



REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE

COMITÉ EDITOR

JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA
(PRESIDENTE)

FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY

FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI

PAOLO DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO

CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA
(DIRECTOR EJECUTIVO)

DOCTRINA

Arbitraje y jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú
JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA (PERÚ)

Requisitos para ser árbitro
FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY (PERÚ)

La independencia e imparcialidad de los árbitros
JOSÉ MARÍA ALONSO (ESPAÑA)

Planteos de inconstitucionalidad en el arbitraje
ROQUE J. CAIVANO (ARGENTINA)

Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos
ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ (PERÚ)

Arbitrajes mixtos y ley aplicable en el TLC - Países Andinos con USA
FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI (PERÚ)

Introducción a los requisitos *rationae materiae* y *rationae personae* del arbitraje bajo el Convenio CIADI
C. IGNACIO SUÁREZ ANZORENA (ARGENTINA)

La jurisdicción *ratione temporis* en arbitrajes bajo los Tratados Bilaterales de Inversiones
PAOLO DI ROSA (EE. UU.)

El arbitraje internacional CIADI y la protección de las inversiones. Nuevas tendencias y alcances de los BITs
GUILLERMO SÁNCHEZ BRAVO (PERÚ)

Tratamiento del arbitraje internacional en la vigente legislación española de arbitraje
MARTA GONZALO QUIROGA (ESPAÑA)

¿Por qué España? Razones para elegir España como sede de arbitrajes internacionales
JOSÉ ANTONIO CAÍNZOS (ESPAÑA)

LAUDOS ARBITRALES DEL CONSUCODE Y DEL CIADI

DECISIONES CONSTITUCIONALES Y JUDICIALES

2 / 2006





REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE

COMITÉ EDITOR

JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA

(PRESIDENTE)

FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY

FRANZ KUNDMÜLLER CAMINTI

PAOLO DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO

CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA

(DIRECTOR EJECUTIVO)

2 / 2006



DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO N° 822

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

© 2006, Revista Peruana de Arbitraje

© 2006, Jorge Santistevan de Noriega
Fernando Cantuarias Salaverry
Franz Kundtüller Caminiti
Paolo del Aguila Ruiz de Saracourcio
Carlos Alberto Soto Craguilla
(Comité Editor)

Katty Mendoza Murgado
Sofía Nathalie Tequén Córdoba
(Asistentes)

Esteban Alvarado Yanac
(Editor)

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

Composición e Impresión *Laser Graf Alvarado*

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

ISSN 1819-7019

Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

LIMA

Jr. Lampa 1221 - Cercado de Lima
Tlf: (51-1) 427 3147
Telefax: (51-1) 427 6038
grijley@terra.com.pe

Jr. Azángaro 1077 - Cercado de Lima
Tlf: (51-1) 321 0258
libreria_grijley@speedy.com.pe

TRUJILLO

Jr. Pizarro 540
Telefax: (044) 471640 / Celular: (044) 967 6885
grijley_trujillo@speedy.com.pe

CHICLAYO

San José 1067
Tlf.: (074) 204146

AREQUIPA

Santa Martha 304 - Of. 103
Tlf.: (054) 288 379 / Celular: (054) 929 6700

CONTENIDO

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

DOCTRINA

✧ Arbitraje y jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA (<i>Perú</i>)	15
✧ Requisitos para ser árbitro FERNANDO CANTUARAS SALAVERRY (<i>Perú</i>)	67
✧ La independencia e imparcialidad de los árbitros JOSÉ MARÍA ALONSO (<i>España</i>)	97
✧ Planteos de inconstitucionalidad en el arbitraje ROQUE J. CAIVANO (<i>Argentina</i>)	107
✧ Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ (<i>Perú</i>)	155
✧ Arbitrajes mixtos y Ley aplicable en el TLC - Países Andinos con USA FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI (<i>Perú</i>)	227
✧ Introducción a los requisitos <i>rationae materiae</i> y <i>rationae personae</i> del arbitraje bajo el Convenio CIADI C. IGNACIO SUÁREZ ANZORENA (<i>Argentina</i>)	251

⤴	La jurisdicción <i>ratione temporis</i> en arbitrajes bajo los Tratados Bilaterales de Inversiones PAOLO DI ROSA (<i>Estados Unidos de Norteamérica</i>)	289
⤴	El arbitraje internacional CIADI y la protección de las inversiones. Nuevas tendencias y alcances de los BITs GUILLERMO SÁNCHEZ BRAVO (<i>Perú</i>)	331
⤴	Tratamiento del arbitraje internacional en la vigente legislación española de arbitraje MARTA GONZALO QUIROGA (<i>España</i>)	349
⤴	¿Por qué España? Razones para elegir España como sede de arbitrajes internacionales JOSÉ ANTONIO CAÍNZOS (<i>España</i>)	377

LAUDOS ARBITRALES NACIONALES

Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE)

⤴	Expediente Arbitral N° 080-2004/SNCA-CONSUCODE Demandante: Urgencia Postal S.A. Demandado: Empresa Peruana de Servicios Editoriales S.A. (Editora Perú) Materia: Indemnización por daños	435
⤴	Expediente Arbitral N° 149-2003/SNCA-CONSUCODE Demandante: Superconcreto del Perú S.A. Demandado: Municipalidad Provincial de Piura Materia: Resolución de contrato	475

LAUDOS ARBITRALES INTERNACIONALES

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

⤴	Caso Nro. ARB (AF) / 97 / 1 Demandante: Metalclad Corporation Demandado: Estados Unidos Mexicanos	493
---	--	-----

✧ Caso Nro. ARB (AF) / 97 / 2 Demandante: Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca Demandado: Estados Unidos Mexicanos	525
--	-----

DECISIONES CONSTITUCIONALES Y JUDICIALES

Tribunal Constitucional

✧ Exp. N° 6167-2005-PHC/TC - LIMA Fernando Cantuarias Salaverry	561
✧ Comentario de la Sentencia del Tribunal Constitucional: «Los dilemas de constitucionalizar el arbitraje» J. DOMINGO RIVAROLA REISZ (<i>Perú</i>)	577

Corte Superior de Justicia de Lima

✧ Anulación de Laudo Arbitral Exp. N° 598-2003 Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Demandante: Ministerio de Transportes y Comunicaciones Demandado: Telefónica del Perú S.A.A. y otro	583
✧ Anulación de Laudo Arbitral Exp. N° 384-2003 Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Demandante: Distribución Eléctrica de Lima Norte S.A.A. (EDELNOR) Demandado: Estación de Servicios El Obelisco S.A.	591

Corte Superior de Justicia de Lima – Primera Sala Civil Subespecializada Comercial

✧ Anulación de Laudo Arbitral Exp. N° 195-2005 Demandante: Repsol Comercial S.A.C. Demandado: Compañía Minera e Industrial Sagitario S.A.	599
--	-----

NOTICIAS ARBITRALES	609
---------------------------	-----

SOBRE LOS AUTORES	617
-------------------------	-----

AGRADECIMIENTOS	623
ÍNDICE HISTÓRICO	625
♣ Primer número de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE (1/2005)	627
ÍNDICE GENERAL	629

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

PRESENTACIÓN

Han transcurrido cinco meses desde que presentamos a la comunidad jurídica y empresarial el primer número de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE. Hoy, que entregamos el segundo número, podemos decir que la Revista tiene una acogida mayor de la que esperábamos. No pensábamos en suscripciones, por ejemplo, y nos las han pedido. Hemos tenido solicitudes del extranjero en un número mayor del que inicialmente habíamos calculado. Esto nos entusiasma y nos compromete con nuestros suscriptores y lectores. Desde luego, todo ello no hubiera sido posible sin el concurso de los autores que desinteresadamente colaboran con *artículos inéditos* y de los Estudios de Abogados que nos apoyarán con publicidad a partir de este número.

Desde hace buen tiempo somos testigos de la consolidación del arbitraje como un sistema eficiente de solución de controversias. El arbitraje, qué duda cabe, sigue generando confianza en inversionistas, empresarios, abogados y particulares, pues se está convirtiendo en casi una regla la inclusión de convenios arbitrales en los contratos, con la finalidad de someter sus diferendos a la jurisdicción arbitral. Sin embargo, no todas son buenas noticias. Es público que se ha acrecentado la tendencia a judicializar incidencias arbitrales previas al laudo y propiciar la intervención de los jueces y fiscales fuera de los cauces previstos en la Ley General de Arbitraje.

En este contexto, es importante destacar la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el expediente N° 6167-2005-PHC/TC, dictada en Lima el 28 de febrero de 2006. Al resolver el recurso de agravio constitucional planteado, el Tribunal decidió establecer en su sentencia el marco de interpretación constitucional

del arbitraje a partir de su reconocimiento como jurisdicción de carácter privado. Lo hizo, a nuestro parecer, con un claro propósito: definir un régimen de inmunidad del arbitraje frente a la acción del Poder Judicial, del Ministerio Público y de cualquier otra autoridad –incluidas las autoridades administrativas–, lo suficientemente protectivo como para que los árbitros (o el árbitro único) puedan cumplir a plenitud y sin interferencias su propósito de «decir el derecho» en el caso concreto y resolver los conflictos de intereses que las partes han puesto en sus manos.

Con razón, dentro de este marco, el Tribunal ha considerado que el arbitraje goza no solamente de la protección del numeral 1) del artículo 139 de la Constitución, lo que supone su reconocimiento jurisdiccional y su existencia como excepción a la jurisdicción ordinaria por decisión de las partes que suscriben un convenio arbitral; sino que también ha expresado que goza del atributo de la independencia establecido en el inciso 2) del mismo artículo constitucional, que regula el principio de «no interferencia». Este principio, aplicable según la interpretación obligatoria dispuesta como precedente vinculante por el Tribunal Constitucional, contribuye a desarrollar el régimen de inmunización del arbitraje frente a intervenciones extrañas que se derivan de la interpretación realizada por el colegiado constitucional. Este principio de «no interferencia» prevé que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes en sede arbitral, ni interferir en el ejercicio de las funciones de los árbitros.

Junto a la decisión del Tribunal Constitucional, debemos destacar también, en el campo del arbitraje, la designación, por parte del Ministerio de Justicia del Perú –mediante Resolución Ministerial N° 027-2006-JUS publicada el 27 de enero de 2006–, de una *Comisión Técnica encargada de revisar la vigente Ley General de Arbitraje* (Ley N° 26572). Ésta tiene la finalidad de proponer enmiendas legislativas que contribuyan a mejorar el sistema arbitral en el Perú, en beneficio de los particulares que se someten a su jurisdicción. La referida Comisión está presidida por el doctor Alfredo Bullard González, y en condición de vicepresidente se designó al autor de estas líneas.

Este segundo número, que tenemos nuevamente el honroso encargo de presentar ante la comunidad jurídica nacional e interna-

cional, supera cuantitativa y cualitativamente al primer número. Este segundo número está compuesto de 640 páginas. En la sección *Doctrina*, encontramos trabajos inéditos de los reconocidos árbitros internacionales: José María Alonso, José Antonio Caínzos y Marta Gonzalo Quiroga, todos de España; Roque J. Caivano y C. Ignacio Suárez Anzorena de Argentina, y Paolo Di Rosa de los Estados Unidos de Norteamérica. De nuestra patria, encontramos trabajos, también inéditos, de: Fernando Cantuarias Salaverry, Franz Kundmüller Caminiti, Alfredo Bullard González, Guillermo Sánchez Bravo y Jorge Santistevan de Noriega.

Como en el primer número, en éste también publicamos dos (2) *laudos arbitrales del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones – CIADI*. Se trata del Caso Nro. ARB (AF) / 97 / 1, demandante: Metalclad Corporation y demandado: Estados Unidos Mexicanos; y del Caso Nro. ARB (AF) / 97 / 2, demandante: Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca y demandado: Estados Unidos Mexicanos.

Sin embargo, los laudos arbitrales –valiosas piezas jurídicas– nacionales todavía siguen sin difundirse, debido al carácter confidencial y reservado del arbitraje. Todavía no hemos podido contar con la autorización de las partes, árbitros y abogados de procesos arbitrales para proceder a publicar laudos nacionales. Esperamos que en un futuro próximo esta situación vaya cambiando y podamos contar con la anuencia de árbitros, abogados y partes en conflicto para publicar los laudos arbitrales. No obstante, publicamos dos *laudos tramitados ante el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE)* que, por reglamento, son de acceso al público.

En este segundo número inauguramos una nueva Sección: *Decisiones Constitucionales y Judiciales*. El objetivo es publicar sentencias del Tribunal Constitucional, del Poder Judicial, en especial de la Primera Sala Civil Subespecializada Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, sobre temas relativos al Arbitraje.

Cerramos el segundo número con nuestra acostumbrada sección: *Noticias Arbitrales*, donde el lector podrá encontrar la información y notas referidas al arbitraje, tales como la designación de árbi-

tros peruanos ante el CIADI, eventos internacionales y el reconocimiento de los árbitros *top* en Latinoamérica, etc. Por último, el lector encontrará un *índice histórico* del primer número de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE que le permitirá tener presente el contenido de los números anteriores.

Al inicio de esta breve presentación compartíamos nuestra satisfacción por el resultado obtenido con el primer número de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE, en ese sentido, consideramos justo reconocer el esfuerzo de las personas que han hecho posible este segundo número, así como el apoyo de los estudios jurídicos que nos han brindado su colaboración con publicidad. Para evitar incurrir en omisiones, al final de este número presentamos los nombres de todas las personas e instituciones que han hecho posible este nuevo número. A todos ellos nuestra gratitud.

Finalmente, reiteramos la invitación a todas las personas e instituciones que deseen colaborar con la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE, manifestándoles que la revista tiene abierta sus puertas a todos los profesionales que deseen contribuir con el fortalecimiento y desarrollo del arbitraje en el Perú.

Lima, mayo de 2006.

Jorge Santistevan de Noriega
Presidente del Comité Editor

Doctrina

ARBITRAJE Y JURISDICCIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA (*)

SUMARIO: 1. *Introducción necesaria: consecuencias de una sentencia del Tribunal Constitucional con efecto vinculante.* 2. *Arbitraje y jurisdicción.* 3. *¿Es relevante discutir la naturaleza jurídica del arbitraje y su condición de jurisdicción?* 4. *¿Por qué una jurisdicción arbitral en el Perú?* 5. *¿Es conveniente para el arbitraje en el Perú el haber sido reconocido como jurisdicción?* 6. *El arbitraje como sede constitucionalmente constituida amparada por el principio de “no intervención”.* 7. *El principio Kompetenz-Kompetenz y su transcendencia en relación al principio de no intervención.* 8. *¿La inmunización jurisdiccional del arbitraje supone la total exclusión del control jurisdiccional?* 9. *El legado de la sentencia: ¿“Hiperconstitucionalización” del Proceso Arbitral?* 10. *Conclusiones.*

1. INTRODUCCIÓN NECESARIA: CONSECUENCIAS DE UNA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CON EFECTO VINCULANTE

No es frecuente debatir sobre la función “jurisdiccional” que cumplen los árbitros por mandato de las partes. Se habla generalmente de la función arbitral y punto. No ocurre así en el Perú, menos recientemente en que el Tribunal Constitucional (TC) se ha pro-

(*) Socio fundador de Santistevan de Noriega & Asociados. Presidente del Comité Editor de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE.

nunciado sobre la jurisdicción arbitral,⁽¹⁾ estableciendo precedentes de observancia obligatoria en el marco de la interpretación constitucional del arbitraje y, además, incorporándolo al “orden público constitucional”.

Dicha sentencia ha puesto fin a un proceso de hábeas corpus incoado por un árbitro contra un fiscal de turno por violación al debido proceso en conexión con la libertad individual, como consecuencia de una denuncia planteada contra el árbitro por incidencias ocurridas al interior de un determinado proceso.⁽²⁾ Al resolverse el recurso de agravio constitucional planteado, el TC decidió establecer el marco de interpretación constitucional del arbitraje a partir de su reconocimiento como jurisdicción de carácter privado. Lo hizo, a nuestro parecer, con un claro propósito: definir un régimen de inmunidad del arbitraje frente a la acción del Poder Judicial, del Minis-

(1) Expediente N° 6167-2005-PHC/TC, Lima, Fernando Cantuarias Salaverry. Sentencia del Tribunal Constitucional, dictada en Lima, a los 28 días del mes febrero de 2006, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados García Toma, Presidente; Gonzáles Ojeda, Vicepresidente; Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen y Landa Arroyo, con el voto discrepante en el Fundamento N° 20, pero coincidente en el fallo, del magistrado Gonzáles Ojeda.

(2) En el pasado el Tribunal Constitucional ha dictado sentencias en las que ha tratado el tema arbitral: Es interesante la que recayó en el Expediente N° 189-99-AA/TC (PESQUERA RODGA S.A.) de fecha 19 de octubre de 1999, en la que el colegiado expuso:

“De manera que frente al primer caso y por referencia explícita a los laudos de la jurisdicción arbitral, no será viable articular una garantía constitucional tratándose de laudos derivados de proceso o procedimiento regular. En el segundo caso, en cambio, sí será pertinente el uso de las garantías constitucionales al tratarse de laudos emitidos tras procesos o procedimientos arbitrales manifiestamente irregulares.

(...)”.

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

terio Público y de cualquier otra autoridad –incluidas las autoridades administrativas– lo suficientemente protectorio como para que los árbitros (o el árbitro único) puedan cumplir a plenitud y sin interferencias su propósito de “decir el derecho” en el caso concreto y resolver los conflictos de interés que las partes han puesto en sus manos.

Dicho enmarcamiento inmunizatorio, como lo veremos más adelante, supone que culminado el arbitraje, como jurisdicción privada que es, puede estar sometido posteriormente –y sólo posteriormente– al control judicial de legalidad por las razones taxativas señaladas en la ley o, eventualmente, al control de constitucionalidad si se han agotado las vías previas que habilitan a este último.

La Sentencia recaída en el Expediente N° 6167-2005-PHC/TC tiene singular importancia para el tema arbitral en el Perú. En efecto, frente a los esfuerzos por promover la intervención judicial o fiscal en el arbitraje *ex-ante* –intentos que provienen más de las partes en conflicto que de la iniciativa propia de los jueces y fiscales, hay que reconocerlo–, el TC ha decidido establecer pautas de interpretación de carácter obligatorio, en ejercicio de la facultad que le confiere el Código Procesal Constitucional.⁽³⁾ Estos precedentes obligan a jueces y fiscales a su aplicación obligatoria bajo responsabilidad.⁽⁴⁾ Ello supone que aquello que el TC señala como precedente de observancia obligatoria no puede ser eludido, pues la valoración de la

(3) Código Procesal Constitucional.- Artículo VI del Título Preliminar

“(…) Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”.

(4) Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N° 28301: Disposiciones Finales

“PRIMERA.- Los jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad”.

“SEGUNDA.- Los jueces y Tribunales sólo inaplican las disposiciones que estimen incompatibles con la Constitución cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional”.

constitucionalidad de la norma interpretada ha sido previamente realizada por el supremo intérprete.⁽⁵⁾ Por cierto, el TC ha dejado establecido en esa sentencia que los precedentes vinculantes declarados por el colegiado comprometen igualmente la obligación de los árbitros.⁽⁶⁾

Debe advertirse que solamente 7 de los Fundamentos que contiene la mencionada sentencia han sido expresamente declarados como vinculantes en el fallo del Tribunal.⁽⁷⁾ El resto (42 de un total de 49 que ésta contiene) no lo son.

En una decisión constitucional tan larga no es extraño encontrar posiciones divergentes, contrapuestas al interior de la misma sentencia, e inclusive abiertamente contradictorias entre las vinculantes y las no vinculantes. Así ocurre en el Caso N° 6167 si es que se contrastan fundamentos de carácter vinculante con otros que no lo son.

(5) Código Procesal Constitucional: Título Preliminar

“Artículo VII.- Precedente

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente”.

(6) En la Sentencia recaída en el Expediente N° 6167-2005-PHC el Tribunal Constitucional ha dejado sentado en el párrafo final del Fundamento N° 8, de observancia obligatoria, lo siguiente:

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

(7) En efecto la parte resolutive de la Sentencia falla:

(...)

“2. Declarar que los fundamentos jurídicos N°s 8, 11, 12, 13, 14, 17 y 18, son vinculantes para todos los operadores jurídicos”.

Sin embargo, lo único valioso es la coherencia, que sí es comprobable en los siete fundamentos de observancia obligatoria, que son los únicos que se utilizan en el análisis del presente artículo. Jurídicamente son los únicos relevantes, ya que por su carácter interpretativo obligatorio preestablecen la interpretación conforme a la Constitución en materia de arbitraje, que ni jueces ni tribunales, tampoco árbitros, podremos eludir.

2. ARBITRAJE Y JURISDICCIÓN

El tema jurisdiccional asociado al arbitraje no se plantea como problema en el derecho comparado,⁽⁸⁾ ni suele ser tratado desde una perspectiva constitucional, aunque haya cinco países de América Latina en cuyas constituciones se hace referencia al arbitraje.⁽⁹⁾ Arbitra-

(8) BLACKABY, Nigel *et. al*, *Internacional Arbitration in Latin America*, The Hague, London and New Cork, 2002, pp. 1-16, que contiene una visión general de los autores sobre el desarrollo del arbitraje en América Latina.

(9) En efecto, lo hacen las Constituciones de Colombia (artículo 116), Costa Rica (artículo 43), El Salvador (artículo 23), Paraguay (artículo 248) y del Perú (artículos 62, 63 y 139, numeral 1). Aunque más adelante, en este artículo, se hacen menciones específicas a Colombia y Costa Rica, cabe tomar en cuenta los textos constitucionales siguientes:

Constitución de El Salvador de 1983 con reformas de 2000

“Artículo 23.- Se garantiza la libertad de contratar conforme a las leyes. Ninguna persona que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento. En cuanto a las que no tengan esa libre administración, la ley determinará los casos en que puedan hacerlo y los requisitos exigibles”.

Constitución del Paraguay de 1982

“Artículo 248.- De la independencia del Poder Judicial

Queda garantizada la independencia del Poder Judicial. Sólo éste puede conocer y decidir en actos de carácter contencioso.

En ningún caso los miembros de los otros poderes, ni otros funcionarios, podrán arrogarse atribuciones judiciales que no estén expresamente establecidas en esta Constitución, ni revivir procesos fenecidos, ni paralizar los existentes, ni intervenir de cualquier modo en los juicios. Actos de esta naturaleza conllevan nulidad insanable. Todo ello sin perjuicio de las decisiones arbitrales en el ámbito del derecho

je y jurisdicción van a ser discutidos desde el punto de la naturaleza jurídica de la institución, especialmente por aquellos autores que partiendo de una perspectiva procesalista ubican al arbitraje en el marco de un proceso. Pero la literatura jurídica arbitral preferentemente reconoce que se trata de un medio alternativo de solución de controversias sobre derechos disponibles que las partes –en ejercicio de su libre albedrío y de su libertad contractual– someten obligatoriamente a resolución de los árbitros mediante un convenio específico.⁽¹⁰⁾

Bajo esta conceptualización (medio alternativo de solución de controversias de carácter heterocompositivo) el arbitraje funciona con éxito en muchos países y se desarrolla junto con el crecimiento de las transacciones comerciales a nivel local e internacional. Se advierte, además, una creciente incidencia arbitral en la solución de disputas que puedan surgir entre los Estados y los inversionistas nacionales e internacionales, como resultado de los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones (conocidos generalmente, bajo sus siglas en inglés, como BITs) y los Tratados de Libre Comercio y otras formas de protección de inversiones, como el Convenio MIGA (Multilateral Investment Guarantee Agency). También ha florecido el arbitraje en el Perú para dar solución a las controversias planteadas en el campo de los servicios públicos regulados.

Los Estados, especialmente en América Latina, incluido el Perú, sentenciaron al arbitraje en el pasado a algún rincón de sus códigos procesales civiles,⁽¹¹⁾ al tiempo que consagraban en su legislación o

privado, con las modalidades que la Ley determine para asegurar el derecho de defensa y las soluciones equitativas.

Los que atentasen contra la independencia del Poder Judicial y la de sus Magistrados, quedarán inhabilitados para ejercer toda función pública por cinco años consecutivos, además de las penas que fije la Ley⁷.

(10) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y ARAMBURÚ YZAGA, Manuel Diego, *El Arbitraje en el Perú, Desarrollo Actual y Perspectivas*, Lima, Fundación M. J. De la Fuente, 1994, describen al arbitraje como un medio privado de solución de controversias en la p. 42.

(11) FRUTOS PETERSON, Claudia, “*Internacional Commercial Arbitration in Latin America: As Healthy as It Could Be?*”, en: MILLS, JON y FERGUSON, Meredith, *Law and Policy in the Americas*, Teaching Materials, Gainesville, University of Florida, Spring 2006, pp. 247-257.

en sus Constituciones la doctrina Calvo y la “Cláusula Calvo”. Esta sometía las disputas con los inversionistas extranjeros a los tribunales comunes de cada país, reconociendo a las empresas de capital extranjero como nacionales, obligándoles a renunciar a la posibilidad de reclamación diplomática.⁽¹²⁾

No obstante, en el último cuarto del siglo XX, con la adopción de políticas de libre mercado, los Estados morigeraron significativamente la vigencia de la doctrina Calvo y reformaron, consecuentemente, su legislación arbitral para establecer leyes autónomas de arbitraje, que en general han seguido la Ley Modelo sobre Arbitraje Internacional aprobada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, más conocida por sus siglas en inglés UNICITRAL). Asimismo, ratificaron las Convenciones de New York (1958) y Panamá (1975) relativas al reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales internacionales.

El arbitraje, en el siglo que se inicia, avanza de manera ascendente y dinámica en el mundo comercial y de la inversión porque ofrece especialidad, neutralidad, flexibilidad, celeridad, confianza, privacidad y simplicidad legislativa⁽¹³⁾ para que las partes arriben a soluciones rápidas que evidentemente están dispuestas a respetar –por seguras– para poder continuar en los negocios o asuntos privados. Y en cuanto a los Estados –que utilizaron por siglos el arbitraje para

(12) En el Perú, como se verá más adelante, el mismo artículo que autoriza al Estado y a las personas de derecho público a someter sus controversias a arbitraje conforme a ley, mantiene la cláusula Calvo para los casos en que no se haya pactado el arbitraje, en los siguientes términos:

“Artículo 63. La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. (...)”

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

(13) GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo, *El Arbitraje Internacional en la Segunda Sección de la Ley N° 26572*, Lima, CECOSAMI, 2004, hace un desarrollo de las ventajas de la institución arbitral a partir de la p. 25.

resolver problemas limítrofes entre pares, como alternativa a las guerras y conflictos armados— les ha resultado conocido y les puede resultar seguro para poner fin a las disputas que se generen con los inversionistas nacionales o extranjeros,⁽¹⁴⁾ así como con sus proveedores de bienes y servicios, como es el caso concretamente del Perú en el último aspecto mencionado.

(14) La legislación aplicable a los contratos de concesión para la promoción de la inversión en infraestructura se encuentra en el Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, Decreto Supremo N° 059-96-PCM, y en su Reglamento, el Decreto Supremo N° 060-96-PCM. Asimismo, el Decreto Legislativo N° 662, que otorga un régimen de estabilidad jurídica a las inversiones extranjeras mediante el reconocimiento de ciertas garantías, establece:

“Artículo 16º.- El Estado podrá someter las controversias derivadas de los convenios de estabilidad a tribunales arbitrales constituidos en virtud de tratados internacionales de los cuales sea parte el Perú”.

Por su parte, la Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada –Decreto Legislativo N° 757– señala:

“Artículo 48º.- En sus relaciones con particulares el Estado, sus dependencias, el Gobierno Central, los Gobiernos Regionales y Municipales y otras personas de derecho público, así como las empresas comprendidas en la actividad empresarial del Estado, podrán someter a arbitraje nacional o internacional, de acuerdo a la legislación nacional e internacional, de los cuales el Perú es parte, toda controversia referida a sus bienes y obligaciones, siempre que deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual”.

Así también, el artículo 17 del Decreto Supremo N° 059-96-PCM dispone:

“Artículo 17º.- Los contratos de concesión podrán contener cláusulas que estipulen la indemnización a la cual tendrá derecho el concesionario en caso que el Estado suspenda, deje sin efecto o modifique la concesión por causal no establecida en los artículos 38 y 39 del presente Texto Único Ordenado. Dichas cláusulas indemnizatorias serán garantizadas mediante contrato celebrado entre el Estado y el concesionario, a solicitud de este último.

El Estado podrá someter las controversias de carácter patrimonial derivadas de las concesiones a las que se refiere el presente Texto Único Ordenado a arbitraje nacional o internacional, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 63 de la Constitución Política del Perú, aunque no se hubiera celebrado el contrato al que se refiere el párrafo anterior”.

3. ¿ES RELEVANTE DISCUTIR LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE Y SU CONDICIÓN DE JURISDICCIÓN?

El tema de la naturaleza jurídica del arbitraje constituye más una preocupación académica, de aquellas que típicamente se renueva entre posiciones contrastadas y opciones eclécticas, que ocupan más tiempo en el recinto de las aulas que en las actuaciones arbitrales.⁽¹⁵⁾ Una vez superados los problemas que tradicionalmente tuvo el arbitraje, cuando los antiguos sistemas legales optaron por el “pacto promisorio”, lo que le impidió funcionar adecuadamente y desarrollarse,⁽¹⁶⁾ y se sustituyó tal compromiso por el “convenio arbitral”, parecía que con la nueva Ley Arbitral, es decir la Ley General de Arbitraje N° 26572, adoptada por el Congreso peruano en 1995 y publicada en el Diario Oficial “El Peruano” en su edición del 5 de enero de 1996, siguiendo el modelo diseminado por CNUDMI - UNCITRAL, el arbitraje florecería en el Perú para generosa cosecha de los negocios y asuntos particulares.⁽¹⁷⁾

De hecho así ha ocurrido. Los arbitrajes se han multiplicado, los centros arbitrales han crecido⁽¹⁸⁾ y el propio Estado ha adoptado, por Constitución y por ley, la posibilidad de someter controversias que le afectan a tribunales arbitrales y, mas aún, de anticipar su voluntad de resolver toda controversia que se suscite en el sistema de compras de bienes y servicios del sector público en el marco del sistema arbitral.⁽¹⁹⁾

(15) CANTUARIAS y ARAMBURÚ, *ob. cit.*, p. 42 y ss.

(16) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “Los Conceptos y las Cosas, Viscisitudes Peruanas de la Cláusula Compromisoria y del Compromiso Arbitral”, en: *Arbitraje en el Derecho Latinoamericano y Español*, Libro Homenaje a Ludwig Kos Rabcewitz, Lima, Cultural Cuzco, 1989, p. 543, también citado por CANTUARIAS y ARAMBURÚ.

(17) Esta es la apreciación de Alejandro Garro en la introducción al libro de Cantuarias y Aramburu, *ob. cit.* pp. 17-19.

(18) Así lo pusimos de manifiesto en la presentación del primer número de esta revista.

(19) La Ley General de Contrataciones y Adquisiciones del Estado N° 26850 (Texto Único Ordenado aprobado mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM) establece:

“Artículo 41.- Cláusulas obligatorias en los contratos

Los contratos regulados por la presente Ley incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:

Pero el problema no quedó allí. Ocurre que aun en la perspectiva más favorable al arbitraje, el Perú decidió –desde 1979– que re-

(...)

- b) Solución de Controversias: Toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato deberá resolverse mediante conciliación o arbitraje. En caso que no se incluya la cláusula correspondiente, se entenderá incorporada de pleno derecho la cláusula modelo que establezca el Reglamento.

(...”).

“Artículo 53.- Solución de controversias

53.1 Durante el proceso de selección las Entidades están en la obligación de resolver las solicitudes y reclamaciones que formulen los participantes y postores con arreglo a las normas de esta Ley y del Reglamento. El Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado constituye la última instancia administrativa y sus resoluciones son de cumplimiento obligatorio. Los precedentes de observancia obligatoria serán declarados expresamente, conforme lo disponga el Reglamento.

53.2 Las controversias que surjan entre las partes, desde la suscripción del contrato, sobre su ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la culminación del contrato. Este plazo es de caducidad.

Si la conciliación concluye con un acuerdo parcial o sin acuerdo, las partes deberán someter a arbitraje las diferencias no resueltas.

El arbitraje será de derecho y será resuelto por un Tribunal Arbitral, el mismo que podrá ser unipersonal o colegiado. La designación de los árbitros y demás aspectos de la composición del Tribunal Arbitral serán regulados en el Reglamento.

Los árbitros deberán cumplir con el deber de declarar oportunamente si existe alguna circunstancia que les impida actuar con imparcialidad y autonomía. Quienes incumplan con esta obligación, serán sancionados conforme a lo previsto en el Reglamento.

El laudo arbitral es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes, debiendo ser remitido al CONSUCODE dentro del plazo que establecerá el Reglamento; y cuando corresponda, el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones impondrá las sanciones correspondientes.

El arbitraje y la conciliación a que se refiere la presente Ley se desarrollan en armonía con el principio de transparencia, pudiendo el CONSUCODE disponer la publicación de los laudos y actas de conciliación.

Asimismo, los procedimientos de conciliación y arbitraje se sujetarán supletoriamente a lo dispuesto por las leyes de la materia, siempre que no se opongan a lo establecido en la presente Ley y su Reglamento”.

conocía constitucionalmente la “jurisdicción arbitral”.⁽²⁰⁾ Lo ratificó en 1993, a pesar de que la doctrina especializada mayoritariamente se refiere al arbitraje en términos lejanos a la perspectiva jurisdiccional, esto es, como un sistema privado,⁽²¹⁾ medio privado,⁽²²⁾ técnica⁽²³⁾ o método⁽²⁴⁾ de solución de controversias.

No es este, sin embargo, el único abordaje jurídico al arbitraje. Desde Alsina se ha admitido la posibilidad de que las partes puedan

(20) La Constitución Peruana de 1979 estableció:

“Artículo 233º.- Son garantías de la administración de justicia

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

Se ha discutido sobre los motivos que prevalecieron en la Asamblea Constituyente de 1978 para incluir en la Carta el reconocimiento de la jurisdicción arbitral en el artículo transcrito. Es tema pacífico reconocer el esfuerzo del constituyente Andrés Aramburu Menchaca, que estuvo detrás de ello, como lo ha recordado otro asambleista del momento como Enrique Chirinos Soto (citado por CANTUARIAS y ARAMBURÚ, *ob. cit.*, p. 50) ¿Cuál sería el motivo? Se ha dicho que el Dr. Aramburu se basó en razones promocionales y de difusión del arbitraje (motivos de “marketing” hemos escuchado decir). Sin embargo, el reconocimiento constitucional de 1979 no benefició directamente el desarrollo del arbitraje en el Perú. Pasaron casi veinte años para que se iniciara la práctica arbitral creciente que hoy conocemos. Esto último se ha debido más a la Ley General de Arbitraje que siguió la Ley Modelo CNUDMI - UNCITRAL, al esfuerzo de los centros de arbitraje, a la disposición de arbitrar bajo esa ley, incluyendo la voluntad del Estado de llevarlo a cabo en asuntos de inversión y adquisición de bienes y servicios, que al reconocimiento constitucional de la jurisdicción arbitral. Este último sólo ha tenido repercusión en el campo jurídico nacional desde que el TC comenzó a resolver casos como el que ha dado lugar a la Sentencia recaída en el Expediente N° 6167-2005-PHC/TC.

(21) GARCÍA-CALDERÓN, *ob. cit.*, p. 23.

(22) CANTUARIAS y ARAMBURÚ, *ob. cit.*, p. 39. En el mismo sentido, lo considera un medio de solución de conflictos CHOCHRÓN GIRALDEZ, Ana María, *Los Principios Procesales en el Arbitraje*. Barcelona, José María Bosch, 2000, p. 15

(23) CREMADES, Bernardo María, “El Proceso Arbitral en los Negocios Internacionales”, en: *Revista Themis*, Lima, N° 11, 1998, p. 10

(24) FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Safa y LEONARDO DE HERBÓN, Hebe, *El Arbitraje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 12; y OSORIO RUIZ, Saida, *El Arbitraje Comercial*, Lima, Ediciones Jurídicas, 1998, p. 17.

“sustraerse a la intervención de los órganos jurisdiccionales del Estado” para someter sus controversias a la decisión de “jueces de selección” que toman el nombre de árbitros.⁽²⁵⁾ Con algunas variables, se ha llegado a considerar al arbitraje en el Perú una institución que regula el acuerdo de voluntades para someter la decisión a un tercero;⁽²⁶⁾ o se le ha descrito como el ejercicio de una facultad que se recibe de las partes para resolver un conflicto de intereses.⁽²⁷⁾ De esta forma, se acerca la conceptualización del arbitraje al ámbito institucional, como lo propone Lohmann,⁽²⁸⁾ y puede hacerla llegar a una admisión integral del arbitraje como jurisdicción, que defienden en el extranjero autores como Montero Aroca y, hasta cierto punto, Gómez Colomer⁽²⁹⁾ en España; y Artavia en Costa Rica,⁽³⁰⁾ que es un país que reconoce precisamente en su Constitución el derecho a recurrir a la jurisdicción arbitral.⁽³¹⁾ En la misma línea se va a ubicar -además de los procesalistas colombianos cuya Constitución también incluye al arbitraje dentro de la jurisdicción.⁽³²⁾ Monroy Cabra, quien afirma que -a su juicio- “los

(25) ALSINA, Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Tomo VII, Buenos Aires, EDIAR, 1965.

(26) LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo, *El Arbitraje*, en: *Para Leer el Código Civil, Tomo V*, Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 1989, p. 41.

(27) VIDAL RAMÍREZ, Fernando, *Manual de Derecho Arbitral*, Lima, Gaceta Jurídica, 2003, p. 21.

(28) PAGANONI O'DONOHUE, Francisco Raúl, *El arbitraje en México*, Puebla, OGS Editores, 1997, p. 1.

(29) MORENO AROCA, Juan, *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, Tecnos, 1979, p. 93; y GÓMEZ COLOMER, Juan Luis *et. al*, *Derecho Jurisdiccional*, Barcelona, José María Bosch, 1993, p. 733, quienes afirman que “El arbitraje es una institución que debe caer dentro de la órbita del Derecho Jurisdiccional, pero no es jurisdicción o Poder Judicial”.

(30) ARTAVIA B., Sergio, *El Arbitraje en el Derecho Costarricense*, San José, Editorial Sapiencia-Editorial Dupas, 2000, p. 47.

(31) En el Título IV, sobre derechos y garantías individuales de la Constitución costarricense se incluye el siguiente artículo:

“Artículo 43.- Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente”.

(32) La Constitución colombiana de 1991, con el texto actualizado de reformas al 2001, contiene el siguiente artículo:

árbitros son jueces transitorios nombrados por las partes para que en un caso determinado, ejerzan jurisdicción”.⁽³³⁾

Caivano, a nuestro juicio, está en una saludable posición intermedia, pues si bien se pronuncia en el sentido de que se trata de un sistema alternativo de solución de conflictos, llega a afirmar la necesaria complementariedad que debe existir entre éste y el Poder Judicial, en los siguientes términos:

“De allí que tampoco debe plantearse el arbitraje en términos de una contradicción o una competencia con la tarea judicial. El arbitraje no busca reemplazar a los jueces, ni menoscabar su labor. Se procura complementarla, de manera de colaborar a hacerla más eficiente. El arbitraje nunca podrá restar protagonismo al Poder Judicial. Los jueces tienen el monopolio en el ejercicio de la fuerza pública, están dotados por el Estado de la facultad de hacer cumplir forzosamente sus decisiones, tienen la potestad de imponer coactivamente una conducta; y tienen, asimismo, las atribuciones de controlar que el arbitraje respete los principios de legalidad y se desarrolle bajo las garantías constitucionales”.⁽³⁴⁾

En el Perú, el TC, por su parte, ha expresado con relación a la jurisdicción arbitral consideraciones de contenido similar en uno de

“Artículo 116.- La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran justicia. También lo hace la justicia penal militar.

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

⁽³³⁾ MONROY CABRA, Marco, *Arbitraje Comercial*, Bogotá, Temis, 1982, p. 9.

⁽³⁴⁾ CAIVANO, Roque, J., *Negociación Conciliación y Arbitraje*, Lima, APENAC, 1998, p. 220.

sus fundamentos que, aunque no tiene carácter vinculante, es ciertamente ilustrativo:⁽³⁵⁾

“10. De allí que el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustitutorio, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias. Y que constituye una necesidad, básicamente para la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición y, sobre todo para la resolución de las controversias que se generen en la contratación internacional”.

En nuestro país se ha hecho referencia a la jurisdicción privada, citando MONTOYA y GARCÍA CALDERÓN al francés Jean Robert.⁽³⁶⁾ Pero más concretamente, el TC, en la sentencia recaída en el Caso N° 6167-05-PHC, ha desarrollado la tesis constitucional sobre la jurisdicción arbitral –a pesar del voto discordante en los fundamentos del magistrado GONZÁLES OJEDA– y ha definido un marco de actuación arbitral que, como lo veremos más adelante, lo protege e inmuniza de las interferencias de otras jurisdicciones, pero lo enmarca dentro del cumplimiento del orden constitucional.

4. ¿POR QUÉ UNA JURISDICCIÓN ARBITRAL EN EL PERÚ?

Desde el momento en que la Carta Fundamental de 1979 consagró la jurisdicción arbitral (en términos que, como se puede comparar, son sustancialmente iguales en su texto al actual artículo 139 numeral 1),⁽³⁷⁾ el sistema de arbitraje nacional quedó constitucional-

⁽³⁵⁾ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 6167-2005-PHC/TC, Fundamento N° 10.

⁽³⁶⁾ Citado por MONTOYA ALBERTI, Ulises, *El Arbitraje Comercial*, Lima, Cultural Cuzco, 1988, p. 9; quien a su vez es citado por GARCÍA CALDERÓN, ob. cit., p. 24.

⁽³⁷⁾ “Artículo 138.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes”.

(...)

mente marcado por su relación con la jurisdicción. Ello debido a que constituye una excepción a la jurisdicción ordinaria que ejerce el Poder Judicial, que tradicionalmente operó como el monopolio de la justicia;⁽³⁸⁾ pero también quedó el arbitraje indefectiblemente unido a la jurisdicción por la inclusión de las excepciones –en este caso el arbitraje– dentro del concepto de jurisdicción. Todo ello ha llevado a que se admita que la Constitución permite varios desgajamientos de la jurisdicción ordinaria que el TC reconoce plenamente. La propia Ley General de Arbitraje, por lo demás, al desarrollar la institución constitucionalmente reconocida, se refiere sistemáticamente a la jurisdicción arbitral y en el artículo 4 la califica como “exclusiva y excluyente”.⁽³⁹⁾

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

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

No hay proceso judicial por comisión o delegación”.

(38) La posición del TC en el Fundamento 6º de la sentencia recaída en el Expediente N° 6167-2005-PHC/TC señala:

“En sentido estricto, la función jurisdiccional debe entenderse como el fin primario del Estado, consistente en dirimir los conflictos interindividuales, que se ejerce a través del órgano jurisdiccional mediante la aplicación de normas jurídicas”.

(39) “Artículo 4.- Intervención del Poder Judicial

Salvo pacto en contrario, las partes podrán someterse de modo exclusivo y excluyente a la jurisdicción arbitral”.

“Artículo 1.- Disposición general

Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse; excepto:

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

En esta lógica, la jurisdicción como potestad emanada del pueblo⁽⁴⁰⁾ se manifiesta entonces en diversas jurisdicciones (en plural), todas emanadas de la misma fuente y con reconocimiento explícito en el ámbito constitucional vigente y, en algunas como el arbitraje, en la constitución histórica. Para comenzar, el TC ha reivindicado para sí la “jurisdicción constitucional de naturaleza distinta a la ordinaria en manos del Poder Judicial y superior a éste en materia de interpretación constitucional”. En efecto, hay que admitirlo así, pues en la función que cumple este Tribunal⁽⁴¹⁾ no solamente tiene en sus manos el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, a lo que se une el papel de supremo intérprete de la Ley Fundamental (lo que lo hace más cercano a un legislador negativo, las más de las veces, aunque actúe positivamente en circunstancias excepcionales en las que resulta indispensable conservar la norma interpretándola con un contenido alternativo, conforme a la Constitución). Pero también hay que reconocerle jurisdicción al TC en su función de garante de los derechos fundamentales, cada vez que resuelve –mediante

-
3. Las que interesan al orden público o que versan sobre delitos o faltas. Sin embargo, sí podrá arbitrarse sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme.
 4. Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público”.

(40) La expresión inicial del TC en el Fundamento 6) de la Sentencia recaída en el Expediente N° 6167-2005-PHC/TC es:

“En sentido estricto, la función jurisdiccional debe entenderse como el fin primario del Estado, consistente en dirimir los conflictos interindividuales, que se ejerce a través del órgano jurisdiccional mediante la aplicación de normas jurídicas”.

(41) “Artículo 201.- El TC es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años”.

“Artículo 202.- Corresponde al Tribunal Constitucional:

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

sentencia que cause ejecutoria⁽⁴²⁾– los recursos de agravio⁽⁴³⁾ a que pueda haber lugar como resultado de sentencias de segundo grado que declaren infundada o improcedente una demanda dentro de los procesos constitucionales de la libertad. ⁽⁴⁴⁾

En esta misma lógica, el TC ha admitido expresiones de la jurisdicción que actúan fuera del ámbito del Poder Judicial,⁽⁴⁵⁾ aunque pertenezcan al Estado, con reconocimiento propio –aunque no

(42) “Artículo 20.- Pronunciamiento del Tribunal Constitucional

Dentro de un plazo máximo de veinte días tratándose de las resoluciones denegatorias de los procesos de hábeas corpus, y treinta cuando se trata de los procesos de amparo, hábeas data y de cumplimiento, el TC se pronunciará sobre el recurso interpuesto.

Si el Tribunal considera que la resolución impugnada ha sido expedida incurriéndose en un vicio del proceso que ha afectado el sentido de la decisión, la anulará y ordenará se reponga el trámite al estado inmediato anterior a la ocurrencia del vicio. Sin embargo, si el vicio incurrido sólo alcanza a la resolución impugnada, el Tribunal la revoca y procede a pronunciarse sobre el fondo”.

(43) “Artículo 18.- Recurso de agravio constitucional

Contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda, procede recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional, dentro del plazo de diez días contados desde el día siguiente de notificada la resolución. Concedido el recurso, el Presidente de la Sala remite al TC el expediente dentro del plazo máximo de tres días, más el término de la distancia, bajo responsabilidad”.

(44) Se llama jurisdicción de la libertad o procesos constitucionales de la libertad a los destinados a la protección y defensa de los derechos fundamentales, por oposición a los procesos orgánicos, relacionados con la inconstitucionalidad o los competenciales que dilucidan las atribuciones de los órganos constitucionalmente reconocidos en la Constitución. Estos procesos de la libertad son aquellos cuya competencia le asigna al TC el artículo 202 numeral 2 de la Constitución:

“Artículo 202.- Corresponde al Tribunal Constitucional

(...)

2. Conocer en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de habeas corpus, amparo, habeas data y acción de cumplimiento”.

(45) La posición del TC, en el considerando 6 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 6167-2005-PHC/TC), se ha expresado de la siguiente manera:

“Tradicionalmente se ha reservado el término “jurisdicción” para designar la atribución que ejercen los órganos estatales encargados de impartir justicia y aplicar las disposiciones previstas en la ley para quienes infringen sus mandatos”.

explicito— en el texto constitucional. Dentro de estas se encuentran: la jurisdicción electoral ⁽⁴⁶⁾ y la militar.⁽⁴⁷⁾ Algunos autores han sugerido añadir otras expresiones de jurisdicción,⁽⁴⁸⁾ el Tribunal Constitu-

(46) Constitución Política:

“Artículo 178.- Compete al Jurado Nacional de Elecciones:

(...)

4. Administrar justicia en materia electoral”.

“Artículo 181.- El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones aprecia los hechos con criterio de conciencia. Resuelve con arreglo a ley y a los principios generales de derecho. En materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno”.

(47) Igualmente reconocida en el artículo 139, numeral 1 de la Constitución.

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

1) La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

No hay proceso judicial por comisión o delegación.

(...)”.

(48) Marcial Rubio opina sobre el carácter jurisdiccional de las funciones que cumple el Consejo Nacional de la Magistratura del Perú. RUBIO CORREA, Marcial, Estudio de la Constitución Política de 1993, Tomo 5, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, p. 35.

“La segunda equivocación consiste en que no sólo los tribunales militares y arbitrales pueden ejercitar la jurisdicción. También lo hacen en materias especializadas pero de trascendental importancia el Jurado Nacional de Elecciones, el Consejo Nacional de la Magistratura y el Tribunal Constitucional.

(...)”.

Aunque no compartimos este criterio, pues se trata de funciones de depuración de la carrera y de carácter disciplinario que pueden ser contestadas en el Poder Judicial, valga mencionar el punto y citar los artículos constitucionales correspondientes.

“Artículo 154.- Son funciones del Consejo Nacional de la Magistratura:

(...)

Aplicar la sanción de destitución a los vocales de la Corte Suprema y Fiscales Supremos y, a solicitud de la Corte Suprema o de la Junta de Fiscales Supremos, respectivamente, a los jueces y fiscales de todas las instancias. La resolución final, motivada y con previa audiencia del interesado, es inimpugnable”.

De ser así, habría que incorporar al catálogo de jurisdicciones, en plural, a la que estaría ejerciendo el Congreso de la República cuando aplica sanciones que pueden llegar a la inhabilitación para ejercer cargo público, por infracción a la constitución,

cional, a lo anterior, sólo ha añadido dos jurisdicciones que no son ejercidas por funcionarios del Estado sino por particulares o privados. Se trata de la jurisdicción consuetudinaria, que aplican las autoridades tradicionales de las comunidades campesinas y nativas;⁽⁴⁹⁾ y del arbitraje, del que venimos tratando en este artículo.⁽⁵⁰⁾

¿Quiere decir lo anterior que tenemos constitucionalmente en el Perú una sumatoria de jurisdicciones separadas –jurisdicciones estanco habría que llamarlas– que se proyectan a través de vías paralelas sin contacto alguno entre ellas? No es así. Por el contrario, en la

a los altos funcionarios del Estado, a los que se refieren los artículos 99 y 100 de la Constitución con el siguiente texto:

“Artículo 99.- Corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso; al Presidente de la República; a los representantes a Congreso; a los Ministros de Estado; a los miembros del Tribunal Constitucional; a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; a los vocales de la Corte Suprema; a los fiscales supremos; al Defensor del Pueblo y al Contralor General por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas”.

“Artículo 100.- Corresponde al Congreso, sin participación de la Comisión permanente, suspender o no al funcionario acusado o inhabilitarlo para el ejercicio de la función pública hasta por diez años, o destituirlo de su función sin perjuicio de cualquiera otra responsabilidad.

El acusado tiene derecho, en este trámite, a la defensa por sí mismo y con asistencia de abogado ante la Comisión Permanente y ante el Pleno del Congreso.

En caso de resolución acusatoria de contenido penal, el Fiscal de la Nación formula denuncia ante la Corte Suprema en el plazo de cinco días. El Vocal Supremo Penal abre la instrucción correspondiente.

La sentencia absolutoria de la Corte Suprema devuelve al acusado sus derechos políticos.

Los términos de la denuncia fiscal y del auto apertorio de instrucción no pueden exceder ni reducir los términos de la acusación del Congreso”.

(49) “Artículo 149.- Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial”.

(50) Como se ha señalado, el arbitraje encuentra reconocimiento jurisdiccional explícito en el numeral 1 del artículo 139 y mención expresa en los artículos 62 y 63 de la Ley de Leyes.

lógica del TC –que al efecto no hace sino interpretar lo que en el texto político escrito está, y en el caso del arbitraje lo está desde 1979– esta dispersión de jurisdicciones (en plural) constitucionalmente reconocidas se integra dentro de un sistema constitucional único, en el ámbito de lo que el TC llama “el orden público constitucional” o el “sistema jurisdiccional unitario”.⁽⁵¹⁾ En él todas las jurisdicciones encuentran, como punto de referencia, los límites de su actuación y como vértice de exigencia el respeto a los derechos fundamentales.

De aquí que, en última instancia, estarán sujetas las jurisdicciones (en plural) a los remedios que el sistema constitucional reconoce para hacer valer tales derechos y para someterlas al principio de interdicción de la arbitrariedad.⁽⁵²⁾ El tema a dilucidar, en relación con el arbitraje, será en qué momento se da por extinguida la jurisdicción arbitral para habilitar el control judicial y cuál es la vía procesal constitucionalmente admisible para ello.

La unidad de jurisdicción en un régimen de dispersión de la jurisdicción, como el del Perú, está garantizada, desde la perspectiva sistémica que utiliza el supremo intérprete, por el orden público constitucional que se extiende inclusive a los rincones de jurisdicciones

(51) El TC en la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del 29 de marzo de 2006, recaída en el Expediente N° 04-2006-PI/TC hace alusión al “sistema jurisdiccional unitario” en su Fundamento N° 92.

(52) Es precisamente el Fundamento N° 20 aquel con el que expresa discordia el magistrado GONZÁLES OJEDA, el que se refiere al principio de interdicción de la arbitrariedad. Aunque no se trata de un fundamento de carácter vinculante, es interesante transcribir su contenido.

“20. El principio de interdicción de la arbitrariedad es uno inherente a los postulados esenciales de un Estado constitucional democrático y a los principios y valores que la propia Constitución incorpora; de allí que, si bien la autonomía de la jurisdicción arbitral tiene consagración constitucional, no lo es menos que, como cualquier particular, se encuentra obligada a respetar los derechos fundamentales, en el marco vinculante del derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva (artículo 139 de la Constitución); por cuanto, si así no ocurriese, será nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos, de conformidad con el artículo 31 in fine de la Carta Fundamental.

Si ocurriese lo contrario, la autonomía conferida al arbitraje devendría en autarquía, lo que equivaldría a sostener que los principios y derechos constitucionales no resultan vinculantes”.

privadas y voluntarias –como el arbitraje– para efectos de la defensa de los derechos fundamentales, considerando la naturaleza *inter privatos* en los que típicamente (aunque no exclusivamente) se desarrolla.

No ha sido solamente el TC el que ha reconocido explícitamente, en su jurisprudencia, la jurisdicción arbitral con plenos atributos de autonomía, mientras la ley no habilite el control judicial del arbitraje por medio del recurso de anulación.⁽⁵³⁾ Lo ha hecho también la Corte Suprema de Justicia, cuya Sala Transitoria Civil,⁽⁵⁴⁾ resolviendo un potencial conflicto positivo de competencia planteado por un juez contra un tribunal arbitral. La Sala dejó establecido en ese caso que no existe tal contienda, pues el arbitraje es reconocido como una jurisdicción. Añadió la mencionada Sala Civil de la Corte Suprema que no se ha concebido en la ley una solución para un conflicto entre jurisdicciones (en plural), por lo que declaró improcedente la consulta planteada por el juez ordinario.

5. ¿ES CONVENIENTE PARA EL ARBITRAJE EN EL PERÚ EL HABER SIDO RECONOCIDO COMO JURISDICCIÓN?

La reacción de la comunidad de árbitros en el Perú no ha sido de entusiasmo frente al enmarcamiento del arbitraje dentro de la Constitución, que ha hecho el TC en la sentencia recaída en el Caso N° 6167-05-PHC/TC.⁽⁵⁵⁾ Para algunos, esto significa un alejamiento

⁽⁵³⁾ En relación a la impugnación del laudo, la Ley General de Arbitraje señala:

“Artículo 61.- Recurso de anulación.- Contra los laudos arbitrales dictados en una sola instancia o contra los laudos arbitrales de segunda instancia, procede sólo la interposición del recurso de anulación ante el Poder Judicial por las causales taxativamente establecidas en el artículo 73 El recurso tiene por objeto la revisión de su validez, sin entrar al fondo de la controversia, y se resuelve declarando su validez o su nulidad.

Está prohibido, bajo responsabilidad, la revisión del fondo de la controversia”.

⁽⁵⁴⁾ Resolución de fecha 26 de mayo de 2005 (Inhibitoria N° 14-2005 – Cajamarca – San Marcos).

⁽⁵⁵⁾ Además de las discusiones que han tenido lugar en el seno de la Comisión Revisora de la Ley General de Arbitraje, nombrada por Resolución Ministerial N° 027-2006-JUS, véase las opiniones expresadas en el especial publicado por *Legal Express* N° 63, Año 6, marzo de 2006.

de la Ley Modelo CNUMDI – UNCITRAL, que viene teniendo creciente aceptación en el mundo, como lo demuestran las dos leyes de arbitraje más recientes que han sido promulgadas en Chile y en España.⁽⁵⁶⁾ Pero, para ellos, lo que sería más grave es que este reconocimiento explícito de la jurisdicción arbitral, como parte integrante del orden público constitucional, multiplique las exigencias del formalismo procesal y someta al arbitraje a la penuria de litigantes que pretendan judicializar –a través de procesos constitucionales– cada paso que se da en sede arbitral.

Otros vemos, por el contrario, que la definición del colegiado constitucional era ineludible. Cualquiera que haya sido el motivo por el que la Asamblea Constituyente de 1978 haya reconocido en la Carta del 79 la jurisdicción arbitral, como excepción al principio de uni-

⁽⁵⁶⁾ Véase, por ejemplo, la siguiente expresión contenida en el Capítulo I de la Exposición de Motivos de la Ley N° 60/2003 de 23 de diciembre de 2003:

“Esta ley prolonga esa sensibilidad, esa vocación y esa práctica, pero con la pretensión de producir un salto cualitativo. Así, su principal criterio inspirador es el de basar el régimen jurídico español del arbitraje en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo de CNUDMI/CNUDMI - CNUDMI - CNUDMI - UNCITRAL), recomendada por la Asamblea General en su Resolución N° 40/72, de 11 de diciembre de 1985, «teniendo en cuenta las exigencias de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades de la práctica del arbitraje comercial internacional». El legislador español sigue la recomendación de las Naciones Unidas, acoge como base la Ley Modelo y, además, toma en consideración los sucesivos trabajos emprendidos por aquella Comisión con el propósito de incorporar los avances técnicos y atender a las nuevas necesidades de la práctica arbitral, particularmente en materia de requisitos del convenio arbitral y de adopción de medidas cautelares. La Ley Modelo responde a un sutil compromiso entre las tradiciones jurídicas europeo-continental y anglosajona producto de un cuidadoso estudio del derecho comparado. Su redacción no responde, por ello, plenamente a los cánones tradicionales de nuestro ordenamiento, pero facilita su difusión entre operadores pertenecientes a áreas económicas con las que España mantiene activas y crecientes relaciones comerciales. Los agentes económicos de dichas áreas adquirirán, por tanto, mayor certidumbre sobre el contenido del régimen jurídico del arbitraje en España, lo que facilitará y aun impulsará que se pacten convenios arbitrales en los que se establezca nuestro país como lugar del arbitraje. La Ley Modelo resulta más asequible a los operadores económicos del comercio internacional, habituados a una mayor flexibilidad y adaptabilidad de las normas a las peculiaridades de casos concretos surgidos en escenarios muy diversos”.

dad de la jurisdicción, el hecho es que se trata de una norma constitucionalmente consagrada. Ciertamente, después de más de veinticinco años, era perfectamente lógico que un tema relacionado a ella podía llegar al TC y que este buscara un enmarcamiento constitucional para ello. Llegó el momento con el Caso N° 6167 y el TC ha cumplido con su función adecuadamente para establecer un régimen inmunizatorio del arbitraje, comprometido con el respeto a los derechos fundamentales –cuya tutela le es inherente al colegiado constitucional–, y garantista, además, del control que puede proceder únicamente con posterioridad al arbitraje.

En este ámbito la sentencia que suscita el presente artículo ha sido beneficiosa, pues pone fin a especulaciones e incertidumbres que se presentaban en el curso de los arbitrajes y, a consecuencia de ello, pone coto al posible abuso de recurrencia judicial para que, por iniciativa de las partes, los jueces, fiscales y autoridades administrativas (incluida la policía) pretendan suspender, interrumpir los procesos arbitrales en curso o, lo que sería peor, revisar a su arbitrio el contenido de los laudos. Veremos con detalle el por qué de esta posición.

Hay también algunos abogados que han recibido la sentencia del TC, que tantas veces se ha citado, como una total constitucionalización del arbitraje que equipararía a los árbitros con los jueces comunes en la aplicación del control difuso⁽⁵⁷⁾ de la constitucionalidad de las leyes. Este, como se sabe, da derecho a que, en caso de conflicto entre un precepto de la Constitución y una norma de rango inferior que lo contradiga, el juez prefiera la primera y proceda a inaplicar la segunda.⁽⁵⁸⁾

(57) Véase DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo, “Breve mirada a la sentencia sobre arbitraje. Entre el amor y el desencanto”, en: *Legal Express* N° 63, Año 6, marzo de 2006, p. 5 y RIVAROLA REIZ, Domingo. Comentario a la Sentencia recaída en el Expediente N° 6167-2005-PHC/TC, en este número de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE.

(58) Código Procesal Constitucional:

“Artículo VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional

Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

A nuestro juicio resulta sumamente forzado admitir que los árbitros –quienes ejercen circunstancialmente jurisdicción por mandato de las partes para resolver controversias sobre derechos fundamentalmente dispositivos, como lo señala la Ley General de Arbitraje– tengan como potestad el control difuso de la constitucionalidad. Sin embargo, el tema merece mayor análisis y debate pues el texto del Fundamento N° 11 (tercer párrafo) remite, al respecto al artículo 51 de la Norma Fundamental. ⁽⁵⁹⁾

6. EL ARBITRAJE COMO SEDE CONSTITUCIONALMENTE CONSTITUIDA AMPARADA POR EL PRINCIPIO DE “NO INTERVENCIÓN”

En este orden de ideas, la Sentencia del TC recaída en el Expediente N° 6167-05-PHC/TC, además de reconocer la existencia de la jurisdicción arbitral (consagrada en el numeral 1 del artículo 139 de la Constitución) como jurisdicción de carácter privado, la enmarca dentro del orden constitucional y la somete a la aplicación de los precedentes de observancia obligatoria a que se refiere el artículo VI

Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.

Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”.

⁽⁵⁹⁾ Dicho párrafo expresa:

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

Por su parte, el texto del artículo constitucional citado reza:

“Artículo 51.- La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado”.

in fine del Código Procesal Constitucional.⁽⁶⁰⁾ Aplicando una lectura *ius publicista* del arbitraje, el colegiado constitucional lo ha incluido dentro del orden público constitucional, pues considera que la facultad de resolver conflictos de interés de los árbitros no emana –a su juicio– de la voluntad de las partes, sino específicamente del reconocimiento del arbitraje contenido en el numeral I del artículo 139 de la Constitución. Esta afirmación llama la atención de muchos colegas, como Lohmann,⁽⁶¹⁾ quien considera que el TC en este caso:

“[está] confundiendo, así, el origen de la facultad que sin duda descansa en las partes (salvo algunas excepciones), con la tutela que

(60) El TC se expresa, en el párrafo final del Fundamento 8 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 6167-05-PHC/TC en relación a la aplicación al arbitraje de los precedentes de observancia obligatoria, de la siguiente manera:

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

“Artículo VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional

Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.

Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”.

“Artículo VII.- Precedente

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente”.

(61) LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, “Sentencia constitucional sobre arbitraje: Lúcida pero...”, en: *Legal Express* N° 63, Año 6, marzo de 2006, p. 3.

el Estado lo reconoce y que por cierto puede limitar quienes argumentan que el arbitraje no necesita reconocimiento constitucional, pues se sustenta por encima de todo en la voluntad de las partes. Afirman que en la mayoría de países no existe en la Constitución precepto alguno que se compare con nuestro numeral 1) del artículo 139 de la Ley de Leyes y, sin embargo, el arbitraje se desarrolla con plena normalidad, otorga confianza de las partes y beneficio para la solución de conflictos por vías pacíficas”.

En nuestro parecer, como lo hemos señalado anteriormente, basta que esté escrito en la Constitución el reconocimiento de la jurisdicción arbitral para que se derive de allí una interpretación de carácter vinculante y de naturaleza normativa, como la realizada por el TC, que, por añadidura, resulta admisible. Lo resulta en la medida en que ha abierto espacio para una interpretación constitucional favorable al arbitraje, como la que finalmente ha llevado a cabo el TC en los Fundamentos de observancia obligatoria. Por ello es que se ve obligado a desarrollar la doble dimensión de la jurisdicción privada: de un lado, destinada a proteger el interés de las partes; y, del otro, obligada al respeto de los derechos fundamentales. En este contexto, el TC ha llegado tan lejos como a puntualizar en los últimos párrafos del Fundamento N^o 12 de la mencionada Sentencia:

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

Así, la jurisdicción arbitral, que se configura con la instalación de un Tribunal Arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por la Ley

General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales. Todo ello hace necesario que este Tribunal efectúe una lectura iuspublicista de esta jurisdicción, para comprender su carácter privado; ya que, de lo contrario, se podrían desdibujar sus contornos constitucionales”.

Hay que preguntarse, entonces ¿cuál es la consecuencia constitucional de todo esto? El propio TC se encarga de responder en el sentido de que -por tratarse de una jurisdicción reconocida en el numeral 1 del artículo 139 de la Constitución- le es igualmente aplicable el numeral 2 de dicho artículo, que consagra el principio de “no interferencia”.⁽⁶²⁾ Como sabemos, éste supone que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes en el órgano jurisdiccional (en este caso, tribunal arbitral o árbitro único), ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Ciertamente, este principio opera en positivo a favor del arbitraje, para que los árbitros puedan seguir con la función arbitral a la que están avocados cuando conocen una controversia, impidiendo que terceros puedan interferir en el proceso y evitando que prosperen intentos por cortar el proceso arbitral en trámite. De donde concluye el Tribunal, en el Fundamento N^o 12, que tiene efecto vinculante:

“Los tribunales arbitrales, por consiguiente, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros –incluida autorida-

⁽⁶²⁾ Recordemos que el numeral 2 del artículo 139, que consagra los principios y derechos de la función jurisdiccional prescribe:

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

2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno”.

des administrativas y/o judiciales– destinadas a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes”.

Esta aseveración, por su parte, otorga pleno sentido a la definición del artículo 4 de la Ley General de Arbitraje que, como hemos señalado, define la jurisdicción arbitral como exclusiva y excluyente, lo que constituye una manera de aplicar el principio constitucional de “no intervención” a nivel legislativo.

7. EL PRINCIPIO *KOMPETENZ-KOMPETENZ* Y SU TRANSCENDENCIA EN RELACIÓN AL PRINCIPIO DE NO INTERVENCIÓN

No hubiese podido el TC desarrollar el enmarcamiento constitucional de la jurisdicción arbitral sin hacer expresa mención a la facultad de los árbitros de decidir en todo momento acerca de las materias de su competencia, consagrado en el artículo 39 de la Ley General de Arbitraje.⁽⁶³⁾ Lo hace en relación con el principio de “no intervención” y lo relaciona con el precepto contenido en el artículo 44 de la misma Ley,⁽⁶⁴⁾ en el sentido de que en cualquier momento

⁽⁶³⁾ “Artículo 39.- Facultad de los árbitros para decidir acerca de su competencia.-Los árbitros están facultados para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre oposiciones relativas a la existencia, eficacia o a la validez del convenio arbitral. La oposición total o parcial al arbitraje por inexistencia, ineficacia o invalidez del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida, deberá formularse al presentar las partes sus pretensiones iniciales. Los árbitros sin embargo podrán considerar estos temas de oficio.

Los árbitros decidirán estos temas como cuestión previa. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá seguir adelante en las actuaciones y decidir acerca de tales objeciones en el laudo. Contra la decisión de los árbitros no cabe impugnación alguna, sin perjuicio del recurso de anulación, si la oposición hubiera sido desestimada”.

⁽⁶⁴⁾ “Artículo 44.- Competencia

Los árbitros son competentes para conocer y resolver todas las cuestiones subsidiarias, accesorias o incidentales que se promuevan durante el proceso, inclusive las relativas a la validez o eficacia del convenio, como aquéllas cuya sustanciación en sede arbitral hayan sido consentidas por las partes en el proceso”.

los árbitros tienen su competencia garantizada para conocer y resolver las cuestiones controvertidas que se promuevan durante el proceso arbitral, incluidas las relacionadas con la eficacia y validez del convenio arbitral. A este efecto, el Tribunal señala en el Fundamento N° 13 que es igualmente vinculante:

“Este Colegiado resalta la suma importancia práctica que reviste dicho principio, a efectos de evitar que una de las partes, que no desea someterse al pacto de arbitraje, mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrales y/o la competencia de los árbitros sobre determinada controversia, pretenda convocar la participación de jueces ordinarios, mediante la interposición de cualquier acción de naturaleza civil y/o penal, y desplazar la disputa al terreno judicial”.

Hubiese sido deseable que al abordar este tema, tan importante, el TC hubiese destacado la directa relación que en ello tiene otro principio de singular importancia en materia arbitral, como lo es el de la “separabilidad” del convenio arbitral respecto del contrato principal. Este principio alude a la necesidad de poder distinguir, como actos jurídicos independientes y separables, el convenio arbitral del contrato que puede contenerlo o al que puede estar referido dicho convenio. Puede el primero ser perfectamente válido, aunque el segundo no lo sea, pues la validez del convenio arbitral no depende del contrato principal. Definir esto le corresponde al propio tribunal arbitral en pleno ejercicio de la facultad de determinar su propia competencia, que, como tribunal de carácter voluntario, la ley le reconoce.⁽⁶⁵⁾

⁽⁶⁵⁾ Este principio está contenido en el artículo 14 de la Ley General de Arbitraje:

“Artículo 14.- Separabilidad del convenio arbitral.- La inexistencia, rescisión, resolución, nulidad o anulabilidad total o parcial de un contrato u otro acto jurídico que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, ineficacia o invalidez de éste. En consecuencia, los árbitros podrán decidir libremente sobre la controversia sometida a su pronunciamiento, la que podrá versar, inclusive, sobre la inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato o acto jurídico que contenga el convenio arbitral.

Como veremos más adelante, en el lenguaje arbitral se habla del efecto negativo del convenio arbitral, que impide a los jueces conocer las controversias sometidas a arbitraje. Ello supone, igualmente, la facultad de los árbitros de determinar su propia competencia, lo que aunado a la autonomía arbitral y al principio de “no interferencia”, tan claramente explicados y aplicados por el TC, convierten en obligatorio para los jueces declarar fundada la excepción de convenio arbitral que se deduzca en proceso sometido al Poder Judicial, para hacer prosperar el arbitraje. Esto, en lenguaje de la sentencia del TC, sería equivalente a reconocer la jurisdicción excepcional arbitral, cuyo ejercicio le es inherente exclusivamente a los árbitros.

8. ¿LA INMUNIZACIÓN JURISDICCIONAL DEL ARBITRAJE SUPONE LA TOTAL EXCLUSIÓN DEL CONTROL JURISDICCIONAL?

Analizado el contenido de observancia obligatoria de la Sentencia del TC que se viene analizando, no queda duda de que la intención del Tribunal, al enmarcar el arbitraje en el orden público constitucional, ha sido la de establecer un verdadero régimen de inmunización a favor de la jurisdicción arbitral. Gracias a éste, la actividad de los árbitros no debe verse interferida por ninguna incidencia que provenga de autoridades, “incluidas autoridades administrativas y/o judiciales destinada a avocarse a materias sometidas a arbitraje”,

Es nula la estipulación contenida en un convenio arbitral que coloca a una de las partes en situación de privilegio respecto de la otra en relación con la designación de los árbitros, la determinación del número de éstos, de la materia controvertida o de las reglas de procedimiento”.

Es interesante mencionar que la primera parte del artículo 41 del Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima trata el tema de la potestad de los árbitros de resolver su propia competencia y de la separabilidad del convenio arbitral de manera conjunta:

“Artículo 41.- El Órgano Arbitral es el único facultado para decidir acerca de su propia competencia, así como sobre las oposiciones relativas a la existencia, eficacia o validez del convenio arbitral, y respecto de la ineficacia o invalidez del acto jurídico que contenga el convenio arbitral. La rescisión, resolución, nulidad o anulabilidad total o parcial de un acto jurídico que contenga un convenio arbitral, no implica la ineficacia o invalidez de éste (...)”.

como textualmente lo dice en el Fundamento N° 12. Gracias a este se ha de excluir, además, “la participación de jueces ordinarios, mediante la interposición de cualquier acción de naturaleza civil y/o penal” para desplazar la disputa al terreno judicial”. Así lo ha dejado establecido esta Sentencia y así tendrá que aplicarse debido al carácter vinculante y obligatorio de los fundamentos que el TC ha declarado como tales.

Nada de esto, sin embargo, supone que el arbitraje queda excluido del control judicial al que debe someterse la actividad jurisdiccional privada. Ocurre, sin embargo, que el TC lo concibe –como corresponde a nuestro juicio– únicamente con posterioridad a la emisión del laudo, esto es, con posterioridad a que la jurisdicción arbitral haya cumplido su cometido y a condición de que las partes recurran al Poder Judicial en uso de su derecho de hacer valer el recurso de anulación previsto en la Ley General de Arbitraje.⁽⁶⁶⁾ Este control

(66) “Artículo 59.- Recursos contra los laudos.- Los laudos arbitrales son definitivos y contra ellos no procede recurso alguno, salvo los previstos en los Artículos 60 y 61. El laudo tiene valor de cosa juzgada y se ejecutará con arreglo a las normas contenidas en el Capítulo Sexto de esta Sección”.

“Artículo 61.- Recurso de anulación.- Contra los laudos arbitrales dictados en una sola instancia o contra los laudos arbitrales de segunda instancia, procede sólo la interposición del recurso de anulación ante el Poder Judicial por las causales taxativamente establecidas en el artículo 73. El recurso tiene por objeto la revisión de su validez, sin entrar al fondo de la controversia, y se resuelve declarando su validez o su nulidad.

Está prohibido, bajo responsabilidad, la revisión del fondo de la controversia”.

“Artículo 73.- Causales de anulación de los laudos arbitrales.- El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por las causales siguientes, siempre y cuando la parte que alegue pruebe:

1. La nulidad del convenio arbitral, siempre que quien lo pida lo hubiese reclamado conforme al artículo 39.
2. Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos, siempre y cuando se haya perjudicado de manera manifiesta el derecho de defensa, habiendo sido el incumplimiento u omisión objeto de reclamo expreso en su momento por la parte que se considere afectada, sin ser subsanado oportunamente.
3. Que la composición del tribunal arbitral no se ha ajustado al convenio de las partes, salvo que dicho convenio estuviera en conflicto con una disposición legal de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de convenio, que no

posterior supone el reconocimiento, por parte de los jueces, de la excepción arbitral⁽⁶⁷⁾ que les es impuesta como obligación por la mencionada Ley, precisamente para que se cumpla con la determinación previa de la validez del convenio arbitral, a efecto de que los árbitros ejerzan plenamente la facultad de definir su competencia y de resolver todas las incidencias y controversias que se susciten en el marco del proceso arbitral, con el único control posible que opera en los tribunales de justicia y *a posteriori*.⁽⁶⁸⁾ Así lo expresa el Tribunal

se han ajustado a dicho disposición, siempre que la omisión haya sido objeto de reclamo expreso en su momento por la parte que se considere afectada, sin ser subsanado oportunamente.

4. Que se ha laudado sin las mayorías requeridas.
5. Que se ha expedido el laudo fuera del plazo, siempre que la parte que invoque esta causal lo hubiera manifestado por escrito a los árbitros antes de ser notificada con el laudo.
6. Que se ha laudado sobre materia no sometida expresa o implícitamente a la decisión de los árbitros. En estos casos, la anulación afectará sólo a los puntos no sometidos a decisión o no susceptibles de ser arbitrados, siempre que los mismos tengan sustantividad propia y no aparezcan inseparablemente unidos a la cuestión principal.
7. No obstante lo establecido en los incisos anteriores, el juez que conoce del recurso de anulación podrá anular de oficio el laudo, total o parcialmente, si resultara 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 I. La anulación parcial procederá sólo en el caso de que la parte anulada sea separable del conjunto del laudo”.

⁽⁶⁷⁾ Excepción de convenio arbitral

“Artículo 16.- Excepción de convenio arbitral.- Si se promoviera una acción judicial relativa a una materia que estuviera reservada a decisión de los árbitros de acuerdo con el convenio arbitral o cuyo conocimiento ya estuviera sometido por las partes a esa decisión, tal circunstancia podrá invocarse como excepción de convenio arbitral dentro del plazo previsto en cada proceso. Vencido el plazo correspondiente se entiende renunciado el derecho a invocarla y sin efecto alguno el convenio arbitral. Si la materia ya estuviera sometida al conocimiento de los árbitros, el juez deberá amparar la excepción de convenio arbitral. Si la materia todavía no está sometida al conocimiento de los árbitros, el juez también deberá amparar la excepción de convenio arbitral, salvo que la materia sea manifiestamente no arbitrable de conformidad con el artículo I. Encontrándose en trámite la excepción de convenio arbitral, las actuaciones arbitrales podrán iniciarse o proseguirse e inclusive dictarse el laudo (subrayado añadido)”.

⁽⁶⁸⁾ La Ley General de Arbitraje permite el recurso de apelación ante el Poder Judicial cuando así hubiese sido pactado en el convenio arbitral o lo prevé el reglamento de

en el Fundamento N° 13, que también ha sido consagrado como de observancia obligatoria:

“Este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (artículo 1 de la Ley General de Arbitraje), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria. El control judicial, conforme a la ley, debe ser ejercido ex post, es decir, a posteriori, mediante los recursos de apelación y anulación del laudo previstos en la Ley General de Arbitraje. Por su parte, el control constitucional deberá ser canalizado conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Constitucional; vale decir que tratándose de materias de su competencia, de conformidad con el artículo 5, numeral 4 del precitado código, no proceden los procesos constitucionales cuando no se hayan agotado las vías previas. En ese sentido, si lo que se cuestiona es un laudo arbitral que verse sobre derechos de carácter disponible, de manera previa a la interposición de un proceso constitucional, el presunto agraviado deberá haber agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje prevé para impugnar dicho laudo”.

la institución arbitral dentro del que se desarrolla el proceso, con excepción de los arbitrajes de conciencia, en los que no procede. En la práctica no es frecuente que las partes o los centros de arbitraje contengan pactos o previsiones a favor de la apelación. Por ello, las referencias en relación al presente artículo son, con relación al recurso de apelación, las mínimas.

“Artículo 60.- Recurso de Apelación.- Procede la interposición del recurso de apelación ante el Poder Judicial o ante una segunda instancia arbitral, cuando se hubiere pactado su admisibilidad en el convenio arbitral o si está previsto en el reglamento arbitral de la institución arbitral a la que las partes hubieran sometido su controversia. A falta de acuerdo expreso o en caso de duda, se entiende que las partes han pactado el recurso de apelación ante una segunda instancia arbitral.

El recurso de apelación tiene por objeto la revisión del laudo respecto de la apreciación de los fundamentos de las partes, de la prueba y, en su caso, aplicación e interpretación del derecho, y se resuelve confirmando o revocando total o parcialmente el laudo.

Contra los laudos de conciencia no procede recurso de apelación”.

¿Cuál es el propósito de este control de legalidad posterior? Precisamente, como lo señala la doctrina española más autorizada, éste incide en los errores *in procedendo* que puedan cometer los árbitros. Hay que convenir que dicho recurso tiene, entonces, un propósito fundamentalmente garantista, a criterio de Llorca Navarrete. ⁽⁶⁹⁾ Este autor se ha expresado en los siguientes términos:

“La petición de anulación del laudo no surge como una instancia más, ni por supuesto, como una instancia de apelación de justificación civil sobre cuestiones que afectan a las peticiones de las partes relativas a la justicia del laudo arbitral, o al modo, más o menos acertado, de resolver la cuestión sometida a arbitraje (...).

La petición de anulación del laudo arbitral cumple básicamente una función de garantía: garantiza que el arbitraje sea correcto procesalmente con arreglo a principios esenciales que permiten obtener la tutela judicial efectiva.

*La petición de anulación del laudo arbitral es **garantista** al ser una **GARANTÍA PROCESAL** que **garantiza** el correcto desarrollo procesal del arbitraje (negritas y mayúsculas en el original)”.*

No todo está resuelto, sin embargo, por el TC en relación con el régimen de inmunización jurisdiccional al arbitraje. En efecto, si bien es claro que el criterio establecido como obligatorio por el TC es el del control posterior, no ha quedado claro si se admitirá únicamente el control judicial por medio de las causales tasadas del recurso de anulación que la Ley General de Arbitraje prevé, que está configurado como un control de legalidad de orden fundamentalmente procesal y sin que permita la revisión del contenido del laudo arbitral. Eso es lo que queda indubitablemente de la lectura del Fundamento N^o 14, anteriormente transcrito, que se condice plenamente con lo establecido en la Ley General de Arbitraje. Pero en el Fundamento anterior N^o 13, en el que el TC hizo merecido honor al princi-

⁽⁶⁹⁾ LLORCA NAVARRETE, Antonio María, *Tratado de Derecho de Arbitraje*, 6^a Edición, San Sebastián, Instituto Vasco de Derecho Procesal, IVADP; 2003, pp. 406-407.

pio kompetenz-kompetenz, para profundizar su argumentación a favor de la aplicación al arbitraje del principio de “no intervención” del que goza la jurisdicción arbitral, el Tribunal, en su párrafo final, dejó señalado:

“Lo expuesto no impide que posteriormente se cuestione la actuación arbitral por infracción de la tutela procesal efectiva, conforme a las reglas del Código Procesal Constitucional”.

¿Cabe entonces -además de los recursos de anulación o eventualmente de apelación si así lo establecieron las partes-, una demanda de amparo contra la actuación de un tribunal arbitral o de un árbitro único? El TC, en efecto, lo admite; sin embargo, cuida de señalar -como no podía ser de otra manera- que ello sólo sería admisible si ocurre con posterioridad al agotamiento de los recursos a los que está sometido el arbitraje, por infracción a las reglas de la tutela judicial efectiva, conforme a las reglas del Código Procesal Constitucional. Ello supone que la vía constitucional sólo opera acorde con su carácter residual.⁽⁷⁰⁾ Aquí se encuentra la clave, a nuestro juicio, de lo que considera posible el TC en el marco de la Constitución y del código adjetivo que regula los procesos constitucionales, incluido el amparo, que sería el único admisible.

Podrá recurrirse, constitucionalmente, a un juez solamente *ex post*, cuando la jurisdicción arbitral haya cumplido su propósito y se hayan agotado las vías previas a que se refiere el numeral 4 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional.⁽⁷¹⁾ En otras palabras, que el propio TC incluye en su sentencia que “no proceden los procesos constitucionales cuando no se hayan agotado las vías previas”. No

⁽⁷⁰⁾ MATHEUS LÓPEZ, Carlos, “Jurisprudencia constitucional y arbitraje. Una relación compleja”, en: *Legal Express* N° 63, Año 6, marzo de 2006, p. 4.

⁽⁷¹⁾ “Artículo 5.- Causales de improcedencia

No proceden los procesos constitucionales cuando: (...)

4. No se hayan agotado las vías previas, salvo en los casos previstos por este Código y en el proceso de hábeas corpus”;

hay, por lo demás, manera distinta de interpretar el Fundamento N° 14 de la Sentencia recaída en el Proceso N° 6167-05-PHC:

“Este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (artículo 1 de la Ley General de Arbitraje), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria. El control judicial, conforme a la ley, debe ser ejercido ex post, es decir, a posteriori, mediante los recursos de apelación y anulación del laudo previstos en la Ley General de Arbitraje. Por su parte, el control constitucional deberá ser canalizado conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Constitucional; vale decir que tratándose de materias de su competencia, de conformidad con el artículo 5, numeral 4 del precitado código, no proceden los procesos constitucionales cuando no se hayan agotado las vías previas. En ese sentido, si lo que se cuestiona es un laudo arbitral que verse sobre derechos de carácter disponible, de manera previa a la interposición de un proceso constitucional, el presunto agraviado deberá haber agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje prevé para impugnar dicho laudo”.

Por si fuera insuficiente lo señalado por el Tribunal Constitucional en el Fundamento anteriormente transcrito, el Fundamento N° 18 vuelve a la carga en torno, específicamente, al control jurisdiccional posterior. Y retorna al tema para hacerlo viable en conexión con posibles lesiones a la tutela procesal efectiva o en caso se haya producido un incumplimiento, por parte de los árbitros, de la aplicación de la jurisprudencia constitucional o de los precedentes de observancia obligatoria.⁽⁷²⁾

⁽⁷²⁾ “18. En este contexto el control constitucional jurisdiccional no queda excluido, sino que se desenvuelve a *posteriori* cuando se vulnera el derecho a la tutela procesal efectiva o se advierte un incumplimiento, por parte de los propios árbitros, de la aplicación de la jurisprudencia constitucional o los precedentes de observancia

Hay quien ha advertido, sin embargo, el peligro de que al momento de interpretar los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal se pretenda distinguir entre el esfuerzo que el colegiado ha hecho por restringir el control jurisdiccional posterior (de legalidad, por la vía del recurso de anulación, o de constitucionalidad, por la vía de un proceso de libertad, fundamentalmente el amparo) en relación al laudo, de otros cuestionamientos previos al laudo.⁽⁷³⁾ En actitud de abogados del diablo, se aduce que ese mismo principio de “posterioridad” no se aplicaría necesariamente a las actuaciones arbitrales previas al laudo (resoluciones emitidas por el Tribunal u otras actuaciones anteriores al laudo) que, bajo este sospechoso criterio, serían susceptibles de ser impugnadas *ex ante* en la vía constitucional.

Evidentemente, el TC no se ha puesto en los fundamentos de observancia obligatoria en todas las posibilidades habidas y por haber. Sin embargo, ha decidido en abstracto, señalando derroteros claros que nos parece se aplican plenamente a cualquier intento de judicialización de las incidencias arbitrales, que sólo pueden ser cuestionadas con posterioridad a la emisión del laudo por vía de anulación. El propio TC ha señalado que el recurso de anulación es la vía previa que, solamente si ha sido agotada, habilita el acceso a la jurisdicción constitucional de la libertad. ¿Cómo se podría exigir ello para el laudo, que es la resolución final que contiene el recuento de las incidencias, el razonamiento de los árbitros y el fallo propiamente dicho; y no exigirlo para resoluciones o incidencias previas que podrán ser resueltas por los árbitros precisamente al momento de laudar? ¿Cómo se puede pensar que el TC ha establecido un verdadero régimen de inmunización jurisdiccional al arbitraje, que tiene efecto solamente si se emite el laudo, pero que puede ser literalmente contaminado y seriamente afectado si se recurre a la intervención judicial antes del laudo para vaciar de contenido a la jurisdicción arbitral?

obligatoria, los mismos que los vinculan en atención a los artículos VI *in fine* y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente”.

(73) Para LOHMANN era indispensable que el Tribunal Constitucional hubiese precisado que al igual que en el proceso judicial “lo cuestionable es el laudo, y no cualquier resolución en términos generales”. LOHMANN, *ob. cit.* nota de pie de página N° 61, p. 3.

Para nosotros, la reiteración de argumentos y la decisión de establecer determinados fundamentos como precedentes de observancia obligatoria nos llevan a la conclusión de que la interpretación que el TC ha desarrollado, conforme a la Constitución, establece que el arbitraje opera como jurisdicción privada pero sometida al orden público constitucional. Ello supone que los árbitros no se deben exclusivamente a las partes y a lo establecido por la Ley de Arbitraje para el desarrollo del proceso, sino que se deben por igual a la Constitución y al respeto a los derechos fundamentales. Por ello, la Constitución ampara la existencia autónoma del arbitraje y lo beneficia con la aplicación del principio de “no intervención”, que constituye un verdadero régimen de inmunización contra la injerencia ajena, mientras no haya concluido con el proceso arbitral a través de un laudo.

Asimismo, se admite que dicho régimen supone el respeto de la facultad de los árbitros por determinar su propia competencia y decidir sobre todos los aspectos controversiales que en todo momento pueden derivarse del conflicto de intereses sometido a su jurisdicción. Este principio de “no interferencia” o inmunización supone, además, que los árbitros pueden rechazar cualquier intento de intervención de autoridades administrativas y judiciales (civiles o penales) y está condicionado a que la labor arbitral pueda ser sometida al control posterior de Poder Judicial. Dicho control sólo admite que por vía del recurso de anulación, a propósito del laudo, se someten todas las actuaciones arbitrales al control de legalidad que, por las razones previstas taxativamente por la Ley General de Arbitraje, queda en manos de los jueces ordinarios.

Solamente cuando se haya producido resolución firme en relación con la anulación cabría recurrir al proceso constitucional de amparo en caso de lesión al derecho a la tutela procesal efectiva, como lo ha dejado señalado el Tribunal Constitucional.

9. EL LEGADO DE LA SENTENCIA: ¿“HIPERCONSTITUCIONALIZACIÓN” DEL PROCESO ARBITRAL?

La primera preocupación que surge a partir del enmarcamiento constitucional del arbitraje, que el Tribunal ha llevado al extremo de

someterlo a la Constitución, la ley y los precedentes obligatorios establecidos por el colegiado, es la aplicación de dicho enmarcamiento al arbitraje de equidad o de conciencia ¿Se encuentran los árbitros no abogados –o los que siéndolo deben resolver por mandato de las partes conforme a su leal saber y entender–, dentro de dicho enmarcamiento establecido por el TC? A nuestro juicio no pues precisamente en este tipo de arbitraje se aplica la equidad antes que las normas de derecho.⁽⁷⁴⁾

Además de ello, a pesar de las ventajas que evidentemente tienen los fundamentos de observancia obligatoria establecidos por el TC, en un ánimo de inmunizar el arbitraje frente a intervenciones anteriores al laudo, el enmarcamiento exacerbado del arbitraje dentro de un orden público constitucional puede llevar a situaciones de tensión entre el proceso arbitral y el debido proceso, tal y como este es reconocido constitucionalmente. Veamos solamente la definición legal de tutela procesal efectiva, que incorpora el debido proceso, contenida en el artículo 4º del Código Procesal Constitucional, concepto que por cierto ha sido esgrimido, como hemos visto, por el TC en la Sentencia recaída en el Expediente N° 6167-05-PHC/TC.

“Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal”.

El propio TC, en el Fundamento N° 9 de la sentencia antes citada que no tiene carácter vinculante, afirma que, por tratarse de

⁽⁷⁴⁾ Este tema es uniformemente tratado por los comentarios de la sentencia que forman parte del especial de *Legal Express* antes citado.

una jurisdicción, en el arbitraje han de observarse todas las garantías que componen el derecho al debido proceso.⁽⁷⁵⁾ Sin embargo, se admite que en el arbitraje la voluntad de las partes prevalece sobre cualquier otra consideración, pues, por naturaleza y definición legal, éstas se someten a la jurisdicción excepcional, de carácter privado destinada a resolver conflictos de interés con flexibilidad y sobre la base de reglas predeterminadas que ellas mismas establecen. En ese contexto, es interesante el voto singular del magistrado Gonzáles Ojeda,⁽⁷⁶⁾ quien reconoce como debe ser a nuestro parecer que:

“(...) resulta claro que la decisión de someter una controversia a la solución de un arbitraje, comporta la renuncia a una serie de derechos fundamentales de carácter esencialmente procesal. Además del acceso a la justicia, que la presupone, también existe

(75) En el mencionado Fundamento el TC expresa:

“9. Asimismo, la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso”.

Cabe advertir que en la Sentencia del Pleno Jurisdiccional recaída en el Expediente N° 04-2006-PI/TC, Fundamento N° 8, el TC –probablemente pensando en el arbitraje– ha calificado como exigencia en cualquier sede jurisdiccional el deber de “respetar mínimamente las garantías que componen los derechos a la tutela jurisdiccional efectiva y al debido proceso”.

(76) Fundamento N° 4 del Voto discordante en los Fundamentos emitido por el Magistrado Magdiel GONZÁLES OJEDA. En general, el Dr. GONZÁLES OJEDA se manifiesta en desacuerdo con el reconocimiento de la condición de “jurisdicción” del arbitraje, pues en su criterio ésta sólo es admisible si es ejercida por el Estado. Sustenta su posición en el sentido polisémico de la palabra jurisdicción. Sin embargo, admite a plenitud el proceso arbitral como medio de solución de conflictos en el siguiente párrafo del Fundamento N° 2 de su Voto:

“Entonces, puede decirse que el arbitraje es un medio alternativo de solución de conflictos y que su fundamento reposa en al 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”.

una renuncia al derecho al juez predeterminado por la ley o a la pluralidad de la instancia, por citar algunos casos. En otros casos, el contenido constitucionalmente protegido de alguno de los derechos de orden procesal tienen un alcance menor respecto si la controversia hubiese sido sometida a un tribunal de justicia de carácter estatal”.

Matheus López,⁽⁷⁷⁾ comentando la sentencia, ha dejado advertido que

“Igualmente, al señalar que el arbitraje importa un modelo jurisdiccional ad hoc para la resolución de controversias, se olvida que la visión jurisdiccionalista del proceso no resulta aplicable al arbitraje, pues el carácter, garantías y principios de este (garantismo arbitral) no son idénticos a aquellos del proceso judicial”.

¿Se trata entonces de reconocer que los estándares del debido proceso son diferentes en sede constitucional que en sede arbitral? Tenemos evidentemente, por un lado, que si, como lo expresa el magistrado Gonzáles Ojeda, pues en la mayoría de arbitrajes no es concebible el principio de la doble instancia (aunque está garantizado el medio impugnatorio de la anulación y excepcionalmente la apelación), ni es libre el acceso al órgano jurisdiccional (pues el convenio arbitral supone el denominado efecto negativo o inmunización del arbitraje que impide a los tribunales actuar; salvo para suplir funciones de control y colaboración), ni el derecho a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada (pues el arbitraje constituye precisamente una manera de excluirse por razones de voluntad y conveniencia para actuar como una alternativa a ella). Y así, habría que profundizar en el tema.

Pero, por el otro lado, tampoco podemos admitir los árbitros que en el arbitraje no se respeta el debido proceso y que hay estándares establecidos que así lo demuestran, sin perjuicio de aquellos que las partes deseen imponer en el marco de la libertad que les corresponde de establecer normas de autorregulación del proceso. Nadie va a

(77) MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto, *ob. cit.*, p. 4.

discutir, por ejemplo, que dentro de la expresión del artículo 73 inciso 2 de la Ley General de Arbitraje, que regula las causales de anulación (“que ... no haya podido, por cualquier razón, hacer valer sus derechos, siempre y cuando se haya perjudicado de manera manifiesta el derecho de defensa”), está contenido el respeto al debido proceso y está previsto que la lesión a este habilita la causal de anulación ante el Poder Judicial.

Sin embargo, las diferencias son manifiestas y los lenguajes son diversos. Una lectura a ultranza de las obligaciones que impone al arbitraje la sentencia del TC en cuanto ubica toda sede arbitral dentro del orden público constitucional y la considera sede constitucionalmente establecida, puede llevar al fenómeno de la “hiperconstitucionalización”⁽⁷⁸⁾ que generaría hiperlitigación, en desmedro del arbitraje que crecientemente viene desarrollándose.

En este contexto, del Aguila⁽⁷⁹⁾ ha advertido que:

“La sentencia del TC puede llevarnos a una situación no deseada –y de seguro, no auspiciada por sus integrantes– respecto de la revisión de las resoluciones y laudos arbitrales. Imaginemos la revisión de un laudo, por la vía del proceso constitucional, donde se cuestione la interpretación o sentido que el tribunal arbitral dio de un precedente del TC, o de la forma de aplicación de una jurisprudencia constitucional que analiza, por ejemplo, derechos de contenido patrimonial, como son las libertades de empresa y de contratación. Con eso, ¿se extienden las causales para anular un laudo arbitral?”

Es probable que en este tema sea necesario legislar para reformar parcialmente la Ley de Arbitraje y hacerla más precisa en cuanto a los estándares arbitrales del debido proceso que, debemos admitir-

(78) El término “hiperconstitucionalización”, asociado al legado de la sentencia, no pertenece al autor. Fue acuñado por Franz KUNDMÜLLER CAMINITI en su extenso intercambio de correos electrónicos a propósito de las discusiones en la Comisión de Reforma de la Ley General de Arbitraje.

(79) DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo, ob. cit., p. 5

lo, son distintos por la naturaleza privada y contractual con la que la institución surge ¿Cuáles serían estos? La Ley Modelo CNUDMI-UNCITRAL puede proporcionarnos algunos elementos y las modernas leyes de España y Chile (lo más actualizado en la materia dentro de la influencia de la Ley Modelo) puedan añadir algunos otros.

Si es por el lado de la Ley Modelo, debe nuestro legislador adecuar el texto relativo a las causales de anulación para añadir algo que está en el modelo, pero que no fue recogido por la Ley General de Arbitraje. En efecto, el artículo 73, que señala en el arbitraje nacional las causales de anulación, hace referencia al debido proceso solamente en el inciso 2, en el que se expresa la afectación al derecho de defensa de una de las partes como ha sido transcrito anteriormente. Sin embargo, en el inciso 3 referido a la causal de nulidad por que la composición del Tribunal no se ha ajustado al convenio de las partes la ley peruana ha omitido mencionar, junto con la composición del tribunal, al “proceso arbitral”, como lo expresa textualmente la Ley Modelo CNUDMI - UNCITRAL en el artículo 34, numeral 2, romanos (iv) (“que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes”). Esta nos parece una reforma urgente que debe ser acometida de inmediato a propósito de la Sentencia del TC recaída en el Proceso N° 6167-05-PHC.

No estaría de más, aun alejándonos de la Ley Modelo en tema tan sensible como este del debido proceso y precisamente como consecuencia del legado de la referida Sentencia del TC, que nuestros legisladores recurran a la novísima ley española que al efecto prevé:

“Artículo 24.- Principios de igualdad, audiencia y contradicción

- 1. Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.*
- 2. Los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligadas a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales”.*

“Artículo 25.- Determinación del procedimiento

1. *Conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, las partes podrán convenir libremente el procedimiento al que se hayan de ajustar los árbitros en sus actuaciones.*
2. *A falta de acuerdo, los árbitros podrán, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley, dirigir el arbitraje del modo que consideren apropiado. Esta potestad de los árbitros comprende la de decidir sobre admisibilidad, pertinencia y utilidad de las pruebas, sobre su práctica, incluso de oficio, y sobre su valoración”.*

En la misma línea, se debería tomar en consideración los aportes que la novísima ley chilena (Ley N° 19.971) promulgada el 10 de setiembre de 2004, con el siguiente texto:

“Artículo 18.- Trato equitativo de las partes

Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos”.

“Artículo 19.- Determinación del procedimiento

- 1) *Con sujeción a las disposiciones de esta ley, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones.*
- 2) *A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en esta ley, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas”.*

Reformar nuestra legislación arbitral y hacerla más explícita en relación a los estándares mínimos del debido proceso en un sistema como el arbitral, que constituye el reino de la voluntad de las partes, se impone como impostergable a nuestro criterio. Contribuiría a establecer reglas que faciliten la cohabitación del arbitraje y su práctica diaria y los postulados de la Constitución, como los ha interpretado el TC. Lo lograría la modificación legislativa si se hace con el ánimo

de facilitar el desarrollo de la solución de controversias en el ámbito privado, con la mínima intervención judicial y con la seguridad que tales soluciones no se van a enfrentar a una era de “hiperconstitucionalización” del arbitraje que, de producirse, puede provocar la huida de las partes a otras sedes arbitrales que resulten menos rígidas y menos expuestas a la judicialización.

10. CONCLUSIONES

1. El reconocimiento del arbitraje como jurisdicción viene de la Asamblea Constituyente de 1978. Sin embargo, dicho reconocimiento contenido en el artículo 233 de la Constitución de 1979 no tuvo efecto jurisdiccional significativo, ni produjo un desarrollo favorable al arbitraje durante la vigencia de dicha Constitución, que es considerada modélica en el constitucionalismo peruano.

2. La Ley General de Arbitraje N° 26572, redactada siguiendo la Ley Modelo CNUDMI-UNCITRAL, desarrolló a partir de 1996 la consagración constitucional de la jurisdicción arbitral reiterada por la Carta de 1993 en el numeral 1 de su artículo 139. Es a partir de la Ley N° 26572 que el arbitraje ha tenido en el Perú el avance sustancial que hoy conocemos. Este ha venido traducándose en la actividad de los centros que administran casos de la mayor significación, múltiples arbitrajes *ad hoc* en los que se resuelven disputas relativas a derechos patrimoniales entre particulares y entre estos y el Estado. En este contexto, es reveladora la decisión del Estado Peruano de admitir el arbitraje para la resolución de controversias con sus proveedores de bienes y servicios, legislar sobre el arbitraje en los conflictos que se originan en los servicios públicos regulados, así como concebir la solución arbitral en los contratos con inversionistas suscritos en el marco de la legislación promocional de inversiones y de los convenios internacionales de carácter bilateral para la promoción de inversiones o de libre comercio, o de naturaleza multilateral, suscritos o por suscribirse al efecto.

3. Aunque no es pacífico en la doctrina constitucional, ni en el tratamiento jurídico de la institución arbitral, la concepción del arbitraje como jurisdicción, el hecho de que se encuentre reflejado tal reconocimiento en la Constitución desde 1979 marca un derrotero ineludible para la jurisprudencia del Poder Judicial y del Tribunal

Constitucional en el tratamiento del tema. No debe llamar a sorpresa, entonces, que tanto la Corte Suprema de Justicia como el Tribunal Constitucional hayan coincidido en reconocer la jurisdicción arbitral, reivindicar su carácter autónomo y exclusivo para hacerla inmune a la competencia o las intervenciones de autoridades jurisdiccionales, a fin de que el arbitraje cumpla a plenitud con su propósito esencial. Como se dijo anteriormente, este propósito se traduce en resolver los conflictos de interés que le plantean los particulares, o el Estado en algunas de sus relaciones con los particulares sobre derechos disponibles, contribuyendo así al desarrollo del comercio, la inversión, la dotación de los servicios públicos regulados, la definición de los derechos patrimoniales y, en última instancia, al restablecimiento de la paz social.

4. Partiendo del reconocimiento de la jurisdicción arbitral a nivel constitucional, el TC ha dictado una sentencia en cuyos considerandos de carácter vinculante esto es, de aplicación obligatoria para jueces, árbitros, fiscales y administradores el colegiado constitucional ha definido el enmarcamiento del arbitraje dentro del orden constitucional, sobre la base de los siguientes conceptos:

- 4.1 El arbitraje es una más de las jurisdicciones constitucionalmente admitidas. Las otras son la constitucional, en manos los magistrados del TC, establecida en el artículo 201 y siguientes de la Constitución; la ordinaria en manos de los jueces y Tribunales del Poder Judicial, a que se contrae el Capítulo VIII de la Constitución, en sus artículos 138 y siguientes; la electoral, en manos de los miembros del Jurado Nacional de Elecciones, conforme a lo dispuesto por 178, numeral 4 y artículos siguientes de la Constitución; la militar, en manos de los jueces especializados en la materia, prevista como excepción por el inciso 1 del artículo 139 de la Constitución; y la consuetudinaria, que ejercen las autoridades de las comunidades campesinas y nativas en el ámbito del artículo 149 de la Constitución;
- 4.2 El enmarcamiento constitucional del arbitraje supone que este no desplaza ni sustituye al Poder Judicial, sino que opera como una alternativa complementaria al sistema judicial que es pues-

ta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias.

- 4.3 La interpretación que el TC ha desarrollado conforme a la Constitución, establece que el arbitraje opera como jurisdicción privada pero sometida al orden público constitucional. Ello supone que los árbitros no se deben exclusivamente a las partes y a lo establecido por la Ley de Arbitraje para el desarrollo del proceso, sino que se deben por igual a la Constitución y al respeto a los derechos fundamentales. Por ello, la Constitución ampara la existencia autónoma del arbitraje y lo beneficia con la aplicación del principio de “no intervención”, que constituye un verdadero régimen de inmunización contra la injerencia ajena mientras no haya concluido con el proceso arbitral a través de un laudo.
- 4.4 La naturaleza propia de la jurisdicción arbitral y las características que la definen lleva a concluir al colegiado constitucional que la jurisdicción arbitral ejerce un poder que no está sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que “forma parte esencial del orden público constitucional” que tiene su origen y límite en el numeral 1 del artículo 139 de la Constitución. Ello obliga a interpretar que el proceso arbitral tiene una doble dimensión: (i) de una parte subjetiva, pues está destinado a resolver conflictos de interés disponibles y a proteger los intereses de las partes; y, de la otra, objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución dispuesta por el artículo 51 de la Norma Fundamental. Todo ello hace que, a los ojos del TC, un tribunal arbitral o un árbitro único actúan como “sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada” con plenos derechos de autonomía, pero obligada a respetar los derechos fundamentales.
- 4.5 En este contexto, el arbitraje goza no solamente de la protección del numeral 1 del artículo 139 de la Constitución, lo que supone su reconocimiento jurisdiccional y su existencia como excepción a la jurisdicción ordinaria por decisión de las partes que suscriben un convenio arbitral; sino que también goza del

atributo de la independencia que trae consigo el principio de “no interferencia”. Este principio, aplicable según la interpretación obligatoria dispuesta como precedente vinculante por el TC, contribuye a desarrollar el régimen de inmunización del arbitraje frente a intervenciones extrañas que se deriva de la interpretación realizada por el colegiado constitucional. Este principio de “no interferencia” prevé leído en el marco del precedente de carácter vinculante N° 12 de la Sentencia que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes en sede arbitral, ni interferir en el ejercicio de las funciones de los árbitros. Al respecto, el Tribunal ha sido tan explícito en el tema que basta con repetir la última frase de dicho Considerando y la primera del N° 14, que es igualmente de observancia obligatoria.

Fundamento N° 12 *in fine*: “Los tribunales arbitrales, por consiguiente, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros incluida autoridades administrativas y/o judiciales destinada a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes”.

Fundamento N° 14 *ab initio*: “Este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (artículo 1 de la Ley General de Arbitraje), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria”.

- 4.7 La jurisdicción arbitral, como la ha enmarcado constitucionalmente el TC, goza de dos características que la distinguen de las otras constitucionalmente reconocidas; (i) su naturaleza de jurisdicción excepcional, pues constituye una exclusión voluntaria de la jurisdicción ordinaria que ejerce el Poder Judicial; y (ii) su carácter de jurisdicción privada, lo que la somete al control jurisdiccional posterior y únicamente posterior en materia de legalidad, según las reglas taxativas de la Ley General de

Arbitraje sobre anulación del laudo y, de mediar pacto entre las partes, de apelación al Poder Judicial;

4.8 Los precedentes vinculantes que integran esta inmunización del arbitraje frente a interferencias extrañas, de ninguna manera suponen que esta jurisdicción privada no esté sujeta al control jurisdiccional posterior. Sin embargo, el TC ha dejado claramente sentado que este control opera únicamente de manera posterior. En este orden de ideas, puede distinguirse dos tipos de controles a los que el TC ha aludido y que operan solamente *a posteriori*:

(i) el control de legalidad al que habilita la Ley General de Arbitraje mediante los recursos de anulación y, eventualmente, de apelación (si este último hubiese sido pactado), que opera únicamente luego de haberse emitido el laudo, tal y como lo ha conceptualizado obligatoriamente el TC en los siguientes términos:

Fundamento N° 14: “El control judicial, conforme a la ley, debe ser ejercido *ex post*, es decir, *a posteriori*, mediante los recursos de apelación y anulación del laudo previstos en la Ley General de Arbitraje”.

