que el *Fa*, que abarca la legislación positiva china. Y es que dentro de la comunidad comercial china la sabiduría convencional enseña que el respeto y el compromiso generan negocios vinculantes. Ello en aras de mantener el respeto entre las personas y preservar la armonía. Por esta razón el concepto y uso de la conciliación, mediación o arbitraje dentro de China se encuentran profundamente arraigados.

En la misma sección de Arbitraje Internacional encontramos interesantes artículos de los juristas argentinos Julio César Rivera, con quien compartí Tribunal en un arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París; y de Héctor Alegría, sobre la cuestión de la ley aplicable al fondo del asunto y el plazo en el arbitraje, respectivamente; así como del jurista francés Yves Derains, con quien también he tenido el honor de compartir arbitraje de la misma Corte, así como de la *American Arbitration Association*, respecto a los costos y duración de un arbitraje internacional. Yves Derains, expositor en este Congreso, conoce muy bien cómo funciona el arbitraje, habida cuenta de que es uno de los árbitros más distinguidos y con mayor carga de trabajo en arbitrajes internacionales en el mundo.

Por último, en la sección de Arbitraje de Inversión es notable la presencia de árbitros y tratadistas peruanos comentando los temas de arbitraje de inversión a raíz de las recientes experiencias en el Perú y de

los casos que viene manejando el Perú ante el CIADI. Así tenemos el artículo de Fernando de Trazegnies, sobre arbitraje de inversión; y los artículos de Jorge Santistevan, Alvaro Loredó Romero, Paolo del Aguila, Alvaro Aguilar e Italo Carrano; referidos a controversias del CIADI, al acuerdo de promoción comercial de los Estados Unidos de América, y a cláusulas específicas sobre temas de inversión a raíz de jurisprudencia reciente.

Concluyo expresando mi más cálida y afectuosa felicitación a Carlos Soto Coaguila, Director de la importante obra que presento, activo Presidente del INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE, organización que esta noche nos congrega, y distinguido académico dedicado a la difusión de las ciencias jurídicas y, dentro de ellas, al arbitraje en el Perú. Esta felicitación la hago extensiva a Ediciones Magna por el atractivo libro que ha editado.

Lima, 30 de abril de 2008

 JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA (*)

Comentario al libro la Ley de Arbitraje de España de 2003

El libro español *Comentario a la Ley de Arbitraje* es una obra que enriquece notablemente el conocimiento global de los seguidores del arbitraje. Autores de primer nivel, pertenecientes a diversas áreas del conocimiento jurídico, han logrado –bajo la dirección de los coordinadores– compilar valiosos comentarios a esta ley que pone a España a la vanguardia en materia de arbitraje –especialmente en arbitraje internacional iberoamericano– mediante la elaboración de un trabajo caracterizado por un espíritu crítico en el que ofrecen una visión global de la nueva regulación española en materia arbitral.

El análisis de la obra abarca cada uno de los títulos de la ley en mención, artículo por artículo; comenzando con el prólogo, escrito por Julio Gonzáles Soria, en donde orienta al lector y lo prepara para conocer las innovaciones y los puntos que serán resaltados por los destacados autores. Ya entrando al contenido de la ley, autores como José María

(*) Presidente del Comité Editor de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE. Socio Principal del Estudio Santistevan de Noriega & Asociados.

Alonso Puig, Alfonso Luis Calvo Caravaca, Alberto Casado Cerviño, Valentín Cortes Domínguez, Eduardo Corral García, Bernardo M. Cremades, Ignacio Díez-Picazo Giménez, Juan Fernández-Armesto, Julio V. Gaviria Sánchez, Ramón Hermosilla Martín, Antonio Hernández-Gil Cienfuegos, Rafael Hinojosa Segovia, Carlos Llorente Gómez de Segura, Javier Mendieta Grande, Luis Muñoz Sabates, José Manuel Otero Lastres, Antonio Pérez de la Cruz Blanco, José Remón Peñalver, Andrés Rigo Sureda, Pedro M. Rubio Escobar, Anxo Tato Plaza entre otros; hacen un exhaustivo análisis no sólo de las implicancias y efectos de cada norma sino también de la realidad –socio-económica y política– en las que nació la ley, antecedentes de vital importancia, así como también la influencia de los demás países en el régimen jurídico del arbitraje.

Es importante destacar la regulación del convenio arbitral interpretada por Bernardo M. Cremades. Sección muy importante donde se concluye que el trato dado al convenio arbitral en la Ley española se caracteriza por su antiformalismo y refleja el espíritu pro-arbitraje que subyace a la nueva legislación arbitral.

Así también, vemos que la nueva ley tiene como una de sus innovaciones más significativas optar por una regulación unitaria del arbitraje interno y del arbitraje internacional –a diferencia de la opción tomada por la ley general de arbitraje que nos rige en el Perú– de manera que, salvo contadas excepciones, los preceptos de la nueva ley española se aplican por igual al arbitraje nacional o al internacional, siguiendo así el sistema monista.

Igualmente, resalta la voluntad de fomentar el arbitraje, especialmente el arbitraje comercial internacional favoreciendo la conversión de España en centro internacional de arbitraje. En coherencia con esto último, se aprecia que la nueva ley incorpora un tratamiento del exequá-tur, comentada en la presente obra por Miguel Virgós Soriano, que supone una notable mejora con respecto a la ley anterior de 1988 poniendo término a la regulación confusa respecto a la ejecución de laudos extranjeros en España.

Junto con la aproximación a relaciones internacionales –especialmente en el área iberoamericana– se puede ver la opción a favor del

arbitraje de derecho, con lo que se sigue la orientación más generalizada en el derecho comparado de dejar establecido que ante ausencia de especificación en el contrato arbitral, el proceso será de derecho y solamente será de conciencia en el caso excepcional en que lo hayan así estipulado las partes. En ello la nueva Ley española se distingue de nuestra ley arbitral y los fundamentos para así hacerlo se encuentran muy bien explicados en el libro que comentamos.