(ii) el control de constitucionalidad que el TC ha declarado que no queda excluido pero que necesariamente se desenvuelve *a posteriori* (como lo señala en el Considerando N° 14 *in fine*). Esto supone que se hayan agotado los recursos que la ley o las partes hayan establecido en el marco del arbitraje, que son reputados por el Tribunal como vías previas obligatorias, de conformidad con el numeral 4 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional. En sede constitucional, entonces, podrá ejercerse el control jurisdiccional del arbitraje (siempre *ex post*) bajo dos situaciones diferenciables:

(a) tratándose de cualquier vulneración a la tutela procesal efectiva o cuando se advierta incumplimiento, por parte de los árbitros, de la aplicación constitucional o

de los precedentes de observancia obligatoria –a que se refiere el Considerando N° 18–, lo que a nuestro juicio alude a cualquier resolución o actuación arbitral, aun antes del laudo. Sin embargo, para proceder tendría que haber sido objeto de conocimiento del Poder Judicial mediante recurso de anulación o, si las partes lo establecieron, de apelación ante la justicia ordinaria; y

- (b) si lo que se cuestiona es el laudo –en el marco del Considerando N° 14– el presunto agraviado deberá haber agotado los recursos que la Ley de Arbitraje prevé para impugnar dicho laudo, que nuevamente nos conduce indefectiblemente al agotamiento del recurso de anulación o, si hubiese sido pactado, de apelación.

4.9 No sería admisible una interpelación literal de los precedentes vinculantes de la Sentencia recaída en el Expediente N° 6167-05-PHC que distinga entre el control jurisdiccional constitucional descrito en la situación (a) del descrito en la situación (b), en el sentido de considerar que la posterioridad del control opera únicamente frente al laudo y no frente a resoluciones o actuaciones previas a este. No está en la lógica de la inmunización construida por el Tribunal a favor del arbitraje, ni de la aplicación del principio de “no interferencia” consagrado en el numeral 2 del artículo 239 de la Constitución, que lleva indefectiblemente a admitir en todos los casos la posterioridad de los controles jurisdiccionales, sea en sede judicial ordinaria o en sede judicial constitucional.

5. Con lo beneficioso para la inmunización del arbitraje que puede ser el legado de la Sentencia recaída en el Expediente N° 6167-05-PHC y con el fin de garantizar a plenitud el control posterior de los jueces y tribunales a la labor que hayan cumplido los árbitros, el enmarcamiento del arbitraje en el orden público constitucional puede llevar a una etapa de “hiperconstitucionalización” del arbitraje, que socavaría a la institución y pondría en peligro los logros alcanzados.

6. Preocuparía, en especial, que se pretenda aplicar mecánicamente al arbitraje los estándares del contenido de la tutela procesal

efectiva o del debido proceso que están señalados en el Código Procesal Constitucional. O en el artículo 139 de la Constitución, cuando, por la naturaleza excepcional y voluntaria del arbitraje hay elementos de éstos que se admiten morigerados en sede arbitral. Bastaría con tomar en cuenta que el arbitraje, como jurisdicción excepcional y de carácter voluntario, constituye por definición una excepción a la jurisdicción predeterminada por la ley y al principio *lato sensu* del juez natural; que el libre acceso al órgano jurisdiccional sólo puede ser concebido con posterioridad a que los árbitros hayan cumplido con su función; que la decisión arbitral en instancia única es, a menudo, la norma pactada por las partes.

7. Nada de lo anterior significa que el arbitraje no respete las reglas esenciales del debido proceso, en un marco de preeminencia de la autonomía de la voluntad y el derecho a la libre contratación que privilegia la eficacia, la flexibilidad y la menor rigidez legislativa. Esta preeminencia se traduce en los estándares contenidos en la Ley General de Arbitraje (con el ajuste necesario proveniente de la Ley Modelo CNUDMI-UNCITRAL), en el sentido de habilitar el recurso de anulación *cuando la parte alegue y pruebe que no ha podido por cualquier razón hacer valer sus derechos, siempre y cuando se haya perjudicado de manera manifiesta el derecho de defensa, habiendo sido el incumplimiento u omisión objeto de reclamo expreso en su momento por la parte que se considera afectada, sin haber sido subsanado oportunamente; o cuando el proceso arbitral (y no solamente la composición del tribunal) no se haya ajustado al convenio de las partes.*

8. No obstante, el Derecho Comparado nos permite aprovechar las lecciones de dos legislaciones recientes en las que, habiendo optando sus respectivos poderes legislativos por seguir la Ley Modelo CNUDMI-UNCITRAL, han establecido reglas sencillas que contienen la esencia del debido proceso en sede arbitral. Sea la Ley N^o 60/2003, de Arbitraje de España, que prevé un artículo especial en el que bajo el título de “Principios de Igualdad, Audiencia y Contradicción” se expresa que deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos. O sea la Ley N^o 19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional que, bajo el título “Trato Equitativo entre las Partes”, precisa en

su artículo 18 que se deberá tratar a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos; añadiendo el artículo siguiente (“Determinación del Procedimiento”) que, con sujeción a las disposiciones de esa ley especial, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones.

9. El tema de la judicialización de las incidencias arbitrales para promover la interferencia de las autoridades (jueces y fiscales) en la labor de los árbitros no debe ser atribuido, en nuestro país, a la iniciativa de estos últimos y menos a la jurisprudencia del TC. Las decisiones de este último han contribuido más en sentido contrario, esto es en fortalecer el respeto del arbitraje y la labor que deben desempeñar los árbitros para cumplir con la función que al efecto les encomiendan las partes. La sentencia recaída en el Expediente N° 6167-05-HC y sus fundamentos de observancia obligatoria están destinada a ello.

10. Evidentemente, de ser mal interpretados los fundamentos vinculantes de la referida Sentencia, se puede abrir un espacio que fomente el fenómeno de la “hiperconstitucionalización” del arbitraje, que sería contrario a su desarrollo en el país. Es por ello que en un contexto de globalización e incremento de la internacionalización de las soluciones a las controversias jurídicas que se presenten, un retroceso en el arbitraje en el Perú sólo contribuiría a que la solución de controversias patrimoniales, que por ahora son de conocimiento de los árbitros en el Perú (y podría seguir siéndolo en el futuro), huya o migre a otros países en los que, por no haberse dado el enmarcamiento constitucional explícito del arbitraje, no podrían darse deformaciones de “hiperconstitucionalización” que promuevan la judicialización.

REQUISITOS PARA SER ÁRBITRO

FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY (*)

SUMARIO: I. Capacidad. II. Calificaciones profesionales. II.1. Requisitos exigidos en razón del tipo de arbitraje. II.2. Incompatibilidades e impedimentos. III. Nacionalidad del árbitro.

A efectos de garantizar la constitución de tribunales arbitrales idóneos, todas las legislaciones arbitrales imponen requisitos mínimos que deberán cumplir aquellas personas que deseen actuar como árbitros. Generalmente estos requisitos están referidos a la edad y la capacidad civil, la nacionalidad y las calificaciones profesionales del árbitro.⁽¹⁾

Pero, además de los requisitos que pueden ser exigidos por la ley del lugar donde se va a desarrollar el arbitraje, las partes o el reglamento de la institución arbitral encargada de administrar el arbitraje pueden imponer sus propios requisitos adicionales.

(*) Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Perú.

(1) Aunque debe tenerse presente que en algunos casos los requisitos son más que peculiares, como en Arabia Saudita donde "... *the arbitrators must be Muslim and male*". BOND, Sthepen R., "*How to Draft an Arbitration Clause (revisited)*", en: *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 1, N° 2, 1990, p. 18.

Voskuil y Freedberg-Swartzburg⁽²⁾ explican que, por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje de la *Grain and Feed Trade Association* norteamericana exige que el árbitro tenga conocimiento de la materia o que forme parte del panel de árbitros de dicha institución,⁽³⁾ y que, además, algunas instituciones arbitrales ordenan que los árbitros o al menos el presidente del tribunal arbitral tenga una determinada nacionalidad.⁽⁴⁾

(2) VOSKUIL, C.C.A. & FREEDBERG-SWARTZBURG, Judith Ann, “*Composition of the Arbitral Tribunal*”, en: SARCEVIC, Petar (Ed.), *Essays on International Commercial Arbitration*, Graham & Trotman, Londres, 1989, p. 70.

(3) Estos particulares requisitos reglamentarios, generalmente dispuestos por algunas instituciones arbitrales especializadas que, por efecto del convenio arbitral suscrito por las partes forman parte de éste y, en consecuencia, deben ser respetados al momento en que se procede a designar a un árbitro, pueden generar algunos problemas, como lo explican Emmanuel GAILLARD & John SAVAGE (Eds.), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, pp. 456-457. “As a result of the embargo imposed by the government of the Cote d’Ivoire on cocoa exports, a British trading company, Philipp Brothers, was unable to fulfill a number of contracts for cocoa sales to other international cocoa traders. Those traders commenced arbitration proceedings against Philipp Brothers as provided for in the contracts, under the Rules of the *Chambre arbitrale de l’Association Francaise pour le Commerce des Cacaos* (the AFCC). The Rules provided that the arbitrators were to be chosen from a list of prominent figures in the cacao industry drawn up by the AFCC. Before the President of the Paris Tribunal of First Instance, Philipp Brothers claimed that this list was too short, given the number of disputes to be resolved (eighteen awards were eventually made on similar facts) and refused to accept the appointment of any of the arbitrators appearing on the list, and instead nominated an arbitrator from outside the list and asked the judge to appoint a third arbitrator ‘chosen from among serving or retired French judges’. By two rulings, dated October 28, 1988 and June 29, 1989, the President of the Paris Tribunal of First Instance refused to do so, holding in particular that in this instance, by agreeing to the arbitration clause in the disputed contracts, which designated the arbitration chamber of the AFCC as the institution in charge of the arbitration, Philipp Brothers accepted with full knowledge and without any reservation the application of the Rules of that Chamber.

The Paris Court of Appeals subsequently heard the actions to set aside the awards made by the arbitrators chosen from the AFCC’s list. The Court took the same position as the Tribunal of First Instance ...”.

(4) Así, por ejemplo, el artículo 2.6. del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) establece que «el árbitro único o el presidente del tribunal arbitral será de un país distinto del de las partes ...», aunque luego la misma norma permite que en circunstancias especiales el árbitro pueda tener la nacionalidad de una de las partes.

Por último, las partes en ejercicio de la autonomía o libertad que tienen para designar a sus árbitros, pueden acordar en cualquier momento requisitos especiales que deberán reunir las personas que actuarán como árbitros como, por ejemplo, que cuenten con cierta experiencia profesional, entre otros.⁽⁵⁾

Si los árbitros designados no cumplen con los requisitos legales, contractuales (del convenio arbitral) o reglamentarios (de la institución arbitral), ello podrá llevar a una recusación,⁽⁶⁾ o a que el laudo arbitral pueda ser anulado o no reconocido debido a la defectuosa constitución del tribunal arbitral.⁽⁷⁾

Ahora bien, en líneas generales podemos hacer referencia a los principales requisitos exigidos a los árbitros:

I. CAPACIDAD

Las leyes arbitrales generalmente exigen que las personas que van a actuar como árbitros gocen plenamente de sus derechos civiles; es decir, tengan plena capacidad de goce y de ejercicio. En ese

(5) BORN, Gary B., *International Commercial Arbitration in the United States*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventon & Boston, 1994, p. 62. "Arbitration clauses sometimes contain various types to requirements that arbitrators must possess, or 'defects' that they may not possess. For example, some agreements... particularly in specialized fields such as shipping or commodities, require that the arbitrators be engaged in the business...". MILES, Wendy, "Practical Issues for Appointment of Arbitrators: Lawyer vs Non-Lawyer and Sole Arbitrator vs. Panel of Three (or More)", en: *Journal of International Arbitration*, Vol. 20, N° 3, 2003, p. 219. "The insertion of terms describing the necessary qualifications of an arbitrator into the arbitration clause of a contract may occur in certain specialist industries when the parties believe that an arbitrator needs to possess particular qualifications in order to understand the subject-matter of the contract and the relevant industry".

(6) Sobre la recusación de árbitros, *vid.*: CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y ARAMBURÚ YZAGA, Manuel Diego, *El arbitraje en el Perú: Desarrollo actual y perspectivas futuras*, Fundación M. J. Bustamante de la Fuente, Lima, 1994, pp. 303-316.

(7) Ver artículos 73(3) y 123(4) de la LGA peruana. Sobre este particular, *vid.*: CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, "Anulación de un laudo arbitral por la causal de violación del pacto de las partes respecto a la composición del tribunal arbitral y del procedimiento", en: *Normas Legales*, T. 346, Lima, 2005, pp. 137-141.

sentido se pronuncian, entre otras, las legislaciones arbitrales de Francia (artículo 1451 del Código Procesal Civil), Holanda (artículo 1023 de la Ley de Arbitraje), Suecia (artículo 7 de nueva Ley de Arbitraje de 1999),⁽⁸⁾ Bélgica (artículo 1680 del Código Judicial, según reforma de 1998) y España (artículo 13 de la Ley 60/2003).⁽⁹⁾

De igual manera, la Ley General de Arbitraje (LGA) peruana en su artículo 25 dispone lo siguiente: “Pueden ser designados árbitros las personas naturales, mayores de edad... y que se encuentran en pleno ejercicio de sus derechos civiles”.⁽¹⁰⁾

(8) Artículo 7º de la Ley de Arbitraje de Suecia: “*Any person who possesses full legal capacity in regard to his actions and his property may act as an arbitrator*”. Artículo 1680 del Código Judicial Belga: “*As arbitrator may act any person who has the capacity to contract, except for minors... persons under guardianship and those... excluded from the right to vote*”.

(9) MANTILLA-SERRANO, Fernando, *Ley de Arbitraje*, Iustel, Madrid, 2005, p. 93. El autor al referirse a esta regla señala que: “La solución de la Ley de Arbitraje es de una lógica innegable. Los usuarios del arbitraje son personas capaces –y en lo que respecta al arbitraje comercial, se presumen expertos profesionales– que, sobre materias disponibles, deciden acudir a un tercero cuya decisión tan sólo vincula a las partes. No existe, por lo tanto, ningún interés ni particular ni público cuya protección requiera limitar la capacidad para ser árbitro de la que toda persona en ‘pleno ejercicio de sus derechos civiles’ debe gozar”.

(10) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2070 del Código Civil peruano, “[e]l estado y capacidad de la persona natural se rigen por la ley de su domicilio.

El cambio de domicilio no altera el estado ni restringe la capacidad adquirida en virtud de la ley del domicilio anterior.

No es nulo por falta de capacidad el acto jurídico celebrado en el Perú relativo al derecho de las obligaciones y contratos si el agente es capaz según la ley peruana, salvo que se trate de acto jurídico unilateral, o de derechos sobre predios situados en el extranjero”.

Sobre la ley aplicable a la capacidad, Emmanuel GAILLARD & John SAVAGE (Eds.), *Fouchard Gaillard Goldman on Internacional Commercial Arbitration*, ob. cit., p. 456, indican lo siguiente: “... *French law lays down no conditions as to the capacity of the arbitrators. This is because arbitrators must be legally capable in any event, as they enter into a contract to carry out their brief... Their capacity will therefore be governed, in principle, by their personal law. In civil law countries this will be the arbitrator’s national law or laws; in common law jurisdictions it will be the law of their domicile or domiciles*”.

Fuera de esto, en el tema de la capacidad no hay mucho más que decir, salvo que su exigencia como requisito para ser árbitro nos lleva a preguntarnos acerca de si es posible que una persona jurídica sea designada como árbitro.

Sobre este particular, Cremades⁽¹¹⁾ informa que la respuesta a esta pregunta dependerá de cada legislación arbitral en particular, ya que, por ejemplo, lo permiten las legislaciones de Suiza y Grecia⁽¹²⁾ y lo prohíben las de El Salvador, Honduras,⁽¹³⁾ España y Francia.⁽¹⁴⁾

En teoría nada impediría que una persona jurídica actuara como árbitro, siempre y cuando se entienda que ella, por obvias razones, designará a una persona natural que la representará en el encargo.⁽¹⁵⁾

-
- (11) CREMADES, Bernardo M., “Análisis Comparativo de Tribunales Arbitrales Permanentes”, en: *Estudios sobre Arbitraje*, 1977, p. 143. “En algunos casos las personas físicas exclusivamente, en otros las personas jurídicas; depende de la legislación aplicable. Por ejemplo, la legislación española vigente en la actualidad exige que los árbitros sean personas físicas ...”.
- (12) ICC COMMISSION ON INTERNATIONAL ARBITRATION, *Working Party on the Status of the Arbitrator, Final Report, Document N° 420/345*, p. 2. “Certain legal systems (Switzerland, Greece, etc.) however, accept that the arbitrator’s duties may be carried out by a moral entity. And, in practice, a number of arbitration institutions (in particular professional associations) hand down arbitral awards in their own name, even though the arbitrator’s duties were in fact carried out by individuals”.
- (13) Artículo 35 de la Ley de Arbitraje de El Salvador: “Sólo las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos ciudadanos podrán ser designados como árbitros”. El artículo 43 de la Ley de Arbitraje de Honduras dispone lo mismo.
- (14) LORCA NAVARRETE, Antonio María y SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín, *Derecho de Arbitraje Español*, Dykinson, Madrid, 1994, p. 141. “Con arreglo a la LA, sólo pueden ser árbitros las personas naturales... y, por tanto, se excluye que a una institución o, al fin y al cabo, a una persona jurídica pueda encomendarse la función de árbitro. A una solución semejante se llega también en el NCPC (concretamente su artículo 1451 NCPC, cuando señala que ‘*Si la convention d`arbitrage désigne une personne morale, celle ci ne dispose que du pouvoir d`organiser l`arbitrage*’”).
- (15) CAIVANO, Roque J., *Arbitraje: Su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 1993, p. 177. “Deberá entenderse, si no es específicamente aclarado en el acuerdo arbitral, que la actuación como árbitros y la decisión del conflicto estarán a cargo de las personas físicas que la representen, o que sean designadas por esa persona jurídica”.

Sin embargo, en la práctica muchas veces se presentan graves problemas que aconsejan no seguir este camino.

En efecto, el primer problema es que para que la persona jurídica acepte el encargo y proceda a designar a una persona natural que la representará, obviamente se requerirá que sus disposiciones estatutarias así lo autoricen,⁽¹⁶⁾ lo que normalmente no es el caso. Así, uno corre el riesgo que la persona jurídica simplemente no pueda aceptar la designación.

Pero, además, la designación que haga la persona jurídica de la persona natural será en calidad de representación, lo que implicará que la persona jurídica será la responsable de las acciones u omisiones de su representante. Esto constituye sin duda alguna un claro desincentivo a esta práctica.⁽¹⁷⁾

Por estas razones, consideramos muy positiva la decisión de la LGA peruana al disponer, en el último párrafo del artículo 25, que cuando “... se designe a una persona jurídica como árbitro, se entenderá que tal designación está referida a su actuación como entidad nominadora ...”.

Verifiquemos que la norma indicada no prohíbe y menos sanciona la designación de una persona jurídica como árbitro. Lo que hace simplemente es considerar que cuando la persona jurídica de-

⁽¹⁶⁾ *Ibidem*, p. 177. “En definitiva: no vemos obstáculo alguno para que una persona jurídica pueda ser designada árbitro, en la medida que las normas de su constitución la habiliten para ello”.

⁽¹⁷⁾ *Ibidem*, p. 175. “La jurisprudencia [argentina sostiene]... que ninguna persona jurídica se encuentra en condiciones de intervenir como árbitro, ya que en tal caso tendría que hacerlo por intermedio de sus representantes, y entonces la responsabilidad estaría delegada”. Por su parte, Emmanuel GAILLARD & John SAVAGE (Eds.), *Fouchard Gaillard Goldman on Internacional Commercial Arbitration*, ob. cit., p. 465, explican la situación en Francia: “... *in French domestic law, only natural persons may act as arbitrators, and juridical persons are permitted only to organize arbitration proceedings (Artículo 1451)... there is ... no bar to the appointment of a juridical person as an arbitrator in international arbitration. Of course, the task of judging is necessarily carried out in practice by natural persons, but they will do so as the representatives of the institution in whose name the decision is made*”.

signa al árbitro, este último no tendrá la calidad de representante, ya que la primera simplemente está cumpliendo el encargo como una simple entidad nominadora de árbitros.⁽¹⁸⁾

De esta manera, la LGA peruana incentiva a que las personas jurídicas que por algún motivo sean designadas como árbitros procedan a nombrar al árbitro respectivo, al eliminar cualquier potencial responsabilidad.⁽¹⁹⁾

II. CALIFICACIONES PROFESIONALES

En algunas legislaciones se suele exigir que en cierto tipo de arbitraje intervengan necesariamente personas con antecedentes

(18) Sobre el tema de la entidad nominadora de árbitros, *vid.*: Fernando CANTUARIAS SALAVERRY y Manuel Diego ARAMBURÚ YZAGA, *El arbitraje en el Perú: Desarrollo actual y perspectivas futuras*, ob. cit., pp. 266-280.

(19) Sobre este tema existe la duda acerca de si esta regla se aplica también al Arbitraje Internacional. Sobre el particular, Gonzalo GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, *El Arbitraje Internacional en la Sección Segunda de la Ley N° 26572*, Lima, 2004, p. 123, afirma que: “Se desprende de una lectura e interpretación sistemática del capítulo tercero, que el criterio del legislador ha sido el que las personas naturales actúen como árbitros y no las personas jurídicas. Sin embargo, cabe preguntarse si en caso de existir pacto expreso de las partes, podrán actuar a través de su representante en la medida que no vulveren las normas de orden público o si se deberá interpretar –como lo hace la Sección Nacional– que actuará como entidad nominadora. Ambas posiciones pueden sustentarse al interpretar que las personas jurídicas tienen nacionalidad y como tal podrían actuar como árbitros, ya que la norma no es explícita en ese aspecto... No existe una prohibición expresa de la ley, por lo que nos inclinamos a considerar que si las partes lo desean, se podrá realizar el arbitraje con una persona jurídica”.

Nosotros compartimos las conclusiones del autor, aunque no la argumentación, ya que, como hemos explicado, la disposición nacional de la LGA peruana en momento alguno prohíbe que las partes designen como árbitro a una persona jurídica. Simplemente considera que en el momento en que esa persona jurídica nombre a la persona natural, lo hará sin que ello signifique un acto de representación, con las consiguientes potenciales responsabilidades del caso. Sin embargo, estamos de acuerdo que en el Arbitraje Internacional las partes podrán pactar que la persona jurídica actuará mediante su representante, aunque estamos seguros que este pacto reducirá dramáticamente los incentivos para que la persona jurídica cumpla con el encargo, por los riesgos que ello conlleva.

profesionales. Esto sucede fundamentalmente en países en los que se mantiene el monopolio de la intervención de los abogados en arbitrajes de derecho.

Por otro lado, también es común identificar la existencia de impedimentos o incompatibilidades para que ciertas personas actúen como árbitros en razón de su actividad profesional o política. Caso típico es la prohibición de que los magistrados activos del poder judicial ejerzan funciones arbitrales, aunque también es cierto que cada vez se presentan mas excepciones a esta regla, como es el caso de Holanda, Inglaterra y Suiza.⁽²⁰⁾

Analicemos cada supuesto por separado:

II.1. Requisitos exigidos en razón del tipo de arbitraje

Algunas legislaciones arbitrales, como las de Panamá,⁽²¹⁾ Costa Rica,⁽²²⁾ Ecuador,⁽²³⁾ Honduras,⁽²⁴⁾ El Salvador⁽²⁵⁾ y Perú (sólo aplicable

⁽²⁰⁾ VOSKUIL, C.C.A., y FREEDBERG-SWARTZBURG, Judith Ann, “*Composition of the Arbitral Tribunal*”, ob. cit., p. 71. W. Laurence CRAIG, William W. PARK & Jan PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3ª ed., Oceana Publications, Inc./ICC Publishing SA, 2000, p. 582. “*It is not uncommon in many places to select judges as arbitrators. In Switzerland, however, the choice has been limited with respect to members of the federal judiciary. Judges sitting on the Tribunal federal can now accept appointment as arbitrators only if they will chair the tribunal or serve as sole arbitrator, or if the arbitral tribunal is composed entirely of members of the Tribunal federal*”.

⁽²¹⁾ Segundo párrafo del Artículo 3 de la Ley de Arbitraje, Conciliación y Mediación de Panamá de 1999: “Cuando el arbitraje sea de Derecho, el o los árbitros deberán ser abogados en ejercicio. Salvo que sea otra la voluntad de las partes, podrán nombrarse árbitros extranjeros para las distintas clases. En todo caso, para los arbitrajes de Derecho, el árbitro extranjero deberá cumplir con la condición de ser licenciado o doctor en Derecho”.

⁽²²⁾ Segundo párrafo del artículo 25 de la Ley sobre resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social N° 7727 de Costa Rica de 1997: “Tratándose de arbitrajes de derecho, los árbitros deberán ser siempre abogados y tener como mínimo cinco años de incorporados al Colegio de Abogados”.

⁽²³⁾ Artículo 3 de la Ley de Arbitraje de Ecuador de 1997: “... Si el laudo debe expedirse fundado en derecho... los árbitros deberán ser abogados”.

⁽²⁴⁾ Artículo 43 de la Ley de Arbitraje de 2000: “Cuando el arbitraje haya de decidirse con sujeción a derecho, los árbitros deberán ser profesionales del derecho”.

al Arbitraje Nacional),⁽²⁶⁾ entre otros,⁽²⁷⁾ establecen que cuando el arbitraje es de derecho, el árbitro debe ser necesariamente abogado.

Las disposiciones legales transcritas no sólo hacen referencia a una distinción generalmente utilizada en las legislaciones arbitrales de origen romano-germánico,⁽²⁸⁾ las cuales identifican que el arbitraje puede ser de derecho o de equidad o conciencia, dependiendo de

(25) Artículo 35 de la Ley de Arbitraje de El Salvador: “Cuando el arbitraje haya de decidirse con sujeción a derecho, los árbitros serán, además, abogados en el libre ejercicio de la profesión”.

(26) Segundo párrafo del artículo 25 de la LGA: “El nombramiento de árbitros de derecho debe recaer en abogados”. El artículo 15(1) de la nueva Ley N° 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje de España, establece que cuando el arbitraje es “interno” (en contraposición al arbitraje internacional que se determina de manera muy similar a lo que dispone la LGA peruana, el árbitro debe tener la condición de abogado, “salvo acuerdo expreso en contrario”).

(27) Como al parecer es el caso de Venezuela. WEININGER, Bernardo y LINDSEY, David M., “Venezuela”, en: *International Arbitration in Latin America*, BLACKABY, Nigel, LINDSEY, David y SPINILLO, Alessandro (Eds.), Kluwer Law International, La Haya, 2002, pp. 245-246. “Article 619 of the Civil Procedure Code provides... that only practicing lawyers can act as arbitrators de derecho (i.e., arbitrators bound by legal principles). Prior to the enactment of the Arbitration Law, Venezuela doctrine has considered arbitrators bound by legal principles to be similar to judges, and therefore subject to the same qualifications. Hence, under this doctrine, only practicing lawyers who are Venezuelan citizens could be appointed as arbitrators bound by legal principles.

The Arbitration Law, on the other hand, does not require arbitrators to meet any special qualifications or nationality test. Specifically, Article 8 of the Arbitration Law does not require that arbitrators bound by legal principles be lawyers. There is, however, some ambiguity as to whether the Civil Procedure Code rule requiring arbitrators bound by legal principles to be lawyers remains applicable to commercial arbitrations conducted under the Arbitration Law.

According to one line of Venezuelan doctrine, the silence of the Arbitration Law permits lawyers and non-lawyers to act as arbitrators in arbitrations at law conducted under the Arbitration Law, as opposed to arbitrations at law conducted under the Civil Procedure Code. Another line of Venezuelan doctrine finds that in commercial arbitration cases, Article 619 of the Civil Procedure Code remains applicable and therefore only practising lawyers can act as arbitrators bound by legal principles”.

(28) CHILLÓN MEDINA, José y MERINO MERCHÁN, José, *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*, Civitas, Madrid, 1978, p. 377, explican que algunos ordenamientos jurídicos como el inglés desconocen esta distinción.

si las partes han requerido a los árbitros que se pronuncien sujetándose a derecho (arbitraje de derecho), o que resuelvan la controversia según su leal saber y entender (arbitraje de equidad o de conciencia), sino que, además, a partir de esa simple división, la ley establece ciertos requisitos particulares que deben cumplir los árbitros de derecho.

En efecto, todas estas legislaciones disponen que cuando el arbitraje es de derecho se debe crear una suerte de monopolio en favor de los abogados, lo que no sucede tratándose del arbitraje de conciencia o equidad, en el que puede actuar como árbitro cualquier simple mortal que tenga capacidad de goce y de ejercicio de sus derechos civiles, sin importar, además, si son nacionales o extranjeros.⁽²⁹⁾

Sobre este particular, Lohmann⁽³⁰⁾ define al arbitraje de derecho como aquel por el cual se «... obliga a los árbitros a emitir un laudo conforme a las disposiciones legales de fondo y ciertas mínimas de forma, teniendo incluso presentes la jurisprudencia, la costumbre y los usos. Son jueces privados en el más estricto y sano sentido. No les está dado prescindir de la ley y, como los jueces, a falta de norma legal expresa deben aplicar las que la analogía permita y en su defecto los principios generales del Derecho». Por su parte, Aylwin⁽³¹⁾ describe al arbitraje de conciencia o equidad de la siguiente manera: «El Amigable componedor no debe resolver la controversia declarando el derecho que la ley otorga: debe hacerlo imponiendo la solución que considere más justa y más prudente, puede en esta forma, desentenderse en absoluto de los derechos preexistentes que se hallen comprometidos en el pleito y hacer nacer con su fallo nuevos títulos para las partes».

⁽²⁹⁾ Así, por ejemplo, la parte pertinente del artículo 25 de la LGA peruana dispone lo siguiente: “Pueden ser designados árbitros las personas naturales, mayores de edad (...) que se encuentran en pleno ejercicio de sus derechos civiles (...) El nombramiento de árbitros de (...) equidad podrá recaer en personas nacionales o extranjeras”.

⁽³⁰⁾ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan G., *El Arbitraje*, Para leer el Código Civil, Vol. V, 2ª. ed., Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988, p. 69.

⁽³¹⁾ AYLWIN AZOCAR, Patricio, *El Juicio Arbitral*, Fallos de Mes M.R., 4ª. ed., Santiago de Chile, 1982, p. 579.

A partir de las dos citas transcritas parecería desprenderse que en el arbitraje de derecho los árbitros fallan de acuerdo con las «disposiciones legales», es decir, resuelven como si fueran magistrados;⁽³²⁾ mientras que en el arbitraje de conciencia o equidad, los árbitros pueden solucionar la controversia de la manera que consideren más justa.

Al parecer la exigencia legal de que los árbitros de derecho fallen «de acuerdo a ley» y que actúen como «jueces privados», ha llevado a que se equipare la función que cumple el árbitro de derecho con la que desarrolla el juez, dando origen a que se exija el exclusivo nombramiento de abogados cuando se está frente a un arbitraje de derecho; mientras que en el arbitraje de conciencia o equidad, dado que los árbitros resuelven de acuerdo a su «conciencia», puedan participar el resto de los comunes mortales. Lohmann⁽³³⁾ parece confirmar nuestra apreciación, cuando afirma que: «Consecuencia lógica de la necesidad de poseer conocimientos jurídicos que reclama el arbitraje de Derecho, la ley exige... que los árbitros que se designen habrán de ser abogados».

Nosotros consideramos, sin ánimo de polémica, que más allá de la distinción entre arbitraje de derecho y arbitraje de conciencia, la exigencia que en el primer caso el árbitro tenga que ser abogado pretende únicamente mantener un inaceptable coto de caza en favor de los abogados, a la par que significa una inaceptable intromisión en la autonomía de voluntad de las partes.

Justamente sobre este tema, creemos más que pertinente transcribir una larga pero juiciosa cita de Eduardo Zuleta:⁽³⁴⁾ «Una primera limitante se encuentra en el ya tradicional concepto de que los árbitros, siempre que trate del llamado arbitramento en derecho,

(32) ARAMBURÚ MENCHACA, Andrés, «Los Árbitros», en: *El Arbitraje Comercial en Iberoamérica*, Instituto de Cooperación Iberoamericana y el Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España, Madrid, 1982, pp. 21-22.

(33) LOHMANN LUCA DE TENA, Juan G., *El Arbitraje*, ob. cit., p. 69.

(34) ZULETA, Eduardo, «En busca de árbitros y jueces para un arbitramento desnaturalizado», en: *Revista Iberoamericana de Arbitraje*, www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanama/b-04.html, pp. 7-8.

deberán ser abogados, limitándose la intervención de otros profesionales a los llamados arbitramentos técnicos o al arbitramento en conciencia. Es indudable que las decisiones que involucren la interpretación y aplicación de normas jurídicas requieren de la presencia de expertos para garantizar, en la medida de lo posible, que el laudo pueda hacerse efectivo; pero ello no significa, como se ha considerado tradicionalmente, que en todo arbitraje de los llamados ‘en derecho’ los árbitros deban ser únicamente abogados.

La internacionalización de la economía, la especialización de los negocios, el tráfico acelerado de bienes y servicios y los avances tecnológicos, por nombrar apenas algunos factores, han resultado en un alto grado de sofisticación de los contratos internacionales y en no pocas ocasiones, si bien los temas materia del arbitraje tienen que ver con cuestiones vinculadas al mundo jurídico (por ejemplo la naturaleza o el incumplimiento del contrato), la cuestión debatida y su resolución dependen más de un claro entendimiento y apreciación de los aspectos económicos, tecnológicos o científicos de la controversia que de la aplicación de una regla jurídica o de un determinado sistema jurídico. Por ello en el arbitramento internacional se acepta sin ninguna resistencia la posibilidad que las partes nombren como árbitros a profesionales no abogados, en arbitramentos que tradicionalmente y bajo el concepto clásico latinoamericano calificarían como arbitramentos en derecho. Si los abogados-árbitros pueden hacerse asesorar por profesionales de otras disciplinas para comprender los temas que escapan al ámbito del derecho y poder emitir un laudo que realmente defina los puntos materia de la controversia, no repugna, y así se ha entendido en el arbitraje internacional, que árbitros no abogados intervengan como árbitros para definir la controversia, con la asesoría de profesionales del derecho o designando a un abogado como uno de los miembros del tribunal arbitral. En innumerables ocasiones el comerciante, el técnico, el científico o la compañía dedicada a una determinada actividad verán con un mayor grado de confianza a sus colegas de profesión, a quienes conocen su jerga y se mueven en su medio, que a unos distantes y fríos profesionales del derecho con dificultades a veces para comprender la naturaleza misma de las diferencias. ¿Y no es la confianza la base sobre la cual se estructura toda la institución arbitral?”.

De la misma manera, el gran profesor Pieter Sanders afirmaba, allá por el año de 1982, que la “... diferencia entre estos dos tipos de árbitros no debe superestimarse. También los juristas pueden ser capaces de entender de cuestiones técnicas o de los usos comerciales. De lo contrario, ¿cómo podrían los hombres de leyes ser capaces de actuar como abogados de sus clientes? Por otra parte, los profanos, por la práctica, pueden tener un buen ‘olfato’ para cuestiones legales y poseer razonamientos legales, como de hecho conocemos casos. Por tanto, en mi opinión, no es decisivo si el arbitraje ha de mantenerse de acuerdo con las reglas de la ley o de acuerdo con la (*ex aequo et bono*) amistosa composición. En ambos tipos de arbitraje las partes deben ser libres para designar las personas que ellas prefieran como árbitros. No pueden darse reglas generales. En la práctica un tribunal arbitral, con un jurista como presidente, puede, sin embargo, preferirse en orden a tener la seguridad de una perfecta redacción de la decisión y evitar su derogación posterior.

En principio, y en opinión mía, las partes deben tener la mayor libertad posible en la elección de las personas que vayan a actuar como árbitros suyos. Una característica esencial del arbitraje, comparado con la jurisdicción de los tribunales, es que la disputa se decide por personas privadas elegidas por las propias partes”.⁽³⁵⁾

En efecto, estamos frente a una artificial e inaceptable exigencia legal, que además limita sin razón alguna la autonomía de voluntad de las partes, razón por la cual hoy todas las modernas legislaciones arbitrales del mundo no la exigen más. Así, por ejemplo, podemos citar a las legislaciones arbitrales de Alemania, Austria, Bélgica, Canadá, la India, Italia, Suecia, los Estados Unidos de Norteamérica,⁽³⁶⁾

(35) SANDERS, Pieter, “Exposición en la clausura del seminario de arbitraje comercial internacional”, en: *El Arbitraje Comercial en Iberoamérica*, Instituto de Cooperación Iberoamericana y el Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España, 1982, p. 337.

(36) HOELLERING, Michael F., “International Arbitration under U.S. and AAA Rules”, en: *ICCA XII International Arbitration Congress*, Viena, 1994, p. 14. “U.S. arbitration laws impose no restrictions on who may serve as arbitrator. Nationals and non-nationals, lawyers, and nonlawyers, business and other persons may all be appointed to arbitral tribunals”.

Francia,⁽³⁷⁾ China,⁽³⁸⁾ México,⁽³⁹⁾ Inglaterra,⁽⁴⁰⁾ entre muchas otras.⁽⁴¹⁾

(37) DERAINS, Yves, "France", en: *The Yearbook on Commercial Arbitration*, Vol. VI, 1981, ob. cit., p. 8. "There is no restriction at all against a foreigner acting as arbitrator, even in a domestic arbitration".

(38) En China una de las instituciones arbitrales más importantes es la *China International Economic and Trade Arbitration Commission* (CIETAC), la cual administra arbitrajes entre extranjeros y nacionales chinos. En estos casos los árbitros pueden ser nacionales o extranjeros. HARPOLE, Sally A., "A Practical Approach to the Conduct of International Arbitration in the People's republic of China", en: *American Bar Association, Section on International Law and Practice, International Commercial Arbitration Committee, Newsletter*, Vol. 2, 1995, p. 4. "CIETAC has appointed a list of arbitrators, which includes both foreign and Chinese nationals. Nearly 100 non-PRC nationals from over 15 different countries appear on the list at this time... Under the new Arbitration Law, the qualifications of arbitrators who may serve in foreign-related arbitration cases may include knowledge and experience in a variety of different disciplines, including law, economics and trade, science, and technology".

(39) TREVIÑO, Julio C., "International Commercial Arbitration in Mexico", en: *The ICC International Court of Arbitration -International Commercial Arbitration in Latin America, Special Supplement*, 1997, p. 56. "Other than the general qualification of impartiality, there is none required in order to be appointed. Specifically, there is no limitation under Mexican law for non-Mexican lawyers not admitted in Mexico to act as arbitrators in an arbitration held in Mexico, or as counsel of any of the parties, and as such, appear at hearings to submit evidence and plead as appropriate".

(40) BLACKABY, Nigel y SPINILLO, Alessandro, "La nueva legislación sobre arbitraje de Inglaterra", en: *LexisNexis Jurisprudencia Argentina* 1998, JA 1998-IV-831, p. 5. "En los arbitrales que tengan lugar en Inglaterra, tanto ciudadanos británicos como extranjeros, sean abogados o no, pueden actuar como árbitros. No hay ninguna restricción de ningún tipo al respecto.

Debe destacarse que en Inglaterra un gran número de árbitros no abogados son parte de tribunales arbitrales colegiados o incluso árbitros únicos. Ello se da, por ejemplo, en arbitrajes relacionados con controversias surgidas en la industria de la construcción (*construction arbitration*), seguros (*insurance arbitration*), materias primas (*commodities arbitration*) y contratos marítimos (*maritime arbitration*). En estos casos, un conocimiento técnico de la materia a tratar es tan importante como el conocimiento del derecho aplicable. Estos árbitros, no obstante, pueden contar con el asesoramiento de un abogado si las circunstancias así lo requieren.

Esta posibilidad de contar con personas con conocimientos técnicos en la materia para resolver una controversia es una de las ventajas que ofrece el arbitraje sobre el proceso judicial".

(41) Sobre este particular, leer a: FALI S. NARIMAN, "The Spirit of Arbitration –The Tenth Annual Goff Lecture", en: *Arbitration International*, 2000, Vol. 16, N° 3, p. 268.

Inclusive España, cuya legislación arbitral de 1988 exigía este requisito,⁽⁴²⁾ la ha eliminado, por lo menos parcialmente, en su novísima Ley N^o 60/2003 de 23 de diciembre, de Arbitraje.⁽⁴³⁾

Es más, la propia LGA peruana, que en su sección aplicable al Arbitraje Nacional exige que el árbitro en un arbitraje de derecho sea abogado, simplemente no lo ordena tratándose de arbitrajes internacionales,⁽⁴⁴⁾ con lo cual acepta, aunque sólo a medias, que esta exigencia legal es innecesaria. Esta es, pues, probablemente una de las más claras contradicciones entre las disposiciones nacionales e internacio-

Por su parte, CREMADES, Bernardo María, “España estrena nueva Ley de Arbitraje”, en: *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Vol. V, Civitas, Madrid, 1988-1989, p. 12, refiere que el artículo 3 de la Convención de Ginebra sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961, permite que “... ‘los súbditos extranjeros ...[puedan] ser nombrados árbitros’. Los súbditos extranjeros no están obligados según el convenio a ser abogados, ni mucho menos a ser abogados en ejercicio”.

(42) MILES, Wendy, “*Practical Issues for Appointment of Arbitrators: Lawyer vs Non-Lawyer and Sole Arbitrator vs Panel of Three (or More)*”, ob. cit., p. 225. “... the 1988 Spanish Arbitration Act provides that ‘when a dispute is to be settled by de jure arbitration, the arbitrators must be practising attorneys’”.

(43) La Exposición de Motivos de la Ley N^o 60/2003 indica lo siguiente: “En cuanto a la capacidad para ser árbitro, se opta por el criterio de la mayor libertad de las partes, como es hoy la regla general en los países más avanzados en materia de arbitraje: nada impone la ley, salvo que se trate de personas naturales con capacidad de obrar plena. Serán las partes directamente o las instituciones arbitrales las que con total libertad y sin restricciones –no adecuadas a la realidad del arbitraje– designen a los árbitros”. Sin embargo, como explica GONZALO STAMPA, “*The 2003 Spanish Arbitration Act*”, en: *ASA Bulletin*, Vol. 22, N^o 4, 2004, p. 679, “... the Bill still requires that arbitrators in domestic arbitrations at law must be lawyers in practice, unless otherwise expressly agreed by the parties... Its inclusion, apart from constituting an old vestige of corporatism, will scarcely have relevant consequences should the parties agree otherwise”. GONZALO QUIROGA, Marta, “Proyección latinoamericana de la nueva Ley Española de Arbitraje”, en: *Libro Homenaje a Enrique Eliás Laroza*, Editorial Normas Legales, Lima, 2005, p. 316, crítica con razón esta exigencia doméstica: “Se trata de una disposición de corte corporativista al permitir que únicamente sean los abogados en ejercicio los que entren a decidir sobre los arbitrajes de Derecho, excluyendo a otros profesionales como los propios profesores de Derecho, magistrados, notarios, etc. Choca, además, que este requisito no se extienda al arbitraje internacional de derecho donde podrá ser árbitro cualquier persona aún sin calificación jurídica”.

(44) Ver artículos 101 al 105 de la LGA peruana.

nales de la LGA peruana, que requiere que sea corregida a la brevedad, debiéndose apostar, que duda cabe, por la postura moderna.

En todo caso, cabe aclarar, para tranquilidad de nuestros colegas abogados, que la eliminación del absurdo requisito legal de ser abogado en los arbitrajes de derecho no generará una competencia significativa de otras profesiones, ya que, como explica Bond,⁽⁴⁵⁾ como generalmente se exige la motivación de los laudos, decidir cuestiones de competencia y aplicar e interpretar la normatividad legal, el mercado generalmente prefiere designar como árbitros a personas con conocimientos legales y mejor si además ejercen la profesión.⁽⁴⁶⁾

Esta afirmación se confirma a partir de la práctica de los principales centros de arbitraje, como la Cámara de Comercio Internacional (CCI),⁽⁴⁷⁾ la *London Court of International Arbitration* (LCIA),⁽⁴⁸⁾ la

(45) Citado por SCHWARTZ, Eric. A., “*The rights and duties of ICC Arbitrators*”, en: *The Status of the Arbitrator -Special Supplement, The ICC Bulletin*, 1995, p. 74. “... in ... arbitrations, where awards must generally set out the reasoning of the arbitral tribunal; where the validity and enforceability of awards, if challenged, are decided upon by judges; and where questions of jurisdiction, applicable law and statutory interpretation must often (and increasingly) be decided upon by the arbitral tribunal, legal training is a minimum requirement and legal practice is preferable”.

(46) KLUG, Michael & DUTSON, Stuart, “*The role of the legal profession in arbitration*”, en: *The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal*, 1999, Parte 3, p. 209. “*The critical factor in all disputes, and the one factor which is common to all disputes, is the legal context in which the dispute occurs. All disputes occur in the shadow of the law and the parties to a dispute always remain subject to the bargain they entered into. What occurs in an arbitration is essentially a legal, not engineering argument: it is seldom that all that is required is the opinion of an expert to resolve a dispute*”.

(47) MILES, Wendy, “*Practical Issues for Appointment of Arbitrators: Lawyer vs Non-Lawyer and Sole Arbitrator vs Panel of Three (or More)*”, ob. cit., p. 221. “*The fact remains that, although parties to ICC arbitrations are entitled to appoint non-legally qualified arbitrators, according to Derains and Schwartz, in ICC arbitration cases ‘the parties nevertheless almost always nominate lawyers (or other legal professionals), and the ICC also ordinarily assumes, unless otherwise advised, that the parties expect it to do the same when appointing the sole or third arbitrator’*”.

(48) *Ibidem*, p. 222. “... as with the ICC, whilst there is no rule that prevents the appointment of non-lawyers as arbitrators, the practice in most international commercial arbitrations administered by the LCIA is to appoint lawyers”.

American Arbitration Association (AAA),⁽⁴⁹⁾ la *German Institute of Arbitration (DIS)*,⁽⁵⁰⁾ la *Stockholm Chamber of Commerce (SCC)*⁽⁵¹⁾ y, en nuestro medio, del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima.⁽⁵²⁾

Es más, como bien señala Garro,⁽⁵³⁾ “[t]oda disputa, aun aquella sometida a un arbitraje de equidad, pone en juego valoraciones jurídicas. Al fin y al cabo, aunque la controversia se refiere a un problema técnico cualquiera, siempre se trata de dar a cada uno lo suyo y para esto el jurista está mejor entrenado. Empero, creo que ni siquiera esta conveniencia jurídica justifica imponer a las partes el tipo de profesionales que deben conducir el arbitraje, ya sea de derecho o de equidad”.⁽⁵⁴⁾

-
- (49) *Ibíd.*, p. 223. “... whilst the AAA international rules do not preclude appointment of a non-lawyer arbitrator, the language of the institution’s guidelines certainly suggests a bias toward arbitrators who possess either legal qualifications or some relevant law-related experience”. PALMITER, Alan R. y REYES VILLAMIZAR, Francisco, *Arbitraje comercial y otros mecanismos de resolución de conflictos societarios en Estados Unidos*, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2001, p. 48. Estos autores identifican que el “profesor SHELL considera que ‘no es necesario que los árbitros sean abogados ni que se encuentren familiarizados con la legislación aplicable al caso en particular’. No obstante, los tribunales conformados por la AAA generalmente incluyen uno o más abogados”.
- (50) MILES, Wendy, “*Practical Issues for Appointment of Arbitrators: Lawyer vs Non-Lawyer and Sole Arbitrator vs Panel of Three (or More)*”, *ob. cit.*, p. 224. “The DIS Arbitration Rules stipulate that, unless otherwise agreed by the parties, the chairman of the arbitral tribunal or the sole arbitrator (as the case may be) shall be a lawyer”.
- (51) *Ibíd.*, p. 224. “The SCC Arbitration Institute’s Rules are also silent as to the qualifications of arbitrators. However, Mr. Born comments that the SCC ‘typically appoints members of the Swedish bar with international experience, or former Swedish judges, as arbitrators’.
- (52) Si bien no existen estadísticas, si uno ingresa a la información acerca de la relación de árbitros de este Centro (www.camaralima.org.pe/arbitraje/relacionarbitros.htm), confirmará que la gran mayoría son abogados.
- (53) Citado por MATTHEIS T., Félix Ronald, *Arbitrariedad y Arbitraje: un análisis de la normatividad sobre arbitraje de derecho privado en Venezuela*, Caracas, 1996, p. 194.
- (54) MILES, Wendy, “*Practical Issues for Appointment of Arbitrators: Lawyer vs Non-Lawyer and Sole Arbitrator vs Panel of Three (or More)*”, *ob. cit.*, p. 226. “Given the obvious benefits of appointing lawyers over non-lawyers to arbitral tribunals, in what circumstances

En otras palabras, si bien lo más razonable y prudente es que en todo tribunal arbitral participe al menos un abogado, la presencia de uno o más profesionales del derecho debe generarse del acuerdo de las partes cuando así lo consideren conveniente y no debido a una exigencia legal.

Ahora bien, volvamos al supuesto en el que una legislación arbitral impone que un tribunal arbitral de derecho tiene que estar conformado sólo por abogados. Pues bien, ¿se requiere que sean simplemente eso, abogados? ¿o se requiere que sean abogados colegiados o registrados en algún colegio profesional o corte judicial? ¿deben, además, ser abogados en ejercicio?

Sobre este particular, Lohmann⁽⁵⁵⁾ considera que «... lo lógico y razonable es que [el abogado] sea ejerciente, porque es la única manera de garantizar seriedad en el fallo. La obtención de título acredita grado universitario, pero de poco o nada sirve si el titulado no ejerce y no está al tanto de la aplicación del Derecho. Además, me pregunto: ¿cuando a un titulado le designan árbitro de Derecho, acaso no está ejerciendo la profesión? Pero ya no basta ser letrado, o sea, licenciado en Derecho, sino que se requiere ser abogado, lo cual implica estar autorizado para ejercer como tal por el Colegio del lugar donde el arbitraje se lleva a cabo».

Verifiquemos que opiniones muy respetadas como la glosada, aunque en nuestra opinión equivocadas, conllevan a que el monopolio en favor de los abogados sea aún mayor.⁽⁵⁶⁾ Pero, además, como

would parties appoint non-lawyers? The most obvious situation is where the tribunal has three or more members... in the case of a sole arbitrator or a chairman of a three-member tribunal, that person will frequently be required to deal with difficult problems of procedure and conflict of laws. An appropriate experienced lawyer will be best equipped to deal with these matters. In the case of a three-member tribunal it is arguable that, as long as the chairman possesses the necessary legal skills and experience, the party-appointed arbitrators need not also be lawyers”.

(55) LOHMANN LUCA DE TENA, Juan G., *El Arbitraje*, ob. cit., p. 141.

(56) ¿Qué significa “ejerciente”? ¿es ejerciente sólo el que litiga ante el poder judicial? ¿o también el que lo hace ante tribunales administrativos? ¿y el abogado que únicamente asesora? ¿y qué pasa con el abogado académico? Vaya uno a saber.

para “ejercer” muchas veces hay que estar registrado ante algún colegio profesional o instancia judicial, entonces el monopolio es completo, ya que sólo podrán actuar como árbitros los abogados “ejercientes” nacionales en desmedro de los extranjeros.

¿Se imaginan a dos extranjeros que buscando neutralidad deciden arbitrar en otro país, pero que al hacerlo se encuentran con la obligación de arbitrar ante abogados y, para colmo, locales, aun cuando no exista otro vínculo con la sede del arbitraje que la decisión soberana de las partes de haber decidido hacerlo allí en vez que en cualquier otro sitio? Es más, pensemos en dos partes que domicilian en la sede del arbitraje, pero a los que la ley arbitral les dice que no pueden nombrar como árbitros a abogados extranjeros porque supuestamente no son personas confiables.⁽⁵⁷⁾

La verdad es que ejemplos como los desarrollados en el párrafo precedente no hacen más que demostrar lo endeble, por no decir lo absurdo, de exigir que el abogado sea “ejerciente” y de pretender considerar que el abogado cuando actúa como árbitro está “ejerciendo” la profesión. Con esa lógica, el médico que interviene como árbitro de conciencia está ejerciendo la profesión médica y el electricista que interviene con el mismo carácter llena de electricidad a todo el tribunal arbitral.

Sin embargo, y por desgracia, muchos países que mantienen la exigencia que el árbitro de derecho tenga que ser abogado, terminan además discriminando a los abogados extranjeros, al exigir la colegiación local.⁽⁵⁸⁾

(57) LOHMANN LUCA DE TENA, Juan G., “Ley General de Arbitraje: Unas Glosas de Urgencia”, en: *Informativo Legal Rodrigo*, N° 80, Lima, 1993, p. 2.32, opina sobre este particular que los abogados extranjeros no pueden fungir como árbitros de derecho tratándose de arbitrajes domésticos, por cuanto «... si son extranjeros, posiblemente no conocen de derecho peruano». Nosotros no compartimos esta opinión, no sólo porque se crea un monopolio en manos de los abogados locales, sino porque, además, se presume sin razón alguna la «incompetencia» de colegas extranjeros para resolver «conforme a derecho» y se le niega a los particulares el derecho a decidir acerca de quiénes son para ellos los verdaderamente «competentes», al arrogarse la ley la facultad de decidir qué abogado es “bueno” y cuál “malo”.

(58) El artículo 15.1 de la novísima Ley de Arbitraje de España, establece que en los arbitrajes internos o nacionales de derecho, el tribunal arbitral deberá estar

Así, disposiciones arbitrales como las de Costa Rica⁽⁵⁹⁾ imponen una barrera de acceso a los abogados extranjeros, al exigir que como mínimo tengan cinco años de incorporados a un colegio de abogados local y, al mismo tiempo, convierten en poco o nada atractivo el desarrollo de los arbitrajes en esos países, por lo menos cuando al menos una de las partes sea extranjera.⁽⁶⁰⁾

Pero, además, puede suceder que aun cuando la ley arbitral sólo exija como requisito que el árbitro sea abogado, igual se interprete que deba tratarse de un abogado “en ejercicio” y que para ejercer deba estar colegiado localmente,⁽⁶¹⁾ con lo cual, de manera indirecta, se cierra las puertas a los abogados extranjeros.

constituído por abogados “en ejercicio”, salvo que las partes pacten de manera expresa la posibilidad de designar a personas que no sean de esa profesión. MANTILLA-SERRANO, Fernando, *Ley de Arbitraje*, ob. cit., p. 101, entiende que: “Abogado en ejercicio, parece hacer referencia a abogados debidamente inscritos como ejercientes ante algún Colegio de abogados”, aunque seguidamente afirma que “[d]adas las disposiciones de derecho europeo de la competencia y sobre las libertades comunitarias, parece difícil sostener que la única colegiación válida sea la española”. Queda, sin embargo, la duda que así será interpretado por las cortes españolas. Es más, aun así, la discriminación frente a cualquier abogado no comunitario es clara.

(59) Ver *supra* cita N° 22.

(60) Imaginemos un arbitraje entre una empresa costarricense y otra argentina con sede en Costa Rica. Con una norma como la indicada, los tres árbitros abogados tendrán que ser locales, perjudicando así a la parte argentina. CHILLÓN MEDINA, José María y MERINO MERCHÁN, José Fernando, *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*, ob. cit., p. 380, consideran que es un error que se limite la participación de abogados extranjeros, ya que «... en los niveles actuales de institucionalización del arbitraje internacional resultaría inconsecuente mantener semejante [exigencia], si se advierte que la cohesión profesional de los intereses comerciales internacionales resulta, de hecho, mayor que la basada únicamente en la nacionalidad. La imparcialidad en los juicios arbitrales no depende tanta de la nacionalidad de los árbitros, como de la calificación técnica y profesional de los mismos, y de su prestigio y capacidad».

(61) Por ejemplo, al establecer el artículo 35 de la Ley de Arbitraje de El Salvador que “[c]uando el arbitraje haya de decidirse con sujeción a derecho, los árbitros serán, además, abogados en el libre ejercicio de la profesión”, ¿significa que tienen que estar colegiados en ese país? Todo daría a entender que la respuesta es afirmativa. MANTILLA-SERRANO, Fernando, “Colombia”, en: *International Arbitration in Latin America*, BLACKABY, Nigel, LINDSEY, David y SPINILLO, Alessandro (Eds.), Kluwer Law International, La Haya, 2002, p. 120. “When the arbitration is considered to be ‘arbitration

Por tanto, las partes que deseen llevar su caso arbitral a un tercer Estado en razón de la neutralidad, deben verificar si en ese lugar la ley de arbitraje local exige que en los arbitrajes de derecho tengan necesariamente que intervenir abogados como árbitros y si, además, se limita de manera directa o indirecta la participación de abogados extranjeros.

En el caso del Perú, y a diferencia de lo que sucedía con la derogada LGA de 1992,⁽⁶²⁾ la LGA vigente no exige el requisito de ser abogado en los arbitrajes de derecho internacionales y, en los arbitrajes nacionales, si bien mantiene este absurdo requerimiento, el artículo 25 requiere simplemente que “[e]l nombramiento de árbitros de derecho debe recaer en abogados”.⁽⁶³⁾

II.2. Incompatibilidades e impedimentos

Muchas legislaciones arbitrales limitan o condicionan la participación de ciertas personas como árbitros en razón de la actividad que desarrollan.

in law’ (‘arbitraje de derecho’), *the arbitrators shall be ‘abogados inscritos’ unless the amount in dispute falls within the qualification of ‘small claims’*”. El mismo autor entiende que “abogado inscrito” “... *applies to those who have followed university legal training leading to the ‘abogado’ diploma granted by the Faculties of Law approved by the State, and that, following receipt of their diploma, have registered as attorneys in the Colombian National Register of Attorneys*”. SPINILLO, Alessandro y VOGELIUS, Emilio, “Argentina”, en: *International Arbitration in Latin America*, BLACKABY, Nigel, LINDSEY, David y SPINILLO, Alessandro (Eds.), Kluwer Law International, La Haya, 2002, p. 38, explican que en ese país, “... *the local bars of lawyers (colegios de abogados)... insist that only qualified lawyers should be allowed to act as de iure arbitrators*”.

(62) La derogada LGA peruana de 1992 exigía, en su artículo 20, que cuando “... la cuestión controvertida deba resolverse con arreglo a derecho, el árbitro debe ser, además, abogado y mayor de veinticinco años”. Existían razones fundadas para temer la aplicación de esta norma al arbitraje internacional. Sobre el particular *vid.*: CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y ARAMBURÚ YZAGA, Manuel Diego, *El arbitraje en el Perú: Desarrollo actual y perspectivas futuras*, ob. cit., pp. 260-266.

(63) GARCÍA CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo, *El Arbitraje Internacional en la Sección Segunda de la Ley N° 26572*, ob. cit., p. 128. “... para actuar como árbitro de derecho en el Perú, no se requiere revalidar el título de abogado, tanto en un arbitraje nacional como internacional”.

El caso más común es el de los jueces y fiscales,⁽⁶⁴⁾ los que mientras se mantengan en la judicatura se encuentran impedidos de formar parte de tribunales arbitrales.⁽⁶⁵⁾

Esta es, sin embargo, una prohibición que viene de antaño y que la verdad se encuentra en franco retroceso en muchos países, ya

(64) MANGARD, Nils, “El Arbitraje y el Sistema Judicial”, en: *Estudios sobre Arbitraje Comercial Internacional*, Centro de Estudios Comerciales (CECO), 2ª. ed., Madrid, 1983, pp. 110-111. “En numerosos países se prohíbe, bien mediante disposiciones legales o mediante códigos de ética profesional, que los jueces actúen como árbitros”. CAIVANO, Roque J., *Negociación, Conciliación y Arbitraje*, Asociación Peruana de Negociación, Arbitraje y Conciliación -APENAC, Lima, 1998, p. 192. “... un tema debatido en la materia es la posibilidad de los jueces de ser designados árbitros. A pesar de que numerosas legislaciones lo prohíben, no es considerada como una inhabilidad de derecho universal, debiendo atenerse a lo que disponga en particular cada ordenamiento jurídico. Así, en la Argentina, el Código Procesal de la Nación dispone que a los jueces y funcionarios del Poder Judicial les está prohibido, bajo pena de nulidad, aceptar el nombramiento de árbitros o amigables componedores, salvo si en el juicio fuese parte la Nación o una provincia”.

(65) Último párrafo del artículo 25 de la Ley sobre resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social N° 7727, de Costa Rica (1997): “... los órganos jurisdiccionales no podrán ser investidos como árbitros de equidad ni de derecho”. Las leyes de arbitraje de Honduras (artículo 44), El Salvador (artículo 36) y Guatemala (artículo 14), disponen la misma prohibición. El artículo 14(II) de la Ley de Arbitraje y Conciliación N° 1770 de Bolivia (1997), va más allá y prohíbe la intervención de cualquier “funcionario judicial”. En todos estos casos, la prohibición también alcanza a los fiscales.

En cambio, DERAIS, Yves, “France”, ob. cit., p. 8, aclara que en Francia un juez puede participar como árbitro, si es autorizado por su superior: “*A judge can be appointed as arbitrator, provided he has been specially authorized by his superior in the judicial hierarchy*”. En el caso de España, Gonzalo Stampa, “*The 2003 Spanish Arbitration Act*”, ob. cit., p. 679, explica que: “*The Arbitration Act removes the former restrictions whereby judges, magistrates... were not allowed to act as arbitrators*”. Sin embargo, MANTILLA-SERRANO, Fernando, *Ley de Arbitraje*, ob. cit., p. 94, afirma que “[s]e ha insistido en España que los artículos 389 de la LOPE (Ley N° 6/1985) y 57.2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (Ley N° 50/1981) impiden a Fiscales y Magistrados ser árbitros. Respecto de los Magistrados, esta posición proviene de considerar que la función arbitral consiste en un ‘ejercicio jurisdiccional’ en el sentido estricto de la palabra (artículo 389.1 LOPJ) o constituye un ‘cargo retribuido’ (artículo 389.5 LOPJ). Una interpretación más liberal de las mencionadas normas es probable que permita en un futuro a Magistrados desempeñarse como árbitros. En el caso del Ministerio Fiscal, la prohibición es expresa y no admite interpretación alguna”.

que hoy en día, como explica Mangard,⁽⁶⁶⁾ “[e]s el propio juez quien debe decidir en primer lugar si su participación en un caso concreto de arbitraje puede resultar perjudicial para su reputación como juez, incapacitarle para tratar determinados casos futuros en el tribunal o simplemente exigir demasiado tiempo que debería dedicar a su trabajo habitual. Así, en mi país [Suecia] existe actualmente un grupo cada vez más amplio de jueces que han recibido formación práctica en el campo del arbitraje y a quienes los hombres de negocios o sus abogados se dirigen para que participen, bien como árbitros únicos o como presidentes de un tribunal arbitral, en los casos comerciales más importantes... No puedo imaginar ninguna objeción razonable, desde el punto de vista ético o jurídico, contra un sistema de esta clase.

Cabe preguntarse si es probable que un juez sea el árbitro ideal... Los jueces –al igual que los hombres de negocios, los expertos técnicos y los abogados en ejercicio– pueden resultar más o menos idóneos para actuar como árbitros, según sus características personales en general, o según la naturaleza de cada caso concreto. Además, es a las partes litigantes a quienes incumbe la tarea de elegir la persona adecuada para su cometido”.

Aun así, en países como el Perú se mantiene esta prohibición,⁽⁶⁷⁾ aunque es justo reconocer en el Congreso de la República durante las discusiones acerca del Anteproyecto de lo que finalmente fue la LGA de 1996 se propuso su eliminación. Sin embargo, al final se la mantuvo porque para cambiar la regla hubiera sido necesario votar la LGA con una mayoría calificada, ya que hubiera implicado modificar la Ley Orgánica del Poder Judicial.⁽⁶⁸⁾

(66) MANGARD, Nils, “El Arbitraje y el Sistema Judicial”, ob. cit., pp. 110-111.

(67) Artículo 26(1) de la LGA: “Tienen incompatibilidad para actuar como árbitros... [l]os Magistrados, con excepción de los Jueces de Paz, los Fiscales ...”.

(68) Artículo 196 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: “Es prohibido a los Magistrados:

1. Defender o asesorar pública o privadamente ...; (...)
3. Ejercer el comercio o la industria o cualquier actividad lucrativa personalmente o como gestor, asesor, empleado, funcionario o miembro o consejero de juntas, directorios o de cualquier organismo de entidad dedicada a actividad lucrativa”.

Pero, junto con esta prohibición bastante extendida, existen otras más particulares que en general están íntimamente ligadas con la actividad pública que realizan determinados personajes, a los que en razón del cargo que ocupan se considera conveniente o razonable que no actúen como árbitros, o simplemente la ley arbitral recoge las prohibiciones que ya se encuentran contenidas en estatutos o disposiciones legales específicas que regulan esas actividades.

En efecto, por ejemplo, en el caso peruano las causales de incompatibilidad dispuestas en el artículo 26 de la LGA prohíben actuar como árbitros a los Procuradores Públicos,⁽⁶⁹⁾ a los Ejecutores Coactivos, al Presidente de la República,⁽⁷⁰⁾ a los Vicepresidentes, a los Parlamentarios,⁽⁷¹⁾ a los miembros del Tribunal

(69) La actividad de los Procuradores Públicos que representan al Estado en procesos judiciales y arbitrales se encuentra regulada en el Decreto Ley N° 17537, Consejo de Defensa Judicial del Estado y en los Decretos Supremos N°s. 002-2000-JUS y 002-2001-JUS. El problema principal para que estos funcionarios puedan servir como árbitros es que el artículo 32 de esta ley dispone que “... los Procuradores Públicos que no ostenten grado militar, tienen la misma jerarquía que los Fiscales de Corte Superior y gozan, en el ejercicio de sus funciones, de las mismas prerrogativas que corresponde a dichos magistrados”. De esta manera, se encuentran impedidos para ejercer funciones arbitrales, sea porque se les aplica las prohibiciones a los fiscales o las que corresponden a los miembros de las fuerzas armadas.

El principal problema que se presenta en este caso está referido a los Procuradores Ad-Hoc, que generalmente son abogados dedicados al ejercicio privado y que son designados para casos relevantes y concretos (artículo 4 del Decreto Supremo N° 002-2001-JUS –Reglamento para la designación de Procuradores Públicos), pero que al ser considerados para todos los fines como Procuradores Públicos titulares (Disposición Complementaria Única del Reglamento del Consejo de Defensa Judicial del Estado, Decreto Supremo N° 002-2000-JUS: “Los Procuradores Públicos Ad Hoc, en cuanto les corresponda, tendrán las mismas funciones, atribuciones y obligaciones que los Procuradores Públicos titulares ...”), terminan injustamente perjudicados con esta prohibición.

(70) Artículo 110 de la Constitución Política: “El Presidente de la República es el Jefe del Estado y personifica a la Nación”.

(71) El artículo 92 de la Constitución Política, según reforma constitucional dispuesta en la Ley N° 28484, establece que “[I]a función de congresista es de tiempo completo; le está prohibido desempeñar cualquier cargo o ejercer cualquier profesión u oficio, durante las horas de funcionamiento del Congreso (...)

Constitucional,⁽⁷²⁾ a los oficiales generales y superiores de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, a los ex magistrados en las causas que han conocido y al Contralor General de la República en procesos

La función de congresista es, asimismo, incompatible con la condición de gerente, apoderado, representante, mandatario, abogado, accionista mayoritario o miembro del Directorio de empresas que tienen con el Estado contratos de obras, de suministro o de aprovisionamiento, o que administran rentas públicas o prestan servicios públicos.

La función de congresista es incompatible con cargos similares en empresas que, durante el mandato del congresista, obtengan concesiones del Estado, así como en empresas del sistema crediticio financiero supervisadas por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones”.

Por su parte, el artículo 10 del Texto Único Ordenado del Reglamento del Congreso de la República, aclara que la función a tiempo completo comprende “... los trabajos en las sesiones del Pleno, de la Comisión Permanente y de las Comisiones, así como en el Grupo Parlamentario y la atención a los ciudadanos y las organizaciones sociales y cualquier otro trabajo parlamentario, eventualmente, la asunción de algún cargo en la Mesa Directiva o en el Consejo Directivo del Congreso”. Por su parte, los artículos 19 (Incompatibilidades) y 20 (prohibiciones) lo único que establecen, para el tema que nos ocupa, es la prohibición de desempeñar cualquier cargo o ejercer cualquier profesión u oficio, pero sólo durante las horas de funcionamiento del Congreso.

Verifiquemos, pues, que en términos constitucionales y legales no existe una prohibición expresa para que los parlamentarios puedan actuar como árbitros.

Justamente aprovechando esa situación, en el año 1998, un conocido congresista abogado introdujo el Proyecto de Ley N° 4137/98-CR, mediante el cual proponía derogar la prohibición dispuesta en la LGA, porque en su opinión la norma violaba el derecho a la igualdad y a la no discriminación. Sin embargo, el proyecto fue correctamente archivado porque, consultados varios especialistas, se hizo saber que la prohibición se basa en un criterio de razonabilidad, al no resultar conveniente que ciertos personajes públicos –como son los congresistas– puedan ejercer funciones arbitrales mientras ejercen su mandato.

(72) Artículo 13 de la Ley N° 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: “La función de Magistrado del Tribunal es a dedicación exclusiva. Le está prohibido desempeñar cualquier otro cargo público o privado y ejercer cualquier profesión u oficio, a excepción de la docencia universitaria, siempre que no afecte el normal funcionamiento del Tribunal.

Los Magistrados del Tribunal están impedidos de defender o asesorar pública o privadamente, salvo en causa propia, de su cónyuge, ascendientes o descendientes.

Les alcanzan, además, las mismas incompatibilidades de los Congresistas ...”.

arbitrales en los que participen las entidades que se encuentran bajo control de la Contraloría General de la República.

En todo caso, estos supuestos de incompatibilidad no son los únicos que existen, ya que, por ejemplo, en el Perú constitucionalmente están impedidos de actuar como árbitros los ministros de Estado⁽⁷³⁾ y los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura,⁽⁷⁴⁾ entre otros.⁽⁷⁵⁾

Es, pues, indispensable, sobre todo cuando se pretenda designar a un funcionario público como árbitro,⁽⁷⁶⁾ verificar si existen disposiciones adicionales a la ley de arbitraje, que prohíban la actuación de ciertos funcionarios o personalidades como árbitros.⁽⁷⁷⁾

⁽⁷³⁾ Segundo y tercer párrafos del artículo 126 de la Constitución Política: “Los ministros no pueden ejercer otra función pública, excepto la legislativa.

Los ministros no pueden ser gestores de intereses propios o de terceros ni ejercer actividad lucrativa, ni intervenir en la dirección o gestión de empresas ni asociaciones privadas”. Además, se encuentran limitados por el Decreto Legislativo N° 560 –Ley del Poder Ejecutivo.

⁽⁷⁴⁾ Artículo 156 de la Constitución Política: “... el miembro del Consejo Nacional de la Magistratura goza de los mismos beneficios y derechos y está sujeto a las mismas obligaciones e incompatibilidades” que un vocal de la Corte Suprema.

⁽⁷⁵⁾ Así, por ejemplo, el artículo 2 del Decreto Supremo N° 009-93-TR, dispone que: “Los funcionarios de la Administración Pública, Central, Regional y Local con categoría de Directores Generales y de mayor nivel, no podrán actuar como árbitros, conforme lo dispone la Ley General de Arbitraje, Decreto Ley N° 25935 aplicable en vía supletoria.»

⁽⁷⁶⁾ Por ejemplo, las leyes arbitrales de Bolivia (artículo 14(II)), Honduras (artículo 44) y El Salvador (artículo 36), prohíben a todos los servidores y funcionarios públicos actuar como árbitros. Es más, en Bolivia también están prohibidos los operadores de bolsa.

⁽⁷⁷⁾ En el Perú, además, debe tenerse muy presente lo dispuesto en la Ley N° 27588 –Ley que establece prohibiciones e incompatibilidades de funcionarios y servidores públicos, así como de las personas que presten servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual–, que según su artículo 1 se aplica a todos los “... directores, titulares, altos funcionarios, miembros de Consejos Consultivos, Tribunales Administrativos, Comisiones y otros órganos colegiados que cumplen una función pública o encargo del Estado, los directores de empresas del Estado o representantes de éste en directorios, así como los asesores, funcionarios o servidores con encargos

De lo contrario, nos encontraremos con desagradables sorpresas, ya que todas estas prohibiciones son consideradas de orden pú-

específicos que, por el carácter o naturaleza de su función o de los servicios que brindan, han accedido a información privilegiada o relevante, o cuya opinión haya sido determinante en la toma de decisiones ...”.

Estas personas, de conformidad con el artículo 2(f) y respecto de las empresas o instituciones privadas comprendidas en el ámbito específico de su función pública, están impedidas, entre otros, de “[i]ntervenir como abogados, apoderados, asesores, patrocinadores, peritos o árbitros de particulares en los procesos que tengan pendientes con la misma repartición del Estado en la cual prestan sus servicios, mientras ejercen el cargo o cumplen el encargo conferido; salvo en causa propia, de su cónyuge, padres o hijos menores. Los impedimentos subsistirán permanentemente respecto de aquellas causas o asuntos específicos en los que hubieren participado directamente”. Además, la norma resulta aplicable “...hasta un año posterior al cese o a la culminación de los servicios prestados bajo cualquier modalidad contractual, sea por renuncia, cese, destitución o despido, vencimiento del plazo del contrato o resolución contractual”.

Por su parte, el Decreto Supremo N° 019-2002-PCM –Reglamentan Ley que establece prohibiciones e incompatibilidades de funcionarios y servidores públicos, así como de personas que presten servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual– ha precisado en cada caso el ámbito del impedimento, dependiendo de la actividad que desarrolle el funcionario o servidor:

“Artículo 2: Impedimentos aplicables a miembros de Tribunales e Instancias administrativas.

Los impedimentos señalados en el artículo 2 de la Ley, aplicables a los miembros o integrantes de Tribunales o instancias encargadas de resolver conflictos en sede administrativa, se producen respecto de las empresas y entidades que hubieran participado en causas tramitadas ante dichas reparticiones, durante el tiempo en que dichas personas ejercieron el cargo.

Artículo 3: Impedimentos aplicables a miembros y titulares de órganos de dirección de entidades de la administración pública

Los impedimentos señalados en el artículo 2 de la Ley, aplicables a los miembros y titulares de órganos de gestión y administración de entidades de la administración pública, se producen respecto de las empresas y entidades sobre las cuales dicha repartición de la administración pública hubieran tenido competencia funcional directa, durante el tiempo en que dichos sujetos ejercieron el cargo.

Artículo 4: Impedimentos aplicables a altos funcionarios, asesores y servidores encargados de la propuesta de normas y acciones de entidades de la administración pública

Los impedimentos señalados en el artículo 2 de la Ley, aplicables a los altos funcionarios, asesores y servidores encargados de la propuesta de normas y acciones

blico y, por lo tanto, su inobservancia podrá generar la nulidad del laudo arbitral por la indebida composición del tribunal arbitral.⁽⁷⁸⁾

de entidades de la administración pública, se producen respecto de las empresas y entidades sobre las cuales dicha repartición de la administración pública hubiera tenido competencia funcional directa y que resultaron afectadas por dichas normas y acciones, durante el tiempo en que dichos sujetos ejercieron el cargo.

Artículo 5: Impedimentos aplicables a altos funcionarios, asesores y servidores encargados de la formulación, aprobación y/o supervisión de normas y acciones de entidades de la administración pública

Los impedimentos señalados en el artículo 2 de la Ley, aplicables a los altos funcionarios, asesores y servidores encargados de la formulación, aprobación y/o supervisión de normas y acciones de entidades de la administración pública, se producen respecto de las empresas y entidades sobre las cuales dicha repartición de la administración pública hubiera tenido competencia funcional directa, durante el tiempo en que dichos sujetos ejercieron el cargo.

Artículo 6: Impedimentos aplicables a asesores y servidores con encargos específicos

Los impedimentos señalados en el artículo 2 de la Ley, serán aplicables a los asesores y servidores con encargos específicos, cuando exista dedicación exclusiva o la duración del mismo sea mayor a 4 meses. En este caso, los impedimentos se producen respecto a las empresas y entidades bajo el ámbito del encargo.

El plazo de 4 meses se computa considerando todos los contratos existentes entre una entidad de la administración pública y el asesor y/o servidor, en un determinado ejercicio.

Artículo 7: Impedimentos aplicables a miembros de Comisiones Consultivas

Los miembros de Comisiones Consultivas solamente se encuentran sujetos al impedimento señalado en el artículo 2 inciso f) de la Ley, respecto de las empresas y entidades sobre las cuales dicha repartición de la administración pública hubiera tenido competencia funcional y que resultaron afectadas por normas y acciones propuestas por la Comisión Consultiva, durante el tiempo en que dichos sujetos ejercieron el cargo.

Artículo 8: No se encuentran comprendidos en el ámbito de la Ley N° 27588, los siguientes supuestos:

- a. Los contratos para la prestación de servicios públicos o, que versen sobre operaciones que normalmente realice la empresa con terceros y, siempre que se concerten en las condiciones ofrecidas a otros consumidores o usuarios.
- b. Las acciones o participaciones de sociedades, que los funcionarios públicos hubieran tenido en propiedad, al momento de asumir el cargo o función pública”.

⁽⁷⁸⁾ Sobre el particular, *vid.*: CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, “Anulación de un laudo arbitral por la causal de violación del pacto de las partes respecto a la composición del tribunal arbitral y del procedimiento”, *ob. cit.*, pp. 137-141.

III. NACIONALIDAD DEL ÁRBITRO

Algunos países, los menos felizmente, por razones que hasta el momento no llegamos a comprender pero que pueden estar vinculadas a criterios obsoletos de soberanía, exigen que los árbitros sean nacionales de dicho Estado.⁽⁷⁹⁾

En cambio, las modernas legislaciones arbitrales tienden a eliminar este requisito discriminatorio,⁽⁸⁰⁾ como sucede, por ejemplo,

⁽⁷⁹⁾ MANTILLA SERRANO, Fernando, “La Constitución del Tribunal Arbitral: Cómo escoger el árbitro”, en: *Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. El Arbitraje Comercial Internacional*, Suplemento Especial, 1995, p. 41. Sobre este requisito, este importante autor señala que se trata de “... una actitud pasada de moda y que no existe en la mayoría de las legislaciones modernas sobre arbitraje ... hay [sin embargo] algunos países, principalmente en Europa oriental, que no permiten a los extranjeros ejercer las funciones de árbitro”. MONTEALEGRE ESCOBAR, José, “Los árbitros en el Derecho Colombiano y el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá”, en: *El arbitraje en el Derecho latinoamericano y español*, University of Ottawa, Cultural Cuzco, Lima, 1989, p. 250. Explica el autor que, de conformidad con la legislación colombiana, el principio general es que «... los árbitros deben ser ciudadanos colombianos en ejercicio de sus derechos civiles y abogados inscritos si la sentencia ha de dictarse en derecho». Sin embargo, MANTILLA-SERRANO, Fernando, “Colombia”, ob. cit., p. 120, aclara que: “Formerly, Article 8 required that arbitrators be ‘Colombian citizens’. This provision has fortunately now been repealed. Accordingly, despite the slightly reluctant stand taken by Colombian case law, the repeal of Article 8 might be construed as an authorisation for foreigners to act as arbitrators even in domestic arbitration. Colombian law clearly authorises foreigners to act as arbitrators in international arbitration”. LARREA-FALCONY, Alfredo, “Arbitration in Ecuador”, en: *The ICC International Court of Arbitration Bulletin -International Commercial Arbitration in Latin America*, Special Supplement, 1997, p. 43. “The arbitrators must necessarily by Ecuadorian nationals ...”. En el caso de Chile, CONEJERO ROOS, Cristián, “The New Chilean Arbitration Law and the Influence of the Model Law”, en: *Journal of International Arbitration*, Vol. 22, N° 2, 2005, p. 155, identifica el actual régimen dual que existe en Chile y que depende de si el arbitraje es considerado nacional o internacional: “One of the most problematic features of the prior regime was that in any arbitration in law taking place in Chile, the arbitrators were required to be Chilean, thus severely restricting the constitution of arbitral tribunals in international arbitral proceedings in Chile. The Chilean Law has abrogated such provisions with respect to international arbitration and has expressly stated that no person shall be precluded from acting as an arbitrator by reason of his or her nationality, unless otherwise agreed by the parties”.

⁽⁸⁰⁾ MANGARD, Nils, “El Arbitraje y el Sistema Judicial”, ob. cit., p. 106. “Lo habitual en la actualidad es que las leyes nacionales permitan que los árbitros sean de cualquier nacionalidad”.

con la Ley de Arbitraje de Holanda (artículo 1023) que establece que nadie puede ser impedido de actuar como árbitro en razón de su nacionalidad, salvo que las partes lo hayan acordado expresamente.⁽⁸¹⁾ Esta disposición guarda armonía con lo dispuesto en el artículo III de la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional, suscrita en Ginebra el 21 de abril de 1961.⁽⁸²⁾

En el Perú tampoco existe prohibición alguna referida a la nacionalidad de los árbitros.⁽⁸³⁾

Sin embargo, lo que sí es común y razonable es que las partes o los reglamentos de los centros de arbitraje establezcan condiciones o limitaciones a la nacionalidad de todos o alguno de los árbitros, pero con la exclusiva finalidad de garantizar la adecuada neutralidad del tribunal arbitral.⁽⁸⁴⁾

(81) Artículo 1023 de la Ley de Arbitraje de Holanda: “*Any natural person with full legal capacity may be appointed as an arbitrator. No person shall be excluded from such right by reason of his nationality, unless the parties agreed otherwise*”. Artículo 11(1) del *Commercial Arbitration Act de Canadá de 1986*: “*No person shall be precluded by reason of his nationality from acting as an arbitrator, unless otherwise agreed by the parties*”. Artículo 14(2) de la Ley de Arbitraje de Guatemala de 1995: “Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro”.

(82) Artículo III: «En los arbitrajes amparados por el presente Convenio, los súbditos extranjeros podrán ser nombrados árbitros».

(83) Tercer párrafo del artículo 25 de la LGA (aplicable al Arbitraje Nacional): “El nombramiento de árbitros de derecho o equidad podrá recaer en personas nacionales o extranjeras”.

Parte pertinente del primer párrafo del artículo 101 de la LGA (aplicable al Arbitraje Internacional): “Salvo pacto en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que esa persona actúe como árbitro”.

(84) BOND, Stephen R., “*How to Draft an Arbitration Clause (revisited)*”, en: *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 1, N° 2, 1990, p. 20. El autor se refiere a un estudio acerca del contenido de cláusulas arbitrales CCI cuyo proceso arbitral se inició en 1989, destacando que en 13 de los casos las partes pactaron requisitos especiales de los árbitros. En 10 de ellos el requisito estuvo referido a la nacionalidad del presidente o de todos los miembros del tribunal arbitral y, en los demás, lo que se pactó fue que ninguno de los árbitros podía tener la nacionalidad de las partes. “*In 1989, out of 13 clauses containing special requirements, 10 concerned the nationality either of the Chairman or of all arbitrators... Others excluded certain nationalities, such as the following mentioned in three different cases... ‘none of the arbitrators shall be nationals of either of the parties hereto’*”.

LA INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DE LOS ÁRBITROS

JOSÉ MARÍA ALONSO (*)

SUMARIO: 1. *La imparcialidad e independencia del árbitro.* 2. *El deber de revelación del árbitro.* 3. *Hacia una idea internacional del contenido y alcance del deber de revelación del árbitro.* 4. *El árbitro nombrado por una parte.* 5. *Apunte final.*

El tema de los árbitros reviste una importancia decisiva en el ámbito del arbitraje en general y, más especialmente, en el ámbito del arbitraje comercial internacional. De los árbitros depende en gran medida que el arbitraje responda a las expectativas de las partes de ver resuelta su controversia a través de un procedimiento riguroso y finalmente eficaz. Solamente si los árbitros demuestran una elevada capacidad de acción, particularmente en cuanto a conocimiento del asunto, dedicación y celeridad, y, sobre todo, si son imparciales, el arbitraje se consolidará como la alternativa ideal a la jurisdicción para la solución de conflictos entre las partes.

(*) Socio Director de Garrigues, Abogados y Asesores Tributarios.

El presente artículo está basado en la ponencia presentada por el autor sobre “Los árbitros: selección, recusación y reemplazo” en el ámbito de la 3ª Conferencia Anual sobre Arbitraje Comercial Internacional en América Latina: La perspectiva de la CCI, organizada por la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, en Miami, entre el 6 y el 8 de noviembre de 2005.

1. LA IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA DEL ÁRBITRO

El principio generalmente aceptado en el ámbito del arbitraje internacional, respecto a las cualidades esenciales que debe reunir un árbitro, es que este ha de ser independiente e imparcial. Este principio es el acogido en la Ley Modelo UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*) y en las más recientes Directrices de la *International Bar Association* sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional.

Hay mucho escrito sobre el significado de cada uno de estos dos términos, ‘independencia’ e ‘imparcialidad’, en el contexto del arbitraje internacional. Frecuentemente se ha entendido que la ‘independencia’ es un concepto objetivo, apreciable a partir de las relaciones del árbitro con las partes, mientras que la ‘imparcialidad’ apunta más a una actitud o un estado mental del árbitro, necesariamente subjetivo, frente a la controversia que se le plantea.

Los términos de ‘independencia’ e ‘imparcialidad’ no aparecen expresamente reflejados en todas las modernas legislaciones nacionales sobre arbitraje. En Francia, por ejemplo, dichos términos no aparecen explícitamente en la ley, aunque sí han sido reconocidos por la jurisprudencia como cualidades esenciales de la función arbitral. En otros países, los términos de ‘independencia’ e ‘imparcialidad’ sí aparecen expresamente recogidos en la legislación arbitral; como es el caso, por ejemplo, de Alemania, Bélgica, Holanda, Brasil, Turquía, Finlandia, Guatemala, Grecia, Egipto, Japón y España. En otros casos, como el inglés o el sueco, la Ley sólo se refiere expresamente al requisito de imparcialidad.

Similares diferencias terminológicas se aprecian en los distintos reglamentos de arbitraje de las instituciones arbitrales. Así, el artículo 7(1) del Reglamento de Arbitraje de CCI (Cámara de Comercio Internacional) sólo hace referencia explícita a la independencia, mientras que los Reglamentos de Arbitraje de la LCIA (*London Court of International Arbitration*) (artículo 5.2), la AAA (*American Arbitration Association*) (artículo 7.1) y el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (artículo 5.4), así como las más recientemente aprobadas *Swiss Rules of International Arbitration* (artículo 9.1), siguen la fórmula UNCITRAL de referirse tanto a la independencia como a la imparcialidad del árbitro.

Estas diferencias terminológicas, ya sea entre legislaciones nacionales o entre reglamentos de arbitraje, no encierran a mi juicio ninguna diferencia sustancial o de fondo respecto a la idea de principio a la que inicialmente me referí, ampliamente extendida y aceptada en el ámbito del arbitraje internacional, de que el árbitro debe ser independiente e imparcial. Distinguidos comentaristas del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, al referirse al artículo 7(1) del mismo, en el que sólo se hace referencia a la independencia del árbitro (sin mencionar expresamente su imparcialidad), han ayudado a clarificar esta cuestión señalando que el principal objetivo del artículo 7(1) es asegurar el nombramiento de árbitros imparciales y que si el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional ha preferido expresar el requisito relevante en términos de independencia, ello ha sido por entender que la independencia es una noción más objetiva, más fácilmente verificable por la Corte, a la vista de las relaciones pasadas y presentes del árbitro⁽¹⁾.

2. EL DEBER DE REVELACIÓN DEL ÁRBITRO

Tan importante como el anterior principio de que el árbitro debe ser independiente e imparcial lo es también el principio de que las partes han de tener la oportunidad de valorar si dichas cualidades efectivamente concurren en el árbitro. Y para ello, obviamente, no basta con que el árbitro se considere a sí mismo o simplemente se declare independiente e imparcial, sino que es necesario que aquel revele a las partes cualquier circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia.

Este deber de revelación del árbitro es uno de los más importantes y delicados de los que integran la función arbitral. Su correcto cumplimiento sirve al doble propósito de respetar la voluntad de quienes acuden al arbitraje y de proteger el futuro laudo.

Al referirme a este deber como un deber delicado del árbitro quiero decir que su ejercicio no siempre es tarea fácil, porque las

(1) DERAIS, Y. y SCHWARTZ, E., *A Guide to the New ICC Rules of Arbitration*, Kluwer Law International, 1998.

circunstancias a revelar no son solamente las que el propio árbitro considere que ponen en duda su imparcialidad o independencia y que, a buen seguro, le llevarán directamente a comunicar a las partes que no puede actuar como tal, sino también aquellas otras circunstancias que, a los ojos de las partes, pongan en duda esas cualidades. Se exige así al árbitro un esfuerzo de apreciación, marcado necesariamente por su visión subjetiva de las cosas, de lo que otras visiones también ineludiblemente subjetivas, las de las partes, puedan entender como “dudas justificadas” sobre la imparcialidad e independencia de aquél.

Inmerso en este subjetivismo, el método más seguro que probablemente pueda seguir el árbitro para dar cumplimiento a su deber de revelación consista en revelar lo que directamente crea que debe revelar y además lo que dude si debe revelar. Esta es la norma que, con buen sentido, se sigue en los arbitrajes ante la CCI, donde las personas propuestas para ser árbitros deben completar una “Declaración de aceptación y declaración de independencia de árbitro”, en la que expresamente se advierte al candidato que “[e]n caso de duda usted deberá optar por la revelación”. Y es que, por poca que sea la relevancia que tenga una determinada circunstancia a los ojos del árbitro, la decisión de ponerla en conocimiento de las partes en caso de duda parece la más acertada; no tanto por la circunstancia en sí, que una vez revelada por el árbitro es bien posible –y además frecuente– que no dé lugar a ninguna objeción, sino por las dudas que podría despertar en una de las partes, que más tarde tuviese conocimiento de esa circunstancia, el hecho de que el árbitro no la hubiese revelado antes.

En este sentido, es importante que las personas llamadas a actuar como árbitros afronten su deber de revelación con rigor y sin miedo a que las circunstancias que revelen puedan ser consideradas por la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, que es la encargada de resolver la recusación que pueda formular cualquiera de las partes, como un impedimento para ejercer como árbitros. A pesar de que el Reglamento de Arbitraje de la CCI no exige a la Corte el motivar su decisión sobre una recusación, la CCI ha dado buena muestra, durante años, de que la revelación de circunstancias por los

árbitros no determina en absoluto que una recusación formulada por una parte sobre la base de alguna de esas circunstancias tenga necesariamente que prosperar.

3. HACIA UNA IDEA INTERNACIONAL DEL CONTENIDO Y ALCANCE DEL DEBER DE REVELACIÓN DEL ÁRBITRO

Entender de un modo u otro el significado de la ‘imparcialidad e independencia’ del árbitro conduce, casi irremisiblemente, a entender de forma distinta cómo ha de dar cumplimiento un árbitro a su deber de revelación; o, dicho de otro modo, cuál debe ser el contenido y alcance de ese deber. Esto hace que sea deseable, en el ámbito general del arbitraje, la búsqueda de un significado homogéneo de los términos de ‘imparcialidad e independencia’; o, al menos, si esta búsqueda de conceptos resultare excesivamente difícil, la búsqueda de una idea homogénea de lo que deba entenderse por circunstancias que un árbitro debe revelar para satisfacer el derecho de las partes de conocer cualquier circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas sobre aquellas dos cualidades.

La confluencia en el arbitraje internacional de partes, abogados y árbitros de distintas nacionalidades y tradiciones jurídicas ha ido poniendo de relieve desde hace años, con mucha más intensidad que en el ámbito del arbitraje doméstico, el buen sentido de hacer un esfuerzo común por buscar un punto de encuentro respecto a cuál ha de ser el contenido y alcance del deber de revelación del árbitro. Un punto de encuentro este que sirva de estándar internacional y contribuya a la convergencia de la legislación y la jurisprudencia de los distintos países en esta materia, con el fin de dotar de mayor seguridad jurídica a la resolución de las disputas que surjan en el comercio internacional.

Un primer paso importante hacia ese punto común de encuentro, aún pendiente en algunos países, lo constituye la toma de conciencia por parte de los legisladores nacionales de que las causas de recusación de jueces y magistrados, que normalmente aparecen tasadas e identificadas en las legislaciones de cada Estado, no sirven para explicar –y mucho menos para agotar– las circunstancias que pue-

den razonablemente poner en duda la independencia o la imparcialidad de un árbitro. Aunque en un plano conceptual parece adecuado admitir que estas cualidades del árbitro deben significar algo ciertamente próximo a lo que quiso expresarse en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, cuando en ambos se hizo referencia al derecho a ser juzgado por un tribunal “*independiente e imparcial*”, lo cierto es que la propia esencia de la institución arbitral, cuya razón de ser no es otra que la voluntad de las partes, hace que la ‘vara de medir’ la independencia e imparcialidad de los órganos judiciales, a partir de un *númerus clausus* de circunstancias, siempre corra el riesgo de ser inapropiada en un arbitraje, por defecto o incluso por exceso.

Otro paso sin duda útil para seguir avanzando hacia un entendimiento internacional más homogéneo del deber de revelación de los árbitros vino dado el 22 de mayo del pasado año, con la aprobación, por el Consejo de la IBA (*International Bar Association*), de sus Directrices o “*Guidelines*” sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional. En el tema del deber de revelación o “*duty of disclosure*” del árbitro, estas Directrices vinieron a sustituir lo dispuesto anteriormente en las “*IBA Rules of Ethics*” de 1987.

Al margen de que estas Directrices acogen el principio general de imparcialidad e independencia del árbitro (“*General Standard*” N^o 1) y también disponen que cualquier duda respecto a si ha de revelarse una determinada circunstancia ha de ser resuelta a favor de la revelación (“*General Standard*” N^o 3.c), su aportación más específica consiste en incorporar cuatro listas donde aparecen catalogadas, sin ánimo de exhaustividad, distintas circunstancias que pueden darse en la práctica con relación al deber de revelación del árbitro, con el fin de orientar a este, a las partes, a las instituciones arbitrales y a los jueces sobre el sentido y alcance de aquel deber:⁽²⁾

(2) Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional, *Practical Application of the General Standards*, puntos 2, 3 y 6:

- Lista Roja “no renunciabile”: Circunstancias que incapacitan a una persona para actuar como árbitro, aunque sean reveladas a las partes.
- Lista Roja “renunciabile”: Circunstancias que sólo permiten a una persona actuar como árbitro si las partes, conociéndolas, así expresamente lo acuerdan.
- Lista Naranja: Circunstancias que el árbitro debe revelar a las partes y que estas, al conocerlas, pueden aceptar por simple silencio u omisión de objeción.
- Lista Verde: Circunstancias que no es necesario que el árbitro revele a las partes.

Sin perjuicio de los puntos para la discusión que susciten, es justo reconocer a estas Listas un indudable valor orientativo en el ámbito del arbitraje internacional. No aspiran a la imposible misión de identificar y encerrar en un *numerus clausus* todas las circunstancias concretas que un árbitro deba revelar, sino a la más prudente de servir de guía para abordar más fácilmente el problema de un posi-

-
- *“The non-waivable Red List includes situations deriving from the overriding principle that no person can be his or her own judge. Therefore, disclosure of such a situation cannot cure the conflict”.*
 - *“The waivable Red List encompasses situations that are serious but not as severe. Because of their seriousness, unlike circumstances described in the Orange List, these situations should be considered waivable only if and when the parties, being aware of the conflict of interest situation, nevertheless expressly state their willingness to have such a person act as arbitrator, as set forth in General Standard 4(c)”.*
 - *“The Orange List is a non-exhaustive enumeration of specific situations which (depending on the facts of a given case) in the eyes of the parties may give raise to justifiable doubts as to the arbitrator’s impartiality and independence. The Orange List reflects situations that would fall under General Standard 3(a), so that the arbitrator has a duty to disclose such situations”.*
 - *“The Green List contains a non-exhaustive enumeration of specific situations where no appearance of, and no actual, conflict of interest exists from the relevant objective point of view. Thus, the arbitrator has no duty to disclose situations falling within the Green List”.*

ble conflicto de intereses del árbitro frente a las partes o a los representantes de estas en un procedimiento arbitral.

4. EL ÁRBITRO NOMBRADO POR UNA PARTE

Decíamos anteriormente que el principio generalmente aceptado en el ámbito del arbitraje internacional, respecto a las cualidades del árbitro, es que este debe ser independiente e imparcial. Dicho principio, tal y como está formulado en la Ley Modelo UNCITRAL, en las Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional y en multitud de leyes nacionales y otras normas o directrices de distinto origen que están dirigidas al arbitraje internacional, es aplicable a todos los árbitros, ya hayan sido estos nombrados por una parte, por todas ellas de común acuerdo o por un tercero imparcial.

Siendo lo anterior cierto, también es cierto que la figura del *"party-appointed arbitrator"* ha sido durante años y continúa hoy siendo frecuente objeto de reflexiones en el ámbito del arbitraje internacional. La raíz de muchas de estas reflexiones suele encontrarse en la percepción, a mi juicio sensata, de que las partes que desean un tribunal arbitral compuesto por tres árbitros independientes e imparciales, pero que al mismo tiempo desean que cada una de ellas nombre a un árbitro y que el presidente del tribunal sea nombrado por un tercero, es posible que no deseen ni esperen de los árbitros nombrados por ellas la coincidencia en un patrón ontológico de independencia e imparcialidad con el tercer árbitro.

La pregunta que surge naturalmente ante un tribunal arbitral así constituido, y dado el silencio que la mayoría de leyes y reglamentos de arbitraje guardan a este respecto, es la siguiente: ¿cabe admitir alguna diferencia entre la conducta del presidente del tribunal y la de sus dos coárbitros sin dejar de exigir a todos ellos los requisitos de independencia e imparcialidad? Y si así fuese, ¿cuál podría ser concretamente tal diferencia?

A mi juicio, esa diferencia de conducta puede darse y estar justificada sin que ello implique que los árbitros nombrados por las par-

tes dejen de ser independientes e imparciales. Y, en tal caso, dicha diferencia puede consistir en que cada uno de los dos coárbitros trate de asegurar que el caso presentado por la parte que lo nombró sea adecuadamente entendido por todos los miembros del tribunal arbitral. Como ha señalado un distinguido conocedor del arbitraje internacional, en esa diferencia cabe ver tanto un deber del coárbitro hacia la parte que lo nombró como un deber de aquél hacia todas las partes del caso, a las que debe suponerse haber buscado de buena fe, mediante la elección del arbitraje internacional, el asegurar la resolución de sus disputas con arreglo a altos estándares de imparcialidad, justicia y debido proceso que necesariamente requieren, rutinariamente, que el tribunal arbitral oiga y comprenda adecuadamente los casos presentados por cada parte del arbitraje, y no menos que eso.⁽³⁾

De lo demás hay que huir; especialmente de pretender que el coárbitro llamado a ser independiente e imparcial sea realmente un abogado disfrazado en el seno del tribunal arbitral. Flaco favor el que se hace con ello la parte que piensa así intentar sacar adelante sus pretensiones en el arbitraje; y flaco favor el que se hace, en tal caso, al arbitraje como institución.

5. APUNTE FINAL

Es difícil reflexionar sobre la figura del árbitro sin reflexionar, al mismo tiempo, sobre la idea misma que tengamos o deseemos tener del arbitraje en general. El respeto y la confianza que ambos despierten en la comunidad internacional van de la mano.

Conviene que no sólo el árbitro, sino también las partes, los representantes de estas y las instituciones arbitrales asuman el papel que a cada uno, respectivamente, corresponde para tratar de asegurar que la función arbitral responda eficazmente a las expectativas de rigor e independencia que en ella se depositan. En este sentido, es

⁽³⁾ GRIGERA NAÓN, H. A., *Party-appointed arbitrators: a Latin American perspective?*, IBA Arbitration Day Presentation, São Paulo, Febrero, 2004.

importante que las partes y sus representantes o asesores sean conscientes que la libre selección de un árbitro no es simplemente un derecho que les asiste, sino también un necesario ejercicio de responsabilidad; también es importante que las instituciones arbitrales se doten y hagan uso de mecanismos que les permitan, en alguna medida, controlar la independencia e imparcialidad de los árbitros y su eficacia en el desempeño de su labor.

PLANTEOS DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL ARBITRAJE

ROQUE J. CAIVANO (*)

SUMARIO: 1. Objeto y alcances de este trabajo. 1.1. Introducción. 1.2. Aclaraciones sobre el alcance de este trabajo. 2. La jurisdicción arbitral y sus límites. 2.1. Justificación y alcances de la jurisdicción arbitral. 2.2. Cuestiones arbitrables según el derecho argentino. 3. Arbitrabilidad y planteos de inconstitucionalidad. 3.1. Efectos de la invocación de normas imperativas sobre la jurisdicción de los árbitros. 3.2. Nuestra opinión sobre la arbitrabilidad de los planteos de inconstitucionalidad. 3.3. Las soluciones adoptadas en la experiencia argentina. 3.3.1. El caso "TT.BB.". 3.3.2. El caso "Otondo". 3.3.3. El caso "Cie R.P. S.A.". 4. ¿Pueden los árbitros declarar la inconstitucionalidad de una norma? 4.1. Características del control constitucional argentino. 4.2. Nuestra opinión. 4.2.1. La declaración de inconstitucionalidad por árbitros iuris. 4.2.2. La declaración de inconstitucionalidad por árbitros de equidad. 4.3. La cuestión, en doctrina y jurisprudencia. 4.3.1. Las opiniones doctrinarias. 4.3.2. La jurisprudencia de los tribunales argentinos. 4.3.2.1. El caso "Otondo". 4.3.2.2. El caso "KCK Tissue". 4.3.2.3. El voto del juez Belluscio en "Di Mascio". 5. Conclusiones.

1. OBJETO Y ALCANCES DE ESTE TRABAJO

1.1. Introducción

Aunque no es frecuente que un proceso arbitral incluya cuestiones de constitucionalidad como *tema decidendum*, tampoco es impensable que tales planteos puedan presentarse. De hecho, con motivo de la legislación de emergencia dictada en la Argentina como consecuencia de la crisis de finales de 2001, hubo casos en que así sucedió.

(*) Gerente Jurídico de la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales de Buenos Aires, Argentina.

En líneas generales, la Ley N° 25.561 (sancionada el 6 de enero de 2002) derogó el régimen de “convertibilidad” del peso argentino, vigente desde 1991,⁽¹⁾ y habilitó una “readecuación” de la relación de cambio entre ambas monedas.⁽²⁾ Al derogarse las normas que impedían la devaluación del peso, y en prevención de las consecuencias de la segura devaluación que sobrevendría, la ley estableció una serie de normas destinadas a reglar la “reestructuración” de las obligaciones afectadas por la ley. Respecto de las obligaciones concertadas en dólares, nacidas de relaciones jurídicas privadas, la ley dispuso, inicialmente, una limitación transitoria al derecho de los acreedores a cobrar en dólares. Sin perjuicio de la ulterior determinación del contenido de las obligaciones, habilitó al deudor a pagar en pesos a la par y, consecuentemente, limitó el derecho del acreedor a rechazar el pago en moneda diferente de la pactada. También limitó, por 180 días, la exigibilidad de cualquier reajuste que pretendiera el acreedor.⁽³⁾ Aun-

-
- (1) Conforme a este régimen, el dólar estadounidense era “convertible”, a la par, con la moneda local.
- (2) El artículo 2 de la ley dispuso: “El Poder Ejecutivo nacional queda facultado, por las razones de emergencia pública definidas en el artículo 1, para establecer el sistema que determinará la relación de cambio entre el peso y las divisas extranjeras, y dictar regulaciones cambiarias”.
- (3) El artículo 11 de la ley dispuso: “Las prestaciones dinerarias exigibles desde la fecha de promulgación de la presente ley, originadas en contratos celebrados entre particulares, sometidos a normas de derecho privado, pactados en dólares u otra moneda extranjera o en los que se hubiesen establecido cláusulas de ajuste en dólares u otra moneda extranjera, quedan sometidas a la siguiente regulación: 1) las prestaciones serán canceladas en pesos a la relación de cambio un peso (\$ 1) = un dólar estadounidense (U\$S 1), en concepto de pago a cuenta de la suma que, en definitiva, resulte de los procedimientos que se establecen seguidamente; 2) las partes negociarán la reestructuración de sus obligaciones recíprocas, procurando compartir de modo equitativo los efectos de la modificación de la relación de cambio que resulte de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 2 de la presente ley, durante un plazo no mayor a ciento ochenta (180) días. Acordadas las nuevas condiciones, se compensarán las diferencias que, eventualmente, existan entre los pagos dados a cuenta y los valores definitivamente acordados; 3) de no mediar acuerdo entre las partes, las mismas quedan facultadas para seguir los procedimientos de mediación vigentes en las respectivas jurisdicciones y ocurrir ante los tribunales competentes para dirimir sus diferencias. En este caso, la parte deudora no podrá suspender los pagos a cuenta ni la acreedora negarse a recibirlos”.

que también previó un mecanismo de reajuste de las obligaciones, el Decreto N° 214/02 (dictado por el Poder Ejecutivo en uso de facultades delegadas por la ley 25.561) estableció –con carácter general– la “pesificación” (conversión a pesos, a la relación de cambio un peso = un dólar) de las obligaciones en dólares.⁽⁴⁾

Abandonada la “convertibilidad” del peso, la moneda local comenzó un acelerado proceso de devaluación frente al dólar.⁽⁵⁾ Frente a la magnitud de la desvalorización del peso, la constitucionalidad de las normas que convertían “uno a uno” las obligaciones en dólares comenzaron a ser cuestionadas, invocándose la violación al derecho de propiedad garantizado por la Constitución Nacional. Como muchos de los contratos en que se establecían tales obligaciones contenían cláusulas de arbitraje, el planteo no tardó en llegar a los tribunales arbitrales, generalmente de la mano de los acreedores que pretendían evitar la “pesificación” de sus acreencias, argumentando la inconstitucionalidad de las normas que la habían dispuesto.

1.2. Aclaraciones sobre el alcance de este trabajo

En este trabajo nos proponemos considerar cuál es la situación en que se encuentran los árbitros cuando, en un proceso arbitral, una de las partes introduce, como argumento para sostener su pretensión, la inconstitucionalidad de una norma legal.⁽⁶⁾ El tema suscita una serie de interrogantes que se manifiestan en varios niveles.

(4) El artículo 8 de este Decreto dispuso, en su parte pertinente: “Las obligaciones exigibles de dar sumas de dinero, expresadas en dólares estadounidenses u otra moneda extranjera, no vinculadas al sistema financiero, cualquiera sea su origen o naturaleza, se convertirán a razón de un dólar estadounidense (U\$S 1) = un peso (\$) 1)... Si por aplicación de esta disposición, el valor resultante de la cosa, bien o prestación, fuere superior o inferior al del momento de pago, cualquiera de las partes podrá solicitar un reajuste equitativo del precio”.

(5) El dólar cotizó, en los primeros días del año 2002, a \$ 1,50 por dólar. A mediados de febrero ya se ubicaba en una cotización de alrededor de \$ 2,00. Para marzo de ese mismo año se cotizaba a aproximadamente \$ 2,50. En mayo superó la barrera de los \$ 3,00, estabilizándose luego en valores cercanos a \$ 3,50 durante los restantes meses del año 2002.

(6) Aunque es difícil imaginar el contexto en que podría producirse, una cuestión diferente –y mucho más compleja– sería si se planteara a los árbitros una

Un primer aspecto a considerar es si un planteo de inconstitucionalidad afecta (y en su caso, cómo) la arbitrabilidad del caso; es decir, si los árbitros pueden continuar interviniendo o ante la mera articulación de la cuestión constitucional deben declinar su jurisdicción a fin de que tal petición sea decidida por los órganos judiciales. Un segundo aspecto, en caso que la respuesta al interrogante mencionado sea en el sentido de la subsistencia de la jurisdicción arbitral, es si las facultades de los árbitros alcanzan para efectuar el control de constitucionalidad de una norma y, más precisamente, si los árbitros podrían declarar la inconstitucionalidad de una norma legal.