Igualmente merece destacarse la posibilidad de ejecución provisional del laudo. Javier Mendieta Grande nos explica que el desarrollo que se hace de este procedimiento, refleja que así se contribuirá a reducir la presentación de acciones de anulación del laudo que se derivaban exclusivamente a demorar la ejecución del mismo, dañando gravemente a la institución, que tiene como uno de sus fines el resolver la controversia en el plazo más corto posible.

Finalizando la obra, nos presenta la regulación de distintos arbitrajes especiales. Toma en cuenta el arbitraje institucional, internacional, de inversión, de transporte, de consumo, societario, testamentario, de propiedad industrial y la autodisciplina publicitaria.

La nueva ley de arbitraje de España, de fecha 23 de diciembre de 2006, consolida el desarrollo del arbitraje y viabiliza aún más el desarrollo del arbitraje internacional, cumpliendo así cabalmente sus objetivos esenciales. Esta nueva ley se fundó sobre la base de la ley modelo de la CNUDMI/UNCITRAL, donde siguiendo a otras legislaciones internacionales, ha logrado adaptar con bastante éxito y facilidad estas soluciones e inspiraciones a su arbitraje interno, siendo muy escasas las normas que necesitan una regulación distinta.

La UNCITRAL adoptó como instrumento de armonización y perfeccionamiento en materia de arbitraje comercial internacional, no el sistema usual de un tratado internacional, sino la forma de la ley modelo. Por esta vía se busca la uniformidad en la solución de controversias propias del comercio internacional, tendiendo así a desaparecer respecto del arbitraje las diferencias nacionales de los distintos sistemas jurídicos estatales.

“(...) la nueva ley está inspirada básicamente en la ley modelo de 21 de junio de 1985, de la CNUDMI/UNCITRAL que, aunque está concebida específicamente para el arbitraje

comercial internacional, el legislador español, siguiendo el ejemplo de otras recientes legislaciones extranjeras, ha considerado que su inspiración y soluciones son perfectamente válidas, en la mayoría de los casos, para el arbitraje interno, ya que son pocas y muy justificadas las normas en las que se requiere una regulación distinta”(1).

De esta forma se ha producido, en menos de 25 años, un cambio de paradigma en la aceptación del arbitraje internacional en España. Hace un cuarto de siglo, la legislación desconocía los arbitrajes internacionales. La doctrina más cualificada advertía, desde una concepción nacionalista del Derecho, de los riesgos de su aceptación. Los Tribunales se negaban sistemáticamente a ejecutar los laudos dictados en el extranjero. El vuelco no ha podido ser más dramático: No solo es que España ha ratificado, sin reservas, todos los tratados internacionales; no solo es que el Tribunal Supremo alaba el *éxito* y las *eficaces técnicas* del arbitraje internacional y lo apoya sin ambages, sino que el legislador ha adoptado el modelo legislativo del arbitraje internacional, la ley modelo de CNUDMI, y lo ha convertido en el patrón por el que se regulan todos los arbitrajes internos (incluso los no comerciales)(2).

Una de las más grandes ventajas de esta nueva ley –que vemos los iberoamericanos– es que se va a tener acceso –con grandes ventajas e incentivos– al mundo del arbitraje sin tener que recurrir a instituciones de otro contexto cultural e idiomático. Así, la nueva ley se ha puesto a la vanguardia en materia de arbitrajes dando un salto significativo favoreciendo la rapidez, antiformalismo y eficacia –factores imprescindibles de la institución– logrando así que sea lo más autónomo y autosuficiente posible.

“Cabe también señalar que la nueva ley, que, según su exposición de motivos, aspira a representar un salto cualitativo respecto a la anterior de 1988, ha querido incorporar ele-

(1) GONZÁLEZ SORIA, Julio, Prólogo, en: *Comentario a la Ley de Arbitraje*, MARTÍN MUÑOZ, Alberto y HIERRO ANIBARRO, Santiago (Coordinadores), Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2006, p. 13.

(2) FERNÁNDEZ-ARMESTO, Juan, *El arbitraje internacional*, p. 736.

mentos que favorezcan la rapidez, antiformalismo y eficacia, que son factores imprescindibles de la institución, junto a la aspiración que la institución sea lo más autónoma y autosuficiente posible”⁽³⁾.

“En lo que a la regulación del convenio arbitral se refiere (...) debe señalarse que ésta (la LA 2003) se caracteriza por su marcado carácter antiformalista. En este sentido, la exposición de motivos de la LA manifiesta que: *La ley refuerza el criterio antiformalista (...) la voluntad de las partes sobre la existencia del convenio arbitral se superpone a sus requisitos de forma*”⁽⁴⁾.

“La nueva LA de 2003, recogiendo el testimonio de la LA 1988 e inspirándose en la ley modelo de la CNUDMI, aspira a dar una respuesta adecuada a las necesidades del comercio internacional y a hacer del arbitraje una alternativa eficaz al proceso jurisdiccional para la resolución de controversias”⁽⁵⁾.

La nueva ley de España es una obra de obligatoria consulta para árbitros y juristas peruanos debido a que las ventajas y avances de la ley en mención, también son de vital utilidad al Perú ya que es uno de los tantos países que también han acogido como referente a la ley de la CNUDMI/UNCITRAL, perteneciendo así a la misma familia arbitral.

“(...) Asimismo, se aspira (con la LA 2003) a que en las relaciones internacionales, en particular en el área iberoamericana, los operadores económicos puedan utilizar en mayor medida el arbitraje sin tener que acudir a instituciones de un contexto cultural e idiomático diferente”⁽⁶⁾.

(3) GONZÁLEZ SORIA, Julio, cit., p. 13.

(4) CREMADES, Bernardo M., “Del Convenio Arbitral y sus efectos”, en: *Comentario a la Ley de Arbitraje*, DE MARTÍN MUÑOZ, Alberto / HIERRO ANIBARRO, Santiago (coordinadores), Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2006, p. 276.

(5) CREMADES, Bernardo M., cit., p. 322.

(6) *Ibidem*.

“Es curioso ver cómo los países de origen hispánico han heredado esta diferenciación de nuestro Derecho histórico, que sólo 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 esta superación de nuestro Derecho histórico ha radicado la larga marcha jurisprudencial, legislativa y doctrinal en materia de arbitraje en los países de la comunidad hispánica”⁽⁷⁾. ▲

(7) CREMADES, Bernardo M., cit., p. 277.

Noticias Arbitrales

Noticias
Arbitrales



NOTICIAS ARBITRALES

3er. Congreso Peruano Internacional de Arbitraje a realizarse en Lima en abril de 2009

El 29 y 30 de abril de 2009, se llevará a cabo el III Congreso Peruano Internacional de Arbitraje, organizado por la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE y la Cámara de Comercio de Lima, con el objetivo de analizar y debatir los principales cambios que ha traído la nueva legislación arbitral peruana, aprobada por Decreto Legislativo N° 1071 y vigente desde el 1 de setiembre del año pasado, así como acerca de los retos del arbitraje de las inversiones.

Al igual que en años anteriores, se ha convocado a árbitros extranjeros reconocidos a nivel mundial como los doctores Stanimir Alexandrov, Nigel Blackaby, Roque Caivano, Fernando Mantilla Serrano, Joao Bosco, Eduardo Silva Romero, Pedro Martínez-Fraga, Claus von Wobeser, entre otros, quienes estarán acompañadas por expertos nacionales, entre los que se cuenta a los miembros del Consejo Editorial de nuestra revista.

1ra. Conferencia Latinoamericana de Arbitraje a realizarse en Paraguay

Los días 11 y 12 de junio del presente año, en la ciudad de Asunción, considerada como *la capital jurídica del MERCOSUR*, tendrá lugar la 1ra. Conferencia Latinoamericana de Arbitraje, que contará con la presencia de reconocidos árbitros a nivel de América Latina, quienes podrán compartir y discutir acerca de los grandes temas que afectan a la especialidad.

El encuentro es organizado conjuntamente por el Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP), presidido por el Dr. José Moreno Rodríguez, la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP), presidida por el Dr. Diego Fernández-Arroyo, y el INSTITUTO

PERUANO DE ARBITRAJE (IPA), presidido por el Dr. Carlos A. Soto Coaguila, Director de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE.

Conferencia Anual de la CCI sobre Arbitraje Comercial Internacional en América Latina

Bajo el auspicio de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París, del 9 al 11 de noviembre de 2008, se llevó a cabo la 6ta. Conferencia Anual de la ICC, denominada el Arbitraje Comercial Internacional en América Latina: La perspectiva de la ICC, cuyo objetivo central es identificar y aclarar aspectos del arbitraje comercial internacional que resulten particularmente interesantes en casos latinoamericanos, fue ampliamente planteada. Numerosos oradores –entre los que destacó el Dr. Horacio Orejera Naón distinguido árbitro y profesor de American University- ponderaron las novedades de la nueva ley arbitral del Perú frente a un auditorio de árbitros y especialistas de diversos países latinoamericanos, europeos y norteamericanos entre los que se contaba una nutrida participación peruana.

I Curso Integral de Análisis de la Ley Peruana de Arbitraje

Del 18 de noviembre al 15 de diciembre de 2008, se llevó a cabo el I Curso Integral de Análisis de la nueva Ley Peruana de Arbitraje, organizado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. El objetivo de este curso fue brindar los alcances de las instituciones principales previstas en el Decreto Legislativo N° 1071, así como precisar y aclarar temas de aplicación.

El curso, dividido en 11 sesiones, congregó a los mejores expositores nacionales en materia arbitral.

Who's Who Legal reconoce Árbitros Top del Perú

La prestigiosa revista Who's Who Legal ha publicado recientemente The International Who's Who of Commercial Arbitration 2009, identificando 467 expertos en 63 jurisdicciones alrededor del mundo: En la lista de árbitros encontramos a seis distinguidos juristas peruanos: Jorge Avendaño, Fernando Cantuarias, Javier de Belaunde, Juan Guillermo Lohmann, Roberto G. Mac Lean y Felipe Osterling.

La REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE se honra nuevamente con el reconocimiento realizado por Who's Who Legal al doctor Fernando Cantuarias Salaverry, miembro de nuestro Comité Editor (el doctor Cantuarias viene siendo distinguido desde el año 2006).

Chambers and Partners reconoce Firmas de Abogados líderes en Arbitraje y Litigios del Perú

Según la prestigiosa Revista londinense Chambers and Partners las Firmas de Abogados de mayor reconocimiento y prestigio en Arbitraje y Litigios son: Bullard, Falla, Ezcurra Abogados; Estudio Echeopar; Miranda & Amado Abogados; Rodrigo, Elías & Medrano Abogados; Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Luna-Victoria Abogados; Estudio Ferrero; Payet, Rey, Cauvi; y Rebaza, Alcazar & De las Casas Abogados Financieros.

Practical Law Company reconoce Abogados Top en Arbitraje del Perú

Según esta prestigiosa publicación el líder en arbitraje en el Perú es el Dr. Alfredo Bullard González, miembro del Comité Editor de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE. La revista también considera como abogados recomendados en la resolución de disputas a los doctores Fernando Cantuarias Salaverry (miembro de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE, Fernando de Trazegnies Granda, Javier de Belaunde, Shoschana Zusman, José Daniel Amado, Jorge Avendaño, Guillermo Lohmann, entre otros.

Desayunos Arbitrales del Capítulo Peruano del Club Español de Arbitraje

Continuando con la tarea académica de difundir el arbitraje en el Perú, el Capítulo Peruano del Club Español de Arbitraje inició en el 2008 sus Desayunos Arbitrales.