En los capítulos subsiguientes intentaremos dar respuesta a estos interrogantes, aclarando que, especialmente en orden al segundo de ellos, su análisis está basado, sustancialmente, en el sistema de control constitucional argentino, por lo que las conclusiones a que arribemos no son, necesariamente, universales.

2. LA JURISDICCIÓN ARBITRAL Y SUS LÍMITES

2.1. Justificación y alcances de la jurisdicción arbitral

El arbitraje, como se sabe, es un método de resolución de conflictos cuya característica fundamental es que las controversias son resueltas por un tercero imparcial, que no es un magistrado judicial, a través de procedimientos diferentes de los que establecen los códigos procesales y con la posibilidad de excluir la aplicación de las normas de Derecho positivo.⁽⁷⁾ Con las salvedades antedichas, los árbitros conocen de las cuestiones sometidas a ellos en términos similares a los magistrados del Poder Judicial y las decisiones que adoptan en uso de sus facultades, una vez firmes, adquieren el efecto de cosa juzgada. Tanto que, en caso de no ser voluntariamente observadas, su cumplimiento forzado puede procurarse por los procedimientos

pretensión dirigida única y exclusivamente a declarar la inconstitucionalidad de una norma.

(7) Este último caso se verifica en el arbitraje de amigables componedores, que resuelven “a su leal saber y entender” (artículo 769 CPCCN).

previstos para la ejecución de sentencias judiciales, de conformidad con el artículo 499 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (en adelante CPCCN).⁽⁸⁾

El arbitraje nace, usualmente, mediante una declaración de voluntad común de las partes.⁽⁹⁾ Esa estipulación implica la exclusión de la jurisdicción judicial: pactado el arbitraje, las partes otorgan a los árbitros potestades jurisdiccionales, renunciando a ser juzgadas por los tribunales ordinarios. El acuerdo arbitral, en consecuencia, tiene naturaleza convencional, por lo que resulta aplicable a su respecto lo dispuesto en materia de contratos. Sin embargo, a diferencia de los contratos comunes, el acuerdo arbitral hace nacer, en cabeza de los árbitros, potestades semejantes a las de un juez estatal. El arbitraje tiene, pues, una fisonomía particular, ya que si bien se asienta sobre el principio de la libertad negocial, la naturaleza de la función que se atribuye a los árbitros como consecuencia de esa declaración de voluntad de las partes proyecta un cierto contenido público. Aun cuando emana de un acuerdo de voluntades –como tal, regido por el derecho civil– el arbitraje no tiene efectos meramente privados.⁽¹⁰⁾

La jurisdicción es un concepto con fuertes connotaciones públicas y generalmente asociado a la idea del Estado. Como este crea el Derecho y tiene el deber de asegurar el cumplimiento efectivo de las conductas impuestas por las normas, se razona que si la función jurisdiccional interesa al conjunto de la sociedad, es lógico que se ejerza a través de los órganos del Estado. Concebido el ordenamien-

(8) En su parte pertinente, la norma dispone: “Consentida o ejecutoriada la sentencia de tribunal *judicial* o *arbitral* y vencido el plazo fijado para su cumplimiento, se procederá a ejecutarla, a instancia de parte, de conformidad con las reglas que se establecen en este capítulo”. Sobre el tema, puede verse CAIVANO, Roque J.: “La ejecución de los laudos arbitrales”, *JA* 1998-II-30.

(9) Si bien el sometimiento a arbitraje es, generalmente, de naturaleza voluntaria, una vez pactado, se convierte en obligatorio. Sobre las diferentes modalidades y efectos del acuerdo arbitral (cláusula compromisoria y compromiso arbitral), remitimos a CAIVANO, Roque J., *Arbitraje, Ad Hoc*, 2ª edición, Buenos Aires, 2000.

(10) CAIVANO, Roque J., “Las personas jurídicas como árbitros y los límites a la autonomía de la voluntad, en un curioso caso de arbitraje”, *ED* 184-521.

to jurídico como un medio de control social,⁽¹¹⁾ la creación o instauración del Poder Judicial es su consecuencia inmediata: no sólo es el medio para garantizar la observancia general de las normas,⁽¹²⁾ al mismo tiempo, para mantener la paz social, arbitrando –por este medio– la solución pacífica de los conflictos, cuya subsistencia puede poner en riesgo la vida en sociedad.⁽¹³⁾

Con todo, sin dejar de advertir que en la resolución de todo conflicto existe un interés general, debe advertirse que este coexiste con los intereses particulares afectados por el incumplimiento de la norma. De allí que la jurisdicción presenta un doble carácter: público, en cuanto procura la actuación del Derecho cuando la norma no ha sido observada y el mantenimiento de la paz social, y privado, en tanto se propone también satisfacer intereses particulares de quienes están directamente involucrados en la situación de conflicto.⁽¹⁴⁾

En este último aspecto, no puede negarse a las partes el derecho de satisfacer los intereses particulares a través de métodos distintos del litigio judicial, lo cual ocurre, por ejemplo, cuando las partes emprenden negociaciones –en forma directa o con la asistencia de un mediador– con la intención de poner fin al conflicto a través de un acuerdo mutuamente satisfactorio. En los conflictos que sólo afectan intereses particulares, rige el llamado “principio de reserva”, con-

(11) La supervivencia de la vida en comunidad y la consecución de los fines de la organización social exigen la instauración de un “orden social”, necesario para regular las conductas inter-subjetivas y armonizar las necesidades individuales con las del conjunto. La conflictividad potencial, típica de las relaciones sociales y natural en toda sociedad, da origen al Derecho como “instrumento” dispuesto para la resolución de los conflictos. BENABENTOS, Omar, *Teoría general del Proceso*, Tomo 1, Ed. Juris, 2002.

(12) “El efecto del Derecho se logra por medio de quienes están al frente de la jurisdicción, pues ¿de qué serviría que en una ciudad hubiese Derecho, si faltaran quienes pudieran administrar los derechos?”. Digesto, Libro I, Título II, §13.

(13) CAIVANO, Roque J., GOBBI, Marcelo y PADILLA, Roberto E., *Negociación y mediación. Instrumentos apropiados para la abogacía moderna*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1997.

(14) LASCANO, David: *Jurisdicción y competencia*, Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, 1941, p. 12.

sagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional,⁽¹⁵⁾ que ratifica la libertad de cada persona de resolver sus conflictos y autocomponer sus intereses del modo que crean conveniente: tales acciones pertenecen a la esfera privada de los individuos y, como tales, quedan exentas de la autoridad de los magistrados.⁽¹⁶⁾

Las mismas razones pueden invocarse para fundar el derecho de las partes a pactar el arbitraje, derecho que algunas constituciones consagran de manera expresa,⁽¹⁷⁾ y que en la Argentina ha sido reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Al interpretar la garantía del “juez natural”,⁽¹⁸⁾ la Corte determinó que el arbitraje, en tanto surge de un acto voluntario y recae sobre derechos de libre disponibilidad, es perfectamente compatible con la Constitución Nacional.⁽¹⁹⁾ El arbitraje, en definitiva, implica el reco-

(15) “Artículo 19: Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

(16) PUNTE, Roberto, “Sobre la resolución de conflictos dentro de la Constitución Argentina”, *ElDial.com*, Suplemento de Derecho Constitucional, 06/12/2004.

(17) Seguramente tomando como fuente el artículo 280 de la Constitución española de 1812 (que, a su vez, recogió una norma similar contenida en la Constitución francesa del 3 de septiembre de 1791) las actuales Constituciones de Honduras (artículo 110), de Costa Rica (artículo 43), de El Salvador (artículo 23) y de Perú (artículo 62) disponen que no puede privarse a los particulares del derecho de terminar sus asuntos privados por transacción o arbitraje.

(18) En su parte pertinente, el artículo 18 de la Constitución Nacional establece: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, *ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa...* Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos”.

(19) La fuerza obligatoria de la cláusula contractual que prevé la intervención de árbitros en las diferencias que pudieran surgir entre las partes, resulta de lo dispuesto en el artículo 1197 del Código Civil. La convención que somete a árbitros determinadas cuestiones de naturaleza económica, inhabilita a los contratantes para impugnar la validez constitucional de la intervención de los mismos, ya que el artículo 18 de la Constitución Nacional se refiere al caso de un litigante al que se haya formado una comisión o se le haya designado un juez especial para que lo juzgue, situación que no es equiparable a la de los árbitros elegidos por las partes y en un caso en que la

nocimiento del derecho de las partes de disponer el sometimiento de sus controversias privadas a personas diferentes de los magistrados judiciales, consecuencia lógica del poder de disposición que tienen sobre aquellos derechos que no afecten el interés público (artículos 1197, 21 y 872 del Código Civil argentino).

Lo dicho acerca del contenido de interés público involucrado en la noción de jurisdicción no altera esta conclusión. Porque, aun en el aspecto que la jurisdicción concierne al interés público (la necesidad de solucionar pacíficamente los conflictos para lograr el mantenimiento de la paz en el seno de la comunidad, como condición para la convivencia social), nada hay que exija la ineludible intervención del Poder Judicial. Esos intereses pueden igualmente satisfacerse por medios diferentes del litigio judicial. En otras palabras: si bien es cierto que a la sociedad en su conjunto le interesa solucionar pacíficamente los conflictos, evitar el uso de la violencia y garantizar una convivencia armónica entre sus integrantes –y por ello le incumbe al Estado proporcionar los medios para lograr esos objetivos–, es igualmente cierto que tales objetivos pueden alcanzarse también a través del arbitraje.

La conclusión que se infiere de lo expuesto es que, aunque exista un interés público implícito en la noción de jurisdicción, esta no es –ni puede ser– una función exclusiva del Estado, ya que no puede suprimir el derecho de quienes, en la órbita de sus derechos disponibles, procuran una solución al conflicto por vías diferentes del sistema judicial. Ello, naturalmente, siempre que la resolución sea pacífica y no vulnere esenciales principios de convivencia, condiciones que cumple perfectamente el arbitraje. Existe una zona de libertad que permite a los particulares prestar un consentimiento válido para componer cierta clase de conflictos mediante un acuerdo directo o, en las mismas condiciones, sustraerlos de la esfera del Poder Judicial para someterlos a decisión de jueces árbitros. En la

materia de la discusión se reduce a establecer si la cláusula compromisoria comprende o no el punto motivo del litigio. CSJN, 1940, “Griskan, Isaac c. Reisz y Cía.”, *Rev. Fallos* 187: 458.

medida que sólo afecte intereses y derechos disponibles, la decisión de las partes de renunciar a ser juzgados por los órganos judiciales provistos por el Estado no puede producir agravio a la comunidad ni al orden jurídico, ya que satisface tanto los intereses particulares involucrados en la controversia, cuanto los públicos en obtener una solución pacífica.⁽²⁰⁾

No cabe duda que los árbitros ejercen una función esencialmente jurisdiccional. Aun cuando carecen de *imperium*, lo que define la esencia de la jurisdicción es la atribución cognoscitiva y decisoria, y el efecto que esta decisión tiene,⁽²¹⁾ independientemente de si el órgano que la dictó puede ejecutarla forzosamente por sí mismo o si debe recurrirse al auxilio de otro.⁽²²⁾ Sin embargo, es evidente que la jurisdicción de los árbitros no es exactamente igual a la de los jueces. Entre otras diferencias –que, sin embargo, no alteran la similitud sustancial, consistente en resolver de manera vinculante y obligato-

(20) “La preexistencia de un acto voluntario de adhesión, aceptación o sometimiento a la intervención de árbitros, autoriza a declarar que no existe agravio al derecho de ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia. Este derecho es también renunciable por parte de quien, habiendo podido optar entre la vía judicial y la administrativa, elige esta última”. CSJN, 1961, “Expreso Santo Tomé -Línea H”, *Rev. Fallos* 250: 61.

(21) “La cosa juzgada pertenece a la esencia de la jurisdicción. Si el acto no adquiere real o eventualmente autoridad de cosa juzgada, no es jurisdiccional. Si un acto adquiere autoridad de cosa juzgada es jurisdiccional. No hay jurisdicción sin autoridad de cosa juzgada”. COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal civil*, Depalma, Buenos Aires, 1958.

(22) “Las leyes procesales asignan el específico nombre de laudo a la decisión definitiva que pronuncian los árbitros o amigables componedores sobre las cuestiones litigiosas incluidas en el compromiso. Aunque no se trata de un acto emanado de un órgano del Estado en sentido jurídico material, el laudo arbitral es sustancialmente equiparable a las sentencias dictadas por los jueces públicos, pues participa de su mismo carácter imperativo y tiene aptitud para adquirir eficacia de cosa juzgada. Esta última calidad no se halla supeditada, en nuestro derecho, y a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones, a la homologación judicial del laudo, aunque algunos códigos provinciales imponen, con posterioridad al pronunciamiento de éste, la observancia de ciertos requisitos que en alguna medida entorpecen su eventual fuerza ejecutiva”. PALACIO, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, Lexis-Nexis *on line*, N° 2512/001094.

ria— interesa aquí destacar que la jurisdicción de los tribunales judiciales tiene carácter imperativo y amplio (no depende de un acto voluntario de adhesión ni tiene límites respecto de las materias que pueden someterse a su decisión),⁽²³⁾ mientras que la jurisdicción arbitral es voluntaria y limitada.

Los límites de la jurisdicción arbitral son de dos órdenes: algunas provienen de su condición de jurisdicción privada; otras, de su origen voluntario. Las primeras son limitaciones impuestas por el ordenamiento jurídico, están dirigidas a las partes e implican una restricción a su autonomía de la voluntad: no todas las personas pueden someter a decisión de los árbitros todas las cuestiones que deseen. Las segundas son las limitaciones que las propias partes imponen, están dirigidas a los árbitros y se derivan, precisamente, de lo que ellas pactaron en cada caso: quiénes se sometieron a arbitraje y para qué materias. Como principio, la renuncia o el desplazamiento de la jurisdicción judicial a favor de los árbitros alcanza —subjettivamente— a quienes fueron parte de esa estipulación y —objetivamente— a todas las cuestiones que acordaron someter a juicio de los árbitros, lo que se determinará interpretando la cláusula en la que se pactó el arbitraje. Pero, previo a ello, es menester determinar la validez de esa estipulación, verificando que se hayan cumplido los requisitos de capacidad de quienes otorgaron el acto y de aptitud de esas materias para ser objeto de una convención arbitral.

Es por ello que, para determinar el alcance de la jurisdicción arbitral en un caso dado, es necesario efectuar un doble análisis sucesivo: en primer lugar, sobre la validez de la cláusula arbitral; en segundo lugar —y en caso afirmativo respecto de la anterior— sobre el alcance de esa estipulación. En ambos casos, el análisis debe hacerse tanto en el aspecto subjetivo como material. En otras palabras: para que un arbitraje pueda llevarse a cabo, respecto de determinadas

⁽²³⁾ Se encuentran sometidas a la función judicial del Estado todas las personas, físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, que habiten o se hallen instaladas en su territorio. PALACIO, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, Abeledo-Perrot, 1994, Lexis-Nexis *on line*, N° 2504/001749.

materias y personas, debe examinarse el acuerdo arbitral y verificar varios presupuestos. Este acuerdo debe ser:

- Válido en sentido material: las cuestiones sobre las que versa el arbitraje deben referirse a derechos que podían, legalmente, someterse a arbitraje (arbitrabilidad objetiva);⁽²⁴⁾
- Válido en sentido personal: las personas que otorgaron el acto deben haber tenido capacidad para someterse a juicio de árbitros (arbitrabilidad subjetiva);
- Obligatorio en sentido material: debe haber identidad entre las cuestiones que se someten o proponen someterse a arbitraje y aquellas para las cuales el arbitraje se pactó (alcance objetivo);⁽²⁵⁾ y
- Obligatorio en sentido personal: debe haber identidad entre quienes sean o vayan a ser parte en el arbitraje y quienes han sido parte en el acuerdo arbitral (alcance subjetivo).⁽²⁶⁾

Por la índole de este trabajo, ceñiremos nuestro análisis al primero de los aspectos señalados, es decir, a la arbitrabilidad de pre-

⁽²⁴⁾ “Arbitrabilidad” es una cualidad de lo que es arbitrable, lo que significa “que es susceptible de ser arbitrado”, término aplicable a las materias (arbitrabilidad objetiva) y a las personas (arbitrabilidad subjetiva). Charles Jarosson, sin embargo, opina que la única y verdadera arbitrabilidad es la objetiva (la aptitud de un litigio de formar parte del objeto de un arbitraje) y que hablar de arbitrabilidad “subjetiva” es un abuso del lenguaje. JAROSSON, Charles, “*L’arbitrabilité: présentation méthodologique*”, *Revue de Jurisprudence Commerciale*, enero 1996, p. 1.

⁽²⁵⁾ Si bien, en principio, el alcance objetivo del acuerdo arbitral se limita a las cuestiones expresamente sometidas a la jurisdicción de los árbitros, de conformidad con el artículo 754 del CPCCN, “se entenderá que han quedado también comprometidas las cuestiones meramente accesorias y aquellas cuya sustanciación ante los árbitros hubiese quedado consentida”.

⁽²⁶⁾ Aunque, en principio, los efectos subjetivos del acuerdo arbitral se extienden activa y pasivamente a las partes, este principio puede ceder en situaciones de hecho particulares, extendiéndose a quienes no fueron parte –*stricto sensu*– en él, tal como sucede con los grupos de sociedades. Sobre el tema remitimos a SUÁREZ ANZORENA, C. Ignacio, “Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral, según la práctica internacional”, *Revista Internacional de Arbitraje*, Temis, Bogotá, N° 2, enero-junio de 2005.

tensiones que involucren cuestionamientos a la constitucionalidad de una norma de rango inferior. Adicionalmente, estudiaremos luego si, en caso de considerar el tribunal arbitral que la norma es contraria a la Constitución, puede declarar su inconstitucionalidad.

2.2. Cuestiones arbitrables según el derecho argentino

Como se ha anticipado, no cualquier cuestión litigiosa puede ser resuelta por árbitros. En la base de este principio existe una decisión de política legislativa: el legislador considera que no debe permitir a las partes la adopción de métodos privados de resolución respecto de ciertos tipos de conflicto. Es universalmente reconocido que la disolución del vínculo matrimonial o la atribución de la paternidad, por ejemplo, no pueden ser decididas por árbitros. El principio conforme el cual ciertas cuestiones no son arbitrables es fácilmente comprensible y no aparece como irrazonable. Lo opinable, en todo caso, puede ser cómo cada legislación determina los límites de la no-arbitrabilidad.⁽²⁷⁾

En términos generales se define el ámbito de “lo arbitrable” diciendo que pueden someterse a decisión de árbitros aquellas cuestiones que involucran derechos “disponibles”.⁽²⁸⁾ La “disponibilidad” de un derecho es definida como la posibilidad de decidir libremente sobre él, la cualidad que lo hace susceptible, por ejemplo, de transacción y de renuncia.⁽²⁹⁾ Más allá de la noción “normológica”, desde

(27) GAILLARD, Emmanuel y SAVAGE, John (eds.), *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, La Haya, 1999, p. 331.

(28) “Poder de disposición o libre disposición [son] esenciales para la identificación de las materias válidamente arbitrables”. Audiencia Provincial de Barcelona, 18/03/91, *Rev. Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, N° 1, San Sebastián, 1993, p. 68.

(29) Algunas legislaciones –como la argentina– definen la arbitrabilidad de un derecho por su transigibilidad; otras –como la legislación brasileña o la boliviana– aluden a la condición de “disponible”. El concepto, en definitiva, es el mismo, porque la posibilidad de transigir o renunciar un derecho es, precisamente, consecuencia de su carácter disponible. “La disponibilidad de los derechos es el género, mientras que la arbitrabilidad es una de sus especies”. JAROSSON, Charles, “*L’arbitrabilité: présentation méthodologique*”, *ob. y loc. cit.*

una óptica lógica y axiológica, este razonamiento no admite dudas: si una persona puede disponer de un derecho (inclusive renunciándolo) no es posible limitar su aptitud de otorgar a un tercero, aunque no sea un juez del Estado, la potestad de determinar el contenido o el alcance de ese derecho.

En el Derecho argentino, la arbitrabilidad objetiva está definida en el artículo 736 del CPCCN, que sienta el principio general: “Toda cuestión entre partes, excepto las mencionadas en el artículo 737, podrá ser sometida a la decisión de jueces árbitros”. Las excepciones surgen del artículo siguiente: “No podrán comprometerse en árbitros, bajo pena de nulidad, las cuestiones que no pueden ser objeto de transacción” (artículo 737). A su turno, el Código Civil, al legislar sobre la transacción, enumera una serie de supuestos particulares en los que la transacción no es admitida (artículos 842 a 848) y, finalmente, dispone que “En todos los demás casos se puede transigir sobre toda clase de derechos, cualquiera que sea su especie y naturaleza, y aunque estuviesen subordinados a una condición” (artículo 849).

Adicionalmente, existen otras normas del Código Civil que –por el juego de remisiones del propio Código– resulta útil analizar. Una de ellas es el artículo 21, que limita la fuerza obligatoria de las convenciones particulares, las que “no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres”, correlato del artículo 19, que admite la renuncia de los derechos conferidos por las leyes “con tal que sólo miren al interés individual y que no esté prohibida su renuncia”. La otra es el artículo 872, que autoriza la renuncia de una persona a todos los derechos establecidos en su interés particular, aunque sean eventuales o condicionales; pero veda la que afecte a los derechos concedidos menos en el interés particular de las personas que en mira del orden público.

En otras palabras, el principio general consagrado por el artículo 1197 del Código Civil,⁽³⁰⁾ coherente con el artículo 19 de la Cons-

(30) Artículo 1197, Código Civil: “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”.

titución Nacional, hace “disponible” todo derecho que no afecte más intereses que los de su titular.⁽³¹⁾ En un sistema jurídico de Derecho privado sustentado primordialmente en la autonomía de la voluntad, la disponibilidad es la condición “natural” de un derecho, por lo que no corresponde comprobar esa condición, sino, en todo caso, que ella no se verifica. Dicho de otro modo, por tratarse de una condición excepcional de los derechos de naturaleza privada y contenido patrimonial, una cuestión sólo podrá calificarse como indisponible cuando esté involucrado en ella el interés público o general.⁽³²⁾ Es así que, en materia de Derecho privado, la regla es la disponibilidad, siendo su carácter indisponible una situación de excepción, justificada porque debe hacerse prevalecer el interés del conjunto de la sociedad (general o público) por sobre el interés particular (individual o privado) de su titular.⁽³³⁾

Sentado lo expuesto, debe señalarse que determinar en un caso concreto si las cuestiones para las cuales se pactó el arbitraje son arbitrables implica desentrañar el sentido de la ley, por lo que entran en juego los principios generales de interpretación del Derecho. Sin pretender adentrarnos aquí en la polémica doctrinaria respecto de las diferentes escuelas o métodos de interpretación de la ley, basta referir que la primera regla interpretativa consiste en atenerse a su

(31) Este principio encuentra, asimismo, recepción legislativa en los artículos 35 y 53 del Código Civil, conforme a los cuales las personas pueden adquirir los derechos que el Código establece y ejercer los actos que no les sean expresamente prohibidos.

(32) El derecho privado, que regula las relaciones entre los individuos, se inspira en principios de libertad individual, que sólo se ve limitada cuando su ejercicio “pueda volverse una causa de turbación o peligro del orden o de la seguridad general; en esos casos, ante el conflicto entre el interés privado y el interés general, el legislador juzga su deber hacer primar imperativamente éste” (BUSSO, Eduardo B.: *Código Civil Anotado*, ed. Ediar, 1958, p. 198).

(33) La limitación a la autonomía de la voluntad que contiene el artículo 21 del Código Civil es excepcional (BELLUSCIO, Augusto C. y ZANNONI, Eduardo A., *Código Civil anotado*, ed. Astrea, 4ª reimpression, 1993, p. 102, con cita de CAPTANT). Partiendo de principios como el de la autonomía de la voluntad y el respeto a los derechos adquiridos, las normas de orden público son las que hacen excepción a esos principios (BUSSO, Eduardo B., op. cit., p. 189).

texto, considerando el lenguaje técnico-jurídico utilizado por el legislador, aunque sin desdeñar su espíritu.⁽³⁴⁾ Asimismo, es claro que las normas legales no deben interpretarse aisladamente, sino armonizándolas con las otras disposiciones de la misma ley y de otras, de manera que la interpretación sea sistemática⁽³⁵⁾ y que debe tenerse presente la finalidad que inspiró al legislador a dictarla.⁽³⁶⁾

Pero de todas ellas, interesa especialmente resaltar aquí, por la incidencia que tiene en el tema que nos ocupa, la regla de interpretación conforme a la cual las leyes excepcionales o los preceptos que constituyen excepciones a una regla general son de interpretación restrictiva, vale decir, no pueden aplicarse por analogía.⁽³⁷⁾ La pauta interpretativa expuesta reconoce una base de sentido común: las normas que establecen excepciones no pueden ser aplicadas a situaciones que no están indudablemente previstas en ellas. Por tratarse de singularidades que se apartan de la regla general es universalmente aceptado que son estas normas (las que establecen excepciones o que restringen derechos) las que deben interpretarse en forma rigurosa. Esto no implica dejar de aplicarlas, sino aplicarlas cuando resultan incuestionablemente aplicables, debiendo en caso de duda estarse a la subsistencia del principio general.⁽³⁸⁾

(34) “Por texto de la ley debe entenderse, no sólo la letra sino también su espíritu. En realidad, la distinción entre la letra y el espíritu de la ley, en que se solazaban algunos exégetas, es arbitraria; el texto debe tenerse siempre presente como manifestación auténtica y solemne del espíritu, pues su finalidad es, precisamente, revelarlo”. BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil - Parte General*, Abeledo-Perrot, 1999, Lexis-Nexis on line N° 1117/001600, con cita de GÈNY, F., *Método de interpretación*, ed. Madrid, p. 267, N° 100; SILVEIRA, A., *Ruy Barbosa y los métodos de interpretación de las leyes*, LL, T. 59, p. 955; REICHEL, *La ley y la sentencia*, p. 64.

(35) CSJN, 24/11/1983, *Rev. La Ley 1984-B-196*, entre muchos otros.

(36) SC Bs. As., 1/06/1984, *Rev. DJBA 127-74*, entre otros.

(37) BORDA, Guillermo A., op. cit., con cita de ROBINE, *L'interprétation des textes exceptionnels en droit civil français*, Bordeaux, 1933 y de numerosa jurisprudencia: CSJN, 10/5/1865, *Rev. Fallos 2: 29*; 2/6/1939, *Rev. La Ley 14-1013* y *Rev. Fallos 184: 5*; 2/6/1939, *Rev. Fallos 184: 14*; CFed. Cap., 21/3/1931, *Rev. JA 26-1292*; CSJN, 1964, *Rev. Fallos 260: 102*.

(38) Así se ha resuelto reiteradamente: CFed., 12/02/1963, *Rev. JA 1963-VI-4*; CNCiv. sala D, 22/08/1960, *Rev. JA 1960-V-266*. En particular, se ha aplicado esta regla

En forma esquemática, y a modo de resumen de esta parte, podemos considerar que conforme el ordenamiento argentino:

- Por principio “*todo derecho es arbitrable*” (artículo 736 CPCCN);
- Las excepciones se determinan en función del carácter transigible de los derechos involucrados (artículo 737 CPCCN);
- En el sistema de derecho civil, “*todo derecho es transigible*” (artículo 849 Código Civil);⁽³⁹⁾
- No son transigibles (*ergo*, no son arbitrables) aquellos derechos respecto de los cuales la transacción está *prohibida* (artículos 842 a 848 Código Civil).
- Algunas normas contienen prohibiciones claramente definidas,⁽⁴⁰⁾ mientras que otras –por su relativa ambigüedad– exigen precisiones adicionales.⁽⁴¹⁾
- En cualquier caso, el principio general es que “*todo derecho es susceptible de convención*” (artículos 19, 35, 53, 872 y 1197, Código Civil);
- Las excepciones a ese principio se fundan en la afectación del orden público o en el interés general de los derechos involucrados, que impiden su renuncia o disposición válida (artículos 21 y 872 Código Civil).

cuando se trata de disposiciones que limitan la libertad de contratar: CCom. I Cap., 7/05/1928, *Rev. JA* 27-809; CNCiv. sala D, 29/12/1959, *Rev. La Ley* 99-317.

⁽³⁹⁾ Esta es una lógica derivación del principio más general contenido en el artículo 19 de la Constitución Nacional y en el artículo 1197 del Código Civil.

⁽⁴⁰⁾ Pueden considerarse tales las siguientes: el artículo 842, que excluye la acción penal derivada de hechos ilícitos; el artículo 843, que exceptúa las cuestiones sobre la validez o nulidad de matrimonio; el artículo 845, que prohíbe la transacción sobre cuestiones no patrimoniales relativas a la patria potestad o que versen sobre el estado de familia; y el artículo 848, que excluye los derechos eventuales a una sucesión.

⁽⁴¹⁾ Tal es el caso de la exclusión contenida en el artículo 844, relativa a los derechos que no son susceptibles de ser materia de una convención, que remite a principios y disposiciones generales.

Ello demuestra que, sin lugar a dudas, en el derecho argentino la regla es la arbitrabilidad y, sólo por excepción, hay cuestiones que no son arbitrables (por no ser disponibles) en razón del interés público que las informa. Y, de conformidad con la regla de interpretación de la ley pacíficamente admitida, en caso de duda debe hacerse prevalecer el principio general, siendo las excepciones a este de interpretación estricta. Del conjunto de las normas legales que regulan la arbitrabilidad objetiva, surge evidente que una cuestión sólo puede ser considerada no-arbitrable cuando resulte inequívoco que existe una afectación al interés general, cuando se advierta que ella involucra derechos que no forman parte del patrimonio disponible del titular, en razón de que les fueron concedidos más en consideración del interés general que en el suyo propio. Esos derechos cuentan con la protección legal y cualquier convención sobre ellos resulta de ningún valor, conclusión que es aplicable al sometimiento que de ellos se hubiese hecho a la decisión de los árbitros.

3. ARBITRABILIDAD Y PLANTEOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

Como se dijo, es legítimo que el legislador reserve en exclusividad para el Poder Judicial la solución de determinadas controversias, sustrayéndolas de la libertad que, en general, se reconoce a las partes para decidir el modo de resolverlas. Cuando se trata de derechos que exceden el interés particular de su titular, de derechos en cuya tutela está interesado el conjunto de la sociedad no es ilógico pretender que las controversias que se refieran a ellos sean resueltas por los magistrados judiciales. Estos son quienes, en los Estados modernos, administran justicia en nombre de la sociedad y tienen entre sus atribuciones las de velar por la tutela del interés general comprometido.

Sin embargo, ello no implica que la única solución sea excluir tales materias de la posibilidad de ser juzgadas por árbitros. Autorizada doctrina enseña que hay tres posibles formas de asegurar que algunas materias consideradas sensibles sean resueltas en consonancia con los intereses de la sociedad. La primera consiste simplemente en prohibir el arbitraje respecto de ellas. La segunda es excluir del arbitraje aquellas cuestiones en las que una de las partes ha violado una

regla de orden público. La tercera, que los autores juzgan como más recomendable, es permitir a los árbitros juzgar las controversias sobre cuestiones de orden público, sujeto al control judicial de lo decidido por aquellos.⁽⁴²⁾

3.1. Efectos de la invocación de normas imperativas sobre la jurisdicción de los árbitros

Sobre esta línea de pensamiento se fue construyendo, en el derecho comparado, una jurisprudencia que distingue entre la jurisdicción de los árbitros para conocer de cuestiones que por su contenido involucran normas indisponibles y la aptitud de los árbitros para decidir en contra de las disposiciones de la norma aplicable.

Los tribunales franceses, por ejemplo, se ocuparon de precisar la cuestión: la mera invocación de una norma de orden público no provoca *–a priori–* la incompetencia de los árbitros, debiendo los jueces analizar *–ex post–* si la norma en cuestión ha sido efectivamente vulnerada por los árbitros.⁽⁴³⁾ En similares términos, se resolvió que la regla que prohíbe someter a arbitraje conflictos que involucren normas de orden público no significa que las controversias deban ser excluidas del arbitraje, sino que apunta a invalidar únicamente el acuerdo arbitral cuando este está contenido en un contrato que se considera ilegal o nulo por contravenir el orden público; en otras palabras: el acuerdo arbitral no es nulo cuando la controversia “roce” cuestiones de orden público sino únicamente cuando el orden público haya sido efectivamente violado.⁽⁴⁴⁾ Ello es así porque el criterio relevante para determinar los límites de las facultades jurisdiccionales

(42) GAILLARD, Emmanuel y SAVAGE, John, op. cit., pp. 332 y 333.

(43) Cour de Cassation, 29/11/1950, “Tissot c. Neff”, referencia tomada de ROBERT, Jean, *L'Arbitrage. Droit interne et droit international privé*, 6ª edición, Dalloz, Paris, 1993, N° 33, p. 28.

(44) Este razonamiento fue expuesto por la Corte de Apelaciones de París en dos sentencias del 15 de junio de 1956, casos “Sigma c. Bezar” y “Totaliment c. Comptoir Agricole du Pays Bas Normand” y, años más tarde, aplicado en el caso “Meulemans et Cie. c. Robert”, de fecha 21 de febrero de 1964. Las aludidas sentencias están citadas por GAILLARD, Emmanuel y SAVAGE, John, op. cit., pp. 334 y 335.

les de los árbitros es la naturaleza de la cuestión litigiosa y no la de las reglas que rigen su resolución.⁽⁴⁵⁾

De modo similar, la Corte Suprema de Justicia norteamericana declaró arbitrables las controversias que involucran derechos contenidos en normas imperativas. Así, por ejemplo, lo admitió respecto de derechos basados en la legislación sobre transacciones bursátiles, aunque las obligaciones sustanciales que dicha legislación impone son irrenunciables. La Corte razonó que la ley no prohíbe la renuncia al fuero judicial que ella establece (pero que no impone), por lo que debe interpretarse que tal renuncia sólo está vedada cuando el arbitraje aparezca como inadecuado para tutelar los derechos en cuestión, no pudiendo asumirse que los árbitros no protegerán tales derechos.⁽⁴⁶⁾ En otro caso, declaró arbitrables las cuestiones relativas a la legislación que protege la competencia (*Antitrust Act*), señalando que la mera circunstancia de que el conflicto involucre esa clase de cuestiones no invalida los efectos de la cláusula arbitral ni puede asumirse que los árbitros pongan en peligro las normas contenidas en esa legislación.⁽⁴⁷⁾ También resolvió que las partes están obligadas a recurrir al arbitraje pactado en el contrato, incluyendo lo relativo a las reclamaciones sobre “daños punitivos” (*punitive damages*), que se consideran comprendidos dentro de la jurisdicción arbitral, aun cuando alguna norma estatal excluya estas cuestiones del arbitraje.⁽⁴⁸⁾

Se distingue, en consecuencia, entre dos situaciones: aquellas en las que la materia en sí misma es suficiente para considerar no-arbitrable a la controversia (como el divorcio) y aquellas (como las cuestiones relativas al fraude o a la ley anti-monopolio) que no pue-

(45) *Cour d'Apell de Rennes*, 26/09/1984, “Auvinet S.A. c. S.A. Sacomi et Poirier”, citado por GAILLARD, Emmanuel y SAVAGE, John, op. cit., pp. 334 y 335.

(46) *US Supreme Court*, Shearson/American Express Inc. v. McMahon, 482 U.S. 220 (1987).

(47) *US Supreme Court*, Mitsubishi Motors v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc, 473 U.S. 614 (1985).

(48) *US Supreme Court*, Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc., 514 U.S. 52 (1995).

den ser consideradas no-arbitrables *per se* o como cuestión de principio y que deben ser decididas inicialmente por los árbitros, sin perjuicio de la ulterior revisión judicial para verificar la conformidad del laudo con el orden público.⁽⁴⁹⁾ Uno de los motivos fundamentales de esta línea de pensamiento es la necesidad de impedir que el procedimiento arbitral sea interrumpido por cuestiones prejudiciales cada vez que una parte plantee una materia en que esté interesado el orden público.⁽⁵⁰⁾

En este razonamiento subyace la idea de que no es posible pre-juzgar sobre el contenido del laudo que los árbitros dictarán. Si la jurisdicción arbitral se excluyera en la etapa inicial del proceso arbitral, por considerar que el caso involucra normas de carácter imperativo, se estaría suponiendo –sin razón alguna que lo permita– que los árbitros laudarán *contra legem* y que los objetivos tenidos en mira por el legislador al hacer imperativa una norma no se cumplirán si el caso es resuelto por árbitros, como sí lo sería si se resolviese por la vía judicial. Es más racional, en estos casos, dejar que los árbitros se pronuncien sobre las cuestiones que las partes le han sometido y reservar una vía de control judicial para el caso en que la decisión sea contraria a los propósitos perseguidos por el legislador. Si alguna de las partes considerara que el laudo que se dicte sobre el fondo implica dejar sin efecto o interpretar normas imperativas en un sentido incompatible con el interés público tutelado por ellas, siempre podrá plantear su nulidad o resistir su ejecución a través de los procedimientos previstos en la ley. Lo que no puede admitirse es la pretensión de excluir de antemano la jurisdicción arbitral, porque nada autoriza a las partes a suponer que los tribunales ignorarán una norma imperativa. En otras palabras, lo que eventualmente puede “violiar el orden público” es lo que el Tribunal resuelva en el laudo; pero jamás la atribución de jurisdicción a los árbitros para decidir la cuestión.

(49) GAILLARD, Emmanuel y SAVAGE, John: op. cit., pp. 336, 337 y 339.

(50) MAYER, Pierre, “*La sentence contraire a l'ordre public au fond*”, *Revue de l'arbitrage*, 1994, pp. 615 y ss. En el mismo sentido, HÖELLERLING, Michael F., “*Arbitrability*”, en *Commercial Arbitration for the 1990's*, ed. American Bar Association, Chicago, 1991, p. 13.

3.2. Nuestra opinión sobre la arbitrabilidad de los planteos de inconstitucionalidad

Ya entrando en el tema específico de este trabajo, nuestra reflexión inicial es que no existe argumento para que los árbitros deban apartarse del caso cuando en el proceso alguna de las partes ha planteado una cuestión constitucional. El más sencillo de los argumentos que abonan esta conclusión es que el solo hecho de que en la demanda, en la contestación o en la eventual reconvencción se plante una inconstitucionalidad, no puede provocar la pérdida “anticipada” de la jurisdicción de los árbitros, cuando ni siquiera se sabe —a esa altura del juicio— si una decisión sobre el punto será necesaria: bien podría suceder que la cuestión controvertida pueda resolverse sin necesidad de abordar esa cuestión o que la norma reputada inconstitucional no sea aplicable.

Como argumento adicional que abona esta idea, valen las consideraciones que se hicieran precedentemente respecto de la invocación de una norma imperativa o de orden público como sustento para un planteo de incompetencia o falta de jurisdicción de los árbitros: la mera postulación de la inconstitucionalidad de una disposición legal que alguna de las partes juzga aplicable no puede, *per se*, convertir en no-arbitrable una disputa que era arbitrable en atención a la naturaleza de los derechos en juego.⁽⁵¹⁾ Lo que determina la arbitrabilidad de una determinada cuestión no es el fundamento que las partes esgrimen para sustentar la procedencia de las pretensiones que se articulan, sino la naturaleza de los derechos que se discuten: si la disputa involucra derechos disponibles, los árbitros pueden juzgar y resolver el caso; si, en cambio, se discuten derechos indisponibles, la prórroga de jurisdicción que las partes convinieron en el acuerdo arbitral será ineficaz porque las partes no pueden someter la suerte de esos derechos sino a los tribunales judiciales.

⁽⁵¹⁾ “[Es arbitrable] el cumplimiento de un contrato de compraventa cuyo precio se pactó en dólares [aunque se requiera en el proceso arbitral] la declaración de inconstitucionalidad de aquellas normas que, con posterioridad, alteraron esa cláusula contractual”. PALACIO, Lino E., “Otra vez sobre el arbitraje y el control de constitucionalidad”, *Rev. La Ley Litoral*, Suplemento Constitucional, 19/05/2004.

La “conservación” de la jurisdicción arbitral frente a un planteo de inconstitucionalidad puede, asimismo, sustentarse –por analogía– en los mismos argumentos que permiten a los jueces provinciales pronunciarse sobre casos federales, por aplicación del artículo 14 de la ley 48. Si bien el artículo 116 de la Constitución Nacional atribuye competencia a la Justicia Federal para conocer y decidir causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y las leyes federales,⁽⁵²⁾ el artículo 14 de la ley 48 dispone que “una vez radicado un juicio ante los tribunales de provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial”, sin perjuicio del recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ello así, “todo pleito radicado ante la justicia provincial en el que se susciten cuestiones federales, debe arribar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación sólo después de fenecer ante el órgano máximo de la judicatura local, pues los tribunales de provincia se encuentran habilitados para entender en causas que comprenden puntos regidos por la Constitución Nacional, las leyes federales y los tratados internacionales, y las decisiones que son idóneas para ser resueltas por la Corte Nacional no pueden ser excluidas, bajo pretexto de recaudos formales, del previo juzgamiento por el órgano judicial superior de la pro-

⁽⁵²⁾ Artículo 116: “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del artículo 75; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero”. Por su parte, el artículo 75 inciso 12 establece que corresponde al Congreso Nacional “Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la Argentina; así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados”.

vincia”.⁽⁵³⁾ Porque, “la circunstancia de que en una causa radicada ante un tribunal provincial se haya propuesto una cuestión federal, no justifica que el juez que no declara su incompetencia, la remita al juez nacional de sección, luego de resuelto el caso, a los fines de la decisión originaria del punto federal del pleito. Ello es así porque todos los jueces, de cualquier jerarquía y fuero, pueden interpretar y aplicar la Constitución y las leyes de la Nación en las causas cuyo conocimiento les corresponde, sin perjuicio de los recursos a que pueda haber lugar, incluso el extraordinario”.⁽⁵⁴⁾

En resumen, puede afirmarse sin hesitación que la introducción de planteos de inconstitucionalidad en el juicio arbitral no provoca la incompetencia de los árbitros. Una solución diferente implicaría consentir la sustracción de la jurisdicción arbitral en forma anticipada y prematura. No sólo porque la norma cuya inconstitucionalidad se postula ante los árbitros puede no ser aplicable, sino también porque puede no ser inconstitucional. Por lo que no es razonable, frente al solo planteo de una sola de las partes, privar a los árbitros de la atribución –nacida de un acuerdo bilateral de voluntades– de juzgar y resolver las cuestiones que se le someten. Conforme el principio de la “competencia de la competencia”, los árbitros conservan, como mínimo, las facultades que le son propias, de determinar el ámbito de su competencia, sin perjuicio de los medios de revisión y control judicial que su decisión pueda suscitar.⁽⁵⁵⁾

(53) CSJN, 15/07/2003, “Bracamonte, Luis A. c. Transportes Metropolitanos General Roca S.A.”, Lexis-Nexis *on line*, N° 4/48716; *idem*, 30/05/2001, “Banco de La Pampa c. Bonazelli, Félix Guerino Antonio”, Lexis-Nexis *on line*, N° 4/41997.

(54) CSJN, 1962, “Vázquez, Norberto José, y otros”, *Rev. Fallos* 254: 437; *idem* 11/11/1980, “Dallo, Roberto Ramón”, *Rev. Fallos* 302: 1325; y más recientemente, 01/12/1988, “Di Mascio, Juan Roque”, *Rev. JA* 1988-IV-683, *Rev. Fallos* 311: 2478.

(55) Este principio puede verse, por ejemplo, en el artículo 16.1 de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial de UNICTRAL: “El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso jure* la nulidad de la cláusula compromisoria”.

3.3. Las soluciones adoptadas en la experiencia argentina

Los casos conocidos en que tal situación se presentó fueron resueltos en el sentido que aquí propiciamos.

3.3.1. El caso “TT.BB.”

En un proceso arbitral administrado bajo el Reglamento del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Rosario,⁽⁵⁶⁾ la parte demandante había solicitado que se declaren inconstitucionales e inaplicables la ley 25.561 y las normas dictadas en su consecuencia, como fundamento de la pretensión tendiente a que se mantenga en dólares una obligación pactada en esa moneda. El demandado planteó la falta de jurisdicción del tribunal arbitral para entender en el caso, argumentando que la materia era ajena a la competencia del árbitro, por tratarse de una cuestión de orden público.

El Dr. Efraín H. Richard, actuando como árbitro único, desestimó la defensa de competencia deducida en el juicio arbitral. Sostuvo que “no se trata de arbitrar sobre una cuestión originariamente de orden público, sino que una cuestión arbitrable y con previsión de las partes en tal sentido, ha sido posteriormente normada, alterando aquellas previsiones, bajo la invocación de ser de orden público, lo que autoriza su análisis de constitucionalidad”. Añadió luego que, de lo contrario, “bastaría *ab initio* –por actora o demandada– plantear alguna inconstitucionalidad para alejar la cuestión de la competencia arbitral y esfumar la intención de la cláusula contractual de sometimiento a esa competencia”.⁽⁵⁷⁾

3.3.2. El caso “Otondo”

En otro caso, el Juez Nacional de Primera Instancia en lo Comercial, Dr. Héctor Osvaldo Comer, rechazó *in limine* una acción

⁽⁵⁶⁾ <http://www.bcr.com.ar>

⁽⁵⁷⁾ Tribunal de Arbitraje General, Bolsa de Comercio de Rosario, 19/11/2002,” T.T. c. B.B.”, publicado en *Rev. La Ley Litoral*, 2004-489.

meramente declarativa iniciada, precisamente, con el objeto de que se declare no-arbitrable una cuestión de constitucionalidad.

El origen de la cuestión se remonta a un contrato de compra-venta de acciones, suscripto en septiembre de 1999, mediante el cual César A. Otondo y Pedro O. Linares (en adelante, colectivamente, “Otondo”) vendieron a Cortina Beruatto S.A., Patricio J. Lascombes y Carlos M. Gatti (en adelante, colectivamente “Cortina Beruatto”) las acciones que aquellos poseían en una sociedad anónima. El precio de las acciones, estipulado en dólares, sería pagadero en cuatro cuotas anuales con vencimientos en septiembre de 2000, 2001, 2002 y 2003. El contrato contenía una cláusula arbitral sometiendo todas las cuestiones que surgieran del mismo a decisión del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires.

Al realizarse el pago correspondiente a la cuota vencida en septiembre de 2002, al amparo de la legislación de emergencia, los compradores abonaron el importe en pesos, que los vendedores recibieron “a cuenta” y haciendo reserva de la diferencia correspondiente. El conflicto entre las partes, en consecuencia, radicaba en que los vendedores pretendían reclamar el pago en la moneda de origen, mientras que los compradores pretendían cancelar la deuda en pesos, por aplicación de la ley 25.561 y sus normas reglamentarias. Frente a ese estado de cosas, y fracasados los intentos de acordar voluntariamente una solución, Otondo anunció su intención de plantear la inconstitucionalidad de la legislación “pesificadora”, cuestión que consideraron improponible ante el tribunal arbitral pactado. A tal fin, la propia parte vendedora promovió ante la justicia comercial una acción meramente declarativa,⁽⁵⁸⁾ solicitando que se declare no-arbitrable la cuestión, a fin de posibilitar que las acciones que se proponía deducir se radicaran directamente en sede judicial. Su argu-

(58) Esta acción está regulada en el artículo 322 del CPCCN: “Podrá deducirse la acción que tienda a obtener una sentencia meramente declarativa, para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y éste no dispusiera de otro medio legal para ponerle término inmediatamente”.

mento central fue que, en tanto se discutiría la constitucionalidad de distintas normas, estaría excedida la competencia del tribunal arbitral a cuya jurisdicción las partes se habían sometido.

El juez de primera instancia rechazó *in limine* la demanda, en los siguientes términos: “la pretensión de las actores tendiente a que se declare la no-arbitrabilidad de un eventual planteo de inconstitucionalidad de ciertas normas, resulta improcedente. Ello, por cuanto la sustracción de esa comunidad temática de la esfera arbitral, no aparece fundada ni razonable, desde que el tratamiento de la constitucionalidad –o no– de ciertas normas fue –o debió ser– una contingencia de posible ocurrencia en el esquema del negocio acordado por las partes. Empero, aun cuando ello no hubiese sido tenido en cuenta al tiempo de suscribir el compromiso arbitral, las partes no hicieron reserva alguna a fin de excluir determinadas decisiones de la jurisdicción arbitral. Conclúyase de lo anterior que el sometimiento voluntario y sin reserva expresa a un régimen jurídico, obsta a su ulterior impugnación toda vez que no puede ejercerse una pretensión judicial manifiestamente contradictoria e incompatible con una anterior conducta deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz (...) De lo anterior se sigue que no existe impedimento con base en derecho, que obste al tratamiento de la validez constitucional de una norma en tanto ello resulte conducente a los efectos de elucidar la controversia objeto de arbitraje (...) [ya que] en caso de que el laudo arbitral se excediese o no conformase a las partes, subsistirá para éstas la posibilidad de impetrar la nulidad del mismo”.⁽⁵⁹⁾

El fallo de primera instancia fue confirmado por la Cámara de Apelaciones, adhiriendo al Dictamen de la Fiscalía de Cámara, que a su vez hizo suyos los fundamentos de la sentencia apelada. Interpretó la Fiscalía que corresponde al tribunal arbitral determinar cómo debe saldarse la deuda (si en los dólares originariamente pactados o en su valor convertido a pesos por aplicación de la legislación de emergencia), ratificando que “la sustracción de la órbita

⁽⁵⁹⁾ JNCom. N° 10, 17/03/2003, “Otondo, César A. y otro c. Cortina Beruatto S.A. y otros”, publicado en *Rev. JA* 2003-IV-73.

arbitral de la comunidad temática de la que aquí se trata no aparece fundada ni razonable”.⁽⁶⁰⁾

3.3.3. El caso “Cie R.P. S.A.”

De modo similar se abordó la cuestión en un caso tramitado ante el Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires. El Director de Procedimiento, en uso de sus facultades reglamentarias debió resolver la excepción de incompetencia del tribunal arbitral deducida por la demandada. Entre otros fundamentos, al justificar el rechazo de la excepción, puso de relieve –aunque aclarando que esta situación no se daba en el caso– que si el Tribunal se viera enfrentado a la necesidad de declarar la inconstitucionalidad o la invalidez de una norma, podría hacerlo. Al confirmar esa decisión, el Tribunal sostuvo que “Más allá en efecto, de que la eventual declaración de inconstitucionalidad sólo es concebible respecto de las normas emanadas de los poderes públicos –nacionales o provinciales– y no resulta por consiguiente extensiva a las cláusulas contenidas en los contratos –sin perjuicio, naturalmente, de su posible nulidad– dentro del marco de la jurisdicción arbitral –y si ése fuese, por hipótesis, el caso de autos– no se halla excluida, conforme a lo prescripto en los artículos 737 CPCCN y 3 inc. a) del Reglamento del Tribunal, la declaración de invalidez constitucional del mencionado tipo de normas, siempre que así lo requiera la decisión de las cuestiones comprometidas”.⁽⁶¹⁾

4. ¿PUEDEN LOS ÁRBITROS DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA?

Sentado que la introducción en el juicio arbitral de una pretensión dirigida a la declaración de inconstitucionalidad de una nor-

⁽⁶⁰⁾ CNCom., sala E, 11/06/2003, *Rev. JA* 2003-IV-73.

⁽⁶¹⁾ Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, 19/03/2002, autos “CIE R. P. S.A. c. Grinbank, Daniel E.”, *Rev. ED* 198-464. A la fecha, el tribunal estaba integrado por los Dres. Carlos A. VANASCO, Lino E. PALACIO y Jesús VÁZQUEZ GER.

ma no implica modificar la naturaleza arbitrable de la cuestión litigiosa, es claro que no se puede, por esa vía argumental, cercenar *a priori* la jurisdicción de los árbitros. Pero nuestro razonamiento sería incompleto si no abordáramos la cuestión de fondo, relativa a la facultad que tendrían los árbitros de declarar la inconstitucionalidad de una norma, porque un argumento posible para conservar la competencia arbitral frente al planteo es la falta de certeza sobre la aplicabilidad al caso de la norma cuestionada.⁽⁶²⁾ El interrogante que, en consecuencia, abordaremos a continuación es: si la norma impugnada fuera aplicable y el planteo de inconstitucionalidad atendible ¿podrían los árbitros declarar la inconstitucionalidad?

4.1. Características del control constitucional argentino

Una de las características del sistema jurídico argentino es que el control de constitucionalidad es difuso: “[se encuentra] en cabeza de cada órgano jurisdiccional, cualquiera sea la instancia a la que pertenezca”,⁽⁶³⁾ y “cualquiera que sea el procedimiento mediante el cual se proponga a decisión de los jueces una cuestión judicial”.⁽⁶⁴⁾ Explícitamente se ha reconocido que “todos los jueces, de cualquier jerarquía y fuero, pueden interpretar y aplicar la Constitución y leyes de la Nación en las causas cuyo conocimiento les corresponda”.⁽⁶⁵⁾ Ello con fundamento en que la efectividad del artículo 31 de la Constitución Nacional, que sienta el principio de la supremacía de la Cons-

⁽⁶²⁾ Bien podría darse el caso en que la norma cuya constitucionalidad se objeta sea inaplicable al caso o innecesaria para resolver la cuestión, supuesto en que el árbitro podría declarar su competencia sin emitir pronunciamiento alguno sobre la cuestión constitucional.

⁽⁶³⁾ CNCiv., sala F, 30/09/2003, “Galli, Elena c. Kairuz, Alfredo F.”, *Rev. JA* 2004-I-658.

⁽⁶⁴⁾ CSJN, 1967, “Oton, Carlos José”, *Rev. Fallos* 267: 215; *idem*, 22/12/1998, “Ministerio de Cultura y Educación - Estado Nacional s/ artículo 34 de la ley 24.521”, *Rev. Fallos* 321: 3620. En esta última sentencia se hizo notar que “el derecho constitucional argentino no ha previsto especie alguna de pleitos en la que los jueces puedan fallar con prescindencia del texto constitucional, en la medida en que la declaración de inconstitucionalidad de las normas tiende a preservar el ejercicio equilibrado de los poderes establecidos en la Ley Fundamental”.

⁽⁶⁵⁾ CSJN, 1927, “Chiaparrone, José”, *Rev. Fallos* 149: 122.

titución, requiere un régimen de control de la constitucionalidad de las leyes, normas y actos de los gobernantes, control que es difuso “en tanto tal custodia está depositada en el quehacer de todos y cada uno de los jueces”,⁽⁶⁶⁾ ya que “es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella”.⁽⁶⁷⁾

La otra característica saliente es que la declaración de inconstitucionalidad no tiene efectos *erga omnes*, ni implica derogar o revocar la norma en cuestión. La sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma jurídica no modifica su vigencia general ni obliga al órgano que la dictó a reformarla. Esa declaración, en definitiva, no tiene más consecuencia que servir de fundamento a la decisión del juzgador de abstenerse de aplicarla en el caso: “la incompatibilidad de una norma con el texto o el espíritu de nuestra Carta Magna se exterioriza con la negativa por parte del tribunal de aplicarla. La inconstitucionalidad o falta de compatibilidad de la norma con el texto fundamental no concluye en nuestro régimen en una anulación o pérdida de vigencia de la primera, sino en su inaplicabilidad al caso concreto. No se requiere una fórmula sacramental para no aplicar la ley en razón de aquella incompatibili-

⁽⁶⁶⁾ CSJN, 01/12/1988, “Di Mascio, Juan Roque”, *Rev. Fallos* 311:2478, *Rev. JA* 1988-IV-683. En su voto, el Dr. Belluscio enfatiza: “Por expreso mandato de la Ley Fundamental todos los jueces integrantes del Poder Judicial –nacional y provincial– pueden y deben efectuar el control de constitucionalidad de las normas y actos y ese ‘poder-deber’ de aplicar con preeminencia la Constitución y las leyes de la Nación constituye no sólo el fin supremo y fundamental de la actividad jurisdiccional sino, más aún, un elemento integrante del contenido mismo de esa función estatal (provincial o nacional) al punto que pueda sostenerse que en nuestra organización institucional la jurisdicción es una actividad en la que siempre es posible introducir una cuestión constitucional y que no es jurisdiccional toda aquella actividad que impide efectuar el examen aludido”.

⁽⁶⁷⁾ CSJN, 23/04/1991, “Martinelli, Oscar H. C. c. Coplinco Cía. Platense de Industria y Comercio S.A.”, *Rev. JA* 1991-IV-417; CS Santa Fe, 11/11/1992, “Resumi, Carlos Gabriel c. Editorial Diario La Capital S.A.”, *Rev. Lexis-Nexis on line*, N° 18/9728.

dad, sino que debe estar contenida en el desarrollo de los fundamentos del pronunciamiento”.⁽⁶⁸⁾ El efecto de la declaración de inconstitucionalidad de una norma es la prescindencia de ella para la solución del caso en que la cuestión se ha propuesto;⁽⁶⁹⁾ declarada inconstitucional una norma, las cuestiones planteadas en el juicio respectivo deben ser resueltas como si aquella no existiera.⁽⁷⁰⁾

Como se ha explicado, al declarar una inconstitucionalidad, el juzgador, en definitiva, deja de aplicar la norma general y elabora una individual para resolver el caso; no enjuicia a la norma en sí, de manera abstracta, sino que enjuicia su aplicación al caso concreto; no juzga lo legislado por el Congreso sino, en todo caso, lo disvalioso que puede resultar esa decisión legislativa en un caso particular; no hay un enfrentamiento entre el Congreso y el juez; el magistrado, en la decisión de un caso, opta por no aplicar una ley en ese caso y sin producir efectos generales.⁽⁷¹⁾ Es consecuencia de ello que la introducción, en un proceso, de una pretensión tendiente a declarar la inconstitucionalidad de una norma no altera la integración procesal del juicio, ya que sólo se discute entre las partes “naturales”, sin que sea necesario dar participación procesal al Estado nacional.⁽⁷²⁾

(68) CNCont. Adm. Fed., sala 4^a, 12/07/2001, “Masel S.A. c. A.N.A.”, *Rev. Lexis-Nexis on line*, N° 8/11842.

(69) CSJN, 13/05/1966, “Rubén Malenky”, *Rev. Fallos* 264: 364.

(70) CSJN, 1945, “Gregolinsky y Compañía”, *Rev. Fallos* 202: 184.

(71) BIANCHI, Alberto B.: “La legitimidad en el ejercicio del control de constitucionalidad (apuntes en relación a los magistrados judiciales y a los tribunales administrativos)”, *Rev. de Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 2001-127, *Lexis-Nexis on line* N° 0027/000010.

(72) “El control de constitucionalidad excluye la defensa directa de las normas impugnadas por parte del Estado que las ha expedido, en tanto no sea éste adversario formal en la causa por debatirse derechos que aquéllas le acuerdan; en consecuencia, aunque se reputara conveniente la intervención del Estado legislador –decisión reservada al tribunal de la causa–, ello no lo constituiría en el carácter de litigante adversario a los fines de la existencia de la causa contenciosa requerida en estos juicios”. CSJN, 19/11/1987, “Obras Sanitarias de la Nación s. incidente de inconstitucionalidad del decreto 2125 del PEN”, *Rev. JA* 1988-I-510.

Las características del control de constitucionalidad argentino pueden ser resumidas así: (1) Es ejercido por todos los jueces; aunque la Corte Suprema es la intérprete final, esto significa que el control es difuso, esto es, que no existe un órgano específico cuya misión exclusiva sea determinar si una ley se ajusta a las normas constitucionales; (2) Quedan sujetos al control no sólo las leyes sino también los tratados y los actos de los poderes públicos, sean federales o provinciales; (3) Puede ser solicitada por alguna parte en un juicio concreto, pero también debe ser declarada de oficio; (4) La contradicción entre la ley o acto y la Constitución debe ser manifiesta; (5) La decisión que se adopte al respecto es aplicable sólo al caso particular, es decir, no tiene efectos *erga omnes*; (6) Finalmente, la declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad, de allí que sea considerada la ultima *ratio*.⁽⁷³⁾

En atención a las enunciadas características del control constitucional y de la declaración de inconstitucionalidad, y especialmente teniendo en cuenta el limitado efecto que un pronunciamiento de esta índole produce, no parece que la decisión sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma –que, como se dijo, no implica enjuiciar a uno de los Poderes del Estado sino únicamente la aplicabilidad de la norma al caso– pueda ser un acto notoriamente extraño a las atribuciones de los árbitros, sean estos de derecho o amigables componedores.

4.2. Nuestra opinión

La conclusión que se desprende de lo que llevamos dicho es que no existe norma ni principio jurídico alguno que se oponga a que los árbitros puedan pronunciarse sobre la constitucionalidad de una norma, si tal pronunciamiento resulta necesario para resolver las cuestiones que las partes someten a su decisión.

⁽⁷³⁾ BARRANCOS Y VEDIA, Fernando: “Control judicial de constitucionalidad”, en *Constitución de la Nación Argentina. Con motivo del sesquicentenario de su sanción*, Tomo I, 2003, editado por la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, citado por TULLIO, Alejandro: “Control de constitucionalidad en materia electoral”, *Rev. JA* 18/08/2004.

Por un lado, los árbitros ejercen jurisdicción en sentido *lato*, entendiéndose por tal la atribución de resolver con efecto de cosa juzgada las cuestiones controvertidas que le han sido sometidas a su decisión. Por el otro, el control constitucional es difuso y sus efectos son limitados: recae en el “juez de la causa”, de modo que la introducción de una cuestión constitucional no conlleva un desplazamiento de la competencia del tribunal a quien le corresponda resolver, conforme las reglas naturales de atribución de competencia;⁽⁷⁴⁾ no implica alterar la integración procesal del juicio, que continúa tramitando entre las partes “naturales” del proceso; y la declaración de inconstitucionalidad sólo proyecta consecuencias entre quienes son parte en el juicio y exclusivamente para ese proceso, no teniendo más efectos que la no-aplicación al caso de la norma declarada contraria a la Constitución.

No menos importante, a los fines de fundar nuestra conclusión, es el hecho de que, conforme ha dicho reiteradamente la Corte, la cuestión constitucional debe ser temporáneamente introducida en el juicio: la inconstitucionalidad debe, “por principio, proponerse en la oportunidad en que se traba la *litis*”,⁽⁷⁵⁾ y “excepcionalmente en ocasión posterior, pero siempre en la primera oportunidad posible en el curso del procedimiento”.⁽⁷⁶⁾ Si las partes han pro-

(74) Aunque referido a la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, es oportuno citar el criterio de la Suprema Corte de Justicia de esa provincia, toda vez que el principio es igualmente aplicable respecto de la Constitución Nacional. Ha dicho la Suprema Corte provincial que “La competencia originaria que la Constitución de la Provincia atribuye a este tribunal para resolver demandas de inconstitucionalidad no se ve afectada, dado el sistema de control difuso de constitucionalidad que impera en nuestra organización institucional, cuando el planteo de inconstitucionalidad es realizado por vía de excepción o defensa en el ámbito de cualquier proceso judicial, terreno en el cual –por virtud del señalado sistema– resultan competentes los jueces ante quienes el cuestionamiento se hubiere efectuado”. Sup. Corte Bs. As., 20/03/2002, “Veraquel S.A. c. Municipalidad de Mercedes”, *Rev. BA B89634*; *idem*, 12/09/2001, “Lago, Jorge c. Provincia de Buenos Aires”, *Rev. BA B89634*.

(75) CSJN, 3/04/1967, “Iberia, Líneas Aéreas de España S.A.”, *Rev. Fallos* 267: 241.

(76) CSJN, 15/10/1969, “Campos Vda. de Medicina, Nelly N. c. Iriondo, Rubén M.”, *Rev. Fallos* 275: 97; *idem*, 3/10/1989, “Astilleros Conumar S.R.L.”, *Rev. Fallos* 312: 1872.

rrogado la jurisdicción a favor de los árbitros, el planteo de inconstitucionalidad de una norma no puede hacerse temporáneamente sino en el mismo procedimiento arbitral.

Consecuentemente, no hay razones para excluir de la competencia de los árbitros el análisis y la decisión sobre la compatibilidad de una norma con la Constitución, ni tampoco existe un interés general que pueda verse afectado por la declaración de inconstitucionalidad efectuada por un tribunal arbitral. Partiendo de esa base, analizaremos por separado la situación de los árbitros de derecho y de los amigables componedores.

4.2.1. La declaración de inconstitucionalidad por árbitros *iuris*

La determinación de la norma aplicable es una de las funciones inherentes a los árbitros *iuris*, cuyo laudo debe estar fundado en el Derecho positivo. No sólo pueden sino que *deben* decidir cuál es la norma aplicable. En este aspecto, la función de los árbitros de derecho es perfectamente asimilable a la de los jueces. De allí que sea válido, para aquellos, lo resuelto por la Corte respecto de estos últimos: “Si una ley entra en conflicto con la Constitución y ambas son aplicables a un caso, la Corte debe determinar cuál de ellas lo gobierna. Esto constituye lo sustancial del deber de administrar justicia. Luego, si los tribunales deben tener en cuenta la Constitución y ella es superior a cualquier ley ordinaria, es la Constitución y no la ley la que debe regir el caso al cual ambas se refieren”.⁽⁷⁷⁾ Si, en este trance, los árbitros encuentran que una norma de rango inferior es incompatible con la Constitución, más que decidir que aquella no se aplica, lo que están decidiendo –en consonancia con su misión– es que se aplica esta última, en función de su mayor jerarquía normativa. Porque, en definitiva, “no existe ningún argumento válido para que un juez deje de aplicar, en primer término, la Constitución Nacional”.⁽⁷⁸⁾

(77) CSJN, 12/04/1988, “Bruno, Raúl Osvaldo s. amparo”, *Rev. Fallos* 311: 460.

(78) CSJN, 22/12/1998, “Ministerio de Cultura y Educación - Estado Nacional s/ artículo 34 de la Ley N° 24.521”, *Rev. Fallos* 321: 3620, con cita de Sánchez Viamonte. En la

No es lógico suponer que, ante una disyuntiva tal, el árbitro carezca de facultades para hacer prevalecer la Constitución, pues ello equivaldría a predicar la obligación de los árbitros de fallar, a sabiendas, contra la Ley Fundamental, haciendo imperar, por encima de ella, una norma de rango inferior que la contradice. Vale para el árbitro de derecho lo que se ha dicho respecto del juez: "... El juez tiene que aplicar bien el derecho, y para eso, en la subsunción del caso concreto dentro de la norma, debe seleccionar la que tiene prioridad constitucional. Aplicar una norma inconstitucional es aplicar mal el derecho".⁽⁷⁹⁾ La Constitución es –obviamente– Derecho positivo y, al descartar la norma que reputan inconstitucional, los árbitros no hacen otra cosa que afirmar la supremacía de aquella, que –como ha dicho la Corte– constituye la esencia de nuestro sistema jurídico.⁽⁸⁰⁾ La obligación que se impone a los jueces estatales de efectuar el control de constitucionalidad de las normas,⁽⁸¹⁾ es igualmente exigible de los árbitros de derecho.

misma línea, se resolvió que "Es función indeclinable de los jueces el resolver las causas sometidas a su conocimiento, teniendo como norte el asegurar la efectiva vigencia de la Constitución Nacional, sin que puedan desligarse de este esencial deber, so color de limitaciones de índole procesal" (CSJN, 27/12/1990, "Peralta, Luis Arcenio", *Rev. Fallos* 313: 1513).

(79) BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, 1992, Tomo II, pp. 355 y ss. En el mismo sentido, la Corte ha resuelto que "Cuando un precepto frustra o desvirtúa los propósitos de la misma ley en que se encuentra inserto, de modo tal que llega a ponerse en colisión con enunciados de jerarquía constitucional, o que su aplicación torna ilusorios derechos por éstos consagrados, puede el juzgador apartarse de tal precepto y omitir su aplicación a efectos de asegurar la primacía de la Ley Fundamental". CSJN, 20/09/1988, "Ordenes, Roberto c. Estado Nacional", *Rev. JA* 1988-IV-701.

(80) "La doctrina de la omnipotencia legislativa que se pretende fundar en una presunta voluntad de la mayoría del pueblo, es insostenible dentro de un sistema de gobierno cuya esencia es la limitación de los poderes de los distintos órganos y la supremacía de la Constitución". CSJN, 21/08/1922, "Horta, José c. Harguindeguy, Ernesto", *Rev. Fallos* 137: 47; *idem*, CSJN, 09/12/1993, "Nicosia, Alberto Oscar", *Rev. Fallos* 316: 2940.

(81) CSJN, 17/11/1991, "Gabrielli, Mario C. c. Estado Nacional", *Rev. JA* 1993-I-540. En ese fallo se dijo, asimismo, que "resulta absolutamente incompatible con elementales reglas que hacen al régimen de control de constitucionalidad, la omisión de cualquier

4.2.2. La declaración de inconstitucionalidad por árbitros de equidad

La situación no difiere sustancialmente en caso de tratarse de árbitros de equidad o amigables componedores, quienes –en nuestra opinión– pueden efectuar un control de constitucionalidad de las leyes.

La característica fundamental de esta clase de árbitros es que laudan “en equidad”,⁽⁸²⁾ o “según su leal saber y entender”.⁽⁸³⁾ Ello implica que están autorizados a prescindir de la aplicación de la ley, privilegiando la solución que consideran más equitativa para el caso.⁽⁸⁴⁾

magistrado judicial argentino federal, nacional o provincial, sea cual fuere su competencia, de pronunciarse sobre las cuestiones constitucionales que se suscitan en los pleitos que deba resolver”, a punto tal que la omisión de tratar “la cuestión constitucional propuesta, oportunamente introducida y mantenida en el proceso, así como decisiva para la solución del litigio, constituye un desconocimiento de los artículos 31 y 100 de la ley Fundamental, al par que un menoscabo del derecho de defensa consagrado por su artículo 18, todo lo cual conduce a que se descalifique el pronunciamiento como acto judicial” (Del voto de los Dres. Fayt y Nazareno).

(82) Un reconocido autor distingue entre “equidad” y “leal saber y entender” como modo de resolver. Ver, ANAYA, Jaime L., “Equidad y amigable composición”, *Rev. ED*, 181-548.

(83) La expresión “leal saber y entender” tiene su origen en el Derecho español, cuya Ley de Enjuiciamiento disponía que de ese modo laudan los amigables componedores. Esa expresión “refleja un modelo de resolución, desde el punto de vista sustantivo, de las cuestiones litigiosas, donde la actividad del juzgador no tropieza con los límites que marcan las normas, ni siquiera las que integran el *ius cogens*, y cuyos orígenes se remontan al Derecho Romano. Esto quiere decir, con referencia al arbitraje, que los árbitros no están coartados en su misión decisoria, ni restringidos en las interpretaciones de las cuestiones a decidir, que deben apreciarse de modo conjunto, no aisladamente, y en relación con los antecedentes y finalidad (...) sin más fundamento que ese leal saber y entender, a quien nadie obliga a una motivación jurídica”. Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, Sentencia del 29 de septiembre de 1995, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, N° 1, 1997, p. 197, citado por LORCA NAVARRETE, Antonio María, *Manual de Derecho de Arbitraje*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 161.

(84) “El árbitro de equidad está eximido de aplicar las normas jurídicas, por convenio de partes, debiendo reconducir su análisis por criterios y normas no necesariamente basadas en el Derecho”. CHILLÓN MEDINA, José María y MERINO MERCHAN, José Fernando, *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*, Civitas, 2ª edición, Madrid, 1991, p. 975.

Con independencia de la mayor o menor amplitud que se atribuya al razonamiento de los amigables componedores, es obvio que, cuanto menos, estos pueden evitar la aplicación de la ley tal como ella está concebida en sus términos literales. Esencialmente, porque la ley está pensada para una universalidad de supuestos, mientras que los amigables componedores deben limitarse a juzgar la singularidad del caso concreto que se les ha sometido a su decisión. Los amigables componedores, en suma, pueden –y deben– adaptar las normas y los principios a la realidad que están juzgando. Si fuera necesario, deben prescindir de las normas legales y crear reglas propias, en casos en que aquellas no sean aplicables o adaptables al caso. En otras palabras: el juzgamiento por equidad lleva implícita la necesidad de lograr que el resultado al que llega sea intrínsecamente justo, en función de la realidad concreta que debe resolver. Para ello, pueden no sólo adaptar los principios y normas y flexibilizar su interpretación, sino aun dejarlas de lado, de modo de lograr una solución al conflicto sobre la base de criterios compatibles con los estándares propios de la actividad en la que se desenvuelve el conflicto.

Los amigables componedores efectúan, como todo juzgador, un análisis valorativo. Los jueces o los árbitros de derecho verifican los resultados a los que conduciría la aplicación de la norma; si bien pueden –eventualmente– adaptarla, no pueden dejarla de lado ni “crear” Derecho, limitándose sus facultades a determinar qué norma (y en qué medida) debe aplicarse de entre las existentes. El análisis valorativo de los amigables componedores tiene como objeto principal la situación de hecho que deben resolver: sobre la base de su propia experiencia, de su sentido común, de su prudencia, de su criterio de razonabilidad, de su sano juicio, de su leal saber y entender, conciben la solución que juzgan más equitativa; y si bien pueden fundarse en alguna norma legal, pueden igualmente descartarla si encuentran que ocasiona un resultado disvalioso respecto al que concibieron como legítimo en función de su propio criterio.

La conclusión que surge de lo dicho en este párrafo es evidente: si los amigables componedores pueden dejar de aplicar una norma legal porque entienden que no resuelve equitativamente la cuestión controvertida que se les ha sometido, con mayor razón pueden dejar de aplicarla si valoran que se contrapone a la Constitución.

4.3. La cuestión, en doctrina y jurisprudencia

Aunque novedosa, la cuestión ha suscitado ya opiniones doctrinarias, que conviene repasar. Asimismo, existen algunos antecedentes jurisprudenciales, tanto argentinos como extranjeros, que analizaremos seguidamente.

4.3.1. Las opiniones doctrinarias

La doctrina que se ha ocupado del tema llega, con diversos argumentos, a conclusiones similares a las que hemos expuesto.

Roberto A. Bianchi señala que “los árbitros tienen, dentro del marco de lo jurídicamente disponible y efectivamente comprometido, amplia competencia para entender en las cuestiones que les fueron sometidas por las partes, con la facultad implícita de declarar la validez o invalidez constitucional de normas jurídicas, incluso si están contenidas en leyes o actos de orden público”. Este autor es de la opinión de que tienen esta facultad tanto los árbitros de derecho como los amigables componedores. Los primeros, porque si “deben laudar conforme a derecho, está claro que ellos pueden resolver en forma directa o indirecta sobre la constitucionalidad de una norma, ya que, al igual que los jueces, deben aplicar todo el derecho, que es una realidad sistemática y que en el ordenamiento argentino se traduce en una pirámide en cuya cúspide se encuentra la Constitución”; los amigables componedores, ya que también ellos “aun si decidieran sin citar normas legales, el contenido de su decisión y los fundamentos del laudo siempre podrían compararse con las soluciones legales y de allí inferirse qué posición toman los árbitros en relación con ciertas leyes”.⁽⁸⁵⁾

En opinión de Morello, aunque no formen parte del Poder Judicial, los árbitros son un “tribunal de justicia” en razón de que la función que realizan es propia de los órganos que prestan ese servi-

(85) BIANCHI, Roberto A., “Competencia arbitral para decidir sobre la constitucionalidad”, *Rev. JA* 2003-IV-75.

cio. Partiendo de esa base, tratándose de una cuestión que sea transigible, “el tribunal arbitral no tiene cortapisas para asumir y definir... el tema referido a la constitucionalidad de las normas enjuiciadas”. Asumiendo que pueda argumentarse que la atribución de tales potestades a los árbitros sería peligrosa y jaquearía el orden público, señala por anticipado que tal criterio no es compartido: “Fuera de que el orden público implica por esencia considerar el interés general o comunitario sobre el particular y hace a los valores permanentes de un Estado, sin que quepa utilizar dicho cualificativo en forma abusiva, exigiéndose la efectiva y acabada demostración de su configuración, el laudo –y en su caso los *efectos* de la descalificación por inconstitucionalidad– no tiene alcances generales sino circunscripto, subjetiva y objetivamente, al caso”.⁽⁸⁶⁾

En palabras de Aguilar, la posibilidad de que un tribunal de arbitraje declare la inconstitucionalidad de una norma, hasta hace poco inimaginable, hoy es admitida, existiendo consenso en que, “siempre que las partes hayan acordado conferirle esta facultad, un tribunal de arbitraje puede emitir un laudo obligatorio para las partes involucradas sobre la concordancia entre un contrato o la ley y la Constitución”.⁽⁸⁷⁾

Caputo explica que no encuentra óbice para que esa atribución se haga extensiva a tribunales arbitrales, en tanto “también son tribunales de justicia y cumplen una función jurisdiccional”. Sin embargo, enfatiza que “ello se acepta en tanto se admita inexorablemente la procedencia del remedio federal, donde sí estará presente la función de equilibrio que la Constitución Nacional reserva a la cabeza del Poder Judicial”. En otras palabras, este autor pone de manifiesto que “la interposición de un planteo de incons-

(86) MORELLO, Augusto M., “¿Pueden los árbitros declarar la inconstitucionalidad de las leyes?”, *Rev. ED.* 198-467.

(87) AGUILAR, Fernando, conferencia “Arbitraje Internacional: algunas cuestiones prácticas”, Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, 29/05/2003. La versión corregida por el autor puede verse en http://www.cpacf.org.ar/verde/vAA_Doct/archDoctri/Aguilar.htm

titucionalidad no provoca la incompetencia del tribunal arbitral, en tanto este tenga competencia atribuida por la cláusula compromisoria o por su reglamento para resolver la nulidad de actos”, aunque “la introducción de una cuestión federal en un proceso arbitral deja siempre abierta la jurisdicción federal apelada en los términos del artículo 101 de la Constitución Nacional y del artículo 14 Ley N° 48”.⁽⁸⁸⁾

Palacio opina que no existen razones válidas que se opongan a la posibilidad de que los árbitros puedan pronunciarse “sobre la validez constitucional de las leyes o de otros actos de gobierno involucrados en los casos”.⁽⁸⁹⁾ Luego, al comentar el fallo del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Rosario en el caso “TT.BB”,⁽⁹⁰⁾ reiteró y afirmó su opinión, señalando que “pactado el arbitraje, por lo tanto, es evidente que si el tribunal arbitral no removía ese obstáculo [la alegada inconstitucionalidad de las leyes de emergencia] no hubiese sido posible obligar el cumplimiento del contrato en la moneda acordada como precio... En segundo lugar, no existe razón válida alguna para que los árbitros, en su carácter de jueces privados a quienes la ley dota ... de idénticas potestades y funciones que los jueces oficiales (con excepción de la *coertio* y de la *executio*), se encuentren privados de esa facultad”.⁽⁹¹⁾

Sacristán, por su lado, interpreta que los árbitros –sean de derecho o amigables componedores– podrían resolver una pretensión de inconstitucionalidad planteada en un caso arbitral, dada la equiparación entre la jurisdicción arbitral y la judicial y teniendo en cuenta que las cuestiones constitucionales no se hallan entre las

⁽⁸⁸⁾ CAPUTO, Leandro J., “Reflexiones en torno a la competencia arbitral para resolver cuestiones constitucionales”, *Rev. JA* 2003-II-954.

⁽⁸⁹⁾ PALACIO, Lino E., “Arbitraje, control de constitucionalidad y recurso extraordinario”, en *Rev. La Ley*, 2003-F-1184.

⁽⁹⁰⁾ Ver *supra* 3.3.1.

⁽⁹¹⁾ PALACIO, Lino E., “Otra vez sobre el arbitraje y el control de constitucionalidad”, *Rev. La Ley*, 2004-D-19.

vedadas al conocimiento de los árbitros por el artículo 737 del CPCCN.⁽⁹²⁾

4.3.2. La jurisprudencia de los tribunales argentinos

No conocemos decisiones jurisprudenciales de los tribunales argentinos que resuelvan, de manera directa, sobre el particular. Sólo es posible hallar casos en que la referencia es indirecta.

4.3.2.1. El caso “Otondo”

El pronunciamiento que más cerca está de reconocer a los árbitros la potestad de declarar la inconstitucionalidad de una norma es el dictado en el ya citado caso “Otondo”. No sólo por lo que finalmente decide –declarar arbitrable la cuestión de constitucionalidad– sino por las palabras utilizadas para fundamentar la decisión.

En este sentido, en el dictamen de la Fiscal de Cámara (que la Cámara de Apelaciones hace suyo) se dijo que “Es, pues, el tribunal arbitral quien, en su caso, deberá determinar cómo debe saldarse la deuda: si en los dólares originariamente pactados –tal lo que ellos postulan– o, contrariamente, en su valor convertido a moneda nacional, en los términos de las normas de emergencia, tal como –según alegan– lo pretenden los demandados”. En el fallo de Primera Instancia –que la Fiscalía dice compartir– se lee que “En el esquema propuesto, no se advierte que el tratamiento de la validez constitucional de una norma exceda el ámbito del arbitraje, sino antes bien, considero que el arbitraje de derecho –tal el caso de autos– implica ventilar la controversia ante un tribunal de justicia, sin perjuicio de que éste no integre el Poder judicial (...) De lo anterior se sigue que, no existe impedimento con base en derecho, que obste al tratamiento de la validez constitucional de una norma en tanto ello resulte conducente a los efectos de elucidar la controversia objeto de arbitraje”.⁽⁹³⁾

⁽⁹²⁾ SACRISTÁN, Estela B., “Control de constitucionalidad en el marco de un arbitraje”, *Rev. JA* 03/08/2005.

⁽⁹³⁾ Los textos completos de ambas sentencias y del Dictamen de la Fiscalía de Cámara pueden verse en *Rev. JA* 2003-IV-73.

4.3.2.2. El caso “KCK Tissue”

Aunque sin abordar la cuestión de fondo, un reciente pronunciamiento de la justicia comercial termina confirmando que los árbitros pueden declarar la inconstitucionalidad de una norma.

En un caso tramitado ante el Centro Empresarial de Mediación y Arbitraje (CEMA), el tribunal arbitral, por unanimidad, había declarado que la legislación de emergencia dictada a principios de 2002 era contraria a la Constitución. Entre otras consideraciones, el tribunal se basó en que su competencia para decidir esta cuestión no había sido objeto de cuestionamiento por ninguna de las partes, siendo inclusive uno de los “puntos de compromiso” expresamente convenidos por ellas.⁽⁹⁴⁾ El tribunal arbitral razonó en los siguientes términos: conforme lo estipulado en el contrato, se aplicarían “las leyes de la República Argentina”; tal referencia es abarcativa del plexo normativo íntegro, que se encuentra integrado por la Constitución Nacional, las leyes que en su consecuencia dicte el Congreso de la Nación y los tratados con las potencias extranjeras; la Constitución Nacional es la principal fuente de interpretación de la controversia, que deberá servir para interpretar los pactos llevados a cabo por las partes, su cumplimiento y también las normas de rango inferior que deba aplicar, en su caso, para llegar a la decisión final; la decisión de las partes de someter sus diferendos al tribunal arbitral no puede limitar a este a la aplicación de tal o cual norma e impedir el más amplio conocimiento de la materia a decidir en base al derecho aplicable, “Ley Argentina”, en toda su magnitud.

El recurso de nulidad deducido contra el laudo no tuvo acogida, siendo rechazado por la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. Consideró la Cámara que la recurrente, en realidad, buscaba retractarse de la renuncia al recurso de apelación y atacar lo decidido por los árbitros en cuanto al fondo, lo cual no es admisible en el restrictivo marco del recurso de nulidad, que procede por causales

⁽⁹⁴⁾ Entre los puntos a decidir por el tribunal las partes incluyeron el siguiente: “Que se resuelva respecto de la constitucionalidad de las normas de la legislación económica de emergencia”.

taxativamente previstas por la ley.⁽⁹⁵⁾ A nuestros fines, es importante resaltar que, más adelante, el fallo puntualizó que “del tenor literal del laudo cuestionado no se evidencian omisiones o defectos que lo invaliden o permitan abrir la vía de la nulidad. El pronunciamiento, conformado por los tres integrantes del tribunal, respeta el principio de congruencia, se expide concretamente sobre cada uno de los puntos sometidos a litigio y la decisión se halla provista de fundamentación suficiente, aventando el riesgo de arbitrariedad; en consecuencia, no procede cuestionar por este medio las conclusiones del laudo”.⁽⁹⁶⁾

La trascendencia de este caso, aunque no haya existido referencia directa de la Cámara de Apelaciones sobre el tema en estudio, deriva de que, finalmente, confirmó la validez del laudo arbitral que había declarado la inconstitucionalidad de las normas de emergencia. Ello importó no sólo admitir la arbitrabilidad de la cuestión, sino también las facultades de los árbitros para dejar de aplicar una norma que juzgan contraria a la Constitución.

4.3.2.3. El voto del juez Belluscio en “Di Mascio”

En un voto del ministro Belluscio en “Di Mascio”,⁽⁹⁷⁾ luego de sentar la regla de que todos los jueces del Poder Judicial pueden y deben efectuar el control de constitucionalidad de las normas y actos, se advierte que ese ‘poder-deber’ de aplicar con preeminencia la Constitución “constituye no sólo el fin supremo y fundamental de la

⁽⁹⁵⁾ Dijo la Cámara de Apelaciones: “El análisis del fallo arbitral, confrontado con los puntos de compromiso establecidos en la audiencia cuya acta fue agregada a fojas 1403/1404, permiten concluir que precisamente se intenta introducir, bajo la figura de la nulidad que contempla el artículo 760 del CPCCN, un recurso de apelación con la finalidad de atacar errores *in iudicando*, al cual voluntariamente renunciaron.

⁽⁹⁶⁾ CNCom., sala A, 28/07/2005, “KCK Tissue S.A. y otros c. Citibank N.A. Nassau y otros”, inédito. Es oportuno hacer notar que, contra esta sentencia, se interpuso recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el que fue denegado. La queja deducida ante el máximo tribunal –por la denegación del recurso extraordinario– no ha sido todavía resuelta por la Corte.

⁽⁹⁷⁾ CSJN, 01/12/1988, “Di Mascio, Juan Roque”, *Rev. JA* 1988-IV-683, *Rev. Fallos* 311: 2478.

actividad jurisdiccional sino, más aún, un elemento integrante del contenido mismo de esa función estatal (provincial o nacional) al punto que pueda sostenerse que en nuestra organización institucional *la jurisdicción es una actividad en la que siempre es posible introducir una cuestión constitucional y que no es jurisdiccional toda aquella actividad que impide efectuar el examen aludido*” (énfasis añadido).

El razonamiento que surge de la opinión transcripta permite, por vía indirecta, confirmar la posibilidad de que los árbitros efectúen el control de constitucionalidad de las normas. Por un lado, porque es pacíficamente admitido que los árbitros ejercen funciones de naturaleza eminentemente jurisdiccional. Por el otro, porque – no obstante el carácter más restringido del concepto de jurisdicción que trasunta el párrafo citado– la naturaleza jurisdiccional de la función arbitral es reconocida por el propio Belluscio en diversos fallos:

- En el caso “Fibraca”, el Dr. Belluscio participó del fallo en el que se dijo: “No puede, por tanto, alegarse válidamente privación de justicia ya que existe una *jurisdicción internacional* aceptada por nuestro país y a la que las partes voluntariamente se sometieron y menos aún, pretender que esta Corte, sobre la base de las argumentaciones desarrolladas por el recurrente, revise la decisión del Tribunal Arbitral pues ello entra en contradicción con el espíritu de la norma internacional que ambas partes acordaron”.⁽⁹⁸⁾
- En “Energomachexport”, también con su voto, la Corte puso de manifiesto que “una necesaria coordinación entre la función jurisdiccional del Estado y la *jurisdicción arbitral* permite lograr la más adecuada tutela de los intereses privados disponibles, respetando la voluntad de las partes para la solución de sus controversias con sujeción al orden jurídico que la Constitución Nacional y sus normas derivadas establecen”.⁽⁹⁹⁾

⁽⁹⁸⁾ CSJN, 07/07/1993, “Fibraca Constructora SCA. c. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”, *Rev. Fallos* 316:1669, *Rev. JA* 1993-IV-472 (considerando 4, párrafo 2).

⁽⁹⁹⁾ CSJN, 11/07/1996, “S.A. Energomachexport c. Establecimientos Mirón SAICIFA”, *Rev. Fallos* 319: 1287 (considerando 5).

- En voto individual, en “Meller”, Belluscio señaló: “Que corresponde precisar la doctrina del Tribunal, interpretada por el señor Procurador General de la Nación en el dictamen que antecede en el sentido de cerrar todo acceso a la revisión judicial, incluso a la vía extraordinaria del control de constitucionalidad. Ello se desprendería del régimen especial que rige las funciones del Tribunal Arbitral de Obras Públicas de la Nación, que es, sin duda, un organismo administrativo dotado por la ley de facultades *jurisdiccionales*”.⁽¹⁰⁰⁾
- También en voto individual, en “Rocca”, el ministro explicó: “Que ... aun cuando el arbitraje sea un procedimiento de solución de controversias de origen contractual, *es jurisdiccional por su función y por la especial eficacia que el derecho otorga a sus efectos*, por lo que las tareas que realizan los árbitros no guardan relación con las ejercidas por abogados y procuradores que defienden los intereses individuales de las partes. Los *árbitros realizan funciones materialmente jurisdiccionales* de modo tal que, de perseguirse una asimilación con otra figura prevista en el ordenamiento jurídico, correspondería hacerlo, en principio, con la del juez o, a los fines remuneratorios, con la del conjuer, habida cuenta del carácter transitorio con que tanto éste como aquéllos ejercen la función materialmente jurisdiccional”; “En este supuesto la tarea encomendada agrega a la *naturaleza jurisdiccional de la misión del árbitro*, los aportes de una ciencia en la cual el sujeto elegido es especialmente versado”.⁽¹⁰¹⁾
- En otro voto individual, en “YCF”, Belluscio puntualizó: “Que en efecto, la función desempeñada por el árbitro y sus colaboradores inmediatos no guarda relación directa con aquella ejer-

⁽¹⁰⁰⁾ CSJN, 05/11/2002, «Meller Comunicaciones S.A. UTE c. Empresa Nacional de Telecomunicaciones», *Rev. La Ley* 2003-B-906, *Rev. ED.*, 204-314 (voto particular del Dr. Belluscio, considerando 7).

⁽¹⁰¹⁾ CSJN, 31/05/1999, “Rocca, J. C. c. Consultara S.A.”, *Rev. Fallos* 322:1100 (voto particular del Dr. Belluscio, considerandos 2 y 5).

cida por los profesionales intervinientes en defensa de los intereses individuales de las partes. Ello es así pues, a diferencia de éstos, *los árbitros ejecutan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional* de modo tal que, de perseguirse una asimilación con otra figura prevista en el ordenamiento jurídico, ella sólo pueda ser la del juez o, eventualmente, y a los fines remuneratorios, la de los conjueces, habida cuenta el carácter transitorio con que tanto uno como otros ejercen la función materialmente jurisdiccional”.⁽¹⁰²⁾

Razonando en esa línea, podemos decir que si la posibilidad de plantear cuestiones de constitucionalidad es a tal punto inherente a la naturaleza de los procesos jurisdiccionales, siendo el arbitraje un proceso que reviste esa condición, no puede impedirse a los árbitros que se pronuncien sobre la cuestión. En otras palabras: si los árbitros ejercen jurisdicción (lo cual a esta altura no se discute) es evidente que no puede privárseles de la atribución de declarar la inconstitucionalidad de una norma.

5. CONCLUSIONES

La articulación de cuestiones de constitucionalidad en el curso de un proceso arbitral concita una serie de interrogantes.

El primero se refiere a la arbitrabilidad de estas pretensiones: es razonable indagarse si el solo planteo de la cuestión provoca la incompetencia material de los árbitros: ¿pueden los árbitros continuar interviniendo, o deben resignar su jurisdicción y remitir el caso a los órganos judiciales? La existencia de principios y reglas interpretativas que se han desarrollado en torno a la arbitrabilidad objetiva o material de cuestiones de orden público permite concluir, sin esfuerzo, que la competencia de los árbitros no se ve afectada por la inconstitucionalidad que una de las partes postula respecto de al-

⁽¹⁰²⁾ CSJN, 11/11/1997, “Yacimientos Carboníferos Fiscales”, *Rev. JA* 1999-I-51 (voto particular del Dr. Belluscio, considerando 16).

guna norma legal.⁽¹⁰³⁾ En el caso en análisis, la privación de jurisdicción al tribunal arbitral no sólo resultaría prematura, sino que podría inclusive resultar injustificada. Si, por vía de hipótesis, se advirtiera luego que la norma que se reputa contraria a la Constitución no era aplicable al caso, el desplazamiento de los árbitros habría resultado del todo innecesario.

Despejado el primer interrogante, puede presentarse otro, ciertamente más complejo: ¿pueden los árbitros declarar inconstitucional una ley, o esta es una materia reservada exclusivamente al Poder Judicial? En nuestra opinión, no existe norma o principio alguno, en el derecho argentino, que impida a los árbitros efectuar esa declaración. Los árbitros ejercen una función materialmente jurisdiccional, que implica reconocer en su cabeza la atribución –en su doble sentido, de facultad y deber– de resolver las controversias que las partes le someten. Si para ello es necesario efectuar un control de compatibilidad de una norma con la Constitución, la cuestión cae, sin lugar a dudas, dentro del ámbito de su poder decisorio. La duda sobre la legitimidad constitucional de la ley no es distinta de otros problemas que surgen en el itinerario lógico del juez a fin de arribar a una decisión jurídicamente correcta.

Los árbitros *iuris*, cuya misión esencial es decidir la controversia conforme a derecho, no sólo están autorizados a declarar la inconstitucionalidad de una disposición de rango inferior que se opone a la Ley Fundamental, sino que están obligados a hacerlo, pues la Constitución está en la cúspide del sistema jurídico: La norma constitucional forma parte del derecho que debe ser aplicado por los árbitros, y estos –como cualquier juez– están obligados a interpretar la ley según la Constitución. La situación no es diferente en el caso de los árbitros de equidad: al estar habilitados para no aplicar

⁽¹⁰³⁾ “El orden público no es una materia en sí misma a incluir o excluir de la arbitrabilidad objetiva o competencia de los árbitros en razón de la materia, sino una característica de ciertas normas cuya constatación debe hacer el intérprete que debe aplicarlas”. BIANCHI, Roberto A., “Competencia arbitral para decidir sobre la constitucionalidad”, *Rev. JA* 2003-IV-75.

una norma que, a su juicio, no conduzca a una solución equitativa, también podrán dejarla de lado si la encuentran incompatible con la Constitución.

Estas conclusiones, naturalmente, no pueden ser extendidas en forma automática a cualquier sistema jurídico, dada la diversidad de sistemas de control constitucional. Pero, por las características del nuestro, la solución que propiciamos es perfectamente posible: el carácter difuso –no centralizado– del control constitucional y el limitado efecto que produce una declaración de inconstitucionalidad (exclusivamente *inter partes* y en el proceso en que se emite) impiden que esa decisión arbitral cause agravios al sistema legal.

Como reflexión final, nos parece oportuno señalar que nuestra interpretación no es solitaria (tampoco es original). La doctrina, en forma unánime, se ha pronunciado en el mismo sentido. Y aun la jurisprudencia de nuestros tribunales, que en ocasiones hemos criticado por su falta de comprensión respecto de la institución del arbitraje,⁽¹⁰⁴⁾ ha receptado la misma solución. Aunque toda cuestión jurídica es opinable y cualquier interpretación en contrario puede hallar fundamentos, pareciera que, en la Argentina, el tema objeto de este trabajo es “cosa juzgada”.

⁽¹⁰⁴⁾ Hemos criticado la jurisprudencia que interpreta restrictivamente el alcance de las cláusulas arbitrales, en CAIVANO, Roque J.: “Jurisdicción arbitral y control judicial, con referencia al arbitraje societario”, *Cuestiones Actuales de Derecho Empresario, en homenaje al profesor consulto Dr. Víctor Zamenfeld*, Errepar, julio de 2005, pp. 121-154. Hemos criticado, también, la apertura exagerada de las vías de control judicial contra los laudos, en CAIVANO, Roque J.: “Alcances de la revisión judicial en el arbitraje. (Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Argentina *in re* Cartellone)”, *Rev. Brasileira de Arbitragem*, Año II, N° 5, enero-marzo de 2005, pp. 159-192.

ENEMIGOS ÍNTIMOS. EL ARBITRAJE Y LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ (*)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El problema práctico detrás de la arbitrabilidad de los contratos administrativos: los límites privados al poder público. 3. La desestatización de la Justicia en las relaciones entre los particulares y el Estado. 4. La inmunidad soberana y la teoría de los actos de Estado. 4.1. La doctrina de la inmunidad soberana. 4.2. La doctrina de los actos del Estado. 5. El Arbitraje de los Contratos Administrativos sobre Adquisición y Contratación de Bienes y Servicios. 5.1. La arbitrabilidad de los contratos de adquisiciones y contrataciones de bienes y servicios. 5.2. La cláusula Calvo. 6. El Arbitraje de los Contratos Administrativos de Inversión. 6.1. La arbitrabilidad de los contratos sobre inversiones. 6.2. El Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (CIADI). 6.2.1. Alcances, objetivos y particularidades del CIADI. 6.2.2. Carácter voluntario del CIADI y la renuncia a la protección diplomática. 6.2.3. ¿Qué materias pueden ser objeto de arbitraje en el esquema CIADI? 6.2.4. El arbitraje sin convenio arbitral: Legislación interna, los BITs y los Tratados multilaterales. 6.2.5. La cláusula de la nación más favorecida. 6.2.6. Problemas de ejecución de laudos y decisiones arbitrales. 6.2.7. Conflicto entre un tratado y un convenio arbitral. 6.3. La discriminación a favor de los extranjeros. 7. Conclusión.

(*) Socio del Estudio Bullard, Falla, Ezcurra & Rivarola Abogados.

Quiero agradecer sinceramente a los Doctores Juan José Ruda y Fernando Cantuarias sus valiosos comentarios y aportes durante la elaboración del presente trabajo, sin escatimar compartir su tiempo y sus conocimientos. A Fernando Cantuarias le agradezco, además, la generosidad de compartir el borrador de su nuevo libro sobre arbitraje, próximo a publicarse, y que me permitió acceder no sólo a valiosa información sino a sus bien elaboradas y sustentadas opiniones, autorizando, además, el incluir en esta publicación un adelanto de las mismas. Deseo agradecer, adicionalmente, a Fernando de la Flor por su colaboración durante la investigación realizada para su elaboración.

1. INTRODUCCIÓN

El arbitraje comercial y el Derecho Administrativo han sido tradicionalmente vistos como ocupantes de las antípodas, uno respecto del otro, a nivel tal que se les ha llegado a considerar enemigos. Parecieron, por décadas, instituciones imposibles de juntar. Pero hoy las cosas están cambiando radicalmente.

El Derecho Administrativo es tradicionalmente percibido como la esencia del Derecho Público, como aquella parte del ordenamiento legal que se constituye, precisamente, en la máxima expresión de las facultades de un Estado para actuar sobre los individuos, incluso imponiéndole decisiones en contra de la voluntad de estos últimos. El Derecho Administrativo es entonces visto como el canal de realización del interés público, aquel que debe desplazar al interés privado cuando se encuentran uno con el otro.

Por su lado, el arbitraje comercial ha sido considerado como un tema entre privados. Es más, es quizás la parte más privada del Derecho Privado, una diseñada y que opera en la práctica como un mecanismo de emancipación de los pactos individuales de pesadas reglas imperativas que en nombre del orden público limitan lo que las partes pueden hacer. Para nadie es un secreto que los árbitros suelen ser más flexibles que los jueces para liberar los pactos privados de normas que limitan la autonomía privada. Ya es una institución incómoda para otras ramas del Derecho como ocurre con el Derecho Procesal e, incluso, en ocasiones, con el mismo Derecho Civil. De hecho, no hemos sido ajenos a la resistencia de los procesalistas a aceptar pacíficamente diversas expresiones de la libertad de regulación de las partes para resolver sus controversias vía arbitraje y a no pocos esfuerzos por demostrar que el Derecho Procesal es supletorio a las normas arbitrales y que, como tal, debe auspiciarlo y cuidar al arbitraje como el hermano mayor cuida al menor frente a su falta de experiencia.

Pero el arbitraje se ha resistido con decisión a que su naturaleza sea percibida como la de un apéndice del Derecho Procesal y, como veremos en el presente trabajo, viene conduciéndonos precisamente al camino contrario, en el que los sistemas arbitrales comien-

zan a ser dominantes de los esquemas procesales tradicionales, llegándose a que sean ahora los árbitros los que en más de una ocasión someten a los jueces.

En esas circunstancias el encuentro del arbitraje comercial con el Derecho Administrativo ha generado reacciones aún más radicales. ¿Cómo explicar que árbitros privados puedan resolver asuntos que atañen al interés público? ¿Puede el Estado renunciar a su inmunidad soberana y aceptar que las controversias derivadas de los contratos administrativos que celebra, y que afectan el uso de recursos públicos, sea decidido por un tribunal arbitral privado, sustrayendo el tema del conocimiento de las Cortes ordinarias? ¿Cómo explicar el reforzamiento de la autonomía privada en una rama como el Derecho Administrativo que ha basado su existencia en la exigencia de un trato favorable y privilegiado al contratante estatal? Pero aún más ¿Cómo explicar que decisiones propias de las funciones exclusivas del Estado, de actos estatales por definición, como las potestades tributarias, regulatorias o cambiarias, puedan quedar sujetas a la revisión de un Tribunal arbitral que pueda calificar una decisión estatal dada dentro de las facultades que la Constitución y las leyes del país han definido como ilegítima?

El encuentro aparece, entonces, como uno «*contra natura*», en el que las cosas son puestas al revés y la soberanía del Estado y sus potestades públicas, quedan sometidas a un sistema privado de solución de controversias. Entramos, así, a un mundo en el que lo público queda sometido a lo privado, uno donde la soberanía privada somete a la soberanía pública, con todo lo que ello pueda significar.

Entonces se alzan voces que reclaman regresar las cosas a su sitio, devolverle al Estado la soberanía perdida y regresar a ámbitos en los que lo público quede sometido a lo público... y lo privado también.

Las reacciones se han exacerbado conforme se ha «contractualizado» más el Derecho Administrativo. Y el Estado no se ha limitado a participar en contratos como un simple vendedor o comprador de bienes y servicios, en los que, sin perjuicio de sus facultades públicas, entra a contratar, con privilegios y asimetrías, con

los particulares. Desde la construcción de obras (públicas o no), adquisición de bienes y contratación de servicios y venta de bienes y servicios por entidades y empresas públicas, el Estado se ha vinculado contractualmente con empresas e individuos. Esto se hizo mucho más común con la ampliación de la participación del Estado en la economía, lo que forzó a un mayor volumen de contratación pública como lógica consecuencia de la «estatización» de la economía misma.

Pero luego el Estado se animó a contratar sobre aspectos que usualmente hubiéramos considerado «soberanos» y, por tanto, «no negociables». Por ejemplo, comenzó a conceder seguridades a la inversión, sea por medio de contratos de estabilidad o garantía, o mediante contratos de concesión, muy comunes, pero no exclusivos, de la prestación de los servicios públicos, en los que se contractualizaban reglas vinculadas a aspectos regulatorios (contratos que suelen contener regímenes tarifarios, regímenes de calidad de servicio o compromisos de inversión, etc.), regímenes cambiarios y de remesa de divisas, e incluso reglas tributarias.

La consecuencia natural de la contractualización de estos aspectos es su «arbitrarización». Así, si el Estado puede contratar sobre estos aspectos, ¿qué lo excluiría de someterlos a arbitraje? Y entonces se abre la puerta del arbitraje comercial a lo más «íntimo» de la actividad pública. La «privacidad» de lo público es entonces violentada por la mirada fisgona del arbitraje privado. Lo que antes estaba reservado a la mirada pudorosa de los funcionarios del Estado, únicos autorizados a decidir sobre la cosa pública, aparece desnudo frente a árbitros que, sin tener la categoría de funcionarios, deciden el destino de esa cosa pública. Y, por tanto, los funcionarios públicos, y de paso más de un administrativista, se sienten «vejados».

Finalmente, ni siquiera la «contractualización» marca el último límite. Han aparecido una serie de tratados internacionales que han ido incluso más allá de lo imaginable para un fanático del arbitraje. Estos tratados nos traen el «arbitraje sin convenio» («*arbitration without privity*»), en el que el Estado queda sujeto a un sistema arbitral sin firmar cláusula arbitral con el inversionista que lo solicita, simplemente porque un tratado le abre esa puerta. El caso más cono-

cido es el del sistema CIADI que permite, a través de los llamados Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (en adelante BITs), que un inversionista que se sienta afectado por un acto del Estado reclame arbitralmente la responsabilidad que corresponde. Así, habrá contratos administrativos, incluso contratos de concesión, cuyas controversias serán arbitrables, a pesar de que dichos contratos carezcan de cláusula arbitral. O más aún, se arbitrará con el Estado a pesar que no exista ni siquiera un contrato.

Las reacciones en contra, como anotábamos, no se han hecho esperar, y tienen los signos más diversos. Sin embargo, la mayoría (sino todas las críticas) parten de una serie de premisas que vamos a analizar en el presente trabajo. Estas son:

- Los sistemas de solución de controversias son, por definición, públicos. Sólo por delegación del Estado es posible recurrir a un sistema privado. Ello porque la «jurisdicción natural» es siempre estatal. La solución privada de controversias es, por tanto, derivada, no originaria. Y el Estado sólo deriva su jurisdicción como excepción, no como regla. Por ello, delegar decisiones naturalmente públicas es antinatural.
- La soberanía del Estado le concede la facultad de hacerse inmune frente a la pretensión de sujetarse a un mecanismo de solución de controversias distinto a su propio sistema estatal nacional. Toda renuncia a ello es, por tanto, también antinatural.
- Sin perjuicio de la inmunidad soberana, la propia naturaleza del Estado convierte los actos que constituyen la esencia de su ser, los llamados actos de *ius imperium*, en actos ajenos a cualquier sistema de solución de controversias distinto a la natural jurisdicción estatal propia. Así, incluso si el Estado no pudiera argumentar una inmunidad general, por lo menos debe aceptarse una protección a los actos de Estado como actos que puedan ser juzgados por otro Estado y menos aún por un sistema privado como el arbitraje.

Veremos cómo estas premisas son erradas, tanto desde el punto de vista práctico, como desde el punto de vista teórico. Esto significa

que no son solo jurídicamente refutables, sino que si no encontramos la forma de hacerlo, los Estados y, sobre todo sus ciudadanos, soportarán consecuencias negativas que todos queremos evitar. Por ello, la determinación de la arbitrabilidad de las controversias derivadas de contratos administrativos (y de actos estatales en general) no es solo un problema teórico, sino un problema práctico que requiere de soluciones que den seguridad a la inversión que nuestros países necesitan. Sin esa inversión, el crecimiento y el desarrollo se verán lastrados.

El espacio disponible impone una serie de límites al presente trabajo, el que no tendrá el detalle ni la profundidad que la complejidad y novedad del tema merecen.⁽¹⁾ Hemos decidido concentrarnos principalmente en la problemática del arbitraje internacional, por ser el que contiene los aspectos más interesantes y las evoluciones más innovadoras, en especial en los últimos años. Ello no impide hacer algunas referencias al arbitraje doméstico o trasladar muchas de las conclusiones a las que se arribe a este último tipo de arbitraje. Veremos que, curiosamente, los extranjeros tienen hoy un trato más favorable que los nacionales en relación al arbitraje, porque, por paradójico que suene, no han podido liberarse de muchos de los prejuicios de los que el arbitraje internacional ya liberó a los inversionistas extranjeros.

Asimismo, con algunas excepciones que han significado la inclusión de ejemplos, no haremos mayores referencias a las legislaciones y marcos legales nacionales. Sólo una reseña breve de la situación de cada país de la región merecería un libro completo. Por ello, vamos a abordar la problemática del arbitraje en los contratos admi-

(1) Sin embargo, existe un libro actualmente en elaboración por parte del experto peruano en arbitraje, Fernando Cantuarias, quien tuvo la gentileza de cederme su borrador para usarlo como referencia del presente trabajo, y que tiene un tratamiento tremendamente detallado, sistemático y profundo sobre el tema del arbitraje en general. Sólo para dar una idea de la magnitud de su trabajo, el Capítulo referido al arbitraje entre el Estado y los particulares tiene más de 400 páginas. Dado que aún dicho trabajo no tiene título, se le citará como *Borrador Libro de Arbitraje* y las páginas corresponderán a las del borrador del Capítulo 7 referido al arbitraje del Estado.

nistrativos desde una perspectiva más general. Sin embargo, el lector debe estar advertido que el traslado de las conclusiones a las que se llega en este trabajo deben ser «tropicalizadas» con la realidad legal de cada país.

Finalmente, incluso desde el punto de vista de los sistemas internacionales de arbitraje, nos hemos concentrado en la experiencia del CIADI, el que por su riqueza y particularidades merece un tratamiento más detallado y que ilustra el asombroso camino que el arbitraje está tomando para ir convirtiéndose en una herramienta de reestructuración de un orden jurídico internacional, que lo lleva casi a convertirse en una suerte de sistema de cortes supranacionales, y que está remeciendo las bases mismas del Derecho Administrativo.

2. EL PROBLEMA PRÁCTICO DETRÁS DE LA ARBITRABILIDAD DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: LOS LÍMITES PRIVADOS AL PODER PÚBLICO

El Derecho Administrativo es justamente percibido como el mecanismo público de poner límites a la acción privada. Usualmente, el principio de autonomía privada encuentra en lo administrativo «aguas espesas» para nadar. Ello en el entendido que el Derecho Público es la herramienta por la que el bien común es tutelado de los posibles excesos de los intereses particulares.

Pero el Derecho Administrativo no es otra cosa que la cara legal del funcionamiento del sistema político. De la misma manera como los mercados producen bienes privados, la democracia produce bienes públicos. Las reglas de la contratación y propiedad privada, recogidas en el Derecho Civil y en el Derecho Comercial, son el paradigma del funcionamiento del sistema de producción de bienes privados. Mientras tanto el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo, al definir las facultades del Estado y su relación con los particulares, articulan el sistema de producción de bienes públicos encargado a la democracia que sustenta al Estado mismo.

El problema principal surge en quién pone los límites entre lo que el Derecho Administrativo puede hacer y lo que las ramas del

Derecho Privado pueden hacer. Usualmente, entendemos que en caso de conflicto lo público prima sobre lo privado. Pero ello no es siempre cierto. Es cierto que cuando se toman decisiones en defensa del interés público es posible que el Derecho Público prime sobre lo privado. Entonces encontraremos que la propiedad privada debe ceder ante la facultad del Estado de expropiar un predio para la construcción de una obra de utilidad pública, o la libertad de contratación debe ceder ante la facultad de un ente regulador de fijar tarifas en una industria que constituye un monopolio natural.

Pero nótese que esos casos son excepcionales y requieren una serie de requisitos particulares que no solo aconsejan, sino que imponen límites a la acción estatal. Entonces aparecen reglas que protegen un conjunto de derechos individuales básicos, a los que normalmente el propio Derecho Constitucional le da la característica de «derechos fundamentales». Usualmente, el encuentro entre el Derecho Público y la expresión jurídica de estos derechos fundamentales (entre los que se incluyen justamente la propiedad y la libre contratación) se resuelve a favor del derecho individual.

En ese sentido, no es posible que esos derechos básicos puedan ser «derogados democráticamente». Si la mayoría decidiera que tales derechos son incómodos porque, por ejemplo, no permiten combatir de manera efectiva al terrorismo, o afectan la gobernabilidad, o impiden la construcción de una obra pública, no aceptamos que tal derogación pueda ocurrir. Para evitarlo sujetamos a la democracia a un control jurídico de manera que las mayorías no puedan afectar los derechos individuales y encargamos su protección a un sistema más tecnocrático (o aristocrático, según como se le mire), como el Poder Judicial o Tribunales Constitucionales. Si bien los Tribunales están sujetos a una serie de controles democráticos, lo cierto es que los sistemas de nombramiento y de remoción tratan justamente de aislar la designación de sus miembros de presiones «excesivamente democráticas», buscándose más técnicos en leyes que políticos para estas decisiones.

Al igual como ocurre con los derechos que permiten el funcionamiento de la democracia, los derechos que permiten el funciona-

miento del mercado tampoco pueden ser «derogados democráticamente». No es admisible que en un barrio los vecinos organicen una Asamblea para decidir si se confisca mi casa, la demuelen y la convierten en parque. Evidentemente todos (salvo yo mismo) votarán para dejarme sin casa, y apoyarán una confiscación. Bajo tal regla, los incentivos de «confiscaciones democráticas» por parte de las mayorías no tendrían límites. Ello explica el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales y la existencia de instancias que justamente evitan que estos derechos puedan ser «sustraídos» de sus titulares individuales por decisión mayoritaria (es decir, decisión estatal legitimada por elección democrática). Para ello, acudimos a las mismas «aristocracias» ya mencionadas, es decir, las Cortes Ordinarias o Tribunales Constitucionales y, en ocasiones, órganos administrativos que justamente le ponen límites al propio Gobierno en su facultad de usar su representatividad democrática como herramienta de afectación de derechos. En pocas palabras, el poder democrático está sujeto a límites que evitan que aparezca una dictadura de las mayorías (que, en realidad, suelen ocultar la dictadura de minorías con capacidad de acceder o influir la decisión estatal).

Así, las cortes y tribunales buscan impermeabilizar las decisiones legales de presiones políticas a fin de tutelar los derechos individuales. Es por ello que son las cortes y tribunales los llamados a proteger derechos como la propiedad, la libertad de comercio o la libre contratación.

El problema que estamos reseñando se hace aún más complejo en aquellas áreas en las que el Estado interactúa contractualmente con los particulares. Cuando el Estado compra o vende o concede un servicio para que un particular lo explote, la tentación de usar su otra cara, la distinta a la del contratante, es decir, la dibujada con el pincel del *ius imperium*, se exagera y la experiencia histórica así lo demuestra. El Estado es el único contratante que puede cambiar las propias reglas que acordó con su primera cara usando su segunda cara. Concede y cuando consigue la inversión que requería puede intentar expropiar. Pacta una tarifa para un servicio pero luego usa a un regulador para reducirla o crear exigencias que no estaban en el contrato. Y los ejemplos para ilustrar este punto lamentablemente sobran.

Sin Cortes concientes y efectivas en el cumplimiento de su función, las «tentaciones» de una democracia mal entendida toman fuerza. Los jueces son elegidos (al menos en teoría), antes que por su simpatía con una determinada posición política o por su capacidad para obtener votos del pueblo, por su conocimiento técnico y legal y por su integridad, y sus nombramientos suelen ser protegidos, por distintos mecanismos, de los excesos de la presión democrática. Rara vez son elegidos directamente por el pueblo y las Constituciones y regímenes legales les suelen pedir requisitos adicionales (edad, experiencia, pasar por concursos o entrevistas, etc.) a simplemente ser populares. No es deseable que los jueces respondan al poder político y de hecho apreciamos en ellos, como virtudes, su autonomía e independencia, que incluye su autonomía e independencia de lo que puedan querer las mayorías. Esto implica que deberían tener por rol evitar que el sistema, al ser víctima de las «olas» democráticas de moda, arrastre tras de sí el paquete de derechos básicos que el propio sistema necesita. Son las Cortes las llamadas a evitar que la democracia se convierta en una dictadura de las mayorías.

El rol de estos cuerpos «aristocráticos» es, además, el de poner límites y trazar la raya entre quién debe tomar las decisiones de producción de bienes públicos y quién la de bienes privados. Cuando las Cortes protegen el interés público, por ejemplo, de los excesos en la libertad de empresa, están en realidad impidiendo que el mercado produzca o afecte los bienes públicos. Por otra parte, los jueces se encargan de proteger la propiedad o el derecho de contratación de los excesos regulatorios y velan porque la propiedad no pueda ser confiscada sin el pago de una compensación adecuada. Al hacerlo impiden que el sistema público determine la producción de bienes privados. Son ellos los que le ponen límites a la democracia.

La ley puede decir quién es propietario de qué, pero son las Cortes las que ponen los hitos que definen los límites de mi derecho en la práctica. En los países en los que tanto la democracia como el mercado funcionan razonablemente, tenemos Cortes que han establecido límites meridianamente claros entre lo público y lo privado, incluyendo la protección de lo privado de las presiones democráticas de tomarlo para el beneficio de lo común.

Estas «aristocracias» encargadas de velar por el balance entre la democracia y los derechos individuales, están lamentablemente muy desprestigiadas en el Tercer Mundo y, en particular, en Latinoamérica. La falta de poderes judiciales confiables convierte el balance entre democracia y derechos individuales en, paradójicamente, un desbalance. Los límites entre lo privado y lo público se vuelven tenues, o incluso inexistentes. Y un derecho individual comunal es un contrasentido. El resultado es una mala división entre el sistema de producción de bienes públicos y el de bienes privados, lo que genera, por un lado, desincentivos a la inversión y al desarrollo económico y, por el otro, la toma del poder por intereses económicos (mercantilismo y corrupción).

Una primera consecuencia (positiva) de esta incertidumbre ha sido la «contractualización de lo público». Países hambrientos de inversión se han visto en la necesidad de generar la confianza que sus Cortes no pueden generar, asumiendo compromisos contractuales que involucran incluso sus facultades públicas. Es decir, han tenido que aceptar «privatizar lo público».

El asunto tomó dimensiones inimaginables durante los procesos de privatización en Latinoamérica en los 80s y 90s. Esos procesos marcaron formalmente un cambio radical en la titularidad de los medios de producción, que pasaron masivamente de manos estatales a manos privadas. Así, la privatización intentó colocar la producción de bienes privados en el mercado y sólo dejar en el Estado el sistema de producción de bienes públicos, aunque los resultados finales fueron bastante insatisfactorios para lograr este fin, pues en la mayoría de casos la privatización se quedó a medio camino.

Sin embargo, de nada sirve pasar una propiedad pública mal definida a una titularidad privada igualmente mal definida. El resultado es un sistema inconsistente e inseguro, que no es ni un buen sistema de producción de bienes privados ni un buen sistema de producción de bienes públicos. Privatizar sin límites entre lo privado y lo público no es privatizar en el verdadero sentido de la palabra.

En muchos países de Latinoamérica la debilidad de las Cortes no ponía a la vista de los potenciales inversionistas garantías de que

sus derechos serían respetados. La sensación era especialmente peligrosa en áreas política y socialmente sensibles como los servicios públicos (telecomunicaciones, energía, agua y saneamiento y transporte), cuya privatización era urgente y necesaria, pero donde la tentación democrática de intervenir en los derechos de los inversionistas es mucho mayor. Para nadie es un secreto que los políticos latinoamericanos, y en especial los congresistas, creen que su rol es determinar las tarifas de tales servicios de manera directa o regular por leyes aspectos técnicos sumamente especializados. Con ello, los derechos de los inversionistas quedaban sujetos a los vaivenes del interés de los políticos por aumentar su popularidad a cambio de tomar por asalto derechos individuales adquiridos de las empresas. Y no se percibía un Poder Judicial capaz de frenar los excesos que se puedan producir.

Esta circunstancia condujo a la creación de una serie de «sustitutos» a un Poder Judicial confiable. Dado que reformar al Poder Judicial parece tan difícil y toma tanto tiempo, las privatizaciones parecen no poder esperar. Había que crear mecanismos alternativos para generar confianza. Así, se renuncia o se difieren las reformas judiciales, y se pone énfasis en la creación de diversos mecanismos destinados a limitar las presiones del sistema político sobre los agentes económicos.

Estos «sustitutos» son usualmente calificados de «antidemocráticos» (o, lo que es lo mismo, «contrarios al interés público») porque quienes velan por los límites no tienen origen ni control democrático o lo tienen muy tenue. Sin embargo, habría que preguntarse si justamente su mérito está en mantener autonomía de la presión democrática ¿Cuáles son estos sistemas?

Uno primero fue la creación de agencias administrativas para resolver temas económicos, sustituyendo, en buena parte, a las Cortes en la labor del día a día en ese tema. Estas agencias, centralmente agencias *antitrust* y reguladores sectoriales, cuentan con más recursos, mejor personal y mejor capacitación de la que cuentan las Cortes ordinarias, creando una curiosa paradoja en la que quienes controlan los actos de estas agencias (es decir, las Cortes) ganan menos y tienen menos recursos que aquellos a quienes controlan.

La razón de crear estas agencias es darle al inversionista la sensación que existe una «nueva aristocracia», técnica y especializada, encargada de ponerle límites a la presión democrática de reducir los derechos de los individuos y de las empresas.⁽²⁾ Y, de hecho, en muchos países estas agencias gozan de una percepción más positiva en términos de confiabilidad que aquella de la que gozan las Cortes ordinarias.

Lo curioso es que esta renuncia a mejorar el sistema judicial nos lleva a la absurda situación de colocar «al gato del despensero», es decir, a la autoridad política (estas agencias suelen ser parte del Poder Ejecutivo) como el controlador de los excesos de los políticos sobre la estructura de los mercados. Si bien los resultados en el corto plazo parecen alentadores, en el largo y mediano plazo estas agencias suelen sufrir presiones para ser capturadas tanto por los regulados (empresas) como por los políticos, con lo que la distinción entre lo público y lo privado termina por desvanecerse.

Quizás el caso más claro de sustituto de un Poder Judicial confiable es la aparición de los llamados Convenios de Estabilidad o Contratos Leyes, que conceden a las empresas inmunidad frente a cambios legislativos o regulatorios. El Estado renuncia mediante estos mecanismos a cambiar la Ley. Así, de darse un cambio de la Ley en perjuicio de la empresa, dicho cambio no será oponible a quien cuenta con un convenio de estabilidad. Con ello se acepta que la democracia no puede cambiar las reglas de manera intempestiva, y afectar así a los particulares.

Durante los años 80s y 90s se desarrolló todo un complejo régimen legal en muchos países de la región, que protegía estos contratos, en los que las empresas garantizaban una inversión a cambio de que el gobierno les garantizara que las reglas de juego no cambia-

(2) Es importante anotar que es común en Latinoamérica que estas agencias no sólo investigan los casos, sino que sustituyen al Poder Judicial y los resuelven directamente. Si bien sus decisiones son revisables en el fuero judicial, la verdad de la historia es que se crean diversos mecanismos para hacer difícil que estas decisiones sean revisables judicialmente.

rían. Este sistema tiene fundamento, por ejemplo, en la propia Constitución peruana, que establece en el segundo párrafo del artículo 62 que «*Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, (...)*».

Bajo tal sistema los inversionistas podrían celebrar convenios de estabilidad jurídica inmodificables por Ley, garantizando que no se modificaría el régimen tributario, la estabilidad del régimen de libre disponibilidad de divisas y el derecho a la no discriminación entre inversionistas. De ser modificado alguno de estos regímenes, su cambio no afecta a la empresa que goza de convenio. Es interesante ver cómo el Estado, en aras de generar la estabilidad del sistema, renuncia, incluso, a ejercer su poder de modificar la Ley.

¿Es tal renuncia antidemocrática por el mero hecho de que el Estado está cerrando la puerta a que nuevas corrientes de opinión en los votantes puedan modificar los derechos adquiridos? De alguna manera se protegen los derechos individuales de la empresa, convirtiendo el derecho a la no modificación de la Ley en un derecho individual derivado de un contrato.

Pero estos sistemas desembocan finalmente en el tema que es objeto de este trabajo. De nada sirve el reconocimiento de un derecho si no hay mecanismos efectivos para hacerlo cumplir. No sirve decir que el Estado se comprometió contractualmente a algo si es que cuando acudimos a una Corte para exigir lo pactado esta desconoce el pacto o lo hace inefectivo. Y en temas de reconocimiento de las renunciaciones del Estado a cambiar las leyes, las Cortes domésticas suelen mostrarse escépticas.

Nótese la similitud de la situación con la que ha impulsado el desarrollo del arbitraje entre privados. Se suma la necesidad de exigir derechos con la desconfianza en las Cortes para hacerlo. El resultado fue someterse a Cortes pactadas por ambas partes. Y eso es exactamente lo que ocurrió con el Estado. Tuvo que ir al arbitraje para restituir la confianza que los poderes judiciales no les otorgaban. Como bien dicen Craig, Park y Paulsson refiriéndose en este caso al arbitraje internacional, pero en palabras que son perfectamente aplicables también al arbitraje nacional:

«El arbitraje comercial internacional es usualmente el único proceso adjudicatorio aceptable para ambas partes en los contratos con el Estado. El Estado buscará arbitraje para evadir la publicidad, o evitar someterse a la Corte de un país extranjero que aparecería como una afrenta a su soberanía. La empresa multinacional puede temer que las Cortes del país anfitrión sean influenciadas indebidamente por su gobierno, o que sin una sumisión al arbitraje podría no haber certeza de la renuncia a la soberanía del Estado».⁽³⁾

Y el asunto toma dimensiones aún más dramáticas. Muchos países suscriben convenios o tratados internacionales de protección de inversiones que justamente protegen al inversionista contra modificaciones intempestivas e injustificadas del régimen legal interno aplicable, incluso sin que exista convenio arbitral entre el Estado y la empresa. Estos sistemas incluyen el sometimiento de controversias con el Estado a arbitraje internacional u otros sistemas de solución de controversias, que sacan de la esfera judicial nacional la diferenciación entre el sistema de producción de bienes privados y el sistema de producción de bienes públicos y lo trasladan a mecanismos internacionales fuera del control democrático de los ciudadanos del propio país.

Estos sistemas son mecanismos equivalentes a la creación de sistemas internacionales de protección de derechos humanos que, libres del control democrático en el país, protegen al país de su propia inmadurez para proteger ellos mismos estos derechos. Son justamente una respuesta a la debilidad que el sistema judicial tiene para fijar límites claros entre lo público y lo privado. Nos convertimos así en *free riders* de la confiabilidad de instituciones que no hemos desarrollado nosotros, como las cortes internacionales de derechos humanos.

Pero ¿son estos mecanismos efectivamente antidemocráticos o contrarios al interés público?

⁽³⁾ CRAIG, W. LAWRENCE, PARK, William W. y PAULSSON, Jan, *International Chamber of Commerce Arbitration*, Ocean Publication Inc, 3a. ed., New Cork, p. 661 (traducción libre)

Puede sostenerse que estos distintos mecanismos implican un menor control democrático de los sistemas de defensa de los derechos individuales en las relaciones con el Estado. Pero está en el centro del sistema que estos límites no respondan justamente a controles democráticos puros. De ser así, sólo duplicarían el problema de que la democracia se siente tentada a irse más allá de sus propios límites.

Pero se han convertido en formas efectivas de establecer límites privados al poder público que tiende a ejercerse de manera desmedida y arbitraria.

En todo caso, estos sistemas son simples sustitutos (quizás no los mejores) de la falta de estabilidad de reglas y de Cortes que pongan en vigencia la división entre el mercado y la democracia y los límites que los derechos individuales le imponen a la propia democracia. Sin duda, sería mejor tener sistemas jurídicamente estables y tribunales que pongan límites claros. Pero como dice el dicho «a falta de pan, buenas son tortas».

3. LA DESESTATIZACIÓN DE LA JUSTICIA EN LAS RELACIONES ENTRE LOS PARTICULARES Y EL ESTADO

En nuestros países, a las sonoras privatizaciones que en los 80s y 90s ocuparon titulares en los periódicos, ha corrido en paralelo una privatización quizás más asombrosa e inesperada. No se ha dado en procesos de licitación o subasta pública en las que se ofrecían millones por anquilosadas empresas estatales o por la celebración de contratos de concesión. Nos referimos a la privatización de la justicia estatal. Aunque es mejor no hablar de privatización sino de desestatización.

Este proceso ha privatizado una de las funciones consideradas más inherentes al Estado, es decir, la de administrar justicia, la que si bien siempre se aceptó que tenía como excepción el arbitraje, extendió sus límites para incorporar a los conflictos que surgen en las relaciones del Estado con los particulares.

Decimos que es mejor llamarla desestatización, pues, contra la creencia popular, la justicia no nació como una institución pública o

estatal, sino como una institución privada, que fue posteriormente estatizada a través del ejercicio del poder estatal. Este proceso se ha expresado en una continua competencia entre los mecanismos públicos y los privados de solución de conflictos, competencia en la que, en un verdadero acto de competencia desleal, la justicia estatal usó la ventaja de poder cambiar las reglas de juego, reducir la arbitrabilidad de controversias, y pretender hacer aparecer al arbitraje, a la mediación y a la conciliación como formas derivadas de justicia, existentes sólo porque el Estado otorgaba graciosamente una suerte de concesión a los particulares. Pero la historia contradice esa visión.

Las formas de justicia originarias son consuetudinarias y usan mecanismos privados como la base para resolver controversias. De hecho, la estatización de la justicia es un proceso relativamente reciente, ocurrido hace unos siete u ocho siglos.⁽⁴⁾

Como bien señala Benson, refiriéndose a la evolución del Derecho Mercantil en Inglaterra precisamente como un ejemplo de justicia privada:

«Aunque el Derecho consuetudinario anglosajón iba cediendo terreno al Derecho autoritario, el desarrollo de los usos mercantiles medievales, lex mercatoria o Derecho Mercantil, desmonta el mito de que el Estado debe definir y hacer cumplir las reglas de juego. El Derecho Mercantil se desarrolló al margen de trabas políticas y fronteras, y se mantuvo alejado de la influencia de los gobernantes más tiempo que muchos otros sistemas occidentales».⁽⁵⁾

El Derecho Mercantil competía con ventaja sobre otros ordenamientos. El contrato se convirtió en la unidad básica de gene-

(4) Para un interesante y completo análisis de los orígenes privados de la justicia, su posterior estatización y su actual proceso de desestatización, revisar BENSON, Bruce L., *Justicia sin Estado*, Unión Editorial, Madrid, 2000.

(5) BENSON, Bruce L., *Justicia sin Estado*, Unión Editorial, 2000, p. 43

ración de reglas, superando a la Ley. La repetición de reglas contractuales, derivadas de la competencia libre y voluntaria entre buenas y malas reglas, condujo a la aparición de costumbres que, a su vez, se convirtieron en verdaderas fuentes de derecho. ¿Cómo podían los mercaderes encontrar las reglas más adecuadas y generalizarlas sin el respaldo del Derecho estatal? Fuller dice que la libertad de empresa y comercio nos da la respuesta. Según él los comerciantes:

«... participaron voluntariamente en los intercambios. En cuanto a la igualdad, sólo en un mercado libre es posible obtener lo más parecido a una medida exacta de valor de bienes dispares. Finalmente, los comerciantes cambian frecuentemente de papel, unas veces venden, y otras compran. Las obligaciones nacen de sus intercambios son, de esta manera, reversibles no solo en teoría, sino también en la práctica.

Esté análisis llega a la sorprendente conclusión de que solamente bajo el capitalismo pueden alcanzar su pleno desarrollo los conceptos de deber moral y legal».⁽⁶⁾

La explicación de cómo el Derecho Mercantil llega a establecer un conjunto de reglas adecuadas, aceptadas de manera general para el intercambio, es el mismo fenómeno que explica la eficiencia del intercambio libre: la competencia. Si un mercader acepta en su contrato una regla ineficiente o excesivamente costosa, perderá capacidad de competir, pues sus costos de participar en el mercado serán mayores a los de sus competidores que fueron capaces de tener una mejor regla. Ello conduce a que prefiera identificar reglas que imponen menos costos a la actividad económica generando, a su vez, confianza, lo que a su vez conduce a una uniformización contractual hacia las reglas más eficientes. De la misma manera como los consumidores escogen productos más baratos y de mejor calidad, los comer-

(6) FULLER, Lon L., *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1964, p. 24.

ciantes escogen reglas baratas de aplicar y adecuadas para el intercambio. El resultado es un paulatino y progresivo reemplazo de las reglas ineficientes o que no generan confianza, por reglas eficientes y que generan reducción de costos de transacción. Ello condujo, incluso, a que la *lex mercatoria* compitiera con éxito contra la Ley estatal.

Como dice Benson:

«El Derecho mercantil se transformó en un sistema jurídico universal a través del proceso de selección natural. A medida que los mercaderes empezaron a comerciar a través de barreras políticas, culturales y geográficas, exportaron también sus prácticas comerciales a los mercados extranjeros. Las antiguas costumbres de ámbito local que resultaron ser comunes a muchos lugares acabaron formando parte del Derecho mercantil internacional. Donde surgían problemas, las prácticas que resultaban más eficientes para facilitar el intercambio desplazaron a las que no lo eran tanto».⁽⁷⁾

Entre las prácticas comerciales que se impusieron por eficiencia a otras formas de solución de comercio apareció el arbitraje. Es realmente asombroso cómo un sistema de solución de controversias, que se basa en la constitución de Tribunales diferentes para cada caso, puede generar mayor predictibilidad que decisiones de sistemas como los judiciales ordinarios, que supuestamente están diseñados para uniformizar criterios a través del uso de recursos impugnatorios a tribunales de apelaciones.

Pero esta competencia difícilmente pudo llevar a que estos principios incorporaran al Estado, principalmente por una razón: la existencia de un monopolio. A diferencia de los comerciantes que estaban en posibilidad de elegir principios legales compitiendo entre sí, el Estado estaba en capacidad de imponer un conjunto de reglas en

⁽⁷⁾ BENSON, Bruce L, *Justicia sin Estado*, cit., 2000, p. 45, citando a TRAKMAN, *The Law Merchand*, p. 24.

base al uso de su *ius imperium*. De esa manera, la decisión estatal sobre el principio aplicable no era contestable por un principio distinto, así fuera más eficiente. El Estado tenía y usaba el monopolio de la fuerza, y con él el monopolio de la ley y de la forma de resolver conflictos.

Sin embargo, en las últimas décadas un fenómeno acaba con el monopolio: la competencia de los países por obtener inversión. Los países toman conciencia que su capacidad de imponer la ley se debilita por el hecho de que los inversionistas pueden elegir dónde invertir e, incluso, sus nacionales pueden preferir dirigir sus capitales fuera de sus fronteras. Estados necesitados de recursos no se ven sino forzados a dejarse seducir por el mismo proceso competitivo que uniformizó al Derecho Mercantil.

Notemos cómo la unidad para los intercambios de inversiones deja de ser, como en el Derecho Mercantil, la ley y se vuelve el contrato. Contratos de garantía de inversión, de estabilidad jurídica, de concesión, etc., se vuelven el mecanismo porque se empiezan a crear reglas nuevas que se van moviendo hacia estándares más adecuados y eficientes. A ello se suman la suscripción de tratados internacionales que, para fomentar las inversiones, introducen estándares aún más competitivos y que, a su vez, se uniformizan, como la producción se estandariza con el desarrollo del capitalismo. Y la sanción más temida es la misma que impulsó y sostuvo los sistemas legales consuetudinarios privados: el ostracismo y el boicot, es decir, el tratamiento de paria que hoy los inversionistas dan a los Estados que no establecen marcos legales adecuados o que, haciéndolo, los incumplen.

La aparición del arbitraje en el ámbito de los contratos administrativos es un mero subproducto de este proceso. La necesidad de mecanismos confiables e independientes, libres de los rezagos del viejo monopolio estatal de la justicia, se vuelven en la consecuencia natural de un nuevo orden en el que son los mecanismos privados los que comienzan a encargarse de la cosa pública.

Así, el fenómeno práctico que hemos reseñado en el numeral anterior nos muestra un proceso de desestatización acelerado, que ha entrado al *hardcore* de la administración de la justicia estatal (la que gira en torno al conflicto entre el Estado y los particulares). El

resultado es someter al Estado a tribunales privados, incluso en los supuestos en los que ni siquiera existe un convenio arbitral. ¿Cómo ha sido posible este fenómeno? ¿Cómo se han superado las visiones tradicionales de que corresponde siempre al funcionario público decidir sobre lo público y a los particulares simplemente someterse a tal decisión?

La respuesta a estas preguntas pasa por desentrañar aspectos como el de inmunidad soberana y la teoría de los actos del Estado.

4. LA INMUNIDAD SOBERANA Y LA TEORÍA DE LOS ACTOS DEL ESTADO

No es extraño encontrar confusiones entre la doctrina de la inmunidad soberana y la doctrina de los actos del Estado. Si bien suelen estar relacionadas, se trata de conceptos distintos.

La doctrina de la inmunidad soberana es de naturaleza subjetiva, es decir, está vinculada al sujeto estatal que invoca tal calidad para impedir el sometimiento de una controversia a un tribunal extranjero o a un tribunal arbitral, sea para que esta sea resuelta o para que la decisión a la que se ha arribado sea ejecutada de manera efectiva. A su vez, esta inmunidad puede ser entendida como inmunidad de jurisdicción, que significa que una Corte distinta a la Corte del Estado mismo pueda conocer de una controversia que involucre a este último; o inmunidad de ejecución, que implica que una decisión adoptada por una Corte no puede ser ejecutada contra un Estado por una Corte de un Estado distinto. En este último caso, por ejemplo, podría obstruirse a una Corte del país X embargar bienes de un Estado Y, así estén ubicados en el territorio del país X.

Por el contrario, la teoría del acto de Estado se relaciona con la naturaleza objetiva del tema a sujetarse al Poder Judicial o al arbitraje. En ese caso se evalúan las funciones que el Estado puede desarrollar. Algunas son consideradas indelegables o esencialmente estatales, como las facultades regulatorias, la potestad tributaria o el manejo cambiario y monetario. En esos actos, en los que el Estado actúa con *ius imperium*, se alega que no es posible que el Estado renuncie a

su facultad exclusiva, sometiéndose a un Tribunal extranjero o a la decisión de un sistema arbitral.

La relación entre ambas doctrinas es evolutiva. Inicialmente, la resistencia a someterse a una jurisdicción distinta por parte de un Estado se basaba en su naturaleza de Estado mismo, es decir, alegando que el sujeto era estatal y ello le concedía inmunidad. Sin embargo, desde finales del siglo XIX, en un proceso que se ha consolidado en las últimas décadas, nos hemos movido a una tesis más restrictiva de la capacidad del Estado de no someterse a una jurisdicción distinta a la que le es propia. Así, la ampliación continua de la acción del Estado, derivado principalmente de la idea del Estado de Bienestar y de un mayor intervencionismo estatal, llevó a una mayor participación del mismo en la economía, en actividades usualmente privadas como la actividad productiva y la comercial. Estas actividades, en las que conceptualmente no había diferencia relevante respecto a la misma actividad desarrollada por un privado, fueron contaminadas por el carácter público de uno de los sujetos de la relación (el Estado), al extremo de pretender extender la inmunidad a las mismas. Paradójicamente, la ampliación del rol del Estado condujo a la percepción que la inmunidad soberana del mismo debía ser limitada.

Ello forzó la aparición de una teoría distinta que marcaba la diferencia entre quienes sostenían la inmunidad soberana en términos absolutos y quienes lo hacen en términos restrictivos o limitados, planteando la existencia de unos actos *iuri imperii* y otros actos *iuri gestionis*. Para los adherentes de esta segunda posición, no cabría invocar la inmunidad de jurisdicción respecto de la segunda categoría de actos. Así se alejan de la simple calificación subjetiva de una de las partes, para centrarse en la naturaleza objetiva de sus actos como actos inherentes al propio Estado, es decir, actos desarrollados bajo el *ius imperium*. El resultado final de este proceso evolutivo fue la doctrina de los actos de Estado.

Si bien tanto la doctrina de la inmunidad soberana como la doctrina de los actos de Estado son invocadas con frecuencia en el arbitraje comercial internacional, el que se ha encargado de desarrollar conceptos que precisamente mediatizan los alcances de estas

doctrinas, no es extraño que la discusión se replique a nivel del arbitraje doméstico en relación a la doctrina de actos del Estado, aunque debemos reconocer que la capacidad de mediatizar los efectos de la doctrina se encuentra severamente limitada en este tipo de arbitrajes, como veremos más adelante.

Es importante tener en cuenta lo señalado por J. Gillis Wetter, quien señala:

«Sin embargo, la doctrina del acto de estado es distinguible en que se pregunta cuándo una Corte puede «sentar su decisión» sobre un acto particular de soberanía... Mientras la doctrina de la inmunidad soberana va a la jurisdicción de la corte y es un principio de derecho internacional, la doctrina del acto del estado es un principio de derecho doméstico que surge del peculiar rol que tienen las cortes».⁽⁸⁾

A continuación analizaremos, con algo más de detalle, los impactos de ambas doctrinas con la problemática arbitral.

4.1. La doctrina de la inmunidad soberana

Como ya se vio, el arbitraje suele ser utilizado para estabilizar las reglas entre una entidad estatal (con capacidad originaria de modificar reglas) y un ente privado. En ese sentido, el arbitraje ha servido como una herramienta más sólida para escapar a pretensiones de inmunidad por parte del Estado.

La doctrina de la inmunidad soberana es invocada para impedir que una corte o tribunal ejerza jurisdicción o capacidad de decidir

⁽⁸⁾ WETTER, J. Gillis, *Pleas of Sovereign Immunity and Act of Sovereignty before International Arbitral Tribunals*, p. 16. (traducción libre). Como me hizo notar Juan José Ruda, el desarrollo va ligado a la jurisprudencia estadounidense frente a actos de nacionalización o expropiación llevados a cabo por gobiernos extranjeros. Sin embargo, los propios norteamericanos crearon excepciones basadas en consideraciones de política exterior que les permitieron a las Cortes norteamericanas pronunciarse por actos llevados a cabo, por ejemplo, por el gobierno cubano.

una controversia o ejecutar la decisión a la que se hubiera arribado, basándose en el mero hecho de que una de las partes es el Estado.

Esta doctrina ha sido, sin embargo, severamente limitada por los desarrollos actuales. Quizás los dos instrumentos que mejor reflejan el estado de la cuestión sean la *Foreign Sovereign Immunities Act*, de los Estados Unidos⁽⁹⁾ y el *State Immunities Act* del Reino Unido.⁽¹⁰⁾

Estas normas recogen una teoría de la inmunidad limitada o restringida, según la cual no es posible invocar soberanía en actos de naturaleza comercial. El carácter comercial es determinado de acuerdo a la naturaleza antes que por la intención. Esto significa que si una entidad del Estado compra textos escolares para afectarlos a la educación pública, el hecho de que la finalidad del acto sea el desarrollo de una función estatal no impide invocar la naturaleza comercial del acto simplemente porque la compra de textos es usualmente un contrato de naturaleza comercial.⁽¹¹⁾

Como veremos, esta aproximación es especialmente relevante para sacar del ámbito de la doctrina de inmunidad soberana todos los contratos de adquisición, venta o contratación de servicios en los que está involucrada una entidad del Estado, considerados actos de naturaleza comercial y que, hoy por hoy, es la regla en la doctrina arbitral.

Un ejemplo de esta idea se encuentra en el caso *Société Anonyme des Chemins de Fer Liégeois Luxembourgeois v. the Netherlands*, decidido en 1903 por la Corte Suprema de Bélgica. La Corte estableció la diferencia entre los actos de naturaleza pública y los actos de naturaleza privada o comercial. La soberanía sólo es relevante en los actos polí-

(9) 28 U.S.C AA1602-1611, implementada por el Department of State Regulation, 22 C.F.R. A93.1.93.2 (1977), modificado en 1988, 124, Congressional Record s.17209.

(10) Reimpreso en 48, Halsbury' Statutes of England (3d ed) 85.

(11) Nótese que esta distinción ya lleva el germen de la doctrina de los actos de Estado, porque parte de una distinción de la naturaleza del acto, antes que la naturaleza del sujeto. De hecho, es a través de la limitación de la doctrina de la inmunidad que aparece la doctrina del acto de Estado.

ticos desarrollados por el Estado. Sin embargo, el Estado no se limita a desarrollar actos políticos y muchas veces se dedica, por las necesidades colectivas, a comprar, adquirir, convertirse en deudor o acreedor, o involucrarse en el comercio. En estos actos el Estado no actúa como un poder público. Hace lo mismo que cualquier privado y como tal actúa en su capacidad civil o privada. Si negocia se pone de igualdad con una persona o asume responsabilidades no conectadas con el orden político, el litigio de ello derivado se regula por las reglas civiles, y como tal, es tratado como cualquier otra persona.⁽¹²⁾

En sentido similar, en el caso *Alfred Dunhill of London, Inc. c. Republic of Cuba*, la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de América, dispuso expresamente lo siguiente: «*En sus capacidades comerciales, los gobiernos extranjeros no ejercen poderes peculiares a sus soberanías. Por el contrario, ejercen sólo aquellos poderes que pueden ser ejercidos por los ciudadanos privados. Sujetarlos en conexión a dicho acto a las mismas reglas jurídicas difícilmente afectará seriamente los nervios nacionales*».⁽¹³⁾

Como ya vimos, así se acuña la distinción entre actividad soberana y actividad comercial o, lo que es lo mismo, entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*, distinción que permite excluir estos últimos de cualquier pretensión de inmunidad por parte de un Estado cuando actúa como un particular.⁽¹⁴⁾

(12) CARTER, Barry E. & TRIMBLE, Phillip R., *International Law*, Little, Brown and Company Law Book Division, Boston, 1991, p. 551, citando a SWEENEY.

(13) 425 U.S. 682 (1976) (traducción libre)

(14) RUÍZ-ELDREDGE, Alberto, «Inmunidad Jurisdiccional de los Estados», en: *Libro Homenaje a Mario Alzadora Valdez*, Lima, 1988, pp. 480-481. «Los actos de autoridad serían aquellos vinculados a las funciones jurídicas esenciales y por eso su carácter imperativo. Se trataría principalmente de actos emanados unilateralmente del Estado, tales como los reglamentos, las resoluciones y por supuesto los actos políticos trascendentes.

Los actos de gestión... [serían aquellos] de carácter privado, como cuando... [el Estado] contrata o efectúa actos civiles, comerciales, financieros». Conrado ETCHEBARNE BULLRICH, «El Estado Empresario», en: *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Vol. 1985-C, 1985, pp. 994-995. La actividad comercial «... comprende aquellas actividades que el Estado realiza por razones de conveniencia política o económica ... la asunción de actividades industriales, comerciales... pues aquí, el Estado no

Pero incluso las restricciones van más allá de los actos comerciales, alcanzando a los actos no comerciales. La *Sovereign Immunities Act* de los Estados Unidos deniega la inmunidad cuando un Estado «renuncia a su inmunidad sea implícitamente o por implicación».⁽¹⁵⁾ De manera similar, el *State Immunities Act* del Reino Unido provee que un Estado queda sujeto a la jurisdicción de las Cortes inglesas si se ha sometido a arbitraje el conflicto «después que la disputa ... ha surgido o por un acuerdo previo por escrito».⁽¹⁶⁾

Así, el problema de la inmunidad soberana es relativamente sencillo de superar. Si el Tribunal arbitral cuenta con facultad para resolver un caso es porque existe un acuerdo de las partes. Por ello, si el Estado acordó someter a un arbitraje una controversia queda claro que renunció a la inmunidad soberana. La única pregunta relevante es entonces si el Estado consintió o no, legítimamente, el ir a arbitraje. Por ello, normalmente no va a haber problemas de inmunidad soberana si existe un convenio arbitral.⁽¹⁷⁾ En términos sencillos la pregunta es casi la misma a si existe o no un convenio válido en cualquier arbitraje de naturaleza privada. Es la misma discusión que existe cuando alguien cuestiona un arbitraje por nulidad, ineficacia o inexistencia de un convenio arbitral en el ámbito privado. Bajo esta perspectiva, la inmunidad soberana es un fantasma que raramente se presentará con capacidad de asustar a alguien. El problema se hace más complejo cuando se analiza la doctrina de los actos del Estado.

4.2. La doctrina de los actos del Estado

La doctrina de los «actos del Estado» impide el sometimiento a los tribunales cuando el acto es en ejercicio de un poder soberano,

actúa como perfecta organización jurídica, ni como comunidad soberana... sino que el Estado actúa como industrial, banquero o comerciante».

(15) 28 U.S.C S1650(a) (traducción libre).

(16) Section 2 (1)(2) (traducción libre).

(17) CRAIG, W. LAWRENCE, PARK, William W. y PAULSSON, Jan, *International Chamber of Commerce Arbitration*, cit., p. 674.

dentro del territorio del Estado, como ocurre, por ejemplo, con la expropiación de propiedad privada. Ello se sustenta en la necesidad de evitar el riesgo que las Cortes «avergüencen» al Poder Ejecutivo o por la consideración de que la ley que regula la propiedad de un bien ubicado en el territorio de un país es la ley local.⁽¹⁸⁾

Es necesario distinguir casos en los que el Estado es parte de la disputa de aquellos en los que no. En el primer caso, el Estado ha suscrito el convenio arbitral y como parte del mismo es emplazado, pero alega que el acto que motiva el arbitraje es un acto inherentemente estatal y, por tanto, no sometible a arbitraje. El segundo caso significa que entre dos partes privadas surge una disputa porque un Estado, en ejercicio de sus atribuciones, ha llevado a cabo un acto que afecta la relación privada.

Si el Estado es parte de la relación y, por tanto, del arbitraje debe concluirse que sus actos, sin importar su naturaleza, estarán sujetos a la decisión de los árbitros, siempre que guarden relación con sus obligaciones contractuales.⁽¹⁹⁾ De hecho, uno podría afirmar que se está produciendo una suerte de importación de la teoría de los tratados internacionales hacia el ámbito del arbitraje, en la que los requisitos de validez de un convenio (como ocurre con un tratado) se determina en función de las reglas internacionales y no del derecho interno de los países que lo celebran. Así, cuando surge un conflicto entre el derecho interno y el convenio, se prefiere el convenio. Vamos a ver, más adelante, que ello es un fenómeno interesante si se tiene en cuenta que normalmente la parte en el convenio arbitral (una empresa) no es un sujeto de Derecho Internacional.⁽²⁰⁾ Sin embargo, el efecto se deriva del principio de buena fe en el Derecho Mercantil, tributario del arbitraje comercial.

(18) CRAIG, W. LAWRENCE, PARK, William W. y PAULSSON, Jan, *International Chamber of Commerce Arbitration*, cit., p. 671.

(19) CRAIG, W. LAWRENCE, PARK, William W. y PAULSSON, Jan, *International Chamber of Commerce Arbitration*, cit., p. 674.

(20) Este problema me lo hizo notar mi amigo Juan José Ruda, experto en temas de Derecho Internacional y profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Pero el tema no es sencillo. Si estamos frente a un contrato de estabilidad jurídica en el que el Estado se comprometió, por ejemplo, a no modificar el régimen legal tributario aplicable a una empresa y a pesar de ello lo modifica, tratándose de un acto claramente estatal, ¿es posible sostener la arbitrabilidad del mismo?

Algo similar ocurre cuando en un contrato de concesión para la prestación de servicios públicos, el propio contrato contiene una cláusula tarifaria que es aplicada por el regulador en contradicción a lo acordado. En ese caso, a pesar de que estamos frente a una actividad regulatoria (típico acto estatal) ¿es posible someter a arbitraje el tema si el contrato tenía una cláusula arbitral?

Lo que se dice en teoría plantea muchos problemas en la práctica. No siempre es tan sencillo identificar si un acto del gobierno cae dentro del ámbito de las obligaciones contractuales. No es extraño encontrar cláusulas en contratos de concesión que hacen referencia, en términos generales, al régimen tarifario que aplicará el regulador y luego, cuando se regula la tarifa, el concesionario, discrepando con la misma, pretende que se discuta su determinación en la vía arbitral. Algo similar ocurre con contratos que hacen referencias generales a regímenes cambiarios, legislación tributaria o a veces, incluso, a leyes y normas aplicables de manera general.

Muchas veces la salida que se plantea es tomar los actos del Estado como dados, es decir, no revisables en sí mismos y se restringe lo que los árbitros pueden ordenar a simplemente establecer, como consecuencia contractual, la mera obligación de indemnizar.⁽²¹⁾

Más complejo aún es el caso en el que el Estado no es parte del arbitraje. Es sumamente difícil para árbitros privados determinar la legitimidad de un acto de un Estado que no ha consentido a su jurisdicción.⁽²²⁾ Si dos empresas que se someten a arbitraje discuten en la

(21) CRAIG, W. LAWRENCE, PARK, William W. y PAULSSON, Jan, *International Chamber of Commerce Arbitration*, cit., p. 674

(22) CRAIG, W. LAWRENCE, PARK, William W. y PAULSSON, Jan, *International Chamber of Commerce Arbitration*, cit., p. 675.

controversia el valor de una decisión estatal para ser tomada como un supuesto de fuerza mayor, les es complejo a los árbitros desconocer el acto sin correr el riesgo de abrir una contingencia de anulación o no reconocimiento del laudo.

El asunto se hace más interesante cuando existe una relación entre el Estado y una de las partes, como suele ocurrir en el supuesto de medidas legislativas vinculadas a empresas estatales que, en estricto, no son parte, sino propiedad del Estado.

Algunos casos pueden ilustrar mejor la problemática que hemos descrito hasta aquí, en especial la interrelación entre la inmunidad soberana y la doctrina de los actos del Estado.

En el caso *Ipitrade c. Nigeria*⁽²³⁾ una compañía francesa ganó un caso arbitral seguido ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de París (CCI). El arbitraje se desarrolló en Suiza, bajo la Ley Suiza, por incumplimiento de un contrato de compraventa de cemento a Nigeria. Nigeria incumplió lo ordenado por el laudo y la empresa demandó en el Distrito de Columbia, Estados Unidos, para su ejecución. La Corte Federal confirmó el laudo sobre la base que Nigeria había aceptado implícitamente someterse a arbitraje, renunciando a su inmunidad soberana y no podía unilateralmente revocar tal renuncia.

Sin embargo, el caso *LIAMCO c. Libia* tuvo un resultado inicialmente diferente.⁽²⁴⁾ Una empresa norteamericana demandó para ejecutar un laudo arbitral contra Libia, basado en la nacionalización de las concesiones y equipo petroleros, sin la participación de Libia, que se negó a involucrarse en el proceso. A pesar que de manera similar al caso *Ipitrade*, Libia había renunciado a su inmunidad soberana, el Juez de primera instancia se negó a confirmar el laudo sobre la base de la doctrina del acto del Estado. Para ello se basó en la Convención de Nueva York que permite a las Cortes negarse a re-

(23) 465 F. Supp. 824 (D.D.C. 1978).

(24) 482 F. Supp. 1175 (D.C.C. 1980).

conocer un laudo cuando la materia controvertida no es susceptible de arbitraje bajo la ley del país.

Lo que se deriva de LIAMCO es que es posible encontrar una materia no arbitrable, sin perjuicio de la renuncia a la soberanía, si el incumplimiento del contrato toma la forma de un acto legislativo. Ello diferencia el caso de Nigeria del de Libia, pues en el primero nada diferenciaba la actitud de Nigeria de un mero incumplimiento contractual-comercial.⁽²⁵⁾

El riesgo de estos criterios aplicados conjuntamente es evidente. Un Estado puede, entonces evadir con relativa facilidad su renuncia a la inmunidad invocando la teoría de los actos del Estado, dado que la distinción entre un mero incumplimiento y uno basado en una decisión legislativa puede ser realmente sutil o manipulada por el propio acto estatal.

LIAMCO fue objeto de una transacción, por lo que nunca se resolvió la apelación. Sin embargo, sólo seis meses después la decisión de LIAMCO fue ignorada en el caso *American International Group c. Iran*,⁽²⁶⁾ donde se ejecutó un laudo que ordenaba una compensación a la empresa por la expropiación llevada a cabo por el gobierno iraní.

Otro caso interesante es *Texas Trading Co. y otros contra la República Federal de Nigeria*, resuelto por la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito Federal norteamericano en 1981.⁽²⁷⁾

Gracias a los ingentes ingresos por la exportación de petróleo, el gobierno militar nigeriano, con la finalidad de intentar legitimarse,

(25) CRAIG, W. LAWRENCE, PARK, William W. y PAULSSON, Jan, *International Chamber of Commerce Arbitration*, cit., p. 672.

(26) 493 F. Support. 522 (D.C.C. 1980)

(27) 647 F. 2d 300 (2nd Cir. 1981). Las cuatro empresas demandantes eran *Texas Trading & Milling Corp*, *Decor by Nikkei International, Inc.*, *East Europe Import-Export Inc.* y *Chenax Majesty Inc.*, todas norteamericanas. Las empresas eran *tradings*, es decir, personas jurídicas cuyo objeto es la compra de bienes para luego venderlos a terceros.

decide comprar en el extranjero grandes cantidades de cemento Portland para la construcción de infraestructura social. Los contratos se celebran en 1975, cada uno para adquirir 240,000 toneladas métricas de cemento, obligándose el comprador a extender una carta de crédito irrevocable, divisible y confirmada, a ser cancelada en bancos de Nueva York. El problema surge porque se compra demasiado cemento al mismo tiempo y los barcos, al no poder atracar en el puerto de Lagos, se ven obligados a cobrar penalidades por *demurrage*. Ante esta situación, el gobierno nigeriano expide un decreto por el cual exige que los cargamentos se registren con por lo menos dos meses de anticipación y, a la vez, instruye, por intermedio de su Banco Central, a los bancos norteamericanos a no pagar las cartas de crédito, salvo que se presentara una carta de dicho Banco Central autorizando el pago. Meses después se emite un nuevo decreto, prohibiendo la entrada al puerto de cualquier barco que no tuviera el permiso concedido con 60 días de anticipación e imponiendo sanciones penales a sus violadores. Ante esta situación, las empresas deciden demandar al gobierno nigeriano ante las cortes norteamericanas por incumplimiento contractual.

Nigeria apeló a la inmunidad, argumentando que la compra de cemento había sido una típica actividad soberana o de *iure imperii*, por cuanto el cemento se iba a utilizar en infraestructura social. Sin embargo, la corte norteamericana fue de la opinión de que no cabía alegar la inmunidad, ya que la compra de cemento era una transacción típicamente comercial, no interesando para nada las razones que tuviera el gobierno nigeriano para realizar dicha adquisición. Si bien no se trata de un caso arbitral, refleja con precisión los límites de la discusión, a pesar de la existencia de actos aparentemente estatales o soberanos involucrados.

La incertidumbre respecto a cómo resolver estos casos condujo, sin embargo, a una modificación del *Foreign Sovereign Immunities Act* norteamericana en 1988,⁽²⁸⁾ en la que se indicó que la doctrina de los actos del Estado no podía ser usada para impedir un arbitraje o la

(28) S.2204, 124 Congressional Record S. 17209 (21 de Octubre 1988.)

ejecución de un laudo. Ello significa un tratamiento más benévolo al arbitraje que a la jurisdicción de Cortes extranjeras, lo que es bastante lógico si tenemos en cuenta que a diferencia de la jurisdicción y competencia de una Corte, que se deriva de una ley que no necesariamente es la ley del Estado parte en la controversia, el arbitraje se deriva de un acuerdo voluntario en el que fue parte el Estado mismo.

Un caso que justo plantea los problemas del reconocimiento de actos de Estado como actos arbitrables es *SGTM c. Bangladesh*.⁽²⁹⁾ En este caso, el Estado no era formalmente parte del convenio arbitral, pero usó sus potestades públicas justamente para conceder una ventaja a una empresa pública. La demanda original fue una empresa 100% de propiedad estatal denominada East Pakistan Investment Development Corporation (EPIDC). Un decreto del gobierno ordenó la disolución de la entidad con la intención de transferir todos sus bienes, pero ninguna de sus responsabilidades, a una entidad distinta. Se trataba, por tanto, de un acto dado en ejercicio del *ius imperium*, es decir, de un acto de Estado. El árbitro consideró esa conducta como inaceptable e incluyó en el arbitraje no solo a EPIDC sino al Estado de Bangladesh, considerando a ambos responsables. Sin embargo, un Tribunal suizo dejó sin efecto el fallo sobre la base de que el árbitro había excedido sus facultades.

En el caso *Settebello c. Setenave*, el Tribunal Arbitral dejó de aplicar un decreto del gobierno portugués sosteniendo que era contrario a los principios básicos del Derecho Internacional. Se trataba de un contrato para la construcción de un buque tanque a ser fabricado por una empresa pública de propiedad del Estado portugués. El valor de mercado del buque cayó dramáticamente en el mercado y dados los retrasos en la construcción todo hacía presumir que el adquirente iba a dejar sin efecto el contrato. El gobierno dio entonces el decreto objeto de cuestionamiento, es decir, un acto de Estado, según el cual los derechos para dejar sin efecto un contrato sobre la base de demoras en la entrega quedaban neutralizados siempre que la entrega se produjera en un lapso de dos años. Los árbitros

(29) ICC Case 1803/1972, V Yearbook 177 (1980)

consideraron el decreto como inaplicable. La decisión fue cuestionada, pero no llegó a darse fallo alguno porque las partes transaron.

Como se puede ver, si ya es difícil encontrar una línea jurisprudencial en cualquier tema judicial, a veces es más difícil encontrarla en el arbitraje, en especial en el internacional, donde los tribunales arbitrales suelen ser designados *ad hoc* para cada caso y sus decisiones, a su vez, son revisables por Cortes diferentes alrededor del mundo. Sin embargo, existen algunos consensos que, sin perjuicio de los problemas que genera su aplicación práctica, vale la pena resaltar.

En primer lugar, la teoría de la inmunidad soberana ha replegado considerablemente sus trincheras, permitiendo un avance considerable del arbitraje. Así, han quedado fuera de sus limitaciones los actos de comercio del Estado (compra y venta de bienes o contratos de prestación de servicios, sea como prestador o como contratante de los mismos).

Por su parte, en lo relativo a los actos de Estado, inherentes al mismo por caer bajo el velo del *ius imperium*, la regla es que si el Estado consintió explícita o implícitamente al arbitraje no puede liberarse del mismo, entendiéndose el pacto como una renuncia a cualquier restricción a la arbitrabilidad del conflicto.

5. EL ARBITRAJE DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS SOBRE ADQUISICIÓN Y CONTRATACIÓN DE BIENES Y SERVICIOS

5.1. La arbitrabilidad de los contratos de adquisiciones y contrataciones de bienes y servicios

Como hemos visto, hay un consenso relativamente claro en que los actos de naturaleza comercial, desarrollados por un Estado, son en principio perfectamente arbitrables.

Una alegación común para tratar de evitar que se sometan a arbitraje es que están comprometidos fondos públicos, y que los mismos están sujetos a una serie de limitaciones para su disponibilidad.

Sin embargo, tal argumento parece no haber tenido mayor impacto en la conclusión referida. Finalmente, el Estado puede disponer directamente de fondos públicos cuando contrata y decide comprar o vender algo. Allí, la única discusión relevante es si el contrato cumplió con los requisitos de validez y eficacia previstos en el ordenamiento. En la misma línea, si el Estado dispone que los problemas derivados del uso de esos fondos se vayan a resolver a través de un mecanismo de solución de controversias, la única pregunta relevante es si el convenio arbitral cumple con los requisitos de validez y eficacia previstos en la ley aplicable.

Como bien dice Cantuarias, es realmente insostenible el argumento referido a que tratándose de recursos invertidos en obras públicas no son de libre disposición, pues ello en nada cambia la naturaleza del contrato que sigue siendo un simple y común contrato de obra.⁽³⁰⁾ El mismo principio puede aplicarse a las adquisiciones públicas.

Como vimos, también se ha intentado mediatizar el sometimiento a arbitraje tratando de contaminar el problema con la teoría de actos de Estado, sosteniendo que si las adquisiciones se producen para efectos del cumplimiento de una función pública (construcción de un bien público, por ejemplo) el acto tiene naturaleza pública y no comercial. Sin embargo, tal argumento tampoco ha merecido un retroceso en el reconocimiento de la arbitrabilidad de este tipo de controversias. La doctrina (y las legislaciones aplicables que la han se-

⁽³⁰⁾ CANTUARIAS, Fernando, *Borrador Libro de Arbitraje*, Capítulo 7, p. 87. El comentario de Cantuarias se refiere a una serie de normas dadas en el Perú y promovidas por la Contraloría General de la República, dirigidas a evitar que la discusión de adicionales de obra en contratos de obra pública pudieran ser resueltos en la vía arbitral, por considerarse que el tema era de competencia exclusiva de la Contraloría. En ese sentido, la Contraloría pretende que dejar el tema a los árbitros significa renunciar a su potestad pública de velar por el uso de los fondos públicos. Pero con tal argumento nunca serían arbitrables los temas del Estado porque siempre se involucran fondos del fisco. En sentido similar se pronuncian otros autores como Marco Antonio ORTEGA PIANA, «Algunas reflexiones sobre la competencia de la Contraloría General de la República respecto de los Presupuestos Adicionales de Obra Pública», p. 343. Según este autor «... resulta obvio que en lo referente a la aprobación de adicionales no está comprometido ius imperium alguno, por lo que no es eso razón suficiente que permita justificar la exclusión del arbitraje».

guido) se han concentrado en resaltar que lo importante es la naturaleza del acto, no su propósito. Ello porque se ha entendido que el Estado, cuando sale al mercado, debe ser tratado en igualdad de condiciones en relación a las condiciones con las que se trata cualquier particular, restringiéndose la tesis de la inmunidad absoluta de un Estado. Finalmente, la solución al problema es tan simple como considerar estos actos como expresiones del *iuri gestionis* y no del *iuri imperio*.

Como ya se indicó, la tesis de la inmunidad restrictiva de los Estados tiene una explicación histórica relativamente sencilla. Barria García⁽³¹⁾ la explica sosteniendo que la tesis de inmunidad absoluta nace en:

«... una era dominada por la filosofía liberal. El laissez faire marginaba al Estado de la actividad económica: solamente los particulares actuaban en el comercio y la industria. La función reservada del Estado era la de guardián de la seguridad externa y del orden público interior (...) [Sin embargo]... el decaimiento de los ideales liberales, llevó a que el Estado ingresara al mercado como un empresario particular cualquiera, realizando actos de comercio, pero siguió invocando la inmunidad de jurisdicción respecto de esos actos como si fueran ‘oficiales’ o ‘gubernamentales’. Esto trajo como reacción que algunos tribunales –Italia, Bélgica y Egipto, especialmente– rechazaran tal excepción, que indudablemente implicaba una desventaja y desigualdad para el particular, persona natural o moral, que contrataba con el Estado extranjero; por lo que comenzaron a distinguir entre actos jure imperii y jure gestionis. De conformidad a esta nueva visión, los Estados sólo podrían reivindicar la inmunidad respecto de los actos en que han actuado como poder público; en tanto que, si se asimilaban a los particulares respecto de operaciones patrimoniales, no gozaban de ella».

(31) BARRIA GARCÍA, Juan Aníbal, «Comentarios sobre la Inmunidad de Jurisdicción de los Estados y sus Bienes», en: *Themis*. Revista de Derecho, N° 26, pp. 52-53.

Este fenómeno se ve reforzado con la aparición de Estados de tinte socialista, que trasladan los medios de producción a manos estatales y con ello «estatizan» buena parte de la actividad comercial. Esta idea fue recogida por la jurisprudencia argentina:⁽³²⁾

«Que ya en el curso del siglo XIX los Estados se embarcaron en empresas comerciales, creando monopolios, explotando ferrocarriles, buques y correos. La Primera Guerra Mundial aceleró esas actividades y la irrupción de los Estados socialistas y comunistas aumentó enormemente el sector público de la economía y el comercio. Como espejo de esta nueva realidad internacional surgió en la doctrina y después en una jurisprudencia expansiva la llamada teoría restringida de la inmunidad de jurisdicción, que distingue entre los actos iure imperii –los actos de gobierno realizados por el Estado extranjero en su calidad de soberano– y los actos iure gestionis –actos de índole comercial–. Respecto de la primera clase de actos, la jurisprudencia mantuvo el reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero. En cambio, la más moderna tendencia jurisprudencial adoptó la doctrina restringida o relativa para los segundos, distinción que a la postre fue recogida por las legislaciones recientes».

5.2. La cláusula Calvo

Como bien señala Cantuarias, para tratar de frenar la aplicación de la teoría restrictiva de la inmunidad de los Estados, muchos países en vías de desarrollo, en especial los latinoamericanos, han aplicado diversas doctrinas como la Calvo, Drago e Irigoyen, estableciendo, a nivel constitucional o legal, la exigencia de que en los contratos

⁽³²⁾ Fallo de la Corte Suprema Federal argentina de 22 de diciembre de 1994, en los seguidos por Juan Manaute y otros contra la Embajada de la Federación Rusa, en: *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1995, N° 5927, p. 42.

que celebren los Estados con extranjeros deberá constar el sometimiento expreso a la ley y jurisdicción de las cortes de dichos Estados.⁽³³⁾

En la práctica, sin embargo, la aplicación restrictiva de la inmunidad se volvió inviable, a pesar de los intentos de aplicar cláusulas como la Calvo. Difícilmente los particulares aceptaban un sometimiento de este tipo, lo que forzó a los Estados a buscar fórmulas de flexibilización. Una de ellas fue precisamente el arbitraje, que permitía desarrollar fórmulas efectivas para liberarse de cláusulas limitativas en constituciones y leyes.

Mac Lean, refiriéndose justamente a este tema, puntualiza que si el Estado peruano exigiera la sumisión a las leyes y cortes nacionales:

«... los muelles del Perú estarían abarrotados de cobre, hierro, harina de pescado, azúcar, algodón, porque nada

⁽³³⁾ CANTUARIAS, Fernando, *Borrador Libro de Arbitraje*, Capítulo 7, p. 15. Ver también MONROY CABRA, Marco Gerardo, *Arbitraje Comercial, Nacional e Internacional*, 2ª. ed., Edit. Legis, Bogotá, 1998, p. 237. Explica el autor, que la doctrina Calvo «... dio origen a la denominada cláusula Calvo que es una estipulación inserta en los contratos celebrados entre un Estado con personas o corporaciones de otro Estado y por el cual éstos renuncian a la protección del mismo país y se obligan a sujetarse a las autoridades judiciales nacionales. Esto significa que las reclamaciones de los nacionales extranjeros contra los Estados anfitriones deben dirimirse exclusivamente de conformidad con la legislación de estos últimos y en sus tribunales. La intervención de los Estados de los nacionales extranjeros constituye un acto violatorio de la soberanía del Estado respectivo». Explica Beatriz Ramacciotti: «Calvo sostenía que debido al desbalance de poder económico, militar y político entre Europa y América del Norte, por una parte, y los países de América Latina, por la otra había conducido a muchos gobiernos de estos países a acordar privilegios especiales a los extranjeros, colocando a los latinoamericanos en una posición de inferioridad legal en sus países. Calvo quería que esta inferioridad legal fuese eliminada. Propuso el principio de trato igual de nacionales y extranjeros y sugirió que esto sería aplicado en toda Latinoamérica, y que sólo en el caso de encontrar una auténtica denegación de justicia, podía legalmente un país intervenir impartiendo protección». Sin embargo, las renunciaciones basadas en la cláusula Calvo suelen ser ineficaces, como señala la misma autora: «Debe señalarse que a pesar de que la Cláusula Calvo está consagrada en Latinoamérica, la doctrina clásica tiende a desconocer la eficacia de dicha cláusula. No se considera que la Cláusula sea nula, porque tiene valor entre el Estado huésped y el inversionista extranjero, sino que no sería oponible al Estado del cual este último es nacional. Esto en virtud de que el Estado que otorga la Protección Diplomática puede ejercer un derecho que le es propio y que, por lo tanto, sólo puede renunciar». RAMACCIOTTI DE CUBAS, Beatriz, *Estudios de Derecho Internacional*, IPRI-PNUD, Lima, 1990, p. 101.

se podría vender. Es ilusorio pensar que en un mercado mundial que cada vez es más competitivo, un vendedor peruano puede por ejemplo ir a Rotterdam y proponer la venta de harina de pescado, en competencia con el aceite de soya de Sud-Africa, pero obligando al comprador a someterse a las leyes y a los tribunales peruanos. Resulta ilusorio ir a donde un banquero suizo o un banquero japonés y pedirle que otorgue crédito pero exigiéndole al mismo tiempo que se someta a las leyes y a los tribunales del Perú».⁽³⁴⁾

Lo curioso es que el efecto previsto por Mac Lean se produjo de manera efectiva en el campo de las inversiones:

«... las naciones exportadoras de capital mostraron su resistencia a invertir de manera importante en Latinoamérica por una serie de razones, entre las que se encuentra el uso de las llamadas cláusulas Calvo en contratos de inversión extranjera, que restringían la solución de controversias a las cortes domésticas del país receptor de la inversión, temores a variaciones cambiarias, leyes de inversión extranjera restrictivas y una historia de nacionalizaciones de entidades extranjeras con compensaciones menos que adecuadas».⁽³⁵⁾

Justamente el arbitraje fue una fórmula muy usada para solucionar este problema. Como señala Lawrence Craig, en las relaciones entre el Estado y los privados las partes tendrán así al arbitraje como el mecanismo final de solución de sus problemas, cada una

⁽³⁴⁾ MAC LEAN U., Roberto, «Derecho Internacional Privado y Comercio Internacional en la nueva Constitución», en: *La Nueva Constitución y su Aplicación Legal*, Lima, 1980, p. 174.

⁽³⁵⁾ WILTSE, Jessica S., «An Investor-State Dispute Mechanism in the Free Trade Area of the Americas: Lessons from NAFTA Chapter Eleven», en: *Buffalo Law Review*, Vol. 51, 2003, pp. 1174-1175.

por sus propias razones. La parte privada siempre dudará en aceptar la determinación judicial por parte de las cortes de su contraparte soberana. Por su lado, la parte estatal encontrará inaceptable someterse a las Cortes de la jurisdicción de la parte privada y, en general, a aceptar las decisiones de Cortes extranjeras.⁽³⁶⁾

Un curioso resultado es una mayor confianza en un sistema privado de solución de controversias en relación a un sistema estatal pero extranjero. El efecto colateral termina siendo que se descarta a la corte local del país del Estado que firma el Contrato. Finalmente el arbitraje no significa rendir su soberanía a la de un Estado distinto.

6. EL ARBITRAJE DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE INVERSIÓN

Como ya adelantamos, mucho más interesante y polémico es el caso del arbitraje referido a inversiones, aspecto en el que la evolución ha tomado caminos insospechados respecto a la existencia de una serie de mecanismos internacionales orientados a hacer arbitrable lo que justamente se consideró siempre como imposible de arbitrar: las facultades de *ius imperium*.

6.1. La arbitrabilidad de los contratos sobre inversiones

Como hemos indicado, más compleja que la discusión de la arbitrabilidad de los contratos de adquisición y venta de bienes y servicios por parte del Estado ha sido la discusión de contratos administrativos vinculados a inversiones, en particular cuando:

- a. Dichas inversiones han requerido garantías estatales que comprometen facultades de *ius imperium* (como estabilidad de regimenes legales, tributarios, cambiarios o seguridades contra expropiaciones); o

⁽³⁶⁾ CRAIG, W. Lawrence, «*Trends and Developments in the Laws and Practice of International Commercial Arbitration*», Coudert Brothers, Paris, 1995, p. 4.

- b. Implican la entrega de facultades originariamente consideradas como estatales, como ocurre en los contratos de concesión de servicios públicos en los que se entrega a un privado la prestación de un servicio originalmente reservado para el Estado, pero delegable a particulares de acuerdo al marco legal.

En estos casos, el propio contenido del contrato recae sobre facultades asumidas como inherentes al Estado, y que, como tales, suelen encontrarse dentro del ámbito de la doctrina de los actos del Estado. Por ello, es aún más común la resistencia a la arbitrabilidad de estos casos, lo que se agrava con la existencia de una cláusula relativamente común en las leyes de Arbitraje respecto a la no arbitrabilidad de asuntos vinculados con las facultades inherentes del Estado.⁽³⁷⁾

Sin embargo, la aceptación de la arbitrabilidad de estas situaciones va en franco crecimiento. Las necesidades prácticas de dotar de un marco que dé seguridad a los inversionistas, han conducido a que los propios Estados desarrollen esquemas legales que lo favorezcan. Ello se ha logrado tanto a través de la modificación de sus regímenes legales internos, como por medio de la suscripción de tratados internacionales que definen un marco jurídico adecuado.

Cantuarias reseña, usando un caso peruano bastante interesante (al que denomina «el caso de las eléctricas»), cómo muchas veces la no arbitrabilidad referida a que el conflicto es uno relacionado

⁽³⁷⁾ A título de ejemplo tenemos el artículo primero de la Ley General de Arbitraje del Perú (Ley N° 26572 publicada el 5 de enero de 1996, que establece:

«Artículo 1: Disposición General

Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse, excepto:

(...)

4. Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público».

con funciones o atribuciones de imperio del Estado suele ser desenfocada o mal comprendida.⁽³⁸⁾

Se trató de tres procesos arbitrales iniciados por empresas concesionarias del servicio eléctrico contra el Estado peruano,⁽³⁹⁾ a efectos de que los respectivos tribunales arbitrales se pronunciaran acerca de cuál debía ser el marco legal aplicable a sus respectivos Convenios de Estabilidad Jurídica otorgados por el Estado peruano al amparo de los Decretos Legislativos N^{os}. 662 y 757. La controversia giró en torno a la estabilidad del régimen de impuesto a la renta. La SUNAT, organismo a cargo de la administración tributaria, intentó aplicar una interpretación que, a juicio de las concesionarias, acogía una modificación al régimen estabilizado.

Al iniciarse los arbitrajes, al amparo de los convenios arbitrales contenidos en los Convenios de Estabilidad Jurídica, se crearon Comisiones en el Congreso de la República que elaboraron informes dirigidos a cuestionar la arbitrabilidad del conflicto. Estos informes afirmaron que la vía arbitral no era la pertinente para resolver la materia controvertida, usando los típicos argumentos que se usan para cuestionar la arbitrabilidad de controversias con el Estado,⁽⁴⁰⁾ lo que convierte los casos en un excelente ejemplo para graficar el problema y sobre todo la falta de rigurosidad con el que suele ser abordado.

(38) Para mayor detalle, *vid.* CANTUARIAS, Fernando, *Borrador Libro Arbitraje*, Capítulo 7, pp. 360-369. A continuación se resumirán los hechos y la posición del autor.

(39) Si bien no se publicaron los laudos arbitrales, se conoce que los casos fueron: Luz del Sur S.A.A. y el Estado peruano representado por CONITE; Edelnor S.A.A. con el Estado peruano, representando por el Ministerio de Energía y Minas; y, Edegel S.A.A. con el Estado peruano representado por CONITE.

(40) Informe sobre «Sometimiento a arbitraje del diferendo entre la SUNAT y EDELNOR y LUZ DEL SUR sobre las acotaciones por S/. 41'000,000.00 y S/. 28'000,000.00, respectivamente, por Impuesto a la Renta del ejercicio gravable de 1999 y otros, de Javier Diez Canseco y otros de 18 de octubre de 2001, dentro del marco de la Comisión Investigadora de Delitos Económicos y Financieros 1990-2001 (en adelante «Informe Diez Canseco»); y, Comisión de Fiscalización y Contraloría, «Informe sobre cobranza tributaria a las empresas eléctricas», 2001 (en adelante «Informe Fiscalización»).

Los argumentos de estas Comisiones del Congreso en contra del arbitraje (GGG), se pueden resumir así:

«... conforme lo establece el artículo 1, numeral 4, de la vigente Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572... están exceptuados del arbitraje las materias ... directamente concernientes a las atribuciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público... Además, de manera concordante, el mismo artículo 1 de la Ley N° 26572 establece que las materias sometidas a arbitraje son 'las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición'» (Informe Diez Canseco, p. 3).

«... al momento de la suscripción de los convenios de estabilidad jurídica estaba vigente el Decreto Ley N° 25395, cuyo artículo 1 establecía expresamente que en el caso del Estado, el arbitraje sólo procedía sobre sus obligaciones 'siempre que deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual'» (Informe Diez Canseco, p. 4).

«[e]n el presente caso lo que se pretende es someter los alcances de una norma legal en materia tributaria y desviar de la competencia administrativa tributaria de la SUNAT, la decisión sobre el cumplimiento o no de una obligación tributaria» (Informe Diez Canseco, p. 4).

Cantuarías analiza los argumentos señalados por el Congreso de la siguiente manera:

«(...) según el análisis realizado por estas dos Comisiones del Congreso, el arbitraje no procedía, fundamentalmente, por cuanto: La materia sometida a arbitraje no era de libre disposición de las partes según lo exige el artículo 1 de la Ley General de Arbitraje; y, no se podía arbitrar acerca de las atribuciones de imperio del Estado,

conforme a lo dispuesto en el mismo artículo de la Ley General de Arbitraje.

Empecemos por la segunda: (...)

Los antecedentes de estos casos, indican que los arbitrajes se iniciaron debido a sendas acotaciones tributarias realizadas por la Superintendencia de Administración Tributaria (SUNAT), la cual tenía una opinión distinta a la de los agentes privados acerca de los alcances del marco estabilizado del impuesto a la renta.

Sin embargo, los procesos arbitrales no pretendían discutir acerca de la atribución o competencia de la SUNAT para fiscalizar los tributos, sino acerca de si tal o cual disposición tributaria formaba parte o no del marco estabilizado del impuesto a la renta contenido en los Convenios de Estabilidad Jurídica pactados entre el Estado peruano y las empresas privadas.

Justamente por ello, la SUNAT no fue emplazada en los arbitrajes, sino que lo fue el Estado peruano suscriptor de los convenios.

En consecuencia, este primer argumento de las Comisiones del Congreso para pretender bloquear los arbitrajes no era válido».⁽⁴¹⁾

En efecto, debe distinguirse la existencia o no de una facultad pública con la declaración que haga el laudo sobre el cumplimiento de obligaciones contractuales. Si las empresas (como ocurrió) ganaban el arbitraje, la SUNAT debía cumplir con la legislación que el laudo declarara aplicable en su calidad de entidad del Estado. Por el contrario, si el Estado ganaba, la SUNAT debía actuar en consistencia con tal decisión. Es claro que no era arbitrable qué es lo que le corresponde a la SUNAT administrar los tributos. El problema se

⁽⁴¹⁾ CANTUARIAS, Fernando, *Borrador Libro Arbitraje*. Capítulo 7, pp. 364-365.

hubiera presentado si la cláusula arbitral hubiera encargado a los árbitros convertirse en administración tributaria y sustituir a SUNAT en esa función. Pero la situación es distinta. SUNAT tiene que cumplir la ley y la ley establece que son los árbitros los que determinan cuál es el principio legal aplicable según el compromiso del Estado. En este caso, el rol de los árbitros se limitaba a determinar si la normatividad invocada por las empresas era o no parte del compromiso contractual de estabilización del régimen tributario. Hecho ello, corresponde a la SUNAT administrar los tributos en base a tal determinación.

Luego Cantuarias aborda el otro argumento de los informes, el que según su dicho requiere de un mayor análisis por las implicancias negativas que podría tener para el arbitraje:

«(...) a la hora de analizar la pertinencia del arbitraje para resolver cualquier conflicto derivado de estos contratos-ley, se afirma que ‘... no es posible someter a arbitraje los aspectos tributarios de los contratos de estabilidad jurídica (...), ya que la Ley General de Arbitraje en su artículo 1º, sólo autoriza esta vía tratándose de «... controversias... sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición ...’.

En buen castellano, para estas Comisiones congresales, tratándose de Convenios de Estabilidad Jurídica sólo se podría someter a arbitraje cuestiones de ‘libre disposición de las partes’.

¿Qué materia de un Convenio de Estabilidad Jurídica puede considerarse de libre disposición de las partes? Pues simplemente ninguna, ya que un acuerdo como éste sólo lo puede otorgar un Estado en ejercicio de sus facultades soberanas. En efecto, sólo un Estado puede, en ejercicio de su ius imperium, otorgar a los inversionistas garantías y seguridades como las contenidas en estos Convenios de Estabilidad Jurídica y, por lo tanto, ninguna de sus disposiciones es de libre disposición.

Sin embargo, esto no significa que no puedan ser arbitrables.

En efecto, el artículo 62 de la Constitución vigente autoriza expresamente la posibilidad de que el Estado suscriba contratos-ley y que las materias allí contenidas puedan someterse al arbitraje, por lo que es ese artículo constitucional y no el 63º, el que habilita el acceso al arbitraje cuando estamos ante la presencia de estos contratos-ley.

*Como hemos indicado, las materias contenidas en un contrato-ley en puridad no son de libre disposición, ya que no se tratan de cuestiones que los particulares (agentes privados) pueden celebrar libremente (como es una compra-venta u otra relación jurídica típicamente privada). Sin embargo, lo que aquí sucede es que mediante los contratos-ley, el Estado renuncia a su *ius imperium* y acepta darle a esa relación Estado-inversionista, la calidad de un contrato privado, a efectos de posibilitar, entre otros, su acceso a la vía arbitral.*

Por tanto, es totalmente equivocado el preguntarse si tal o cual tema relacionado con un Convenio de Estabilidad Jurídica es de «libre disposición de las partes» para efectos de considerar si puede ser arbitrable, ya que aquí todo el contenido de dicho Convenio que en principio sería de orden público ha sido, por decisión soberana del Estado, sometido de iure al ámbito privado y se ha previsto su conocimiento por los árbitros».⁽⁴²⁾

Guillermo Lohmann se pronuncia en sentido similar:

«[S]i se aceptara que el Estado no tiene poder de libre disposición para autolimitar su facultad legislativa y sus actos de administración, con el objeto de garantizar a la contraparte una estabilidad legal determinada, estamos negando la posibilidad misma de celebrar esta clase de contratos-

⁽⁴²⁾ CANTUARIAS, Fernando, *Borrador Libro Arbitraje*, Capítulo 7, pp. 366-367.

ley. Lo que es tanto como decir que sería inconstitucional el precepto constitucional que los autoriza».⁽⁴³⁾

Es importante destacar que el propio Cantuarias señala que si bien su argumento es aplicable a la existencia de los llamados contratos-ley, el tema no es muy distinto, al menos en la legislación peruana, para los contratos de concesión:

«Cuando no estemos ante la presencia de un contrato-ley, sino, por ejemplo, de un Contrato de Concesión que no tenga esa característica, el argumento es similar, aunque las disposiciones legales difieran. En efecto, en este último supuesto la norma constitucional aplicable es el artículo 63º, que dispone el acceso al arbitraje ‘... nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley’.

La ley que regula la forma de acceder al arbitraje es efectivamente la Ley General de Arbitraje, pero son las leyes que regulan los Contratos de Concesión las que habilitan en términos sustantivos el acceso de estos temas que no son de libre disposición a la vía arbitral. Por lo tanto, cuando existe una ley especial, no resulta de aplicación el artículo 1 de la Ley General de Arbitraje, ya que es esa ley especial la que deriva al arbitraje una materia que no es de ‘libre disposición de las partes’, pero que el Estado ha decidido soberanamente someterla al conocimiento de los árbitros’.⁽⁴⁴⁾

Pero, incluso en supuestos donde no se han previsto constitucional o legalmente excepciones al principio de no arbitrabilidad de los actos de *ius imperium*, los límites que se intentan a veces poner a ciertas materias, usando como base la legislación interna del Estado,

⁽⁴³⁾ LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, «Convenios de Estabilidad Jurídica y cláusulas arbitrales»; en: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 38, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, p. 23.

⁽⁴⁴⁾ CANTUARIAS, Fernando, *Borrador Libro Arbitraje*, Capítulo 7, p. 367.

suelen fracasar frente a los principios de Derecho Internacional aplicables, principalmente el principio de buena fe. Así, no es extraño que los tribunales arbitrales e incluso las cortes ordinarias rechacen pretensiones para impedir el arbitraje, basadas en limitaciones establecidas por la legislación doméstica de la parte estatal.

Ello convierte al arbitraje en un remedio muy efectivo frente a intentos de desconocer el sometimiento expreso a un medio de solución de conflictos distinto a las cortes del propio Estado.

Así, una vez que el Estado ha pactado el arbitraje, es difícil que pueda renunciar a él. En efecto, Ulises Montoya señala sobre este particular, que una «... vez que el Estado o sus administraciones públicas han suscrito una cláusula de arbitraje, se han comprometido con carácter internacional y en forma irrevocable». ⁽⁴⁵⁾

Ragnwaldch comenta sobre el particular:

«No es la incapacidad o la falta de facultades para someterse a una cláusula arbitral lo que es contrario al orden público internacional, sino por el contrario el acto del Estado para entrar en tal acuerdo sin revelar su incapacidad o falta de facultades para hacerlo y subsecuentemente invocar su ley interna para escapar de su obligación contractual a ir a arbitraje». ⁽⁴⁶⁾

⁽⁴⁵⁾ MONTOYA ALBERTI, Ulises, *El Arbitraje Comercial*, Cultural Cuzco, Lima, 1988, p. 72.

⁽⁴⁶⁾ RAGNWALDH, Jacob, «A State's Plea to decline Arbitration –the inapplicability of the internal law of the State–», en: *La Revue de Droit International des affaires*, 1998, N° 1, p. 25 (traducción libre). En una línea similar, Jan PAULSSON («May a state invoke its internal law to repudiate consent to international commercial arbitration?», en: *Arbitration International*, 1986, Vol. 2, N° 2, p. 90 y ss.) menciona un famoso fallo arbitral preliminar, en los seguidos por dos ciudadanos alemanes contra el gobierno de Bélgica, en el que se declaró sin lugar la alegación del Estado belga, en el sentido de que el pacto arbitral era nulo porque sus normas domésticas no le autorizaban a pactar el arbitraje.

Delaue comparte también la opinión de que un Estado no puede repudiar un acuerdo arbitral en base a supuestas omisiones formales o sustantivas que se debieron observar según la legislación de su propio país, y agrega que:

«... Un número impresionante de precedentes indican que tales prácticas tienen pocas posibilidades de ser exitosas. Incluso en casos en los que se demostró que no se siguieron todos los procedimientos previstos bajo la Ley del propio Estado, los tribunales arbitrales, de manera consistente han sostenido que el Estado involucrado tienen un deber en buena fe de revelar la situación a la otra parte y que la omisión en hacerlo impide al Estado para posteriormente cuestionar la invalidez de su compromiso».⁽⁴⁷⁾

De manera similar, la nueva Ley 60/2003 de Arbitraje española señala:

Artículo 2(2): «Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sus- traerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral».

Como se puede ver, no es extraño que en el marco de un arbitraje los árbitros descarten los argumentos de la parte estatal que pretende evitar el arbitraje señalando límites o prohibiciones en la legislación interna para someter a este medio de solución de conflictos una determinada controversia. Así, sin perjuicio de la eventual responsabilidad frente a su Estado de los funcionarios que aceptaron el arbitraje, el Estado no puede contradecir sus propios actos y, por

⁽⁴⁷⁾ DELAUME, Georges R., «The Finality of Arbitration Involving States: Recent Developments», en: *Arbitration International*, 1989, Vol. 5, N° 1, p. 26 (traducción libre).

tanto, queda sometido a la voluntad expresada, sin perjuicio del análisis de su legitimidad a la luz de la legislación doméstica. Ello no es sino el traslado de los principios del Derecho Internacional Público que no permiten a un Estado liberarse de la fuerza vinculante de un tratado alegando problemas en su derecho interno para su exigibilidad.⁽⁴⁸⁾

6.2. El Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (CIADI)

Quizás el ejemplo más notable y rico del desarrollo de esquemas arbitrales para este tipo de controversias sea el CIADI⁽⁴⁹⁾, sistema que ha estado intensamente activo en los últimos años.

El objetivo que inspiró al CIADI era despolitizar la solución de los conflictos sobre inversiones mediante la utilización de la vía arbitral. Así, en la línea de lo que hemos reseñado anteriormente, la idea era crear un límite entre los derechos individuales de los inversionistas y las potestades públicas de los Estados que escapara justamente al influjo de tales potestades, sea a través de la intervención directa del Estado, sea a través de su influencia política en las Cortes ordinarias o la actitud localista (y, por tanto, no independiente) de las mismas. Es, pues, la creación de una «nueva aristocracia», una «aristocracia arbitral» que escape a la presión de los excesos de la democracia (o sistemas no tan democráticos) sobre los derechos individuales de los inversionistas, en especial los derechos de propiedad, de libre contratación y de libre empresa.

(48) Como señalé, el Dr. Juan José Ruda, profesor de Derecho Internacional de la Pontificia Universidad Católica del Perú me hizo notar este aspecto en una conversación sobre el particular. En ese sentido, es interesante apreciar que se confirma lo señalado respecto a una suerte de privatización de la justicia, basada en la conjunción de principios de Derecho Internacional Público y de Derecho Comercial, incluso para temas considerados inicialmente como de Derecho Público.

(49) Suele usarse el término CIADI para referirse al Convenio, al sistema e incluso al centro que administra los arbitrajes. En el presente trabajo se hará un uso indistinto del término para referirse a estos conceptos.

Ello explica, a su vez, las reacciones en contra de este esquema (y otros similares) que justamente acusan al CIADI de ser un sistema antidemocrático, que sustrae decisiones soberanas, basadas en un Estado representativo de la población, del sistema político. En las críticas se sugiere que estos esquemas sólo protegen los intereses de los inversionistas y dejan de lado los del Estado, lo que se convierte en una inaceptable interferencia del Derecho Privado sobre el Derecho Público.

Discrepamos de tal aproximación. La historia muestra que son muy comunes los excesos del poder político sobre las inversiones. Los inversionistas, carentes de esquemas que les brinden seguridad se inhibían de invertir, con las consecuencias evidentes para el desarrollo de los países, consecuencias que se agravaban conforme el país mostraba una menor seguridad institucional, mayores antecedentes de intervención del gobierno en la economía y poderes judiciales menos confiables. El fenómeno puede ser explicado más como la recuperación del equilibrio roto entre los derechos privados y las potestades públicas, que como la creación de un desequilibrio.

6.2.1. Alcances, objetivos y particularidades del CIADI

En 1965 el Banco Mundial aprueba el texto del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI o ICSID en sus siglas en inglés) que entró en vigencia el 14 de octubre de 1966.⁽⁵⁰⁾

El objetivo del CIADI es crear un foro arbitral que resuelva controversias entre los Estados miembros y los particulares de otros Estados miembros, a fin de dotar a la inversión de las seguridades que la

⁽⁵⁰⁾ El texto del Tratado puede ubicarse en: www.worldbank.org/icsid/basicdoc-spa/icsid-Spanish.pdf. Puede encontrarse información sobre los antecedentes de este Tratado en: ARON BROCHES, «*The Convention on the Settlement of Investment Disputes: Some observations on Jurisdiction*», en: *Columbia Journal of Transnational Law*, 1966, Vol. 5, N° 2, pp. 263-280; y, C.F. AMERASINGHE, «*The International Centre for Settlement of Investment Disputes and Development through the Multinational Corporation*», en: *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1976, Vol. 9, pp. 793-816.

hagan viable. Como ha señalado el propio CIADI, la creación de una institución designada para resolver disputas entre Estados e inversionistas extranjeros es un paso importante para promover una atmósfera de confianza mutua que estimule el flujo de capital internacional privado hacia aquellos países que deseen atraerlo.⁽⁵¹⁾

El CIADI es único en su especie. Ha conseguido, con inusual eficacia, sustraer del control de las legislaciones domésticas todo el proceso arbitral, incluida la anulación del laudo y virtualmente la ejecución del mismo. Esto significa que tanto las legislaciones locales como las Cortes ordinarias han visto mediatizado su rol. Casi se podría decir que el CIADI es un sistema arbitral «químicamente puro», libre de influjos procesales de las legislaciones y Cortes de los países miembros. Ello lo hace tan particular, pues es la consolidación de un sistema arbitral que se coloca por encima de la justicia entendida como una facultad pública exclusiva del Estado Nación. El CIADI nos muestra un sistema arbitral que podríamos definir como originario, es decir, que muestra un desapego casi total a controles de jurisdicciones nacionales y que nace no como una delegación por parte del Estado, sino de un acuerdo entre las partes.

Así, un arbitraje CIADI se desarrolla sólo bajo sus propias normas, sin la intervención de la legislación arbitral y del poder judicial del lugar donde físicamente se lleve a cabo el proceso, como de cualquier otro Estado.⁽⁵²⁾

El resultado de ello es una mediatización casi absoluta de la capacidad de los Estados de desconocer el arbitraje y el laudo que de él se derive. El reconocimiento del CIADI como un sistema auspiciado y acogido por el Banco Mundial hace, además, muy poco recomendable desconocer sus decisiones sin que un Estado corra el ries-

(51) Reporte del CIADI citado por C.F. AMERASINGHE, «*The International Centre for Settlement of Investment Disputes and Development through the Multinational Corporation*», cit., p. 794.

(52) Vid. Jan VAN DEN BERG, Albert, «*Some recent problems in the practice of Enforcement under the New York and ICSID Conventions*», en: 2 *ICSID Rev.*, Filj 439, 1987, p. 441.

go de ser castigado en los flujos de inversión futura. Y todo ello en un contexto que facilita la ejecución de lo resuelto, liberándose de los problemas de ejecución de fallos de Cortes extranjeras, gracias a la presunción de que el arbitraje es un sistema privado aceptado por ambas partes.

El sueño de los internacionalistas de crear un órgano omnímodo supranacional de solución de controversias se comienza entonces a realizar por un camino insospechado, es decir, a través del sometimiento de los Estados a un sistema arbitral donde los casos son resueltos por tribunales privados, liberados de los límites que suele imponerse las jurisdicciones ordinarias para decidir sobre los asuntos de otro Estado.

Un antecedente puede ayudarnos a comprender el cambio de paradigma y los límites que enfrenta un Estado para liberarse del compromiso de arbitrar.

En 1968 la empresa norteamericana *Alcoa Minerals of Jamaica Inc* (Alcoa) celebró un contrato con el Estado de Jamaica para invertir en la construcción de una planta de aluminio. El compromiso de inversión tenía como contrapartida un acuerdo de estabilidad tributaria, lo que implicaba una renuncia del Estado de Jamaica a ejercer su facultad de cambio del régimen tributario, potestad evidentemente pública. Se pactó que cualquier conflicto sería resuelto bajo el sistema CIADI. Jamaica no formuló ninguna reserva en relación al Convenio de 1965, a propósito del tipo de inversión que podía caer bajo su ámbito. No había, por tanto, mayor discusión sobre la arbitrabilidad de los conflictos derivados del contrato con Alcoa.

Luego de algunos años Jamaica intentó renegociar el contrato, en particular el compromiso de estabilidad tributaria. Alcoa se resistió a cambiar el régimen contractual, lo que motivó una modificación legislativa que afectaba directamente el contrato. Jamaica sostuvo que, estando involucrados recursos naturales (el contrato contemplaba una concesión de bauxita) que eran de potestad exclusiva e irrenunciable del Estado jamaíquino, no podía arbitrarse la controversia.

Alcoa demandó a Jamaica ante el CIADI por violación del contrato de estabilidad tributaria. Jamaica nunca se apersonó, creyendo que ello era consistente con su posición de no arbitrabilidad del conflicto.

Constituido el Tribunal Arbitral, este consideró que de acuerdo al artículo 25 del Tratado del CIADI «... *el consentimiento dado por las partes no... [podía] ser unilateralmente retirado*», por lo que el CIADI tenía competencia.⁽⁵³⁾

6.2.2. Carácter voluntario del CIADI y la renuncia a la protección diplomática

Es importante tener en cuenta que el CIADI es voluntario para el Estado. Ello significa que la simple ratificación del Tratado no hace arbitrables las controversias entre los Estados miembros y los nacionales de otros Estados miembros. Se requiere de un acuerdo posterior, sea a través de un convenio arbitral con el inversionista (similar a como ocurrió en el caso Alcoa que hemos reseñado) o por medio de un BIT suscrito entre dos países miembros.

Pero el CIADI es además una herramienta eficaz para neutralizar otras formas de intervención política. Nos referimos a la protección diplomática que puede ejercer el Estado del que es nacional el inversionista para buscar una decisión favorable a su nacional, por parte del Estado receptor de la inversión, por medio del ejercicio de presión en el ámbito de las relaciones internacionales. Ello, porque el artículo 27(1) del Convenio explícitamente contienen una renuncia de los Estados a utilizar esta vía de presión.⁽⁵⁴⁾ Es este elemento el

⁽⁵³⁾ Para un análisis completo de este caso *vid.*: John T. SCHMIDT, «*Arbitration Under the Auspices of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID): Implications of the Decision on Jurisdiction in Alcoa Minerals of Jamaica, Inc. v. Government of Jamaica*», 17 *Harv. Int'l L.J.* 90, 1996, pp. 93-103.

⁽⁵⁴⁾ «Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo».

que logra el equilibrio en el CIADI. El Estado receptor de la inversión renuncia a aplicar límites al sometimiento a arbitraje de ciertas controversias a cambio de la renuncia del inversionista a ejercer cualquier intento de «protección diplomática». Es liberar de una incomodidad al inversionista (someterse a las Cortes del Estado receptor de la inversión) a cambio de liberar de otra al Estado (exponerlo a las acciones de protección diplomática por parte del Estado del cual el inversionista es nacional). Esta evolución muestra precisamente la inoperancia de la cláusula Calvo, la que lejos de lograr su propósito, agudizó el problema al generar suspicacias fundadas en los inversionistas.

6.2.3. ¿Qué materias pueden ser objeto de arbitraje en el esquema CIADI?

Todas las ventajas señaladas, las que benefician tanto a los Estados como a los inversionistas, explican el gran éxito del CIADI, éxito que se ha profundizado en los últimos años, lo que se refleja en la cantidad de Estados signatarios⁽⁵⁵⁾ como en la cantidad de arbitrajes llevados a cabo bajo el sistema.⁽⁵⁶⁾

⁽⁵⁵⁾ Ello explica por qué, al año 2003, 140 Estados formen parte del CIADI, dentro de los que están incluidos un buen número de países latinoamericanos: Argentina (1994), Bahamas (1995), Barbados (1983), Bolivia (1995), Colombia (1997), Costa Rica (1993), Chile (1991), Ecuador (1986), El Salvador (1984), Granada (1991), Guatemala (2003), Guyana (1969), Honduras (1989), Jamaica (1966), Nicaragua (1995), Panamá (1996), Paraguay (1983), Perú (1993), San Vicente y las Granadinas (2003), Trinidad y Tobago (1967), Uruguay (2000) y Venezuela (1995). Ello constituye un cambio significativo de la reacción inicial de estos países que interpretaron en sus orígenes al CIADI como un sistema creado para perjudicar a los países en desarrollo. Esta actitud originalmente reticente se agudizó con la existencia de las llamadas «cláusulas Calvo» ya analizadas y que obligaban a los inversionistas a someterse a las Cortes del Estado receptor de la inversión.

⁽⁵⁶⁾ Al año 2003 se habían recibido un total de 133 solicitudes de arbitraje, y se ha llegado a un número importante de transacciones que gira alrededor de la mitad de las solicitudes de arbitraje presentadas. Vid. FRY, Jason, «Enforcement of the Award», ob. cit., p. 10. Andrés RIGO SUREDA, «ICSID: An Overview», en: *World Arbitration & Mediation Report*, Vol. 13, N° 6, June 2002, p. 168. En www.worldbank.org/icsid/cases/conclude.htm, puede identificarse la información actualizada.

La distribución de casos y problemas son de los más variados. Como veremos, algunos ni siquiera se refieren a la existencia de contratos (es decir, el caso de los BITS), pero una buena parte tienen que ver precisamente con contratos administrativos.

Delaume precisa que, de acuerdo al Tratado, podrán arbitrarse ante el CIADI conflictos sobre incumplimiento contractual, inclusive alegaciones sobre casos fortuitos o de fuerza mayor, la violación de cláusulas de estabilidad, la interpretación de los contratos y de la ley aplicable y la terminación de los contratos, incluyendo la expropiación o nacionalización y el tema de la compensación. No pueden arbitrarse conflictos de intereses, como son la renegociación de un contrato o de determinadas cláusulas contractuales. ⁽⁵⁷⁾

Como señala Omar E. García Bolívar, refiriéndose a otros temas no arbitrables:

«Disputas de naturaleza técnica, por ejemplo dimensiones de un terreno, especificaciones técnicas de un equipo, entre otras, aunque puedan estar relacionadas con la inversión, no están cubiertas por la Convención ni están dentro de los límites de la jurisdicción del CIADI. Igualmente disputas comerciales o políticas tampoco entran dentro del terreno del Centro». ⁽⁵⁸⁾

Así, el arbitraje de CIADI se refiere a controversias de naturaleza legal y no técnica.

Según Ibrahim F.I. Shihata & Antonio R. Parra, menos de la mitad de los casos se refieren a conflictos sobre inversión de capital (como problemas entre accionistas o *joint ventures*). Por el contrario,

⁽⁵⁷⁾ DELAUME, Georges R., «ICSID Arbitration Proceedings: Practical Aspects», 5 *Pace L. Rev.* 563, 1985, p. 567.

⁽⁵⁸⁾ GARCÍA-BOLÍVAR, Omar E., «La jurisdicción del Centro Internacional de Arreglos de Disputas de Inversiones (CIADI)», en: *Revista de Derecho Internacional y MERCOSUR*, Año 8, Vol. 1, 2004, p. 2.

más de la mitad de los casos se refieren a inversión extranjera distinta que no genera un problema de capital, incluyendo la concesión de recursos naturales y proyectos para la construcción y operación de infraestructura para la producción de bienes y servicios en el país receptor de la inversión. En un par de casos la inversión puede ser considerada como préstamo de mediano y corto plazo. En términos de su distribución sectorial, las inversiones han sido sumamente variadas, incluyendo agricultura, banca, energía, salud, industria, minería y turismo. En la mayoría de los casos la demanda ha sido por el pago de indemnizaciones. Sin embargo, en unos pocos casos, el principal remedio demandado ha sido la declaración de los derechos del inversionista, por ejemplo, referido a la aplicación de las normas tributarias por el país receptor de la inversión.⁽⁵⁹⁾

6.2.4. El arbitraje sin convenio arbitral: Legislación interna, los BITs y los Tratados multilaterales

Pero quizás el aspecto más interesante del CIADI, ya mencionado, es el llamado arbitraje sin convenio o «*arbitration without privity*». Bajo este supuesto no existe estrictamente hablando un convenio arbitral entre el inversionista y el Estado. Sólo existe una oferta unilateral de un Estado a que ciertas inversiones, que cumplan los requisitos establecidos en una ley o en un tratado, pueden solicitar el sometimiento a arbitraje, sin que el Estado en cuestión pueda resistirse a ir al mismo alegando la inexistencia de un acuerdo escrito. En esos casos, si, por ejemplo, existe un BIT entre el Estado receptor de la inversión y el Estado del que es nacional el inversionista, y el tipo de conflicto es de aquellos que justamente está contemplado en el tratado bilateral como arbitrable, el inversionista puede pedir el arbitraje y el Estado no puede resistirse a la instalación del Tribunal arbitral.

⁽⁵⁹⁾ SHIHATA, Ibrahim F.I. & PARRA, Antonio R., «*The Experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*», en: *Review-Foreign Investment Law Journal*, 1999, pp. 318-319

No es, por tanto, extraño encontrar el sometimiento unilateral en leyes sobre tratamiento de inversión extranjera.⁽⁶⁰⁾

El recoger la oferta arbitral en una ley interna no está exenta de problemas. Dado que se trata de una oferta contenida en acto legislativo, la modificación de la ley puede dejar sin efecto la oferta. Sin embargo, la interpretación ha sido que si el inversionista, al hacerse la inversión, conoció de la oferta, el Estado queda vinculado a ella así la legislación es modificada antes del inicio del conflicto. Nótese que el efecto derivado de ello es una suerte de no modificación, para efectos particulares de ciertos inversionistas, de la legislación, lo que implica una desaparición o mediatización de una potestad estatal.

Pero, sin duda, el caso más interesante de «*arbitration without privity*» es el de los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (BITs en sus siglas en inglés - *Bilateral Investment Treaties*) y el de varios tratados multilaterales.

No es fácil conocer el número real de BITs existentes a la fecha, pero Parra afirma que durante la década de los 60s habían 65 BITs, luego se suscribieron otros 86 BITs en la siguiente década y, a la fecha de su trabajo (año 2000), habían aproximadamente entre 1,400 a 1,800 BITs.⁽⁶¹⁾ Y el número viene creciendo exponencialmente.

Debe quedar claro que no todos los BITs contienen cláusulas de una oferta unilateral de arbitraje. Sin embargo, es común encontrar un marco que autoriza a suscribir convenios arbitrales, sin que el simple hecho de ser nacional de un Estado parte autorice a solicitar un arbitraje con el otro Estado. Se estima que cerca de la mitad de los BITs contienen cláusulas de este tipo. De hecho, no es posible referirse a una práctica usual. Cada BIT es un mundo aparte y su aplica-

⁽⁶⁰⁾ Un ejemplo es el artículo 8(2) de la Ley de Inversión Extranjera de Albania de 1993.

⁽⁶¹⁾ PARRA, Antonio R., «*ICSID and Bilateral Investment Treaties*», en: *ICSID News*, Vol. 17, N° 1, 2000, pp. 1-3.

ción no está regida por ningún patrón común. Hay que leer cada BIT para entender sus alcances y ver cómo se aplica.

Los BITs suelen ser más difíciles de modificar que la legislación interna, por lo que ofrecen mayor seguridad que una ley. Finalmente, los tratados sólo pueden ser modificados mediante el procedimiento previsto en el propio tratado. Y ese procedimiento suele ser más exigente que el que se pide para modificar una ley. Ello explica el tremendo éxito de los BITs en los últimos años como mecanismo para generar confianza y estabilidad jurídica.

También se puede acceder al CIADI al amparo de tratados multilaterales, como el *Energy Charter Treaty* de 1994; los Protocolos de Colonia y de Buenos Aires sobre Promoción y Protección de Inversiones celebrados dentro del marco del MERCOSUR; el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA) y el Tratado de Libre Comercio celebrado en 1994 entre México, Colombia y Venezuela.

6.2.5. La cláusula de la nación más favorecida

Pero el sistema CIADI aún nos reserva más sorpresas que mediatizan las facultades y poderes del Estado mediante el arbitraje. Ello se refleja en el uso de la cláusula de «la nación más favorecida» por parte de árbitros que permiten aplicar a un país un BIT suscrito por otro, si este contiene cláusulas más favorables al del país original.

Por ejemplo, todavía existen Estados que exigen el agotamiento de sus vías judiciales como paso previo para acceder al CIADI. Modernamente este requisito viene cediendo paso a la negociación o conciliación previa. Pero un precedente arbitral da muestras de la posibilidad de ir eliminando requisitos obsoletos o poco prácticos conforme se van celebrando BITs. El precedente es Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España (Caso ARB/97/7).

En el caso, el ciudadano argentino Emilio Maffezini inició un arbitraje CIADI sobre la base de una controversia por el tratamiento que recibió su inversión en la empresa española EAMSA, para la fabricación y distribución de productos químicos en la región de Galicia.

El demandante amparó su solicitud de arbitraje en el BIT entre España y Argentina, pero, además, se basó en la cláusula de la nación más favorecida y pidió la aplicación del BIT entre España y Chile, el que, a diferencia del primero, no exige el agotamiento de la vía judicial como requisito para acceder a la mecánica del CIADI.

España cuestionó la jurisdicción del CIADI. Para ello señaló, según el artículo 26 del Convenio CIADI y al BIT España-Argentina, que si bien el Sr. Maffezini tenía el derecho de iniciar una acción ante el CIADI, el BIT lo sujetaba a agotar la acción ante el poder judicial español.

El Tribunal Arbitral, en su fallo sobre jurisdicción, se basó en el caso *Ambatielos*,⁽⁶²⁾ señalando que debía aplicarse la cláusula de la nación más favorecida, pues muchos BITs expresamente reconocen la extensión de esa cláusula a las normas sobre solución de controversias o, como señala el BIT Argentina-España, a «todas las materias regidas por el presente Acuerdo».

En ese sentido, el laudo sobre jurisdicción señaló que «... *si un tratado con un tercero contiene disposiciones para la solución de controversias que sean más favorables para la protección de los derechos e intereses del inversor que aquellos del tratado básico, tales disposiciones pueden extenderse al beneficiario de la cláusula de la nación más favorecida pues son plenamente compatibles con el principio ejus dem generis. Naturalmente que el tratado con el tercero tiene que referirse a la misma materia que el tratado básico ...*».⁽⁶³⁾

(62) Así, en el laudo sobre Jurisdicción de noviembre de 2000, el Tribunal Arbitral se refirió al caso *Ambatielos* (Comisión de Arbitraje de las Naciones Unidas establecida para la demanda de *Ambatielos* entre Grecia y el Reino Unido, 1956), señalando que «[I]a Comisión de Arbitraje... confirmó la relevancia de la regla *ejus dem generis*, afirmando que ‘la cláusula de la nación más favorecida sólo puede comprender materias pertenecientes a la misma categoría de asuntos que aquel al que se refiere la propia cláusula’. Aplicando este standard a dicho caso la Comisión concluyó ‘... que la protección de los derechos de las personas dedicadas al comercio y la navegación mediante disposiciones sobre solución de controversias queda comprendida en el tratamiento general de los comerciantes cubiertos por la cláusula ...’».

(63) Luego el Tribunal dio laudo sobre el fondo, y determinó que España era parcialmente responsable. El laudo se puede ubicar en: www.worldbank.org/icsid/cases/emilio_laudodeltribunal.pdf.

La continuación de este proceso de estandarización será la aplicación de marcos cada vez más favorables a los inversionistas, lo que tiene lógica si se considera que son la parte débil de la relación por la inexistencia de facultades públicas que pueden ser usadas para afectar sus derechos individuales.

6.2.6. Problemas de ejecución de laudos y decisiones arbitrales

Sin embargo, el CIADI, como todo sistema arbitral con el Estado, no está exento de problemas. Si bien el sistema ha llegado a tener una independencia virtualmente total de las Cortes de los países involucrados, al momento de ejecutar el laudo no es extraño que se presenten dificultades.

Tal como se explicó, en el ámbito comercial (contratos de adquisición de bienes o prestación de servicios) los Estados son tratados como cualquier privado. Por ello, la existencia de un acuerdo para someterse a arbitraje no plantea, en términos generales, problemas para la ejecución y los poderes judiciales suelen cooperar para alcanzar tal fin.

Pero, como señala Cantuarias, en el ámbito de las inversiones, dado que en principio los Estados gozan de inmunidad, el pacto de remitir el conflicto al arbitraje no siempre puede ser ejecutado en el Poder Judicial de ciertos países, por lo que no es extraño que el inversionista se vea en la necesidad de litigar ante el poder judicial del país receptor de la inversión. Es más, a veces esta negativa a apoyar la ejecución de los convenios arbitrales se debe a la falta de jurisdicción de las cortes nacionales para conocer el caso. Estos problemas se presentan aún con mayor frecuencia cuando el inversionista pacta el arbitraje en la sede del Estado receptor de la inversión, quedando así a merced de las decisiones judiciales locales.⁽⁶⁴⁾

A ello hay que añadir que los laudos arbitrales referidos a cuestiones comerciales suelen ser reconocidos y ejecutados ante el Poder

(64) CANTUARIAS, Fernando. *Borrador Libro Arbitraje*, Capítulo 7, p. 262.