A la fecha se han realizado cinco reuniones de trabajo, en las cuales de una forma amena y privada, los más reconocidos juristas y árbitros peruanos conjuntamente con invitados extranjeros, se han reunido para debatir y analizar diferentes tópicos de la doctrina arbitral.

El día 31 de julio se llevó a cabo el primer encuentro, el que contó con la participación del Dr. Alfredo Bullard González, Presidente de la Comisión Redactora de la Ley de Arbitraje; quien expuso las novedades de la nueva ley. Dicho evento resultó sumamente interesante, motivo por el cual se realizó un segundo Desayuno el día 8 de agosto.

Continuando con los Desayunos, el 12 de setiembre se contó con la participación del Dr. Cristian Conejero Roos (Consejero de la reconocida forma europea Cuatrecasas, son sede en París, y ex Consejero de la CCI). El Dr. Conejero desarrolló el tema: Partes no signatarias en el convenio arbitral (Artículo 14 de la Nueva Ley Peruana).

A modo de término del ciclo de reuniones para el año 2008, el día 24 de octubre, la Dra. Ana María Arrate Arisnabarreta (socia del Estudio Echeopar) dirigió la cuarta sesión con el tema de su especialidad: Medidas Cautelares en el Arbitraje.

Y por resultar dichas reuniones muy fructíferas y de gran éxito, el 29 de enero de este año se inició el nuevo ciclo de Desayunos, teniendo como expositor al Dr. Samuel Abad Yupanqui (socio del Estudio Echeopar), que habló sobre: El Proceso de Amparo contra Laudos Arbitrales; un tema de gran debate e interés en la comunidad jurídica.

Mesa de Diálogo sobre Inversiones y Arbitraje en China, en el marco del APEC

El 7 de noviembre de 2008, el Centro de Arbitraje de Amcham Perú en conjunto con *China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC)* organizó una Mesa de Diálogo sobre Inversiones y Arbitraje en China en el marco del APEC.

La delegación china estuvo compuesta por Mr. Wang Chengjie, Secretario General Adjunto de CIETAC, Mr. Cai Hongda, Secretario General Adjunto de China Maritime Arbitration Comisión (CMAC), Mr. Ming Xingheng, Director del Departamento Financiero de CIETAC, Mr. Gu Yan, Director Adjunto del Departamento de Registro y Consulta de CIETAC y Ms. Yang Fan, Secretaria del Departamento de Registro y Consulta de CIETAC. Mr. Wang Chengjie expuso sobre la regulación y desarrollo del arbitraje en China así como el importante rol que cumple CIETAC.

Luego se inició un diálogo abierto con el Vicepresidente de la Corte de Arbitraje, doctor Alfonso de los Heros, el Secretario General del Centro, doctor Roger Rubio, el doctor Franz Kundmüller, miembro de la Lista de Árbitros del Centro y representantes de los Estudios de Abogados e instituciones que asistieron.

Conferencia sobre el Manejo de Disputas Comerciales y los Riesgos Comerciales en América Latina

Organizada por Juris Conference LLC y bajo la coordinación de José Astigarraga, se llevó a cabo en Miami, el 23 y 24 de octubre de 2008, la conferencia internacional de la referencia. En ella se abordaron temas relativos al manejo de las disputas comerciales y los riesgos legales en América Latina. Junto con la participación de distinguidos abogados norteamericanos y latinoamericanos, árbitros de ambos sistemas legales y abogados corporativos de Estados Unidos, Canadá, México, Brasil, Costa Rica, República Dominicana,

Argentina, Chile y Venezuela intervino el Dr. Jorge Santistevan de Noriega presentando su experiencia en la resolución de controversias jurídicas y arbitrales sometidas a riesgos políticos en el Perú.

➔ **7ma. Conferencia en Miami sobre Arbitraje Internacional**

Organizada por el Centro Internacional para la Resolución de Controversias (conocido por sus siglas en inglés ICDR) se llevó a cabo el 13 de marzo la 7ma Conferencia Internacional de Miami sobre Arbitraje Internacional en torno al tema: “Incrementando el Papel de los Abogados Corporativos en la Resolución de Controversias Internacionales.” Ante un auditorio especializado de participantes de Norteamérica, El Caribe y América Latina disertó como invitado especial el doctor José Miguel Insulza, secretario General de la OEA, sobre las perspectivas del Comercio con América Latina.

➔ **Conferencia sobre Arbitraje en China relacionado con América Latina realizada en Miami**

El 12 de noviembre de 2008 se llevó a cabo en la ciudad de Miami la Conferencia “Abriendo las Puertas del Arbitraje en China Relacionado con América Latina”. organizada por la *China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC)*, la Asociación Florida-China Inc. y los estudios Holland-Knight (Pekín) y Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez (Venezuela). En ella se desarrollaron diversos aspectos de las relaciones comerciales entre China y Latinoamérica, destacando la presentación llevada a cabo por el Asesor Jurídico del Banco Interamericano de Desarrollo Dr. Jim Spinner sobre las perspectivas de China como socio comercial de los países latinoamericanos. La presentación de las características del arbitraje en América Latina estuvo a cargo de los doctores Jorge Santistevan de Noriega del Perú y Eduardo Zuleta Jaramillo de Colombia.

➔ **Taller sobre Daños en el Arbitraje Internacional realizado en México**

En México en materia de arbitraje internacional se llevó a cabo el 5º Taller ITA-CANACO, los días 1 y 2 de abril del presente año sobre el tema: daños en el arbitraje internacional: estrategias, técnicas y presentación

En dicha oportunidad se abordaron las estrategias y técnicas para la presentación de daños y costas en el arbitraje internacional. Para el encuentro se contó con la participación de expertos panelistas en arbitraje internacional a nivel mundial, así como con la presencia de una gran cantidad de árbitros a nivel internacional.