Judicial de muchos Estados, al amparo de la Convención de Nueva York de 1958;⁽⁶⁵⁾. Por el contrario, los laudos arbitrales referidos a temas de inversiones no siempre son reconocidos y ejecutados, pues en aplicación de la Convención de Nueva York el Poder Judicial puede denegar la solicitud de reconocimiento y ejecución del laudo, amparado en las causales de orden público o que el conflicto no es susceptible de solución por la vía arbitral.⁽⁶⁶⁾

A estos problemas hay agregar aquellos referidos al posible reconocimiento de inmunidad soberana en los Estados,⁽⁶⁷⁾ y las diferencias que surgen entre inmunidad de jurisdicción e inmunidad de ejecución, como ha quedado ilustrado en el célebre caso LIAMCO, ya analizado, en el que luego de que se venciera en un proceso arbitral al Estado de Libia respecto a un litigio por la nacionalización de unas concesiones petroleras, la solicitud de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral recibió respuestas contradictorias en las Cortes de Suiza (no aceptó reconocer y ejecutar el fallo aunque había sido dictado en Génova), Francia (reconoció el laudo arbitral), Suecia (hizo lo mismo) y los Estados Unidos de América (que denegó en una primera instancia el reconocimiento en base al *Act of States*, aunque meses después en otro fallo se llegó a una solución distinta).⁽⁶⁸⁾

(65) Sobre el particular ver DELAUME, Georges R., «*Recognition and Enforcement of State Contract Awards in the United States: A Restatement*», en: 91 *Amer. J. Int'l L.* 476, 487, 1997, p. 477.

(66) Artículo V (2) (a) y (b) de la Convención de Nueva York de 1958.

(67) Sobre el particular, es interesante el fallo de la Corte de Casaciones de Francia de julio de 2000, en el caso *Société Creighton vs. Ministère des Finances de l'Etat du Qatar*, en el que se consideró que un laudo arbitral dictado contra un Estado bajo los auspicios de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), implicaba, bajo los principios del derecho internacional y del reglamento arbitral de ese Centro, la renuncia a la inmunidad en materia de ejecución. Sin embargo, como bien explica SILVA ROMERO, Eduardo, «*ICC Arbitration and State Contracts*», ob., cit., p. 45. el caso no puede ser considerado la panacea, pues su importancia está atemperada y limitada por la identificación del concepto de propiedad pública. De hecho, la Corte de Apelaciones de París señaló que la renuncia a la inmunidad se aplica solo a la propiedad del Estado que no haya sido colocada para el servicio público.

(68) Sobre el particular, *vid.* CANTUARIAS, Fernando, *Borrador Libro Arbitraje*, Capítulo 7, p. 266.

Según Craig, Park & Paulsson, aun cuando cada vez se acepta más que la existencia de un pacto arbitral implica una renuncia a la inmunidad soberana, el antecedente del caso LIAMCO ilustra la falta de consenso y predictibilidad que existe todavía en esta materia.⁽⁶⁹⁾

6.2.7. Conflicto entre un Tratado y un Convenio Arbitral

Un último problema que vamos a reseñar y que es relativamente común en el marco del CIADI, es la aparición de contradicciones entre lo que establece un tratado (sea multilateral o sea un BIT) que somete a un país al sistema CIADI y la existencia de un convenio específico de sometimiento a arbitraje o al Poder Judicial en un contrato entre el inversionista y el Estado. ¿Qué debe primar en este caso? ¿Cómo debe solucionarse el conflicto?

Por ejemplo, imaginemos que una empresa X tiene suscrito un contrato de concesión para la explotación de un servicio público con el Estado Y. Ese contrato puede contener un convenio arbitral de sometimiento del conflicto a una institución arbitral diferente al CIADI, por ejemplo, a la Cámara de Comercio Internacional (CCI). O puede ser también que se someta cualquier conflicto a las cortes del país Y.

Imaginemos, también, que existe un BIT entre el país del que es nacional la empresa X y el país Y, y que dicho BIT somete el conflicto al sistema CIADI. La pregunta que surge es si debe preferirse el mecanismo de solución de controversias previsto en el contrato específico que contiene el convenio arbitral, o si, por el contrario, debe preferirse el sistema CIADI. O de pronto cabe analizar si ello queda a opción de las partes y de ser así a cuál de ellas.

Se trata de un tema en el que no existe consenso y uno puede encontrar decisiones casi para todos los gustos. Veamos algunos casos vinculados a este problema.

⁽⁶⁹⁾ CRAIG, W. LAWRENCE, PARK, William W. & PAULSSON, Jan, «*International Chamber of Commerce Arbitration*», cit., p. 672.

Un primer caso, citado por Cantuarias,⁽⁷⁰⁾ es Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. República Árabe de Egipto (Caso ARB/99/6).

La autoridad egipcia encargada de aprobar inversiones dentro de una zona de libre comercio, emitió la Resolución 512/82 de 1982 que autorizaba la instalación en Suez de una empresa de propiedad del demandante (*Badr Cement Terminal*). El objeto de la empresa era la importación, procesamiento y venta local de cemento. Por su parte, mediante Decreto N^o 13 de 1983 se otorgó a la demandante una licencia para desarrollar las actividades señaladas y se concedió a la inversión una protección por 10 años, de conformidad con la legislación egipcia de inversiones.

Pero en 1989 el gobierno egipcio prohibió, por decreto, la importación de cualquier tipo de cemento Pórtland. Ello impedía el desarrollo de las operaciones de la demandante. Para colmo de males el gobierno egipcio embargó y remató ilegalmente un pontón en el que el inversionista procesaba el cemento, causándole diversos daños.

Ante esta situación, el inversionista inició el arbitraje ante el CIADI al amparo del BIT Grecia-Egipto y del contrato de Licencia.

En su decisión sobre jurisdicción de 27 de noviembre de 2000, el Tribunal Arbitral se declaró competente únicamente para juzgar las posibles violaciones al BIT, entendiendo que eran las únicas disposiciones en que se sustentaba su competencia y dado que el contrato de licencia calificaba como una inversión de acuerdo al BIT y al CIADI.

En su laudo del 12 de abril de 2002 se determinó que Egipto era responsable, al considerar que, por la vía indirecta, expropió la inversión del demandante sin una adecuada compensación, lo que constituía una violación a lo dispuesto en el BIT pertinente.

(70) Vid. CANTUARIAS, Fernando, *Borrador Libro Arbitraje*, Capítulo 7, p. 422.

En el caso Lanco International, Inc. c. República de Argentina (Caso ARB/97/6),⁽⁷¹⁾ la demandante era parte de un consorcio que tenía un contrato de concesión de un puerto. El contrato contenía una cláusula según la cual cualquier conflicto debía ser resuelto por los Tribunales Federales en lo Contencioso-Administrativo de la Capital Federal argentina.

Pero el artículo 7 del BIT Argentina-Estados Unidos de América, daba al inversionista la opción de recurrir al poder judicial local, a algún mecanismo de solución de disputas acordado o al arbitraje del CIADI.

Presentada la solicitud de arbitraje al CIADI, Argentina sostuvo que debía recurrirse a su Poder Judicial según lo acordado en el contrato, ya que se había pactado en contra de lo establecido en el BIT.

En su decisión sobre jurisdicción de 8 de diciembre de 1998, el Tribunal Arbitral consideró que era competente al amparo del BIT, ya que el pacto de sometimiento al poder judicial del contrato no calificaba como un mecanismo de solución de disputas previamente acordado por las partes, porque según la ley argentina sólo cabía acceder al poder judicial. Además, el Tribunal citó la regla de exclusividad contenida en el artículo 26 del Convenio CIADI⁽⁷²⁾ sosteniendo la primacía de las reglas contenidas en el BIT por sobre el pacto contenido en el contrato de concesión. Sin embargo, el sentido y los argumentos usados en este fallo no gozan de consenso y por el contrario han sido duramente criticados.

La diversidad de criterios se muestra en el caso de Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argen-

(71) Citado por CANTUARIAS, Fernando, *Borrador Libro Arbitraje*, Capítulo 7, pp. 422-425.

(72) «Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio».

tina (caso N^o ARB/97/3).⁽⁷³⁾ Se trataba de un contrato de concesión del servicio público de agua potable suscrito por una empresa vinculada a la empresa francesa Compagnie Générale des Eaux, con la Provincia de Tucumán. El contrato se sometía en caso de conflicto a los Tribunales en lo Contencioso-Administrativo de la Provincia de Tucumán. Pero el artículo 8 del BIT Argentina-Francia permitía al inversionista escoger entre ir a las Cortes locales, un arbitraje ad-hoc bajo las reglas del UNCITRAL o el sistema CIADI.

En el laudo de fecha 21 de noviembre de 2000, el Tribunal se consideró competente para juzgar cualquier pretensión referida al BIT, pero reconoció simultáneamente el pacto contenido en el contrato de concesión, el que fue limitado a las controversias estrictamente contractuales. Acto seguido el Tribunal Arbitral se negó a resolver las pretensiones referidas al BIT, señalando la estrecha relación existente con los reclamos relativos al contrato de concesión, y que debían ser resueltos por las Cortes argentinas.

La decisión fue objeto de un proceso de anulación de laudo arbitral, en el que el Comité Ad-Hoc en su fallo de 3 de julio de 2002 anuló el laudo arbitral al considerar que los árbitros habían excedido su poder al haberse negado a pronunciarse sobre el fondo de la controversia. El Comité Ad-Hoc sostuvo que un Estado puede violar un tratado sin violar un contrato de inversión y vice versa y que un mismo hecho puede llevar a cometer ambas violaciones. Sobre la base de este razonamiento concluyó que si las pretensiones esencialmente están referidas a la violación de un contrato, el Tribunal Arbitral efectivamente está en la obligación de reconocer el pacto de solución de controversias previsto en tal contrato, pero si lo que se reclama esencialmente es la violación de un BIT, corresponde que el Tribunal Arbitral asuma jurisdicción. En consecuencia, como el Tribunal Arbitral en el caso materia de comentario era competente según lo dispuesto en el BIT Argentina-Francia, el Tribunal excedió sus poderes al negarse a resolver el caso.

(73) Citado por CANTUARIAS, Fernando, *Borrador Libro de Arbitraje*, Capítulo 7, pp. 425-427.

En Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c. Reino de Marruecos (Caso ABR/00/4),⁽⁷⁴⁾ ocurrió una situación similar. El contrato de construcción de una carretera concedía competencia a las cortes administrativas marroquíes, mientras que el BIT Italia-Marruecos permitía ir a las cortes nacionales, a un arbitraje ad-hoc o al CIADI.

El Tribunal Arbitral al resolver en su fallo de 23 de julio de 2001 sobre jurisdicción, hizo suyo uno de los argumentos del caso Lanco c. Argentina, pues dado que el acceso a las cortes marroquíes era impuesto por ley, no se trataba realmente de una opción en el sentido señalado por el BIT. También señaló que el artículo 8º del BIT era aplicable a cualquier controversia, lo que incluía la violación del contrato.

En SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán (Caso N  ARB/01/13)⁽⁷⁵⁾ se abordó el mismo problema. Se trataba de un contrato que encargaba a SGS la inspección y valuación de bienes a importarse de terceros países a Pakistán para efectos aduaneros. El contrato contenía un convenio arbitral que determinaba un arbitraje en el mismo Pakistán. Por otro lado el BIT Suiza-Pakistán, permitía acudir al CIADI.

La SGS, amparándose en el BIT, demandó que el contrato había sido terminado de manera ilegítima pues fue resuelto sin fundamento por Pakistán, lo que había significado el incumplimiento del contrato y a su vez del BIT, por lo que debían ser indemnizada.

El Tribunal, en su Decisión sobre Jurisdicción del 6 de agosto de 2003, acogió en parte los fundamentos del Comité Ad-Hoc en el caso Compa a de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina. Así, reconoció que de un solo hecho pueden derivarse reclamos fundados en el BIT y en el contrato. Acto seguido concluyó que el BIT autorizaba a conocer las pretensiones materia

(74) Citado por CANTUARIAS, Fernando, *Borrador Libro de Arbitraje*, Capítulo 7, pp. 428-429.

(75) Citado por CANTUARIAS, Fernando, *Borrador Libro de Arbitraje*, Capítulo 7, p. 429.

de la controversia. Así el convenio arbitral que señalaba que debía arbitrarse en Pakistán era válido, pero solo aplicable a controversias contractuales. Dijo el Tribunal que si las partes hubieran querido darle jurisdicción al CIADI en temas contractuales así lo hubieran previsto en el BIT, lo que no había ocurrido.

Finalmente comentaremos el caso *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República de Filipinas* (Caso N^o ARB/02/6).⁽⁷⁶⁾ En este caso también existía un contrato de supervisión de importaciones que sometía cualquier controversia a las cortes regionales de Makati o de Manila y, por otro parte el BIT Suiza-Filipinas sometía controversias sobre inversiones al CIADI.

El Tribunal en su decisión sobre jurisdicción de 29 de enero de 2004, se apartó del análisis efectuado en el caso anterior y consideró que el BIT Suiza-Filipinas que reconocía su aplicación para resolver cualquier controversia sobre inversiones, sin importar si era o no contractual. Yendo más allá, incluso, indicó que sólo cabría llegar a un resultado diferente si el BIT hubiera dispuesto expresamente que la cláusula de solución de controversias se aplicara exclusivamente a «disputas referidas a la interpretación de este Convenio» o contuviera una redacción similar, ya que allí sí se limitaría el acceso al arbitraje del CIADI a reclamaciones por la violación de las disposiciones del BIT.

El resultado de su razonamiento lo condujo a formularse dos preguntas: la primera, la interpretación que se debe hacer de la cláusula de solución de controversias contenida en un BIT; y, la segunda, el impacto que tendrá en la jurisdicción de los tribunales identificados en un BIT para conocer las pretensiones referidas a un contrato cuando éste último contiene un pacto de solución de controversias distinto. Cantuarias resume el razonamiento del Tribunal de la siguiente manera:

(76) Citado por CANTUARIAS, Fernando, *Borrador Libro de Arbitraje*, Capítulo 7, pp. 429-430.

«Sobre esto último, el Tribunal Arbitral consideró en primer lugar que no era aceptable seguir el análisis desarrollado en el caso *Lanco International, Inc. c. República de Argentina*. En ese sentido, entendió que con o sin la exigencia legal de sometimiento a una determinada jurisdicción, lo cierto es que el pacto contenido en un contrato es obligatorio para las partes y debe ser respetado, con independencia de que el foro al que se sometan las partes sea uno judicial o arbitral. Además, correctamente afirmó que el artículo 26 del Convenio CIADI contenía una regla de interpretación y no una norma mandatoria.

Seguidamente el colegiado (este vez sólo en mayoría, lo que no es usual en el CIADI) entendió que como el BIT y el contrato identificaban dos jurisdicciones distintas para resolver las controversias referidas al contrato, debía apelarse al principio de que lo especial prima sobre lo general (en este caso el contrato era especial frente a la disposición general que era el BIT). Además, considerando la naturaleza de los BITs, había que entender que éstos no pretenden reemplazar un pacto de solución de controversias libremente acordado por las partes.

Por lo tanto, aquí el colegiado entendió que el problema no era uno de jurisdicción (ya que el Tribunal Arbitral tenía jurisdicción en base al BIT para conocer las reclamaciones referidas al contrato), sino uno de admisibilidad de la demanda, en el sentido que si el contrato contiene un pacto de solución de controversias, corresponde acudir a él, salvo fuerza mayor o supuestos similares.

En conclusión, el Tribunal Arbitral por mayoría fue de la opinión que no debía ejercer jurisdicción contra las reclamaciones referidas al contrato, ya que las partes habían acordado otra cosa. Ello, sin embargo, no impedía que el colegiado asumiera jurisdicción respecto a cualquier alegada violación al BIT, como de hecho la asumió respecto a las supuestas violaciones de los artículos X(2) y IV del BIT, aunque seguidamente por mayoría decidió suspender

el arbitraje por prematuro, al considerar que como la disputa estaba referida a un monto de dinero que se debía de acuerdo al contrato, se requería que previamente se siguiera la vía pactada contractualmente».⁽⁷⁷⁾

Como se puede ver se trata de una discusión abierta y donde es evidente que no es fácil predecir el resultado de una discusión sobre si prima el tratado o el convenio arbitral pactado entre las partes.

La última jurisprudencia, sin embargo, parece reconocer un cierto valor al pacto contractual, pero solo respecto de las controversias originadas en el propio contrato.

En todo caso es importante apreciar la evolución dinámica del arbitraje como la opción para resolver controversias vinculadas incluso a facultades de imperio del Estado. Ello, que era impensable bajo la perspectiva clásica que inspira al Derecho Administrativo, es hoy «pan de todos los días», lo que ha determinado una suerte de sometimiento de temas de Derecho Público al método de solución de controversias más característico del Derecho Privado. El CIADI, sin perjuicio de basarse en un sistema de tratados generados al amparo del Derecho Internacional Público, es por definición un sistema privado que ha permitido generar confianza en las relaciones entre los Estados y los inversionistas.

6.3. La discriminación a favor de los extranjeros

Un curioso fenómeno generado por la rápida evolución del arbitraje internacional ha sido justamente un tratamiento más favorable a los inversionistas extranjeros que a los nacionales. Ello se ha derivado principalmente del mantenimiento de un cierto nivel de poder monopólico del Estado sobre los inversionistas nacionales de los que los inversionistas extranjeros se han liberado gracias a la competencia entre Estados por atraer inversión.

⁽⁷⁷⁾ Citado por CANTUARIAS, Fernando, *Borrador Libro de Arbitraje*, Capítulo 7, pp. 434-436.

Así, por ejemplo, esquemas como el CIADI no suelen estar al alcance de los inversionistas nacionales, al menos de manera directa. Ello conduce a que sea más difícil liberarse de los problemas de jurisdicción de las cortes locales. La paradoja es que la introducción en las leyes y Constituciones Latinoamericanas de términos inspirados en la cláusula Calvo, dirigida a reducir un tratamiento diferenciado entre nacionales y extranjeros, contribuyó en realidad a segregar, por la vía del desarrollo del arbitraje internacional, a los nacionales para alcanzar esos mismos canales para la solución de sus controversias.

Esto no significa que no hayan habido avances favorables al desarrollo del arbitraje doméstico como una alternativa, pero sus avances distan mucho de los alcanzados a nivel del arbitraje internacional, con la creación de elementos como el arbitraje sin convenio, de arbitraje sin revisión por cortes nacionales (como en el CIADI) la no oponibilidad del derecho interno para limitar la arbitrabilidad, la aplicación de la cláusula de la nación más favorecido, entre otros elementos que favorecen al inversionista extranjero.

7. CONCLUSIÓN

El espacio disponible no ha permitido el desarrollo de todo el detalle que hubiera merecido el arbitraje en los contratos administrativos. Se trata de un fenómeno del que aún no somos totalmente concientes de sus implicancias y alcances. Bajo esta figura, está ocurriendo una auténtica revolución de las concepciones más tradicionales del Derecho Administrativo, revolución que está llevando esta rama a una suerte de privatización.

Es cada vez más común que al surgir una controversia entre un administrado y la administración, los abogados que tengamos que contratar no sean abogados administrativistas sino expertos en arbitraje comercial. Este fenómeno lo entiendo como positivo.

La asimetría Estado-ciudadano, favorable al primero, ha sido aceptada de manera excesivamente pacífica, cuando es el Estado el que se debe al ciudadano. El arbitraje está contribuyendo a volver las cosas a su sitio, al darle a los particulares el sitio que merecen.

El arbitraje y la contratación administrativa nacieron como enemigos irreconciliables, como polos opuestos. Pero están aprendiendo a intimar, a encontrarse y con ello a generar esquemas en los que el Derecho Administrativo se vuelva más confiable y el arbitraje comercial se haga más importante. En ese encuentro se genera confianza y con la confianza ganan los Estados, ganan los inversionistas y sobre todo los ciudadanos de los países receptores de la inversión.

ARBITRAJES MIXTOS Y LEY APLICABLE EN EL TLC - PAÍSES ANDINOS CON USA

FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI (*)

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *De Adam Smith al NAFTA, un largo camino y una misma idea.* 3. *El NAFTA como hito en la evolución progresiva de los TLCs.* 4. *El derecho aplicable en los TLCs y los arbitrajes mixtos: del NAFTA al proyecto de TLC - Países Andinos con USA.* 5. *La aplicación del Derecho Nacional y del Derecho Internacional de las Inversiones en el TLC - Países Andinos con USA.* 6. *Conclusión.*

1. INTRODUCCIÓN

En este artículo se desarrolla un análisis general sobre el derecho aplicable en los arbitrajes mixtos del capítulo de inversiones del proyecto de TLC - Países Andinos con Estados Unidos de Norteamérica (USA). A tal efecto, se explica la evolución del libre comercio a lo largo del tiempo, en orden a que entraña un fenómeno-

(*) Profesor en el curso de Arbitraje Nacional e Internacional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

no histórico que sin duda influye en los contenidos actuales del Derecho Internacional Económico y del Derecho Internacional de las Inversiones. Además, se realizan algunas reflexiones sobre el efecto paradigmático que tiene el tratado NAFTA a partir de los años noventa y en el contexto de la última globalización.

A continuación se hace referencia a la línea evolutiva que marcan algunos cambios incorporados en los artículos 10.5 y 10.22 del capítulo de inversiones del proyecto de TLC - Países Andinos con USA respecto de NAFTA, haciendo hincapié en lo referente al rol de la Comisión de Libre Comercio como ente que produce interpretaciones vinculantes, generando efectos en el proceso de evolución de lo que se entiende por Derecho Internacional en NAFTA, destacando, además, la influencia de la jurisprudencia arbitral mixta en este proceso evolutivo.

Finalmente, se comenta la novedosa incorporación de la remisión prelatoria al derecho nacional en el texto del proyecto de TLC - Países Andinos con USA, sin que ello excluya por completo la aplicación del Derecho Internacional, en la forma prevista en el articulado correspondiente al Capítulo X de dicho proyecto y en donde la referencia a la aplicación del Derecho Internacional da pie a la aplicación de los principios del mismo Derecho Internacional, siguiendo tácitamente la nomenclatura de las fuentes previstas en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Queda, además, establecida la aplicación del Derecho Internacional Consuetudinario en lo que concierne al nivel mínimo de trato de los inversionistas por parte del Estado sujeto al proyecto de tratado. Esto, a diferencia de lo que ocurre en el NAFTA, en donde el Derecho aplicable en este caso ha sido el Derecho Internacional General, situación que cambió con la emisión de la interpretación llevada a cabo por la Comisión de Libre Comercio del NAFTA en el año 2001.

2. DE ADAM SMITH AL NAFTA, UN LARGO CAMINO Y UNA MISMA IDEA

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (por sus siglas en inglés: NAFTA); instauró un marco jurídico de libre comercio entre México, Canadá y los Estados Unidos de Norteamérica (en adelante: USA), regulando en forma integral la relación jurídico-económica de los países miembros a partir de una variada gama de asuntos normados en sus respectivos capítulos y extendiendo los alcances del tratado de libre comercio pactado entre USA y Canadá (CUFTA) hacia principios de los años 90.⁽¹⁾

De conformidad con la teoría de la integración económica contemporánea, el NAFTA constituye una iniciativa institucionalista liberal o intergubernamentalista de integración.⁽²⁾ Se trata del enfoque teórico actualmente más influyente, a partir del paradigma sajón o liberal de integración regional. En términos generales, se fundamenta en la interdependencia económica creciente que apareja la globalización,⁽³⁾ destacando el rol de los Estados como gestores de la liberalización económica y como guardianes institucionales entre lo nacional y lo internacional. Dicho paradigma privilegia el diseño y la práctica de estrategias referidas a objetivos o temas específicos como la libre competencia, el acceso a mercados, los regímenes de propie-

(1) Cfr. KINNEAR, Meg; HANSEN, Robin (2005); “*The Influence of NAFTA Chapter 11 in the BIT Landscape*”; Symposium: *Romancing the Foreign Investor: BIT by BIT*; U.C. Davis *Journal of International Law and Policy*, Fall 2005; 12 U.C. Davis J. Int’l L. & Pol’y 101; p. 102.

(2) Se distingue así de otros modelos de integración como el “renano o neoestructuralista”, a partir del cual se explica la conformación de la Unión Europea y su esquema institucional; Cfr. CASAS G., Ángel María (2002); “La Economía Política Internacional de la Nueva Integración Regional de las Américas: El Caso de la Comunidad Andina”; *Revista Integración y Comercio*, N° 16; Publicación Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe; INTAL; p. 108.

(3) Sin embargo, para algunos autores la globalización se debe principalmente a la evolución tecnológica antes que a la liberalización económica. Ver: ROGOFF, Kenneth (2006); “*Artificial Intelligence and Globalization*”, en: *Project Syndicate*, <http://www.project-syndicate.org/commentary/rogoff13>.

dad intelectual, los temas relativos a servicios, la protección de las inversiones, entre otras.⁽⁴⁾

A más de una década de negociado y de puesto en vigencia el NAFTA, diversos tratados similares han sido concluidos o están siendo negociados por USA con los Países Andinos (Colombia, Ecuador, Perú), Australia, Chile, Singapur, Suiza, etc. Algo similar ocurre por parte de otros países en otros lugares del mundo, que, con diversas variaciones, siguen el mismo modelo de integración liberal.⁽⁵⁾ En consecuencia, esta pareciera ser una tendencia creciente que privilegia la proliferación de tratados de libre comercio durante la actual etapa de la globalización.⁽⁶⁾

Este contexto se da a partir de esquemas de integración basados en la liberalización integral y recíproca de las economías de los países y donde la proliferación de acuerdos comerciales se ha convertido en una característica de los tiempos. Es así como han surgido nuevos problemas, como las secuelas jurídicas del creciente “*spaghetti bowl*” producido por la proliferación de tratados, que supone la participación de un mismo país o grupos de países, en múltiples procesos de integración de diverso tipo y con la concurrencia de diferentes tratados internacionales, adquiriendo entonces especial relevancia la cláusula de la nación más favorecida como elemento regulador a ser interpretado jurisprudencialmente, así como las tendencias hacia la homologación o armonización de tratados e incluso de los sistemas jurídicos nacionales entre sí.⁽⁷⁾

Sin embargo, cabe destacar que las teorías sobre el efecto positivo del libre comercio y la globalización no son nuevas. Ya en 1779

(4) Cfr. KINNEAR, Meg; HANSEN, Robin, *ob. cit.*

(5) En la actualidad, el Perú negocia con Chile un TLC de última generación y algo similar ocurre entre el Perú y Tailandia.

(6) Sobre las etapas de la globalización y el arbitraje ver: KUNDMÜLLER, Franz (2005); «El Arbitraje y los Tratados de Libre Comercio»; en: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 1/2005; pp. 121 - 132.

(7) Cfr. CASAS; *ob. cit.*; p. 98.

Adam Smith pronosticó, en su libro *El Bienestar de las Naciones*, que la globalización⁽⁸⁾ sería un motor poderoso para el progreso económico y que trascendería los nacionalismos económicos, no obstante sus innegables impactos, a veces negativos, en la estructura organizativa institucional de los países, en el poder soberano estatal y, en general, en la autoridad de los Estados-Nación.

Nótese que esta tesis del libre comercio surgió en la época de expansión colonial de los grandes Estados europeos, justamente antes de que se verifique la consolidación soberana del concepto de Estado moderno como modelo de gestión política e institucional y como gran heredero estructural e histórico de los postulados maquiavélicos inherentes a la ciencia política occidental.

En consecuencia, desde la perspectiva económica smithsoniana antes referida, el perfeccionamiento, incremento y diversificación de la productividad a partir de la división del trabajo⁽⁹⁾ estarían condicionados, principalmente, por la dimensión de los mercados y por las ventajas comparativas existentes entre países, tanto relativas como absolutas, en un contexto de libertad económica regulada jurídicamente mediante los derechos nacionales y los tratados internacionales.

(8) Para Von Bogdandy y respecto de la transformación del Estado - Nación a partir de la globalización: “*The term globalization subsumes - similarly to the related terms ‘international integration’ or ‘de-bordering’ (Entgrenzung) - a number of highly disparate observations whose regular common denominator is the determination of a profound transformation of the traditional nation-state, at least in its European form. This transformation affects the democratic principle, since the nation-state has so far formed the framework for its successful realization*”; VON BOGDANDY, Armin (2004) “*Globalization and Europe: How to square Democracy, Globalization and International Law*”, en: *European Journal of International Law*, nov. 2004, 15 Eur. J. Int’l L.; p. 886.

(9) Howse hace extensiva la reflexión a David Ricardo: “*As is known to every student of trade law and policy, the modern idea of free trade originates from the theories of absolute and comparative advantage developed by the classical political economists, Adam Smith and David Ricardo. Smith and Ricardo both addressed themselves to a sovereign unilaterally deciding its trade policy. They concluded that, with some qualifications or exceptions, a policy of liberalizing restrictions on imports would maximize the wealth of that sovereign*”, en: HOWSE, Robert (2002); “*From Politics to Technocracy – and Back Again: The Fate of the Multilateral Trading Regime*”, en: *The American Journal of International Law*, Vol. 96:94; p. 94

Este enfoque, en términos generales, ha sido un fuerte incentivo para que en distintos momentos de la historia posterior al siglo XVIII se haya promovido la integración económica y el libre comercio entre las naciones, a efectos precisamente de propiciar la división del trabajo, adecuando esta a criterios económicos y productivos. Se suman a ello los esfuerzos para contar con políticas y estructuras jurídicas orientadas a la ampliación de la dimensión de los mercados para generar economías de escala y encadenamientos productivos, así como el aprovechamiento de las ventajas comparativas y, en general, procurar el incremento del bienestar económico y social de las naciones en un clima de paz, siempre bajo la premisa de que el libre comercio permitiría evitar las guerras que durante siglos afectaron al mundo occidental.⁽¹⁰⁾

De modo que, a partir de esta visión, un mercado global expandido se caracterizaría necesariamente por incidir positivamente en el desarrollo económico interno, cerrando así el círculo virtuoso económico al contribuir a perfeccionar el proceso de división del trabajo mediante la especialización productiva a gran escala, optimizando recursos y, por ende, beneficiándose a partir de la competencia como factor relevante para la adecuada distribución de dichos recursos, pero siempre sobre la base de la dinámica de la oferta y de la demanda que caracteriza a los mercados libres.⁽¹¹⁾

Se entiende, entonces, que las épocas de mayor crecimiento económico en el mundo y no obstante las relaciones asimétricas entre las naciones (e incluso entre las regiones asimétricas conformadas por diferentes grupos de países entre sí), se han producido como resultado de una mayor liberalización comercial y económica propiciada por los Estados.⁽¹²⁾

⁽¹⁰⁾ Cfr. CASAS; *ob. cit.*, p. 100.

⁽¹¹⁾ Para ver una opinión de contraste, referida a las dinámicas positivas y negativas de creación y dispersión del comercio internacional, ver: FACUSE, Oscar (2001), "Chile and the U.S. Why a FTA", *Regional Trading Arrangements: Stocktake and the Next Step*, Trade Policy Forum, Bangkok June 12 – 13, PECC; p. 6.

⁽¹²⁾ Cfr. SACHS, Jeffrey (2000), "Globalization and Patterns of Economic Development", en: *Weltwirtschaftliches Archiv, Review of World Economics*; Institut für Weltwirtschaft; Band 136, 2000, Heft 4; p. 579.

En efecto, si por un momento dejamos de lado las asimetrías que han existido y existen en el mundo,⁽¹³⁾ está demostrado que el crecimiento económico expresado directamente en el crecimiento del PBI per cápita global, se expandió significativamente en momentos específicos de la historia. Esto coincidió exactamente con los dos momentos en que se registró la más rápida y grande expansión del comercio ocurrida en los tiempos modernos; es decir, entre 1870 y 1913 y entre 1950 y 1992.

El primer período de expansión del PBI global comprende la época que va desde el inicio de la guerra franco-prusiana, hasta el año previo al inicio de la Primera Guerra Mundial. El segundo período comprende los tiempos inmediatamente posteriores a la Segunda Guerra Mundial, hasta la época en que se registran las secuelas de la disolución del bloque socialista soviético y la reunificación alemana.

Claro que debido a las asimetrías antes comentadas, la renta derivada del proceso de liberalización se ha concentrado usualmente en los “países desarrollados”. De modo que en la actualidad existen una serie de iniciativas internacionales para una mejor redistribución de dicha renta en el ámbito global,⁽¹⁴⁾ cuyos esperados efectos económicos positivos aún no son percibibles.

3. EL NAFTA COMO HITO EN LA EVOLUCIÓN PROGRESIVA DE LOS TLCs

El tratado NAFTA es un hito en la negociación contemporánea de diversos tratados de libre comercio posteriores a la segunda mitad

(13) En efecto, Sachs comenta las asimetrías de la actual globalización de la siguiente manera: “*Many developing countries are undoubtedly making good economic and social progress under the forces of globalization, while others are stagnating or suffering absolute declines in living standards. Development success stories such as China, where more than a billion people have experienced dynamic growth of around 9% per year in average per capita income as a result of China’s opening to market forces and international trade, stand in sharp contrast to the developmental failures in much of Sub Saharan Africa, which on average experienced an absolute decline in average living standards between 1980 and 1999. Other poor regions, including parts of Latin America and Asia, have also experienced long term stagnation or worse*”, SACHS; *ob. cit.*, pp. 580 - 581.

(14) *Cfr. Ibidem.*

de la década de los años noventa y en tiempos de la última globalización. Como se sabe, la negociación del aún no ratificado TLC - Países Andinos con USA, recientemente llevada a cabo por el Perú, Colombia y Ecuador con USA, no es una excepción marcadamente divergente con el modelo NAFTA de regulación integral de la relación jurídico –económica existente entre países. En consecuencia, también se inspira en las tesis económicas de Adam Smith y David Ricardo comentadas líneas arriba, siendo en esencia una iniciativa de integración del tipo institucionalista– liberal o intergubernamentalista.

Agréguese a esto que las tesis de liberalización comercial han cobrado nuevamente especial relevancia durante el siglo XX y se han venido evocando, en lo que va del nuevo milenio, con mucho dinamismo e interés; en especial, luego del colapso del bipolarismo y de la disolución de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y de su modelo económico. A esto se suma un hecho de suma relevancia como es la agresiva inserción de la China comunista y de sus satélites en el escenario comercial, económico y financiero internacional, a partir de la utilización de modelos económicos híbridos en donde el pragmatismo ha pasado a ser el motor para el diseño y puesta en práctica de las respectivas políticas económicas.

En paralelo, la institucionalización del libre comercio entre países se ha establecido por primera vez mediante la creación de la Organización Mundial del Comercio y sus entes rectores⁽¹⁵⁾ (en adelante: OMC), cumpliéndose finalmente y al cabo de casi seis décadas los postulados de la Carta de La Habana, probablemente también a raíz de la extinción del bipolarismo y del cambio de mareas que comprende la última globalización.⁽¹⁶⁾

(15) Asunto de suma importancia en el contexto de lo que la doctrina denomina como el surgimiento del llamado Orden Constitucional Internacional. Ver: DE WET, Erika (2006), “*The international constitutional Order*”, en: *International & Comparative Law Quarterly*, January 2006; 55 ICLQ 51.

(16) Como se sabe, si bien la Carta de La Habana de fines de los años cuarenta estableció un proyecto de desarrollo institucionalizado de libre comercio, dicho proyecto no se pudo llevar a la realidad durante los tiempos de la preeminencia del bipolarismo

De otro lado, no cabe duda que jurídicamente el TLC - Países Andinos con USA implica una evolución respecto del NAFTA y de otros tratados similares. Pero en lo que se refiere a la evolución producida en los capítulos de inversiones, ha ocurrido una situación peculiar, pues en este ámbito dicha evolución se debe, entre otros importantes factores, a la experiencia arbitral especializada en inversiones, a la puesta en práctica de los llamados arbitrajes mixtos entre inversionistas y Estados y a su creciente producción jurisprudencial ocurrida durante la última década.

En consecuencia, para diversos sectores de la doctrina especializada, el tratado NAFTA y su capítulo de inversiones, no obstante tener un carácter híbrido que no cuenta con precedentes de vertiente única, dado que contiene elementos provenientes del arbitraje comercial privado así como del arbitraje entre Estados, constituye en conjunto un modelo jurídico relevante para el Derecho Internacional de las Inversiones y, en general, para la configuración de Tratados de Libre Comercio de última generación y sus respectivos capítulos de inversiones.

Por cierto que no se trata de un tema pacífico, pues algunos autores sostienen que se estaría dando una crisis de legitimidad⁽¹⁷⁾ en el campo del arbitraje mixto entre inversionistas y Estados, dada

soviético-americano, estableciéndose así en el mundo las condiciones para que la liberalización económica y comercial propugnada por las potencias económicas reunidas en Bretton Woods, se concentre principalmente en aspectos crediticios y financieros, antes que en la liberalización comercial, por lo que se puede sostener válidamente que la liberalización financiera y no la comercial son una característica de la segunda mitad del siglo XX; en particular, en el llamado mundo occidental; Cfr. PETERSMANN, Ernst – Ulrich (1987); “*International Economic Theory and International Economic Law: On the Tasks of a Legal Theory of International Economic Order*”, en: *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory*; Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, Boston, Lancaster; p. 227.

(17) Ver: FRANCK, Susan (2005), «*The Nature and Enforcement of Investor Rights under Investment Treaties: Do Investment Treaties have a bright Future*»; Symposium: *Romancing the Foreign Investor: BIT by BIT*; U.C. Davis Journal of International Law and Policy, Fall 2005; 12 U.C. Davis J. Int'l L. & Pol'y 47.

la diversidad de decisiones jurisprudenciales producidas respecto de temas similares, lo que también estaría poniendo en tela de juicio las disposiciones contenidas en los capítulos de inversiones de dichos tratados.⁽¹⁸⁾

En todo caso, si fuera factible comprobar la existencia de una crisis, pareciera que con posterioridad al NAFTA los nuevos Tratados de Libre Comercio (en adelante: TLCs), ya incorporan una serie de innovaciones y aclaraciones en sus capítulos, entre los que se encuentra el de inversiones, foco central de los comentarios que formularemos en este artículo, pero centrándonos en el texto divulgado hace poco por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo del Perú,⁽¹⁹⁾ que aún es un texto provisional, pero que en la práctica tiene más similitudes con el TLC Chile - USA⁽²⁰⁾ que con el tratado NAFTA.⁽²¹⁾

Como se sabe, este capítulo X del TLC Países Andinos - USA, al igual que otros TLCs, cuenta con normas especiales para la solución de controversias, incluyendo disposiciones para llevar a cabo arbitrajes mixtos entre inversionistas y Estados. También en este ámbito se sigue una tendencia global sobre la materia, en lo concerniente al tratamiento de temas propios de las estructuras jurídicas que incorpora el Derecho Internacional de las Inversiones, incluyendo en dichas estructuras algunas categorías conocidas en el comercio internacional, como es el trato nacional y el trato de la nación más favorecida, que se suman a otras inherentes al Derecho Internacional de

(18) *Cfr.* KUNDMÜLLER; *ob. cit.*, p. 174.

(19) Ver texto en: <http://www.tlcperu-eeuu.gob.pe/index.php?ncategoria1=209&ncategoria2=211>

(20) Ver artículos 10.4 y 10.21 del Capítulo de inversiones del TLC Chile con USA en:

http://www.ustr.gov/assets/Trade_Agreements/Bilateral/Chile_FTA/Final_Texts/asset_upload_file1_4004.pdf

(21) *Cfr.* JABLONSKI, SCOTT (2004); “*Si Po! Foreign Investment Dispute Resolution does have a place in trade agreements in the Americas: A comparative look at Chapter 10 of the United States-Chile Free Trade Agreement*”, en: *University of Miami Inter-American Law Review*, Summer 2004; 35 U. Miami Inter-Am. L. Rev. 627, p. 654.

las Inversiones, como son: el estándar mínimo de trato al inversionista, el régimen sobre expropiaciones, el régimen sobre repatriación de capitales, entre otros temas.

Nótese que desde los años noventa en adelante, el proceso de evolución del Derecho Internacional de las Inversiones está condicionado por la creciente y progresiva proliferación de tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones (en adelante TBIs). Los TBIs contienen las mismas estructuras jurídicas de arbitraje mixto y tratamiento jurídico de las inversiones, comprendiendo, en realidad, el conjunto de TBIs un universo heterogéneo⁽²²⁾ de alrededor de 3000 TBIs existentes a escala global,⁽²³⁾ conformando así indudablemente la gran matriz jurídica en la que se gesta el arbitraje mixto en los capítulos de inversiones de los TLCs de hoy.

Esta expansión o proliferación de TBIs tiene origen, entre otros factores, en las múltiples dinámicas contemporáneas propias de la última globalización; en la necesidad impostergable de los países “en vías de desarrollo” para atraer inversiones, así como en el fracaso de las negociaciones para establecer un tratado multilateral sobre inversiones auspiciado por la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo en los años noventa (en adelante: OECD).⁽²⁴⁾

Esta situación propició la llamada “bilateralización” del Derecho Internacional de las Inversiones. Es en medio de este contexto que se verifica la necesidad de contar con estructuras jurídicas adecuadas (nacionales e internacionales) para asegurar el flujo transfronterizo de inversiones, asunto de suma complejidad y múltiples aristas, comenzando por la problemática del derecho aplicable en los arbitrajes mixtos.

(22) Véase: SWENSON, Deborah (2005), “Why do Developing Countries Sign BITs?”, Symposium: *Romancing the Foreign Investor: BIT by BIT*; U.C. Davis *Journal of International Law and Policy*, Fall 2005; 12 U.C. Davis J. Int'l L. & Pol'y 131.

(23) *Vid.* <http://www.unctad.org/templates/WebFlyer.asp?intItemID=3150&lang=1>

(24) *Cfr.* KUNDMÜLLER; *ob. cit.*, p. 147.

4. EL DERECHO APLICABLE EN LOS TLCs Y LOS ARBITRAJES MIXTOS: DEL NAFTA AL PROYECTO DE TLC - PAÍSES ANDINOS CON USA

Los TLCs, por regla general, suelen contener normas expresas de carácter general, en el sentido de que las reglas pactadas deben ser interpretadas y aplicadas en función de los objetivos del tratado, para lograr el libre comercio en armonía con las reglas aplicables del Derecho Internacional.⁽²⁵⁾ Con diversas variaciones, este es un estándar generalmente adoptado en la gran mayoría de TLCs de última generación;⁽²⁶⁾ en particular, desde NAFTA en adelante. En tal sentido, si bien en algún momento podría ser relevante la legislación nacional de los países miembros, tal como veremos ocurre en el TLC – Países Andinos con USA; queda claro que los TLCs de última generación cuentan hoy con un significativo espacio para la aplicación del Derecho Internacional, permitiendo así ante determinados supuestos, su aplicación por parte de los árbitros en los arbitrajes mixtos.

Esta posibilidad suele formularse mediante estipulaciones que remiten al Derecho Internacional en forma abierta y en términos generales, para de este modo brindar protección jurídica a las diversas disciplinas contenidas en los respectivos capítulos de inversiones. No obstante, esto también nos permite afirmar que las estructuras jurídicas comprendidas en los TLCs no son estáticas, evolucionan y se enriquecen con el transcurrir del tiempo, ya sea por el accionar de los tribunales arbitrales mixtos o por los mismos procesos de negociación de los TLCs. Pareciera que el multifacético proceso y las di-

(25) En tal sentido, se diferencian de los TBIs, cuyo fin y objeto exclusivo es la protección y promoción recíproca de inversiones. Por contraste con los TLCs, que suelen incorporar capítulos sobre inversión para tratar este asunto, pero cuyo fin y objeto es el establecimiento del libre comercio, de modo que para diversos autores, dichos capítulos son en la práctica un TBI dentro de los TLC de última generación. Cfr: GANTZ, David (2004), “*The Evolution of FTA Investment Provisions: From NAFTA to the United States - Chile Free Trade Agreement*”, en: *American University International Law Review*, 19 Am. U. Int'l L. Rev. 679, p. 693 y ss.

(26) Para ver las diferencias entre los TLCs de última generación y los demás acuerdos comerciales, ver: <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/cfta-en.asp>.

námicas de la globalización, así como los drásticos cambios tecnológicos⁽²⁷⁾ tienden a acelerar dicha evolución, a diferencia de lo que ocurría a principios del siglo XX o fines del XIX, cuando los procesos de creación del Derecho Internacional obedecían a otros patrones cronológicos.

Es así como las referencias a los objetivos del TLC y a las reglas aplicables del Derecho Internacional suelen estar incluidas; en forma expresa, en la parte referida al derecho aplicable en la solución de controversias mediante la realización de arbitrajes mixtos entre Estados e inversionistas. Es el caso específico del artículo 10.22 sobre derecho aplicable, contenido en el Capítulo X del TLC Países Andinos - USA, que marca la diferencia con las reglas similares del Capítulo XI de inversiones de NAFTA, en donde no constó en su oportunidad mención alguna al derecho nacional de los Estados miembros y, en todo caso, donde dicho derecho interno se ha aplicado en los arbitrajes en forma concurrente a las normas del tratado NAFTA, mas no a partir de una remisión indirecta o supletoria, como la que encontramos expresamente pactada en el artículo 10.22 del TLC - Países Andinos con USA.⁽²⁸⁾

De otro lado, según algunas fuentes, los tribunales arbitrales constituidos de conformidad con el Capítulo XI de NAFTA han resuelto, en reiteradas oportunidades, que las “las reglas aplicables del derecho internacional” a que se refiere el NAFTA en su artículo 1105, sobre estándares mínimos de trato al inversionista, consisten esencialmente en el Derecho Consuetudinario Internacional, entendido este a partir de su naturaleza de regla vigente para los tratados internacionales y codificado taxativamente en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (en adelante: Convención de Viena). Sin perjuicio de esta línea interpretativa, no se excluyen otras posibilidades de interpretación.⁽²⁹⁾

(27) Cfr. ROGOFF, Kenneth, *ob. cit.*

(28) Cfr. WEILER, Todd (2003); “*Nafta Article 1105 and the Principles of internacional Economic Law*”, en: *Columbia Journal of Transnational Law*, The Regulation of Foreign Direct Investment articles, 42 Colum. J. Transnat'l. L. 35, p. 68

(29) *Ibid.*

A su vez, la interpretación vinculante llevada a cabo por los mismos Estados parte de NAFTA, mediante su Comisión de Comercio regulada en el capítulo XX del tratado y como correlato a la casuística producida hasta el año 2001 en los casos arbitrales mixtos, corrobora esta tendencia y confirmó la línea interpretativa que remite al Derecho Consuetudinario,⁽³⁰⁾ precisando que la referencia que existe en el artículo 1105(1) al Derecho Internacional debía entenderse en ese mismo sentido.

Como sabemos, hay una sutil diferencia jurídica entre el Derecho Internacional y el Derecho Internacional Consuetudinario. En efecto y por ejemplo, mientras el primero comprende al conjunto de fuentes previstas en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, el segundo nos remite específicamente al artículo 38(1)(b) del mismo Estatuto, precisando que lo consuetudinario consiste en un uso percibido o sentido como obligatorio por quienes lo practican y constituye una fuente del Derecho Internacional;⁽³¹⁾ reiteramos, siempre que el Derecho Internacional Consuetudinario sea entendido como una *práctica generalmente aceptada como derecho* (sic.).⁽³²⁾

El pronunciamiento interpretativo vinculante de la Comisión de Comercio del NAFTA fue una toma de posición de Canadá, USA y México sobre el tema del estándar mínimo de trato al inversionista, en uso de las atribuciones de interpretación establecidas en el propio tratado a favor de la Comisión de Libre Comercio, tal como lo

⁽³⁰⁾ Otra es la discusión jurídica respecto de lo que se entiende por Derecho Internacional Consuetudinario en materia de inversiones, asunto que no abordaremos en este artículo dado que demanda una extensa discusión que por razones de espacio no podemos desarrollar. Baste con referir que, de conformidad con algunas fuentes, no habría consenso para definir y certificar la existencia de lo consuetudinario en el Derecho Internacional de las Inversiones. Ver al respecto: JULLIARD, Patrick (1994); «*L'Evolution des Sources du Droit Des Investissements*», en: *Recueil des Cours 1994 – VI, Académie de Droit International*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, The Hague, London.

⁽³¹⁾ Y lo es, no obstante las dificultades para definir objetivamente lo que es el Derecho Internacional Consuetudinario. Para Janis: *the determination of customary international law is more an art than a scientific method*, citado por GANTZ, *op. cit.*, p. 715.

⁽³²⁾ Ver el artículo 38 en: <http://www.un.org/spanish/aboutun/icjstat.htm>

señala el capítulo XX, artículo 2001 y siguientes del NAFTA.⁽³³⁾ Del mismo modo, el pronunciamiento “emparejó el terreno” en lo que concierne a la jurisprudencia arbitral producida a partir del año 2001 en los arbitrajes mixtos, pues ésta adoptó la línea interpretativa antes mencionada.

En efecto, en los casos resueltos con posterioridad a dicho pronunciamiento, como son: *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID (Case N° ARB(AF)/99/2 NAFTA); *ADF Group Inc. v. United States*, ICSID (Case N° ARB (AF)/00/1 NAFTA) y *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States*, ICSID (Case N° ARB(AF)/98/3. NAFTA), los laudos establecieron que el estándar mínimo de trato recogido en el artículo 1105, incorporaba o incluía al estándar mínimo de trato recogido en el Derecho Internacional Consuetudinario. Esto no ocurrió en casos anteriores al pronunciamiento en mención.⁽³⁴⁾

Nótese que el capítulo XX del NAFTA regula aspectos institucionales del tratado y del sistema de solución de controversias del tratado NAFTA; es decir, el que se aplica a los Estados miembros en las controversias que tengan entre sí, integrando en la sección A del capítulo los temas referidos a la Comisión y en la sección B, los temas relativos al mecanismo de solución de controversias del tratado, los que son diferentes a los mecanismos de solución de controversias en la relación entre inversionistas y Estados previstos en el capítulo XI de inversiones, pero, como vemos, ambos capítulos mantienen un nexo a partir del efecto vinculante contenido en el tratado, en lo concerniente a la interpretación que produce la Comisión de Libre Comercio integrada por los países miembros.⁽³⁵⁾

⁽³³⁾ Ver texto completo de la nota interpretativa de la Comisión en: <http://www.economiasnci.gob.mx>

⁽³⁴⁾ Cfr. KINNEAR, Meg, HANSEN, Robin; *ob. cit.*, p. 114.

⁽³⁵⁾ “Artículo 2001. La Comisión de Libre Comercio (NAFTA)

1. Las Partes establecen la Comisión de Libre Comercio, integrada por representantes de cada Parte a nivel de Secretaría de Estado, o por las personas a quienes éstos designen.

En cambio, bajo el esquema del TLC - Países Andinos con USA, lo referente a la Comisión de Libre Comercio se encuentra regulado de manera diferente en el capítulo XX, que versa específicamente sobre la administración del tratado y el fortalecimiento de capacidades comerciales, encontrándose dividido en dos secciones.⁽³⁶⁾ La estructura adoptada en este proyecto de TLC, de hecho, implica un cambio respecto del NAFTA, distinguiendo entre el tema de administración del tratado en la sección A y el de fortalecimiento de capacidades y mecanismos de cooperación en la sección B, habiéndose probablemente tomado en cuenta para su redacción las experiencias derivadas del NAFTA, puesto que en el proyecto de TLC - Países Andinos con USA, los mecanismos de solución de controversias del

-
2. Con relación a este tratado, la Comisión deberá:
 - a. supervisar su puesta en práctica;
 - b. vigilar su ulterior desarrollo;
 - c. resolver las controversias que pudiesen surgir respecto a su interpretación o aplicación;
 - d. supervisar la labor de todos los comités y grupos de trabajo establecidos conforme a este Tratado, incluidos en el Anexo 2001.2; y
 - e. conocer de cualquier otro asunto que pudiese afectar el funcionamiento del Tratado.
 3. La Comisión podrá:
 - a. establecer y delegar responsabilidades en comités ad hoc o permanentes, grupos de trabajo y de expertos;
 - b. solicitar la asesoría de personas o de grupos sin vinculación gubernamental; y
 - c. adoptar cualquier otra acción para el ejercicio de sus funciones, según acuerden las Partes.
 4. La Comisión establecerá sus reglas y procedimientos; y a menos que la propia Comisión disponga otra cosa, todas sus decisiones se tomarán por consenso.
 5. La Comisión se reunirá por lo menos una vez al año en sesión ordinaria, la cual será presidida sucesivamente por cada una de las Partes". *Vid. http://www.sice.oas.org/trade/nafta_s/CAP20.asp*

⁽³⁶⁾ Ver texto en: <http://www.tlcperu-eeuu.gob.pe/index.php?ncategoria1=209&ncategoria2=211>.

tratado; es decir, aquellos que se aplican a los Estados miembros, constan en un capítulo aparte, como es el capítulo XXI.⁽³⁷⁾

5. LA APLICACIÓN DEL DERECHO NACIONAL Y DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES EN EL TLC - PAÍSES ANDINOS CON USA

En cuanto a la ley aplicable en los casos de arbitrajes mixtos y ante supuestos determinados por el propio tratado, el proyecto de TLC - Países Andinos con USA, a diferencia del NAFTA, contiene una referencia clara que permite la aplicación de la legislación nacional de los países ante determinados supuestos. Esto es factible en defecto de las normas especificadas en acuerdos de inversión o en autorizaciones de inversiones o en los acuerdos correspondientes celebrados entre las “partes contendientes” y en el marco del capítulo de inversiones; es decir, se refiere a los aspectos domésticos o nacionales en materia de inversión y donde la legislación interna es relevante.

En efecto, el artículo 10.22 precisa un orden de prelación detallado para establecer la ley aplicable en los casos arbitrales mixtos en los que se ventilen los casos de violaciones a acuerdos de inversión o autorizaciones de inversión por parte del Estado, en donde a falta de disposiciones existentes en los acuerdos de inversión o en las respectivas autorizaciones de inversión, se aplica la legislación que aplicaría un tribunal judicial nacional que cuente con jurisdicción para decidir en ese mismo caso.

De otro lado, de conformidad con el mismo articulado sobre ley aplicable, las controversias que supongan una vulneración a las disciplinas contenidas en la sección A del capítulo X sobre inversiones, serán resueltas de conformidad con el tratado y con las normas aplicables del Derecho Internacional, lo que incluye tanto al Derecho Consuetudinario como a los principios del Derecho Internacional, los que en la actualidad la doctrina del Derecho Internacional

⁽³⁷⁾ *Ibid.*

Económico identifica como los principios de transparencia, honestidad procesal y buena fe.⁽³⁸⁾

De ahí la relevancia de entender al tratado en conjunto, para lo cual también resulta de interés tomar en cuenta los objetivos del mismo y lo que al respecto han pactado los Estados parte, así como lo que comprende el Derecho Internacional, que a todas luces nos remite al Derecho Internacional Económico y, en particular, al Derecho Internacional de las Inversiones.⁽³⁹⁾

Estas disciplinas se complementan con los principios antes enunciados y comprenden, en el proyecto de TLC-Países Andinos con USA, el trato nacional (artículo 10.3), el trato de nación más favorecida (artículo 10.4.), el nivel mínimo de trato (artículo 10.5.), el tratamiento en caso de contienda o no discriminatorio (artículo 10.6.), la expropiación e indemnización (artículo 10.7), las transferencias (artículo 10.8.), los requisitos de desempeño (artículo 10.8.), entre otras.

Nótese que a diferencia de lo previsto en el artículo 1105 del NAFTA sobre nivel mínimo de trato y su referencia general al Derecho Internacional,⁽⁴⁰⁾ a efectos de identificar los estándares de trato al inversionista, el artículo 10.5 del proyecto de TLC - Países Andinos con USA dispone expresamente que dicho trato debe ser acorde con el Derecho Internacional Consuetudinario.⁽⁴¹⁾ El artículo en mención complementa las innovaciones respecto del derecho aplicable ya comentadas respecto del artículo 10.22 del mismo proyecto de tratado, recogiendo el criterio de interpretación planteado por la Comisión de Libre Comercio del NAFTA hacia el año 2001, mas no el texto expreso del artículo 1105 del NAFTA.

Cabe reiterar que los objetivos de un TLC de última generación se entienden necesariamente a partir de una comprensión

(38) *Cfr.* WEILER; *ob. cit.*.

(39) *Ibid.*

(40) Ver texto: http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index_s.aspx?DetailID=676#A1105.

(41) Ver, nuevamente, la cita N° 30.

integral de su extenso texto, una vez que se ha producido la incorporación del tratado al derecho nacional. Tanto el preámbulo como el primer capítulo del TLC - Países Andinos - USA, contienen enunciados y reglas que resultan claros y constituyen un marco jurídico necesario para comprender cuales son dichos objetivos y como es que dichos objetivos constituyen una fuente interpretativa importante para comprender los fines y objetivos del tratado, en caso sea necesario aplicar dicha fuente a efectos de que un tribunal arbitral mixto pueda formar criterio a partir de una controversia referida al artículo 10.5 del proyecto de TLC - Países Andinos con USA o de conformidad con el artículo 10.22 antes citado. En consecuencia, tanto el Preámbulo como el Capítulo I pueden constituirse en “ley aplicable” ante determinados casos y supuestos.

Es así como el Preámbulo del TLC recoge diversas intenciones y objetivos que son acogidos por las partes de común acuerdo, como son: el fortalecimiento de las relaciones y la promoción de la integración entre las partes; la promoción del desarrollo económico integral y sostenible para reducir la pobreza y generar alternativas a los cultivos de droga; la creación de empleo y mejoramiento de condiciones laborales e incremento de los niveles de vida; el establecimiento de reglas claras de mutuo beneficio para el intercambio comercial; el contar con un marco jurídico y comercial previsible para los negocios y las inversiones; el evitar distorsiones en el comercio recíproco; el estimular la creatividad e innovación; la promoción de la transparencia; la prevención y el combate de la corrupción; el fortalecimiento de los derechos laborales; la implementación del tratado en forma coherente con la protección y conservación del medioambiente; la salvaguarda del bienestar público; el contribuir a la integración hemisférica e impulsar el Área de Libre Comercio de las Américas, (en adelante: ALCA); el desarrollo y puesta en práctica de los acuerdos adoptados en el marco de la OMC y el reconocer la pertenencia de los países andinos a la Comunidad Andina y los alcances que para estos tiene la Decisión 598 sobre observancia del ordenamiento jurídico andino.

De otro lado, en el capítulo I del TLC en mención encontramos que en atención a la voluntad común expresada por las partes

en el Preámbulo, estas han acordado el establecimiento de una Zona de Libre Comercio y el respeto a otros acuerdos internacionales, tal como se aprecia de las siguientes disposiciones sustantivas adoptadas en el capítulo y de donde fluye que toda vulneración a estas estipulaciones constituye una violación al tratado:⁽⁴²⁾

“Artículo 1.1: Establecimiento de la Zona de Libre Comercio

Las Partes de este Tratado, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo XXIV del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 y el Artículo V del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, establecen una zona de libre comercio.

Artículo 1.2: Relación con Otros Tratados

Las Partes confirman los derechos y obligaciones existentes entre ellas conforme al Acuerdo sobre la OMC y otros acuerdos de los que sean parte”.

En consecuencia, el preámbulo del TLC y, en especial, los artículos 1.1 y 1.2 del Capítulo I, delimitan conceptualmente el marco jurídico general de libre comercio, dentro del cual se pondrán en práctica las disposiciones pactadas en el mismo TLC, siendo que las declaraciones que contiene el Preámbulo expresan una voluntad común por parte de los Estados.

Es decir, no son solamente declaraciones líricas o superficiales de “buenas intenciones”, pues encuentran un correlato jurídico en las disposiciones legales vinculantes adoptadas en las estipulaciones pactadas en distintos capítulos que obligan a los Estados parte.

Desde esta perspectiva y como resulta evidente, el capítulo de inversiones y sus reglas arbitrales no son una excepción y obedecen al marco jurídico adoptado como obligación internacional entre Es-

⁽⁴²⁾ Ver: <http://www.tlcperu-eeuu.gob.pe/index.php?ncategoria1=209&ncategoria2=211>.

tados, con en el fin de que se logre el libre comercio en los términos pactados en el tratado. De otro lado, no solamente cabe comentar la relevancia de las normas contenidas en el TLC, como son el preámbulo y las llamadas disposiciones iniciales del Capítulo I, pues además, y como se puede apreciar, los Estados-parte expresan en diversos pasajes del texto del proyecto de TLC - Países Andinos con USA, su voluntad de actuar en concordancia con los compromisos internacionales asumidos tanto en el ámbito regional como en el multilateral, con el Derecho Internacional y con el Derecho Internacional Consuetudinario, marcando así una clara línea evolutiva a partir de los cambios producidos respecto del NAFTA.

6. CONCLUSIÓN

Existe en el proyecto de TLC - Países Andinos con USA, al igual que en otros TLCs de última generación, una configuración endógena y auto contenida del marco jurídico y del Derecho aplicable en los arbitrajes mixtos. Esto se da a partir del tratado mismo, donde los elementos estructurales del TLC están alineados en función de los objetivos de libre comercio pactados por los Estados-parte. Estos elementos estructurales están inspirados en una visión institucionalista liberal, que no es estática y que obedece a una evolución que proviene de siglos atrás, a partir del descubrimiento de la relevancia económica del libre comercio en el Siglo XVIII. Dicha evolución se proyecta hacia el futuro y supone un proceso de evolución jurídica progresiva a la que debemos estar atentos.

Esto conjuga, además, con un alineamiento del tratado con factores exógenos de alcance jurídico internacional, como son las respectivas obligaciones multilaterales o regionales de los Estados-parte, de modo que desde esta perspectiva exógena, el TLC está inserto en el contexto jurídico internacional del Derecho Internacional Económico y expresa en sus respectivos artículos una voluntad común de las partes para propender hacia la armonización jurídica internacional, en donde lo consuetudinario como fuente de Derecho tampoco ha sido excluido (artículo 10.5. del TLC - Países Andinos con USA).

De ahí que resulte natural que ante este escenario, que combina factores endógenos y exógenos a partir del Capítulo de inversiones, el arbitraje mixto sea el medio adecuado de solución de controversias, dado su carácter híbrido y la dualidad que suponen sus precedentes provenientes tanto del arbitraje comercial como del arbitraje entre Estados. De otro lado y ante ciertos supuestos, en el arbitraje mixto se deben tomar en cuenta el Derecho Internacional (artículo 10.5. del TLC - Países Andinos con USA), el Derecho Nacional y el Internacional Consuetudinario (artículo 10.22. del TLC - Países Andinos con USA). La lógica jurídica que inspira esta estructura, en lo que concierne al derecho aplicable, se ajusta a las necesidades propias de la relación jurídicamente híbrida que existe entre los inversionistas y los Estados.

En efecto, la protección del inversionista deriva en este caso de un Tratado Internacional que compromete internacionalmente a los Estados y los obliga a cumplir bajo responsabilidad, también internacional, con una serie de normas sustantivas propias del Derecho Internacional de las Inversiones, lo que incluye al Derecho Internacional y sus Principios, así como al Derecho Internacional Consuetudinario.

Dada la relación de asimetría jurídica que existe entre un particular que actúa como inversionista y un Estado soberano, el medio jurídico lógico de cobertura y protección para las partes involucradas consiste en una conjunción de factores que hoy combinan la aplicación del Derecho nacional y del internacional, siendo este esquema de Derecho aplicable perfectamente asimilable con la calidad también híbrida del arbitraje mixto y marcando así una evolución respecto de la regulación similar contenida en el NAFTA.

Como se ha señalado, estos elementos de cobertura jurídica se han ampliado ahora en lo que concierne al derecho aplicable, incluyendo la aplicación de la legislación nacional ante determinados supuestos contenidos en el TLC - Países Andinos con USA, a diferencia de lo que ocurre en NAFTA, donde no se hacía mención alguna al derecho nacional. De modo que éste también es un avance respecto del modelo originario previsto en NAFTA.

La causa de esto radicaría en la insuficiente o deficiente regulación contenida en el Capítulo XI de NAFTA, y en el desarrollo de la casuística producida en los arbitrajes mixtos derivados del mismo capítulo. Estos factores han incentivado que los mecanismos de interpretación vinculante en el tratado NAFTA se pongan en movimiento mediante las interpretaciones vinculantes llevadas a cabo por la Comisión de Libre Comercio del NAFTA hacia el año 2001, cuyo funcionamiento también se encuentra regulado en forma diferente en el proyecto de TLC - Países Andinos con USA.

Cabe subrayar que en el extremo que se refiere a la aplicación general del Derecho Internacional, tanto en el NAFTA como en el proyecto de TLC - Países Andinos con USA, queda abierta la posibilidad de la aplicación de los Principios del Derecho internacional, al ser estos considerados una fuente de Derecho; en especial, cuando se trata hacer ejercicios de interpretación por parte de los árbitros ante determinadas lagunas que pudiera tener el tratado.

Como se ha comentado, para algún sector de la doctrina especializada del Derecho Internacional Económico, dichos principios serían los de transparencia, honestidad procesal y buena fe. Por tal motivo, dichos Principios concurren hoy con el Derecho Aplicable, integrando así la textura jurídica sobre la base de la cual los árbitros resolverán en los arbitrajes mixtos que eventualmente tengan origen en el Capítulo de Inversiones del futuro TLC - Países Andinos con USA.

INTRODUCCIÓN A LOS REQUISITOS *RATIONAE MATERIAE* Y *RATIONAE PERSONAE* DEL ARBITRAJE BAJO EL CONVENIO CIADI

C. IGNACIO SUÁREZ ANZORENA (*)

SUMARIO: 1. Introducción. 1.1. Características generales. 1.2. Servicios de solución de disputas prestados por el Centro. 1.3. Fuentes normativas y documentales principales. 2. La jurisdicción del Centro: Cuestiones generales. 3. Requisitos *rationae materiae*. 3.1. Diferencia de naturaleza jurídica. 3.2. Concepto de "inversión". 3.3. La diferencia debe surgir directamente de una inversión. 3.4. El consentimiento a la jurisdicción CIADI. 3.4.1. Formalidades. 3.4.2. Fuentes del consentimiento. 3.4.2.1. Formas contractuales. 3.4.2.2. Ofertas de jurisdicción en legislación local y en tratados internacionales. 3.4.3. El carácter irrevocable del consentimiento. 3.4.4. Efectos de la declaración con relación al tipo de disputas que se aceptan someter a la jurisdicción del Centro. 4. Requisitos *rationae personae*. 4.1. La parte estatal en la disputa. 4.2. El Nacional de otro Estado Contratante. 4.2.1. Personas Naturales. 4.2.2. Personas Jurídicas. 5. Consideraciones finales.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Características generales

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (el Centro o el CIADI)⁽¹⁾ es una organización internacio-

(*) Consejero Especial, Grupo de Arbitraje Internacional, Clifford Chance LLP, Londres.

Las opiniones vertidas en la presente contribución son atribuibles exclusivamente al autor.

(1) *International Centre for the Settlement of Investment Disputes* (ICSID) en inglés, y *Centre International pour la Resolution des Differences Relative aux Investissements* (CIRDI), en francés.

nal que administra procedimientos de arbitraje y conciliación relativos a disputas entre partes estatales e inversores extranjeros. El Centro tiene origen en un tratado internacional, el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio CIADI),⁽²⁾ el cual regula su funcionamiento, así como también las obligaciones de los Estados parte (Estados Contratantes) con relación al Centro y a los procedimientos que éste administra.

El Convenio CIADI fue concebido y redactado bajo los auspicios del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (el Banco Mundial) y sometido a consideración de los gobiernos miembros de tal organismo el 18 de marzo de 1965. Entró en vigencia el 14 de octubre de 1966, cuando fue ratificado por 20 países. En vigor en el presente con relación a más de 140 Estados,⁽³⁾ el Convenio CIADI es uno de los instrumentos jurídicos de derecho internacional más exitosos del mundo contemporáneo. La República del Perú está obligada por sus términos desde el 8 de septiembre de 1993.⁽⁴⁾

Si bien el Centro presta servicios desde 1966, su relevancia como foro de arbitraje internacional creció notablemente como consecuencia del crecimiento vertiginoso en el número de Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (Tratados de Inversión) a partir de 1990. La mayoría de estos instrumentos internacionales permiten a quienes califican como inversores extranjeros acceder a la jurisdicción del Centro. La República del Perú ha suscripto cerca de 30 Tratados de Inversión, la mayoría de los cuales incorporan disposiciones de esta naturaleza.⁽⁵⁾

(2) También llamado *Convenio de Washington de 1965*.

(3) Para una lista de los miembros véase www.worldbank.org/icsid.

(4) *Resolución Legislativa N° 26210*, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 10 de julio de 1993.

(5) Véase Tratados de Inversión suscriptos por la República del Perú en la base de datos de UNCTAD, www.unctad.org/sections/dite_pccb/docs/peru/pdf. Allí se hace referencia a los tratados firmados con la República Argentina, firmado el 10/11/1994, en vigencia desde el 24/10/1996; con Australia, firmado el 07/12/1995, en vigencia

El objeto y fin del Convenio CIADI es fomentar los flujos de capital internacional de inversión.⁽⁶⁾ El medio para ello es poner a disposición de Estados e inversores un mecanismo de solución de

desde el 02/02/1997; con la República de Bolivia, firmado el 30/07/1993, en vigencia desde el 19/03/1995; con la República de Chile, firmado el 02/02/2000, en vigencia desde el 11/08/2001; con la República Popular China, firmado el 09/06/1994, en vigencia desde el 01/02/1995; con la República Checa, firmado el 16/03/1994, en vigencia desde el 06/03/1995; con el Reino de Dinamarca, firmado el 23/11/1994, en vigencia desde el 17/02/1995; con la República de Ecuador, firmado el 07/04/1999, en vigencia desde el 09/12/1999; con la República de El Salvador, firmado el 13/06/1996, en vigencia desde el 15/12/1996; con el Reino de Finlandia, firmado el 02/05/1995, en vigencia desde el 14/06/1996; con la República Francesa, firmado el 06/10/1993, en vigencia desde el 04/07/1996; con la República de Alemania, firmado el 30/01/1995, en vigencia desde el 01/05/1997; con la República de Italia, firmado el 05/05/1994, en vigencia desde el 18/10/1995; con Malasia, firmado el 13/10/1995, en vigencia desde el 25/10/1995; con el Reino de los Países Bajos, firmado el 27/12/1994, en vigencia desde el 01/02/1996; con el Reino de Noruega, firmado el 10/03/1995, en vigencia desde el 09/05/1995; con la República del Paraguay, firmado el 01/02/1994, en vigencia desde el 18/12/1994; con la República de Portugal, firmado el 22/11/1994, en vigencia desde el 18/10/1995; con la República de Rumania, firmado el 16/05/1994, en vigencia desde el 01/01/1995; con la República de Corea, firmado el 03/06/1993, en vigencia desde el 20/04/1994; con el Reino de España, firmado el 17/11/1994, en vigencia desde el 17/02/1996; con la Confederación Suiza, firmado el 03/05/1994, en vigencia desde el 01/08/1994; con el Reino de Suecia, firmado el 22/11/1991, en vigencia desde el 23/11/1993; con el Reino de Tailandia, firmado el 15/11/1991, en vigencia desde el 15/11/1991; con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, firmado el 04/10/1993, en vigencia desde el 21/04/1994; con la República de Venezuela, firmado el 12/01/1996, en vigencia desde el 18/09/1997. Los Tratados de Inversión con la República de Colombia (firmado el 26/04/1994), con la República de Cuba (firmado el 10/10/2000), y con la República de Uganda (firmado el 27/02/2003), no tienen fecha de entrada en vigor.

- (6) El Preámbulo del Convenio CIADI es instructivo acerca de cuál es el objeto y cuáles son sus principales características:

“Considerando la necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico y la función que en ese campo desempeñan las inversiones internacionales de carácter privado;

Teniendo en cuenta la posibilidad de que a veces surjan diferencias entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes en relación con tales inversiones;

Reconociendo que aun cuando tales diferencias se someten corrientemente a sistemas procesales nacionales, en ciertos casos el empleo de métodos internacionales de arreglo puede ser apropiado para su solución;

controversias especialmente diseñado para que las disputas que se generen en el contexto de operaciones de inversión extranjera sean resueltas en un marco que combine neutralidad y eficacia. El Convenio CIADI fue concebido para minimizar el riesgo o percepción de riesgo asociada con el hecho de que en los procesos de inversión extranjera: i) el Estado receptor es parte contractual y/o tiene el poder de interferir con uso y goce de los activos invertidos mediante el uso de sus prerrogativas soberanas dada la localización territorial de éstos y ii) son los tribunales judiciales locales los que, como regla, tienen jurisdicción para resolver las disputas resultantes o para ejecutar laudos extranjeros contra el Estado.

A los fines de promover un marco de neutralidad, el Convenio: i) establece un conjunto de privilegios e inmunidades en beneficio del Centro, los procedimientos y sus participantes⁽⁷⁾ y ii) excluye la participación de tribunales estatales en la revisión de los laudos arbitrales.⁽⁸⁾ A los fines de brindarle eficacia a disputas que suelen tener un alto grado de politización, el Convenio dispone que los laudos emitidos bajo su órbita son de reconocimiento y ejecución automática en todos los Estados Contratantes, como si fueran una senten-

Atribuyendo particular importancia a la disponibilidad de medios de conciliación o arbitraje internacionales a los que puedan los Estados Contratantes y los nacionales de otros Estados Contratantes, si lo desean, someter dichas diferencias;

Deseando crear tales medios bajo los auspicios del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento;

Reconociendo que el consentimiento mutuo de las partes en someter dichas diferencias a conciliación o a arbitraje a través de dichos medios constituye un acuerdo obligatorio, lo que exige particularmente que se preste la debida consideración a las recomendaciones de los conciliadores y que se cumplan los laudos arbitrales; y

Declarando que la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado” (el resaltado está en el original).

(7) Véase, Convenio CIADI, artículos 19 a 24.

(8) Véase, Convenio CIADI, artículos 49 a 52.

cia judicial local definitiva.⁽⁹⁾ No es necesario ni un trámite de *exequatur* ni ningún otro procedimiento de nacionalización de laudo o sentencia extranjera de conformidad con el derecho local o con otros tratados internacionales sobre la materia. Todo el esquema se encuentra reforzado por el hecho de que el incumplimiento del Convenio CIADI por parte de un Estado Contratante genera responsabilidad internacional y permite a los otros Estados Contratantes iniciar acciones por ante la Corte Internacional de Justicia contra el incumplidor.⁽¹⁰⁾

A la vez, el Convenio CIADI procura ser una alternativa jurídica al ejercicio de la protección diplomática y a las reclamaciones interestatales, alternativas estas que han sido históricamente motivo de desencuentros y de tensión en el marco de las relaciones internacionales. El Convenio CIADI desactiva este escenario al conferir a los inversores extranjeros un mecanismo para dirimir, de manera directa, sus conflictos con los Estados y al excluir, expresamente, la posibilidad de disputas interestatales mientras tramita un caso por ante el Centro.⁽¹¹⁾

La intención de que el Convenio CIADI sea una herramienta dedicada exclusivamente a fomentar el flujo de inversiones transnacionales explica los requisitos *rationae personae* y *rationae materiae* que restringen el acceso a la jurisdicción del Centro, en razón del tipo de activos y de la nacionalidad y naturaleza de las partes.

1.2. Servicios de solución de disputas prestados por el Centro

El Centro fue creado para administrar procedimientos de conciliación y procedimientos de arbitraje, de conformidad con lo que dispone el Convenio CIADI. Sin embargo, el Centro presta actualmente otros servicios que no están regidos por el Convenio CIADI.

Desde 1978, el Centro también administra el denominado Mecanismo Complementario, el cual se aplica a disputas entre Estados e

⁽⁹⁾ Véase, Convenio CIADI, artículo 54.

⁽¹⁰⁾ Véase, Convenio CIADI, artículo 64.

⁽¹¹⁾ Véase, Convenio CIADI, artículo 27.

inversores extranjeros que no cumplen con los requisitos jurisdiccionales que establece el Convenio CIADI. ⁽¹²⁾ Bajo el Mecanismo Complementario, el Centro presta servicios de administración de procedimientos de arbitraje, procedimientos de conciliación y procedimientos de comprobación de hechos. Los procedimientos de solución de disputas bajo el Mecanismo Complementario no están amparados por el Convenio CIADI, y por ello no gozan de las inmunidades, privilegios y ventajas que allí se consagran.

Finalmente, el Secretario General del Centro también presta servicios como autoridad nominadora de árbitros, función que muchas veces es necesaria en el caso de procedimientos arbitrales ad-hoc, como, por ejemplo, aquellos en que se pacta la aplicación de las reglas de arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL, según sus siglas en idioma inglés).

1.3. Fuentes normativas y documentales principales

Las fuentes normativas principales, en lo que concierne a un procedimiento de solución de controversias bajo el Convenio CIADI, son las siguientes: i) el Convenio CIADI, ii) el Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI, iii) las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje (Reglas de Iniciación), iv) las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimien-

⁽¹²⁾ Véase, *Reglas del Mecanismo Complementario*, en cuya *Introducción* se describen las funciones de tales reglas como sigue: “El Consejo Administrativo del Centro adoptó el Reglamento del Mecanismo Complementario autorizando al Secretariado del CIADI a administrar cierta categoría de procedimientos entre Estados y nacionales de otros Estados que están fuera del ámbito de aplicación del Convenio del CIADI. Estos son: (i) procedimientos de comprobación de hechos; (ii) procedimientos de conciliación o arbitraje para el arreglo de diferencias relativas a inversiones que surjan entre partes, una de las cuales no sea un Estado Contratante o un nacional de un Estado Contratante; y (iii) procedimientos de conciliación o arbitraje entre partes, de las cuales al menos una sea un Estado Contratante o un nacional de un Estado Contratante, para el arreglo de diferencias que no surjan directamente de una inversión, a condición de que la transacción en cuestión no sea una transacción comercial ordinaria”.

tos de Conciliación (Reglas de Conciliación), y v) las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (Reglas de Arbitraje).

Los siguientes documentos también tienen relevancia normativa: i) el esquema de costos del Centro, el cual consta en el documento denominado *CIADI, derechos, honorarios y cargos*; ii) la Lista de Estados Contratantes y Signatarios del Convenio; y iii) la Lista de Árbitros y Conciliadores. Estos últimos documentos son actualizados de manera permanente.

En tanto fuentes que coadyuvan a la interpretación del Convenio, deben consultarse las siguientes: i) Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados y ii) Los volúmenes donde constan los trabajos preparatorios del Convenio, sus antecedentes y las deliberaciones en el seno del Comité Legal responsable de su redacción.⁽¹³⁾ Finalmente, cabe notar que la jurisprudencia de los tribunales arbitrales no tiene efectos vinculantes, pero constituye en la práctica una fuente de autoridad significativa.

La página web del Centro contiene toda la información normativa relevante e incluso permite acceder a gran parte de la jurisprudencia.⁽¹⁴⁾

2. LA JURISDICCIÓN DEL CENTRO: CUESTIONES GENERALES

El acceso a la jurisdicción del Centro se encuentra limitado a cierto tipo de disputas internacionales relacionadas con el objeto y la finalidad que inspiraron la creación de la institución. El propósito

⁽¹³⁾ Estos volúmenes han sido publicados por el Centro en inglés, francés y castellano, y se los denomina, en este último idioma, *Historia de la Convención CIADI*.

⁽¹⁴⁾ Otros sitios de internet útiles a estos fines son: <http://www.investmentclaims.com> y <http://ita.law.uvic.ca>. En lo sucesivo, sólo se citan de manera integral las decisiones jurisprudenciales que no están publicadas en las direcciones referidas.

de estas limitaciones jurisdiccionales es asegurar que el especial marco legal creado para hacer más efectivos a los procedimientos que administra el Centro al amparo del Convenio CIADI coadyuven a la promoción y fomento de los flujos internacionales de inversión, en beneficio de los Estados Contratantes y sus nacionales.

Entre tales limitaciones se destacan ciertos requisitos relativos a la materia y a las personas involucradas en las disputas. Tales requisitos no son disponibles por las partes en disputa, ni por la voluntad unilateral de un Estado Contratante. Sin embargo, algunos de los conceptos que utiliza el Convenio para delimitar su campo de aplicación son intencionalmente laxos con el objeto de conferirle flexibilidad a los Estados Contratantes en el diseño de sus políticas relacionadas con la utilización del Centro como instrumento de promoción de inversiones.

Tal flexibilidad, sin embargo, tiene un límite: el objeto y fin del Convenio. Ello es así porque el acceso a la jurisdicción CIADI gatilla obligaciones en materia de inmunidad y de reconocimiento y ejecución de laudos que se proyectan más allá del Estado Contratante que es parte de una particular disputa, y porque la utilización del Centro genera costos que son soportados por todos los Estados Contratantes y por el Banco Mundial.

En cualquier caso, es importante señalar que el cumplimiento o no de los extremos jurisdiccionales establecidos por el Convenio CIADI constituye una cuestión que se decide exclusivamente en el seno del marco institucional del Centro. Un primer control, de naturaleza superficial, es realizado por el Secretario General, quien puede denegar el registro de una controversia que se encuentre manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro.⁽¹⁵⁾ El control principal es el realizado por el tribunal arbitral, al cual el Convenio CIADI le reconoce plenos poderes para decidir si cierta disputa se encuentra dentro de su jurisdicción, de conformidad con la regla de kompetenz-kompetenz.⁽¹⁶⁾ Finalmente, la última instancia de control,

(15) Véase, Convenio CIADI, artículo 36 (3).

(16) Véase, Convenio CIADI, artículo 41 (1).

de naturaleza residual, tiene lugar en los casos en los que se activan procedimientos de nulidad basados en el incumplimiento de los requisitos jurisdiccionales establecido en el Convenio.⁽¹⁷⁾

3. REQUISITOS *RATIONAE MATERIAE*

En lo que a la jurisdicción *rationae materiae* del Centro se refiere, el artículo 25(1) reza como sigue:

«La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión... y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro».⁽¹⁸⁾

Aprehender los límites materiales de la jurisdicción del Centro requiere discernir: i) qué es una diferencia de naturaleza jurídica; ii) qué es una inversión; iii) cuándo una diferencia jurídica surge directamente de una inversión y iv) cuándo se considera que ha habido consentimiento por escrito en someter la diferencia al Centro.

3.1. Diferencia de naturaleza jurídica

Existe una diferencia o disputa cuando se verifica un desacuerdo sobre una cuestión de hecho o de derecho que genera un conflicto de intereses entre dos o más partes. Se presupone que tal desacuerdo ha sido expresado por las partes, pero no hace falta que ello haya ocurrido de manera explícita. La omisión, por parte de un Estado, de contestar o atender las requisitorias de un inversor permite tener por configurada una disputa a estos fines.

El Convenio no impone un deber de negociar o de someter la cuestión al mecanismo conciliatorio del Centro o a algún otro, a

⁽¹⁷⁾ Véase, Convenio CIADI, artículo 52.

⁽¹⁸⁾ El texto completo del artículo 25 (1) del Convenio CIADI es el siguiente: “La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro”.

menos que ello surja del instrumento en el que se ha expresado el consentimiento.

La disputa debe ser, además, concreta y, por ello, susceptible de ser expresada en términos específicos y no generales. Debe poder ser particularizada de manera tal que se pueda solicitar un remedio, sea este restitutivo, compensatorio o declarativo. Asimismo, debe ser actual y no meramente hipotética o académica. El Centro carece de jurisdicción en materia consultiva.

También es necesario que la disputa sea de naturaleza legal. El Informe de los Directores Ejecutivos explica el significado de esta limitación:

«La expresión “diferencia de naturaleza jurídica” se ha utilizado para dejar aclarado que están comprendidos dentro de la jurisdicción del Centro los conflictos de derechos, pero no los simples conflictos de intereses. La diferencia debe referirse a la existencia o al alcance de un derecho u obligación de orden legal, o a la naturaleza o al alcance de la reparación a que dé lugar la violación de una obligación de orden legal».⁽¹⁹⁾

Disputas que impliquen determinar cuestiones de hecho no están excluidas de la jurisdicción del Centro, en tanto versen sobre las consecuencias legales de tales cuestiones. Puede incluso suceder que las partes en disputa estén de acuerdo acerca de las consecuencias legales de un hecho, pero en desacuerdo acerca de su acaecimiento o extensión. Lo importante es que la pretensión que da origen a la disputa esté dirigida a la obtención de un remedio de naturaleza legal y no a la mera comprobación de un hecho. Para pretensiones de esta última naturaleza, el Centro dispone del Mecanismo Complementario, el cual es ajeno a la operativa del Convenio CIADI.

El requisito de que la disputa sea de naturaleza legal no implica que la disputa deba ser resuelta sobre la base exclusiva de normas

(19) Véase, Informe de los Directores Ejecutivos, párrafo 26.

jurídicas positivas. El Convenio regula procedimientos de conciliación y dispone expresamente la posibilidad de que un arbitraje sea resuelto sobre la base de la equidad o *ex aequo et bono*.⁽²⁰⁾

3.2. Concepto de “inversión”

El Convenio CIADI guarda silencio en torno el contenido de tan trascendental término. No se trata, sin embargo, de una omisión involuntaria. Los trabajos preparatorios sugieren que el tema fue ampliamente discutido durante la etapa de redacción entre quienes proponían una definición del término y quienes consideraban que era preferible dejar el tema librado a las partes, por considerar que una definición siempre sería potencialmente insatisfactoria y daría lugar a controversias jurisdiccionales.⁽²¹⁾ Este último criterio fue el que prevaleció.⁽²²⁾ Consecuentemente, la principal fuente, a los fines de determinar el contenido del concepto de «inversión», son los instrumentos en los que consta el consentimiento a la jurisdicción CIADI. La jurisprudencia de los tribunales, sin embargo, ha marcado límites en lo que a esta autonomía concierne, tomando en consideración el objeto y fin del Convenio.

En el caso de un acuerdo particular de naturaleza contractual entre un inversor y un Estado remitiendo a arbitraje por ante el Centro, corresponde presumir que existe acuerdo acerca de que tal relación jurídica califica como una inversión, independientemente de que se haga mención de ello expresamente.

(20) Véase, Convenio CIADI, artículo 42 (3): “Las disposiciones de los precedentes apartados de este Artículo no impedirán al Tribunal, si las partes así lo acuerdan, decidir la diferencia *ex aequo et bono*”.

(21) Véase, Christoph SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2001, pp. 122 y 123.

(22) *Informe de los Directores Ejecutivos*, párrafo 27: “No se ha intentado definir el término «inversión», teniendo en cuenta el requisito esencial del consentimiento de las partes y el mecanismo mediante el cual los Estados Contratantes pueden dar a conocer de antemano, si así lo desean, las clases de diferencias que estarán o no dispuestos a someter a la jurisdicción del Centro” (artículo 25(4)).

Las legislaciones nacionales⁽²³⁾ y los tratados de inversiones,⁽²⁴⁾ por su parte, procuran definir el concepto de inversión acudiendo a

⁽²³⁾ Véase, por ejemplo, *Ley de Inversiones de la República de El Salvador* (Decreto 732). Allí, se define como *inversiones* a: “Aquellos activos o recursos, ya sean en bienes tangibles e intangibles, prestación de servicios o financieros en moneda nacional o extranjera de libre convertibilidad, que se destinen a la ejecución de actividades de índole económica o a la ampliación o perfeccionamiento de las existentes, para la producción de bienes o servicios y la generación de fuentes de trabajo” (artículo 2 a). Por su parte, el artículo 3 precisa que dentro de los activos o recursos considerados como inversión están comprendidos, entre otros, los siguientes: “a) Los aportes de capital nacional o extranjero destinados a la constitución de empresas mercantiles, o a la adquisición, total o parcial, de empresas mercantiles ya existentes; b) Los aportes de capital nacional o extranjero destinados a la adquisición del derecho de dominio sobre bienes inmuebles situados en el país, así como la constitución de todo tipo de derechos reales; c) Los aportes de capital nacional o extranjero destinados a la adquisición del derecho de dominio sobre bienes muebles tangibles, especialmente plantas industriales, maquinaria nueva y reacondicionada, repuestos y accesorios, materias primas y productos intermedios, siempre que tales bienes sean utilizados en empresas mercantiles, a cualquier título. Igualmente se considerarán como inversión el aporte directo de los referidos bienes muebles tangibles en empresas mercantiles nuevas y ya existentes; c) La suscripción o adquisición de acciones o participaciones en sociedades mercantiles salvadoreñas, así como aquellas derivadas de aumentos de capital producto de la capitalización de utilidades, reservas, revalorización de activos o de créditos o por nuevos aportes; d) Los aportes de capital provenientes de utilidades derivadas de la inversión original debidamente registrada, que sean destinados a la suscripción o adquisición de acciones o participaciones en otras sociedades mercantiles; e) Los préstamos contratados en moneda extranjera de libre convertibilidad, destinados a la realización de actividades productivas de personas naturales o jurídicas; f) Los fondos destinados para la adquisición de obligaciones emitidas por personas jurídicas domiciliadas en el país, de conformidad al cumplimiento de los requisitos señalados en el reglamento de la presente ley; g) Los bienes intangibles aceptados internacionalmente, que comprenden entre otros: derechos de propiedad intelectual y la prestación de servicios, contratos de arrendamiento de equipo, prestación de servicios técnicos y aporte de conocimientos administrativos; h) Los recursos destinados al desarrollo de contratos de participación o inversiones conjuntas bajo la modalidad de riesgo compartido de carácter contractual, que otorgan al inversionista extranjero una forma de participación en la actividad industrial, comercial o de servicios de una empresa salvadoreña, a cambio de una participación en el monto global de sus utilidades”.

⁽²⁴⁾ Véase, por ejemplo, *Tratado de Inversión entre la República de Venezuela y la República Argentina*, publicado en www.unctadxi.org/templates/DocSearch_779.aspx.m, cuyo artículo 1.1 reza como sigue: “El término «inversión» designa, de conformidad con las leyes y reglamentaciones de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, todo tipo de activo invertido por inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante, de acuerdo con la legislación de esta última. Incluye en particular, aunque no exclusivamente: a) La propiedad de bienes muebles e inmuebles,

fórmulas abiertas de naturaleza predominantemente enunciativa. En estos casos, la definición de inversión opera también definiendo el campo de aplicación material de tales instrumentos y refleja, consecuentemente, una decisión de política económica acerca del tipo de transacciones que se pretenden fomentar.⁽²⁵⁾

Las definiciones utilizadas en la mayoría de las legislaciones y tratados sobre la materia incluyen fórmulas notoriamente amplias y exceden, claramente, la noción de capital en un sentido económico o la noción de inversión utilizada en las cuentas públicas.⁽²⁶⁾ En algunas legislaciones, se considera como inversión conceptos tan intangibles como el prestigio y la clientela.⁽²⁷⁾

Algunas leyes y tratados procuran limitar los alcances de este trascendental concepto. Así, por ejemplo, hay tratados que excluyen expresamente de su marco de protección a las inversiones realizadas con fecha anterior a su fecha de vigencia,⁽²⁸⁾ o a la inversión especulativa de corto plazo (inversión de portafolio),⁽²⁹⁾ o a ciertos tipos de activos como préstamos a empresas estatales o préstamos por un término menor a tres años.⁽³⁰⁾ Algunos instrumentos también requieren,

así como los demás derechos reales tales como hipotecas, cauciones y derechos de prenda; b) Acciones, cuotas societarias, y cualquier otro tipo de participación en sociedades; c) Títulos de crédito y derechos a prestaciones que tengan un valor económico; los préstamos estarán incluidos solamente cuando estén directamente vinculados a una inversión específica; d) Derechos de propiedad intelectual incluyendo, en especial, derechos de autor, patentes, diseños industriales, marcas, nombres comerciales, procedimientos técnicos, know-how, clientela y valor llave; e) Concesiones económicas conferidas por ley o por contrato, incluyendo las concesiones para la prospección, cultivo, extracción o explotación de recursos naturales⁹.

(25) Véase, UNCTAD, *International Investment Agreements, Key Issues, United Nations Conference on Trade and Development*, UNCTAD/ITE/ITT/2004/10 (Vol. I), p. 121.

(26) *Ibidem*, p. 121.

(27) Véase, *Ley de Inversiones de Venezuela* (Decreto Ley N° 5390 del 22 de octubre de 1999) artículo 3.1.

(28) Véase, *Tratado e Inversión entre la República de Hungría y Chipre* (artículo 2 - 4), www.unctadxi.org/templates/DocSearch_779.aspx.m.

(29) Véase, *Tratado de Inversión entre el Reino de Dinamarca y la República de Polonia* (artículo 1 (1) (b)), www.unctadxi.org/templates/DocSearch_779.aspx.m.

(30) Véase, *Tratado de Libre Comercio para América del Norte (NAFTA)*, definición de inversión, Capítulo 11.

expresamente, que las inversiones se hayan realizado de conformidad con la legislación del Estado receptor,⁽³¹⁾ o hayan sido aprobadas por la autoridad estatal.⁽³²⁾

Es importante tener en cuenta que las partes que acuerdan solucionar sus disputas bajo el Convenio CIADI no están habilitadas para transformar cualquier transacción o circunstancia en una inversión.⁽³³⁾ El límite es el objeto y fin del Convenio CIADI.⁽³⁴⁾

La casuística de tribunales CIADI refleja amplitud en lo que concierne a la extensión del concepto de inversión. Así, se han tenido por satisfechos los requisitos del artículo 25 en los casos de derechos de propiedad sobre bienes inmuebles,⁽³⁵⁾ acciones,⁽³⁶⁾ títulos de crédito,⁽³⁷⁾ contratos de derecho privado y de derecho público,⁽³⁸⁾

(31) Para una interpretación de esta limitación, véase *Tokios Tokelés v. Ucrania* (Caso CIADI N° ARB/02/18), Decisión sobre jurisdicción del 29 de abril de 2004 (en adelante, *Tokios Tokeles v. Ucrania*, Decisión sobre jurisdicción) y *Salini Construtorri S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Marruecos*, (Caso CIADI N° ARB/00/4), Decisión sobre jurisdicción del 16 de julio de 2001 (en adelante, *Salini v. Marruecos*, Decisión sobre jurisdicción).

(32) Para una interpretación de esta limitación, véase *Philippe Gruslin v. Malasia* (Caso CIADI N° ARB/99/3), Laudo del 27 de noviembre de 2000.

(33) Véase, Aron BROCHES, “The Convention on the Settlement of Investment Disputes: Some Observations on Jurisdiction”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 5, p. 268 (nota al pie omitida), citado por Schreuer, *op. cit.*, p. 125.

(34) Véase, *Salini v. Marruecos*, Decisión sobre jurisdicción.

(35) Véase, por ejemplo, *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. República de Costa Rica*, (Caso CIADI N° ARB/96/1), Laudo del 17 de febrero de 2000 (en adelante, *CDSE v. Costa Rica*, Laudo).

(36) Véase, por ejemplo, *CMS Gas Transmission Company v. República Argentina*, (Caso CIADI N° ARB/01/8), Decisión sobre jurisdicción del 17 de julio de 2003 (en adelante, *CMS v. Argentina*, Decisión sobre jurisdicción); *Azurix Corp. v. Argentina*, (Caso CIADI N° ARB/01/12), Decisión sobre jurisdicción del 11 de mayo de 2005 (en adelante *Azurix v. Argentina*, Decisión sobre jurisdicción).

(37) Véase, por ejemplo, *Fedax N.V. v. Venezuela*, (Caso CIADI N° ARB/96/3), Decisión sobre jurisdicción del 11 de julio de 1997 (en adelante, *Fedax v. Venezuela*, Decisión sobre jurisdicción).

(38) Véase, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. República Islámica de Pakistán*, (Caso CIADI N° ARB/01/13), Decisión sobre jurisdicción del 6 de agosto de 2003 (en adelante, *SGS v. Pakistán*, Decisión sobre jurisdicción).

incluyendo, entre estos últimos, préstamos de dinero a entidades estatales⁽³⁹⁾ y contratos de obra pública.⁽⁴⁰⁾

La jurisprudencia, sin embargo, ha procurado sentar ciertas pautas orientativas que contribuyan a precisar el concepto de inversión. Así, en numerosos casos se ha dicho que las pautas que caracteriza a una inversión, a los fines del Convenio CIADI, son: i) cierta duración; ii) regularidad en materia de retorno o compensación del capital; iii) riesgo; iv) compromiso de capital sustantivo; y v) contribución significativa al desarrollo del Estado huésped.⁽⁴¹⁾

Otras características orientativas que surgen de la jurisprudencia son las siguientes: i) debe existir un derecho que le confiera entidad jurídica a la situación que se pretende calificar como inversión;⁽⁴²⁾ ii) no debe tratarse de un derecho meramente contingente;⁽⁴³⁾ y iii) el contacto con el Estado receptor debe exceder el mero comercio transfronterizo de bienes.⁽⁴⁴⁾ Por otra parte, se ha decidido que: i) no

⁽³⁹⁾ Véase, *Ceskoslovenska Obchodni Banka v. República de Eslovaquia*, (Caso CIADI N° ARB/97/4), Decisión sobre jurisdicción del 24 de mayo de 1999 (en adelante, CSOB v. Eslovaquia, Decisión sobre jurisdicción).

⁽⁴⁰⁾ Véase, *Salini v. Marruecos*, Decisión sobre jurisdicción; *Impregilo S.p.A v. República Islámica de Pakistán*, (Caso CIADI N° ARB/03/3), Decisión sobre jurisdicción del 22 de abril de 2005; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. República Islámica de Pakistán*, (Caso CIADI N° ARB/03/29), Decisión sobre jurisdicción del 14 de noviembre de 2005 (en adelante Bayindir v. Pakistán, Decisión sobre jurisdicción); y *L.E.S.I. - Dipenta v. República Árabe de Argelia*, (Caso CIADI N° ARB/03/8), Laudo del 10 de enero de 2005 (en adelante, *L.E.S.I v. Argelia*, Laudo).

⁽⁴¹⁾ Véase, en este sentido, *Fedax v. Venezuela*, Decisión sobre jurisdicción; *Joy Mining Machinery v. República Árabe de Egipto*, (Caso CIADI N° ARB/03/11), Laudo del 6 de agosto de 2004 (en adelante, *Joy Mining v. Egipto*, Laudo); *Salini v. Marruecos*, Decisión sobre jurisdicción; *L.E.S.I. v. Argelia*, Laudo, y *Bayindir v. Pakistán*, Decisión sobre jurisdicción.

⁽⁴²⁾ Véase, *Mihaly International Corporation v. República Socialista Democrática de Sri Lanka* (Caso CIADI N° ARB/00/2), Laudo del 15 de marzo de 2002. Allí se decidió que los gastos que se realizan para participar en una licitación, que no se consuma en una obligación vinculante, no califican como una inversión.

⁽⁴³⁾ Véase, *Joy Mining v. Egipto*, Laudo. Allí se decidió que una garantía bancaria no calificaba como una inversión.

⁽⁴⁴⁾ El Secretario General del CIADI ha denegado solicitudes de arbitraje basadas en una compraventa internacional. Véase I. Shihata and A. R. Parra, “*The Experience of*

hace falta que las prestaciones relativas a una inversión se desarrollen exclusivamente dentro del territorio de un cierto Estado⁽⁴⁵⁾ y ii) que tampoco hace falta que el origen del capital o del financiamiento sea externo.⁽⁴⁶⁾

3.3. La diferencia debe surgir directamente de una inversión

El artículo 25 requiere que «la diferencia surja directamente de una inversión». Los trabajos preparatorios del Convenio revelan que el Primer Borrador utilizaba la expresión “disputas que surjan o estén conectadas con una inversión”. La sustitución de este texto por el definitivo y la inclusión del término “directamente”, tuvieron por objeto limitar la jurisdicción del Centro a disputas que tengan una estrecha conexión con el activo que califica como una inversión de la parte no estatal en la disputa.⁽⁴⁷⁾

El requisito de que una disputa surja directamente de una inversión es indisponible para las partes en disputa, dada su relación con la misión del Centro. Este dato se encuentra ratificado por el hecho de que las Reglas del Mecanismo Complementario contemplan expresamente su aplicación a casos en los que la disputa no surge directamente de una inversión.⁽⁴⁸⁾

the International Centre for Settlement of Investment Disputes”, *Foreign Investment Law Journal*, Vol. 14 (1999), p. 308. Véase, además, *Joy Mining v. Egipto*, Decisión sobre jurisdicción, en donde se decidió que un contrato de compraventa internacional de maquinaria minera no calificaba como inversión.

(45) Véase, *SGS v. Pakistán*, Decisión sobre jurisdicción, y particularmente, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. República de Filipinas* (Caso CIADI N° ARB/02/6), Decisión sobre jurisdicción del 29 de enero de 2004. En estos casos se consideró que un contrato para la pre-inspección de embarques con el Estado receptor, que obviamente se desarrolla parcialmente fuera de tal territorio, calificaba como inversión a los fines del artículo 25 del Convenio CIADI.

(46) Véase, *Tokios Tokelés v. Ucrania*, Decisión sobre jurisdicción y *Tradex Hellas S.A. v. República de Albania* (Caso CIADI N° ARB/94/02), Decisión sobre jurisdicción del 24 de diciembre de 1996.

(47) Véase, SCHREUER, *op. cit.* p. 114.

(48) Véase, *Reglas del Mecanismo Complementario*, artículo 2(b).

El requisito en consideración es uno de los más inciertos en cuanto a sus alcances y contenidos. Es claro que no se relaciona con el hecho de que la inversión califique como una inversión extranjera directa o indirecta.⁽⁴⁹⁾ No es claro, sin embargo, qué aspectos de una disputa relativas a una operación de inversión se encuentran dentro del umbral de conexidad que establece la Convención. Pese a que es evidente que tal umbral es restringido, como lo sugiere la frase “surgir directamente”, la jurisprudencia de los tribunales ha adoptado posiciones restrictivas en contadas ocasiones⁽⁵⁰⁾ y no ha sido particularmente esclarecedora en lo que a este punto concierne.

En algunos casos de naturaleza contractual se ha procurado distinguir entre disputas que surgen de los derechos particulares conferidos al inversor y de la aplicación de normas generales.⁽⁵¹⁾ En este ámbito, también se han permitido reclamos con relación a activos que no califican como una inversión o que implican discernir derechos y obligaciones ajenas al instrumento en donde consta el consentimiento a la jurisdicción CIADI, con base en una supuesta “unidad de la operación de inversión”.⁽⁵²⁾

En el campo de los reclamos basados en Tratados de Inversión y legislación nacional, el punto ha sido discutido en supuestos en los que inversores en participaciones accionarias han formulado reclamos por medidas que afectan a los activos del ente local en el que han invertido. Pese a que tales situaciones implican discutir obliga-

(49) Véase, *Fedax v. Venezuela*, Decisión sobre jurisdicción.

(50) Véase, por ejemplo, *Amco v. Indonesia*, caso sometido por segunda vez, Decisión sobre jurisdicción del 10 de mayo de 1988, ICSID Reports, Vol. 1, p. 565.

(51) *Ibidem*, p. 565. Véase, también, *CMS v. Argentina*, Decisión sobre jurisdicción. Este último es, sin embargo, un caso bajo un tratado de inversión.

(52) Véase, *Holiday Inn v. Reino de Marruecos* (Caso CIADI N° ARB/72/1), Decisión sobre jurisdicción del 12 de mayo de 1974, descrito en Pierre Lalive, “*The First “World Bank” Arbitration (Holiday Inn v. Morocco) some legal problems*”, 51 *British Yearbook of International Law*, p. 159. Véase también *CSOB v. Eslovaquia*, Decisión sobre jurisdicción y *Enron Corporation and Ponderosa Assets LLP v. República Argentina* (Caso CIADI N° ARB/01/03), Decisiones sobre jurisdicción del 14 de enero de 2004 (en adelante, *Enron v. Argentina*, Decisión sobre jurisdicción).

ciones legales relativas a activos que no califican como una inversión de los actores, los tribunales han sido receptivos de esta posibilidad hasta el presente.⁽⁵³⁾

3.4. El consentimiento a la jurisdicción CIADI

La ratificación del Convenio por parte de un Estado constituye un antecedente imprescindible para acceder a la jurisdicción del Centro, pero no implica un compromiso de someter disputa alguna a conciliación o arbitraje. El Informe de los Directores Ejecutivos se refiere al consentimiento de las partes como la «piedra angular» en que descansa la jurisdicción CIADI. El Preámbulo del Convenio CIADI declara expresamente que:

«... la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado».⁽⁵⁴⁾

También es relevante a estos fines el artículo 25(4), según el cual:

«(4) Los Estados Contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. El Secretario General transmitirá inmediatamente dicha notificación a todos los Estados Contratantes. Esta notificación

⁽⁵³⁾ Véase, entre otras decisiones, *CMS v. Argentina*, Decisión sobre jurisdicción; *Enron v. Argentina*, Decisión sobre jurisdicción y Decisión sobre jurisdicción relativa a los reclamos adicionales del 2 de agosto de 2004; y *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. República Argentina* (Caso CIADI N° ARB/02/01), Decisión sobre jurisdicción de 30 de abril de 2004.

⁽⁵⁴⁾ Véase, Informe de los Directores Ejecutivos, párrafo 25: “Aunque el consentimiento de las partes constituye un requisito previo esencial para dar jurisdicción al Centro, el mero consentimiento no es suficiente para someter una diferencia a su jurisdicción”.

no se entenderá que constituye el consentimiento a que se refiere el apartado (1) anterior».

Aprehender el régimen relativo al consentimiento bajo el Convenio CIADI requiere determinar: i) cuáles son las formalidades para otorgar el consentimiento; ii) cuáles son las posibles fuentes del consentimiento; iii) qué significa que el consentimiento no puede ser unilateralmente retirado; y iv) cuál es el efecto de las notificaciones a las que se refiere el artículo 25(4).

3.4.1. Formalidades

El consentimiento de las partes tiene que constar por escrito. Este es el único requisito de forma. No es necesario que la expresión del consentimiento conste en un mismo instrumento. Puede darse en instrumentos sucesivos que operan como una oferta y una aceptación, o puede estar incluido por referencia a otro instrumento distinto.⁽⁵⁵⁾

Tampoco es necesario notificar al Centro acerca de la emisión de una expresión de consentimiento, cualquiera sea su fuente, para que éste sea válido. Al momento de iniciar un procedimiento, sin embargo, es necesario acompañar la documentación que acredita la existencia de un consentimiento por escrito.⁽⁵⁶⁾

3.4.2. Fuentes del consentimiento

El consentimiento escrito que requiere el Convenio CIADI puede tener fuente contractual o puede tener origen en una oferta jurisdiccional dirigida hacia nacionales de otros Estados, expresada en una legislación nacional o en un tratado internacional.

3.4.2.1. Formas contractuales

El consentimiento a la jurisdicción del Centro bajo formas contractuales fue probablemente la modalidad tenida principalmente

⁽⁵⁵⁾ Véase, en este último sentido, *CJOB v. Eslovaquia*, Decisión sobre jurisdicción.

⁽⁵⁶⁾ Véase, *Reglas de Iniciación*, artículos 2(1)(c) y 2 (2).

en cuenta al diseñarse el Convenio CIADI.⁽⁵⁷⁾ La casi totalidad de los casos por ante el Centro, hasta principios de la década del 90, tienen origen en un consentimiento de esta naturaleza.

La forma más utilizada para expresar este tipo de consentimiento es la de un acuerdo arbitral o cláusula compromisoria, en donde se acuerda someter ciertas disputas futuras a la jurisdicción del Centro. Otra modalidad posible es la de un compromiso arbitral, sometiendo a la jurisdicción del Centro una disputa ya existente. Este último supuesto no es usual dado que usualmente las partes son reticentes a acordar mecanismos de solución de disputas alternativas, luego de surgido un conflicto.⁽⁵⁸⁾

Es posible también que pueda inferirse la existencia de un consentimiento como consecuencia de una prórroga tácita de jurisdicción por no interponerse objeciones a la jurisdicción del Centro, pero,

⁽⁵⁷⁾ Véase, Informe de los Directores Ejecutivos, párrafo 24. Allí se dice lo siguiente: “El consentimiento puede darse, por ejemplo, en las cláusulas de un contrato de inversión que disponga la sumisión al Centro de las diferencias futuras que puedan surgir de ese contrato, o en compromiso entre las partes respecto a una diferencia que haya surgido. El convenio tampoco exige que el consentimiento de ambas partes se haga constar en un mismo instrumento. Así, un Estado receptor pudiera ofrecer en su legislación sobre promoción de inversiones, que se someterán a la jurisdicción del Centro las diferencias producidas con motivo de ciertas clases de inversiones, y el inversionista puede prestar su consentimiento mediante aceptación por escrito de la oferta”.

⁽⁵⁸⁾ Véase, por ejemplo, *CDSE v. Costa Rica*, Laudo. El caso se relacionaba con la expropiación de una propiedad costera con fines ecológicos por parte del gobierno de Costa Rica, y la disputa entre las partes versaba acerca de la compensación que le correspondía percibir a la compañía controlada por ciudadanos americanos, cuya propiedad había sido objeto de la medida. Luego de varios años de indefiniciones, el gobierno de los Estados Unidos de América implementó legislativamente la denominada Enmienda Helms, la cual prohíbe al gobierno dar ayuda financiera y/o que los representantes en organismos internacionales de crédito aprueben líneas de financiamiento hacia países que hayan expropiado bienes que pertenecen o están bajo el control indirecto de inversores estadounidenses, y no remedien tal situación o consientan dilucidarla mediante arbitraje internacional. En base a tal norma, una línea crediticia del Banco Interamericano de Desarrollo destinada a Costa Rica fue bloqueada por los representantes del gobierno de los Estados Unidos en tal organismo. Costa Rica consintió acceder a arbitraje bajo el Convenio CIADI luego de tal evento.

en la práctica, este supuesto estaría limitado a la extensión del consentimiento y no a su existencia. Lo dicho, teniendo en cuenta que las Reglas de Iniciación exigen que se acredite, *prima facie*, la existencia de consentimiento y que el Secretario General tiene facultades para denegar el registro de casos que se hallen manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro.⁽⁵⁹⁾

3.4.2.2. Ofertas de jurisdicción en legislación local y en tratados internacionales

El consentimiento también puede tener origen en una oferta de jurisdicción en la legislación nacional del Estado receptor de la inversión⁽⁶⁰⁾ o, más frecuentemente, en un tratado internacional que tal Estado ha celebrado con otro Estado.⁽⁶¹⁾

⁽⁵⁹⁾ Véase, Convenio CIADI, artículos 28 (3) y 36 (6).

⁽⁶⁰⁾ Véase, por ejemplo, Ley de Inversiones de la República de El Salvador (Decreto N° 732), cuyo artículo 15 dispone lo siguiente: “En caso que surgieren controversias o diferencias entre los inversionistas nacionales o extranjeros y el Estado, referentes a inversiones de aquellos, efectuadas en El Salvador, las partes podrán acudir a los tribunales de justicia competentes, de acuerdo a los procedimientos legales. En el caso de controversias surgidas entre inversionistas extranjeros y el Estado, referentes a inversiones de aquellos efectuadas en El Salvador, los inversionistas podrán remitir la controversia: a) Al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), con el objeto de resolver la controversia mediante conciliación y arbitraje, de conformidad con el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio CIADI); b) Al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), con el objeto de resolver la controversia mediante conciliación y arbitraje, de conformidad con los procedimientos contenidos en el Mecanismo Complementario del CIADI; en los casos que el inversionista Extranjero parte en la controversia sea nacional de un Estado que no es parte contratante del Convenio del CIADI”.

⁽⁶¹⁾ Véase, Tratado de Inversión entre la República Argentina y la República de Chile (www.unctadxi.org/templates/DocSearch_779.aspx.m), Artículo X: “Solución de controversias relativas a inversiones. (1) Toda controversia relativa a las inversiones en el sentido del presente Tratado, entre una Parte Contratante y un nacional o sociedad de la otra Parte Contratante será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas entre las dos partes en la controversia. (2) Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra de las partes, será sometida, a pedido del nacional o sociedad – o bien a jurisdicciones nacionales de la Parte Contratante

En el caso de las legislaciones nacionales, la oferta suele estar dirigida a quienes califican como inversores extranjeros y, en el caso de los tratados, a quienes califican como nacionales o inversores del otro Estado parte en el tratado. En ambos casos, el consentimiento se perfecciona cuando los beneficiarios de la oferta la aceptan por escrito. Para que ello suceda, las legislaciones y los tratados suelen exigir que exista una controversia de manera previa a la aceptación. En muchos casos también se exigen otras condiciones, como, por ejemplo, que haya transcurrido un período de negociación de una cierta duración o que no se haya sometido la controversia a ciertos otros foros alternativos. La aceptación por escrito de la oferta puede darse de manera previa a solicitar el inicio de un procedimiento de solución de controversias por ante el Centro, o con motivo de la iniciación de tal procedimiento.

implicada en la controversia; – o bien al arbitraje internacional en las condiciones descritas en el párrafo 3. Una vez que un nacional o sociedad haya sometido la controversia a las jurisdicciones de la Parte Contratante implicada o al arbitraje internacional, la elección de uno u otro de esos procedimientos será definitiva. (3) En caso de recurso al arbitraje internacional la controversia podrá ser llevada ante uno de los órganos de arbitraje designados a continuación a elección del nacional o sociedad: Al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a inversiones (CIADI), creado por el «Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones sobre Estados y Nacionales de otros Estados», abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado parte en el presente Convenio haya adherido a aquél. Mientras esta condición no se cumpla, cada Parte Contratante da su consentimiento para que la controversia sea sometida al arbitraje conforme con el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI; A un tribunal de arbitraje ad hoc establecido de acuerdo con las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). (4) El órgano arbitral decidirá en base a las disposiciones del presente Tratado, al derecho de la Parte Contratante que sea parte en la controversia Incluidas las normas relativas a conflictos de leyes y a los términos de eventuales acuerdos particulares concluidos con relación a la inversión como así también a los principios del derecho internacional en la materia. (5) Las sentencias arbitrales serán definitivas y obligatorias para las partes en la controversia. (6) Las Partes Contratantes se abstendrán de tratar, a través de los canales diplomáticos, argumentos concernientes al arbitraje o a un proceso judicial ya en marcha hasta que los procedimientos correspondientes hubieren sido concluidos, salvo que las partes en la controversia no hubieren cumplido el laudo del tribunal arbitral o la sentencia del tribunal ordinario, según los términos de cumplimiento establecidos en el laudo o en la sentencia”.

Los tratados de inversiones han transformado el escenario del derecho internacional económico relativo a las inversiones extranjeras⁽⁶²⁾ y las ofertas de jurisdicción allí expresadas constituyen, en el presente, la principal fuente de disputas por ante el Centro.⁽⁶³⁾

3.4.3. El carácter irrevocable del consentimiento

A los fines de asegurar la estabilidad de los compromisos jurisdiccionales asumidos al amparo del Convenio, el artículo 25 (1) *in fine* dispone que el consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.⁽⁶⁴⁾ La disposición parece redundante a la luz del principio de *pacta sunt servanda*. Sin embargo, la preocupación por ratificar tan importante factor es comprensible si se tiene en cuenta que muchos de los requisitos para acceder a la jurisdicción del Centro podrían ser eventualmente modificados por los Estados.⁽⁶⁵⁾

En particular, un Estado podría intentar retirar indirectamente su consentimiento: i) mediante una notificación bajo el artículo 25(4);⁽⁶⁶⁾ ii) denunciando el Convenio; iii) modificando el campo

(62) El número de Tratados de Inversión firmados se incrementó de 72 en 1969 a 386 en 1989, y a más de 2300 para fines del año 2003. Véase, UNCTAD, *op. cit.*, p. 9.

(63) A título ilustrativo, el número de casos registrados pasó de un promedio inferior a 2/3 casos anuales, a principios de la década del 90, a un promedio del orden de los 25/30 casos para los años 2003, 2004 y 2005. Véase, UNCTAD, "Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement", *IIA Monitor*, Número 4 (2005).

(64) Véase, Convenio CIADI, artículo 25 (1). Por su parte, el Preámbulo de la Convención establece lo siguiente: "Reconociendo que el consentimiento mutuo de las partes en someter dichas diferencias a conciliación o a arbitraje a través de dichos medios constituye un acuerdo obligatorio, lo que exige particularmente que se preste la debida consideración a las recomendaciones de los conciliadores y que se cumplan los laudos arbitrales".

(65) La norma en consideración se complementa con lo dispuesto en el artículo 72 del Convenio, el cual establece que la modificación del marco territorial en relación al cual el Convenio está vigente o su denuncia, no afectan las obligaciones preexistentes en materia de consentimientos a la jurisdicción del Centro.

(66) Véase, en cuanto a este tema, *infra*, punto 3.4.4.

de aplicación territorial del Convenio;⁽⁶⁷⁾ iv) retirando la designación o aprobación con relación a una subdivisión política u organismo público; v) modificando la legislación local en la que constaba la oferta de jurisdicción; vi) denunciando el tratado internacional en el que constaba la oferta de jurisdicción; vii) nulificando un contrato o una autorización de inversión en el que constaba el consentimiento; viii) modificando retroactivamente el régimen de capacidad para emitir el consentimiento aplicable a las partes; ix) atribuyéndole a la parte privada el carácter de nacional; y x) expropiando las participaciones de los extranjeros para que una compañía no califique como sometida a control extranjero a los fines del artículo 25 (2) (b).⁽⁶⁸⁾

La irrevocabilidad que consagra la norma presupone que hubo un consentimiento por ambas partes. No es aplicable si tan sólo hubo una oferta jurisdiccional en una legislación o en un Tratado de Inversión, y no se verificó la aceptación por parte del beneficiario de la oferta antes que esta fuera revocada. También presupone que se cumplen los requisitos objetivos en materia de jurisdicción del Centro. Por ello, por ejemplo, este principio de irrevocabilidad tampoco es aplicable si los tribunales de un Estado declaran nulo el consentimiento a la jurisdicción del Centro, emitido por una subdivisión política y esta nunca estuvo designada por ante el Centro.⁽⁶⁹⁾

3.4.4. Efectos de la declaración con relación al tipo de disputas que se aceptan someter a la jurisdicción del Centro

El artículo 25 (4) del Convenio permite a los Estados Contratantes notificar al Centro las clases de disputas que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. La norma reza como sigue:

(67) Véase, Convenio CIADI, artículo 70: “El Convenio se aplicara a todos los territorios de cuyas relaciones internacionales sea responsable un Estado Contratante salvo aquellos que dicho Estado excluya mediante notificación escrita dirigida al depositario de este Convenio en la fecha de su ratificación, aceptación o aprobación, o con posterioridad”.

(68) Véase, en general, SCHREUER, *op. cit.*, pp. 255 a 265.

(69) Véase, *infra*, punto 4.3.

«... Los Estados Contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. El Secretario General transmitirá inmediatamente dicha notificación a todos los Estados Contratantes. Esta notificación no se entenderá que constituye el consentimiento a que se refiere el apartado (1) anterior».

A los fines de entender la razón de ser de esta norma, es menester colocarse en el lugar de quienes tuvieron que redactar el Convenio a principios de la década del 60. La preocupación era que la ratificación del Convenio CIADI generara expectativas y presiones sobre los países importadores de capital para que acepten la jurisdicción del Centro.⁽⁷⁰⁾ A tales fines, se estableció este mecanismo meramente informativo, que resulta completamente ajeno al consentimiento que resulta imprescindible para activar tal jurisdicción del Centro.⁽⁷¹⁾

Dada la naturaleza meramente informativa de esta notificación:
i) ni la notificación por parte de un Estado Contratante definiendo

⁽⁷⁰⁾ Véase, SCHREUER, *op. cit.*, p. 340.

⁽⁷¹⁾ Véase, Informe de los Directores Ejecutivos, párrafo 31, según el cual: “Aunque no se pueden incoar procedimientos de conciliación o arbitraje contra un Estado Contratante sin su consentimiento, y a pesar de que ningún Estado Contratante está bajo obligación alguna de prestar su consentimiento a dichos procedimientos, se ha estimado que la adhesión al convenio pudiera ser interpretada en el sentido de entrañar una expectativa de que los Estados Contratantes considerarían favorablemente las solicitudes de los inversionistas encaminadas a someter diferencias a la jurisdicción del Centro. En relación con esto, se ha señalado que pudieran existir ciertas clases de diferencias que los gobiernos considerarían impropias para ser sometidas al Centro o que, conforme a su propia legislación, les estuviera prohibido someter al Centro. A fin de evitar el peligro de cualquier mala interpretación en éste aspecto, el artículo 25(4) permite expresamente a los Estados Contratantes notificar anticipadamente al Centro, si así lo desean, las clases de diferencias que aceptarían someter o no a la jurisdicción del Centro. El precepto deja aclarado que la declaración del Estado Contratante en el sentido de que aceptaría someter cierta clase de diferencias a la jurisdicción del Centro, es sólo de carácter informativo y no constituye el consentimiento necesario para otorgarle jurisdicción al Centro. Desde luego, una declaración que excluya la consideración de ciertas clases de diferencias no constituiría una reserva al convenio”.

el tipo de disputas que aceptaría someter implica consentimiento jurisdiccional, ii) ni una notificación excluyendo cierto tipo de disputas puede revocar un consentimiento anterior,⁽⁷²⁾ ni uno sobreviniente, ni tampoco una oferta jurisdiccional en una ley nacional o Tratado de Inversión, mientras ésta esté vigente según sus términos.⁽⁷³⁾

4. REQUISITOS *RATIONAE PERSONAE*

El artículo 25 define también, en su párrafo segundo, las características que deben tener las partes que componen la litis para que la disputa se encuentre dentro de la jurisdicción del Centro. En lo que a este punto concierne, el artículo 25 dispone lo que sigue:

La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias... entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante ...⁽⁷⁴⁾

La norma transcripta establece las cuatro reglas fundamentales que circunscriben la jurisdicción del Centro en razón de las personas: i) una de las partes tiene que ser de naturaleza estatal (y, en principio, el propio Estado), y ii) tiene que ser un Estado Contratante (o una subdivisión u organismo público de tal Estado); iii) la otra parte tiene que tener la nacionalidad de un Estado Contratante y iv)

⁽⁷²⁾ Véase, *Kaiser Bauxite v. Jamaica*, Decisión sobre jurisdicción del 6 de julio de 1975, ICSID Reports, Vol. 1, p. 298. Véase, en general, Schreuer, *op. cit.* p. 344.

⁽⁷³⁾ Véase, *PSEG Global v. República de Turquía* (Caso CIADI N° ARB/02/05), Decisión sobre jurisdicción del 4 de junio de 2004.

⁽⁷⁴⁾ Véase, Convenio CIADI, artículo 25 (1): “La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado”.

tal nacionalidad no puede ser la de la parte estatal en la disputa. Estas reglas se encuentran estrechamente relacionadas con la finalidad de promover flujos transnacionales de inversiones que inspira al Convenio y con la vocación de reducir el riesgo político asociado al accionar estatal.

4.1. La parte estatal en la disputa

La parte estatal en la disputa es, como regla, el propio Estado como sujeto de derecho internacional, o el «Estado Contratante», tal como lo define el Convenio. Un Estado pasa a ser un Estado Contratante transcurridos 30 días desde que ha depositado su instrumento de ratificación⁽⁷⁵⁾ y deja de tener tal carácter luego de transcurridos 6 meses desde que denuncia el Convenio.⁽⁷⁶⁾

Una de las reglas fundamentales en cuanto a la operación del Convenio CIADI es que un Estado sólo puede ser parte de un procedimiento por ante el Centro si califica como Estado Contratante al momento en que se formaliza una solicitud de arbitraje o conciliación. Un Estado puede comprometerse a resolver cierto tipo de disputas mediante los mecanismos que ofrece el Centro en un contrato, una ley nacional o en un tratado internacional, sin calificar como Estado Contratante, pero tal compromiso sólo será efectivo a los fines de la jurisdicción del Centro una vez que el Estado adquiere tal calidad. De hecho, numerosos Tratados de Inversión contienen cláusulas de jurisdicción para disputas entre inversores y Estados, cuya vigencia se encuentra subordinada a la ratificación del Convenio

⁽⁷⁵⁾ Véase, Convenio CIADI, artículo 68 (1): “Este Convenio será ratificado, aceptado o aprobado por los Estados signatarios de acuerdo con sus respectivas normas constitucionales. (2) Este Convenio entrará en vigor 30 días después de la fecha del depósito del vigésimo instrumento de ratificación, aceptación o aprobación. Entrará en vigor respecto a cada Estado que con posterioridad deposite su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación, 30 días después de la fecha de dicho depósito”.

⁽⁷⁶⁾ Véase, Convenio CIADI, artículo 71: “Todo Estado Contratante podrá denunciar este Convenio mediante notificación escrita dirigida al depositario del mismo. La denuncia producirá efecto seis meses después del recibo de dicha notificación”.

CIADI, o estableciendo que, hasta tal momento, los procedimientos se tramitarán por ante el Mecanismo Adicional del Centro.

Existe una excepción importante a la regla antedicha: un Estado que denuncia el Convenio permanece dentro del ámbito jurisdiccional del Centro con relación a los consentimientos anteriores a tal momento, dado el carácter irrevocable de tales compromisos.

El Convenio también contempla la posibilidad de que una subdivisión política o un organismo público accedan a la jurisdicción del Centro. Para que ello ocurra, debe mediar expresa aprobación del Estado Contratante al cual pertenece tal entidad.⁽⁷⁷⁾ Tal aprobación puede darse bajo dos formas. Una primera posibilidad es que el Estado Contratante identifique puntualmente a las entidades que son autorizadas para ser potencialmente parte en procedimientos bajo el Convenio. Una segunda posibilidad es que el Estado Contratante le haga saber al Centro que no es necesaria su aprobación a tales fines, lo cual opera como una autorización general. En ambos casos, debe realizarse una específica notificación al Centro, la cual debe tener lugar antes de que se inicie un procedimiento contra una subdivisión política o un organismo público.⁽⁷⁸⁾ Tal notificación no puede ser sustituida por un acuerdo con un Estado Contratante, ni mucho menos por un acuerdo con una subdivisión u organismo público.⁽⁷⁹⁾ Tampoco alcanza a estos fines un compromiso de formular tal notificación en el futuro.

⁽⁷⁷⁾ Los casos con subdivisiones políticas y organismos gubernamentales son como regla de naturaleza contractual; es decir, basados en un acuerdo arbitral o un compromiso arbitral entre la parte actora y la demandada. Debe distinguirse esta hipótesis de los supuestos en los que un ente de esta naturaleza incurre en conductas que son atribuibles a un Estado Contratante de conformidad con el derecho internacional, que implican una violación de tal ordenamiento en el contexto, por ejemplo, de un Tratado de Inversión. En tal caso, el demandado será el Estado Contratante y no hace falta que la subdivisión u organismo gubernamental estén designados o aprobados por ante el Centro. Véase *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal v. Argentina* (Caso CIADI N° ARB 97/03), Laudo del 21 de noviembre de 2000.

⁽⁷⁸⁾ Véase, SCHREUER, *op. cit.*, p. 156.

⁽⁷⁹⁾ Véase, *Cable TV of Nevis, Ltd. And Cable Television of Nevis Holdings, Ltd v. Federation of St. Kitts and Nevis* (Caso CIADI N° ARB/95/2), Laudo del 13 de enero de 1992, en

El Convenio no define el tipo de entes que califican como una «subdivisión política» o como un «organismo público». Sin embargo, la latitud de la terminología empleada sugiere que la vocación de la norma es cubrir un amplio espectro de situaciones, lo cual es lógico dada la diversidad en materia de organización política y administrativa de los Estados Contratantes.⁽⁸⁰⁾ Entre las subdivisiones políticas están los Estados provinciales, las municipalidades y cualquier otra división o unidad política que forme parte del Estado y ejerza el poder público. La referencia que hace el Convenio a organismos públicos procura englobar cualquier tipo de ente, agencia, repartición o empresa que cumpla funciones en representación y/o interés del Estado, sin importar su estructura organizativa.⁽⁸¹⁾ En cualquier caso, será el tribunal de arbitraje o la comisión de conciliación quien decidirá si cierto organismo público está lo suficientemente asociada a la estructura estatal de un Estado Contratante, a los fines de esta disposición.

4.2. El nacional de otro Estado Contratante

El nacional de otro Estado Contratante puede ser tanto una persona natural o física, como una persona jurídica. Como la mayoría de los procesos de inversión son canalizados mediante entes societarios, son escasos los supuestos de disputas involucrando a personas naturales.

4.2.1. Personas Naturales

El artículo 25 2 (a) del Convenio CIADI define los requisitos de nacionalidad de las personas naturales de la siguiente manera:

Foreign Investment Law Journal, Vol. 13, Año 1998, p. 328. En este caso, se demandó al Estado Contratante en base a un contrato entre un inversor y una subdivisión política (*Nevis Island Administration*), en el que constaba una cláusula de arbitraje remitiendo las disputas al CIADI. El tribunal interviniente consideró que carecía de jurisdicción, ya que el Estado Contratante no era parte de la cláusula y no se había verificado una designación de la subdivisión política, de conformidad con el artículo 25 (3) del Convenio.

⁽⁸⁰⁾ Véase, SCHREUER, *op. cit.*, p. 151.

⁽⁸¹⁾ *Ibidem*, p. 151.

«toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del Artículo 28 o en el apartado (3) del Artículo 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia;»

El Convenio no establece un criterio determinado para atribuir nacionalidad a las personas naturales. Ello es consecuente con el hecho de que el derecho internacional reconoce como una prerrogativa de cada Estado el regular bajo qué circunstancias se adquiere y se pierde su nacionalidad. Sin embargo, un tribunal llamado a decidir una disputa en donde el vínculo de nacionalidad es relevante a los fines jurisdiccionales tiene plenos poderes para decidir sobre la materia.⁽⁸²⁾ Los puntos de conexión relevantes a tales fines varían de Estado en Estado, siendo los dos principales el del lugar de nacimiento (*ius soli*), y el de la nacionalidad de los progenitores y/o antepasados (*ius sanguinis*).⁽⁸³⁾

Una persona puede adquirir o perder su nacionalidad por haber adquirido otra incompatible⁽⁸⁴⁾ o por otras razones que no siempre son voluntarias. Sin embargo, un Estado no puede imponer irrazonablemente su nacionalidad a los fines de privar a una persona de la posibilidad de acceder a la jurisdicción del Centro.⁽⁸⁵⁾ Correlativamente, una persona

⁽⁸²⁾ Véase, *Hussein Nuaman Soufraki v. Emiratos Árabes Unidos* (Caso CIADI N° ARB/02/07), Laudo del 7 de julio de 2004 (en adelante, *Soufraki v. E.A.U.*, Laudo).

⁽⁸³⁾ Véase, en general, Ian BROWNLIE, *Principles of International Law*, 6a. edición, Oxford University Press, 2003, p. 378 y ss.

⁽⁸⁴⁾ Véase, en general, *Soufraki v. E.A.U.*, Laudo. Este caso concernía a una persona natural que invocaba ser de nacionalidad italiana, pero que alegadamente había perdido tal nacionalidad al hacerse ciudadano canadiense. Como Canadá no es un Estado contratante, el tribunal interviniente concluyó que carecía de jurisdicción.

⁽⁸⁵⁾ Véase, *Champion Trading Company and Ameritrade International, Inc. v. República Árabe de Egipto* (Caso CIADI N° ARB/02/9), Decisión sobre jurisdicción del 21 de octubre de 2003 (en adelante, *Champion Trading v. Egypt*, Decisión sobre jurisdicción).

que pretende beneficiarse de una cierta nacionalidad debe tener un vínculo genuino con el Estado relevante, tal como lo decidió la Corte Internacional de Justicia en el famoso caso *Nottebohm*.⁽⁸⁶⁾

Una persona natural que pretenda acceder a la jurisdicción del Centro debe cumplir con dos requisitos fundamentales, uno positivo y otro negativo. El primero es que debe ser nacional de un Estado Contratante (requisito de nacionalidad). El segundo es que no puede tener la nacionalidad del Estado que es parte en la disputa (requisito de distinta nacionalidad). Ambos requisitos deben estar presentes en dos momentos críticos: i) el del consentimiento a la jurisdicción CIADI y ii) el de la registración del caso. Lo dicho excluye del acceso al Centro a quienes en tales momentos: i) son nacionales solamente de un Estado que no califica como un Estado Contratante,⁽⁸⁷⁾ ii) tienen sólo la nacionalidad del otro Estado parte en la disputa o iii) carecen de nacionalidad.

Una persona que goza de más de una nacionalidad, incluyendo una o más que se corresponde con la de un Estado Contratante, cumple con el requisito de nacionalidad. Sin embargo, si una de tales nacionalidades coincide con la del Estado que es parte de la disputa en cualquiera de las dos fechas críticas a estos fines, la disputa se encuentra fuera de la jurisdicción del Centro.⁽⁸⁸⁾

4.2.2. Personas Jurídicas

El artículo 25(2) (b) del Convenio CIADI establece que califica como nacional de otro Estado Contratante:

«(b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte

⁽⁸⁶⁾ Véase, *Caso Nottebohm*, 1955 ICJ Reports 23.

⁽⁸⁷⁾ Véase, *Soufraki v. E.A.U.*, Laudo.

⁽⁸⁸⁾ Véase, *Champion Trading v. Egipto*, Decisión sobre jurisdicción.

en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero».

La norma transcrita contempla dos supuestos diferenciados. Un primer supuesto sigue los dos requisitos concurrentes que son aplicables a las personas físicas: nacionalidad de un Estado Contratante y distinta nacionalidad del Estado parte en la diferencia. El segundo supuesto, sin embargo, consagra una importante excepción al permitir que una persona jurídica que tiene la nacionalidad del Estado que es parte en la diferencia pueda acceder a la jurisdicción del Centro si ha habido acuerdo a los fines de atribuirle la nacionalidad de otro Estado Contratante, por estar sometida a control extranjero.

En cuanto al primer supuesto, el Convenio tampoco indica en este caso cuáles son los criterios para atribuir nacionalidad a las personas jurídicas. Ello sugiere que los Estados gozan de cierta latitud a estos fines. Los criterios o puntos de conexión más comunes a los fines de atribuir nacionalidad son: i) el lugar bajo cuyas leyes se constituyó el ente o donde fue registrado, ii) la sede efectiva de la administración y, en menor medida, iii) la nacionalidad de los controlantes.⁽⁸⁹⁾

La nacionalidad de una cierta persona jurídica puede haber sido objeto de un acuerdo en la expresión de consentimiento a la jurisdicción del Centro. Ello puede tener lugar bajo la forma de un contrato,⁽⁹⁰⁾ una ley nacional⁽⁹¹⁾ o un tratado de inversiones, y puede fundarse en

⁽⁸⁹⁾ Véase, SCHREUER, *op. cit.*, p. 277.

⁽⁹⁰⁾ Véase, *Maritime International Nominees Establishment v. República de Guinea* (Caso CIADI N° ARB/84/4), Laudo del 6 de enero de 1988. En este caso, una sociedad constituida en Liechtenstein, pero controlada por capitales suizos, pactó con el gobierno de Guinea que la sociedad sería tratada como Suiza. De otra forma no hubiera habido jurisdicción, ya que Liechtenstein no era un Estado Contratante.

⁽⁹¹⁾ Véase, por ejemplo, Ley de Inversiones de la República de El Salvador (Decreto N° 732), en donde se define el término Inversionista Extranjero como: Las personas

algún particular punto de conexión o en una combinación de ellos.⁽⁹²⁾ Cuando no ha habido acuerdo sobre el punto, la jurisprudencia de los tribunales CIADI se ha inclinado en general por el criterio del lugar de constitución.⁽⁹³⁾

De manera excepcional, como segundo supuesto, el Convenio permite que una persona jurídica que tenga la nacionalidad del Estado Contratante que es parte en la disputa acceda a la jurisdicción del Centro. Para que ello ocurra deben darse dos requisitos concurrentes: i) acuerdo de partes para tratar al ente como un nacional de otro Estado Contratante y ii) control extranjero.

El acuerdo entre partes puede darse en los instrumentos en los que consta el consentimiento a la jurisdicción CIADI. Existen ejem-

naturales y jurídicas extranjeras y los salvadoreños radicados en el exterior por más de un año ininterrumpido que realicen inversiones en el país.

⁽⁹²⁾ Véase, Tratado de Inversión entre la República Argentina y la República de Polonia, publicado en www.unctadxi.org/templates/DocSearch_779.aspx.m, cuyo artículo 2 define el término inversor de la siguiente manera: “a) Toda persona física que tenga la nacionalidad de una de las Partes Contratantes, de conformidad con su legislación; b) Toda persona jurídica, incluyendo sociedades, organizaciones y asociaciones, constituida o incorporada de cualquier otro modo de conformidad con la legislación vigente en cualquiera de las Partes Contratantes, y que tenga su sede social y actividades económicas reales en el territorio de dicha Parte Contratante; c) Toda persona jurídica establecida de conformidad con la legislación de cualquier país que esté efectivamente controlada por nacionales de esa Parte Contratante o por personas jurídicas que tengan su sede y actividades económicas reales en el territorio de dicha Parte Contratante. 3. Para los fines de este Acuerdo, una persona física o sociedad será considerada como detentadora del control de una sociedad o de una inversión, si dicha persona o sociedad tiene un interés sustancial y la capacidad de ejercer una influencia decisiva sobre la sociedad o la inversión. Cualquier divergencia surgida de este Acuerdo vinculada al control de una sociedad o de una inversión será resuelta por las Partes Contratantes por medio de consultas. 4. Las disposiciones de este Acuerdo no serán aplicadas a las inversiones realizadas por personas físicas nacionales de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante si dichas personas, en el momento de la inversión, estuvieran domiciliadas en esta Parte Contratante por más de dos años, a menos que se pudiera probar que la inversión original fue admitida en su territorio desde el extranjero.

⁽⁹³⁾ Véase, SCHREUER, *op. cit.*, p. 279-280.

plos en este sentido, particularmente en contratos⁽⁹⁴⁾ y en Tratados de Inversión.⁽⁹⁵⁾ La instrumentación del acuerdo no está sometida a formalidad alguna y puede incluso ser implícita.⁽⁹⁶⁾ En este último caso, debe suponerse que tal acuerdo existe cuando un Estado o dependencia estatal suscribe un contrato con una compañía local incorporando una cláusula que permite acceder a la jurisdicción del Centro.⁽⁹⁷⁾

El requisito de control, por su parte, es un dato objetivo indisponible para las partes.⁽⁹⁸⁾ Sin embargo, el Convenio no define los alcances de tan delicado término. Aunque tal omisión es indicativa de que el concepto permite cierta flexibilidad, es claro que, al menos, la formación de la voluntad de la sociedad local no puede depen-

(94) Véase, Modelos de cláusulas CIADI, Cláusula 7. Tal cláusula tiene el siguiente texto: “Por la presente se acuerda que, pese a que el Inversionista es nacional del Estado Receptor, está bajo el control de nacionales de nombre de otro Estado Contratante o de otros Estados Contratantes y será tratado como nacional de [ese Estado] / [esos Estados] a los fines del Convenio”. La cláusula está publicada en www.worldbank.org/icsid/model-clauses-spa/9.htm#b.

(95) Tratado de Inversión entre la República Argentina y los Estados Unidos de América (aprobado por Ley N° 24.124/92) cuyo artículo 8 (3) establece que: «a los fines de un arbitraje celebrado según lo previsto en el párrafo 3 de este artículo, una sociedad legalmente constituida de acuerdo con las leyes y disposiciones aplicables de cada Parte o una subdivisión política de ella pero que, inmediatamente antes de que sucediera el hecho o hechos que dieran lugar a la controversia, era una inversión de nacionales o sociedades de la otra Parte, será tratada como un nacional o sociedad de dicha otra Parte, de acuerdo con el Artículo 25 (2) (b) del Convenio del CIADI».

(96) Véase, por ejemplo, *Amco Asia Corporation and others v. República de Indonesia* (Caso CIADI N° ARB/81/1), Decisión sobre jurisdicción del 25 de septiembre de 1983, ICSID Reports, Vol. 1, pp. 392, 394.

(97) Véase, *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. República de Camerún and Sociéte Camerounaise des Engrais*, Laudo del 21 de octubre de 1983, ICSID Reports, Vol. 2, p. 16. Véase también *Liberian Eastern Timber Corporation v. República de Liberia*, Decisión sobre jurisdicción del 24 de octubre de 1984, ICSID Reports, Vol. 2, p. 352.

(98) Véase *Vacuum Salt Products Ltd. v. República de Ghana*, Laudo, ICSID Reports, Vol. 4, pp. 342-343 (en adelante, *Vacuum Salt v. Ghana*, Laudo). Véase, también, *Autopista Concesionada de Venezuela v. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI N° ARB/00/5), Decisión sobre jurisdicción del 27 de septiembre de 2001 (en adelante, *Aucoven v. Venezuela*, Decisión sobre jurisdicción).

der exclusivamente de la voluntad de nacionales del Estado parte en la diferencia,⁽⁹⁹⁾ ni de nacionales de un Estado que no califica como Estado Contratante,⁽¹⁰⁰⁾ ni de una combinación de unos y otros. El control que requiere la norma puede, en cambio, ser ejercido por uno o varios nacionales de un mismo o distintos Estados Contratantes.⁽¹⁰¹⁾

La existencia de control dependerá de la estructura de distribución de poder en la persona jurídica del caso y, en particular, de la posibilidad efectiva de incidir en el gobierno y la administración del ente.⁽¹⁰²⁾ La jurisprudencia de tribunales, actuando al amparo de la Convención ha permitido, además que el control sea tanto directo como indirecto,⁽¹⁰³⁾ sin fijarse demasiado en quién es el controlante final.⁽¹⁰⁴⁾

En algunos casos, se ha permitido que compañías total o casi totalmente controladas por nacionales de Estados no contratantes⁽¹⁰⁵⁾ o, lo que es aún más delicado, por nacionales del Estado que es parte

⁽⁹⁹⁾ Véase, *Vacuum Salt v. Ghana*, Laudo. En este caso, el 80 por ciento de las acciones de la sociedad local que actuaba como demandante estaba en poder de ciudadanos de Ghana. Consecuentemente, el tribunal interviniente consideró que el caso estaba fuera de su jurisdicción.

⁽¹⁰⁰⁾ Véase, *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels v. Senegal* (Caso CIADI N° ARB/82/1), Decisión sobre jurisdicción del 1 de agosto de 1984 (en adelante, *SOABI v. Senegal*, Decisión sobre jurisdicción), ICSID Reports, Vol. 2, p. 182.

⁽¹⁰¹⁾ En el caso de nacionales de distintos Estados Contratantes, sin embargo, habrá que ver si el acuerdo en materia de atribución de nacionalidad a la persona jurídica local no está restringido a una única y determinada nacionalidad. Ello es usualmente el caso en los supuestos de acuerdos de esta naturaleza incorporados en Tratados de Inversión.

⁽¹⁰²⁾ Esta posibilidad variará, según se trate de un ente cerrado o de una sociedad cuyas acciones cotizan en el mercado bursátil. Puede presumirse que en entes de esta última naturaleza hace falta un porcentaje menor de votos para calificar como controlante.

⁽¹⁰³⁾ Véase, *SOABI v. Senegal*, Decisión sobre jurisdicción, ICSID Reports, Vol. 2, p. 182.

⁽¹⁰⁴⁾ Véase, *Amco v. Indonesia*, Decisión sobre jurisdicción, ICSID Reports, Vol. 1, p. 396. Véase, también *Aucoven v. Venezuela*, Decisión sobre jurisdicción.

⁽¹⁰⁵⁾ Véase, *Aucoven v. Venezuela*, Decisión sobre jurisdicción.

de la disputa⁽¹⁰⁶⁾ accedan a la jurisdicción del Centro. Dada la realidad de la operación de las compañías multinacionales y de los procesos de inversión en la realidad contemporánea, tales hipótesis no implican necesariamente un ilegítimo acceso a la jurisdicción del Centro. El límite en este delicado campo es que la atribución de nacionalidad sea razonable,⁽¹⁰⁷⁾ lo cual implica tener especialmente en vista el propósito del Convenio CIADI. En todo caso, es menester recordar que la doctrina del abuso de la personalidad jurídica está reconocida por el derecho internacional,⁽¹⁰⁸⁾ y puede ser útil a los fines de tutelar que tal propósito no sea desvirtuado.

La fecha crítica, a los fines de la nacionalidad de una persona jurídica es la del consentimiento a la jurisdicción del Centro. No se requiere, como sucede con las personas jurídicas, que se posea la nacionalidad relevante también al momento de la registración. Ello podría dar lugar a situaciones anómalas, en particular si una persona jurídica local a la que se acordó tratar como nacional de otro Estado Contratante pierde tal carácter al momento del inicio de los procedimientos. Esta posibilidad, en tanto desnaturaliza potencialmente el objeto del Convenio al permitir que una sociedad local inicie un reclamo contra el Estado del cual es nacional, debe ser analizada con sentido restrictivo.⁽¹⁰⁹⁾

5. CONSIDERACIONES FINALES

El arbitraje bajo el Convenio CIADI constituye una herramienta privilegiada para solucionar disputas entre inversores extranjeros y el Estado receptor de la inversión. Tal privilegio tiene como contra-

⁽¹⁰⁶⁾ Véase, en general, *Tokios Tokeles v. Ucrania*, Decisión sobre jurisdicción. Véase también *Wena Hotel Ltd. v. Egipto* (Caso CIADI N° ARB/99/2), Decisión sobre jurisdicción del 29 de junio de 1999.

⁽¹⁰⁷⁾ Véase, *Aguas del Tunari et al v. Bolivia* (Caso N° ARB/02/3), Decisión sobre jurisdicción del 20 de octubre de 2005. Véase también, Schreuer, *op. cit.*, p. 286.

⁽¹⁰⁸⁾ Véase, *Barcelona Traction, Light and Power Co., Ltd. (Belgium v. Spain)*, 1970, I.C.J. 3, párrafo 58.

⁽¹⁰⁹⁾ Véase, *Vacuum Salt v. Ghana*, Laudo. Véase, también, SCHREUER, *op. cit.*, p. 286.

partida el necesario respeto de los requisitos que condicionan el uso de tal herramienta, los cuales están estrechamente asociados a los nobles fines que motivaron la creación del Centro.

Cuando un tribunal, actuando al amparo del Convenio CIADI, concluye que tiene jurisdicción para resolver una determinada disputa, tal decisión trasciende a las partes y genera obligaciones legales y consecuencias económicas en todos los Estados Contratantes, en la medida en que estos se han obligado a tratar como una sentencia local definitiva a los laudos y a subsidiar el funcionamiento del Centro.

La práctica jurisprudencial revela las idas y vueltas propias de un acelerado período de aprendizaje, y no siempre es esclarecedora. Debe tenerse en cuenta que a principios de la década de los 90 sobaban los dedos de una mano para contabilizar los casos registrados anualmente. En el presente, no sólo se ha multiplicado exponencialmente el número de casos, sino que los que se encuentran en trámite exceden largamente en cantidad a los que fueron decididos desde la creación del Centro. Los contornos jurisdiccionales del Convenio CIADI serán seguramente más precisos en los próximos años. Hasta ese entonces, contribuciones como la presente servirán, aunque más no sea, para ayudar a comprender las coordenadas fundamentales de este ya exitoso experimento procesal y jurisdiccional internacional.

LA JURISDICCIÓN *RATIONE TEMPORIS* EN ARBITRAJES BAJO LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIONES

PAOLO DI ROSA (*)

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Las distintas dimensiones temporales de los tratados.* A) *La dimensión de los actos o conducta del Estado.* B) *La dimensión de la fecha de la inversión.* C) *La dimensión de la fecha de inicio de la controversia.* D) *La dimensión de la fecha de inicio de la obligación legal.* E) *La dimensión de fecha de denuncia del tratado.* III. *Las dimensiones temporales y su relación con la aplicación retroactiva de los tratados.* A) *Relación entre la dimensión de actos del Estado y la dimensión de reclamo o controversia.* B) *Relación entre la dimensión de actos del Estado y la dimensión de la fecha de la inversión.* C) *Los tratados auténticamente retroactivos.* D) *Actos continuos o serie de actos del Estado.* IV. *Síntesis y Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años varios tribunales en el ámbito del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones («CIADI») o del mecanismo complementario de este, entre ellos el

(*) Socio del estudio jurídico Winston & Strawn, oficina de Washington D.C., donde encabeza la práctica latinoamericana de arbitraje.

El autor agradece los comentarios y sugerencias de los Doctores Ronald Goodman, Horacio Grigera-Naón y Rudolf Dolzer, así como también la colaboración de Rafael Cox-Alomar y Victoria Gomez-Pellón en la elaboración del presente artículo.

tribunal del caso *Lucchetti c. Perú*,⁽¹⁾ se han pronunciado respecto de objeciones *ratione temporis* a la jurisdicción del CIADI en arbitrajes internacionales incoados en virtud de tratados de promoción y protección de inversiones, tanto bilaterales como multilaterales (en adelante, «TBI»).(2) El tema ha suscitado interés por varios motivos: el concepto no muy bien definido de «retroactividad» en el contexto de los TBI, la complejidad de aquellos casos que involucran actos del Estado anfitrión de la inversión que se alega comenzaron con anterioridad a la fecha de vigencia del tratado pertinente, pero continuaron con posterioridad a tal fecha y la disparidad conceptual en la consideración de distintas cuestiones temporales que presentan estos arbitrajes y las cláusulas pertinentes de los tratados aplicables. La referida disparidad sugiere la necesidad de un enfoque coherente

(1) *Empresas Lucchetti S.A. y Lucchetti Perú S.A. c. República de Perú*, Caso CIADI N° ARB/03/4, decisión jurisdiccional de 7 de febrero de 2005, disponible en http://ita.law.uvic.ca/chronological_list.htm (visitado 23 de marzo de 2006). Otros casos en los cuales se ha tratado el tema incluyen los siguientes: *Impregilo S.p.A. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI N° ARB/03/3, decisión jurisdiccional de 22 de abril de 2005; *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N° ARB (AF) /00/2 decisión jurisdiccional de 29 de mayo de 2003; *Salini Construttori S.p.A. y Italstrade S.p.A. c. Reino de Marruecos*, Caso CIADI N° ARB/00/4 de 23 de julio de 2001; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. República de Filipinas*, Caso CIADI N° ARB/02/6, decisión jurisdiccional de 29 de enero de 2004, disponible en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/SGSvPhil-final.pdf> (visitado 24 de marzo de 2006); *Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos* Caso CIADI No. ARB (AF)99/1, decisión jurisdiccional de 6 de diciembre de 2000, texto disponible en http://www.worldbank.org/icsid/cases/feldman_mexico_interim-sp.PDF (visitado 27 de marzo de 2006); *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos* Caso CIADI N° ARB (A/F)/99/2, Laudo de fecha 11 de octubre de 2002, disponible en <http://www.state.gov/documents/organization/14442.pdf> (visitado 27 de marzo de 2006); *Maffezini c. Reino de España*, Caso CIADI N° ARB/97/7, Decisión jurisdiccional de 25 de enero de 2000, 16 *ICSID Rev. -FILJ* 212 (2001); *Generation Ukraine, Inc. c. Ucrania*, Caso CIADI N° ARB/00/9, Laudo de 16 de septiembre de 2003; *Tradex Hellas c. República de Albania*, Caso CIADI N° ARB/94/2, Decisión jurisdiccional de 24 de diciembre de 1996, 14 *ICSID Rev. FILJ*, 161, 179-180 (1999).

(2) Este artículo incluye referencias a las disposiciones de tratados de libre comercio («TLC»), la mayoría de los cuales establecen protecciones para los inversionistas similares a los que se establecen en los TBI. A efectos del presente artículo, dichas disposiciones de los TLC deben considerarse incluidas en el concepto de los TBI cuando se hace referencia a estos.

respecto de las distintas dimensiones temporales que presentan los TBI, sobre todo, en lo concerniente a la aplicación «retroactiva» –en el sentido formal del término– de un determinado tratado. La presente reseña tiene como propósito identificar e individualizar las distintas dimensiones temporales aplicables en los TBI, analizar la relación entre tales dimensiones y evaluar la forma en que dicha relación ha afectado las decisiones de los tribunales en los distintos casos relativos a la jurisdicción *ratione temporis*.

* * *

El principio rector en materia de retroactividad de los tratados se encuentra establecido en el artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados («la Convención de Viena»):

«Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo».⁽³⁾

Esta disposición cristaliza un principio de derecho consuetudinario y aunque, por lo tanto, es un principio consagrado en el derecho internacional, el concepto de «retroactividad» no ha tenido una definición muy clara en la práctica y su aplicación ha resultado poco consistente.

Parte de la desprolijidad en el análisis jurisprudencial del tema se debe al hecho de que se han utilizado, en forma algo laxa, los términos «retroactividad» e «irretroactividad» en referencia a distintas dimensiones temporales del tratado aplicable, en algunas instancias confundiendo dos o más dimensiones analíticamente diferenciables. De esta manera, han surgido por ejemplo dificultades

⁽³⁾ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo 1969, 1155 UNTS 331 (vigente a partir del 27 de enero de 1980).

des de interpretación como consecuencia de la distinción conceptual que existe entre, por un lado, la aplicación «retroactiva» de un tratado y, por el otro, lo que pudiera llamarse su aplicación «inter-temporal» o «retrospectiva»; conceptos que se analizarán más adelante. ¿Cuál es el alcance *ratione temporis* de un TBI si el mismo establece qué habrá de aplicarse respecto de inversiones realizadas tanto con anterioridad como con posterioridad a su entrada en vigencia, pero no se aplicará a controversias surgidas con anterioridad a la fecha de vigencia? ¿Cuál, si la conducta que configura el agravio tuvo lugar con anterioridad a la fecha de vigencia? ¿Cuál, si dicha conducta ocurrió parcialmente con anterioridad a la fecha de vigencia pero continuó con posterioridad a tal fecha?

II. LAS DISTINTAS DIMENSIONES TEMPORALES DE LOS TRATADOS

No obstante la aceptación universal del precitado principio plasmado en el artículo 28 de la Convención de Viena, el tema de la «irretroactividad» ha sido objeto de una relativamente escueta examinación en los laudos de tribunales internacionales y, asimismo no ha generado abundante análisis académico.

Si bien cuando la interpretación o aplicación de un tratado presenta una cuestión *ratione temporis* se recita invariablemente el artículo 28, tal como lo ha observado el tribunal CIADI en el caso *Tradex Hellas, S.A. c. República de Albania*,

«... no parece existir una terminología común respecto de lo que constituye una aplicación «retroactiva», y las soluciones que presentan el derecho sustantivo y procesal a nivel nacional como internacional al respecto hacen difícil, si no imposible, consensuar un común denominador a efectos de determinar cuándo una aplicación «retroactiva» es permisible y cuándo no lo es».⁽⁴⁾

⁽⁴⁾ *Tradex Hellas, supra* nota 1, 14 ICSID *Rev.-FILJ* 161, 186 (traducción no oficial).

En el mismo sentido, el tribunal en el caso CIADI (Mecanismo Complementario) *Tecmed c. México* realizó la siguiente observación:

«El Tribunal Arbitral no estima adecuado establecer lo que significa, en términos abstractos o generales, la «aplicación retroactiva» de un texto legal, expresión que no parece responder a criterios generalmente aceptados ...».⁽⁵⁾

Una de las principales manifestaciones de la falta de claridad conceptual respecto del principio de «irretroactividad» es la falta de diferenciación en el trato de cuestiones de naturaleza temporal, que a efectos interpretativos, resulta esencial individualizar. En el contexto de los TBI, pueden identificarse, por lo menos, cinco dimensiones temporales autónomas, que se describen a continuación.

A) La dimensión de los actos o conducta del Estado

Una de las principales dimensiones temporales de un TBI se rige por el momento en que tuvieron lugar los actos u omisiones del Estado que presuntamente constituirían un incumplimiento, por parte de ese Estado, de sus obligaciones bajo el TBI (en adelante, «la dimensión de los actos del Estado»).

Esta dimensión temporal, ocasionalmente, ha generado dificultades analíticas en el contexto de la aplicación e interpretación del alcance de los TBI. Un reclamo bajo un TBI necesariamente involucra la alegación, por parte de un inversor, que el Estado contratante ha sido responsable de un acto u omisión⁽⁶⁾ por parte del Estado en el pasado (por ejemplo, una expropiación), que ha configurado un incumplimiento del TBI correspondiente. Sin embargo,

⁽⁵⁾ *Tecmed*, *supra* nota 1, p. 55.

⁽⁶⁾ Por motivos de conveniencia nos referiremos en adelante simplemente a «actos del Estado,» expresión que debe entenderse como incluyente tanto de actos de omisión como de comisión.

no siempre surge claramente del texto de los TBI si el tratado se aplica a tales actos sólo si estos ocurrieron con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia del TBI, o si, adicionalmente, el tratado abarcaría actos cometidos con anterioridad a dicha fecha.

En principio, en ausencia de una disposición explícita al respecto en el TBI,⁽⁷⁾ la presunción de «irretroactividad» establecida en el artículo 28 de la Convención de Viena tiene carácter de regla supletoria, por lo cual, debiera operar tácitamente para circunscribir la aplicación del tratado a los actos del Estado posteriores a la fecha de entrada en vigencia del TBI. Sin embargo, esta presunción no siempre ha operado en la práctica, en parte quizás, como consecuencia de disposiciones expresas en los TBI que hacen referencia a una o más de las dimensiones temporales que se identifican en el presente artículo (por ejemplo, la dimensión relativa a la fecha de la inversión o del nacimiento de la controversia), las cua-

(7) Sólo un porcentaje menor de los TBI vigentes en la actualidad tratan, en forma explícita, en el texto pertinente, la dimensión de los actos del Estado; y al autor no le consta la existencia de TBI alguno que lo haga a efectos de conferir sobre el tratado un carácter «retroactivo», en el sentido de autorizar su aplicación a actos del Estado cometidos con anterioridad a su fecha de vigencia. Por lo general, aquellos TBI que sí tratan expresamente el tema simplemente explicitan el principio de irretroactividad que de cualquier manera se aplicaría en virtud de la regla supletoria establecida por el artículo 28 de la Convención de Viena. Véase, por ej., TBI entre Chile y Argentina, suscrito 2 de agosto de 1991, artículo 8(2) (vigente a partir del 27 de febrero de 1995) (disponible en <http://www.cinver.cl> (visitado el 24 de marzo de 2006)).

«... no se aplicará, sin embargo, a las controversias o reclamaciones surgidas o resueltas con anterioridad a su entrada en vigor, o relacionadas con hechos acaecidos con anterioridad a su vigencia o referidas a la mera permanencia de tales situaciones preexistentes.

(Las cursivas pertenecen al autor). Véase también Convenio sobre Inversiones y Comercio de Servicios suscrito por Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, en fecha 24 de marzo de 2002 (texto no publicado), artículo 3.02(2):

«Este Capítulo no se aplica a: ... (d) las demandas o controversias surgidas con anterioridad a la entrada en vigor de este Tratado, o relacionadas con hechos acaecidos con anterioridad a su entrada en vigencia, incluso si sus efectos permanecieran aún con posterioridad a ésta».

les, frecuentemente tienden a confundir el análisis de la dimensión de los actos del Estado.

El argumento central de este artículo gravita en que la dimensión de los actos del Estado es la que debe regir el concepto de «retroactividad», *stricto sensu*, respecto de la aplicación de los TBI, y que un TBI debe considerarse de aplicación retroactiva sólo si una disposición expresa en el texto del mismo autoriza su aplicación respecto de actos u omisiones del Estado ocurridos con anterioridad a la fecha de su entrada en vigencia, en relación a los cuales, el Estado, por ende, se ha comprometido a aceptar responsabilidad o de algún otro modo, a aceptar obligaciones. Bajo este concepto, la dimensión de actos del Estado es la única que determina la «retroactividad» propiamente dicha de un tratado y cualesquiera otras dimensiones temporales, deben ser identificadas y diferenciadas al momento de aplicarse el tratado o de interpretarse su texto, a fin de determinar su efecto sobre el alcance *ratione temporis* del tratado pertinente. Este concepto se desarrolla más adelante en el presente ensayo, así como también, la relación existente entre la dimensión de actos del Estado y otras dimensiones temporales.

B) La dimensión de la fecha de la inversión

Muchos de los TBI contienen una cláusula que establece una dimensión temporal independiente que gira en torno a la fecha de realización de la inversión. Este tipo de cláusula se ha formulado de distintas maneras en los TBI, pero generalmente refleja un compromiso de las partes en la aplicación del tratado a inversiones «existentes a la fecha de vigencia o posteriores a esta» o «realizadas ya sea antes o después de la fecha de vigencia del tratado». Por ejemplo, el TBI entre Bolivia y los EEUU dispone:

«El presente Tratado entrará en vigor treinta días después de la fecha de canje de los instrumentos de ratificación. Permanecerá en vigor por un período de diez años y continuará en vigor a menos que se denuncie conforme al párrafo 2. Se aplicará a las

inversiones abarcadas existentes en el momento de su entrada en vigor y a las que se funden o adquieran posteriormente.»⁽⁸⁾

Las cláusulas relevantes de la mayoría de los anteriores TBI de Estados Unidos son idénticas o conceptualmente similares, en este respecto, a la cláusula previamente citada, aunque en algunos casos se han formulado de manera un tanto diferente,⁽⁹⁾ y muchos otros TBI, a nivel mundial, contienen variantes del mismo tema.⁽¹⁰⁾

Cláusulas de este tipo, a menudo han sido entendidas como disposiciones de «retroactividad». Quizás sea más apropiado, sin embargo, caracterizarlas como disposiciones de «intertemporalidad»

-
- (8) TBI Bolivia-EEUU, 17 de abril de 1998, S. TREATY DOC. N° 106-25, artículo XVI(1) (en vigencia a partir del 7 de junio de 2001), disponible en <http://www.tcc.mac.doc.gov/cgi-bin/doi.cgi?204:64:152933629:17> (visitado el 24 de marzo de 2006) (las cursivas pertenecen al autor).
- (9) Véase, por ejemplo, el TBI EEUU-Granada («... Se aplicará a inversiones existentes al momento de su entrada en vigencia, así como también a inversiones realizadas o adquiridas posteriormente») (traducción no oficial), suscrito 2 de mayo de 1986, artículo XII(1) (en vigencia a partir del 3 de marzo de 1989), disponible en <http://www.tcc.mac.doc.gov/cgi-bin/doi.cgi?204:64:152933629:69> (visitado el 24 de marzo de 2006); TBI EEUU-Ecuador, suscrito 17 de agosto de 1993, S. TREATY DOC. N° 103-15, artículo XII(1) (11 de mayo de 1997), disponible en <http://www.tcc.mac.doc.gov/cgi-bin/doi.cgi?204:64:152933629:44> (last visited Apr. 5, 2005); TBI EEUU-Honduras, suscrito 1 de julio de 1995, S. TREATY DOC. N° 106-27, artículo XIV(1) (en vigencia a partir del 11 de julio de 2001), disponible en <http://www.tcc.mac.doc.gov/cgi-bin/doi.cgi?204:64:152933629:72> (visitado el 24 de marzo de 2006); TBI EEUU-Jamaica, suscrito el 4 de febrero de 1994, S. TREATY DOC. N° 103-35, artículo XIII(1) (en vigencia a partir del 7 de marzo de 1997), disponible en <http://www.tcc.mac.doc.gov/cgi-bin/doi.cgi?204:64:152933629:86> (visitado el 24 de marzo de 2006).
- (10) Véase, por ejemplo, TBI Chile-Alemania, cuyo artículo 8 dispone: «El presente Tratado se aplicará también a las inversiones efectuadas antes de la entrada en vigor del mismo por los nacionales o sociedades de una Parte contratante, conforme a las disposiciones legales de la otra Parte Contratante en el territorio de esta última.» Tratado entre la República de Chile y la República Federal de Alemania sobre Fomento y Recíproca Protección de Inversiones, suscrito 14 de abril de 1997, 2081 U.N.T.S. 164, 169, disponible en <http://www.cinver.cl> (visitado el 24 de marzo de 2006).

o «retrospectividad», puesto que aunque ellas se refieren a la aplicación temporal del tratado, su finalidad no es la de imponer a las partes una obligación «retroactiva» –en el sentido, anteriormente descrito, de una obligación respecto de *actos del Estado* que hubieran tenido lugar con anterioridad a la entrada en vigencia del tratado–, sino, la de posibilitar la aplicación de las disposiciones del tratado a *inversiones* ya existentes al momento de la entrada en vigencia del tratado. Uno de los propósitos de este tipo de cláusula es el de no circunscribir el alcance del tratado, de manera que pueda generar un trato injusto o arbitrario respecto de aquellos inversores que hubieran invertido en el Estado anfitrión con anterioridad a la entrada en vigencia del tratado.

El punto, quizás pueda ilustrarse mejor con el siguiente ejemplo: Supongamos, *ex hypothesi*, que la empresa X del Estado número 1 invierte en el Estado número 2 en el año 1991; un TBI entra en vigencia entre el Estado 1 y el Estado 2 en 1992; la empresa Y del Estado 1 invierte en el Estado 2 en 1993; y luego ambas empresas son expropiadas por el Estado número 2 en 1994. La disposición del TBI sobre aplicación intertemporal deja claro que ambas empresas, X e Y, pueden presentar reclamos contra el Estado 2 (no obstante que la inversión de la empresa X se realizó con anterioridad a la entrada en vigencia del TBI), puesto que tal disposición autoriza la aplicación del tratado tanto a las inversiones realizadas con anterioridad a su entrada en vigencia como a aquellas realizadas con posterioridad a dicha fecha, y las expropiaciones alegadas tuvieron lugar *después* de la fecha de vigencia.

Sin embargo, el hecho de que el tratado contemple este tipo de aplicación intertemporal o retrospectiva respecto de las inversiones realizadas con anterioridad a su fecha de entrada en vigencia, no significa, necesariamente, que deba aplicarse respecto de actos del Estado que hayan tenido lugar anteriormente a la entrada en vigencia. Volviendo al supuesto antes citado, si la empresa X hubiese sido expropiada en 1991 –previamente a la entrada en vigencia del TBI– la disposición sobre intertemporalidad no sería suficiente, por sí sola, para permitir la aplicación del tratado a dicha expropiación.

Esta distinción, entre los aspectos «retroactivos» y «retrospectivos» de la aplicación de los tratados, fue reconocida ya en el año 1935 por los catedráticos que redactaron el Borrador de Convención sobre Derecho de Tratados de Harvard (en adelante, «el Borrador de Convención»).(11) En sus comentarios al Borrador de Convención, los catedráticos de Harvard observaron que «el principio de retroactividad respecto de la fecha en que los tratados surten efecto no debe ser confundido, como se ha indicado previamente, con la aplicación retrospectiva de ciertas de sus disposiciones, incluso a una fecha que preceda la conclusión del tratado»(12).

Bajo esta concepción, un determinado TBI puede, a la vez, ser «irretroactivo» y «retrospectivo,» porque la dimensión temporal que opera hacia el pasado se refiere a un evento –la inversión– independiente de la conducta del Estado, que se alega, constituye un incumplimiento del TBI. De esta manera, el tratado podría aplicarse a una inversión realizada con anterioridad a su entrada en vigencia, aunque sólo respecto de actos del Estado cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia. Este ejemplo refleja una instancia de lo que podría llamarse la «aplicación intertemporal no retroactiva del tratado», un concepto que exploraremos en mayor profundidad más adelante.

C) La dimensión de la fecha de inicio de la controversia

Muchos de los TBI contienen una dimensión temporal adicional que se relaciona con el momento en el cual se inicia el reclamo, la disputa, el diferendo y/o la controversia que da lugar al procedimiento arbitral. Por ejemplo, el TBI de 1982 entre EEUU y Panamá dispone lo siguiente: «El presente Tratado ... no se aplicará a ninguna disputa, reclamo, o demanda que anteceda la fecha de ratificación del Tratado, salvo que tal disputa se relacione con el Artículo IV y que no preceda la ratificación por más de tres años».(13)

(11) 29 Am.J.Int. Law Supplement 657 (1935).

(12) *Ibidem*, pp. 811-12.

(13) TBI EEUU-Panamá, suscrito el 27 de octubre de 1981, S. TREATY DOC. N° 99-14, artículo XIII(2) (en vigencia a partir del 30 de mayo de 1991), disponible en

El TBI de EEUU con Trinidad y Tobago contiene una disposición similar, aunque redactada de forma un tanto distinta: «Este Acuerdo se aplicará a todas las inversiones cubiertas que se hayan realizado ya sea antes o después de la fecha de entrada en vigencia, pero las disposiciones del presente Acuerdo no se aplicarán a ninguna disputa, reclamo, o diferendo que haya surgido con anterioridad a su entrada en vigencia».⁽¹⁴⁾

En un contexto similar, distintos TBI utilizan términos tales como «controversia», «disputa», «reclamo», «diferendo», etc. A efectos prácticos, en el presente texto nos referiremos a este tipo de cláusula genéricamente como cláusulas de «reclamos o controversias».

Este modelo de cláusula ha sido objeto de debate y su interpretación ha resultado complicada en la práctica, en parte, debido a la dificultad que a menudo se suscita en la definición de lo que constituye un «reclamo», «controversia», etc. En este sentido, cabe enfatizar que los TBI, que habitualmente contienen este tipo de cláusula, no definen los términos «reclamo», «controversia», «disputa», etc. Tal como lo manifestó el Tribunal del caso CIADI *Maffezini c. Reino de España*,⁽¹⁵⁾ «Estos puntos de vista divergentes de las partes en cuanto al significado de una controversia y de cuándo esta llega a identificar-

<http://www.tcc.mac.doc.gov/cgi-bin/doiit.cgi?204:64:152933629:184> (visitado el 24 de marzo de 2006).

(14) TBI EEUU.-Trinidad y Tobago, suscrito el 26 de septiembre de 1994, S. TREATY DOC. N° 104-14, artículo XII(1) (en vigencia a partir del 26 de diciembre de 1996), disponible en <http://www.tcc.mac.doc.gov/cgi-bin/doiit.cgi?204:64:152933629:249> (visitado el 24 de marzo de 2006) (las cursivas del autor). A este respecto, véase también el artículo 1(2) del TBI entre Chile y el Reino Unido: «El presente Acuerdo regirá para las inversiones efectuadas en el territorio de una Parte Contratante en conformidad con sus leyes por inversionistas de la otra Parte Contratante, antes o después de la entrada en vigencia de este Acuerdo. Sin embargo, no regirá para las diferencias o divergencias que hayan surgido con anterioridad a su entrada en vigencia.» TBI Chile-Reino Unido, suscrito el 8 de enero de 1996, 1986 U.N.T.S. 107, 109 (en vigencia a partir del 23 de junio de 1997).

(15) *Maffezini*, *supra* nota 1.

se o reconocerse como tal, son frecuentes en el CIADI y en otros procedimientos arbitrales o judiciales».⁽¹⁶⁾

Una segunda fuente de dificultad respecto de las cláusulas de reclamo o controversia, la constituye la identificación del momento preciso en el cual ha surgido un determinado «reclamo» o «controversia». ¿Debe interpretarse, por ejemplo, que el mencionado reclamo o controversia surge sólo en el momento en que la parte agraviada requiere indemnización mediante algún tipo de solicitud ante autoridades administrativas y/o judiciales? ¿O en el momento de completarse el núcleo relevante de hechos operativos que se alega configuran el incumplimiento del tratado pertinente? ¿O en el momento en que la parte agraviada toma consciencia (o pudiese haber tomado consciencia) de la existencia de tal núcleo de hechos? ¿O en el punto en que tales hechos se cristalizaron en un legítimo ejercicio de demanda bajo el derecho aplicable?

El tema de cuál fue el reclamo o controversia pertinente y en qué momento surgió fue el punto central en el caso CIADI de *Lucchetti c. Perú*.⁽¹⁷⁾ Los hechos que dieron lugar a la controversia en el caso *Lucchetti* son los siguientes: Entre 1995 y 1997 empresas Lucchetti, una compañía de fideos chilena, estableció una subsidiaria peruana llamada Lucchetti Perú S.A., que obtuvo licencias de las autoridades para construir una fábrica industrial en Lima. Sin embargo, entre fines del año 1997 y principios de 1998 la Municipalidad de Lima anuló las licencias otorgadas a la filial peruana, argumentando problemas medioambientales y supuestas deficiencias relacionadas con la obtención original de las licencias pertinentes. Lucchetti y su filial

⁽¹⁶⁾ *Idem*, p. 245. Aunque la Corte Internacional de Justicia ha definido en términos generales a una «disputa» como «un desacuerdo sobre un punto de hecho o de derecho, un enfrentamiento de posiciones legales o de intereses entre las partes, ...», caso *Concerniente a Timor Oriental*, 1995 I.C.J. 90, p. 22 (30 de junio) (citando laudos anteriores de la CIJ así como de la Corte Permanente Internacional de Justicia), no ha habido uniformidad de criterio en la jurisprudencia del CIADI concerniente a la definición de ese término o de términos similares en el contexto de los TBI, tales como «reclamo», «controversia», etc.

⁽¹⁷⁾ *Lucchetti*, *supra* nota 1

reclamaron ante los tribunales peruanos y obtuvieron cuatro fallos judiciales favorables, como resultado de lo cual, pudieron reanudar la construcción de su fábrica cerca de un humedal protegido. En agosto de 2001, sin embargo, la Municipalidad de Lima revocó las licencias de operación y solicitó al Congreso de la República que declarase que la conservación y protección del humedal adyacente era una cuestión de necesidad pública. Esta secuencia de eventos llevó, eventualmente, a los reclamantes a presentar ante el CIADI la solicitud de arbitraje contra el Perú.

Durante el curso del procedimiento arbitral ambos reclamantes sostuvieron que la República del Perú había incumplido sus obligaciones bajo el TBI entre el Perú y Chile, puesto que supuestamente, no había tratado la inversión de los reclamantes de \$150M (millones de dólares) conforme a las garantías dispuestas en el tratado. Más específicamente, los reclamantes sostuvieron que la República del Perú había incumplido el artículo 3.2 (protección conforme a derecho de medidas injustas o discriminatorias), artículo 4.1 (garantías de trato justo y equitativo de trato nacional y de trato de nación no favorecida) y artículo 6.1 (protección de expropiaciones ilegales discriminatorias o sin compensación) del TBI.⁽¹⁸⁾ En definitiva, el CIADI desechó todos estos reclamos basándose en la falta de jurisdicción *ratione temporis*.

La cuestión central en el tema de jurisdicción se refería a si la controversia había surgido con anterioridad o posteriormente a la entrada en vigencia del TBI, el 3 de agosto de 2001. La disposición pertinente del TBI, artículo 2, disponía lo siguiente:

«El Presente Convenio se aplicará a las inversiones efectuadas antes o después de la entrada en vigencia del Convenio, por inversionistas de una Parte Contratante, conforme a las disposiciones legales de la otra Parte Contratante, en el territorio de esta

(18) *Lucchetti, supra* nota 1, p. 23.

última. Sin embargo, no se aplicará a divergencias o controversias que hubieran surgido con anterioridad a su entrada en vigencia».⁽¹⁹⁾

Perú arguyó que el Tribunal carecía de jurisdicción debido a que la controversia se había definido claramente con anterioridad a la entrada en vigencia del TBI, constituyendo los hechos posteriores una simple continuación de la controversia anterior. Los reclamantes, por su parte, sostuvieron que se trataba de dos controversias distintas, que la anterior se había resuelto en 1998 con las decisiones de los tribunales peruanos que habían fallado a su favor, y que sólo era la segunda controversia, la cual había surgido después de la entrada en vigencia del TBI, la que estaba ante el tribunal CIADI. Ante estas posiciones encontradas, el Tribunal concluyó que «...el objeto de la controversia anterior no difería de las medidas adoptadas por la municipalidad en 2001 ... en ese sentido las controversias tuvieron el mismo origen o fuente ...».⁽²⁰⁾ Con fundamento en estos antecedentes, el tribunal decidió que «en 1998 la presente controversia estaba formalizada»⁽²¹⁾ y que, como resultado de ello, «la empresa se encuentra en la misma situación en que estaría si no se hubiera sancionado el Convenio Bilateral [TBI]».⁽²²⁾

El aspecto más relevante del análisis del Tribunal fue su interpretación de los puntos de temporalidad concernientes al momento de inicio del reclamo o controversia en relación con la entrada en vigencia del TBI, y en relación con los reclamos locales que ya habían sido presentados a los tribunales peruanos y que habían generado las sentencias correspondientes. Respecto de este tema, el Tribunal declaró lo siguiente:

(19) Citado textualmente en *Lucchetti*, *supra* nota 1, p. 25.

(20) *Idem*, p. 53

(21) *Idem*.

(22) *Idem*, p. 62.

«El Tribunal opina que el transcurso de dos años y medio entre esas sentencias y la adopción de los Acuerdos de Consejo ... no impone de por sí la conclusión de que la controversia anterior hubiera llegado a su fin y que en 2001 se haya planteado una nueva controversia ...

El carácter de cosa juzgada que habían adquirido esas sentencias no obliga de por sí a admitir ese resultado, ya que los hechos que tuvo ante sí el Tribunal indican ... que la controversia original persistía. Además, la controversia pública referente a esas sentencias, estimulada por las continuas investigaciones judiciales y parlamentarias relacionadas con las mismas, demuestra asimismo que en la práctica no se consideró que el hecho de que las sentencias fueran *res judicata* hubiera puesto fin a la controversia».⁽²³⁾

Habiendo concluido que la controversia invocada por la demandante, en su reclamo bajo el TBI, constituía una continuación de los reclamos que ya habían sido presentados por el reclamante antes de la entrada en vigencia del TBI, el tribunal *Lucchetti* llegó a la conclusión de que la cláusula sobre «reclamos o controversias» del TBI precluían, en consideración del reclamo bajo el TBI y, por lo tanto, requería que se desestimara el caso por carencia de jurisdicción *ratione temporis*.

La dimensión de «reclamo o controversia», aunque diferenciable de aquellas abordadas anteriormente en las secciones A (actos del Estado) y B (fecha de la inversión), ha generado confusión en algunas instancias, particularmente en relación con el correcto análisis de la dimensión de «actos del Estado». La relación entre esas dos dimensiones se trata más adelante.

⁽²³⁾ *Idem*, p. 56.

D) La dimensión de la fecha de inicio de la obligación legal

Otra de las dimensiones temporales de los TBI es aquella que se encuentra regida por la fecha de inicio de las obligaciones pertinentes del Estado bajo el tratado (en adelante, la dimensión de obligación). Por su naturaleza, las obligaciones contraídas por los Estados contratantes de un tratado, vale decir, los actos que los Estados contratantes se han comprometido a realizar o no realizar como consecuencia de su adhesión al tratado, son prospectivos en aplicación. Un tratado impone sobre los Estados parte obligaciones que dichos Estados están comprometidos a cumplir en el futuro, a partir del momento de entrada en vigencia del convenio. Es por este motivo que las obligaciones del tratado generalmente se formulan en el tiempo futuro simple: «Los Estados Contratantes harán tal cosa o tal otra». Esta dimensión temporal de los tratados es, sin lugar a dudas, de naturaleza íntegramente prospectiva. Como bien lo ha señalado un comentarista, «el propósito de establecer una fecha en la cual el tratado debe entrar en vigencia responde precisamente a la necesidad de fijar el momento en el cual las reglas del tratado comienzan a aplicarse a las acciones de las partes».⁽²⁴⁾

Ocasionalmente, litigantes y árbitros han señalado esta dimensión temporal como evidencia de que no ha sido la intención de los negociadores de un cierto tratado aplicarlo en forma «retroactiva». En otras palabras, se han centrado en el tiempo de los verbos de las disposiciones correspondientes del tratado como apoyo para interpretar el alcance temporal del instrumento. En particular, se ha argumentado que el tiempo futuro de estos verbos demuestra la intención de los negociadores de precluir una aplicación retroactiva del tratado. Por mencionar un ejemplo, el Tribunal en el caso CIADI de *Tradex Hellas c. República de Albania*, apoyándose en ciertas cláusulas del TBI, que disponían, por ejemplo que «las inversiones no *serán* expropiadas y que las disputas *serán* remitidas a arbitraje ante el CIADI»⁽²⁵⁾, llegó a la siguiente conclusión:

⁽²⁴⁾ Kenneth J. VANDEVELDE, *U.S. Bilateral Investment Treaties: The Second Wave*, 14 Mich. J. Int'l L. 621, 694 (1993).

⁽²⁵⁾ *Tradex Hellas*, *supra* nota 1, 14 ICSID, *Rev. FILJ*, pp. 161, 179-180 (la cursiva es del autor).

«De estas disposiciones surge claramente que los Estados Contratantes tenían la intención de someter a la jurisdicción del CIADI cuestiones relativas sólo respecto de expropiaciones alegadas y solicitudes de arbitraje que ocurrieran en el futuro, aun si tuvieran relación con inversiones realizadas con anterioridad. Tanto la expropiación alegada como la solicitud de arbitraje en este procedimiento ocurrieron antes de la entrada en vigencia del tratado bilateral, ese tratado no puede establecer jurisdicción en este caso».⁽²⁶⁾

Sin perjuicio de que la conclusión a la cual arribó el Tribunal en este caso en definitiva haya sido la correcta, podría argumentarse, sobre el punto específico bajo discusión, que quizás el Tribunal haya adscrito al tiempo de los verbos en las cláusulas pertinentes del TBI una relación con la retroactividad o irretroactividad del tratado que en rigor no existe, toda vez que el análisis del Tribunal relativo a la retroactividad se ha centrado en la dimensión de obligación en lugar de la dimensión de los actos del Estado. Si bien el tratado pudiese haber establecido un mecanismo para la adscripción de responsabilidad del Estado respecto de actos de expropiación cometidos en el pasado, una disposición de esa naturaleza habría requerido una redacción distinta y separada de la cual el Tribunal centró su atención. El Tribunal infirió, del tiempo futuro de los verbos en el TBI, que las partes habían tenido la intención de que el tratado se aplicase exclusivamente a expropiaciones que tuvieran lugar luego de la entrada en vigencia del mismo. Sin embargo, las obligaciones de los Estados en los tratados siempre se formulan en tiempo simple futuro, aun en los casos en los cuales se contempla una aplicación retroactiva del tratado a actos del Estado anteriores a la fecha de vigencia.⁽²⁷⁾ En consecuencia, la dimensión de la obligación del Estado es indepen-

⁽²⁶⁾ *Ibidem*, p. 180.

⁽²⁷⁾ Véase, por ejemplo, Acuerdo entre EE.UU. y Albania para la Solución de Determinados Reclamos Pendientes, *infra* nota 50.

diente de la retroactividad o irretroactividad de tales obligaciones, y el tiempo de los verbos no puede servir como herramienta hermenéutica en cuanto al carácter retroactivo o irretroactivo del tratado.

E) La dimensión de fecha de denuncia del tratado

La mayoría de los TBI contemplan una fase de aplicabilidad del tratado que va incluso más allá de la fecha de denuncia del mismo, generalmente a partir de una cláusula que dispone que, luego de denunciado el tratado, el mismo se continuará aplicando por un número específico de años respecto de las inversiones existentes al momento de la denuncia⁽²⁸⁾. Hasta la fecha, esta dimensión ha sido menos relevante en la práctica, en parte, porque la mayoría de los TBI son instrumentos relativamente recientes y, en consecuencia, no han sido objeto de denuncia.

III. LAS DIMENSIONES TEMPORALES Y SU RELACIÓN CON LA APLICACIÓN RETROACTIVA DE LOS TRATADOS

Desde un punto de vista práctico, en la mayoría de los casos las distintas dimensiones temporales no presentan cuestiones de interpretación o de aplicación muy complicadas. Por ejemplo, en aquellos casos en los cuales resulta incuestionable que tanto el acto del Estado que se alega configura un incumplimiento del TBI, como la inversión relevante fueran posteriores a la entrada en vigencia del TBI (de tal manera que *a fortiori* ni el reclamo ni la controversia pudieran considerarse como surgidos con anterioridad a la entrada en vigencia), no existe posible objeción *ratione temporis* al reclamo. Sin embargo, otros escenarios pueden ser más complicados, en cuyo caso,

(28) Véase, por ejemplo, TBI Chile-Francia (suscrito el 14 de julio de 1992, vigente a partir del 5 de diciembre de 1994), disponible en <http://www.doingbusinessinchile.cl/archivos/francia.html> (visitado 24 de marzo de 2006), artículo 13 («En caso de terminación del período de validez de este Convenio, las inversiones efectuadas mientras haya estado en vigencia continuarán gozando de la protección de sus disposiciones por un período adicional de veinte años.»).

para interpretar y aplicar apropiadamente el TBI es fundamental discernir y distinguir entre las distintas dimensiones temporales anteriormente identificadas, sobre todo centrandó el análisis en aquellas que tienden a ser las más importantes en la determinación de las cuestiones *ratione temporis* en los TBI: la relación entre la dimensión de «actos del Estado», por un lado; y las dimensiones de «reclamo o controversia» y «fecha de inversión», respectivamente, por el otro.

A) **Relación entre la dimensión de actos del Estado y la dimensión de reclamo o controversia**

Como se ha visto, la dimensión de «actos del Estado» se relaciona con el momento de realización del acto o de los actos del Estado que se alegan han sido incompatibles con el TBI pertinente. Ocasionalmente, los redactores de los tratados han incluido una disposición expresa de irretroactividad en tales instrumentos, si bien podría argumentarse que tal disposición es innecesaria a luz de la presunción de irretroactividad establecida por el artículo 28 de la Convención de Viena.⁽²⁹⁾ Una cláusula de «reclamo o controversia», por su parte, impide la aplicación del tratado respecto de cualquier reclamo o controversia que haya surgido con anterioridad a la entrada en vigencia del tratado en cuestión.

En algunos casos, la relación y distinción entre la dimensión de los «actos del Estado» y la dimensión del «reclamo o controversia» ha resultado difícil en la práctica, arrojando resultados cuestionables como lo ilustra el caso CIADI de *Maffezini c. España*. Este caso involucró el TBI entre España y Argentina, cuyo artículo II(2) dispone: «El presente Acuerdo no se aplicará a las controversias o reclamaciones que se hubieran originado antes de su entrada en vigor».⁽³⁰⁾ Ese tratado, sin embargo, no contiene cláusula alguna que expresamente trate el tema de la dimensión de los «actos del Estado». El tratado había entrado en vigencia en septiembre de 1992, y debido a que los

(29) Véase, ejemplos *supra* nota 7.

(30) *Maffezini*, *supra* nota 1, p. 67.

hechos y eventos que el demandante reclamaba se habían producido entre 1989 y principios de 1992, España había sostenido que el TBI no era aplicable a la controversia.

El Tribunal reconoció que los hechos, respecto de los cuales las partes estaban en desacuerdo, se habían iniciado en el curso del año 1989 y habían sido discutidos durante el período comprendido entre los años 1989 y 1992, pero advirtió que «... esto no significa que ya en esa época existía una controversia jurídica según la definición de la Corte Internacional de Justicia». ⁽³¹⁾ El Tribunal concluyó que «la controversia, en su sentido técnico y jurídico, comenzó a configurarse en 1994 ..., conduciendo poco tiempo después a la presentación de varias reclamaciones que en definitiva llegaron a plantearse ante este Tribunal. Ello significa que la controversia se materializó después de la entrada en vigor ...». ⁽³²⁾ Sobre la base de esta conclusión, el Tribunal rechazó las objeciones *ratione temporis* a la jurisdicción del Tribunal, interpuestas por España.

Sin embargo, el Tribunal *Maffezini* no hizo referencia alguna a la dimensión de actos del Estado, centrandolo su análisis exclusivamente sobre la dimensión del reclamo o controversia y concluyendo, en efecto, que en virtud de la cláusula sobre reclamo o controversia del TBI, este podía operar de tal forma a imponer una responsabilidad retroactiva sobre España por actos cometidos por este Estado en una época en la cual el tratado no estaba en vigencia, y no obstante que el mismo no contenía una disposición que expresamente permitiera su aplicación retroactiva, como lo requeriría el artículo 28 de la Convención de Viena.

No parecería razonable interpretar la disposición sobre «reclamo o controversia» de manera tal que no sólo pudiera *impedir* reclamos o controversias surgidos con *anterioridad* a la entrada en vigencia (que es exclusivamente lo que contempla la cláusula), sino también, *autorizar* todos los reclamos o controversias surgidos con *posterioridad*

⁽³¹⁾ *Ibidem*, p. 95.

⁽³²⁾ *Ibidem*, p. 98.

a la entrada en vigencia. El Tribunal aparentemente interpretó la cláusula como si la misma, adicionalmente, afirmase lo siguiente: «El acuerdo se aplicará a todas las controversias o reclamos que se hayan originado con posterioridad a su entrada en vigencia». No obstante, esto pareciera ser una sobreinterpretación de la cláusula, puesto que le endilga al tratado un significado adicional que *prima facie* no posee.

La idea de que el tratado se aplique a todos los reclamos o controversias que surgieron con posterioridad a su entrada en vigencia, no es un corolario lógico e inevitable de la existencia de una disposición estableciendo que el tratado no se aplicará a reclamos o controversias que hayan surgido con anterioridad a la entrada en vigencia del mismo. A lo sumo, tal cláusula podría interpretarse por implicación negativa como si estableciera que el tratado puede aplicarse a un reclamo o controversia que surja después de la entrada en vigencia — pero tal aplicación quedaría necesariamente supeditada a la aplicabilidad de otras restricciones (incluyendo, por ejemplo, la presunción de irretroactividad, en virtud de la regla supletoria de la Convención de Viena, en la aplicación del tratado respecto de actos o hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigencia). En otras palabras, la cláusula de «reclamo o controversia» establece una condición necesaria, pero no suficiente, para que el tratado se aplique a un determinado reclamo que haya surgido luego de la entrada en vigencia del mismo.

El Tribunal *Maffezini* no ofreció ninguna explicación de por qué la presunción de la Convención de Viena no era aplicable al caso *sub examine*. Aparentemente, el Tribunal interpretó que la cláusula de «reclamos o controversias» de por sí autorizaba la aplicación del tratado, incluso respecto de los actos del Estado que tuvieron lugar con anterioridad a la entrada en vigencia. Al hacerlo, sin embargo, argüiblemente no formó parte de su análisis el punto principal relativo a la retroactividad: la dimensión de los actos del Estado.

A efectos del análisis de retroactividad, parece correcto interpretar que el hecho que un determinado reclamo o controversia haya surgido con posterioridad a la entrada en vigencia no exime al Tribunal de la necesidad de examinar cuándo ocurrieron los actos del Es-

tado que se alegan han incumplido el TBI pertinente. Ni la cláusula de reclamo o controversia, ni cláusula alguna del TBI entre Argentina y España analizadas en el caso *Maffezini*, autorizaban expresamente la aplicación del tratado respecto de actos del Estado ocurridos con anterioridad a su entrada en vigencia. Sería razonable admitir que, si tal hubiese sido la intención, los redactores del tratado hubieran incluido alguna clase de lenguaje explícito de retroactividad, como lo requiere la Convención de Viena. Debido a que este no fue el caso, el Tribunal probablemente debería haber centrado su análisis en el momento preciso en el cual se produjeron los actos de Estado pertinentes que se alegan incumplieron el TBI (incluso si tales actos pudiesen haber dado lugar a un reclamo o controversia que surgió o se consolidó con posterioridad a su entrada en vigencia, siendo este último hecho irrelevante a efectos del análisis de retroactividad). Por los motivos expuestos, se podría argumentar razonablemente que el Tribunal de *Maffezini* se equivocó al rechazar las objeciones jurisdiccionales *ratione temporis* del Gobierno de España.

En el caso *Generation Ukraine c. Ucrania*, el Tribunal hizo referencia a conceptos que subyacen varias de las dimensiones temporales identificadas en la presente reseña, pero no diferenció entre las mismas. Observó, por ejemplo, que como un TBI sólo «es vinculante y por lo tanto ejecutable jurídicamente» para los Estados parte una vez que el tratado entra en vigencia,⁽³³⁾ que de ello «se desprende que un derecho de demanda fundado en uno de los estándares de protección del TBI deben haber surgido con posterioridad a la fecha de vigencia».⁽³⁴⁾ El Tribunal concluyó, a partir de esto, que «la jurisdicción *ratione temporis* del Tribunal está limitada a los alegados actos de expropiación que tuvieron lugar después del 16 de noviembre de 1996 (la fecha de vigencia del TBI).»⁽³⁵⁾ De esta manera, el Tribunal

⁽³³⁾ *Generation Ukraine*, *supra* nota 1, p. 11.2. Esto correspondería a la dimensión de «obligación» identificada en la presente.

⁽³⁴⁾ *Ibidem*, p. 11.4. Esto corresponde a la dimensión de «reclamo o controversia» identificada en la presente.

⁽³⁵⁾ *Ibidem*, p. 175. Esto corresponde a la dimensión de «actos del Estado» identificada en la presente.

acertadamente planteó al final la cuestión de retroactividad en términos del momento de ocurrencia de los actos del Estado. Sin embargo, al hacerlo no individualizó las distintas dimensiones temporales implícitas en su análisis y, de hecho, parece haber derivado conclusiones respecto de ciertas dimensiones temporales sobre la base de premisas relativas a otras dimensiones.

Una objeción *ratione temporis* interpuesta por el Reino Jordano, fundada en el momento de inicio del reclamo o la controversia, fue tema tratado por el tribunal en el caso *Salini c. Reino Jordano*,⁽³⁶⁾ el cual involucró un reclamo presentado por un nacional italiano bajo el TBI entre Italia y el Reino Jordano. El Tribunal; primero, trató la dimensión de «reclamo o controversia» del TBI, observando que el mismo «no abarca controversias que hayan surgido antes de la entrada en vigencia del TBI»,⁽³⁷⁾ y concluyendo que la controversia pertinente «surgió bastante después ... de la fecha de vigencia del TBI ...».⁽³⁸⁾ Al contrario de *Maffezini*, sin embargo, el Tribunal *Salini* tuvo presente que el análisis no concluía allí, sino que pasó a evaluar la distinción entre la dimensión de «reclamos o controversias» y la de «actos del Estado» (aunque sin utilizar esa terminología):

«Sin embargo, el Tribunal observa que se debe distinguir cuidadosamente entre la jurisdicción *ratione temporis* de un tribunal CIADI y la aplicabilidad *ratione temporis* de las obligaciones sustantivas contenidas en el TBI».⁽³⁹⁾

El Tribunal correctamente centró su atención en esta última dimensión, concluyendo al respecto lo siguiente:

⁽³⁶⁾ *Salini*, *supra* nota 1.

⁽³⁷⁾ *Ibidem*, p. 170.

⁽³⁸⁾ *Ibidem*, p. 175.

⁽³⁹⁾ *Ibidem*, p. 176.

«... el Artículo 1(1) del TBI no otorga a las disposiciones sustantivas del Tratado ningún efecto retroactivo. El principio normal establecido en el artículo 28 de la Convención de Viena sobre Tratados [sic] se aplica y las disposiciones del TBI ‘no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir’».⁽⁴⁰⁾

Observando que «los demandantes reclaman incumplimientos del TBI que ocurrieron después ... que el Tratado entró en vigor...»⁽⁴¹⁾ –vale decir, los actos del Estado fueron posteriores a la fecha de vigencia– el Tribunal decidió que gozaba de jurisdicción *ratione temporis* para conocer del reclamo.

B) Relación entre la dimensión de actos del Estado y la dimensión de la fecha de la inversión

Como se ha observado, el hecho de que un TBI disponga que se aplicará a inversiones realizadas ya sea antes o después de su entrada en vigencia, ocasionalmente ha sido interpretado como reflejo de la intención respecto de su aplicación retroactiva. Sin embargo, la aplicabilidad de un tratado a una inversión realizada con anterioridad a su entrada en vigencia, en casos en los cuales los actos del Estado que se alega que incumplieron el tratado hubieran ocurrido anteriormente a la entrada en vigencia, aun debe depender de la existencia de una cláusula que explícitamente haga aplicable el tratado a los actos del Estado ocurridos anteriormente a su entrada en vigencia. En otras palabras, la dimensión de fecha de la inversión no está relacionada con la dimensión de actos del Estado y rige lo que pudiera

⁽⁴⁰⁾ *Ibidem*, p. 177 (citando a *SGS*, *supra* nota 1, pp. 165-166, y *Mondev*, *supra* nota 1, pp. 68-70).

⁽⁴¹⁾ *Ibidem*, p. 178.

llamarse la aplicación «retrospectiva» del tratado, pero no su aplicación «retroactiva».

Para ilustrar este punto, utilizaremos nuevamente un escenario hipotético, en el cual la compañía X del Estado 1 invierte en el Estado 2 en 1990, se le expropia su inversión en el Estado 2 en 1991, y un TBI entre los Estados 1 y 2 entra en vigencia en 1992. Como el acto atribuible al Estado que se alega incumplió el TBI –en este caso la expropiación– ocurrió con anterioridad a la entrada en vigencia del TBI, la compañía X, en principio, no podría reclamar bajo el TBI contra el Estado 2 respecto de tal acto (incluso si el tratado expresamente habilitara su aplicación respecto de inversiones realizadas anteriormente a su entrada en vigencia), salvo que existiera una cláusula del TBI que expresamente lo permitiera.

La distinción entre la dimensión de la fecha de inversión y la dimensión de los actos del Estado fue correctamente identificada, aunque sin utilizar esa terminología, en el caso *SGS c. Filipinas*. En el mencionado caso, en su decisión sobre jurisdicción el Tribunal declaró lo siguiente:

«Conforme al artículo II del TBI, el mismo se aplica a las inversiones ‘realizadas ya sea con anterioridad o posterioridad a la entrada en vigencia del Acuerdo.’ El Artículo II no otorga, sin embargo, ningún efecto retroactivo a las protecciones sustantivas del TBI. El principio normal establecido en el Artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados se aplica: las disposiciones del TBI ‘no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir’».⁽⁴²⁾

⁽⁴²⁾ *SGS, supra* nota 1, p. 166.

La diferencia entre retroactividad y retrospectividad ya había ocupado un lugar privilegiado en el laudo arbitral emitido hace varias décadas en el caso *Chamizal* de 1911, entre Estados Unidos y México. En ese caso, se le había asignado a la Comisión de Límites Internacionales instaurada por el tratado entre Estados Unidos y México, la responsabilidad de decidir si el título de propiedad de un segmento de territorio conocido como «El Chamizal», sobre el límite entre los dos países, pertenecía a México o a Estados Unidos: el asunto debía dirimirse a la luz de desplazamientos posicionales del Río Grande, en vista de que el tratado había establecido a tal río como uno de los límites entre los dos países.

Uno de los aspectos más interesantes que presentaba este caso, versaba sobre el alcance de la aplicación del tratado. Se intentaba establecer si el tratado entre México y Estados Unidos, concluido con el propósito de resolver controversias limítrofes, se aplicaba sólo a controversias acaecidas con posterioridad a su entrada en vigencia y relacionadas con cambios posicionales en el Río Grande, que también se hubieran producido sólo después de la entrada en vigencia; o si podía asimismo, aplicarse respecto de desplazamientos en el Río Grande producidos con anterioridad a la entrada en vigencia. El Tribunal en su laudo observó:

«A nombre de México ha sido argüido categóricamente que la intención detrás de esta convención era que operara solamente de cara al futuro, y que no debería dársele el efecto retroactivo de aplicar a cambios que hayan ocurrido previamente».⁽⁴³⁾

El Tribunal concluyó, sin embargo, que no había motivo para considerar que el tratado no era aplicable simplemente por el hecho que los cambios relevantes en el cauce del río (que, por lo tanto, habían desplazado la línea divisoria que constituía el límite) se hu-

⁽⁴³⁾ Para el texto del laudo *Chamizal*, véase, 5 *Am.J.Int.Law* 782, 801 (1911).

bieran producido con anterioridad a la entrada en vigencia del mencionado tratado.⁽⁴⁴⁾ Esencialmente, el Tribunal estaba trazando una distinción entre, por un lado, la irretroactividad del tratado aplicable sólo a controversias que pudiesen surgir luego de su entrada en vigencia; y por el otro, la posible aplicación retrospectiva del tratado respecto de una dimensión temporal alternativa (en este caso, el momento en el que se produjeron los desplazamientos en el cauce del río). Al llegar a esta conclusión el Tribunal declaró lo siguiente:

«La evidencia interna contenida en la Convención de 1884 parece ser suficiente para demostrar la intención de que las reglas establecidas para determinar las dificultades que pudieran acaecer a raíz de cambios en el río Grande, ya sean cambios que ocurrieran previo a o después de la Convención... Aunque es perfectamente cierto que la convención aplicaría a disputas que surgieran en el futuro, de ninguna manera restringe estas dificultades a cambios futuros en el río».⁽⁴⁵⁾

En consecuencia, el Tribunal advirtió correctamente la diferencia entre un tratado «retroactivo» (que no era el caso del tratado que tenían bajo análisis) y uno «retrospectivo», en el sentido de permitir su aplicabilidad respecto de un evento no-relacionado con los actos de los Estados parte que se hubieran producido con anterioridad a la entrada en vigencia de ese tratado (en este caso, los cambios en el cauce del Río Grande).

Esta interpretación del caso *Chamizal* es consistente con lo que manifestaron los académicos de Harvard que elaboraron el borrador de la Convención sobre Derecho de Tratados, cuyas observaciones sobre este caso cabe mencionar:

⁽⁴⁴⁾ 5 *Am.J.Int.Law* 782, 801 (1911).

⁽⁴⁵⁾ *Ibidem*.

«Se ha argumentado a veces que el laudo en el caso *Chamizal*... apoya la doctrina de retroactividad, pero resulta claro del laudo y de los argumentos esgrimidos en ese caso que tal punto no estaba bajo consideración. El punto bajo análisis aludía a la cuestión de la operación retrospectiva de las disposiciones del Tratado Limítrofe de 1884 entre los Estados Unidos y México relacionada con el efecto de los cambios en el cauce del Río Grande sobre la ubicación de la línea limítrofe; esta es una cuestión muy diferente a la del efecto retroactivo del tratado...».⁽⁴⁶⁾

Por lo tanto, es posible que un tratado contenga una cláusula (por ejemplo en el contexto de un TBI, una cláusula sobre fecha de inversión) que permita la aplicación inter-temporal del tratado y que al mismo tiempo, no sea «retroactivo» en el sentido técnico de la palabra. Tal es el caso, por ejemplo, con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Como se observa en la nota N^o 39 al TLCAN (en referencia al artículo 1101 del capítulo de inversiones del acuerdo (Capítulo XI):

39. Artículo 1101. Inversión - Ambito de aplicación: este Capítulo cubre tanto las inversiones existentes a la fecha de entrada en vigor de este Tratado como las inversiones hechas o adquiridas con posterioridad.⁽⁴⁷⁾

No obstante, a pesar de su aplicación intertemporal, varios tribunales han enfatizado que el TLCAN es irretroactivo en el sentido

⁽⁴⁶⁾ 29 *Am.J.Int.Law Supplement* 657, at 808 (1935).

⁽⁴⁷⁾ El TLCAN fue suscrito el 17 de diciembre de 1992 y entró en vigencia el 1 de enero de 1994. Para el texto completo del Capítulo XI del TLCAN, véase http://www.sice.oas.org/Trade/nafta_s/INDICE2.asp (visitado el 24 de marzo de 2006). Para el texto de las notas al TLCAN, véase http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index_s.aspx?DetailID=629 (visitado 27 de marzo de 2006).

que no se aplica a los actos del Estado ocurridos con anterioridad a la entrada en vigencia del tratado.⁽⁴⁸⁾

Estas características del TLCAN demuestran precisamente lo que distingue a una aplicación temporal o retrospectiva de una aplicación retroactiva en los tratados de inversiones, la primera, contrariamente a la última, no establece obligación alguna sobre el Estado anfitrión de aceptar responsabilidad respecto de actos del Estado ocurridos con anterioridad a la entrada en vigencia y que no incumplieron obligación alguna bajo un tratado existente en esa fecha (a pesar de que tales actos sí hubiesen constituido incumplimientos del tratado TBI en el supuesto en que este hubiese estado vigente en esa fecha). Las cláusulas de retrospectividad (tales como la cláusula de fecha de la inversión) pueden ser interpretadas simplemente como mecanismos de expansión del número de inversiones abarcadas por el tratado, mas sin por ello imponer sobre los Estados parte obligaciones retroactivas *stricto sensu* respecto de las mismas.⁽⁴⁹⁾

⁽⁴⁸⁾ Véase, por ejemplo, *Feldman, supra* nota 1, párrafo 62 («... Habida cuenta de que el TLCAN entró en vigor el 1 de enero de 1994, no existían obligaciones contraídas en virtud del TLCAN con anterioridad a esa fecha, y la jurisdicción del Tribunal en consecuencia no las abarca. La intención del mismo TLCAN no es tener efecto retroactivo alguno. En consecuencia, este Tribunal no puede tratar actos u omisiones ocurridos antes del 1 de enero de 1994»); *Mondev, supra* nota 1, párrafos 57 y 70.

⁽⁴⁹⁾ La distinción entre retroactividad y retrospectividad es también relevante en el contexto de ciertos tratados, además de aquellos para la protección de inversiones. Por ejemplo, un sinnúmero de tratados de extradición son no retroactivos (según se ha sido definido dicho término en esta discusión) pero proveen para la aplicación intertemporal. En dichos tratados, los Estados contratantes se comprometen a extraditar en el futuro *i.e.* comenzando el día de entrada en vigor. Véase, por ejemplo, Tratado de extradición entre la República Argentina y los Estados Unidos de América, 10 de junio de 1997, S. Treaty Doc. N° 105-18 (2000). Utilizando la terminología esbozada en este estudio, el compromiso de extraditar constituiría la dimensión de la «obligación» (la cual sólo puede aplicarse prospectivamente desde el momento de entrada en vigor del tratado). La fecha de comisión del crimen, por su parte, es equivalente a la fecha de la inversión dentro del contexto del acuerdo bilateral; ella, establece el eje intertemporal que es independiente de la conducta del Estado y que, por consiguiente, no hace del tratado uno retroactivo por el mero hecho de imponerle a los Estados contratantes una obligación con relación a hechos que ocurrieron en el pasado; sin embargo, esto posibilita la aplicación del tratado con

C) Los tratados auténticamente retroactivos

Un ejemplo representativo de una verdadera cláusula de retroactividad en el contexto de la responsabilidad de los Estados es aquella contenida en el Acuerdo de Solución de Reclamos entre Estados Unidos y Albania de 1995.⁽⁵⁰⁾ El artículo 1 de este Acuerdo dispone, en su totalidad, lo siguiente:

«Los reclamos que serán resueltos por el presente acuerdo son los siguientes:

(a) reclamos de nacionales de EE.UU. (incluidas las personas naturales y jurídicas) contra Albania que hayan surgido de cualesquier nacionalización, expropiación, intervención y otras medidas que hayan afectado la propiedad de nacionales de EE.UU. *con anterioridad a la fecha del presente acuerdo*; y

(b) los reclamos de nacionales de Albania (incluidas las personas naturales y jurídicas) contra los EEUU *anteriores a la fecha del presente acuerdo*».⁽⁵¹⁾

El referido Acuerdo, clara y expresamente, contempla que habrá de abarcar reclamos contra los Estados parte por determinados actos cometidos por tales Estados con anterioridad a su entrada en vigencia, vale decir, el tratado establece expresamente su alcance retroactivo.

relación a la extradición de aquellos acusados cuyos crímenes ocurrieron antes de la entrada en vigor del tratado. Por consiguiente, esto constituye otro ejemplo de la “aplicación no-retroactiva intertemporal” de un tratado.

⁽⁵⁰⁾ Acuerdo entre *EE.UU.* y Albania para la Solución de Determinados Reclamos Pendientes, suscrito el 10 de marzo de 1995, TIAS 12611 (en vigencia a partir del 18 de abril de 1995).

⁽⁵¹⁾ *Idem*, artículo 1 (las cursivas son del autor).

Otro ejemplo de un tratado propiamente retroactivo puede encontrarse en la Convención sobre Armas Químicas,⁽⁵²⁾ la cual en su artículo 1 inciso 3 establece que «cada Estado parte se compromete a destruir todas las armas químicas que haya abandonado en el territorio de otro Estado parte ...». El artículo 2 inciso 6 a su vez, define «armas químicas abandonadas» como «armas químicas», incluyendo armas químicas antiguas, abandonadas por un Estado después del 1 de enero de 1925 en el territorio de otro Estado sin el consentimiento de éste último. De esta manera, la Convención de Armas Químicas que entró en vigencia el 29 de abril de 1997 impone, sobre los Estados parte, la obligación de adoptar ciertas medidas (concretamente, la destrucción de ciertas armas químicas) en el futuro (vale decir, a partir del 29 de abril de 1997) respecto de actos del Estado cometidos tan temprano, como 72 años antes de la entrada en vigencia del tratado (vale decir, el abandono de armas químicas en 1925 o con posterioridad a esa fecha).

Cabe observar, sin embargo, que el número de tratados propiamente retroactivos ha sido relativamente escaso. Ya en 1935 los redactores del Borrador de Convención de Derecho de Tratados de Harvard habían observado, con respecto de la aplicación retroactiva, que «los tratados que lo disponen son inusuales»,⁽⁵³⁾ y esto ha permanecido invariable, entre otros, por los motivos ya expuestos.

D) Actos continuos o serie de actos del Estado

Uno de los escenarios más complicados, relativo a la aplicabilidad *ratione temporis* de un TBI, es aquel que se refiere a conducta del Estado que consiste de una serie de actos, algunos de los cuales, tuvieron lugar con anterioridad a la entrada en vigencia del tratado; y algunos, posteriormente a esa fecha. Una de las cuestiones

(52) Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su destrucción, 13 de enero de 1993, 1974 U.N.T.S. 45.

(53) 29 *Am.J.Int.Law* at 799 (1935).

más difíciles de resolver para los tribunales arbitrales internacionales es la que trata de determinar si los actos del Estado que se hubieran producido con anterioridad a la entrada en vigencia pueden, de algún modo, constituir el gravamen del reclamo o los reclamos, ya sea que se los considere en forma aislada o en combinación con aquellos actos de la serie que hayan ocurrido luego de la entrada en vigencia, o si al menos tales actos previos pueden ser evaluados y considerados a los efectos de determinar si los actos posteriores a la entrada en vigencia del tratado constituyeron un incumplimiento del mismo. Tal como lo observó el Tribunal de *Tecmed*:

«Trátase de una conducta continuada en el tiempo, o de un acto cuyos elementos constitutivos se reúnen en un lapso temporal que se agota en tiempos distintos, es sólo al ser contemplados, en su conjunto o como unidad que es posible apreciar en que medida son violatorios de un tratado o del derecho internacional o la dimensión del daño causado». ⁽⁵⁴⁾

En el precitado caso, el Tribunal indicó lo siguiente:

«Sin embargo, si un acto, hecho o situación que sucediera antes de la entrada en vigor del tratado continuara ocurriendo o existiendo después de la entrada en vigor de tratado, habrá de ser incluido en el ámbito de aplicabilidad del tratado». ⁽⁵⁵⁾

⁽⁵⁴⁾ *Tecmed*, *supra* nota 1, nota 26 (citando a J. CRAWFORD, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility* (Cambridge University Press, 2002), pp. 136-137, 143).

⁽⁵⁵⁾ Conferencia de la ONU sobre la ley de los tratados, Sesiones Primera y Segunda, (publicación de la ONU, E70V.5, A/CONF.39/11/Add.2) (citado en *Tecmed* parágrafo 66. Allí el tribunal se expresó de la siguiente forma: «de ello no debe necesariamente deducirse que acontecimientos o conducta anteriores a la entrada en vigencia del Acuerdo no sean relevantes para determinar si la Demandada violó

En el caso NAFTA, Capítulo 11, de *Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos* (véase nota *supra* 1), el Tribunal se enfrentó al supuesto relativo a si las medidas adoptadas por el Estado demandado en el período anterior a la entrada en vigencia del TLCAN eran «relevantes a efectos de apoyar el reclamo o los reclamos».⁽⁵⁶⁾ Observando que el TLCAN «no pretendía tener ningún efecto retroactivo»,⁽⁵⁷⁾ el Tribunal concluyó que no tenía jurisdicción sobre medidas adoptadas previamente a la entrada en vigencia: «De esta manera el Tribunal no puede tratar actos u omisiones que ocurrieron antes del 1ro de enero de 1994».⁽⁵⁸⁾ El Tribunal dispuso:

«No obstante, esto también significa que en el supuesto de que la sucesión de actos por parte del demandado hubiera comenzado con anterioridad al 1 de enero de 1994 y continuado con posterioridad a esa fecha, convirtiéndose en incumplimientos del TLCAN ... en ese día (1 de enero de 1994), el acto que se alega ha incumplido el tratado está sujeto a la jurisdicción del Tribunal ... cualquier actividad posterior a esa fecha, incluso idéntica, en términos de tiempo, estará sujeta a la jurisdicción del Tribunal».⁽⁵⁹⁾

A pesar de que el Tribunal *Feldman*, de esta manera, había adoptado una regla muy clara en el sentido de que los actos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigencia podían conferir jurisdicción, mas no los actos anteriores a esa fecha, el Tribunal en el caso TLCAN de *Mondev Internacional Ltd. c. Estados Unidos*,⁽⁶⁰⁾ adoptó un enfoque

el Acuerdo por conducta de la Demandada que tuvo lugar, o alcanzó su punto de consumación, *luego* de su entrada en vigor.»)

(56) *Feldman*, *supra* nota 1, p. 60.

(57) *Idem*, p. 62.

(58) *Loc. cit.*

(59) *Loc. cit.*

(60) Véase, *Mondev*, *supra* nota 1.

más flexible. No obstante, estar de acuerdo con el Tribunal *Feldman* en que «la conducta cometida antes del 1ro de enero de 1994 no puede de por sí constituir un incumplimiento del TLCAN ...»⁽⁶¹⁾ y enfatizando que «todavía se requiere atribuir conducta al Estado que sea posterior a la entrada en vigencia y que de por sí configure un incumplimiento...»⁽⁶²⁾ el Tribunal *Mondev* rechazó el enfoque categórico adoptado en *Feldman*, distanciándose expresamente de la conclusión de ese Tribunal sobre el punto de la posible relevancia de actos ocurridos con anterioridad a la fecha de vigencia:

«No se desprende que los eventos previos a la entrada en vigencia del TLCAN puedan no ser relevantes respecto de la cuestión de establecer si la conducta de un Estado posterior a la entrada en vigencia del TLCAN está o no en incumplimiento de las obligaciones dispuestas en el capítulo 11. Extender el sentido de la última oración del pasaje de la decisión *Feldman* «por consiguiente, este tribunal podrá no lidiar con actos u omisiones ocurridos con anterioridad al 1 de enero de 1994» ... argumentar que ésta expresa lo contrario, resulta para el presente Tribunal, demasiado categórico».⁽⁶³⁾

El Tribunal *Mondev* advirtió, por otra parte, que «existe una distinción entre un acto de carácter continuo y un acto ya completado que continúa causando pérdidas o daños».⁽⁶⁴⁾ Más específicamente, «el carácter continuo o no de un acto que constituye la esencia de un incumplimiento alegado, depende tanto del incumplimiento como de la obligación que se alega se ha incumplido».⁽⁶⁵⁾ Un acto que se ha

⁽⁶¹⁾ *Idem*, p. 68

⁽⁶²⁾ *Idem*, p. 70

⁽⁶³⁾ *Idem*.