Dicho evento fue precedido por la 2ª Mesa Redonda para Jóvenes Árbitros, que permitió que colegas menores de cuarenta años se congreguen a discutir y buscar un aprendizaje en conjunto.

➔ **INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE publica importantes textos sobre Arbitraje**

El INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE, presidido por el Dr. Carlos Soto Coaguila, ha realizado un importante esfuerzo editorial y pone a disposición de toda la comunidad arbitral dos textos sobre arbitraje.

El primero, es el texto ordenado del *Decreto Legislativo N°1071 - Nueva Ley Peruana de Arbitraje*, que reúne el texto íntegro de la Ley de Arbitraje y la fe de erratas publicada con posterioridad a la promulgación de la ley. En esta obra el lector encontrará un índice detallado de cada uno de los artículos facilitando así la tarea de los operadores y usuarios del arbitraje.

La segunda publicación, es el segundo volumen de la Colección de lujo sobre *Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión*. Este tomo reúne aproximadamente 50 trabajos sobre la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales.

De este modo el INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE continúa con el compromiso académico asumido.

➔ **Iniciativa Arbitral del Ministerio de Justicia**

Mediante Decreto Supremo N° 016-2008-JUS, el Ministerio de Justicia ha puesto en marcha el programa “Arbitra Perú”, una iniciativa dirigida a proporcionar alternativas flexibles, eficientes y que no impliquen un gasto elevado para la solución de conflictos relativos a incumplimientos de contratos, pago de deudas, desalojos, indemnizaciones, contrato de seguros, contratos financieros, contratos de inversión, conflictos laborales, comerciales e indemnizaciones por daños, entre otros. Cabe destacar que los arbitrajes que las partes soliciten no deben superar las 20 Unidades Impositivas Tributarias, es decir 70,000 nuevos soles. Para brindar mayor eficacia al proyecto ya se ha aprobado el Estatuto y el Reglamento Arbitral del Centro de Arbitraje Popular del Ministerio de Justicia (Resolución Ministerial N° 0639-2008-JUS).

➔ **Actividades Académicas sobre Arbitraje en el mundo**

A nuestros lectores, informamos los eventos académicos que sobre Arbitraje se llevarán a cabo en diferentes países del mundo (Mayor información: www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/newsletter/). ▲

Sobre los Autores

Sobre
los Autores



SOBRE LOS AUTORES

(Por orden alfabético)

✓ **PEDRO A. BATISTA MARTINS** (*Brasil*)

Profesor – Escuela de Derecho de la Fundación Getúlio Vargas (Rio de Janeiro). Profesor invitado de Derecho Comercial – Escuela de Magistrados del Estado de Rio de Janeiro – EMERJ. Es coordinador de Cursos de Postgrado en Arbitraje de la Fundación Getúlio Vargas (Rio de Janeiro y San Pablo), sus principales publicaciones son: “Notas sobre la Ley de Arbitraje” – Editorial Forense (2008); “Arbitraje: Estudios en Homenaje al Prof. Guido Fernando da Silva Soares, *In Memoriam*” – Editorial Atlas - 2007 (Coord.: Pedro A. Batista Martins; Selma Lemes y Carlos Alberto Carmona); «Aspectos Fundamentales de la Ley de Arbitraje» – Editorial Forense – 1999 (con Selma Lemes y Carlos Alberto Carmona) y «Aspectos Jurídicos de la Arbitraje Comercial en Brasil» – Editorial Lumen Juris – 1989 (Premio Tullio Ascarelli).

✓ **EDUARDO FERRERO COSTA** (*Perú*)

Es abogado y doctor en derecho graduado en la Universidad Católica del Perú. Actualmente es socio del Estudio Echeopar; abogado del Perú en el caso sobre delimitación marítima seguido contra Chile ante la Corte Internacional de Justicia; Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico y Presidente del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Peruano Americana. El doctor Ferrero ha sido Ministro de Relaciones Exteriores del Perú, Embajador del Perú en los Estados Unidos de América y Presidente del Centro Peruano de Estudios Internacionales CEPEI, entre otros cargos ocupados en el país y en el extranjero. Es autor de diversos libros y artículos académicos sobre temas de Derecho Internacional.

✓ **PEDRO J. MARTÍNEZ-FRAGA** (*España*)

Es graduado de St. John's College, Annapolis, (BA 1984) (*Summa Cum Laude*), *Columbia University* (JD 1987) (*Harlem Fiske Stone Scholar*), Director del Departamento Procesal respecto a Arbitraje Internacional y Litigios Internacionales en América Latina y el Estado de La Florida del despacho *Squire, Sanders & Dempsey L.L.P.*, Presidente del *Global Dispute Resolution Center* de la Fundación Maiestas, Profesor visitante de la Universidad de Navarra, Pamplona, España. Profesor adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Miami, autor de numerosos artículos sobre el Derecho Privado Internacional, y de 4 libros abordando este mismo tema. Ha dado conferencias en aproximadamente 15 universidades fuera de Estados Unidos. Es abogado designado por el Tribunal Criminal Internacional de la Haya como calificado a representar víctimas y acusados. Socio de *Squire, Sanders & Dempsey L.L.P.*

✓ **FELIPE OSTERLING PARODI** (*Perú*)

Abogado y doctor en Derecho, graduado en la Universidad Católica del Perú, con estudios de postgrado en *New York University*. Profesor principal en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica y profesor honorario de diversas universidades del Perú. Ha sido Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, Presidente de la Comisión Reformadora del Código Civil (1971-1984), Socio del estudio Osterling. Presidente de la Academia Peruana de Derecho y actualmente Académico de Número, así como Académico correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Argentina. Ha sido Ministro de Justicia, Senador de la República y Presidente del Senado y del Congreso de la República y Decano del Colegio de Abogados de Lima. Es miembro de los Consejos Consultivos de diversas universidades del Perú, y miembro titular de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional. Ha publicado libros y artículos sobre derecho, política y autobiográficos.

✓ **JAN PAULSSON** (*Francia*)

Reconocido Árbitro Internacional. Socio de *Freshfields Bruckhaus Deringer*, París-Francia. Presidente del Tribunal Arbitral del Centro-CIADI. Profesor de Derecho Internacional en la Universidad de Dundee. Arbitro Ad-hoc panel de apelaciones en los Juegos Olímpicos de Atlanta (1996), Sydney (2000). Miembro del Comité de Redacción para 1994 sobre Arbitraje Comercial Internacional de Viena. Abogado o árbitro en unos 400 procedimientos arbitrales en todos los principales países de Europa, así como en Asia y los Estados Unidos. Profesor Honorario de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Ha publicado ampliamente en el ámbito del arbitraje comercial internacional, es co-autor de la obra clásica *International Commercial Arbitration* (Craig, Park and Paulsson).

✓ **GUSTAVO PAREDES CARBAJAL** (Perú)

Abogado, especialista en Derecho de la Construcción, Contratación Pública y Resolución Alternativa de Disputas. Maestría de Derecho de Empresa de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Programa de Especialización en Resolución Alternativa de Disputas en *Paul Herbert Law Center of Louisiana State University*. Profesor de la Facultad de Derecho y Post Grado para el Diplomado de Derecho de la Construcción de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Miembro de la *International Bar Association (IBA)* – Sección de Proyectos Internacionales de Construcción y Resolución de Disputas. Ponente invitado por el Comité de Contratación Pública de la Barra Mexicana. Colegio de Abogados de México.

✓ **GUILLERMO SÁNCHEZ BRAVO** (Perú)

Abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Master en Derecho Internacional de los Negocios por la *Université Jean Moulin, Lyon III*, Francia. Es profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Ha publicado diversos artículos sobre arbitraje local e internacional. Se desempeñó como funcionario en la Secretaría General de Telefónica del Perú S.A.A. y como Consultor del BID para diferentes proyectos impulsados por la Presidencia del Consejo de Ministros. En la actualidad integra el Estudio Rosselló como abogado asociado.

✓ **JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA** (Perú)

Abogado y Doctor en Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios de postgrado en Derecho Comparado en *el Inter American Law Institute (Law School, New York University)* y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Wisconsin en el Programa Cooperativo con la PUCP. Profesor de las Facultades de Derecho de la PUCP, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) y de la Universidad de Lima, así como en las maestrías de Derecho Empresarial de la PUCP y de la UPC, así como de Derecho Internacional Económico a cargo de cursos de arbitraje e inversión extranjera y contratación con el Estado. 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. Fundador en 1991 de Santistevan de Noriega & Asociados, estudio de abogados especializado en arbitraje. Ejerce como abogado, árbitro y consultor internacional. Miembro de la Corte de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara Peruano Norteamericana de Comercio AMCHAM y árbitro inscrito en las listas de árbitros del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y de los centros de arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, Cajamarca, Piura y Chiclayo.

✓ **MARÍA DEL CARMEN TOVAR GIL** (*Perú*)

Es abogada con estudios de especialización en la Universidad Complutense de Madrid. Es master en Derecho Internacional Económico de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente es socia del Estudio Ehecopar. Ha sido directora de varias empresas del Estado del sector electricidad y participado activamente tanto en la privatización de las empresas de generación eléctrica y de telecomunicaciones. Es árbitro de la Cámara de Comercio de Lima, AMCHAM y CONSUCODE con experiencia como árbitro y como abogada de arbitrajes nacionales e internacionales. Experta en derecho internacional privado ha dictado el curso por más de 15 años. Es autora del Libro *Derecho Internacional Privado* y de diversas publicaciones sobre materia de relaciones privadas internacionales.

✓ **FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA** (*Perú*)

Abogado y Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Arbitro nacional e internacional. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho, de la Academia Peruana de la Lengua y la Academia Nacional de Historia, así como Miembro correspondiente de la Real Academia de la Historia de España, de la Academia Nacional de la Historia de Argentina, del Instituto de Investigaciones en Historia del Derecho de Argentina, del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano y de la Sociedad Chilena de Historia y Geografía (2006). Socio del Estudio de Trazegnies, Abogados. Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y antiguo Decano de dicha Facultad. Profesor Honorario y Doctor *Honoris Causa* de varias Universidades del Perú. Autor de un importante tratado en materia de responsabilidad extracontractual. Fue el exitoso negociador a nombre del Perú para solucionar el problema casi bicentenario de fronteras que sostenían el Perú y el Ecuador y que dio lugar a varias guerras entre ambos países; y luego, como Ministro de Relaciones Exteriores, firmó el Acuerdo Definitivo de Paz con Ecuador y el Acta que terminó con las secuelas aún pendientes de la Guerra del Pacífico con Chile de 1879.

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 octavo número de nuestra revista:

Amprimo Abogados	Estudio Blume & Abogados
Arbitre Sistemas Arbitrales Integrales	Estudio Cassina Abogados S.C.
Arnold & Porter LLP	Estudio Echeopar Abogados
Cámara de Comercio Americana del Perú – AmCham Perú	Estudio Hernández & Cía.
Cámara de Comercio de Lima	Estudio Paitán & Asociados Abogados
Coronel & Pérez Abogados	Estudio Navarro Sologuren, Paredes, Gray Abogados
Dechert LLP	Estudio Muñiz, Ramírez Pérez- Taiman & Luna-Victoria Abogados
Delmar, García, Peschiera & Ugarte abogados	Estudio Olaechea
Derains Gharavi & Lazareff	Estudio Oré Guerrero Abogados
Estudio Alegría, Buey Fernández, Fissore & Montemerlo	Estudio Rodríguez - Larraín Abogados