⁽⁶⁴⁾ *Idem*, p. 58

⁽⁶⁵⁾ *Idem*.

consumado con anterioridad a la entrada en vigencia del tratado pertinente no puede ser objeto de reclamo, aun si no ha sido objeto de reparación o si en alguna otra forma, ha infligido un daño cuyos efectos continúan o perduran sobre la víctima. Véase, los artículos de Responsabilidad de los Estados, artículo 14 inciso 1, del Comité de Derecho Internacional: «El incumplimiento de una obligación internacional procedente de un acto de Estado se produce en el momento en el cual el acto se ha ejecutado, aun si sus efectos se perpetuasen en el tiempo».⁽⁶⁶⁾

El concepto de la serie de actos fue explorado, en mayor profundidad ulteriormente por el Tribunal en el caso *Tecmed*. En el referido caso, se habían suscitado una serie de actos provenientes de autoridades mexicanas que, se alegaba, habían constituido acumulativamente una conducta incompatible con el TBI, entre España y México. Algunos de esos actos del Estado habían acaecido con anterioridad a la entrada en vigencia del TBI, mientras que otros se produjeron con posterioridad a esa fecha, sin embargo, ninguno de los actos cometidos con anterioridad a la entrada en vigencia fue utilizado como fundamento de los reclamos alegados ni ofrecido como base autónoma para una determinación del incumplimiento del tratado (vale decir, considerados en forma aislada de los actos cometidos luego de la entrada en vigencia, esos actos anteriores de por sí no configuraban un quebranto del tratado correspondiente). El Tribunal observó:

«Sin embargo no debería necesariamente desprenderse de ello que los eventos o conductas previas a la entrada en vigencia del acuerdo no sean relevantes a los fines de determinar si el demandado ha violado el acuerdo mediante una conducta que habría tenido lugar previamente o cuyo punto de culminación se hubiera producido con posterioridad a la entrada en vigencia. A esos fines aún sería nece-

⁽⁶⁶⁾ Véase, artículo 14 inciso 1 de los artículos de Responsabilidad de los Estados (Comité de Derecho Internacional).

sario identificar la conducta violatoria del demandado —acto u omisión— posterior a la entrada en vigencia del acuerdo».⁽⁶⁷⁾

El Tribunal procedió a considerar la cuestión relativa a si tales actos u omisiones en combinación con actos o conductas del Estado, luego de entrar en vigencia el tratado pertinente, constituían una violación del acuerdo posteriormente a su entrada en vigencia. Al concluir que los actos de Estado anteriores a la entrada en vigencia podían ser considerados como parte integral de la conducta global del Estado que configuraba un incumplimiento al tratado, el Tribunal declaró:

«Las conductas, actos u omisiones del demandado que se hubieran producido con anterioridad a la entrada en vigencia habrán de considerarse como parte constitutiva, factor concurrente o elemento agravante o atemperante de la conducta, actos u omisiones del demandado que hayan tenido lugar con posterioridad a esa fecha quedando excluidas del ámbito de jurisdicción del Tribunal Arbitral. Ello debido a que tal conducta o acto, cuando sean consumados o su consumación haya sido completada luego de la entrada en vigencia del acuerdo constituyan una violación de tal acuerdo, y particularmente si tal conducta, actos u omisiones previos a la fecha de entrada en vigencia no hubieran podido ser íntegramente consentidos con respecto de su significación y efectos en el emomento en el que ellos tuvieron lugar por el Reclamante».⁽⁶⁸⁾

⁽⁶⁷⁾ *Idem*, p. 66 (énfasis original en el texto).

⁽⁶⁸⁾ *Idem*, p. 68

Aunque, en definitiva, la conclusión del Tribunal *Tecmed* fue consecuente con la de *Feldman*, en el sentido de que determinó que los actos cometidos con anterioridad a la entrada en vigencia no podían por sí solos y evaluados en forma aislada, constituir la base para presentar reclamos bajo el tratado, el laudo se acerca más a la decisión adoptada en *Mondev* donde el Tribunal concluyó que los actos anteriores a la entrada en vigencia podían ser analizados y considerados a efectos de determinar si los actos del Estado posteriores a la entrada en vigencia del TBI eran contrarios a las obligaciones impuestas por ese tratado.

Más recientemente, la cuestión de la serie de actos fue tratada por el Tribunal en el caso CIADI *Impregilo c. Paquistán*.⁽⁶⁹⁾ En ese caso, el reclamante sostenía que sus reclamos surgían de un patrón de conducta sistemático y continuo y que, por lo tanto, constituía un incumplimiento del TBI entre Italia y Paquistán no obstante que algunos de los actos alegados habían ocurrido antes de la fecha de vigencia del tratado. El Estado demandado, por su parte, argüía que el reclamo se refería a hechos que tuvieron lugar antes de la fecha de vigencia y que como sólo los efectos de tales hechos eran posteriores a la fecha de vigencia, quedaban excluidos del ámbito del TBI. Haciendo referencia a los Artículos de Responsabilidad de los Estados (arriba citados), el Tribunal observó que los «actos en cuestión no tenían un ‘carácter continuo’ según se define ese concepto en el artículo 14; ocurrieron en un determinado momento y su juricidad debe determinarse a ese momento, y no por referencia a un tratado que habría de entrar en vigencia en una fecha posterior.»⁽⁷⁰⁾ El Tribunal se refirió al caso ante sí como análogo a los casos de expropiación, «en los cuales los efectos pueden ser prolongados, aunque el acto en sí ocurrió en un punto específico en el tiempo, y debe ser evaluada en base al derecho aplicable a la sazón».⁽⁷¹⁾

⁽⁶⁹⁾ *Impregilo*, *supra* nota 1.

⁽⁷⁰⁾ *Idem*, p. 312 (traducción no oficial).

⁽⁷¹⁾ *Idem*, p. 313 (traducción no oficial).

En definitiva, el Tribunal *Impregilo* ratificó la centralidad de la dimensión de los actos del Estado: «Las disposiciones del TBI no vinculan a Paquistán respecto de acto alguno que haya ocurrido, o situación alguna que haya cesado de existir, antes del 22 de junio de 2001 (fecha de vigencia del TBI) y la jurisdicción del Tribunal *ratione temporis* consecuentemente se ve limitada.»⁽⁷²⁾ Sin embargo, el Tribunal concluyó que «para realizar determinaciones finales respecto de cuáles (si alguno) de los reclamos de *Impregilo* bajo el Tratado quedan por consiguiente excluidos» debía aguardar la fase de fondo del procedimiento arbitral.⁽⁷³⁾

La complejidad que reviste la aplicabilidad de un tratado, en aquellos casos en los cuales se presentan una serie de actos del tipo ilustrado en *Tecmed*, *Mondev*, *Impregilo* y otros, se encuentra entre las cuestiones más arduas que un Tribunal puede enfrentar desde el punto de vista de la determinación *ratione temporis*. El tratado de inversiones es un instrumento legal relativamente reciente, que ha proliferado en forma notable; existen actualmente más de dos mil tratados bilaterales a nivel mundial,⁽⁷⁴⁾ así como numerosos tratados multilaterales de inversiones y tratados de libre comercio que incluyen protecciones a las inversiones. La gran mayoría de los TBI fueron negociados y concluidos en la década del 90, nuevos TBI y tratados de libre comercio continúan negociándose. Por este motivo, es probable que, por algún tiempo, los tribunales arbitrales deban seguir enfrentando la tarea de analizar actos que forman parte de una serie de actos, algunos de los cuales son anteriores a la fecha de entrada en vigencia del tratado y otros posteriores a ella, con la finalidad de decidir respecto de la aplicabilidad *ratione temporis* a la controversia en cuestión.

⁽⁷²⁾ *Idem*, p. 314 (traducción no oficial).

⁽⁷³⁾ *Idem*, p. 315 (traducción no oficial).

⁽⁷⁴⁾ Véase, <http://www.unctad.org/Templates/Startpage.asp?intItemID=2310&lang=1&mode=more> (visitado 24 de marzo de 2006).

IV. SÍNTESIS Y CONCLUSIONES

Los tratados de promoción y protección de inversiones (TBI) presentan distintas dimensiones temporales que resulta imperativo diferenciar, a efectos de una evaluación adecuada de cuestiones de la aplicación «retroactiva» y del alcance *ratione temporis* de un determinado tratado. En este artículo hemos identificado cinco dimensiones temporales, relacionadas ellas con el momento en el cual se han producido los siguientes eventos: los actos del Estado que se alegan han configurado un incumplimiento del TBI, la realización de la inversión pertinente, el inicio del diferendo o la controversia, la entrada en vigencia del acuerdo pertinente y la fecha de denuncia del acuerdo.

Se ha argumentado que sólo la primera de las citadas dimensiones — la de los actos o conducta del Estado — es relevante a efectos de determinar la «retroactividad» del tratado en el sentido formal de tal concepto. Asimismo, se ha sostenido que aunque no determinan la «retroactividad» propiamente dicha de los tratados, las otras dimensiones pueden, no obstante, afectar el análisis de la jurisdicción *ratione temporis*, toda vez que expanden o contraen, según el caso, el alcance de aplicación del tratado sobre ejes temporales no relacionados con la conducta del Estado que se alega ha afectado adversamente la inversión pertinente, y que rigen lo que pudiera llamarse la aplicación «intertemporal» o «retrospectiva» de los tratados.

Bajo este concepto, un TBI genuinamente retroactivo se aplicará no sólo respecto a inversiones realizadas antes de la fecha de vigencia, sino también respecto de actos del Estado que ocurrieron antes de esa fecha (vale decir, actos que tuvieron lugar en un momento en el cual el TBI no imponía ninguna obligación al Estado porque el TBI todavía no existía o no había entrado en vigencia). Por otro lado, un TBI, que es meramente retrospectivo pero no genuinamente «retroactivo», se aplicará a inversiones realizadas ya sea con anterioridad o posterioridad a la fecha de vigencia, pero sólo en la medida que los actos del Estado, que se alega constituyeron el agravio, hayan tenido lugar *después* de la fecha de vigencia. Esta distinción entre «retroactividad» e «intertemporalidad» o «retrospectividad» es

consistente con principios de derecho «intertemporal» y responsabilidad de los Estados bajo el derecho internacional; también lo es el principio de que la dimensión de los actos del Estado es la dimensión que determina la retroactividad o irretroactividad de un TBI.

Es importante tener presente la distinción entre las distintas dimensiones temporales en casos que involucran TBI's que contienen una cláusula referida a la fecha de inicio del diferendo o la controversia, de tal manera de no ofuscar o distorsionar un análisis apropiado de la dimensión de los actos del Estado. Asimismo, esa distinción es significativa en casos en los cuales la conducta del Estado abarca una serie de actos, algunos de los cuales son anteriores y otros posteriores a la fecha de vigencia del tratado pertinente.

* * *

La mayoría de los TBI contienen cláusulas referidas a una o más de las dimensiones temporales identificadas en el presente artículo. No obstante, difieren en su redacción y, a veces, las mismas están distribuidas en distintas secciones del tratado. Adicionalmente, la mayoría de los TBI no tratan expresamente todas las dimensiones temporales o no las tratan de forma clara e inequívoca. Una redacción cuidadosa de los TBI es especialmente importante en vista de (a) la amplia gama de cuestiones de aplicación temporal que, como se ha visto, pueden presentar este tipo de tratados; (b) el hecho de que, salvo que el lenguaje del tratado pertinente sea especialmente claro al respecto, las distintas dimensiones temporales pueden interpretarse de diversas maneras, y que el análisis de algunas de ellas puede confundir el análisis de otras, de tal manera a que pueda incidir significativamente en el resultado del caso; y (c) el hecho de que, debido a la existencia de diversas dimensiones que se prestan a ambigüedad o confusión, la presunción de irretroactividad establecida por el artículo 28 de la Convención de Viena no ha sido adecuada para regir, con la suficiente claridad de concepto, los aspectos *ratione temporis* en el contexto de los TBI.

Por los motivos expuestos, sería conveniente que en el futuro los negociadores de los TBI consideren la posibilidad de tratar frontalmente –quizás en un artículo independiente del tratado– la aplicación del tratado *ratione temporis*, asegurándose, en particular, de dejar claramente sentada su intención respecto de si el tratado se puede aplicar o no a actos del Estado realizados con anterioridad a la fecha de vigencia. Una disposición consolidada de esta naturaleza contribuiría, significativamente, a impedir complicaciones de interpretación en el futuro respecto del alcance *ratione temporis* de los TBI.

EL ARBITRAJE INTERNACIONAL CIADI Y LA PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES. NUEVAS TENDENCIAS Y ALCANCES DE LOS BITS

GUILLERMO SÁNCHEZ BRAVO (*)

*Je ne me suis ruiné que deux
fois, d'abord en gagnant un
procès puis en perdant un
autre*

VOLTAIRE

SUMARIO: 1. Alcances de la cláusula de sometimiento al arbitraje unilateral contenida en los BITS. 2. Cláusulas atributivas de competencia contenidas en los BITS y su aplicación ante la violación del tratado o del contrato de inversión. 3. Conclusión.

En una economía globalizada que se torna cada vez más competitiva, donde las inversiones extranjeras directas que realizan las sociedades transnacionales juegan un rol fundamental en el desarrollo de muchos países y en la construcción de un sistema integrado de comercio internacional, no es difícil constatar que el arbitraje se ha convertido en el mecanismo de solución de conflictos más utilizado en la protección de inversiones.

Este reconocimiento al arbitraje internacional es fruto de un largo proceso en el que, por un lado, los Estados, alejándose de las

(*) Master en *Droit International des Affaires* por la Universidad de Lyon III, Francia.

doctrinas Calvo y Drago,⁽¹⁾ han aceptado renunciar a una parte de su soberanía y, por el otro, los particulares han tomado consciencia que el arbitraje es una herramienta que, en la medida a que tiende a neutralizar los factores nacionales o locales por la internacionalización de sus reglas, se adapta mejor a una dinámica de comercio internacional.

Como lo señala Frutos-Pastor,⁽²⁾ la transformación de la soberanía absoluta del Estado en soberanía relativa es consecuencia de la continua participación del Estado en las relaciones económicas, situación que ha permitido distinguir una doble competencia: *jure imperii* y *jure gestionis*. En el primer caso, el Estado actúa dentro del marco de sus facultades soberanas y en el segundo tipo de competencia, el Estado acepta renunciar a su posición soberana para convertirse en un comerciante.⁽³⁾

Frente a ese Estado que actúa como operador económico internacional, los particulares han tomado consciencia de la posibilidad de demandar al Estado receptor de la inversión por los daños que podrían ser generados a las inversiones que realizan en el ámbito internacional.⁽⁴⁾

Es en ese contexto que en los últimos años el arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversio-

(1) La primera de estas doctrinas pugnaba por la eliminación de toda intervención extranjera (sobretudo vía la protección diplomática) respecto a sus recursos naturales y negaba todo privilegio sobre esta materia a los extranjeros en detrimento de los nacionales. La segunda de las doctrinas era una consecuencia de la primera, toda vez que propugnaba, para evitar todo recurso a la fuerza, una sumisión a los órganos jurisdiccionales de derecho local, los mismos que debían resolver toda diferencia entre el Estado y el operador económico extranjero. Sobre este tema, véase A.F. ABBOTT, «*Latin America and International Arbitration Conventions: The Quandary of Non-Ratification*», 17 *Harv.Int.L.J.*1976, p. 131.

(2) FRUTOS-PASTOR, C., *L'urgence de l'arbitrage commercial en Amérique Latine: l'efficacité de son droit*, L'Harmattan, 2003, p. 136.

(3) CREMADES, B., «El Estado y las empresas públicas en su condición de socios en el comercio internacional», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Vol. 11, 1985, p. 21.

(4) GAILLARD, E., «*L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements*», en: *Revue de l'Arbitrage* 2003 N° 3, pp. 853-875.

nes (en adelante, CIADI)⁽⁵⁾ se ha constituido en uno de los más importantes mecanismos para la solución de conflictos entre Estados e inversionistas extranjeros.

Como lo afirma Manciaux,⁽⁶⁾ una de las principales razones que explicarían el fulgurante desarrollo de los arbitrajes CIADI es la pertinente redacción de la Convención de Washington.⁽⁷⁾ En efecto, tanto la ausencia de definición al concepto de «inversión», que ha llevado al CIADI a disponer de una amplia competencia *ratione materiae*, así como la posibilidad que tienen las partes de expresar su consentimiento a la competencia de dicha institución a través de diferentes instrumentos, conjuntamente con el desarrollo de una red cada vez más amplia de Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones o BIT (siglas que corresponden a *Bilateral Investment Treaties*), ha permitido reconocer a la referida Convención de Washington y a los BIT como una diáda complementaria en la solución de controversias relativas a las inversiones internacionales.

En paralelo a dicha evolución, debemos destacar la importancia que ha venido siendo reconocida a la jurisprudencia arbitral internacional, formada por tendencias establecidas en distintas senten-

(5) Conforme al análisis de LALIVE, P., «Aspects procéduraux de l'arbitrage entre un Etat et un investisseur étranger dans la convention du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats», en *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées, colloque SFDI de Dijon, 1968*, CREDIMI, Paris, Pedone, 1969, p. 111 et s., pp. 124-125, «la véritable originalité du projet de convention réside dans la déconnexion quasi complète de la procédure d'arbitrage proposée d'avec les ordres juridiques internes, et ce à tous les stades de la procédure. L'acceptation de la compétence du CIRDI, par les Etats comme les investisseurs, emporte acceptation des règles de procédure fixées par la Convention sans qu'ils ne puissent y déroger».

(6) MANCIAUX, S., «Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats, trente années d'activité du CIRDI», *Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux de l'Université de Bourgogne*, p. 603.

(7) Convención sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, propuesta, a partir del 18 de marzo de 1965 para la firma de los Estados miembros del Banco Mundial. Fue ratificada por el Perú el 9 de agosto de 1993. A la fecha asciende a 142 el número de Estados contratantes de dicha convención. Ver site: <http://www.worldbank.org/icsid/constate/c-states-sp.htm>.

cias o decisiones recaídas en arbitrajes internacionales. En efecto, como se afirma en la decisión del 25 de setiembre de 1983 correspondiente al *affaire Amco Asia c/.Indonesia* (ARB/81/1), estas sentencias o decisiones arbitrales *«forment progressivement une jurisprudence dont il échet de tenir compte, car elle déduit les conséquences de la réalité économique et est conforme aux besoins du commerce international auxquels doivent répondre les règles spécifiques (elles-mêmes progressivement élaborées) de l'arbitrage international»*.⁽⁸⁾ De esta forma, los árbitros CIADI no dudan en citar en sus pronunciamientos diversas sentencias o decisiones rendidas en otros procesos arbitrales, principalmente ante el CIADI, como también ante otras instituciones, permitiendo, de esta forma, delinear un régimen jurídico de las inversiones internacionales que ha extendido las fronteras previamente delimitadas por los marcos jurídicos de derecho interno de los Estados exportadores y receptores de inversión.

Es a partir de estas constataciones que el presente artículo tiene por propósito presentar algunas tendencias de la «jurisprudencia arbitral internacional» respecto a los alcances de las cláusulas de sometimiento unilateral al arbitraje internacional contenidas en los BIT⁽⁹⁾ y el tratamiento dado a las cláusulas atributivas de competencia de dichos tratados internacionales.

(8) «... forman progresivamente una jurisprudencia que hay que tener en cuenta, en atención a que ella deduce consecuencias de la realidad económica y es conforme a las necesidades del comercio internacional a las que deben responder las reglas específicas (ellas mismas progresivamente elaboradas) del arbitraje internacional». En esta decisión fue la primera vez en la que se hizo referencia a un precedente arbitral, referencia hecha por el Estado demandado respecto de una decisión sobre la competencia del tribunal a cargo del caso *Holliday Inns c/.Marruecos* (ARB/72/1).

(9) Sobre los BIT suscritos por la República del Perú, véase CANTUARIAS, F., «Los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones y el Acceso al Arbitraje», en: *Revista de Economía y Derecho*, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, otoño 2004, pp.29-50.

1. ALCANCES DE LA CLÁUSULA DE SOMETIMIENTO AL ARBITRAJE UNILATERAL CONTENIDA EN LOS BITS

Como se ha señalado líneas arriba, uno de los aportes más importantes de la Convención de Washington es la posibilidad de recurrir al arbitraje a través de otros instrumentos distintos al compromiso arbitral o la cláusula compromisoria.⁽¹⁰⁾ Es evidente que la Convención de Washington no excluye el uso de estos instrumentos, pero su falta de precisión sobre esta materia ha permitido ampliar los supuestos o soportes en los que el consentimiento escrito al arbitraje puede manifestarse. De esta forma, al no exigirse que el consentimiento de las dos partes sea expresado en un solo acto jurídico, nos encontramos con supuestos en los que la competencia del CIADI deriva de un tratado internacional (de tipo bilateral, como los BIT, o multilateral) concluido entre Estados, los mismos que en forma anticipada expresan su aceptación a la competencia de dicha institución, en la hipótesis de que surja alguna controversia entre un inversionista nacional de un Estado y el otro Estado-parte, receptor de la inversión.

Cabe indicar que los acuerdos más recientes de protección de las inversiones tienen como elemento común el compromiso del Estado receptor de la inversión de aceptar someter al CIADI toda diferencia que opondría a un nacional del otro Estado contratante. Sin duda, los alcances de este compromiso dan al arbitraje internacional otra dimensión, distinguiéndolo del arbitraje convencional.

En efecto, estamos frente a lo que la doctrina ha venido calificando como «arbitraje unilateral»,⁽¹¹⁾ traducido en un acuerdo de

(10) Disponiendo en su artículo 25(1) que «la competencia del Centro se extiende a las diferencias (...) que las partes han aceptado *por escrito* someter al Centro» (las cursivas son nuestras), la Convención de Washington incurre en una imprecisión al no señalar ni la(s) forma(s) que debe revestir ese documento escrito, ni los efectos que se derivarían de esta exigencia.

(11) Sobre este tema, véase PRUJINER, A., «*L'arbitrage Unilatéral: un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel?*», en *Revue de l'Arbitrage*, 2005, p. 63, HAMIDA, W. Ben, *L'arbitrage transnational unilatéral, Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique, thèse Paris II*, 2003; STERN, B., «*Un coup d'arrêt à la marginalisation du consentement spécifique*», en: *Revue de l'Arbitrage*, 2002, p. 403.

arbitraje suscrito en forma anticipada, fuera de toda relación jurídica preexistente entre las partes de la litis y basada en el «comportamiento» de una de ellas -la parte estatal-, en base al compromiso (BIT) adoptado por esta última con otro interlocutor, el otro Estado-parte de dicho acuerdo.

Al respecto, cabría preguntarse si estamos ante el compromiso de un Estado de insertar una cláusula de arbitraje CIADI en todo contrato que llegue a firmar con un nacional del otro Estado contratante o si, al contrario, se trata de un compromiso directo del Estado de someterse al arbitraje CIADI en todo litigio que lo opondría a un nacional del otro Estado contratante, creando una suerte de arbitraje sin acuerdo específico, independiente de todo vínculo contractual⁽¹²⁾ entre las partes de dicha litis.

Como lo demuestra la sentencia arbitral del 27 de junio de 1990, recaída en el caso *Asian Agricultural Products (AAPL) contra la República de Sri Lanka*,⁽¹³⁾ es la segunda hipótesis la que ha sido reiteradas veces aceptada en diversos procesos arbitrales. En este caso, el Tribunal Arbitral admitió la demanda que interpuso una sociedad de Hong Kong contra la República de Sri Lanka por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de unos levantamientos armados de las fuerzas de seguridad de dicho Estado, pese a que no existía entre el inversionista y ese Estado ningún vínculo contractual ni compromiso de arbitraje firmado entre ambas partes. El fundamento utilizado por el inversionista fue el artículo 8 del acuerdo bilateral de protección de inversiones (BIT) que había sido firmado entre el Reino Unido y el gobierno de Sri Lanka y cuyos efectos habían sido extendidos a Hong Kong, colonia británica hasta mediados de 1997. Fue este el primer caso en el que la competencia de un tribunal arbitral CIADI se sustentó, no sobre un acuerdo directo (contrato o cláusula compromisoria) que vinculaba a las partes del litigio,

(12) Sobre este tema, véase PAULSSON, J., «*Arbitration Without Privity*», *10 ICSID Review* 232 (1995).

(13) Extractos de la sentencia arbitral en francés en la crónica de GAILLARD, E., sobre las actividades del CIADI, en *Journal de Droit International (JDI)*, 1992, p. 215.

sino únicamente sobre una cláusula de un acuerdo bilateral suscrito entre los dos Estados, antes que surgiera la controversia.

Es evidente que esta decisión ha ampliado en forma considerable el ámbito de intervención del arbitraje CIADI, llevándonos a una situación inusual dentro del marco de un arbitraje tradicional, convencional, donde la iniciativa o derecho de acción la tienen las dos partes que han aceptado, en un mismo acto, su sometimiento a dicha forma de solución de controversias. En este caso, el inicio del proceso arbitral recae sólo sobre una de las partes (el inversionista) dado que el Estado receptor de la inversión es el único que ha aceptado someterse al arbitraje CIADI, respecto a cualquier inversionista nacional de la otra parte estatal del BIT. Estamos frente a una clara contradicción entre lo que establecen gran parte de los BIT vigentes, en la medida que en ellos se establece una asimetría en el derecho reconocido al inversionista nacional, en oposición al Estado receptor de la inversión, de recurrir al arbitraje CIADI⁽¹⁴⁾ y lo que se señala en el literal i) del artículo 36 de la Convención de Washington.⁽¹⁵⁾ En la hipótesis—casi improbable—que un Estado intente recurrir al CIADI para impulsar un proceso arbitral contra un inversionista extranjero, es evidente que este último invocará, en su defensa, su falta de consentimiento escrito a la cláusula arbitral contenida en el BIT.

Por otro lado, la competencia del CIADI puede ser también reconocida cuando el consentimiento del Estado receptor de la inversión es incorporado en leyes nacionales que regulan las inversiones extranjeras. Ese fue el supuesto que se presentó en el caso *Southern*

(14) En los BIT suscritos y vigentes a agosto 2005 entre el Perú y la Repúblicas de El Salvador, Argentina, Paraguay, Venezuela, Dinamarca, España, Italia, Portugal, República Checa y Rumania, se ha admitido, respecto al mecanismo de solución de controversias, que agotado el plazo (por lo general de 3 o 6 meses) destinado a encontrar una solución amistosa, sólo sea el inversionista quien tenga la opción de impulsar acciones en la vía judicial o arbitral (arbitraje ad-hoc o CIADI). Ver site: www.rree.gob.pe que permite el acceso al link donde se encuentran publicados los BIT suscritos por el Estado peruano.

(15) Artículo 36, 1: «Cualquier Estado Contratante o nacional de un Estado Contratante que quiera incoar un procedimiento de arbitraje, dirigirá, a tal efecto, una solicitud escrita al Secretario General quien enviará copia de la misma a la otra parte».

Pacific Prosperities Ltd. contra la República Arabe de Egipto.⁽¹⁶⁾ En este proceso, pese a que el contrato de inversión no contenía una cláusula de arbitraje CIADI, el tribunal arbitral de dicha institución se declaró competente en atención a que la ley egipcia sobre las inversiones extranjeras y las zonas de libre intercambio ofrecía a los inversionistas la posibilidad de recurrir al arbitraje CIADI ante cualquier diferencia relativa a sus inversiones.⁽¹⁷⁾

En estos casos, el acuerdo de voluntades requerido conforme a lo dispuesto en el artículo 25º de la Convención de Washington para someter la litis al CIADI, no se configuraría como un acuerdo explícito, manifestado en un solo acto por parte de las partes involucradas en el litigio, sino, como lo afirma Burdeau, por la decisión del inversionista de beneficiarse de una oferta general, permanente y no individualizada del Estado receptor de la inversión para someterse al arbitraje CIADI.⁽¹⁸⁾

Si afirmamos que es a través del BIT que el Estado receptor de la inversión ha manifestado por adelantado su consentimiento al arbitraje, como Loncle,⁽¹⁹⁾ cabría preguntarse qué ocurre si el

(16) Caso Nº ARB/84/3, también conocido como el «*affaire de las Pirámides*». Cabe indicar que antes de recurrir al CIADI, el inversionista presentó una demanda de indemnización ante la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, cuya decisión fue anulada por la Corte de Apelaciones de París. Dicha instancia judicial consideró que el tribunal arbitral no era competente en atención a que el inversionista no podía oponer al Estado egipcio una cláusula compromisoria que estaba contenida en un contrato (BIT) del cual no era parte.

(17) Artículo 8 de la Ley Nº 43 de 1974 estipulaba: «Los litigios relativos a la inversión en vista de la realización de las disposiciones de la presente Ley serán resueltos de la manera que será convenida con el inversionista, o dentro del marco de la Convención sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados a la cual se había adherido la República Arabe de Egipto, en virtud a la Ley Nº 90 de 1971». DELAUME, G., «*Le Centre international pour la règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)*», *Journal de Droit International Clunet*, 1982, p. 782.

(18) BURDEAU, G., «*Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les états*», en *Revue de l'Arbitrage*, Nº 1, 1995, p. 15.

(19) LONCLE, J. M., «*L'option de l'arbitrage des traités de protection des investissements: Treaty Claims vs. Contracts Claims*», en *Revue de Droit des Affaires Internationales*, Nº 1, 2005, p. 5.

cocontratante del inversor es una emanación del Estado (gobierno regional, gobierno local, empresa pública). Al respecto, resulta de mucho interés constatar que en dos sentencias rendidas dentro del marco del arbitraje CIADI se da cuenta de este tema, imputándose a un Estado federal la responsabilidad por los actos cometidos por una de sus desmembraciones. Se trata, por un lado, de la sentencia del 30 de agosto de 2000, recaída en el proceso arbitral que opuso a la compañía Metalclad Corporation contra los Estados Unidos de México⁽²⁰⁾ y de la sentencia expedida en el proceso arbitral que opuso a la compañía francesa Vivendi contra la República de Argentina,⁽²¹⁾ que fue parcialmente anulada mediante decisión del 3 de julio de 2002 por el Comité Ad-Hoc designado para dichos efectos. En esta última decisión se rechazó, en base a criterios establecidos en el derecho internacional,⁽²²⁾ la posición del Estado argentino en mérito a la cual pre-

(20) Proceso arbitral ARB (AF)/97/1. En este proceso arbitral el demandante sostuvo que los Estados Unidos Mexicanos, a través de sus gobiernos locales de San Luis de Potosí y de Guadalupe (comuna donde se había instalado Metalclad Corporation) habían trabado el desarrollo y la explotación de su centro de tratamiento de desechos tóxicos. Metalclad sustentó su demanda en el capítulo 11 relativo a las inversiones del ALENA. Ver site: www.worldbank.org/icsid/cases/cases.

(21) Proceso arbitral ARB/97/3. Este caso se origina en la diferencia que opuso a la República Argentina la Compagnie Générale des Eaux (que se transformó en Vivendi) y su filial argentina, la Compañía de Aguas del Aconguija, con relación al contrato de concesión de explotación del sistema de distribución y evacuación de agua, suscrito entre esas compañías y la provincia de Tucumán. Ver: *Journal de Droit International Chûnet*, 2003 p. 195.

(22) Como lo destacaron en la referida sentencia los árbitros a cargo de este caso, «En derecho internacional, y para los fines de la determinación de la competencia del presente Tribunal, ha sido establecido que las acciones de una subdivisión política de un Estado federal, como la Provincia de Tucumán en el Estado federal de la República de Argentina, son imputables al gobierno central (...) son atribuibles al Estado, conforme al derecho internacional, todos los comportamientos de todos aquellos que, en el orden interno del Estado involucrado, ejercen efectivamente las prerrogativas del poder público», ver texto original (versiones en inglés y español), publicado en site: www.worldbank.org/icsid/cases. Por otro lado, cabe señalar que conforme a lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados internacionales, un Estado no puede invocar el reparto de poderes y de responsabilidades derivados de su propio derecho para escapar de sus obligaciones.

tendía desconocer su responsabilidad por los actos cometidos por los representantes de la provincia de Tucumán.⁽²³⁾

Por otro lado, en el caso que el Estado demandado en el proceso arbitral descrito líneas arriba se negara a ejecutar la sentencia arbitral estaríamos frente a un incumplimiento no sólo del artículo 54 de la Convención de Washington,⁽²⁴⁾ que reconoce la calidad de cosa juzgada a la sentencia arbitral CIADI, sino también del referido tratado bilateral. En atención a ello, nada impediría al Estado del inversionista de iniciar un proceso arbitral interestatal que, por lo general, está previsto en los BIT, con el propósito que se declare que el Estado demandado ha incumplido sus obligaciones internacionales⁽²⁵⁾ y, como consecuencia de ello, obtener una reparación.

Es a partir de lo expuesto que debemos tener presente que este recurso unilateral al arbitraje CIADI por parte del inversionista, obliga a los árbitros a evaluar la litis, no solo respecto al cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de inversión, sino también con relación al cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado demandado en el BIT. En efecto, como se anali-

⁽²³⁾ Al respecto, cabe señalar que el artículo 25(1) de la Convención de Washington precisa que «la jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado».

⁽²⁴⁾ El artículo 54(1) de la Convención de Washington señala que «todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado (...)».

⁽²⁵⁾ En todos los BIT suscritos por el Estado peruano se ha previsto una cláusula que contiene el procedimiento destinado a regular las controversias que pudieran surgir entre los Estados parte del tratado. Dicho procedimiento se impulsa, en una primera etapa, a través de los canales diplomáticos y de un eventual proceso arbitral, que prevé incluso la intervención de la Corte Interamericana de Justicia para la designación del (de los) árbitro(s) para el Estado parte que no lo(s) haya designado. Sobre este tema véase CANTUARIAS, F., op. cit., nota 9, pp. 33-34.

zará más adelante en este artículo, podemos estar frente a un caso donde el árbitro sustente su intervención exclusivamente en la violación del tratado bilateral y, al mismo tiempo, que el juez estatal haya ejercido su competencia sobre la base del contrato que las dos partes habían suscrito respecto de la misma inversión.⁽²⁶⁾

2. CLÁUSULAS ATRIBUTIVAS DE COMPETENCIA CONTENIDAS EN LOS BITs Y SU APLICACIÓN ANTE LA VIOLACIÓN DEL TRATADO O DEL CONTRATO DE INVERSIÓN

Si bien en los BIT se reconoce al inversionista el derecho a elegir la forma de solución de conflictos que más le convenga (arbitraje internacional según las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Comercial Internacional –CNUDCI– o CIADI, un arbitraje nacional o una demanda ante la jurisdicción interna del Estado receptor de la inversión, etc.); éste debe prestar mucha atención al carácter definitivo de su elección. En efecto, son numerosos los tratados de inversión que establecen el principio de elección irrevocable (materializado en una cláusula de opción irrevocable o «*fork in the road*») del modo de solución de litigios.⁽²⁷⁾ En virtud a este principio, si el inversionista desea impulsar una demanda ante un tribunal arbitral, teniendo como fundamento un BIT, no debe haber ejercido

⁽²⁶⁾ Para GAILLARD, E., será el objeto de la demanda lo que será tomado en cuenta para determinar la jurisdicción competente: «si se trata de imputar la responsabilidad internacional del Estado en razón de violaciones al tratado que contiene la cláusula de arbitraje CIADI, es esta institución la que será competente. Si se trata solamente de retener la responsabilidad contractual de la otra parte –Estado o persona jurídica distinta– del contrato de inversión, la cláusula atributiva de competencia que contiene ese contrato es la que deberá ser respetada». *Revue de l'Arbitrage*, 2003, op. cit., nota 4, pp. 866-867.

⁽²⁷⁾ Cabe señalar que en los BIT vigentes, a agosto 2005, entre el Perú y las Repúblicas de Cuba, El Salvador, Argentina, Chile, Colombia, Ecuador, Venezuela y Rumania, se ha regulado expresamente una cláusula de opción irrevocable o «*fork in the road*». En efecto, es en la cláusula que regula la solución de controversias entre una parte y un inversionista de la otra parte que se precisa, como se observa en el BIT suscrito con la República de Argentina, que «una vez que un inversor haya sometido la controversia a las jurisdicciones de la parte contratante involucrada o al arbitraje internacional, la elección de uno u otro procedimiento será definitiva».

previamente o en forma paralela su derecho de acción ante los órganos jurisdiccionales del Estado receptor de la inversión. En otros casos, se suele presentar una limitación al derecho del inversor para elegir el modo de solución del conflicto, obligándolo a renunciar a los recursos locales que hubiera podido ejercer antes de recurrir al arbitraje internacional.⁽²⁸⁾

A fin de precisar los alcances de estas cláusulas atributivas de competencia, nos situaremos en un escenario en el que una sociedad responsable de un proyecto que forma parte de un contrato de inversión debe enfrentar una controversia y, a fin de salvaguardar sus intereses, decide ejercer su derecho de acción ante el órgano jurisdiccional del Estado receptor de la inversión. Al mismo tiempo, el inversionista extranjero, accionista que controla a la referida sociedad local, sustentándose en el BIT suscrito entre su Estado y el Estado receptor de la inversión, impulsa una demanda arbitral ante el CIADI. Frente a esta situación, cabría preguntarse sobre las consecuencias que se derivarán del proceso judicial ya iniciado, respecto de la competencia del tribunal arbitral a cargo de la demanda presentada por el inversor extranjero.

Una respuesta a esa interrogante la encontramos en la sentencia –citada líneas arriba– que fue rendida en el proceso seguido por la Compañía de Aguas del Aconguija y Vivendi contra la República de Argentina.⁽²⁹⁾ En efecto, en este caso el tribunal arbitral se declaró competente en aplicación del BIT, precisando además que el inversor en su calidad de cocontratante del Estado (o de una de sus desmembraciones, como era el caso de la Provincia de Tucumán) al

(28) En el arbitraje que impulsó Waste Management contra los Estados Unidos de México (proceso arbitral ARB(AF)/98/2), el tribunal a cargo del proceso, mediante decisión del 26 de junio de 2002, determinó que el inversionista había renunciado claramente a los recursos que él había impulsado ante los tribunales mexicanos, por lo que era admisible su demanda de arbitraje CIADI. Cabe tener presente que, en un primer pronunciamiento, no había sido admitida esta demanda en atención a que en ese momento el inversor no había satisfecho la condición que le había sido impuesta. Decisión disponible en site: www.icsid.org/cases/cases.htm.

(29) Ver nota 20.

recurrir a la jurisdicción local no renunció a su derecho de acción ante el CIADI, en atención a que las obligaciones asumidas por el Estado receptor de la inversión, que habían sido objeto de incumplimiento, correspondían al BIT en cuestión. Como fluye de dicho análisis, dado que la demanda presentada ante los tribunales locales, que tenía como sustento la violación del contrato «local» de inversión, difería del fundamento de la demanda de arbitraje basada en el BIT. En conclusión, conforme lo dispuso dicho tribunal arbitral, la demanda que fuera presentada ante la jurisdicción argentina no podría haber sido considerada expresión de una elección definitiva del modo de solución de conflictos, más aún que, en forma adicional, los dos litigios no oponían a las mismas partes.

Esta sentencia determinó un criterio de «competencia compartida»: si la violación invocada por el inversionista se funda sobre un BIT, es la cláusula de solución de conflictos prevista en ese tratado la que deberá ser aplicada; si se invoca una violación del contrato de inversión, será la cláusula contractual atributiva de competencia de ese acuerdo la que se aplicará a la controversia.

Cabe señalar que la posición asumida por el Comité Ad Hoc, a cargo de la decisión final recaída en este proceso, coincidió con las decisiones de los tribunales arbitrales que estuvieron a cargo de los *affaires*: *Salini c/. Marruecos*⁽³⁰⁾ y *SGS c/. Filipinas*.⁽³¹⁾ En estas decisiones se precisó que los tribunales arbitrales eran competentes para resolver toda violación de obligaciones derivadas de un BIT, así como las demandas de los inversores que estarían sustentadas en la violación de los contratos de inversión, en tanto que la violación contractual invocada constituya, al mismo tiempo, una violación al referido BIT.

Si avanzamos en nuestro análisis debemos preguntarnos en qué medida una violación contractual podría constituir, al mismo tiem-

(30) Proceso arbitral ARB/00/4, seguido por Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. contra el Reino de Marruecos. Ver site: www.worldbank.org/icsid/cases/cases/htm.

(31) Proceso arbitral ARB/02/6, seguido por SGS Société Générale de Surveillance S.A. contra la República de Filipinas. Ver site: www.worldbank.org/icsid/cases/cases/htm.

po, una violación a un BIT. A dichos efectos, debería precisarse si el BIT en cuestión contiene o no las denominadas «*umbrella clauses*» o cláusulas «de cobertura»,⁽³²⁾ a través de las cuales los Estados-parte de dicho tratado se comprometen a respetar todos los compromisos que asuma frente a cada uno con los inversores de la otra parte contratante. Es así como, habiendo asumido cada Estado una doble obligación, frente al otro Estado-parte del BIT y a favor del inversor, una violación contractual cometida por el Estado receptor de la inversión podría ser considerada como una violación al BIT.⁽³³⁾

Al respecto, resulta pertinente citar al Profesor Prosper Weil, que sobre este tema opinaba:

«il n'y a, en effet, pas de difficulté particulière [en ce qui concerne la mise en jeu de la responsabilité contractuelle de l'Etat] lorsqu'il existe entre l'Etat contractant et l'Etat national du cocontractant un traité «de couverture» qui fait de l'obligation d'exécuter le contrat une obligation internationale à la charge de l'Etat contractant envers l'Etat national du cocontractant. L'intervention du traité de couverture transforme les obligations contractuelles en obligations internationales et assure ainsi, comme on l'a dit, «l'intangibilité du contrat sous peine de violer le traité»; toute inexécution du contrat, serait-elle même régulière au regard du droit interne de l'Etat contractant, engage dès

(32) La doctrina denomina también a estas «*umbrella clauses*» o cláusulas «de cobertura», así como «cláusulas espejo», en atención a que reflejan los compromisos privados en el plano del derecho internacional. Ver, sobre este tema, GAILLARD, E., op.cit., nota 5.

(33) En los BIT que han sido suscritos por la República del Perú no se ha optado por un modelo único de «*umbrella clause*». Sin embargo, tratándose de los BIT que han sido suscritos con las Repúblicas de Argentina, Bolivia, Ecuador y Venezuela se ha utilizado un contenido similar sobre la cobertura de la protección de estos tratados, precisándose que: «las inversiones realizadas por inversionistas de una de las partes contratantes en el territorio de la otra parte, de conformidad con sus leyes y reglamentaciones de esta última, gozarán de la plena protección y seguridad jurídica de este convenio».

lors la responsabilité internationale de ce dernier envers l'Etat national du cocontractant». (34)

Demás está decir que el debate que se ha generado en torno a estas cláusulas de cobertura aún no ha sido agotado. En efecto, como lo demuestra la decisión recaída en el arbitraje que opuso a SGS c/.Pakistan,⁽³⁵⁾ que desestimó, por falta de pruebas, la posición del inversor respecto a la aplicación de un BIT del que no era parte, reconoce a su vez que las partes de un tratado de inversión pueden adoptar disposiciones que les permitan «*considerar que todas las violaciones de contratos concluidos entre el Estado y los inversores del otro Estado sean también convertidos en violaciones del BIT*». Por su parte, Wälde⁽³⁶⁾ advierte sobre el riesgo de desnaturalizar las «*umbrella clauses*», precisando que si la intervención del Estado involucra una normal disputa contractual y si el conflicto no está basado en el abuso de poder o la denegación de justicia, el BIT y la «*umbrella clause*» no juegan ningún rol.

Siguiendo el hilo conductor de este estudio y delimitado el ámbito de aplicación de estas cláusulas de cobertura, así como su

(34) «No hay en efecto una dificultad particular [en lo que concierne a la intervención de la responsabilidad contractual del Estado] a partir del momento en el que existe entre el Estado contratante y el Estado nacional del cocontratante un tratado «de cobertura» que hace de la obligación de ejecutar el contrato una obligación internacional a cargo del Estado contratante hacia el Estado nacional del cocontratante. La intervención del tratado de cobertura transforma las obligaciones contractuales en obligaciones internacionales y asegura de esta forma, como se ha dicho, «la intangibilidad del contrato bajo pena de violar el tratado»; toda inexecución del contrato, aun cuando ésta sea regular a criterio del derecho interno del Estado contratante, compromete la responsabilidad internacional de este último frente al Estado nacional del cocontratante», PROSPER, Weil, «*Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier*», en *RCADI*, T. 128, 1969, p. 130.

(35) Litigio que fue iniciado por la sociedad suiza SGS Société Générale de Surveillance SA contra la República Islámica de Pakistán, en base al BIT que fuera suscrito entre este último Estado y la Confederación Suiza el 11 de julio de 1995.

(36) WÄLDE, T., «*The 'umbrella' clause in investment arbitration. A comment on original intentions and recent cases*», en *The Journal of World Investment & Trade*, Volumen 6, abril 2005, N° 2.

impacto sobre la atribución de competencia derivada de la violación del contrato o del BIT, cabe preguntarse en qué medida es posible articular las competencias del juez del contrato y del árbitro del tratado, a fin de evitar decisiones contradictorias que podrían ser expedidas por ambos juzgadores. En efecto, podemos estar frente a un caso en el que el juez del contrato, respecto a una demanda interpuesta por el Estado receptor de la inversión, declare que el inversor ha incumplido a su compromiso frente al Estado que, por su parte, ha ejecutado escrupulosamente sus obligaciones. Contrariamente a este pronunciamiento, con relación al mismo caso, el árbitro del tratado podría declarar que el Estado receptor de la inversión incumplió sus obligaciones contractuales y ha abusado de sus prerrogativas al no haber reservado a la inversión un tratamiento conforme a los principios del derecho internacional.

Al respecto, teniendo presente que las demandas contractuales y las demandas basadas en la violación de tratados se desarrollan en planos diferentes,⁽³⁷⁾ debemos concluir que el impulso de una reclamación de carácter contractual ante el juez del contrato no es, en sí mismo, un desconocimiento de la exclusividad⁽³⁸⁾ del arbitraje CIADI respecto de las reclamaciones sustentadas en el tratado de inversión. Sin embargo, en la hipótesis de pronunciamientos contradictorios, primará la decisión del juez del contrato o la que ha sido expedida por el juez del tratado. Siguiendo el criterio que ha sido establecido por la doctrina del arbitraje internacional, deberá primar lo que ha sido decidido en el ámbito internacional sobre lo que ha sido establecido en el orden local interno que corresponde al juez del contrato.

Cabe señalar que dicha posición ha sido reconocida por el tribunal arbitral que fue constituido para el caso AMCO c/. Indonesia,⁽³⁹⁾

(37) GAILLARD, E., en *Journal de Droit International Chunet*, 2003, p. 236.

(38) Al respecto, debe tenerse presente que el artículo 26 de la Convención de Washington establece las condiciones para reconocer el principio de exclusividad del arbitraje CIADI.

(39) Litigio que opuso al inversor AMCO Asia, su filial PT AMCO y la sociedad Pan American contra la República de Indonesia, a propósito de la construcción y gestión

al precisar que «*un tribunal internacional no está obligado de seguir la decisión de una jurisdicción nacional*». Este principio fue confirmado en la sentencia que fue expedida el 1 de noviembre de 1999 en el proceso *Azinian c/. Mexico*,⁽⁴⁰⁾ al señalar que «... *an international tribunal called upon to rule on a Government's compliance with an international treaty is not paralysed by the fact the national courts have approved the relevant conduct of public affairs*».⁽⁴¹⁾ Es evidente que, conforme fluye de estos pronunciamientos, en ningún caso el Estado receptor de una inversión podrá valerse de una decisión expedida en su orden jurídico interno para no respetar aquella que ha sido expedida en el orden internacional, por lo que, en un escenario en el que se presenten decisiones contradictorias, será la decisión sustentada en el tratado de inversión la que prime sobre la decisión rendida en base al contrato.

3. CONCLUSIÓN

Siendo el arbitraje internacional una de las piedras angulares del comercio transnacional, su dinámica responde a reglas y tendencias que se extienden más allá de los límites establecidos por las legislaciones nacionales que pretenden reglamentarlo.

Esta realidad, que en apariencia se muestra desmesurada e inabarcable, ha encontrado, respecto a los litigios relacionados a las inversiones extranjeras, en el CIADI a una institución de solución de controversias que en sus más de treinta años de actividad ha permitido la producción de una jurisprudencia original y coherente que viene llenando el vacío creado por la ausencia de reglas generales de un derecho internacional de las inversiones. Son estas tendencias jurisprudenciales las que vienen enriqueciendo a la *lex mercatoria* de reglas propias a las inversiones internacionales.

del hotel Plaza Kartika de Yakarta. La sentencia del 20 de noviembre de 1984 será anulada por un Comité Ad-Hoc designado para tales efectos, que expidió una nueva sentencia el 5 de junio de 1990.

(40) Proceso arbitral ARB (AF)/97/2, seguido por Robert Azinian contra los Estados Unidos Mexicanos. Ver site: www.worldbank.org/icsid/cases/cases/htm.

(41) Nota de GAILLARD, E., en *Journal de Droit International Chunet*, 2000, p. 150.

Es en ese escenario que encontramos relaciones de inversión en las que intervienen actores que pertenecen a esferas diferentes; vemos, por un lado, al inversionista, sujeto de derecho interno, cuyos actos se encuentran enmarcados dentro del derecho privado y, por el otro lado, al Estado receptor de la inversión, sujeto de derecho internacional y cuya actuación está determinada por las reglas del derecho público. Es frente a una controversia que enfrenta a estos actores tan disímiles que los árbitros CIADI han venido estableciendo reglas o criterios de interpretación, a fin de reestablecer un equilibrio entre los derechos y obligaciones asumidos –directa o indirectamente– por cada parte y, de esta forma, alcanzar un ideal de justicia que es fundamental para que el desarrollo e impulso de las inversiones beneficie a todos: inversionistas y Estados receptores de las inversiones. La extensión y desarrollo que viene siendo reconocido al ámbito de aplicación de los BIT y a la configuración de un arbitraje unilateral son una consecuencia de esta tendencia.

En tiempos como los que nos ha tocado vivir, donde la mayoría de los países en vías de desarrollo buscan, con su inserción en el mercado mundial, la puerta de entrada al paraíso que, *a priori*, parecería perdido, es fundamental que los operadores del derecho profundicen en el estudio de instituciones que nutren las relaciones económicas internacionales y que, como el arbitraje internacional que se promueve ante el CIADI, constituyen el marco de protección por excelencia de las inversiones internacionales.

TRATAMIENTO DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN LA VIGENTE LEGISLACIÓN ESPAÑOLA DE ARBITRAJE

MARTA GONZALO QUIROGA (*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Armonización y arbitraje internacional. III. ¿Monismo arbitral en la Ley N° 60/2003 (LA)? IV. Reconocimiento primigenio del arbitraje internacional. V. El convenio arbitral internacional. VI. Diferencia en la cualificación profesional de los árbitros entre el arbitraje interno y el internacional. VII. Plazo para dictar el laudo. VIII. Exequatur de los laudos arbitrales extranjeros. Tribunales competentes. IX. Planteamiento actual de una cuestión de inconstitucionalidad al artículo 5, apartado a) LA: A propósito de su repercusión en la práctica internacional. X. Conclusiones y perspectivas de futuro.

I. INTRODUCCIÓN

De un tiempo a esta parte se ha producido en España un cambio legislativo sustancial en materia de arbitraje. Transformación especialmente relevante en lo que respecta al tratamiento del arbitraje internacional. En efecto, hace tan sólo unos años se evidenciaba la necesidad de aportar soluciones específicas a la práctica del arbitraje internacional en nuestro país. La sospecha de que la *lege data* no marchaba en absoluto pareja a nuestra situación de *lege ferenda* se había hecho más que manifiesta. Si bien, por un lado, existía un considerable impulso por parte de los empresarios españoles que incluían cláusulas compromisorias en sus contratos internacionales, había una

(*) Profesora Titular de Derecho Internacional Privado en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, España.

aceptación generalizada del arbitraje por prácticos y juristas, y se observaba una buena marcha en la actuación de la jurisprudencia en lo que respecta a la homologación de los laudos arbitrales internacionales; por el otro lado, nuestro ordenamiento adolecía de graves problemas de base. España no disponía de un sistema adecuado de arbitraje internacional y apenas era sede de arbitrajes internacionales.⁽¹⁾

La disfunción entre la práctica del arbitraje y su formulación legislativa provocaba que a pesar de que en los últimos años del siglo XX y principios del XXI el arbitraje internacional hubiera recibido un impulso importante por parte de una decidida línea jurisprudencial liderada por el Tribunal Constitucional, ello no era suficiente para hacer realidad el deseo de colocar a España entre los modernos sistemas de arbitraje contemporáneos. De hecho, era la práctica la que se tenía que encargar de suavizar y adaptar la legislación existente a la internacionalidad de la situación. En este contexto, a pesar del indudable avance que supuso la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), en el sentido de reforzar el arbitraje en nuestro país, aún no se había conseguido que el legislador interno lograra adaptar la legislación española a la internacionalidad que reclamaba la institución arbitral.

La adaptación llegó con la aprobación, el 26 de diciembre de 2003, y posterior entrada en vigor, el pasado 26 de marzo de 2004, de la Ley 60/2003, Ley de Arbitraje (LA), publicada en el *Boletín Oficial del Estado español*, BOE, N^o 309, de 26 de diciembre de 2003. Legislación que ha puesto de manifiesto cómo en relativamente poco tiempo se ha pasado de una fuerte prevención hacia la justicia arbitral, o incluso, de su rechazo frontal como método alternativo de solución de controversias al reconocer al arbitraje como el instrumento de justicia más adecuado para solucionar conflictos y con ello prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los Tribunales estatales.⁽²⁾

(1) Situación puesta de manifiesto por GONZALO QUIROGA, M., *Orden Público y Arbitraje Internacional en el marco de la globalización comercial*, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 43-45.

(2) Es esta una de las razones por las cuales el prestigioso jurista y árbitro internacional CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, señala que el arbitraje hoy en día es inevitable,

Según datos recientes, el arbitraje es el sistema de resolución de conflictos alternativo a la justicia estatal más usado por las empresas españolas, incrementándose su participación cada año. Si a este aumento en la práctica arbitral española le unimos la política proarbitral abanderada por la actual Ley española de Arbitraje 60/2003; el proyecto gubernamental de realizar una campaña institucional para concientizar a las empresas de las ventajas de la justicia arbitral; la puesta en marcha de un «*Observatorio de arbitraje*» donde pueden participar también empresarios; la creación, en junio de 2005, del «*Club español de arbitraje*» con el fin de promocionar a España como sede internacional en esta materia; y el dato de que Madrid, en el año 2006, albergará la sede del Congreso Iberoamericano de Arbitraje, no es exagerado afirmar que en España el sector del arbitraje, especialmente en su esfera internacional, está viviendo un momento de auge sin precedentes.⁽³⁾

Ello prueba que la correspondencia legislativa ha sido fundamental en la referida evolución arbitral. Hasta el momento de la Ley 60/2003, en España, como es sabido, sólo habían existido dos legislaciones encargadas de regular la materia arbitral: la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado, de 22 de diciembre de 1953 (*LADP*) y la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje de 1988, derogada por la actual legislación. Las tres normativas coinciden únicamente en su aprobación, todas en el mes de diciembre, pero difieren esencialmente entre sí. De hecho, mientras que la Ley de 1953 había sido ampliamente criticada por la práctica y la doctrina internacional y foránea, hasta el punto de ser conocida como «*la Ley antiarbitraje*», la legislación de 1988, que hoy ha pasado a ser una ley de transición entre una y otra

vid., «Razones por las cuales el arbitraje es inevitable», *Revista Iberoamericana de Arbitraje*, 2004, publicación electrónica en, <http://www.servilex.com.pe/arbitraje>.

⁽³⁾ Realidad descrita en las conclusiones del trabajo presentado por GONZALO QUIROGA M., «Claves prácticas para abordar el arbitraje en la Ley española N° 60/2003, de Arbitraje», *Revista de Economía & Derecho*, publicación editada por la Sociedad de Economía y Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), año 3, N° 10, febrero, 2006, p. 45.

normativa, estaba considerada en líneas generales de manera muy positiva.⁽⁴⁾

No obstante, con el paso de los años y las nuevas circunstancias del mercado, la Ley 36/1988 pronto quedó desfasada, comenzando a evidenciar sus carencias en cuanto a ciertas lagunas e imperfecciones técnicas que se manifestaban, en particular, en su faceta internacional. Estos argumentos, unidos a las necesidades de mejora y seguimiento de la evolución del arbitraje y la conveniencia de acomodar el sistema español a la Ley Modelo de la UNCITRAL equiparándolo, a su vez, con el resto de sistemas arbitrales contemporáneos, sirvieron a los redactores de la actual legislación para justificar la necesidad de reforma y consiguiente promulgación de la vigente Ley española de Arbitraje 60/2003. Legislación que, de esta manera, debe su origen a la creciente evolución del arbitraje y a la necesidad de actualización jurídica de este medio de solución de conflictos.⁽⁵⁾

Es en el contexto normativo actual donde una de las novedades más relevantes la ha protagonizado el arbitraje internacional, objeto de ciertos cambios sustanciales en la actual legislación española de arbitraje. En el presente artículo se expondrán cuáles han sido dichos cambios y en qué han consistido las principales novedades internacionales en la Ley española de Arbitraje. En particular, se recogerán aquellos puntos que de cara a su aplicación práctica pudieran resultar más controvertidos con el propósito de facilitar solu-

(4) Sobre el particular, Cfr. GONZALO QUIROGA, M., «*La nuova legge spagnola sull'arbitrato*», *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2005, pp. 20-33.

(5) Al reconocimiento actual del arbitraje internacional en el sistema español ha contribuido, además, que hoy en día se encuentra afianzada la convicción generalizada de la conveniencia de promover decididamente la difusión del arbitraje mediante la instrumentación normativa del principio del *favor arbitri* o *favor arbitralis*. Principio que ha sido consagrado como uno de los esenciales, sino el más, en la vigente Ley española de Arbitraje, Cfr. VERDERA Y TUELLS, E., *La Ley N° 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje entre la tradición y la innovación*, Discurso leído el 6 de junio de 2005, en el acto de su recepción como académico de número por el Excmo. Sr. D. Evelio VERDERA Y TUELLS y Contestación del Excmo. Sr. D. Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ, publicado por la *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 2005, p. 23.

ciones al operador arbitral y jurídico en el empleo y tratamiento de la actual legislación arbitral. Todo ello, tal y como se desprende del enunciado del presente trabajo, se abordará con carácter de exclusividad desde un punto de vista internacional.

II. ARMONIZACIÓN Y ARBITRAJE INTERNACIONAL

Dos son los principales puntos de partida del arbitraje internacional en la Ley española de Arbitraje 60/2003. Como no podía ser de otra manera, el primero otorga una importancia esencial al arbitraje internacional. Se trata de cumplir así con uno de los objetivos esenciales de la LA, cual es el de hacer de España una atractiva sede de arbitrajes internacionales.⁽⁶⁾ El segundo, subraya que el régimen jurídico de la Ley española de Arbitraje se basa en la Ley Modelo sobre Arbitraje Internacional, elaborada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL), de 21 de junio de 1985. El legislador español ha tomado en consideración, además, los avances producidos en los trabajos sucesivos emprendidos por aquella Comisión, en especial en materia de requisitos del convenio arbitral y de adopción de medidas cautelares, así como otras leyes de arbitraje modernas y avanzadas, entre las que destacan algunas de las europeas y la mayoría de las latinoamericanas. En consecuencia, es una ley que se ha beneficiado en su redacción del cruce de todas las disciplinas jurídicas y del coloquio entre *civil law* y *common law*. Con ello, nuestro sistema arbitral ha entrado de lleno entre las legislaciones de arbitraje contemporáneas. Se guía por un propósito armonizador que ha conseguido equiparar la legislación española de arbitraje con aquellas más adelantadas en el ámbito comparado.⁽⁷⁾

(6) Con el fin de cumplir este objetivo ha sorprendido incluso que por vez primera en la propia Exposición de Motivos de la Ley española de Arbitraje se haga mención expresa, antes que nada y en primer lugar, al arbitraje internacional, *Cfr.* RAMOS MÉNDEZ, F., «El arbitraje internacional en la nueva ley española de arbitraje», *Anuario de Justicia Alternativa: Especial Ley Nº 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje*, Tribunal Arbitral de Barcelona y Editorial Bosch, Nº 5, 2004, p. 12.

(7) Un estudio actualizado de dichas leyes lo ofrece VERDERA Y TUÉLLS, *La Ley Nº 60/2003*, *op. cit.*, pp. 55-59.

De todo lo enunciado se deduce fácilmente que la vigente Ley española de Arbitraje es, ante todo, una ley que busca unidad de criterios y una mayor uniformidad basada en la armonización legislativa. De cara al exterior, la armonización tiende a equiparar la legislación arbitral de todos los países que han decidido adoptar el modelo ofrecido por la Ley Tipo, con especial incidencia en el área latinoamericana.⁽⁸⁾ De cara al interior, la LA 60/2003 ha logrado armonizar el régimen jurídico español del arbitraje con las novedades introducidas por la Ley de Enjuiciamiento Civil. El aspecto armonizador de la actual Ley española de Arbitraje es, pues, fundamental.

Impulsado por este propósito armonizador, destinado fundamentalmente a la proyección internacional de la vigente LA, el legislador español ha suprimido la protocolización notarial del laudo (artículo 37.8 LA). Exigencia que, como tal, es desconocida en la mayoría de las legislaciones arbitrales del ámbito comparado y en la totalidad de los Tratados internacionales sobre la materia. Sin embargo, es cierto que la LA no se ha librado del todo del llamado «*lastre protocolizador*». Se sigue refiriendo a él e incluso lo permite siempre que una de las partes lo solicite por considerarlo conveniente a sus intereses (artículo 37.8). Con ello, se deja la puerta abierta de par en par para que en España se siga llevando a cabo la práctica tradicional de la protocolización notarial del laudo arbitral. Es este uno de los aspectos en los que el legislador español podría haber aprovechado para desprenderse del citado lastre de una vez por todas.

En esta línea de trabajo, en que a la exposición normativa se le añaden algunas reflexiones o breves comentarios de su trascendencia real en la práctica o de aquellos aspectos susceptibles de mejora, los sucesivos apartados se detendrán más concretamente en evidenciar el tratamiento de los principales cambios y novedades interna-

(8) Poniendo de relieve la vocación española de incrementar y potenciar sus relaciones comerciales internacionales a través de la Ley española de Arbitraje con especial intensidad en el área latinoamericana, *vid.* GONZALO QUIROGA, M., «Proyección latinoamericana de la nueva Ley española de Arbitraje», *Libro Homenaje a E. Elías Laroza: Estudios de Derecho Societario*, Lima, 2005, pp. 297-326.

cionales de la vigente Ley española de Arbitraje argumentando, en su caso, reflexiones y propuestas prácticas a la misma.

III. ¿MONISMO ARBITRAL EN LA LEY N^o 60/2003 (LA)?

El carácter unificador del que hace gala la Ley española de Arbitraje se precisa en la instauración de un sistema único o monista para el arbitraje interno y el internacional. He aquí una importante novedad. Por vez primera se ha articulado en España una regulación unitaria para ambos tipos de arbitrajes. Se recoge así el sistema monista. Dinámica que, por otra parte, es la habitual entre todos los Estados que han adoptado la Ley Modelo de la Uncitral. No obstante, pese a su unificación en un sólo cuerpo de preceptos ambos tipos de arbitraje no deben ser confundidos. De todos es conocido que en la práctica el arbitraje internacional tiene un carácter específico guiado por una mayor flexibilidad. De ahí que, en general, aunque la mayoría de las disposiciones de la Ley sean comunes al arbitraje interno y al internacional (normas procedimentales incluidas, Título V, arts. 24 al 33), existen preceptos adaptados específicamente al arbitraje internacional y a las exigencias de flexibilidad que exige el comercio internacional. Estos son, siguiendo la sistemática de la propia LA 60/2003 y por orden de aparición:

- Artículo 1: Aplicación de la Ley a los arbitrajes internacionales cuyo lugar se halle en territorio español;
- Artículo 2.2: Sometimiento del Estado al arbitraje equiparando su capacidad para comprometer con la del resto de particulares;
- Artículo 3: Definición propia del arbitraje internacional;
- Artículo 8.6: Tribunales competentes para otorgar el exequátur del laudo arbitral;
- Artículo 9.6: Derecho aplicable al convenio arbitral;
- Artículo 15.1: Establecimiento de la condición de abogado en ejercicio para ser árbitro en los arbitrajes internos pero no en los internacionales;

- Artículo 34.2: Derecho aplicable al fondo;
- Artículo 37.2: Plazo para dictar el laudo;
- Artículo 39.5: Ampliación del plazo para corregir, aclarar y complementar el laudo en los arbitrajes internacionales; y
- Artículo 46: Extranjería del laudo y normas aplicables.

Preceptos que, en su mayoría, serán comentados en los apartados siguientes con el propósito, en primer lugar, de contrastar la existencia de un monismo que no es tan estricto como el que se enuncia en la propia Exposición de Motivos de la Ley 60/2003.

En efecto, siguiendo la estela monista de la Ley Modelo, la actual legislación pretende alejarnos de las discusiones teóricas acerca del enunciado (monista, dualista o dualista «incompleto») que, al menos en la doctrina española, suele acompañar a toda legislación de arbitraje. La propia ley aclara este punto desde el principio, describiéndose monista (artículo 1). Aún así, es cierto que en sentido estricto sigue existiendo un reducido grado de dualismo en la actual Ley española de Arbitraje a pesar de la denominación exclusivamente monista que esta hace de sí misma. Prueba de ello es, precisamente, el listado de artículos citados. Disposiciones que de modo particular, diferente y, por tanto, dualista respecto al resto del sistema, se aplican con carácter de exclusividad al arbitraje internacional. Por consiguiente, un cierto dualismo, entendido este en un sentido de mínimos como mero compositor dispositivo en los artículos exclusivamente adaptados al arbitraje internacional, se encuentra así referido en la actual legislación arbitral española.

Por otro lado, en palabras del ilustre profesor, árbitro internacional y consultor de Naciones Unidas, J.M^a Chillón Medina, la conclusión que sobre este particular podría establecerse es que, efectivamente, existe un conjunto de reglas, instituciones y preceptos en progresivo crecimiento y desarrollo, por la práctica de los tribunales, de las instituciones arbitrales y de los ordenamientos tanto nacionales como convencionales, procedimentales y de fondo que alimentan de forma expansiva la ubicación de un cuerpo de reglas propias del

arbitraje internacional. Reglas que son no solamente de tipo conflictual sino materiales y que contienen principios que se justifican precisamente por la diferente naturaleza del sistema de solución de conflictos querido y deseado por las partes y aceptado por los diversos ordenamientos en presencia. El resultado no es otro que el de la configuración de un sistema dualista en expansión y perfeccionamiento crecientes, con elementos comunes a ambas clases pero también con diferencias de contenido, de principios y, en suma, de concepción entre ambos sistemas jurídicos. Sistema dual que se considera, asimismo, beneficioso en la manera que admite una interactividad entre los dos ordenamientos en presencia, que redundada, en suma, en un perfeccionamiento de las técnicas y un afianzamiento de los principios esenciales del arbitraje como institución.⁽⁹⁾

Desde esta perspectiva, el dualismo dista de ser un concepto negativo que lleve a la confusión. Es meramente un concepto diferenciador y necesario para potenciar la fluidez de una práctica arbitral internacional generalmente más flexible y adaptada a las circunstancias del mercado que aquella interna. No hay que olvidar que la Ley Modelo de referencia de nuestra actual LA encuentra sus orígenes en una armonización internacional de las legislaciones de arbitraje. En consecuencia, sería más apropiado decir que en España es el arbitraje interno el que se ha visto contagiado de los criterios arbitrales internacionales, excepto en los propiamente procedimentales, y no a la inversa.

IV. RECONOCIMIENTO PRIMIGENIO DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL

La importancia práctica del ámbito de aplicación de una Ley de Arbitraje es trascendental. Sirve de base al cliente potencial del arbitraje, generalmente empresas internacionales, para tomar su de-

⁽⁹⁾ Cfr., CHILLÓN MEDINA, J. M^a., «Visión del arbitraje internacional: de la regulación unitaria a la consideración de un ordenamiento singular», artículo publicado en la obra colectiva editada por M. GONZALO QUIROGA, *Métodos Alternativos de Solución de conflictos: Perspectiva multidisciplinar*, Madrid, Dykinson, 2006, en prensa.

cisión sobre qué lugar eligen como sede del arbitraje que pretenden iniciar. En este sentido, el ámbito de aplicación espacial de la Ley española de Arbitraje es decididamente territorial. Se aplica a todos los arbitrajes que tengan lugar en el territorio español, sean estos de carácter interno o internacional (artículo 1 LA). No obstante, hay determinados preceptos, todos ellos contemplados en el artículo 1.2, que se refieren a ciertos casos de intervención judicial que deben aplicarse también a aquellos arbitrajes que se desarrollen o se hayan desarrollado en el extranjero.

Pero sin duda, el aspecto que más llama la atención en nuestra Ley de Arbitraje es la inclusión, de manera explícita y sin rodeos, del arbitraje internacional como singular y diferente del arbitraje común o del interno que se aplica a relaciones conectadas en todos sus elementos al derecho patrio. Esto constituye una novedad mayor, tanto más que nunca en el ordenamiento español se había abordado de manera tan explícita esta suerte de arbitraje, ni se habían dedicado preceptos aplicables a la nueva categoría extraída del fondo común del arbitraje en general. Interesa conocer, en consecuencia, el sentido, el carácter, la naturaleza y el alcance del arbitraje internacional entre nosotros, para dar cuenta de los lineamientos de un sistema que se percibe más como un *jus singulare*, que como un *jus specialis*, propiamente dicho.⁽¹⁰⁾

De este modo, como nota determinante, la vigente Ley española de Arbitraje ha reconocido, por vez primera en España, la existencia propiamente dicha del arbitraje internacional, tipo de arbitraje que había sido rechazado en la *LADP* por ser considerado contrario al orden público y cuyo reconocimiento se había evitado también en la anterior Ley 36/1988, hasta el punto de no hacer una mención expresa al mismo como arbitraje internacional, sino como arbitraje extranjero al que no se le aplicaba la normativa arbitral internacio-

(10) Para una mayor información sobre el particular, *vid.*, CHILLÓN MEDINA, J. M.^{a.}, «Visión del arbitraje internacional: de la regulación unitaria a la consideración de un ordenamiento singular», *cit.*, pp. 1-14.

nal al efecto sino, según dictaba el Título X de la LA 1988, «*Las normas de Derecho internacional privado*».

En la actualidad, el artículo 3.1 de la LA 60/2003 concreta las causas por las que será considerado internacional el arbitraje para el ordenamiento jurídico español, en conexión con el criterio orientador de la Ley Modelo. Así, para que un arbitraje sea internacional tendrían que darse alguna de estas tres circunstancias: a) Que en el momento de celebración del convenio arbitral las partes tengan su domicilio en Estados diferentes; b) Que el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a este, el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimana la controversia o el lugar con el que esta tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios; c) Que, la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a los intereses del comercio internacional.

Ahora bien, pueden surgir dudas acerca de la contradicción existente entre la definición de arbitraje internacional contenida en el artículo 3 y la dictada en el artículo 46.1 de la propia LA, donde se entiende por laudo extranjero aquel que es pronunciado fuera del territorio español. Según este precepto un laudo dictado en nuestro país nunca podría ser calificado de extranjero a pesar de ser claramente internacional respecto al artículo 3.1. Se niega con ello la posibilidad de dictar un laudo internacional en territorio nacional, vulnerando, por tanto, uno de los objetivos esenciales de la Ley española de Arbitraje, consistente en hacer de España sede de arbitrajes internacionales (EM. I).

La confusión, sin embargo, se revela artificial. Esta deriva, una vez más, de la tendencia a utilizar el criterio territorialista en una legislación arbitral y dejar de interpretarlo adecuadamente. En una moderna legislación arbitral, como la Ley española actual, no hay lugar a perderse en conceptos de extranjería y extraterritorialidad para definir la internacionalidad de un laudo, a no ser que ello sea referido al entendimiento del concepto de extranjería en su sentido más elemental. Es decir, defendiendo la extranjería del laudo en la

negación de nacional que el concepto general de extranjería implica en si mismo. Un laudo extranjero, considerado así internacional a efectos de su reconocimiento y ejecución en España, es aquel que «no» ha sido dictado en el territorio español, por la simple razón de que un laudo internacional dictado en España no precisaría aquí del exequátur.

Por estos motivos, las polémicas creadas en torno a la definición de internacionalidad entre los artículos 3 y 46 de la legislación arbitral española resultan un tanto estériles. Se aboga, así, por ignorar la contradicción que propicia la inclusión del referido apartado del artículo 46. 1, contraria no sólo a la realidad práctica sino a otro precepto de la propia ley, cual es el citado artículo 3. En definitiva, en lo que atañe a la definición exclusiva de arbitraje internacional se apuesta por entender como válida única y exclusivamente la definición de internacionalidad recogida en el artículo 3 LA. O, dicho de otro modo, el artículo 46 sólo sería válido para la finalidad con la que ha sido trazado, esto es, para los casos en los que se precisa el exequátur de un laudo dictado fuera de España, entendida así la internacionalidad del mismo a efectos de su reconocimiento y ejecución en España. En este supuesto, tal y como señala la propia Ley (artículo 46.2), el exequátur de laudos extranjeros se regirá por el Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras (CNY), sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios más favorables a su concesión.

V. EL CONVENIO ARBITRAL INTERNACIONAL

Una de las principales novedades introducidas por la Ley Nº 60/2003, de Arbitraje, es la extraordinaria flexibilidad de la que hace gala la forma del convenio arbitral (artículo 9, Título II). Por vez primera, se da cabida a los nuevos medios de comunicación y a las nuevas tecnologías. El convenio arbitral, podrá constar por escrito en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo o a través de soporte electrónico, ópti-

co o de otro tipo, siempre y cuando éste sea accesible para su ulterior consulta (artículo 9.3). De este modo, la nueva Ley ha dado un apoyo decisivo al arbitraje electrónico o arbitraje *on line*. Además, se valida el convenio arbitral por referencia que conste en un documento al que las partes se hayan remitido en cualquiera de las formas anteriores (artículo 9.4).

Al tratarse de un sistema monista, con las particularidades dispositivas anteriormente descritas respecto al arbitraje internacional, sería lógico pensar que la misma flexibilidad aplicada a los requisitos formales del convenio arbitral recogidos en el artículo 9 sirven tanto para el arbitraje interno como para el internacional. Pero para el arbitraje internacional, existe ya una norma que regula la forma del convenio arbitral; es el artículo II del CNY, normativa a la que remite el legislador español en el artículo 9.6 LA., disposición en virtud de la cual, cuando el arbitraje fuera internacional, el convenio arbitral será válido si se cumplen los requisitos incluidos en las normas jurídicas establecidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español.

Existen, así, hasta tres posibilidades genéricas para determinar la norma aplicable a la validez del convenio arbitral internacional. No obstante, si nos centramos en las dos normativas que *a priori* tienen más posibilidades de ser aplicadas, el artículo II CNY y el artículo 9 LA 60/2003, se plantea también la cuestión de qué precepto sería de aplicación en aquellos casos en los que las dos normativas fueran susceptibles de serlo. La respuesta nos la da el propio convenio neoyorkino en su artículo VII, según el cual prevalecerá la normativa más favorable para el reconocimiento y la ejecución. En consecuencia, ya que en este caso la disposición neoyorkina (artículo II) es más restrictiva que la española (artículo 9) en cuanto a la forma y efectos del convenio, se entiende que la validez del convenio arbitral internacional debería hacerse sobre la base del artículo 9 LA.

VI. DIFERENCIA EN LA CUALIFICACIÓN PROFESIONAL DE LOS ÁRBITROS ENTRE EL ARBITRAJE INTERNO Y EL INTERNACIONAL

Como aspecto fundamental la Ley española de Arbitraje potencia el arbitraje de derecho sobre el de equidad. Al contrario que ocurría en la Ley arbitral de 1988, que establecía como regla general el arbitraje de equidad (artículo 4.2 LA 1988), con la actual regulación este será una excepción. Hoy, la equidad sólo será admitida si las partes hubieran autorizado a los árbitros expresamente para decidir en equidad, bien de forma expresa o bien de forma indirecta, mediante la remisión a términos como «*decisión en conciencia*» o «*ex aequo et bono*». Se ha invertido, pues, en este sentido la regla anterior que hacía prevalecer al arbitraje de equidad si no se pactaba expresamente lo contrario. De modo que, al igual que ocurre en la mayoría de la legislación comparada y en la propia Ley Modelo (artículo 28.3), la Ley 60/2003 se posiciona claramente a favor del arbitraje de Derecho. La razón de este giro es consustancial con el propósito de equiparar al arbitraje con una verdadera y auténtica jurisdicción. Aunque, por otro lado, no faltan voces que argumentan que la prevalencia del arbitraje de derecho contradice la flexibilidad que pretendía inspirar la actual reforma, ya que el arbitraje de derecho es un sistema más rígido y estricto que el arbitraje de equidad, más simple, rápido y para muchos, más apropiado en la resolución de controversias de carácter comercial.⁽¹¹⁾

Ello da lugar a otra consideración práctica en cuanto a la capacidad en España para ser árbitros. A diferencia de la anterior legislación de 1988 podrán ahora ser árbitros los notarios, los jueces y los magistrados (artículo 13 LA). No obstante, en los arbitrajes internos que no se decidan en equidad se requiere la condición de abogado en ejercicio salvo acuerdo expreso en contrario (artículo 15.1). Es esta una de las disposiciones que más polémica ha ocasionado en la

⁽¹¹⁾ Cfr: CHILLÓN MEDINA y MERINO MERCHÁN, «Valoración crítica de la Nueva Ley de arbitraje», *Diario La Ley*, Año XXV, N^o 5945, 2 de febrero de 2004, p. 14, versión electrónica en <http://www.laley.net>

actual Ley de Arbitraje. Por un lado, es un precepto que ha bastado a parte de la doctrina para calificar a la Ley española de Arbitraje de «*entreguista*» y «*contraria al arbitraje*». ⁽¹²⁾ Por otro lado, no se acierta a vislumbrar el motivo por el cual se exige esta particular cualificación de los árbitros únicamente en los arbitrajes internos, ni esta distinción entre ambos tipos de arbitraje en este contexto.

Se trata de una disposición de corte corporativista al permitir que únicamente sean los abogados en ejercicio los que entren a decidir sobre los arbitrajes de Derecho, excluyendo a otros profesionales como los propios profesores de Derecho, magistrados, notarios, etc. ⁽¹³⁾ Choca, además, que este requisito no se extienda al arbitraje internacional de derecho donde podrá ser árbitro cualquier persona, aun sin cualificación jurídica. Además, si la misma Ley de Arbitraje pretende, como se ha dicho, implantar una regulación monista hubiera sido deseable reservar la distinción entre arbitraje interno e internacional a casos más necesarios. ⁽¹⁴⁾

VII. PLAZO PARA DICTAR EL LAUDO

El Título VI está dedicado al pronunciamiento del laudo y a la terminación de las actuaciones arbitrales. Se regulan dos nuevos tipos de laudos en la actual Ley española de Arbitraje: Los laudos por

⁽¹²⁾ Así lo ha hecho LORCA NAVARRETE, A.M^º., en *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje N^º 60/2003 de 23 de diciembre*, San Sebastián, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2004, dentro del Prólogo de su monografía, donde expresa textualmente: «La Ley N^º 60/2003, ha sido un acto legislativo de «entreguismo». Se ha «entregado» el arbitraje a unos profesionales (los abogados en ejercicio) que en la práctica han sido los máximos obstáculos para que finalmente no exista una cultura de arbitraje en España. Cuando un profesional no cree decididamente en el arbitraje «entregarle» la institución arbitral es asegurar su más atinado fracaso.»

⁽¹³⁾ *Cfr.* MULLERAT, *cit.*, p. 5.

⁽¹⁴⁾ Compartiendo en este punto la opinión de GÓMEZ JENE, M., *cfr.* «El arbitraje internacional en la Nueva Ley de Arbitraje», en *Diario La Ley*, Año XXV, N^º 5952, 11 de febrero de 2004, p. 2. En todo caso, esta argumentación ha sido ya señalada por la autora de estas páginas en su trabajo «Proyección latinoamericana de la nueva ley española de arbitraje», *cit.*, epígrafe 3.3.

consenso y los laudos parciales, tanto para los arbitrajes internos como para los internacionales. Los primeros, permiten que si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo que ponga fin total o parcialmente a la controversia, estas podrán constar ese acuerdo en forma de laudo, siempre que el árbitro no aprecie motivo para oponerse (artículo 36). El laudo o laudos parciales serán de gran utilidad para decidir diferentes cuestiones a lo largo de todo el proceso: la propia competencia de los árbitros, las medidas cautelares, el procedimiento, etc. (artículo 37.1). Además, el laudo parcial tiene el mismo valor que el laudo definitivo aunque la acción de anulación sólo cabe para los segundos (artículo 40).⁽¹⁵⁾

Sin embargo, los aspectos prácticos más novedosos se dan aquí en cuanto al plazo para dictar el laudo y respecto a la ejecución inmediata de los mismos aun en el caso de haberse interpuesto una acción de anulación (artículo 40). En España el plazo para emitir el laudo, en defecto de acuerdo de las partes, se computará dentro de los seis meses siguientes desde la presentación de la contestación de la demanda arbitral o desde la expiración del plazo para presentarla. Sin embargo, a diferencia de la Ley española anterior de 1988, donde el plazo debía ser de seis meses máximo, con la Ley 60/2003 el plazo podrá ser prorrogado por los árbitros, salvo acuerdo en contrario de las partes y mediante decisión motivada, por un plazo no superior a dos meses (artículo 37.2). Cómputo que hace un total de ocho meses de plazo máximo para dictar el laudo en España.

Una vez realizada esta precisión, se considera un tanto criticable el hecho de haber fijado el mismo plazo para dictar el laudo tanto en los arbitrajes internos como en los internacionales. La propia práctica indica que no existe un arbitraje internacional de cierta relevancia que no sobrepase el año o, incluso, el año y medio de duración. Por ello, de cara al futuro y con el propósito de procurar que España se establezca como sede de arbitrajes internacionales, se abo-

⁽¹⁵⁾ *Id. cit.*, en el epígrafe 3.6 del trabajo anterior. Estudio donde, a partir de un análisis general de la Ley española de Arbitraje, se ha seleccionado este apartado por su incidencia en cuanto al tratamiento internacional que aquí es el que nos interesa.

ga para que la restricción del plazo de ocho meses fijado en el artículo 37.2 *in fine* para dictar un laudo arbitral se circunscriba únicamente para los arbitrajes internos. De forma que se permita a las partes, en el ejercicio de la autonomía de su voluntad, que puedan establecer un plazo más alto para dictar el laudo en el caso que este fuera un arbitraje internacional. Ello siempre, dentro de unos límites razonables que no interfieran en la rapidez del arbitraje; al ser este uno de los incentivos básicos que llevan a preferir el arbitraje sobre los procedimientos judiciales.

La extensión de plazo defendida para los arbitrajes internacionales se correspondería, además, con la técnica seguida por el legislador español en otros preceptos de la actual legislación dedicados al arbitraje internacional, como es el caso del artículo 39.5 LA. Esta disposición expresa que los plazos de 10 y 20 días establecidos para corregir, aclarar o complementar el laudo en los arbitrajes internos se ampliarán, en los casos en que el arbitraje sea internacional, a uno y dos meses, respectivamente.

VIII. EXEQUÁTUR DE LOS LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS. TRIBUNALES COMPETENTES

Finalmente, el Título IX dedica el artículo 46 a regular el exequátur de los laudos arbitrales extranjeros realizando un reenvío expreso a los convenios internacionales en los que España es parte, en especial al Convenio de Nueva York de 1958. Esta normativa que se aplica con independencia de la naturaleza comercial de la controversia y de si el laudo ha sido dictado en un Estado parte del Convenio, ya que, como es sabido, España no formuló en su día reserva alguna al instrumento convencional neoyorkino. En particular, en cuestión de competencia para la ejecución de laudos arbitrales extranjeros, destaca el artículo 8.6 LA, que establece que: «Para el exequátur de laudos extranjeros será competente el órgano jurisdiccional al que el ordenamiento procesal civil atribuya la ejecución de sentencias dictadas por Tribunales extranjeros».

El aspecto de mayor importancia que aquí ha cambiado es el órgano competente para reconocer un laudo extranjero. Cambio

particularmente relevante dado que, hasta la fecha, el órgano competente era el Tribunal Supremo español, según el artículo 955. I LEC, en un procedimiento que en la práctica venía tardando demasiado (entre año y año y medio). Duración excesiva que restaba ventajas y eficacia a la elección del arbitraje y, por descontado, a la selección de España como sede de arbitrajes internacionales. Sin embargo, gracias a la reforma del artículo 955 de la LEC, modificado por el artículo 136 de la *Ley N^o 62/2003 de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social*,⁽¹⁶⁾ se estableció que a partir del pasado enero de 2004 la competencia para conocer de las solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras corresponderá a los Juzgados de Primera Instancia del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución, o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquellas. Subsidiariamente, la competencia territorial se determinará por el lugar de ejecución o donde aquellas sentencias y resoluciones deban producir sus efectos.

IX. PLANTEAMIENTO ACTUAL DE UNA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD AL ARTÍCULO 5, APARTADO A), LA: A PROPÓSITO DE SU REPERCUSIÓN EN LA PRÁCTICA INTERNACIONAL

Dentro de las disposiciones generales de la Ley española de Arbitraje N^o 60/2003 contenidas en el Título I, artículos del 1 al 8 inclusive, el artículo 5 LA regula las notificaciones, comunicaciones y cómputo de plazos en el procedimiento de arbitraje. Salvo acuerdo en contrario de las partes y con exclusión, en todo caso, de los actos de comunicación realizados dentro de un procedimiento judicial, en el apartado a) del referido artículo 5 se especifica que toda notificación o comunicación se considerará recibida el día en que haya sido entregada personalmente al destinatario o en el que se haya

⁽¹⁶⁾ Disposición coincidente también con la modificación producida en el *artículo 85.5 de la Ley Orgánica N^o 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, por el artículo único, punto número once de la *Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre*.

entregado en su domicilio, residencia habitual, establecimiento o dirección. La forma de realizar dicha notificación o comunicación es de lo más variada. Se admite que sea, bien por telex, fax u otro medio de telecomunicación electrónico, telemático o de otra clase semejante que permita el envío y la recepción de escritos y documentos que dejen constancia de su remisión y recepción y que hayan sido designados por el interesado (artículo 5., a LA).

También la misma Ley de Arbitraje nos indica qué ocurre en los supuestos en que no se descubra, tras una indagación razonable, ninguno de esos lugares (apartado final del artículo 5 a)). En estos casos, el requerimiento o la notificación o comunicación de cualquier otro tipo «*se considerará recibida*» el día en que haya sido entregada o intentada su entrega por correo certificado o cualquier otro medio que deje constancia, ya sea en el último domicilio o residencia habitual, dirección o establecimiento conocido del destinatario.

Precisamente, es este último aspecto el que actualmente presenta una problemática en cuanto a su repercusión práctica. El motivo es que dicho punto está siendo hoy cuestionado en España ante el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad respecto al plazo y modo de notificaciones, por el que el requerimiento, notificación o comunicación «*se considerará recibida*», establecido en el artículo 5. a) LA.⁽¹⁷⁾

En efecto, el pasado 20 de abril de 2005 la Sección Undécima de la Audiencia Provincial de Madrid promovió cuestión de inconstitucionalidad del artículo 5, apartado a) de la Ley 60/2003, de arbitraje, mediante Auto Nº 4 recaído en el recurso de apelación 660/2003; por entender que, salvo mejor criterio del Tribunal Constitucional, el apartado a) del citado artículo 5, «*comporta inseguridad jurídica, desigualdad de las partes, y vulneración del derecho de defensa,*

⁽¹⁷⁾ Problemática evidenciada en el artículo «Claves prácticas para abordar el arbitraje», *cit.*, epígrafe III. 2. Se ha considerado, no obstante, necesario traerlo a colación aquí por la importante repercusión que suscita la referida cuestión de inconstitucionalidad en la práctica del arbitraje internacional en España.

proscritos constitucionalmente, en virtud de los artículos 9 y 14, en relación con el artículo 24 de nuestra Carta Magna».

Sobre este particular, aunque por el momento se ha de esperar a la resolución del Tribunal Constitucional, se ha de tener en cuenta que si tomamos en consideración que el citado artículo 5 es en realidad una adaptación del artículo 3 de la Ley Modelo de la UNCITRAL, es difícil que el Tribunal Constitucional español declare anticonstitucional una norma que toma como referente a la Ley Modelo. Ello sería tanto como decir que la Ley Modelo es anticonstitucional. Además, si bien en la práctica del arbitraje se tiene la tendencia a acudir a las leyes procesales del Estado para cubrir los posibles vacíos o lagunas legales de la Ley de Arbitraje, es esta una postura que no siempre es correcta. Obedece a una excesiva judicialización de la institución arbitral; de ahí que resulte objetable que el Auto N^o 44 de la APM mantenga que el último inciso del artículo 5, apartado a), LA N^o 60/2003, no se adecue a las garantías formales y procesales a que se refieren los artículos 152.2^o y 155.4, párrafo 2, en relación con los artículos 158 y 161 de la vigente LEC y, por tanto, presuponga que exista una vulneración de la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE.⁽¹⁸⁾ Por estos y otros motivos, que exceden el ámbito de estudio del presente trabajo, consideramos que no ha lugar a que prospere la citada cuestión de constitucionalidad.

Además, en lo que concierne a la práctica del arbitraje internacional, dicha cuestión provoca una grave inseguridad legal susceptible de alejar a los clientes del arbitraje que en un primer momento, hubieran podido verse seducidos por el cambio proarbitraje producido en la Ley 60/2003. Hecho que, en último lugar, podría llevar a dichos clientes internacionales a abstenerse de elegir nuestro país como sede de arbitrajes. Ello se debe a que en la práctica dicha inse-

(18) En opinión de expertos constitucionalistas, *vid.* MERINO MERCHÁN J.F., en «Tiro a la línea de flotación de la nueva Ley de arbitraje», <http://www.injef.com>, 29-04-2005, p. 2. Argumentos que el citado autor destaca a su vez en «Minando el arbitraje», *Diario la Ley*, N^o 6289, 6 de julio de 2005, pp. 1-3.

guridad previsiblemente permanecerá hasta el momento en que se resuelva la citada cuestión de constitucionalidad.

En este sentido, las perspectivas temporales para zanjar esta cuestión no son muy favorables si nos atenemos a la práctica seguida en estos casos por los tribunales españoles. Y es que, en líneas generales, el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad en España suele tardar aproximadamente tres años en resolverse. Lapso temporal que, de agotarse, podría perjudicar no sólo al desarrollo del procedimiento en arbitrajes internos, sino a la proyección internacional de nuestra institución arbitral. Situación que llevaría, en último extremo, a suponer una pérdida de confianza de los operadores jurídicos en la misma y un retraso considerable de establecer, en diversas ciudades españolas, las distintas sedes de arbitrajes internacionales que se pretende.

Sin embargo, una vez realizadas estas reflexiones críticas, no es menos cierto que el planteamiento de la citada cuestión de inconstitucionalidad no debería empañar el optimismo con el que ha sido recibida la actual Ley española de Arbitraje. En este sentido, se habrá de estar a la interpretación que haga el Tribunal Constitucional sobre este punto. Interpretación que, si se tienen en cuenta las muestras favorables hacia el arbitraje observadas en los últimos años y el buen entendimiento del mismo, se confía que siga siendo realista y positiva.

X. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

La vigente legislación española de arbitraje tiene una proyección internacional prioritaria, vocación directamente relacionada con los cambios experimentados en la parte de su articulado dedicado exclusivamente a regular el arbitraje internacional, en concreto, en los artículos 1, 2.2, 3, 8.6, 9.6, 15.1, 34.2, 37.2, 39.5 y 46. Ahora bien, debido al sistema arbitral monista vigente en España, con las particularidades dualistas enunciadas, sería más correcto señalar que es la práctica totalidad del articulado de la actual Ley española de Arbitraje 60/2003 el que tiene un carácter internacional. Monismo que ha llevado a afirmar que en España, como en la mayoría de las legislaciones arbitrales modernas y contemporáneas, es el arbitraje interno

el que se ha visto contagiado de los criterios arbitrales internacionales y no a la inversa.

En todo caso, los cambios experimentados con la actual Ley española de Arbitraje han sido realmente importantes. Entre ellos, destaca el impulso otorgado al arbitraje internacional, así como la actualización de numerosos aspectos de la LA, en general. Para ello, ha sido condición necesaria, aunque como hemos visto no siempre suficiente, su adaptación a la Ley Modelo de la UNCITRAL, gracias a la cual la actual Ley española de Arbitraje se ha llegado a equiparar con gran parte de las leyes de arbitraje contemporáneas, más modernas y avanzadas. Entre estas leyes armonizadas se encuentran la mayor parte de las legislaciones de arbitraje latinoamericanas, normativas arbitrales que desde la época de los noventa hasta la actualidad se han venido reformando utilizando, en la mayoría de los casos, el criterio orientador de la Ley Modelo. Una de estas leyes es la Ley General de Arbitraje peruana, de 3 de enero de 1996, Ley N° 26572, que derogó la anterior Ley N° 26572. Legislación arbitral peruana que junto a las de Guatemala, México y Paraguay han acogido la Ley Modelo prácticamente sin modificaciones; a diferencia de otros varios países latinoamericanos que también la han adoptado, pero con algunos cambios y sin alterar por ello sus principios sustanciales más básicos.⁽¹⁹⁾

En este contexto, el desarrollo del arbitraje comercial internacional tanto en España como en el resto del área iberoamericana no

(19) En este sentido, en una ponencia pronunciada por el Doctor CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando en el marco del Primer Seminario Internacional de Arbitraje organizado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, celebrado los días 23 y 24 de agosto de 2005, se comentaba la evolución de diversas legislaciones de arbitraje en América Latina enfatizando la influencia que tuvo la Ley Modelo UNCITRAL en muchas de ellas, como en el caso del Perú. Asimismo, señalaba que aunque existen todavía algunas legislaciones que mantienen una posición poco promotora del arbitraje en Latinoamérica, el balance global es positivo, si se considera el incremento decisivo de la práctica del arbitraje en la última década en la región, *vid.*, la página web del *Boletín Jurídico* editado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, Año III, N° 6, septiembre 2005, <http://www.camara lima.org.pe/arbitraje/boletin/SeminarioInternacional.htm>.

ha dependido, como en principio muchos temían, de establecer en cada país un régimen legal que le permitiera ser considerado un paraíso arbitral. Todo lo contrario, su buen hacer se debe a que se ha procurado fomentar una base legislativa interna que, en aras de la armonización entre sistemas a través de la Ley Modelo, propiciase la adecuada recepción del arbitraje internacional. En consecuencia, el objetivo general ha sido el de formar y consolidar una auténtica cultura arbitral en Iberoamérica;⁽²⁰⁾ de ahí que, desde esta percepción más global, en la actualidad no sea exagerado afirmar que tanto España como la mayoría de los países iberoamericanos han conseguido adaptarse con éxito a las nuevas corrientes internacionales de arbitraje comercial. Sin embargo, en el caso concreto de España, la promulgación de una Ley tan novedosa como es la LA N^o 60/2003 alienta la duda de si el actual régimen jurídico dará cumplida satisfacción a las esperanzas del legislador en un mundo tan competitivo como es el del arbitraje comercial internacional.

Desde esta perspectiva, resulta alentador el juicio tan positivo sobre el futuro internacional de la Ley española de Arbitraje expresado por el ilustre jurista colombiano E. Silva Romero.⁽²¹⁾ En su opinión, después de analizar la LA en el contexto de la realidad socioeconómica actual, no ha dudado en ubicarla a la vanguardia en relación con los derechos más avanzados (francés, suizo) del mundo. Ahora bien, el verdadero dictamen en cuanto a la modernidad de nuestro derecho arbitral lo harán los jueces y tribunales españoles en la aplicación de la misma. En este sentido, la creación de los juzgados de lo mercantil a los que se les ha confiado competencias en materia arbitral es un ejemplo claro de cómo las viejas suspicacias del pasado han sido superadas y de cómo en España las autoridades judiciales son proclives y respetuosas con el arbitraje, tal y como se ha venido

(20) Cfr. DÁVALOS FERNÁNDEZ, R., «El Arbitraje comercial internacional en Cuba», *Revista de la Corte Española de Arbitraje (RCEA)*, 2005, pp. 11-44.

(21) Cfr. «Breves observaciones sobre la «modernidad» del Arbitraje internacional. A propósito de la nueva Ley española de Arbitraje», en *Actualidad Jurídica URJA & MENÉNDEZ*, N^o 9, septiembre 2004, p. 23.

demostrando de un tiempo a esta parte. Los árbitros recibirán de los jueces todo el apoyo necesario para la eficacia del procedimiento arbitral en todas las fases, contribuyendo a la interpretación y aplicación de la LA de acuerdo con el espíritu que la informa.

Precisamente, es en la aplicación práctica de la LA donde se ha de notar la tradicional cercanía cultural entre España y el área latinoamericana. Nuestra esperanza es lograr, gracias a la actual legislación arbitral, que los países latinoamericanos fijen ciudades españolas como sedes de arbitrajes internacionales.⁽²²⁾ Para ello, tanto España como la actual legislación cumplen a la perfección con los criterios que suelen seguir las instituciones internacionales de arbitraje para establecer la sede y garantizar con ello la eficacia del arbitraje. Estos son, entre otros, los siguientes: que el país en cuestión, como es el caso de España, haya ratificado el Convenio de Nueva York. En segundo lugar, que dicho país cuente no sólo con una adecuada legislación arbitral, tanto interna como internacional, sino que esta ha de ser especialmente favorable al arbitraje. A este criterio contribuye, en tercer lugar y con especial relevancia, la actitud hacia el arbitraje de los jueces y tribunales del Estado donde se establezca la sede. Además, el lugar que sea elegido como sede ha de ser neutral y ha de contar con los servicios logísticos necesarios para llevar al arbitraje a

(22) Esta ha sido una propuesta bien acogida por los miembros de la doctrina más acreditada en América Latina, entre los que destacan el Dr. Dávalos quien acertadamente señala que con la Ley española de Arbitraje surge una nueva oportunidad muy importante que merece la pena valorar por varias circunstancias. En primer lugar, por los vínculos históricos y culturales entre España y los pueblos de América latina. En segundo lugar, por la facilidad en el idioma común y la reducción en costes de traducción que ello implica. Y, en tercer lugar, y muy especialmente, por las raíces en el ordenamiento jurídico. Conjunto de circunstancias que convierten a la plaza española en un lugar propicio para convertirse en centro de arbitraje internacional entre partes procedentes de países latinoamericanos. El obstáculo que antes estaba en la legislación, hoy se salva gracias a la similitud de criterios, concepción y cultura arbitral existente entre la Ley española de Arbitraje y las leyes latinoamericanas. No se trata de desmerecer con ello el prestigioso papel jugado hasta la fecha por la Cámara de Comercio Internacional de París, sino de establecer nuevos horizontes, pues, «*Si París bien vale una misa*», no es menos cierto que «*De Madrid, directamente, al cielo*», Cfr. DÁVALOS FERNÁNDEZ, R., «El Arbitraje comercial internacional ...», *cit.*, p. 44.

feliz término. Criterios, todos ellos, que se cumplen de forma muy positiva en España. También, en la medida de lo posible, el lugar ha de ser equidistante en relación con la residencia de las partes. Relación de equidistancia que hoy más que nunca hace que esté vigente la antigua idea de hacer de España un puente entre Europa y América Latina. Puente cimentado a través de las relaciones empresariales intercontinentales y la rápida y eficaz solución de sus litigios mediante arbitraje.

Más información sobre la Ley española 60/2003, de arbitraje

- **Sitios Web**

Ley española de Arbitraje: www.boe.es/boe/dias/2003-12-26/pdfs/A46097-46109.pdf

Página web de la UNCITRAL: www.uncitral.org.

Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI): www.iccwbo.org/index_court.sp

Versión electrónica de diversos artículos referidos a la Ley 60/2003 publicados en:

- La Revista jurídica la Ley: www.laley.net.
- La Revista jurídica injef: www.injef.com
- Revista Iberoamericana de arbitraje: www.servilex.com.pe/arbitraje

Bibliografía (Selección de Monografías y Artículos de la Ley 60/2003 de arbitraje)

- **Monografías**

AAVV., «El arbitraje internacional en la nueva ley española de arbitraje», *Anuario de Justicia Alternativa: Especial Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje*, Tribunal Arbitral de Barcelona y Editorial Bosch, N^o 5, 2004, p. 199.

- BARONA VILAR, S (Coord), *Comentarios a la Ley de arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, p. 1727.
- CUCARELLA GALIANA, L.A., *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, de 23 de diciembre de arbitraje)*, Madrid, *Studia Alfortiana*, 2004, p. 364.
- GARBERI LOBREGAT, J., *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje*, Madrid, ed. Dijusa, 2 Tomos, 2004, p. 1576.
- GONZALEZ SORIA (Coord), *Comentarios a la Nueva Ley de arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, Pamplona, 2004.
- HINOJOSA SEGOVIA, (Coord), *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje*, Barcelona, 2004.
- LORCA NAVARRETE, A. M^a., *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre*, San Sebastián, IVDP, 2004, p. 623.
- PÉREZ-LLORCA (ABOGADOS), *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2005, p. 488.
- VERDERA Y TUELLS, E., *La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje entre la tradición y la innovación*, Discurso leído el 6 de junio de 2005, en el acto de su recepción como académico de número por el Excmo. Sr. D. Evelio Verdera y Tuells y Contestación del Excmo. Sr. D. Aurelio Menéndez Menéndez, *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 2005, p. 174.

- **Artículos**

- CHILLÓN MEDINA y MERINO MERCHÁN, «Valoración crítica de la Nueva Ley de arbitraje», *Diario La Ley*, año XXV, N^o 5945, 2 de febrero de 2004, p. 14, versión electrónica en www.laley.net.
- BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, «Aproximación a la nueva Ley N^o 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje», en *Diario La ley*, año XXV, N^o 5978, 18 de marzo de 2004, pp. 1-5.
- ESPLUGUES MOTA, C., «Algunas breves reflexiones sobre el arbitraje comercial internacional en la nueva ley española de arbitraje

de 2003», *DeCITA* 02.2004, Derecho del comercio internacional, temas y actualidades, 2004, pp. 363-375.

GÓMEZ JENE, M., «Primeras reflexiones en torno al Proyecto de Ley de Arbitraje», en *Diario La Ley*, año XXV, N° 5874, 20 de octubre de 2003, pp. 1-5.

GÓMEZ JENE, M., «El arbitraje internacional en la Nueva Ley de Arbitraje», en *Diario La Ley*, año XXV, N° 5952, 11 de febrero de 2004, pp. 1-5.

GONZALO QUIROGA, M., «La Nuova Legge Spagnola Sull'arbitrato», *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2005, pp. 20-33.

GONZALO QUIROGA, M., «El arbitraje internacional en la Nueva Ley española de Arbitraje», *Revista IURIS - Actualidad y Práctica del Derecho*, 2005, pp. 50-55.

GONZALO QUIROGA, M., «Proyección latinoamericana de la nueva Ley española de Arbitraje», en *el Libro Homenaje a E. Elías Larroza: Estudios de Derecho Societario*, Lima, 2005, pp. 297-326.

GONZALO QUIROGA, M., «Claves prácticas para abordar el arbitraje en la Ley española 60/2003, de arbitraje», *Revista de Economía & Derecho*, Año 3, publicación editada por la Sociedad de Economía y Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), N° 10, febrero, 2006, pp. 39-46.

LORCA NAVARRETE, A.M^a. «La denominada acción de anulación contra el laudo arbitral en la vigente Ley de arbitraje», en *Diario La Ley*, año XXV, N° 6005, 27 de abril de 2004, pp. 1-5.

MERINO MERCHÁN, J.F., «Tiro a la línea de flotación de la nueva Ley de arbitraje», en: <http://www.injef.com>, 29-04-2005.

MERINO MERCHÁN, J.F., «Minando el arbitraje», *Diario la Ley*, N° 6289, 6 de julio de 2005, pp. 1-3.

MULLERAT, R., «Principales innovaciones de la nueva Ley de arbitraje», *Diario La Ley*, Año XXV, N° 5999, 19 de abril de 2004, pp. 1-6.

SILVA ROMERO, E., »Breves observaciones sobre la «modernidad» del Arbitraje internacional. A propósito de la nueva Ley española de arbitraje», en *Actualidad Jurídica URIA & MENÉNDEZ*, N^o 9, septiembre 2004, p. 23.

¿POR QUÉ ESPAÑA? RAZONES PARA ELEGIR ESPAÑA COMO SEDE DE ARBITRAJES INTERNACIONALES

JOSÉ ANTONIO CAÍNZOS (*)

SUMILLA: 1. *La economía española entre 1980 y 2005.* A) Datos macroeconómicos. B) La internacionalización de la economía española. C) Las comunicaciones. D) Las telecomunicaciones. 2. *Los profesionales relacionados con el arbitraje.* A) Los abogados en España. B) Los árbitros españoles. C) Las instituciones arbitrales españolas. D) Los expertos en diversas materias. 3. *La nueva Ley española de Arbitraje.* A) La regulación del arbitraje en España. B) Las ventajas de la Ley española de Arbitraje. 4. *La actitud de los Tribunales españoles ante el arbitraje.* 5. *Conclusiones.*

Es esta una pregunta que hace sólo unos años ni siquiera sería planteable a la hora de pensar en un país como un centro relevante en el ámbito del arbitraje y, menos aún, si se concretase en la búsqueda de una sede adecuada para arbitrajes internacionales.

Sin embargo, en la actualidad la pregunta no sólo es legítima sino que resulta, al menos, conveniente. ¿Qué es lo que ha cambiado, pues, en este tiempo para que nos planteemos públicamente este interrogante? Muchas cosas. En esta breve introducción vamos a dar cuenta de algunas de ellas, de forma tal que, aunque necesariamente incompleta, se ofrezca al lector una panorámica de la situación económica y profesional de la España de hoy y del estado legal y jurisprudencial del arbitraje, pues todos estos factores tienen incidencia en la posible adecuación de nuestro país como candidato

(*) Socio responsable del Departamento Procesal y de Arbitraje de Clifford Chance en España.

emergente con vocación de convertirse en uno de los centros de arbitraje internacional del futuro.

Hemos elegido los cuatro aspectos mencionados porque creemos que son los condicionantes básicos para que el arbitraje florezca:

- a) La situación económica actúa como catalizador del arbitraje por varias razones. Es difícil concebir la existencia de una cultura arbitral en un país autárquico, cerrado a las tendencias de la economía internacional, con escasa capacidad de captación de inversión extranjera o cuyas empresas tiendan a encerrarse en las fronteras nacionales como lo fue España durante buena parte del siglo XX. El arbitraje nace al calor de los intercambios comerciales, de la confrontación pacífica de diversas culturas jurídicas, de la complejidad de los instrumentos legales empleados y de la necesidad de agilizar la solución de controversias en un marco neutral.

Por tales motivos, vamos a referirnos a algunos parámetros económicos que permiten vislumbrar el cambio espectacular que ha experimentado la economía española entre los años 1980 y 2005.

- b) El nivel profesional de un país es igualmente determinante. Difícilmente puede aspirar a ser un verdadero centro de arbitraje internacional el país que no cuente con una masa crítica de profesionales de diversos campos, suficientemente preparados para ofrecer los sofisticados servicios que el arbitraje demanda.

El caso más obvio es el de los profesionales del Derecho, pero no es el único. No puede minusvalorarse el papel de los potenciales peritos en materia económica, contable, técnica en sus más diversas manifestaciones (ingeniería, química, entre otras); el pujante rol de los expertos informáticos; el de los traductores y transcritores de soportes audiovisuales; las empresas que acogen a los árbitros (*business centers*) y tantas otras que de muy diversas maneras coadyuvan a que un arbitraje se desarrolle de manera eficiente, rápida y lo menos costosa posible.

- c) Pocos esfuerzos dialécticos son necesarios para convencer a cualquier observador imparcial que el marco legal es un aspecto crucial para que cualquier país pueda presentar unas credenciales dignas a la hora de ser considerado como sede de arbitrajes. En efecto, la aplicación de la legislación local en el desarrollo del procedimiento arbitral, la ejecución del laudo, en su caso, y los potenciales recursos contra la decisión que finalice el procedimiento vienen determinados por la sede del arbitraje.

Durante muchos años, España no ha contado en el mundo del arbitraje internacional porque los prácticos en esta materia habían concluido que la legislación arbitral española no era suficientemente favorable al arbitraje internacional como para recomendar a España como sede de procedimientos arbitrales de esta naturaleza.

La reciente Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, ha venido a acabar con esa percepción.