AGRADECIMIENTOS

Estudio Rubio, Leguía, Normand & Asociados	Montezuma abogados
Estudio Sergio Salinas Rivas - Abogados	Moreno Baldivieso & Asociados
García Sayan Abogados	Payet, Rey, Cauvi Abogados
Lema, Solari & Santivañez Abogados	Pizarro, Botto & Escobar Abogados
LMZ & consultores	Quevedo & Ponce
Ludowieg, Andrade & Asociados, abogados	Rodrigo, Elías & Medrano Abogados
Marc Perú - Asociación para la prevención y solución de conflictos	Rosselló Abogados
Miranda & Amado Abogados	Shearman & Sterling LLP
	Vega & Sologuren Abogados
	Villavicencio, Meza & Rivera - Abogados

Las personas interesadas en colaborar con la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE pueden hacer llegar sugerencias, comentarios, noticias, artículos, laudos arbitrales o decisiones judiciales a los siguientes correos electrónicos: jorge@santistevandenoriega.com; y csoto@munizlaw.com

El Comité Editor agradece todo envío sin comprometerse a su publicación.

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

Índice General

Índice
General



ÍNDICE GENERAL

<i>Contenido</i>	v
<i>Presentación</i>	ix

DOCTRINA

¿Cómo mejorar los laudos internacionales sin minar el sistema?

JAN PAULSSON (*Francia*)

1. Las preguntas eternas no tienen respuestas	5
2. Correcciones naturales	11
3. La ilusión de una cura	14
4. La promesa de la transparencia	15

Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: Expresión de la inevitabilidad del arbitraje

JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA (*Perú*)

1. Convenio arbitral: <i>¿Ad solemnitatem o ad probationem?</i>	18
2. El convenio arbitral como piedra angular del arbitraje	22

3.	Situaciones en las que la formalidad del convenio atenta contra la inevitabilidad del arbitraje	23
4.	Obligatoriedad de los contratos y su efecto relativo aplicado al convenio arbitral	28
5.	¿Cuándo y cómo se ha admitido la extensión del convenio arbitral a los no signatarios?	32
5.1.	Los aportes de la jurisprudencia francesa	35
5.1.1.	<i>La doctrina de los grupos de sociedades y la extensión en el caso de subsidiarias</i>	35
5.2.	Los aportes de la jurisprudencia norteamericana y los cinco supuestos del Caso Thomson	37
5.2.1.	<i>Incorporación por referencia</i>	38
5.2.2.	<i>Asunción de obligaciones (assumption)</i>	38
5.2.3.	<i>Relación de agencia (agency)</i>	38
5.2.4.	<i>Razgamiento del velo societario (veil piercing/alter ego)</i>	38
5.2.5.	<i>Estoppel/equitable estoppel</i>	39
5.2.6.	<i>Cesión de posición contractual. (Assignment)</i>	39
5.2.7.	<i>Estipulación en beneficio de tercero/ Third party beneficiary</i>	40
5.2.8.	<i>Grupo de sociedades</i>	40
6.	¿Se trata de terceros o más bien de partes no signatarias?	40
7.	¿Se deja de lado el consentimiento como elemento fundamental para la extensión del convenio arbitral?	41
8.	Los contornos del artículo 14 de la ley arbitral peruana	42
8.1.	Excepcionalidad para aplicar la realidad por encima de las formalidades jurídicas	42
8.2.	La inferencia para extender el convenio arbitral a los no signatarios	43
8.3.	El principio de la buena fe aplicable a los dos supuestos de hecho que contiene el artículo 14	44

8.4. Los supuestos de hecho del artículo 14	46
8.4.1. <i>Cuando de la conducta del no signatario (participación activa y de manera determinante) permite inferir de buena fe el consentimiento de someterse al convenio arbitral</i>	46
8.4.2. <i>Cuando la conducta del no signatario (pretensión de derivar derecho o beneficios conforme a los términos del contrato) permite inferir de buena fe la necesidad de someterse al convenio arbitral</i>	47
9. Conclusión	47

La obtención y revelación de documentos e información en el proceso civil estadounidense (Discovery) y su influencia en la convergencia de culturas jurídicas en el arbitraje internacional

PEDRO J. MARTÍNEZ-FRAGA (EE.UU.)

1. Introducción	52
2. Normas fundamentales sobre la obtención y revelación de documentos e información en el código federal de procedimiento civil	55
2.1. La Norma 26: ¿Pauta de flexibilidad o de legitimidad del abuso?	55
3. La norma 27: declaraciones juradas antes de ser interpuesta la demanda o durante el proceso de apelación	60
3.1. La Norma 30: Declaración Jurada	63
3.2. La Norma 31: Declaración jurada por escrito	65
3.3. La Norma 33: Interrogatorios	65
3.4. La Norma 34: Divulgación de documentos e inspección de propiedad y otras cuestiones	68
3.5. La Norma 36: Peticiones para confesiones	70
3.6. Orden al caos	70
4. El arbitraje y el tema de la convergencia de culturas jurídicas	72

4.1. Convergencia en la obtención y revelación de documentos e información	73
4.2. Unas palabras sobre la práctica de la prueba (Taking of Evidence) de la IBA	77
5. La reestructuración radical de la revelación y la práctica de las pruebas en los arbitrajes comerciales internacionales	78
5.1. Los elementos de la Sección 1782	78
6. La nueva configuración de la revelación de documentos causada por Intel Corp. V. Advanced Micro Devices	79
6.1. La Sección 1782 en el contexto de arbitrajes internacionales	81
6.2. Un nuevo desarrollo jurisprudencial: In Re: Aplicación of Roz Trading Ltd.	83
6.3. In Re: Patricio Clerici; creando nuevas pautas	88
7. La fragmentación del proceso judicial, como estructura y objeto de convergencia cultural jurídica	91
8. Notificación de comparecencia al proceso judicial	91
8.1. Jurisdicción sobre la persona y jurisdicción sobre la materia	92
9. Observaciones sobre la Norma federal Decimosegunda y la fragmentación procesal	96
9.1. La doctrina de Forum Non Conveniens: Un perfil escueto	97
9.2. Actores de interés privado	98
9.3. Factores de interés público	99
9.4. El foro propuesto como alternativa tiene que ser adecuado	99
10. Conclusión	100

Métodos adjudicativos prearbitrales en la solución de reclamos en construcción: Un acercamiento a los Dispute Boards

GUSTAVO PAREDES CARBAJAL (*Perú*)

1. Introducción	103
-----------------------	-----

2.	Planteamiento del Problema	105
3.	Métodos Adjudicativos de solución de controversias	107
3.1.	Definición	107
3.2.	Clases	107
4.	Dispute Boards (DBs)	108
4.1.	Sus orígenes	109
4.2.	Su reconocimiento internacional.....	111
4.3.	Clases de Dispute Boards	111
4.3.1.	<i>Dispute Review Board (DRB)</i>	112
4.3.2.	<i>Dispute Adjudication Board (DAB)</i>	112
4.3.3.	<i>Combined Dispute Board (CDB)</i>	113
4.3.4.	<i>Otras Formas</i>	114
4.4.	Atributos de los Dispute Boards	115
4.5.	Los expertos y sus funciones	116
5.	El Dispute Adjudication Board y sus diferencias con otros ADR	118
6.	La experiencia peruana con los DB	120
7.	Conclusión	121

Panorámica sobre las pruebas en el arbitraje

PEDRO A. BATISTA MARTINS (*Brasil*)

1.	Introducción	123
1.1.	Prueba. Regla general	125
2.	Los hechos y las pruebas	125
2.1.	Pruebas directas e indirectas	126
2.2.	Indicios y presunción	128
3.	La admisibilidad de la prueba	130

4.	Corresponde al árbitro examinar la admisibilidad de la prueba	131
5.	Documento confidencial obtenido por una de las partes	142
6.	La valoración de la prueba	148
6.1.	Sistema de la prueba legal	152
6.2.	Valoración de la prueba en el arbitraje internacional	153
7.	Conclusión	155

**La soberanía estatal y los límites al
estado de necesidad en el arbitraje
de inversiones internacionales**

GUILLERMO SÁNCHEZ BRAVO (*Perú*)

1.	Introducción	157
2.	Algunos apuntes generales sobre la soberanía y la globalización	159
3.	<i>Estado de necesidad</i> en el derecho internacional consuetudinario y su aplicación en el arbitraje sobre inversiones	161
4.	Los eventuales desencuentros de la costumbre internacional y el artículo ix del BIT Argentino-Americano respecto al <i>estado de necesidad</i>	166
4.1.	Sobre el Artículo IX del BIT Argentino-Americano y el <i>Estado de Necesidad</i>	166
4.2.	El carácter self-judging del Artículo IX del BIT Argentino-Americano	169
4.3.	Sobre el inconsistente tratamiento dado a los alcances del BIT Argentino-Americano y a la costumbre internacional respecto al <i>Estado de Necesidad</i>	171
5.	El <i>Estado de Necesidad</i> en los BIT y demás tratados comerciales que ha suscrito el Perú	174
6.	A modo de conclusión	178

LAUDO ARBITRAL NACIONAL

▲ Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE)	
Caso Arbitral	
Demandante: Maquinaria Nacional SA	
Demandado: Dirección de Salud del Callao	183

LAUDO ARBITRAL INTERNACIONAL

▲ Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)	
Caso CIADI N° ARB/06/13	
Demandante: Aguaytía Energy LLC	
Demandado: República del Perú	203
Comentario al Caso CIADI N° ARB/06/13	
El Laudo del caso República del Perú con Aguaytía Energy LLC	
MARÍA DEL CARMEN TOVAR GIL (Perú)	
EDUARDO FERRERO COSTA (Perú)	247
1. La Controversia	248
2. El Régimen de Promoción de la Inversión en el Perú y los Convenios de Estabilidad Jurídica	248
3. Factibilidad de usar la Cláusula de Solución de Controversias del Convenio de Estabilidad Jurídica para resolver la Controversia	251
4. La Estrategia del Caso Aguaytía	252
5. Las Razones del Tribunal para Amparar la Defensa de La República del Perú	253
6. Las Diferencias entre los Laudos de los casos Aguatía y Duke	256
7. Lecciones del Resultado del Caso para la República	259

DECISIONES CONSTITUCIONALES Y JUDICIALES

▲	Corte Superior de Justicia de Lima - Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial	
	- Anulación de Laudo Arbitral	
	Expediente : 2273-2006	
	Demandante : Ministerio de Educación	
	Demandado : Gino Carlos Enrique Salinas Olivera	263
	- Anulación de Laudo Arbitral	
	Expediente : 2542-2006	
	Demandante : Minera Chan Chan SAC	
	Demandado : S.M.R.L. Casablanca 1	275
	- Anulación de Laudo Arbitral	
	Expediente : 908-2006	
	Demandante : Tres Palmeras SA	
	Demandado : Global Entertainment Group SAC	281
	- Anulación de Laudo Arbitral	
	Expediente : 2517-2007	
	Demandante : Corporación Hotelera Metor SA	
	Demandado : Pablo Hugo Torres Arana	283

COMENTARIOS BIBLIOGRÁFICOS

Presentación del Libro: "Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión. El Arbitraje en el Perú y en el Mundo"	
(Director: Carlos A. Soto Coaguila)	
FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA (<i>Perú</i>)	287
FELIPE OSTERLING PARODI (<i>Perú</i>)	297
Comentario al libro la Ley de Arbitraje de España de 2003	
JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA (<i>Perú</i>)	303

NOTICIAS ARBITRALES	311
SOBRE LOS AUTORES	319
AGRADECIMIENTOS	325
ÍNDICE GENERAL	329

Esta revista se terminó de imprimir en Magna Ediciones
en el mes de marzo de 2009





ISSN 1819-7019



9 771819 701006 >