- d) A nadie se le oculta que una buena legislación arbitral precisa, como complemento necesario, de una interpretación jurisprudencial ágil y favorable a la práctica arbitral, impidiendo que se puedan poner trabas que dificulten la buena marcha de los procedimientos. Dicho en otras palabras, de poco sirve una buena normativa si los Tribunales miran al arbitraje con recelo y aplican esas normas con criterios restrictivos o claramente obstaculizadores del funcionamiento razonable de este mecanismo de solución de conflictos. ¿Qué pasaría si en un país se permitiera que los recursos paralizasen la ejecución de un laudo o, aún más, si por esa vía se plantease un nuevo examen del fondo de la cuestión debatida? La respuesta es de todos conocida: la tendencia natural de cualquier operador económico o jurídico sería huir de ese país como sede y buscar una alternativa que evite esas distorsiones.

Pues bien, tras esta breve introducción, vamos a entrar directamente en cada uno de los aspectos mencionados.

1. LA ECONOMÍA ESPAÑOLA ENTRE 1980 Y 2005

Dentro de este apartado, creemos conveniente referirnos a cuatro aspectos básicos:

A) Datos macroeconómicos

No es este el lugar apropiado para hacer un balance de la economía española pero sí puede ser útil proporcionar algunas magnitudes que permitan hacerse una idea de la situación económica española:

- El PIB de 2005 equivale a 1.024.000 millones de dólares USA.
- La tasa de crecimiento del PIB en 2005 ha sido del 3,4 %.⁽¹⁾
- El PIB per cápita en 2005 equivale a 24.500 dólares USA. En los últimos 25 años se ha multiplicado por 3,6, récord sólo superado por otros cuatro países europeos con una población mucho menor que la española, todo ello según datos del FMI.⁽²⁾
- El PIB español se compone de ingresos provenientes de los servicios en un 68 %, de la industria en un 28,5 % y de la agricultura en un 3,5 %.
- La tasa de inflación en el año 2005 fue el 3,4%.⁽³⁾
- La tasa de desempleo en octubre de 2005 se situaba en el 8,4 %.

Estos datos sitúan a España, con una población real de 44 millones de habitantes, como la quinta economía más grande de la Unión Europea (de la que España se convirtió en miembro de pleno derecho el 1 de enero de 1986) y, según algunos indicadores económicos, entre las diez mayores del mundo.

(1) Dato obtenido de la página web de Reuters España el 14 de febrero de 2006.

(2) RUIZ GÓMEZ, José Juan, «Un país, dos continentes: Latinoamérica y la globalización de la economía española», *75 años de política económica española*. ICE. noviembre 2005, N° 826 (p. 464).

(3) Servicio de Estudios Económicos BBVA.

Aunque existen problemas que los distintos Gobiernos no han eliminado (la tasa de paro es superior a la media de los países de su entorno y el encarecimiento del precio de la vivienda –el 85% de las viviendas en España son en propiedad– obliga a un endeudamiento medio superior al deseable), se ha mantenido una continuidad en la política económica en los últimos diez años que ha dado muy buenos resultados. El mantenimiento de tipos de interés bajos y los ingresos por turismo (España es el segundo país del mundo que recibe más turistas extranjeros según datos de la Organización Mundial del Turismo) son factores muy positivos.

B) La internacionalización de la economía española

Coinciden los expertos en que uno de los ingredientes del éxito económico español es la internacionalización experimentada por su economía.

La práctica desaparición de las empresas públicas por los procesos de privatización afrontados por Gobiernos de signo político opuesto (PSOE y PP), la caída de muchas barreras proteccionistas y el acceso a una financiación estable y, en algunos momentos, barata permitió a muchas empresas españolas abrirse a los mercados extranjeros.

Como dice José Juan Ruiz Gómez: «... con el paso del tiempo –y a medida que la economía se abrió al exterior y maduró– pasamos de ser anfitriones de empresas extranjeras a que nuestras empresas se convirtieran en huéspedes de prácticamente todas las economías mundiales.

Efectivamente, frente a los casi 50.000 millones de euros por inversión directa neta recibidas entre 1980 y 1998, entre 1989 y 2004 España, en términos netos, invirtió en el exterior casi 61.000 millones de euros».⁽⁴⁾

Según el Registro de Inversiones de la Dirección General de Política Comercial e Inversiones, entre 1993 y 2004, las empresas españolas han invertido en 122 países. Brasil ha sido el primer receptor. El

⁽⁴⁾ RUIZ GÓMEZ, op. cit., p. 465.

87% de la inversión española se ha concentrado en 15 países, de los que 5 son iberoamericanos (Brasil, Argentina, México, Chile y Perú).

En términos generales, se puede decir que aproximadamente el 60% de la inversión española se ha dirigido a los países de OCDE y el 40% a Iberoamérica.⁽⁵⁾

La aparición de multinacionales españolas en los sectores financiero y energético, hotelero o textil, en las telecomunicaciones, la construcción o las concesionarias, es algo que podría haber parecido una quimera en 1980 pero hoy es una realidad.

Si tomamos como referencia las seis empresas españolas más grandes (Telefónica, Santander, BBVA, Endesa, Iberdrola y Repsol), el 42% de su negocio en 2004 se generaba fuera del mercado interno español.

A nadie se le oculta que el hecho de que España se haya convertido en el segundo inversor mundial en Iberoamérica y que lo haya hecho en sectores con una gran visibilidad social ha provocado problemas en algunos países. El tiempo servirá para que se haga un análisis sosegado de los beneficios que estas inversiones han producido en los países receptores. De momento, las crisis políticas o económicas surgidas en diferentes zonas de esta región han servido para demostrar que las empresas españolas tienen vocación de asentarse en esos países, y que, por tanto, no se trata de inversiones coyunturales, oportunistas o especulativas. Además, el importantísimo volumen de inversiones realizado por estas empresas va produciendo resultados visibles para el ciudadano: el acceso a una línea telefónica o la prestación del servicio eléctrico han mejorado sustancialmente en muchos países. Confiamos en que la humildad y discreción de los inversores y el buen sentido de los receptores permita concluir en unos años que la experiencia ha sido positiva para ambas partes.

Por lo que se refiere al flujo de inversiones en España, nuestro país ocupa el puesto nº 17 mundial en 2005 (4 puestos por debajo en

(5) Datos mencionados en RUIZ GÓMEZ, op. cit., pp. 465 a 467.

el ranking en comparación con la situación del año 2004) pero, no obstante, «*las dos compañías líderes del seguro de crédito a la exportación, la alemana Euler Hermes y el grupo francés Coface, sitúan a España en el selecto grupo de los 13 países del mundo con menor riesgo para la inversión y los intercambios comerciales, junto a Francia, Alemania, Reino Unido o Irlanda. Una élite que tiene una «situación política y económica muy estable que permite un comportamiento en los pagos de las empresas generalmente bueno y con una posibilidad de quiebras o insolvencias muy débil».*»⁽⁶⁾

C) Las comunicaciones

La falta de comunicaciones o su estado deficiente es uno de los talones de Aquiles que pueden encontrarse en cualquier economía de los países en vías de desarrollo. En 1980 España tenía un déficit muy importante de infraestructuras que se ha paliado, en gran medida, por el constante esfuerzo inversor que ha realizado el Estado en estos 25 años, ayudado en una parte sustancial por los fondos recibidos de la Unión Europea. Los datos del año 2004 ofrecidos por el Ministerio de Fomento⁽⁷⁾ permiten contemplar una realidad muy diferente:

- En transportes por carretera, el número de kilómetros de carreteras a cargo del Estado (una parte importante son competencia de las Comunidades Autónomas o de las Administraciones Locales) ascendía a 25.155, de los que 9.164 eran vías de gran capacidad (autopistas de peaje y autovías y autopistas libres, fundamentalmente) para un parque de 26.433.000 vehículos.
- El transporte público ha sufrido una renovación y ampliación espectacular, que ha llevado a que en el año 2004 el número de usuarios que han utilizado el metro y el autobús haya ascendido a 2.797 millones de personas (1.089 en metro y 1.708 en autobús). El metro de Madrid, por señalar el más utilizado de España, está en continuo proceso de expansión y, pese a que

(6) «Un país sin riesgo», en *El País Negocios*, 19 de febrero de 2006. El artículo aparece firmado por José María TRIPER.

(7) Datos recogidos en la página web del Ministerio de Fomento español.

sus instalaciones y material rodante son modernos y de excelente calidad, los precios son sensiblemente más bajos que los de otros países europeos.

- El transporte ferroviario está en fase de cambio. La aparición de la primera línea de alta velocidad (Madrid-Sevilla) en 1992 supuso una verdadera revolución. El grado de aceptación de este servicio por los viajeros fue mucho mayor que el esperado por los más optimistas, lo que ha llevado a los sucesivos Gobiernos a realizar amplios planes de construcción de vías férreas de alta velocidad que, en una parte importante, ya están siendo acometidas y que convertirán el tren en un medio de transporte preferente para muchos ciudadanos en pocos años.
- El transporte aéreo es otro elemento esencial en las comunicaciones de un país con una extensión tan grande como España. Nuestro país cuenta con 40 aeropuertos civiles operativos que en 2004 han permitido viajar a casi 164 millones de personas (67,3 en vuelos interiores y 96,6 en vuelos internacionales). La gran mayoría de las capitales de provincia cuentan con un aeropuerto en la misma ciudad o a una distancia que no exige más de 1 hora de desplazamiento (el mismo tiempo que se tarda en las grandes ciudades de todo el mundo desde la población hasta el aeropuerto), lo que permite desplazarse fácilmente a cualquier punto de la geografía nacional.

La recentísima apertura de una nueva terminal en el aeropuerto de Madrid, que podrá dar acogida a un tráfico de 75 millones de pasajeros al año, convirtiéndose en uno de los aeropuertos más grandes del mundo, es otro dato que prueba la pujanza de las comunicaciones en España y las inversiones que se están realizando en este sector.

Un dato interesante es que en él se concentrarán el 25% de los vuelos directos a Iberoamérica, lo que, sin duda, lo confirmará como el enlace preferente entre Europa e Iberoamérica.

- El transporte marítimo, en cuanto a pasajeros, tiene una importancia limitada porque sus servicios se limitan a unir la península con las islas Baleares o Canarias y con el norte de África.

D) Las telecomunicaciones

Según los datos del Informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones correspondiente al año 2004,⁽⁸⁾ *«el equipamiento de los hogares en España de Tecnologías de la Información y la Comunicación –que refleja la penetración en los hogares de equipos susceptibles de comunicación electrónica (televisores, ordenadores, terminales móviles o de mano)– está cerca de la media comunitaria»*.⁽⁹⁾

En ese año el sector generó un negocio total de 37.188 millones de euros, con un crecimiento superior al 8,1% frente a 2003.

El crecimiento, en 2004, de 1.200.000 líneas de acceso con tecnología ADLS en España, de un incremento total de 50 millones de líneas de banda ancha en todo el mundo, da prueba de la salud de este sector. En España, en ese año, había 8,2 líneas por cada 100 habitantes, mientras que en la Unión Europea había 8,9. En el año 2005 los operadores en España han realizado una enorme inversión para captar nuevos clientes en este sector, por lo que es seguro que las cifras han tenido que mejorar sustancialmente.

Si añadimos el mercado de empresas nos encontramos con un crecimiento en 2004 del 55%, situándose a finales de ese año en 3,4 millones de líneas de banda ancha.

El mercado de las comunicaciones nacionales muestra una tasa de penetración del 89,4% de la población (desde un 10% en 1997 hasta un 90% en 2004), que da una idea de la importancia de este mercado. De hecho, es frecuente encontrar ofertas de distintos operadores que ofrecen gratuitamente las llamadas a fijo de carácter nacional para quienes contraten servicios de internet a través de ADSL. El teléfono fijo, aunque siga siendo un instrumento necesario, ya no representa la fuente de ingresos más importante del sector.

⁽⁸⁾ Informe anual de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones española relativo al año 2004.

⁽⁹⁾ Según datos recogidos en *El País* 21 de febrero de 2006, p. 53, «España supera la media europea en teléfonos móviles por habitante».

A los servicios descritos hay que añadir los de carácter audiovisual, incluyendo el cable y el satélite, tras un proceso de integración que ha resultado en un solo proveedor por cable en la mayor parte del territorio nacional y un solo prestador de servicios por satélite.

2. LOS PROFESIONALES RELACIONADOS CON EL ARBITRAJE

Como hemos adelantado en la introducción, es necesario estudiar el nivel que ofrecen los profesionales establecidos en España en los trabajos y servicios relacionados con el arbitraje.

En primer lugar, es forzoso detenerse en los profesionales del Derecho. El análisis debe incluir un doble plano: de un lado, la labor de asesoramiento y, en su caso, representación y defensa de las partes en los procedimientos arbitrales y, de otro, la función arbitral, tanto desde la perspectiva de los árbitros como desde la de las instituciones arbitrales.

A) Los abogados en España

No es ningún secreto que la escasa relevancia del arbitraje en España hasta finales de los años 80, hizo que la abogacía española no se mostrara particularmente interesada en el arbitraje, ni en su estudio teórico, ni en su funcionamiento práctico. Hubo precursores y pioneros que con indiscutible mérito y gran esfuerzo lucharon desde la cátedra, el despacho profesional o las organizaciones camerales para que España dejara de ser «diferente» y el arbitraje en nuestro país adquiriese carta de naturaleza, pero su meritoria labor quedaba limitada a círculos muy reducidos de iniciados o estudiosos que poco representaban en el día a día de la solución de conflictos en España, en el que la judicialización era prácticamente total. La falta de sensibilidad de muchos abogados españoles hacia este fenómeno producía, como efecto necesario, que las empresas españolas carecieran de información sobre esta opción y que, en muchos casos, su primer contacto con esta realidad llegase de la mano de una cláusula arbitral incluida en un contrato por una empresa extranjera.

A esta falta de atención al arbitraje no era ajena la realidad imperante en la sociedad española, en la que el conocimiento de idiomas diferentes al español era privilegio reservado a unos pocos. La perspectiva de un arbitraje en inglés, por poner un ejemplo, era todo menos atractiva para la inmensa mayoría de los abogados españoles hace veinticinco años.

En aquel momento histórico, aún no habían llegado a España muchos de los despachos internacionales de abogados que tanto han hecho, voluntaria o involuntariamente, por la normalización del arbitraje. Con ellos, y de la mano de muchos de sus clientes foráneos, llegaron a los contratos las cláusulas de arbitraje que, poco a poco, han familiarizado a la comunidad jurídica española con esta institución.

Tampoco la Universidad había fijado sus ojos en esta disciplina. En la titulación de Derecho en España existía una asignatura de Derecho Procesal que se estudiaba durante dos cursos completos (de un total de cinco), pero que normalmente hacía caso omiso al arbitraje. Los cursos de postgrado y la obtención de doctorados tampoco fueron fértiles en la generación de estudios y en la transmisión de experiencias prácticas en esta materia hasta hace pocos años.

Sería incompleta esta breve síntesis de la situación existente en el pasado cercano si no se reconociera una cierta desconfianza entre profesionales y empresarios hacia el arbitraje, por lo que pudiera suponer de caldo de cultivo para amiguismos malsanos. Es necesario recalcar que la judicatura española ha merecido críticas de la abogacía española por la tardanza en la solución de los conflictos y, a veces, por su falta de especialización, pero nunca se ha cuestionado su integridad, por lo que no se sentía una necesidad imperiosa de buscar un sustituto a los Tribunales de Justicia.

La situación que acabamos de describir de manera somera ha cambiado, está cambiando aún, de manera muy positiva:

- i) El arbitraje se ha convertido en una realidad pujante en el ejercicio de la abogacía y en la práctica cotidiana de las empresas españolas.

El número de contratos que incluyen hoy una cláusula arbitral es muy elevado. El arbitraje ha entrado en la cotidianeidad jurídica por muy diversas vías: el arbitraje de consumo ha servido para que una gran capa de la población y de abogados hayan conocido al menos su existencia y la terminología más elemental; los contratos con empresas extranjeras y clientes internacionales han sido un cauce por el que han fluido las cláusulas arbitrales con una importancia primordial porque muchas empresas que invertían en España, bien porque no conocían el sistema judicial español, bien porque eran conocedoras de su más bien escasa agilidad, exigían irrenunciablemente la introducción de tales cláusulas; los contratos de mayor complejidad en campos como la ingeniería, la construcción, la informática, las nuevas tecnologías en general, o las fórmulas jurídicas de nuevo cuño o que exigían una decisión rápida para impedir la parálisis de una mercantil (acuerdos parasociales, *joint-ventures*) también han sido un instrumento útil para normalizar el arbitraje en España; el derecho marítimo, en un país con estructura peninsular e insular y vocación marítima desde sus orígenes, ha aportado también su granito de arena en esta misma dirección y es justo reconocerlo.

Sea por el camino que fuera, muchos abogados españoles han abierto los ojos en las dos últimas décadas a una fórmula que, en otros países, ya formaba parte normal de la vida jurídica.⁽¹⁰⁾

No han sido ajenos a este movimiento ni los abogados internos de las compañías que han abierto sus puertas a la inversión extranjera, en la forma de venta, toma de participación o *joint-ventures*, ni los de las empresas españolas que han empezado a vender sus productos o a tener sus proveedores fuera de las fronteras nacionales, ni los de aquéllas que se han establecido en nuevos mercados internacionales y han afrontado las difi-

⁽¹⁰⁾ Según datos aparecidos en la página web del Consejo General de la Abogacía Española, en España existen más de 146.000 abogados colegiados en los 83 colegios de abogados existentes en España.

cultades de las inversiones en terceros países cuyos sistemas judiciales no eran en ocasiones suficientemente seguros.

Como parte de este proceso es justo mencionar el papel de los despachos internacionales, especialmente de origen anglosajón, que se establecieron en España [de una manera más visible desde principios de los noventa]. Su influencia se produjo en una doble línea: de una parte, sus clientes utilizaban estas cláusulas con regularidad, por lo que pedían a sus abogados en España que las incluyeran en los contratos en los que ellos asesoraban; por otro, los colegas de esos abogados en otros países en los que sus firmas estaban presentes atesoraban una importante experiencia en esta materia, por lo que servían como introductores en estas técnicas. De esta manera, a través de la confluencia de muy diversas circunstancias, se produjo una silenciosa transformación de la abogacía en España que convirtió al arbitraje en un elemento más de la cultura jurídica común.

- ii) Las universidades⁽¹¹⁾ y escuelas de negocios⁽¹²⁾ se hicieron conscientes de que los abogados del futuro debían familiarizarse con esta institución y empezaron a introducir en sus programas de licenciatura, en algunos casos, y en los de cursos postgrado de diversa naturaleza, una asignatura de arbitraje o un número de sesiones dedicadas específicamente a esta materia, en las que normalmente se contaba con la presencia de expertos provenientes de los ámbitos en los que la práctica arbitral es habitual (despachos internacionales o españoles, representantes de las Cortes de Arbitraje nacionales e internacionales más reconocidos o prestigiosos árbitros).

(11) España cuenta con la exagerada cifra de 66 Facultades de Derecho públicas o privadas.

(12) El Instituto de Empresa cuenta con una asignatura de arbitraje internacional en el *Master of International Legal Practice* y ha organizado un curso de especialización en arbitraje, por primera vez, en octubre de 2005. La Escuela de Negocios San Pablo-CEU cuenta desde hace años con una asignatura de arbitraje en el Master de Asesoría Jurídica y ha organizado su primer curso de especialización para los meses de marzo y abril de 2006.

La aprobación de la nueva Ley de Arbitraje ha sido la excusa para que se haya disparado el número de charlas, conferencias o seminarios sobre arbitraje. Igualmente, se ha producido un incremento del número de artículos sobre estos temas aparecidos en publicaciones jurídicas de todo tipo. De sorprendente puede calificarse la cifra de libros aparecidos con comentarios sobre la nueva Ley a pesar del escaso tiempo transcurrido desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado y, menos aún, desde su entrada en vigor.⁽¹³⁾

Todo ello denota un interés muy destacado por una materia que hace pocos años apenas concitaba el interés de unos cuantos especialistas.

- iii) La dificultad con los idiomas ha desaparecido en gran medida. Es indiscutible que el nivel medio de conocimiento de idiomas extranjeros por los españoles aún está por debajo del de otros vecinos europeos, pero no es menos cierto que las generaciones de abogados de menos de 40 años utilizan el inglés con frecuencia en su trabajo y son conscientes de que su contratación por una empresa de tamaño medio o grande o un despacho español o internacional mediano o especializado en múltiples materias (desde el derecho marítimo hasta el medio ambiente pasando por la propiedad intelectual) depende, de manera inevitable, de su conocimiento del inglés.

Las mejores escuelas de negocios, donde se forman buena parte de los abogados que engrosan las plantillas de las empresas más relevantes o que se incorporan a los despachos de mayor renombre, exigen un conocimiento importante del inglés. Hasta el acceso a la función pública, en algunas de las profesiones jurídicas de mayor prestigio, incluye entre sus pruebas de acceso el conocimiento de idiomas extranjeros.

La situación tiende a mejorar en la medida en que el aprendizaje de idiomas extranjeros es un objetivo preferente en la en-

⁽¹³⁾ Un buen número de ellos aparece citado en este trabajo.

señanza pública y privada elemental y secundaria y el número de niños y jóvenes españoles que utilizan parte de sus vacaciones para realizar estancias en el extranjero va en aumento geométrico.

- iv) La aparición de numerosas Cortes de Arbitraje a lo largo y ancho de España, patrocinadas por los Colegios de Abogados, Cámaras de Comercio o instituciones que reúnen a profesionales de gran prestigio⁽¹⁴⁾ ha hecho que desaparezcan, en gran medida, los recelos que suscitaban las relaciones entre las pocas personas dedicadas a esta labor. El número de practicantes es hoy mucho mayor y el acceso a las instituciones arbitrales más fácil, por lo que la comunicación y la transparencia han mejorado.
- v) Pero no sólo eso. Existe una coincidencia sustancial en la necesidad de aprovechar este momento para implantar de manera definitiva el arbitraje en España. Un fruto que merece ser destacado es la creación del Club Español de Arbitraje, entre cuyos fundadores se encuentran los representantes más destacados de todos los despachos españoles e internacionales activos en arbitraje y destacadas personalidades de ese mundo.⁽¹⁵⁾ Esta iniciativa tiene la peculiaridad de unir por primera vez en España a todos los despachos de abogados, habituales competidores, para promocionar el arbitraje en España y fuera de España. El número de expertos extranjeros inscritos en el Club, especialmente provenientes de países iberoamericanos permite afirmar que, pese a su escaso año de vida, es ya una realidad con muy buenas perspectivas. Los trabajos que han iniciado sus

(14) Hay varias decenas. Sólo en la página web del Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación española aparece una red de más de 40 Cortes y Tribunales de Arbitraje.

(15) La página web de este Club está en preparación. El autor de este trabajo tiene el honor de ser miembro de su primera Junta directiva y se ofrece gustoso a servir de cauce para la incorporación de expertos iberoamericanos en arbitraje que estén interesados en unirse a él y no lo hayan conocido hasta leer esta referencia.

Comisiones internas en muy diversos campos como la elaboración de códigos de conducta para abogados, árbitros e instituciones arbitrales o el perfeccionamiento de las normas reguladoras del arbitraje, por citar sólo algunos ejemplos, acreditan que se trata de una apuesta seria por realizar una aportación de envergadura al prestigio del arbitraje en España.

B) Los árbitros españoles

España no puede presumir de contar con un amplio elenco de árbitros internacionales dedicados en exclusiva a la realización de funciones arbitrales. Sin embargo la mejora en esta situación es más que evidente:

- i) el número de árbitros españoles nombrados por las instituciones arbitrales internacionales más importantes es aún reducido, pero el aumento espectacular del número de casos en que empresas españolas son parte en arbitrajes internacionales o en que empresas extranjeras designan árbitros españoles ha permitido que un número importante de juristas españoles hayan adquirido experiencia en estas lides.
- ii) el número de abogados españoles que participan regularmente en arbitrajes internacionales como asesor o defensor de una de las partes hace que exista una amplia lista de profesionales con capacidad, conocimiento y experiencia suficiente como para hacerse cargo, en cualquier momento, de tareas arbitrales.
- iii) las instituciones arbitrales nacionales han visto aumentar el número de casos que administran de forma tan sustancial en los últimos años que les han permitido elaborar listas amplias de árbitros para que las partes puedan elegir entre ellos o bien ser nombrados directamente por la propia institución. Aunque no todas ellas tienen el mismo prestigio, las más relevantes pueden sentirse orgullosas de contar con un plantel de primer nivel.
- iv) los expertos españoles han aumentado su participación en foros internacionales en los que intercambian experiencias con

expertos de otros países. La creación de grupos especializados en arbitraje en varios despachos en los que los abogados jóvenes pueden ayudar a sus miembros más veteranos como secretarios de Tribunales también permite a las nuevas generaciones ir introduciéndose de manera paulatina en estos trabajos.

Finalmente, la existencia de cursos de especialización dentro y fuera de España permite a los jóvenes contar con unas oportunidades de aprendizaje impensables hace unos años.

C) Las instituciones arbitrales españolas

Como ya hemos señalado, si algo puede criticarse a las Cortes arbitrales existentes en España es su excesivo número. Muchos de los 83 Colegios de Abogados españoles tienen sus propias Cortes. Como ya hemos visto, la red de Cortes de la Cámaras de Comercio alcanza las 40. A ellas hay que unir instituciones independientes como la CIMA. De todas estas Cortes, las que han adquirido mayor relevancia son la Corte de Arbitraje de Madrid, la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA) y la Corte Española de Arbitraje, todas ellas con sede en Madrid, y, fuera de la capital, el Tribunal Arbitral de Barcelona es probablemente la más relevante por el vigor económico de Cataluña.

Las diferencias entre unas y otras son sustanciales, puesto que mientras la CIMA tiene una lista cerrada y la asignación de asuntos se hace a los árbitros por riguroso orden de lista, las Cortes de Arbitraje de Madrid y la Española de Arbitraje tienen listas propias pero permiten a las partes designar árbitros que no formen parte de ella. En materia de idiomas también surgen diferencias, así mientras la Corte de Arbitraje de Madrid exige que el idioma del arbitraje sea el español, la CIMA y la Corte Española de Arbitraje permiten la utilización de otros idiomas.

Aun cuando no sea objeto de este trabajo, creemos conveniente recordar que son muchos los que abogan por una unificación de las Cortes más importantes a efectos de poder ofrecer un centro importante a los operadores internacionales.

D) Los expertos en diversas materias

Las mayores firmas internacionales de auditoría y consultoría⁽¹⁶⁾, por señalar algunos casos especialmente destacados, están presentes en España con un importantísimo nivel de implantación desde hace décadas. Sus métodos de trabajo han sido un importante vehículo de transmisión de conocimiento a generaciones de profesionales españoles. Esta circunstancia, unida a la importante contribución de la universidad española, coloca a nuestro país en una situación comparable a la de cualquiera de los países más desarrollados en estos campos.

Otro tanto podría decirse de las empresas de ingeniería.⁽¹⁷⁾ Los ingenieros españoles tienen fama internacional, bien ganada por cierto, por la preparación con que cuentan dado el alto nivel de exigencia de que la universidad española ha hecho gala en el pasado.

En el campo de la informática, la transformación española ha sido espectacular en pocos años. En la actualidad, los expertos españoles pueden codearse con los de cualquier otro país y su número es elevado puesto que numerosas universidades públicas y privadas apostaron hace años por estas titulaciones. Lo mismo podría decirse de los traductores, especialistas en servicios telemáticos y otros profesionales vinculados directa o indirectamente al buen funcionamiento de un arbitraje.

3. LA NUEVA LEY ESPAÑOLA DE ARBITRAJE

El 26 de diciembre de 2003 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Ley Nº 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, cuya entrada en vigor se debía producir a los tres meses de su publicación (Disposición Final Tercera de la ley).

(16) Véase la relación de empresas que forman la Asociación Española de Empresas de Consultoría, por citar sólo un ejemplo.

(17) Algunos datos relevantes pueden encontrarse en el Directorio Tecniberia/Asince 2005.

Con esta ley se entraba en una nueva era en el arbitraje español. Su espléndida Exposición de Motivos no deja lugar a dudas sobre la intención perseguida de facilitar el arbitraje internacional en España («los agentes económicos de dichas áreas [áreas económicas con las que España mantiene activas y crecientes relaciones comerciales] adquirirán, por tanto, mayor certidumbre sobre el contenido del régimen jurídico del arbitraje en España, lo que facilitará y aún impulsará que se pacten convenios arbitrales en los que se establezca nuestro país como lugar del arbitraje») y se esfuerza en poner de manifiesto su vocación iberoamericana al declararse tributaria de la intención perseguida con el Real Decreto 1094/1981, de 22 de mayo, «que abrió las puertas al arbitraje comercial internacional, teniendo en cuenta que «el incremento de las relaciones comerciales internacionales, en particular en el área iberoamericana, y la inexistencia de adecuados servicios de arbitraje comercial internacional en nuestro país determina que la utilización de la técnica arbitral por empresarios y comerciantes de la citada área, se efectúe con referencia a instituciones de otro contexto cultural idiomático, con el efecto negativo que ello representa para España, y la pérdida que para nuestro país significa la ruptura de las vinculaciones con los citados países en materia de tan creciente interés común».

El legislador español ha comprendido que «la legislación interna de un país en materia de arbitraje ha de ofrecer ventajas o incentivos a las personas físicas y jurídicas para que opten por esta vía de resolución de conflictos y porque el arbitraje se desarrolle en el territorio de ese Estado y con arreglo a sus normas».⁽¹⁸⁾

Procede, por tanto, examinar cuáles son esas ventajas, pero creemos conveniente hacer, con anterioridad, una breve exposición de la historia de la legislación arbitral en España.

(18) Exposición de Motivos, I.

A) La regulación del arbitraje en España

La institución arbitral parece haber tenido arraigo en España desde antes de Cristo⁽¹⁹⁾ y su aparición en los textos medievales no es infrecuente. Hasta el arbitraje societario, que ha sido objeto de discusión en tiempos bien recientes,⁽²⁰⁾ se recogía ya en las Ordenanzas de Bilbao de 1737 y tuvo su consagración en el llamado Código de Comercio de Sainz de Andino de 1829.⁽²¹⁾ Todo hacía pensar, por tanto, que en la era de las codificaciones en la segunda mitad del siglo XIX, el arbitraje entraría por la puerta grande en el derecho español contemporáneo. Sin embargo, no fue así.

El Código Civil de 1887 sólo le dedica dos preceptos (artículos 1.820 y 1.821) para admitir la figura del arbitraje, refiriéndose a la facultad de comprometer en un tercero la decisión de las contendas, y remitirse a la Ley de Enjuiciamiento Civil que, en 1881, había recogido en sus artículos 790 a 839 una regulación que estuvo en vigor hasta 1953.

España no se quedó atrás en la incorporación a la Cámara de Comercio Internacional de París tras la I Guerra Mundial, mediante la creación de un Comité español de la Cámara de Comercio Internacional.⁽²²⁾ Esta Cámara pronto creó su Corte que, con los años, se convirtió en un referente internacional en la resolución de conflic-

(19) VERDERA y TUELLS, Evelio, «La Ley N° 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje entre la tradición y la innovación». Discurso leído el 6 de junio de 2005, en el acto de su recepción como Académico de número de la Real Academia española de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2005. Se refiere a los bronces de Botorrita o Contrebia en la página 17, entre otras.

(20) Se recomienda el trabajo de CREMADES, Bernardo M., «El arbitraje societario», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Volumen XVI, 2000/2001. Civitas, Madrid, pp. 13 a 38, y el libro de PERALES VISCOSILLAS, Pilar *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral. La Ley N° 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, Aranzadi, Madrid, 2005.

(21) Para un buen resumen de la visión histórica, véase OLIVENCIA RUIZ, Manuel «El arbitraje mercantil (Ensayo sobre una «justicia alternativa»)», en *Libro Homenaje a Alfredo Fernández-Bella Carswell, Perspectivas jurídicas actuales*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1995.

(22) La creación de este Comité se produjo en 1922.

tos por vía arbitral. Pero lo cierto es que el arbitraje en España había entrado en una fase de estancamiento que, teóricamente, se quiso evitar mediante la primera ley española de arbitraje, la Ley de 22 de diciembre de 1953, de Arbitraje de Derecho Privado, preparada por el eminente profesor Don Jaime Guasp.

La paradoja de esta ley está en que, pretendiendo una mejoría de la situación del arbitraje en España, consiguió el efecto contrario, hasta el punto de que fue calificada como ley «contra el arbitraje»⁽²³⁾ o de «verdadero freno para el arbitraje en la vida jurídica española».⁽²⁴⁾

Aunque la doctrina fuera muy crítica con esta ley por las limitaciones que ponía a la voluntad de las partes, la imposibilidad de que hubiera arbitraje institucional, la judicialización que entrañaba y las posibilidades infinitas de que la parte contraria al arbitraje lo boicoteara, algunos autores son más benévolos en la calificación que les merece y consideran que incorporó algunos avances teóricos dignos de destacar.

Lo que no parece discutible es que la ley no se adecuaba a los tiempos en que se promulgó y aún menos a los que se iniciaron en los años 60, en que España empezó a abrir su economía y comenzó a crecer. Con la llegada de la democracia, la apertura de España al mundo y su integración en la entonces denominada Comunidad Económica Europea, se hizo aún más evidente que el instrumento legal con que se contaba era insostenible. En ese contexto, se aprueba el ya citado R. D. 1094/1981, de 22 de mayo, que crea la Corte Española de Arbitraje, dependiente del Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España que pretendía «favorecer el arbitraje comercial internacional en nuestro país como servicio a empresarios y comerciantes de cualquier nación, pero en particular iberoamericanos».

(23) REMIRO BROTONS, ANTONIO, *Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras (los Convenios internacionales y su aplicación en España)*, Madrid, 1980, p. 21.

(24) CREMADES, BERNARDO M., *Panorámica española del arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1975, p. 19.

Previamente, España había suscrito dos Convenios internacionales de gran importancia práctica, el Convenio Europeo sobre Arbitraje General Internacional (Ginebra, 21 de abril de 1961) y el Convenio sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras (Nueva York, 10 de junio de 1958) en 1975 y en 1977, respectivamente.

La recomendación 12/1986, del Consejo de Europa, sobre medidas conducentes a reducir la carga de trabajo de los tribunales, propugnando al arbitraje como «*una alternativa más accesible y más eficaz a la acción judicial*» pudo servir de acicate para que a finales de 1987 el Consejo de Ministros remitiese a las Cortes Generales un proyecto de ley que acabaría en la aprobación de la Ley 26/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje (BOE de 7/12/1988).

La ley de 1988 cuenta en su haber con numerosos logros: la aparición del arbitraje institucional, la facilitación del arbitraje en general, la desaparición del sistema de recursos contra laudos existente en la LEC y la reducción del papel de los órganos judiciales, por citar algunos ejemplos, pero no podemos olvidar algunos defectos evidentes, como eran la falta de regulación del arbitraje internacional (a pesar de contener un Título sobre la ejecución en España de los laudos arbitrales extranjeros y otro sobre normas de Derecho internacional privado), la imposibilidad práctica de ejecutar un laudo sometido a recurso de anulación o la inexistente regulación sobre medidas cautelares, por citar algunos otros ejemplos.

Sin embargo, sería injusto no reconocer a esta ley que actuó como catalizador del interés de muchos sobre esta institución y fruto de ello fue la aparición de las Cortes de arbitraje, a las que anteriormente hicimos mención, que permitieron a un buen número de abogados iniciar su práctica en el arbitraje doméstico y crear un cuerpo de doctrina de enorme utilidad para preparar el paso definitivo que ha supuesto la Ley Nº 60/2003.

Un penúltimo paso, desde el punto de vista legislativo, fue acometido por la Ley Nº 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que recoge la sumisión a arbitraje como un supuesto de falta de juris-

dicción que puede invocarse por la vía de la declinatoria (artículos 39, 63 y siguientes) o la regulación de las medidas cautelares solicitadas en vía judicial por quien fuera parte en procesos arbitrales (artículos 722, 724 y 730.3).

B) Las ventajas de la Ley española de Arbitraje

Un examen de cada uno de los preceptos de la norma sería demasiado extenso para un trabajo como este, pero la mayor parte de las características de esta ley pueden agruparse en los siguientes apartados:

a) Se inspira en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) el 21 de junio de 1985 y la mejora

Una de las decisiones básicas que tenía que tomar el legislador español era afrontar la redacción de la ley sobre la base de introducir ciertas modificaciones en la Ley de 1988 o, por el contrario, elaborar una nueva ley totalmente diferente a la existente en aquel momento.

La sección especial de la Comisión General de Codificación designada por el Ministerio de Justicia recibió el encargo de redactar un anteproyecto de ley de Arbitraje inspirado en la Ley Modelo, según explica su Presidente D. Evelio Verdera y Tuells.⁽²⁵⁾

Así se hizo y así se dice en su Exposición de Motivos que alude al origen de la Ley Modelo como compromiso entre dos tradiciones jurídicas diferentes, la europea-continental y la anglosajona, lo que le permite adaptarse a las necesidades de los operadores económicos del comercio internacional con flexibilidad.

En otras palabras, la aprobación de una norma que responde a los criterios de la Ley Modelo es una suerte de marchamo de calidad, por cuanto significa que la nueva ley encaja en los parámetros reco-

(25) VERDERA Y TUELLS, Evelio, *op. cit.*

nocidos internacionalmente como adecuados y permite que empresas y juristas de muy diversas procedencias se sienten cómodos con ella por estar familiarizados con la Ley Modelo.

Pero los redactores del anteproyecto no se conformaron con adaptarse a ese esquema, sino que además tomaron en consideración «los sucesivos trabajos emprendidos por aquella Comisión con el propósito de incorporar los avances técnicos y atender a las nuevas necesidades de la práctica arbitral, particularmente en materia de requisitos del convenio arbitral y de adopción de medidas cautelares».⁽²⁶⁾ Desde este punto de vista puede decirse, como señala Mantilla-Serrano, que «España modificó su redacción y le hizo cambios significativos»⁽²⁷⁾ que afectan a cuestiones tan importantes como el ámbito de la autonomía de la voluntad, el convenio arbitral, la opción por el árbitro único, el plazo para dictar el laudo y muchas otras.

b) Recoge las experiencias de otras leyes arbitrales y de la práctica arbitral internacional

La indiscutible influencia de la Ley Modelo no es impedimento para que se hayan tenido en cuenta otras fuentes, tanto de carácter legislativo como jurisprudencial. Como es conocido, Francia y Suiza son países con un importante peso en el arbitraje internacional por su enorme tradición en esta materia y el carácter avanzado de su jurisprudencia, siempre favorable a encontrar fórmulas que permitan la mayor eficacia del convenio arbitral y del laudo. No es de extrañar, por tanto, que uno de los redactores del anteproyecto de ley⁽²⁸⁾ reconozca que algunos aspectos de la nueva ley constituyen una herencia suiza o francesa; aunque, al igual que en el caso de los aspectos basados en la Ley Modelo, se ha intentado su mejora. El

⁽²⁶⁾ Exposición de Motivos, I.

⁽²⁷⁾ MANTILLA-SERRANO, Fernando, *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*, Iustel, Madrid, 2005; p. 31.

⁽²⁸⁾ MANTILLA-SERRANO, Fernando, op. cit.

proceso de implantación de la ley Modelo en Iberoamérica es muy paralelo al español.⁽²⁹⁾

(29) OLIVENCIA RUIZ, Manuel, op. cit, p. 607 dice: «Ese auge del arbitraje internacional explica el éxito de los textos de UNCITRAL sobre esta materia, tanto del Reglamento, de adopción voluntaria por las partes y de carácter dispositivo, sin más límites que las normas imperativas del Derecho aplicable al arbitraje (artículo 1º), como de la Ley Modelo, de adopción voluntaria por los Estados y que está sirviendo no sólo para la regulación del arbitraje comercial internacional sino para el interno en muchos Derechos nacionales.».

CONEJERO ROOS, Cristian, «El impacto de la ley de la CNUDMI sobre el arbitraje comercial internacional en América Latina: un análisis comparativo», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Volumen XIX, 2004, Civitas, Madrid p. 289, dice: «En particular, en el proceso de reforma de las leyes locales sobre arbitraje internacional, la influencia y guía de la Ley Modelo ha resultado decisiva al punto que prácticamente todas las leyes de los países latinoamericanos han consultado como fuente principal, sino única, la citada ley. Como resultado de ello, los obstáculos legales más importantes, que tradicionalmente impedían que el arbitraje se transformará en el método más efectivo y utilizado para resolver disputas comerciales internacionales en América Latina, han sido por fin removidos y han encontrado una solución acorde con aquella prevista en cuerpos legales de países del resto del mundo, especialmente de aquellos más familiarizados con la práctica del arbitraje internacional.

Al haberse seguido los principios recogidos en la ley Modelo, el proceso de reforma legal ha permitido asimismo dotar a la mayoría de los países latinoamericanos de un cierto grado de uniformidad en cuanto al reconocimiento de los principios básicos y universales del arbitraje, con lo cual se ha creado un marco legal adecuado para la promoción de un mayor desarrollo del arbitraje internacional y de su mejor comprensión por parte de los tribunales y abogados locales, lo cual a su turno debería llevar en el futuro a una gradual consolidación de la práctica del arbitraje internacional dentro del contexto latinoamericano».

BLACKBAY, Nigel, LINDSEY, David y SPINILLO, Alessandro, *International arbitration in Latin America*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2002 dedican a la introducción de la Ley Modelo en Latinoamérica las pp. 6 a 10. El «Prólogo» de Horacio Grigera Naón (p. VI) dice:

«This book finally confirms that despite certain national or regional difficulties, in part the consequence of national courts not having yet fully grasped the proarbitral emphasis embedded in the new and modern legislation they are bound to apply, or of an excessive and sometimes irreflexive recourse to treaty-making, Latin American arbitral practice and legislation is firmly in tune with the current and prevailing international trends favouring arbitration that dominate the world. Let us hope that future editions of this unique book will help us to see such trends further develop in the year to come».

Son igualmente reconocibles las huellas que ha dejado en la Ley española el Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París en aspectos en que la práctica ha obligado a adoptar soluciones que evitasen el colapso de los procedimientos arbitrales. Esta aportación, nacida de la práctica vivida, es una de las características que se observan a simple vista en una lectura de la ley por quienes viven de cerca los procedimientos arbitrales: la Ley no ha sido preparada en un laboratorio sobre bases teóricas sino que se nota que ha surgido de quienes conocen el arbitraje en su realidad cotidiana y en sus aspectos más prácticos.

Obviamente ello no significa que la Ley sea perfecta o que resuelva todos los problemas que puedan surgir en el seno del arbitraje pero constituye una guía privilegiada para quienes afrontan un procedimiento arbitral. La simple lectura de sus preceptos permite adivinar dónde pueden aparecer muchos de los problemas a los que un arbitraje se enfrenta.

c) **Sigue el sistema monista**

Como dice su Exposición de Motivos «dentro de lo que se ha dado en llamar la alternativa entre dualismo (que el arbitraje internacional sea regulado totalmente o en gran medida por preceptos distintos que el arbitraje interno) y monismo (que, salvo contadas excepciones, los mismos preceptos se apliquen por igual al arbitraje interno e internacional), la ley sigue el sistema monista».⁽³⁰⁾

Es esta una decisión que puede ser discutible pero, en nuestra opinión, muy positiva. Por varias razones. En primer lugar, porque tener un cuerpo unificado de normas permitirá que su aplicación enriquezca tanto al arbitraje nacional como al internacional, especialmente al primero, que se beneficiará de los avances que históricamente han venido de la mano del segundo.

⁽³⁰⁾ Exposición de Motivos, II.

En segundo término, evitará las tentaciones de trasladar las posibles soluciones que se adoptasen en el seno de los procedimientos arbitrales domésticos, mucho más numerosos que los internacionales en el caso de España, a los internacionales, con el más que probable efecto de dejar el panorama arbitral español empequeñecido en sus miras y poco avanzado en sus soluciones.

En tercer lugar, familiarizará a quienes apliquen esta Ley con los problemas del arbitraje internacional, de manera que el salto del arbitraje nacional al internacional se producirá con sencillez y naturalidad, sin necesidad de realizar grandes esfuerzos de adaptación.

Por último, servirá como contrapunto a la situación dibujada en la Ley de 1988 que, aunque teóricamente monista puesto que no se excluía de ella al arbitraje internacional, en la realidad tenía una perspectiva claramente nacional.

En cualquier caso, es importante tener presente en qué preceptos se hace referencia a elementos de internacionalidad que sólo son aplicables a los casos de arbitraje internacional. Entre ellos (artículos 2.2, 3, 9.6, 34.2, 39.5) marcan destacarse especialmente:

- El artículo 2.2 según el cual «Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral».

Esta norma tiene una extraordinaria relevancia en aquellos Estados en que existan sectores económicos controlados por el propio Estado, de manera directa o indirecta, porque evita que las organizaciones estatales, revestidas con cualquiera de los ropajes posibles en Derecho, puedan eludir el arbitraje invocando sus propias normas internas. Así, pues, cuando a un arbitraje se la aplique la Ley española de Arbitraje, lo que es tanto como decir a todos los arbitrajes cuyo lugar se halla dentro del territorio español (artículo 1.1 de la Ley), los Estados o sus entes instrumentales no recibirán trato diferente al que reciben los particulares.

- El artículo 3 se refiere a los casos en que un arbitraje tiene carácter internacional. La lista que contiene es más amplia que la contenida en la Ley Modelo porque a los supuestos que esta contiene (domicilios de las partes en diferentes Estados en el momento de celebrarse el convenio arbitral; lugar del arbitraje, lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de que dimana la controversia o lugar con el que ésta tenga una relación más estrecha, situado fuera del Estado en el que las partes tengan sus domicilios) se ha unido otro de carácter muy amplio (que la relación jurídica de que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional).

A nadie se le escapa que por esta vía se abren las puertas a la consideración como internacionales de numerosos arbitrajes que contengan elementos de internacionalidad no reconducibles a los supuestos descritos de forma concreta.

- El favorecimiento de la validez del convenio arbitral se pone de manifiesto en el artículo 9.6. En él se admite la validez del convenio arbitral siempre que la norma elegida por las partes para regir el convenio arbitral (caso de que sea distinta a la que regula el fondo de la cuestión o el procedimiento), las normas aplicables al fondo de la controversia o el derecho español (es decir, el derecho que regulará los aspectos procesales del arbitraje si este tiene su sede en España) consideren válida esa cláusula. No se pueden dar más facilidades si se tiene en cuenta que el propio Derecho español, en el mismo artículo 9, en sus cinco números anteriores, hace un verdadero esfuerzo de establecimiento de libertad de formas, flexibilizando el requisito de la forma escrita y admitiendo la llamada cláusula arbitral por remisión.

d) Autonomía de la Ley de Arbitraje

Es particularmente importante que esta ley tenga su propia autonomía desterrando la tentación de aplicar supletoriamente la Ley de Enjuiciamiento Civil. Tampoco lo había hecho la Ley de 1988 a pesar de lo cual en el arbitraje nacional se ha mantenido una cierta

tendencia en abogados y árbitros poco experimentados a citar la Ley Rituaria Civil como fuente de autoridad, autolimitándose a los cauces en ella diseñados y negándose, en consecuencia, la necesaria flexibilidad del arbitraje frente a la rigidez del procedimiento civil.

En los únicos aspectos en que la Ley de Arbitraje se remite a la Ley de Enjuiciamiento Civil es en la ejecución forzosa de los laudos (artículo 44), en la posibilidad de plantear un recurso de revisión frente a laudos firmes (artículo 43) y en la forma que debe adoptar la demanda con la que se inicia la acción de anulación contra un laudo y el cauce procedimental por el que se sustanciará esa acción (artículo 42.1). No hay, pues, *corsé* alguno en la fijación de trámites del procedimiento, en la forma de celebración de los actos procedimentales, en la preparación y admisión de prueba o en su valoración, fuera de los principios básicos de igualdad, audiencia y contradicción a que se remite el artículo 24.

Lo expuesto no implica que, en algunos casos, haya de intervenir un Tribunal de Justicia, en cuyo caso, obviamente, las partes han de someterse a las reglas que regulan la actuación judicial. Por citar un ejemplo muy claro, si las partes solicitan medidas cautelares a un Tribunal judicial en el seno de un procedimiento principal de naturaleza arbitral, como permite el artículo 11.3, las partes no sólo habrán de acudir a la regla de determinación de competencia del artículo 8.3 («será tribunal competente el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas cautelares deban producir su eficacia, de conformidad con lo previsto en el artículo 724 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»), sino que habrán de someterse a la regulación de los artículos 721 y siguientes de la LEC sobre los requisitos, procedimientos y modificación de las medidas cautelares. Sin embargo, si las partes se acogen al artículo 23 de la Ley de Arbitraje y solicitan la adopción de medidas cautelares a los árbitros, desaparece la aplicación de las reglas antes citadas.

e) La libre disposición de las partes es el elemento inspirador básico

Este principio trasluce en muy diversos artículos de esta Ley. La primera manifestación la encontramos en el artículo 2.1, en el que se

consideran susceptibles de arbitraje «las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho». «Se reputa innecesario que esta ley contenga ningún elenco, siquiera ejemplificativo, de materias que no son de libre disposición» (Exposición de Motivos, II), a diferencia de lo que hacía el artículo 2 de la Ley de 1988. El diseño de los impulsores del anteproyecto de ley prevaleció frente a los intentos de diversos grupos parlamentarios de introducir enmiendas que contenían enumeraciones más o menos amplias de las materias que no eran susceptibles de arbitraje.

Pero, como anticipábamos, son muchos los casos en que se puede comprobar que las partes son las protagonistas de la ley: son ellas quienes pueden establecer un convenio arbitral con enorme libertad (artículo 9); quienes deciden sobre el número de árbitros (artículo 12) y pueden autorizar a un tercero, incluida una institución arbitral, a que designen árbitros y administren el arbitraje (artículo 14); las que pueden fijar el procedimiento (artículo 25), determinar el lugar (artículo 26) y el idioma (artículo 28) del arbitraje; las que determinan cuándo se inicia el arbitraje (artículo 27), cuál es el contenido de la demanda y contestación (artículo 29); si es necesaria la celebración de audiencias (artículo 30), los efectos de la falta de comparecencia de las partes (artículo 31) o la posibilidad de nombrar peritos por los árbitros (artículo 32); si los árbitros pueden resolver en equidad (artículo 34) o el plazo para dictar el laudo (artículo 37), sin ánimo de ser exhaustivos en esta enumeración.

De hecho, es sintomático que un buen número de artículos se inicien con la expresión «*salvo acuerdo en contrario de las partes*» o alguna similar.

Difícilmente puede encontrarse una norma que dé más juego a la autonomía de la voluntad que esta ley, lo que permite a las partes configurar un arbitraje que se adapte plenamente a sus necesidades.⁽³¹⁾

⁽³¹⁾ GÓMEZ JENE, Miguel, en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, coordinada por David Arias Lozano, Aranzadi, 2005, al comentar el artículo 2 de la Ley mantiene una posición diferente:

f) La ley opta por el arbitraje de derecho

Uno de los aspectos más criticados, en el ámbito internacional, a la Ley española de 1988 era que esta optaba por el arbitraje de equidad salvo que las partes hubieran pactado expresamente el arbitraje de derecho o hubieran encomendado la administración del arbitraje a una corporación o asociación, en cuyo caso se estaría a lo que resultase de su reglamento (artículo 4.2 de la Ley de 1988). Muchos de los reglamentos de las Cortes españolas de arbitraje contenían expresa elección por la equidad (la Corte de Arbitraje de Madrid era un ejemplo), mientras que otros se decantaban por el arbitraje de derecho salvo pacto en contrario (la CIMA consideraba este

«Las dificultades inherentes al primer criterio (básicamente, diferentes grados de disponibilidad y alto número de disposiciones legales que la restringen), así como la mayor sencillez en la concreción del segundo, se han erigido en los últimos tiempos en los principales argumentos esgrimidos a favor del criterio patrimonial.

Tan sólidos argumentos, sin embargo, no han encontrado eco en nuestro legislador, quien no ha dudado en dar continuidad al criterio de libre disposición ya asentado en la antigua Ley de 1988. Tal circunstancia no deja de ser hasta cierto punto lamentable, pues el criterio patrimonial, además de ser fácilmente concretable, refleja en mejor medida el favor *arbitrandum* que informa a la nueva norma. En el mismo sentido, se trata de un criterio que ha sido extensa y favorablemente interpretado –en concreto, por el Tribunal Supremo suizo–, resultando de ello unas amplias coordenadas que bien podrían servir de referencia para los supuestos especialmente controvertidos.

Sea como fuere, es lo cierto también que la nueva norma, a diferencia de lo que ocurría con la antigua Ley de Arbitraje, únicamente se limita a enunciar el criterio de la libre disposición. Sin ulteriores referencias o delimitaciones. En palabras del legislador, eso es así porque en este contexto «Basta con establecer que la arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto para las partes». Circunstancia esta que, a su vez, no impedirá que «por razones de política jurídica haya o pueda haber cuestiones que sean disponibles para las partes y respecto de las que se quiera excluir o limitar su carácter arbitrable».

Esta fórmula, si bien está en línea con el citado favor *arbitrandum*, no deja de solucionar ciertas cuestiones que no se resuelven con la mera constatación del carácter disponible de la materia (ad ex. Competencia exclusiva versus arbitrabilidad). Por ello, hubiera sido perfectamente compatible con lo pretendido por el legislador, regular en la misma norma ese tipo de cuestiones.

Al no haberlo hecho así, perviven todavía hoy ciertas dudas que, en una u otra dirección, podrían haber quedado definitivamente zanjadas».

elemento como uno de sus aspectos diferenciadores básicos). Todo ello provocaba no sólo críticas fundadas al criterio del legislador, pues las leyes de arbitraje de nuestro entorno se decantaban mayoritariamente por el arbitraje de derecho salvo pacto en contrario, sino que provocaba disfunciones importantes pues los operadores extranjeros desconocían a veces esta singularidad de la ley española y se encontraban, sin saberlo, inmersos en un arbitraje de equidad. Esta característica exigía, además, un conocimiento detallado de los reglamentos de las diversas instituciones para evitar sorpresas indeseables.

La Ley de 2003 hace eco de estas críticas y sitúa a España en el marco de la normalidad en su entorno jurídico en el artículo 34.1, al decir que «*los árbitros sólo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello*». Una vez más la Exposición de Motivos (VII) viene en nuestro auxilio para explicar que los criterios seguidos han sido:

«1º) La premisa es, una vez más, como en la Ley de 1988, la libertad de las partes. 2º) Se invierte la regla que la Ley de 1988 contenía a favor del arbitraje de equidad. La preferencia por el arbitraje de derecho en defecto de acuerdo de las partes es la orientación más generalizada en el panorama comparado. Resulta, además, muy discutible que la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, sin más especificaciones, puede presumirse que incluye la de que la controversia sea resuelta en equidad y no sobre la base de los mismos criterios jurídicos que si hubiera de resolver un tribunal. El arbitraje de equidad queda limitado a los casos en que las partes lo hayan pactado expresamente, ya que a través de una remisión literal a la «equidad», o a términos similares como decisión «en conciencia», «*ex aequo et bono*», o que el árbitro actuará como «amigable componedor». No obstante, si las partes autorizan la decisión en equidad y al tiempo señalan normas jurídicas aplicables, los árbitros no pueden ignorar esta última indicación».

A raíz de la nueva ley, las diferentes Cortes de Arbitraje españolas han modificado sus reglamentos y han establecido que el arbitraje será de derecho, salvo acuerdo en contrario de las partes.

Otro aspecto fundamental, supuesto que el arbitraje sea de derecho, es cuáles son las normas aplicables al fondo de la cuestión que, como es notorio, no tienen que coincidir con la ley «procesal» de arbitraje aplicable al procedimiento, sus recursos y la ejecución del laudo.

En relación con esta cuestión se establece un sistema que pasa por:

- i) sometimiento a las estipulaciones del contrato (artículo 34.3).
- ii) las partes podrán elegir las normas jurídicas aplicables y «toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflictos de leyes» (artículo 34.2).
- iii) «la ley prefiere la expresión «normas jurídicas aplicables» a la de «derecho aplicable», en la medida que esta última parece englobar la exigencia de remisión a un concreto ordenamiento jurídico de un Estado, cuando en algunas casos lo que ha de aplicarse son normas de varios ordenamientos o reglas comunes del comercio internacional» (Exposición de Motivos, VII), lo que demuestra que el legislador español admite la aplicación de la *lex mercatoria*. El artículo 34.3 *in fine* también señala que «en todo caso, los árbitros tendrán en cuenta los usos aplicables».
- iv) «se suprime la exigencia de que el derecho aplicable deba tener relación con la relación jurídica o con la controversia, ya que se trata de un requisito de difusos contornos y difícil control». (Exposición de Motivos, VII)
- v) «si las partes no indican las normas jurídicas aplicables, los árbitros aplicarán las que estimen apropiadas», establece el artículo 34.2.⁽³²⁾

⁽³²⁾ HIERRO HERNÁNDEZ-MORA, Antonio e HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, en sus «Comentarios al artículo 34» de la ley en la obra colectiva *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje N^o 60/2003, de 23 de diciembre*, coordinada por Julio GONZÁLEZ SORIA, Aranzadi, 2004, dicen en la p. 385:

En definitiva, estamos ante un sistema de plena libertad para elegir las normas jurídicas aplicables que incluye tanto el derecho positivo de un Estado, como la suma de diversas normas o los usos del tráfico mercantil internacional.

g) La ley opta por el arbitraje de un solo árbitro

Volvemos a encontrarnos en este punto con una novedad respecto a la Ley de 1988. En ella se establecía que, a falta de acuerdo, los árbitros serían tres (artículo 13). La nueva ley (artículo 12) parte del principio contrario: «a falta de acuerdo, se designará un solo árbitro». La Exposición de Motivos IV explica que «es esta opción guiada por razones de economía». ⁽³³⁾

En efecto, es notorio que una de las críticas que recibe habitualmente el arbitraje internacional es el de sus costes. Es evidente que la intervención de tres árbitros en lugar de uno multiplica los costes y, por ello, parece prudente establecer, en principio, la fórmula más económica, sin perjuicio de que las partes sean libres de optar por la fórmula del colegio arbitral (raramente serán más de tres árbitros). De hecho, en la práctica internacional, aunque las partes tienden a elegir el colegio arbitral de tres miembros, existe una tenden-

«El artículo 34.2 LArb/2003, transcripción literal del artículo 28.1 LM, modifica, también radicalmente, el criterio legalmente establecido hasta ahora, conforme con el cual, el derecho elegido por las partes para resolver sobre el fondo del asunto debía tener alguna conexión con el negocio jurídico principal o con la controversia (*Vid.* artículo 62 LArb/1988)».

⁽³³⁾ MARTI MINGARRO, Luis, op. cit. en nota 31, en p. 139, al comentar el artículo 12 de la Ley:

«Y es que cuando falta el acuerdo de las partes o no haya remisión a institución arbitral, se hace necesario recurrir al procedimiento judicial de designación, y éste se simplifica extraordinariamente si el órgano jurisdiccional de designación sólo ha de designar un árbitro. Así se excluyen las complicaciones naturales de formar las ternas con personas idóneas, ya que no siempre es fácil seleccionar listas de nueve o más personas no sólo imparciales e independientes –que es lo que la Ley requiere en su artículo 15.6– sino que además han de ser idóneas por sus conocimientos, solvencia y disponibilidad para aceptar y desempeñar el encargo».

cia simplificadora que podemos encontrarla reflejada en el Reglamento de la CCI o en los Reglamentos de diversas Cortes españolas.

En el año 2005 inició sus trabajos en el ámbito de la CCI una «*task force*» sobre reducción de costes en arbitrajes complejos, lo que demuestra que esa preocupación está en la mente de todos.⁽³⁴⁾

h) El convenio arbitral

Ya hemos señalado anteriormente que el artículo 9 de la Ley da todas las facilidades posibles para que exista convenio arbitral (no hay ninguna diferencia entre el compromiso para arbitrar sobre una controversia ya existente y la cláusula compromisoria para la sumisión a arbitraje de controversias futuras), hasta el punto que se quiso que las normas relativas al convenio arbitral y sus efectos se aplicaran a los supuestos en que, con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley, el demandado hubiese recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje o se hubiese iniciado el procedimiento arbitral (Disposición Transitoria única, 1).

En esta línea de favorecimiento del arbitraje se sitúa la casi inexistencia de requisitos formales del convenio arbitral, puesto que el único objeto que se persigue es que quede clara la voluntad de las partes de someterse a arbitraje.

El antiformalismo está reconocido expresamente en la Exposición de Motivos, III:

«La ley refuerza el criterio antiformalista. Así, aunque se mantiene la exigencia de que el convenio conste por escrito y se contemplan las diversas modalidades de constancia escrita, se extiende el cumplimiento de este requisito a los convenios arbitrales

⁽³⁴⁾ La denominación exacta es «*Task Force on Reducing Time and Costs in Complex Litigation*». Su primera sesión se celebró en noviembre de 2005 y la próxima está prevista para abril de 2006.

pactados en soportes que dejan constancia, no necesariamente escrita, de su contenido y que permitan su consulta posterior. Se da así cabida y se reconoce la validez al uso de nuevos medios de comunicación y nuevas tecnologías».

Pocas leyes en el mundo pueden presumir de haber ido tan lejos en la línea antiformalista.⁽³⁵⁾ Al hilo de la explicación del propio redactor de la ley se puede afirmar, sin temor a equivocarse, que una conversación entre las partes en la que manifiestan su voluntad de someterse a arbitraje, de la que quede constancia mediante una grabación, por ejemplo, sería suficiente para entender que hubo convenio arbitral.

i) La designación de árbitros

Uno de los temas habitualmente polémicos es la definición de quién puede ser árbitro. La Ley española de 1988 decía en su artículo 12.2 que «cuando la cuestión litigiosa haya de decidirse con arreglo a Derecho, los árbitros habrán de ser abogados en ejercicio». Generalmente, los Colegios de Abogados o asociaciones profesionales similares hacen bandera de esta exigencia, mientras que quienes están más habituados al arbitraje internacional consideran que se trata de una traba a la elección de personas competentes y que, una vez más, deben ser las partes quienes libremente decidan qué personas son óptimas para resolver un arbitraje.

El Proyecto de Ley que se remitió a las Cortes Generales no hacía ninguna mención a la necesidad de que se fuese abogado en ejercicio para actuar como árbitro. Sin embargo, en el curso de la

⁽³⁵⁾ GARRO, Alejandro M., «Novedades sobre el arbitraje comercial internacional», en la *Gaceta* del lunes 6 de febrero de 2006 da cuenta de los esfuerzos realizados en la CNUDMI para modificar la ley modelo en lo referente al convenio arbitral, para eliminar el requisito de que la cláusula conste por escrito.

tramitación parlamentaria se introdujo una enmienda de compromiso, cuya gestión (nos consta) pretendía buscar una fórmula que no perturbara la capacidad de España para ofrecerse internacionalmente como sede de arbitrajes, a la vez que se recogían las peticiones de los Colegios de Abogados consistente en que sólo para los arbitrajes internos de derecho se requerirá la condición de abogados en ejercicio, «*salvo acuerdo expreso en contrario*» (artículo 15.1). En otras palabras, no se exige esta condición:

- En arbitraje de equidad.
- En los arbitrajes internacionales.
- En los arbitrajes internos de derecho en que las partes hayan eliminado ese requisito.

De esta manera, aunque la fórmula sigue recibiendo críticas, se ha salvado lo más importante que es la innecesariedad de esta cualificación en los arbitrajes internacionales.

j) Los arbitrajes multiparte

A diferencia de la Ley de 1988, la Ley de 2003 afronta esta cuestión en el artículo 15.2.b):

«En caso de pluralidad de demandantes o de demandados [se refiere al arbitraje con tres árbitros], éstos nombrarán un árbitro y aquéllos otro. Si los demandantes o los demandados no se pusieran de acuerdo sobre el árbitro que les corresponde nombrar, todos los árbitros serán designados por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes»

Este sistema, aún imperfecto, es valorable positivamente porque pretende evitar la paralización o la imposibilidad siquiera de poner en marcha el arbitraje y se acomoda a la práctica internacio-

nal, puesto que es la fórmula escogida por los Reglamentos de la CCI, la LCIA y la AAA.

k) **Independencia e imparcialidad**

Siendo esta una de las cuestiones capitales del arbitraje, dada la desconfianza que suscitan, en algunos sectores, los árbitros, no es de extrañar que la Ley de 2003 haya reforzado las garantías en este punto exigiendo no sólo la independencia e imparcialidad de los árbitros al inicio del arbitraje sino también durante su tramitación, sin que puedan mantener con las partes relación personal, profesional o comercial (artículo 17.1).

Además, «la persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e indiferencia. El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes sin demora cualquier circunstancia sobrevenida». (artículo 17.2).

De esta forma se traslada al árbitro la obligación de informar sobre las circunstancias que, en origen o por causas sobrevenidas, pueden poner en duda, de manera justificada, su imparcialidad e independencia. La Ley española recoge, sin modificaciones, el texto de la Ley Modelo pero incorpora importantes avances sobre la Ley de 1988, especialmente por la vía del deber de revelación al que acabamos de referirnos, puesto que en 1988 se limitaba a las causas de recusación.⁽³⁶⁾

⁽³⁶⁾ ALONSO PUIG, José M^a, en op. cit. en nota 31, al comentar el artículo 17 de la Ley, pp. 181 y 182, dice:

«Fácil es advertir que el nuevo texto es bastante más exigente que el anterior en este punto. Con la antigua regulación, el cumplimiento del deber de revelación por parte de la persona que hubiese sido propuesta para ser árbitro, o ya estuviese actuando como tal, podía ser constatado de forma autónoma por ella misma, sin más que hacer un repaso de cada uno de los tasados motivos de recusación de jueces y magistrados previstos en ley; y sin necesidad, por lo tanto, de pensar en otras circunstancias que allí no estuviesen, y menos aún de poner cualquiera de esas otras circunstancias en conocimiento de las partes para esperar de ellas alguna opinión».

l) **La competencia de los árbitros (*Kompetenz-Kompetenz*)**

Aunque la Ley española de 1988 ya consagraba la facultad de los árbitros para determinar su propia competencia al establecer que la oposición al arbitraje, por falta de competencia objetiva de los árbitros, inexistencia, nulidad o caducidad del convenio arbitral, debería formularse en el momento de presentar las partes sus respectivas alegaciones iniciales (artículo 23.1), la Ley de 2003, siguiendo la redacción de la Ley Modelo, es mucho más explícita y afirma con nitidez (artículo 22.1):

«Los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. A este efecto, el convenio arbitral que forma parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral».

Este precepto no sólo recoge el principio de *Kompetenz-Kompetenz*, sino también la separabilidad del convenio arbitral que ya venía siendo respetada por la jurisprudencia española pero que ahora se plasma de forma más clara.

m) **La potestad de adoptar medidas cautelares**

La Ley de 1988 no hacía mención alguna a la posibilidad de adoptar medidas cautelares en un arbitraje, ni por el colegio arbitral, ni por un órgano judicial. Ese vacío, se había cubierto parcialmente mediante la aplicación, en su caso, de Reglamentos como el de la CCI que reconocía la posibilidad de que los árbitros las adoptasen, sin perjuicio de que las partes se pudieran dirigir a los órganos judiciales con tal fin. También se había producido algún pronunciamiento favorable en los Tribunales españoles.

La situación comenzó a mejorar con la LEC del año 2000, cuyo artículo 722 lleva como título precisamente «Medidas cautelares en procedimiento arbitral y litigios extranjeros». El referido precepto dispone:

«Podrá pedir al tribunal medidas cautelares quien acredite ser parte de un proceso arbitral pudiente en España; o, en su caso, haber pedido la formalización judicial a que se refiere el artículo 38 de la Ley de Arbitraje [se refiere a la Ley de 1988, la mención hay que entenderla referida en la actualidad a la designación judicial de árbitros contemplada en el artículo 15 de la Ley 60/2003]; o, en el supuesto de un arbitraje institucional, haber presentado la debida solicitud o encargo a la institución correspondiente según su Reglamento.

Con arreglo a los Tratados y Convenios que son de aplicación, también podrá solicitar de un tribunal español la adopción de medidas cautelares quien acredite ser parte de un proceso jurisdiccional o arbitral que se siga en país extranjero, en los casos en que para conocer del asunto principal no sean exclusivamente competentes los tribunales españoles».

El artículo 724 consideraba que el órgano judicial competente, estando pendiente un proceso arbitral, es «del lugar en que el laudo deba ser ejecutado, y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia».

Por su parte, el artículo 730, al regular el momento para solicitar las medidas cautelares, admite que se pidan antes de la demanda si se acreditan razones de urgencia, pero impone la carga de presentar la demanda no más tarde de veinte días después de la adopción de las cautelares. Exceptúa de este régimen, los casos de designación judicial de árbitros o de arbitraje institucional, en los que será suficiente con que la parte beneficiada por la medida cautelar lleve a

cabo todas las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral, para que aquella se mantenga.

La situación se despeja definitivamente con la Ley de Arbitraje de 2003, en cuya Exposición de Motivos V se hace una explicación muy útil:

«El artículo 23 incorpora una de las principales novedades de la ley: la potestad de los árbitros para adoptar medidas cautelares. Dicha potestad puede ser excluida por las partes, directamente o por remisión a un reglamento arbitral; pero en otro caso se considera que la aceptan. La ley ha considerado preferible no entrar a determinar el ámbito de esta potestad cautelar. Obviamente, los árbitros carecen de potestad ejecutiva, por lo que para la ejecución de las medidas cautelares será necesario recurrir a la autoridad judicial, en los mismos términos que si de un laudo sobre el fondo se tratara. Sin embargo, si dentro de la actividad cautelar cabe distinguir entre una vertiente declarativa y otra ejecutiva, esta ley les reconoce a los árbitros la primera, salvo acuerdo en contrario de las partes. Esta norma no deroga ni restringe la posibilidad, prevista en los artículos 8 y 11 de esta ley y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de que la parte interesada inste de la autoridad judicial la adopción de medidas cautelares. Las potestades arbitral y judicial en materia cautelar son alternativas y concurrentes, sin perjuicio del juego del principio de buena fe procesal.»

Así, pues, los encontramos con dos posibilidades:

- a) Solicitar las medidas cautelares a los árbitros, posibilidad reconocida en el artículo 23 de la Ley:

«Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellos, adoptar las medidas cautelares

que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros podrán exigir caución suficiente al solicitante.

A las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, los serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos».

- b) Solicitar las medidas cautelares a un tribunal, en concreto al previsto en el artículo 8.3 de la Ley de Arbitraje que coincide con el señalado por el artículo 724 de la LEC, puesto que, como dice el artículo 11.3 de la Ley de Arbitraje, «el convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas».⁽³⁷⁾

Por tanto, las medidas cautelares adoptadas por un tribunal o por árbitros pueden ser ejecutadas aunque hayan sido objeto de recurso de apelación o de una acción de anulación, respectivamente (artículos 738 y 456 de la LEC y 45.1, inciso primero, de la Ley de Arbitraje, respectivamente), variando los motivos invocables puesto que en la apelación, cabe invocar todo tipo de motivos de hecho y de derecho incluyendo la valoración errónea de la prueba (artículo 456.1 de la LEC), mientras que en la anulación, sólo se pueden invocar los motivos previstos en el artículo 41 de la Ley de Arbitraje que, como es notorio, son limitados.

Ahora bien, donde pueden aparecer mayores diferencias es a la hora de estudiar los requisitos que deben cumplirse por quien solicite una medida cautelar:

- a) Si se pide a un Tribunal, la LEC los menciona en el artículo 728 (peligro por la mora procesal, apariencia de buen derecho,

⁽³⁷⁾ FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Ángel, en op. cit. en nota 31, al comentar el artículo 11, p. 132, dice:

«La LArb ha eliminado la necesidad de que el proceso arbitral extranjero deba estar ya iniciado en el momento en que se formule la solicitud de medidas cautelares (quien las solicita ha de ser ya parte en el arbitraje, según el artículo 722.II LEC iv)».

caución) pero, además, deben entenderse a la luz de las características de las medidas cautelares (artículo 726 LEC), a saber: i) ser exclusivamente conducentes a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiese otorgarse en una eventual sentencia [entiéndase, laudo] estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente; y ii) no ser susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz pero menos gravosa o perjudicial para el demandado.

- b) Si se pide a los árbitros, la Ley de Arbitraje no establece requisito o característica alguna. Se limita a una simple mención a que se podrá exigir caución. Puesto que la LEC no es supletoria de la Ley de Arbitraje, hay que entender que los árbitros tienen plena libertad para exigir unos u otros requisitos, pero es difícil pensar que actúen con criterios muy diferentes a los de la LEC puesto que estos tienen un carácter bastante general que coincide con el de muchos otros países.

El contenido de la medida cautelar es abierto. En la LEC se reconoce expresamente que es un *numerus apertus* en el artículo 727. En la Ley de Arbitraje nada se dice al respecto, lo que es tanto como dejar plena libertad a los árbitros.

En suma, el sistema español es sumamente favorable a la solicitud de medidas cautelares y a la ejecución de la decisión que pueda adoptarse en tal sentido.

Destacan los autores que el hecho de que las decisiones sobre medidas cautelares sean ejecutables, cualquiera que sea la forma que revistan, significa que tendrán el mismo tratamiento que un laudo, lo que es tanto como decir que se beneficiarán de la aplicación del Convenio de Nueva York u otros que sean aplicables.

n) El laudo: plazo para su emisión y forma

El carácter monista de la Ley española hace que se haya mantenido un plazo máximo para dictar el laudo, como ya hacía la Ley de 1.988 (artículo 30), siempre disponible por las partes.

En concreto, el artículo 37.2 de la vigente Ley de 2003 dice:

«Si las partes no hubieran dispuesto otra cosa, los árbitros deberán decidir la controversia dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación a que se refiere el artículo 29 o de expiración del plazo para presentarla. Salvo acuerdo en contrario de las partes, este plazo podrá ser prorrogado por los árbitros, por un plazo no superior a dos meses, mediante decisión motivada.

La expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo determinará la terminación de las actuaciones arbitrales y el cese de los árbitros. No obstante, no afectará a la eficacia del convenio arbitral, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros».

En la práctica, esta limitación opera de la siguiente manera:

- a) Las partes tienen libertad para dejar sin aplicación la limitación prevista en el artículo 37.2, tanto en lo que concierne al plazo principal como a su ampliación.
- b) Si el arbitraje es institucional, la voluntad de las partes queda expresada por su remisión al reglamento de la Corte que administre el arbitraje, puesto que el artículo 4b) de la Ley dice que «cuando una disposición de esta Ley se refiera al convenio arbitral o a cualquier otro acuerdo entre las partes, se entenderá que integran su contenido las disposiciones del reglamento de arbitraje al que las partes se hayan sometido».

Así, por ejemplo, si las partes se someten al arbitraje de la CCI, será de aplicación su reglamento, que no contempla limitación alguna de plazo, algo, por lo demás, que puede ser necesario en un arbitraje internacional.

- c) Si el arbitraje es *ad hoc* y las partes no han previsto otra cosa, el plazo de 8 meses operaría, lo que puede suponer una seria dificultad para el arbitraje en el caso de que sea internacional o de gran complejidad.

Es este, probablemente, un punto que merece cierta reflexión puesto que en el proyecto remitido a las Cortes no había limitación al número de prórrogas que el árbitro, *per se*, podía decidir, pero fue en la tramitación parlamentaria cuando se limitó la ampliación, sin necesidad de intervención de las partes, a dos meses. La intención, resulta obvia, es evitar que los árbitros puedan alargar los arbitrajes por su sola voluntad por no dedicarle tiempo suficiente al arbitraje, pero la previsión puede resultar peligrosa cuando las partes no actúen de consenso y uno de ellos pretenda boicotear el arbitraje.

Aunque la nueva Ley ya no contempla expresamente, entre las causas de anulación, que el laudo se hubiese dictado fuera de plazo, como hacía el artículo 45.3 de la Ley de 1988, no puede haber duda que la anulación sigue siendo posible por la vía de la letra a) del artículo 41.1 (que el procedimiento arbitral no se ha ajustado al acuerdo entre las partes o a la Ley).

Respecto a la forma del laudo, lo más importante es que sea por escrito y firmado (artículo 37.3), pero ha desaparecido el requisito de la protocolización notarial que se recogía en el artículo 33.2 de la Ley de 1988 y que tantos quebraderos de cabeza producía fuera de España. Sin ninguna duda, era esta una de las razones básicas por las que España se había quedado fuera del circuito de las sedes de arbitrajes internacionales, ya que al coste de la protocolización se añadía, sobre todo, la incomodidad del árbitro que tenía que desplazarse a España, si no residía en este país, para este único fin.

Con buen criterio la nueva Ley se limita a decir que «el laudo podrá ser protocolizado notarialmente. Cualquiera de las partes, a su coste, podrá instar de los árbitros, antes de la notificación, que el laudo sea protocolizado». Con este avance, confiamos en que han quedado cubiertas las aspiraciones de quienes querían dejar abierta una puerta a la fehaciencia de la fecha y contenido, pero sin perjudi-

car, por ello, a la capacidad de atracción de España para los arbitrajes internacionales en los que esta práctica resulta atípica.

o) Los plazos de corrección, aclaración y complemento del laudo

El único aspecto destacable en este extremo es que los plazos generales de solicitud de corrección, aclaración o complemento del laudo, que es de 10 días desde la notificación del laudo y el de resolución, que es de 10 días para la corrección de errores y aclaración y 20 días para el complemento, previa audiencia de las demás partes, en todo caso, se amplían a 1 mes (en el caso de los plazos de 10 días) y a 2 meses (en el caso del plazo de 20 días) si el arbitraje es internacional (artículo 39 de la Ley).

p) La acción de anulación

El antiguo recurso de anulación contra el laudo pasa a denominarse en la nueva ley, acción de anulación.

El laudo susceptible de anulación es el «definitivo» (artículo 40), ahora bien, en la Exposición de Motivos se dice que «el laudo parcial tiene el mismo valor que el laudo definitivo y, respecto de la cuestión que resuelve, su contenido es invariable».

Los motivos de anulación venían recogidos en el artículo 45 de la Ley de 1988 y lo están ahora en el 41 de la nueva Ley. No hay una coincidencia perfecta entre unos y otros, pero con carácter general se puede decir que la descripción actual, además de adaptarse a la Ley Modelo, es más precisa.

Lo importante, no obstante, es que son motivos tasados y que de su lectura resulta inobjetable que, por vía de anulación, no cabe entrar a resolver sobre el fondo de la cuestión debatida.

De acierto puede calificarse el que se haya extendido el plazo para interponer la acción de anulación desde los 10 días de la Ley de 1988 (artículo 46.2) a los 2 meses de la Ley de 2003 (artículo 41.4), inferior todavía a los 3 meses que admite la Ley Modelo (artículo 34).

El procedimiento de anulación se sigue residenciando ante la Audiencia Provisional del lugar donde el laudo se hubiese dictado (artículo 8.5), es decir, ante un órgano colegiado formado por 3 miembros. La aspiración de los estudiosos y prácticos del arbitraje en España, es que al menos las ciudades más importantes de España en materia arbitral (significadamente Madrid, donde están las mayores Cortes, y, probablemente, Barcelona) dispongan de una Sección especializada en el conocimiento de las acciones de anulación.⁽³⁸⁾

En la actualidad, el tiempo medio de duración de una anulación, dependiendo de la Audiencia Provincial, puede estar entre 9 y 18 meses. Contra la sentencia que dicte la Audiencia Provincial no cabe recurso alguno (artículo 42), salvo, en su caso, el de amparo constitucional si se justifica que se ha vulnerado algún derecho fundamental.

q) La ejecución del laudo

La ejecución del laudo firme no presenta singularidad alguna respecto a una sentencia firme, pues produce efecto de ese juzgado (artículo 43) y la ejecución forzosa se rige por la LEC.

Donde aparecen notables novedades en la Ley de 2003 es en la ejecución de laudos que han sido objeto de una acción de anulación.

En la Ley de 1988 no existía la ejecución provisional del laudo impugnado. Simplemente se admitía la posibilidad de que la parte vencedora pudiera solicitar la ejecución de medidas cautelares con-

⁽³⁸⁾ Se han conseguido ciertos avances. La Sección 15^a de la Audiencia Provincial de Barcelona tiene cierto grado de especialización. Por su parte, la Sección 28^a de la Audiencia Provincial de Madrid tiene atribuida competencia en las «acciones relativas a arbitraje en materias competencia de los Juzgados de lo Mercantil» (Normas de Reparto de la Audiencia Provincial de Madrid en vigor desde el 1 de enero de 2006) que son, a su vez, las establecidas en el artículo 8 de la Ley de Arbitraje cuando vengan referidas a materias contempladas en este apartado (del artículo 86 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). El apartado mencionado contiene una relación de asuntos que incluye, entre otros, las materias societarias, derecho marítimo, normativa en materia de transportes, propiedad intelectual o publicidad.

ducentes a asegurar la plena efectividad de aquel una vez que alcanzase firmeza (artículo 50). Ello suponía que:

- La parte perdedora pudiera impugnar el laudo con la única finalidad de dilatar la ejecución del laudo.
- La parte vencedora sólo pudiera solicitar unas medidas cautelares de muy difícil consecución y potencialmente costosas, puesto que el Juez podía fijar los afianzamientos que considerase oportunos para conceder las medidas cautelares.

La situación da un giro copernicano en la Ley de 2003. El principio que impera ahora es la ejecutabilidad del laudo aunque contra él se haya ejecutado acción de anulación (artículo 45.1). Para ello, el ejecutante no tiene que justificar requisito alguno ni constituir caución de ningún género, por lo que ni cabe dilación por parte del ejecutado ni cabe imponerle cargas económicas al ejecutante.

Como dice la Exposición de Motivos, la razón para pasar a este sistema es que el Derecho español contiene, desde la LEC de 2000, un sistema de ejecución provisional de sentencias de instancia muy favorable al vencedor de la litis en la instancia (artículos 529 y ss LEC). Ahora bien, algunos autores y alguna resolución judicial⁽³⁹⁾ conside-

⁽³⁹⁾ FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Ángel, en op. cit. en nota 31, al comentar el artículo 45, en p. 490 dice:

«La ejecución que puede despacharse con base en el laudo definitivo (o resolución equiparada) es ejecución ordinaria, no ejecución provisional».

El Auto del Juzgado de 1ª Instancia Nº 12 de Madrid dictado el 23-9-2004 en el procedimiento de ejecución *forzosa de laudo 516/2004*, dice:

«De ello resulta sin duda alguna la posibilidad de ejecutar el laudo a que se contrae este proceso de ejecución, a pesar de haberse ejercitado acción de anulación. No se trata de ejecución provisional, sino de la ejecución forzosa de un título, el laudo arbitral, que no necesita tener el carácter firme para llevar aparejada ejecución».

No obstante, la opinión no es unánime. Otros autores como CUCARELLA GALIANA, Luis Andrés, en *El procedimiento arbitral (Ley Nº 60/2003, 23 de diciembre, de Arbitraje)*, publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2004, p. 276, sostiene lo contrario:

«Por este motivo, en defecto de regulación especial, debe integrarse esta regulación acudiendo al régimen de la LEC relativo a la ejecución provisional de sentencias».

ran que la fórmula aplicada a los laudos impugnados no es la de la ejecución provisional sino definitiva de sentencias, lo que hace que el trato a los laudos definitivos pero no firmes sea aún más favorable que el de las sentencias definitivas no firmes.

En el caso de los laudos sólo cabe que el ejecutado solicite la suspensión de la ejecución, siempre que ofrezca caución por el valor de la condena más los daños y perjuicios que pudieran derivarse de la demora en la ejecución del laudo (art 45.1).

Sin embargo, la regulación de la ejecución provisional de sentencias permite al ejecutado oponerse a ello cuando entienda que las actuaciones de ejecución de una condena dineraria pueden causar una situación absolutamente imposible de restaurar o de compensar económicamente mediante el resarcimiento de daños y perjuicios o, en el caso de sentencia de condena no dineraria, se produzcan situaciones análogas (artículo 528 de la LEC).

Una prueba más bien palpable, es la generosidad del legislador español a la hora de regular esta cuestión capital de la ejecución y un argumento más para pensar en España como una sede muy favorable al arbitraje.

r) El *exequátur* de laudos extranjeros

También aquí, España ha querido ser amistosa con el arbitraje. El artículo 46 de la Ley de Arbitraje empieza por decir que «se entiende por laudo extranjero el pronunciado fuera del territorio español», y continúa remitiéndose al Convenio de Nueva York o a cualquier otro convenio internacional más favorable a la concesión del *exequátur*.

El dato más característico del sistema español es que el Juez competente para concederlos es el Juez de 1ª Instancia del lugar en que el laudo debe ejecutarse. A estos efectos hay que tener en cuenta no sólo el artículo 8.6 de la Ley de Arbitraje, sino también la Ley Orgánica 19/2003 de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, que modifica el artículo 85 y atribuye a los Juzgados de 1ª Instancia conocer, en el orden civil,

«de las solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales y arbitrales extranjeras a no ser que, con arreglo a lo acordado en los tratados y otras normas internacionales corresponda a otro juzgado o tribunal».

Este extremo ha sido criticado por suponer un salto excesivo desde la atribución de esta competencia a la Sala 1ª del Tribunal Supremo, que tenía unos criterios muy claros en relación con esta materia, a los Juzgados de 1ª Instancia de toda España, entre los que puede crearse una situación de falta de criterios uniformes.

La crítica es cierta y, probablemente, originará más de una propuesta de reforma en el futuro. No obstante, hay que valorar que la decisión adoptada se funda precisamente en el deseo de favorecer la ejecución de los laudos extranjeros, puesto que el Tribunal Supremo español sufre dilaciones exageradas y, por ello, el legislador ha preferido atribuir la competencia a los órganos judiciales de resolución más rápida que son los Juzgados de 1ª Instancia.

4. LA ACTITUD DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES ANTE EL ARBITRAJE

No es ningún secreto y faltaríamos a la verdad si no reconociéramos que los Tribunales españoles hace veinte años eran poco proclives al arbitraje. Se consideraba que los árbitros eran una suerte de competidores desleales de los jueces y que los procedimientos arbitrales carecían del rigor y la seriedad de los procedimientos judiciales.

Es igualmente una obviedad que un país no pueda ofrecerse como sede de arbitraje si no cuenta con un Poder Judicial dispuesto a favorecer el arbitraje, puesto que las intromisiones de aquél en éste o la utilización de lo que deben ser vías de apoyo como herramientas de obstaculización son ataques frontales y letales al funcionamiento correcto de esta institución.

La situación en España, actualmente, creo que puede calificarse como de plena aceptación del arbitraje y de cooperación y hasta apoyo decidido a él. Veamos algunos ejemplos:

- a) La creación de los Juzgados de lo Mercantil, como órganos especializados en ciertas materias, ha sido un logro en el panorama judicial español, aplaudido universalmente y que está rindiendo sus frutos de manera muy rápida.

Pues bien, una de las funciones que se les ha atribuido ha sido precisamente la de ejercer las competencias atribuidas en el artículo 8 de la Ley de Arbitraje a los Juzgados de 1ª Instancia «cuando vengán referidas a materias contempladas en este apartado» (del artículo 86 de la LOPJ).

Hubiera sido deseable que todas las materias relacionadas con arbitraje, y no sólo las que hacen referencia a las cuestiones sustantivas que caen dentro de su órbita competencial, se hubieran atribuido a estos Juzgados, lo que hubiese producido como efecto inmediato una especialización y una fecunda familiarización con el arbitraje, pero, aun sin haber llegado a ese punto, no se puede desdeñar lo que supone de progreso frente a la situación anterior.

La necesaria especialización en las Audiencias Provinciales puede ser un eslabón más en la creación de una cadena de órganos judiciales especialistas en arbitraje.

- b) Los órganos judiciales han recibido con plena naturalidad la Ley de Arbitraje. Más aún, la han aprobado formalmente. Como botón de muestra muy significativo, podemos referirnos a la jornada que tuvo lugar en marzo de 2005 en el Consejo General del Poder Judicial español organizada conjuntamente por esta institución y por el Comité español de la CCI de París, que permitió reunir a magistrados, especialistas en arbitraje y al Presidente de la Corte de Arbitraje de la CCI, quien escuchó de boca del vicepresidente del Consejo General del Poder Judicial y de un destacado miembro de la judicatura palabras inequívocas de apoyo a la ley, que pusieron en evidencia que no hay ningún recelo en los tribunales españoles hacía el arbitraje.
- c) La aplicación de la legislación española en las materias en las que es necesaria la colaboración judicial está siendo modélica.

Empezando por las medidas cautelares podemos decir que los órganos judiciales españoles están reconociendo y aplicando sus funciones de colaboradores de los árbitros sin ningún problema. A tal efecto, podemos citar como ejemplo los tres autos dictados por el Juzgado de 1ª Instancia nº 20 de Madrid el 19 de febrero, 27 de octubre y 22 de diciembre de 2003 (medidas cautelares Nº 1167/2002, 845/2003 y 1200/2003, respectivamente) y los tres autos dictadas por la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Madrid el 22 de marzo, 26 de julio de 2004 y 8 de febrero de 2005 (recursos de apelación 510/2003, 202/2004 y 229/2004, respectivamente), en un caso en el que se solicitaban medidas cautelares que afectaban a una cifra total de 70 millones de euros que fueron inmovilizados mientras se tramitaba un procedimiento arbitral con arreglo al Reglamento de la CCI.

- d) Otro buen exponente de la forma en que los Tribunales españoles vienen aplicando el carácter tasado de los motivos de anulación, incluso en la Ley de 1988, se puede obtener del estudio de las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales españolas al enjuiciar los antiguos recursos de anulación. De ese análisis resulta, sin temor a dudas, que son casi anecdóticos, estadísticamente hablando, los casos en que prosperan las peticiones de anulación y siempre por razones de orden procedimental, nunca por razones de fondo. En otras palabras, los Tribunales españoles respetan la limitación de actuaciones que las sucesivas leyes de arbitraje han establecido en relación con las cuestiones de fondo y no sienten tentaciones de sustituir a los colegios arbitrales.
- e) Una prueba más de la favorabilidad hacia el arbitraje ha sido la interpretación realizada en materia de ejecución. Ante la duda sobre si el régimen aplicable a la ejecución de laudos impugnados era el de la ejecución provisional de sentencias o el de la ejecución definitiva de ellas, en fechas muy próximas a la entrada en vigor de la ley un Juzgado de 1ª Instancia de Madrid dictó Auto resolviendo que no se aplicaban las normas de la ejecu-

ción provisional que hubieran sido algo más restrictivas para el ejecutante.⁽⁴⁰⁾

La importancia del caso no es precisamente anecdótica, pues se trataba de despachar la ejecución por un importe de aproximadamente 24 millones de euros.

- f) Los juzgados están aceptando que la función arbitral es tan importante como la judicial, como se puede comprobar en los dos casos a los que vamos a referirnos. Se trataba de dos procedimientos judiciales en los que se alegó, por la parte demandada, la prejudicialidad civil de un procedimiento arbitral y, por consiguiente, la paralización de los procedimientos judiciales hasta que se dictase laudo.

En efecto, el artículo 43 de la LEC dice:

«Cuando para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil, si no fuera posible la acumulación de autos, el tribunal, a petición de cuyas partes o de una de ellas, oída la contraria, podrá mediante auto decretar la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial».

En los dos casos que mencionamos el demandante se opuso a la solicitud del demandado de que se entendiera que había prejudicialidad civil en la cuestión que debía resolver el colegio arbitral y, pese a ello, los dos juzgados entendieron que el término «tribunal» era extensible al colegio arbitral y suspendieron los procedimientos hasta que se resolviese el procedimiento arbitral.⁽⁴¹⁾

(40) Nos referimos al Auto citado en la nota N^o 38.

(41) Se trata del Auto dictado el 9 de mayo de 2003 por el Juzgado de 1^a Instancia N^o 20 de Barcelona en el procedimiento ordinario N^o 18/2003 que dice:

- g) Finalmente, podemos referirnos a las declaraciones del Presidente de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español de apoyo al arbitraje en la publicación Chambers.⁽⁴²⁾

«Acerca de la concurrencia del requisito de que «el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil» prejuzgue la resolución del presente pleito, y si dicha prejudicialidad puede originarla un proceso arbitral, debe entenderse que sí, por cuanto el proceso arbitral es un procedimiento, sus resoluciones se dictan por un tribunal (arbitral) y lo en ellos resuelto mediante laudo arbitral firme produce idénticos efectos a la cosa juzgada (ex artículo 37 de la Ley de Arbitraje). En este sentido se pronuncia el auto de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 20.6.00)».

El segundo de ellos es el dictado el 28 de abril de 2004 por el Juzgado de 1ª Instancia Nº 2 de Barcelona en el procedimiento ordinario 85/2003, que declara:

«Esta Juzgadora interpreta el artículo 43 de la LEC de forma amplia, atendiendo a su espíritu y, por tanto, concluyo con que el artículo 43 de la LEC también es aplicable a los Tribunales arbitrales. A esta conclusión se llega por las siguientes consideraciones: el laudo arbitral goza de las características más relevantes de la sentencia judicial: despliega efectos de cosa juzgada y es ejecutivo y; en este sentido, es asimilable a la resolución judicial. Además, la rúbrica del artículo 43 de la LEC «prejudicialidad civil» es predicable también respecto a un tribunal arbitral que, aunque no esté incardinado en el Poder Judicial, decide tras un proceso controversias civiles y, pese a que el legislador no haya previsto expresamente este supuesto, el mismo se contiene en el precepto citado no sólo por los motivos doctrinales citados *supra*, sino también por motivos pragmáticos, ya que entender lo contrario puede ocasionar resoluciones contradictorias que es uno de los riesgos que el legislador pretende conjurar al regular la prejudicialidad civil».

- (42) En una investigación sobre el arbitraje en Iberia, hecha pública en febrero de 2006, se recogen las siguientes palabras del Sr. Xiol Rios:

«Courts have historically been reticent towards international arbitration and this was reflected in previous legislation. This attitude has changed radically: nowadays the judiciary is absolutely positive and predisposed to ensure the effectiveness of the arbitration decisions. I believe we have a modern and receptive approach to Arbitration matters.

Our legal system understands that arbitration gives the opportunity to the private sector to avoid some intrinsic inconveniences of the trial, such as cost and length. Our constitution is perfectly compatible with arbitration proceedings, and this has been confirmed by the Spanish Constitutional Court.

The First Chamber of the Spanish Supreme Court has passed several resolutions giving effectiveness to arbitration decisions and we are fully behind this development. The Supreme Court's function is to ensure that fundamental rights and legal principles are respected and, when it comes to arbitration, the new law is extremely modern and based on the UNCITRAL framework».

5. CONCLUSIONES

A través de este recorrido hemos querido explicar, de forma somera, que España cuenta hoy con todos los elementos necesarios para ser una buena sede de arbitrajes:

- El entorno económico se corresponde con el de los países más desarrollados.
- El nivel de sus comunicaciones físicas y sus telecomunicaciones permite contar con todas las facilidades y comodidades necesarias.
- Cuenta con un amplio número de profesionales jurídicos especializados en arbitraje y con conocimiento directo del tráfico comercial internacional, buena formación jurídica y adecuado nivel de experiencia contractual y litigiosa.
- En el país se pueden encontrar sin dificultad profesionales de primer nivel en materias técnicas, económicas o de cualquier otra naturaleza necesarias para un árbitro.
- Los costes en España son significativamente inferiores a las de otros países europeos.
- Aunque el español es el elemento de comunicación que permite a España disfrutar de una posición privilegiada para los arbitrajes en ese idioma o en los que sean parte empresas iberoamericanas, el uso de otros idiomas, significadamente el inglés, no supone ninguna dificultad.
- La similitud entre los ordenamientos jurídicos de base continental europea permite que los abogados y árbitros españoles e iberoamericanos puedan adaptarse fácilmente a la aplicación de otros derechos de características similares.
- La Ley de Arbitraje de 2003 es un instrumento de excelente calidad que no sólo recoge los estándares internacionales de la Ley Modelo, sino que los mejora en diversos extremos.
- España ha ratificado todos los convenios internacionales fundamentales en materia de arbitraje.

- Los tribunales españoles tienen una actitud favorable al arbitraje, tanto en su facilitación como en su ejecución.

El tiempo dirá si estos elementos han sido suficientes para que España se convierta en un centro de arbitraje internacional. Hacemos votos porque así sea pero, en todo caso, lo que no debe faltar es la información para que ello sea posible. A ese propósito responde modestamente este trabajo.

Laudos Arbitrales Nacionales

EXPEDIENTE ARBITRAL N° 080-2004/SNCA-CONSUCODE

Demandante: Urgencia Postal S.A.

Demandado: Empresa Peruana de Servicios Editoriales S.A. (Editora Perú)

Materia: Indemnización por daños

Arbitro: Dr. Javier de Belaunde López de Romaña

LAUDO ARBITRAL

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO DICTADO EN EL ARBITRAJE SEGUIDO POR URGENCIA POSTAL S.A. CONTRA EMPRESA PERUANA DE SERVICIOS EDITORIALES S.A. SOBRE PAGO DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS, ANTE EL ÁRBITRO ÚNICO DOCTOR JAVIER DE BELAUNDE LOPEZ DE ROMAÑA.

Resolución No. 45

Lima, 11 de julio de 2005

VISTOS:

I. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

Con fecha 12 de mayo de 2004, Urgencia Postal S.A. (en adelante, URGENCIA POSTAL) y Empresa Peruana de Servicios Editoriales S.A. (en adelante, EDITORA PERÚ) suscribieron el Contrato de “Servicio de Reparto de Suscripciones del Diario Oficial El Peruano”: Contrato N° 026-0AJ-EP-2004 (en adelante, EL CONTRATO); el cual derivó del Concurso Público N° 0004-2004-EP convocado por EDITORA PERU (en adelante EL CONCURSO).

En la Cláusula Décimo Octava de EL CONTRATO, se estipuló que cualquier controversia o reclamo que surja o se relacione con la ejecución o interpretación del mismo, sería resuelta de manera definitiva mediante Arbitraje de Derecho, de conformidad con las disposiciones establecidas en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 26850 (aprobado mediante Decreto Supremo N° 012-2001-PCM) y su Reglamento (aprobado mediante Decreto Supremo N° 013-2001-PCM).

II. DESIGNACIÓN DE ÁRBITRO ÚNICO

Al haberse suscitado una controversia entre las partes, derivada de la resolución de EL CONTRATO, URGENCIA POSTAL, mediante carta notarial de fecha 14 de junio de 2004, solicitó a EDITORA PERÚ el inicio del correspondiente proceso arbitral.

Mediante Resolución N° 295-2004-CONSUCODE/PRE, de fecha 21 de julio de 2004, se designó como Árbitro Único, en defecto de acuerdo entre EDITORA PERÚ y URGENCIA POSTAL, a quien expide este Laudo, doctor Javier de Belaúnde Lopez de Romaña.

Mediante Audiencia de Instalación del Árbitro Único, de fecha 18 de agosto de 2004, el Árbitro Único se ratificó en la aceptación del cargo y ambas partes manifestaron su conformidad con dicha designación.

En el Acta de Instalación se estableció que, en virtud del convenio arbitral contenido en la Cláusula Décimo Octava de EL CONTRATO, y en aplicación del artículo 186° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, el arbitraje es nacional y de derecho.

Asimismo, se estableció que el arbitraje se regiría de acuerdo a las reglas establecidas en el Acta de Instalación antes indicada y, en su defecto, en lo dispuesto el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 012-2001-PCM (en adelante, LCAE), su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 013-2001-PCM (en adelante RELCAE), la Ley General de Arbitraje (en adelante LGA); y, en caso de vacío o deficiencia de las reglas que anteceden, el Árbitro Único resolverá del modo que considere apropiado.

III. PRETENSIÓN PLANTEADA POR URGENCIA POSTAL EN SU ESCRITO DE DEMANDA, ASÍ COMO ARGUMENTOS Y MEDIOS PROBATORIOS QUE LA SUSTENTAN

Mediante escrito de fecha 11 de octubre de 2004, URGENCIA POSTAL cumplió con subsanar las omisiones de su demanda, inicialmente presentada con fecha 29 de setiembre de 2004, y posteriormente, mediante escrito del

21 de octubre de 2004, URGENCIA POSTAL cumplió con realizar las aclaraciones y precisiones requeridas mediante Resolución N° 6, de fecha 15 de octubre de 2004.

3.1. Pretensión planteada por URGENCIA POSTAL

URGENCIA POSTAL estableció como única pretensión el pago de una indemnización por daños y perjuicios ascendente a S/. 3'800,000.00 (TRES MILLONES OCHOCIENTOS MIL Y 00/100 NUEVOS SOLES), más costos y costas procesales, derivada de la resolución de EL CONTRATO realizada por EDITORA PERÚ.

3.2. Resumen de fundamentos presentados por URGENCIA POSTAL

3.2.1. Fundamentos de Hecho

- a. Con fecha 29 de abril de 2004, URGENCIA POSTAL recibió la Carta N° 145-F3000-EP-2004 por la cual EDITORA PERÚ comunicó al Consorcio Corporación de Servicio e Inversiones Perú S.A. – CSI Perú Logística SAC (en adelante CSI) que había perdido la buena pro de EL CONCURSO por cuanto dicha empresa no se había apersonado a la suscripción del contrato correspondiente. Por tanto, al obtener URGENCIA POSTAL el segundo lugar en el orden de prelación en la Evaluación Técnica-Económica, se emplazó a URGENCIA POSTAL para que suscribiera el contrato correspondiente, para el día 6 de mayo del 2004.
- b. A efectos de cumplir de manera oportuna con el reparto de las suscripciones del Diario Oficial “El Peruano”, URGENCIA POSTAL, mediante cartas de fecha 03, 05, 06 y 07 de mayo de 2004, solicitó a EDITORA PERÚ que remitiera las Hojas de Ruta, para poder así entregar sin demora las respectivas suscripciones del diario.
- c. Mediante Carta N° 0052-C0000-EP-2004, de fecha 14 de mayo de 2004, EDITORA PERÚ contestó que “no podía detallar los puntos de distribución en las Bases”.
- d. Mediante carta de fecha 11 de mayo de 2004, URGENCIA POSTAL comunicó que la información alcanzada por EDITORA PERÚ no estaba de acuerdo con lo pedido en cartas anteriores en función de la secuencia de entrega de cada diario; solicitando, adicionalmente, que se amplíe el plazo para el inicio del servicio, por las consideraciones antes expuestas.
- e. Posteriormente, EDITORA PERÚ y URGENCIA POSTAL sostuvieron una reunión en la cual la primera solicitó la presentación de la rela-

ción de personal de esta última. Por su parte, URGENCIA POSTAL destacó las deficiencias en todas las rutas y solicitó la pauta del día 17 de mayo para tener información actualizada para dar inicio a la prestación del servicio. Dicha información, sostiene la demandante, no fue brindada; por lo que URGENCIA POSTAL no pudo cumplir oportunamente con el reparto de las suscripciones del diario, imputándole ello a EDITORA PERÚ.

- f. Mediante carta de fecha 13 de mayo de 2004, URGENCIA POSTAL reitera la necesidad de contar con las Hojas de Ruta, a fin de poder realizar la entrega de las suscripciones del Diario Oficial “El Peruano”.

URGENCIA POSTAL manifestó que esta circunstancia era perjudicial a la empresa, puesto que para la celebración de EL CONTRATO tuvo que acreditar, conforme a ley, su idoneidad para la prestación del servicio con las respectivas cartas fianzas; motivo por el cual sostuvo que EDITORA PERÚ pretendía ejecutar dichas cartas fianzas con el objeto de apropiarse indebidamente de sus fondos.

- g. Por esta razón, URGENCIA POSTAL argumenta que la resolución de EL CONTRATO ejecutada por la demandada deriva de causa imputable a la negligencia de sus representantes y funcionarios que, de manera tendenciosa y malintencionada, no cumplieron con entregar las Hojas de Ruta correspondientes.

- h. De este modo, URGENCIA POSTAL manifiesta en su demanda que se le ha causado un daño en desmedro de su imagen institucional, motivo por el cual solicita una indemnización por responsabilidad contractual por la suma de S/. 3'800,000.00, originada por el incumplimiento absoluto de la demandada; al habérsele obstaculizado, en forma reiterada y deliberada, el cumplimiento oportuno de la prestación a su cargo.

- i. Por lo expuesto, URGENCIA POSTAL sostiene que la demandada no actuó de buena fe; por el contrario, ésta sabotó su desempeño y ocasionó un colapso en el sistema a fin de que se incumpliera con EL CONTRATO.

- j. Por tal motivo, y a fin de demostrar que EDITORA PERÚ actuó con alevosía, premeditación y ventaja contra URGENCIA POSTAL, la demandada procede a describir las diferentes etapas de EL CONCURSO, según resumen siguiente:

- Etapa de la Evaluación de las Propuestas:

URGENCIA POSTAL manifiesta que su propuesta era económicamente inferior a la propuesta planteada por CSI, pero que era *vox populi*

que esta última sería la ganadora de EL CONCURSO, sosteniendo que el Comité Especial actuó injustamente al restarle puntos a su propuesta técnica.

- Etapa de la Ejecución del Servicio por parte de CSI:

Al respecto, URGENCIA POSTAL sostiene que en la ejecución del contrato por parte de CSI, EDITORA PERÚ brindó facilidades a efectos de que se realice la entrega de los diarios, inclusive sin haber suscrito aún el contrato, y sin haberse entregado las garantías que establece la ley para ello.

- Etapa del otorgamiento de la buena pro a URGENCIA POSTAL:

En esta etapa, URGENCIA POSTAL sostiene que se acreditó la existencia de una relación malintencionada, conllevando ello a la resolución de EL CONTRATO, para poder celebrarse posteriormente el mismo entre EDITORA PERÚ y 26 ex trabajadores que durante varios años había venido prestando el servicio de reparto del diario. Con lo cual, la demandante concluye que la empresa demandada manipuló deliberadamente la información que debió ser entregada a URGENCIA POSTAL con el objeto de crear una causal de resolución de EL CONTRATO.

- Etapa de inicio de las operaciones de URGENCIA POSTAL:

Al respecto, la demandante sostiene que, mediante carta de fecha 17 de mayo de 2004, indicó que la información proporcionada por EDITORA PERÚ se encontraba desfasada; que se había agregado a INDECOPI con el suscriptor Ministerio de Economía y Finanzas como puntos de entrega bajo la modalidad de oficina por oficina; que se había agregado la relación adicional de entregas de cortesía no previstas en las Bases; que debía tomarse en cuenta una variación en las secuencias de entrega en 09 de las 26 rutas establecidas. Por lo cual, se tenía que postergar el inicio del servicio de entrega de las suscripciones.

Pese a lo anterior, y al no ser acogida la solicitud de postergación del servicio, URGENCIA POSTAL inició el mismo el día 18 de mayo de 2004.

Asimismo sostiene la demandante que EDITORA PERÚ se dedicó a entrapar el servicio que debía realizar, ejecutando una serie de actos destinados a demorar y a entorpecer la labor de entrega, a efectos de tener elementos de juicio para que se cuestionara su labor más adelante.

- Etapa de ejecución del servicio:

URGENCIA POSTAL sostiene que, en respuesta a la Carta Notarial N° 002401-04, recibida el 20 de mayo de 2004, se indicó a la demandada que existían deficiencias en la información entregada por ésta, lo cual debía ser motivo para que se postergue el servicio.

De igual modo, mediante Carta Notarial N° 33956, de fecha 21 de mayo de 2004, dirigida a EDITORA PERÚ, la demandante sostuvo que fue víctima de una premeditada acción de excusa por parte de la demandada, debido a que ésta quería solucionar un problema laboral con sus ex distribuidores.

Sostiene, además, que la demandada, al ser extorsionada por sus ex trabajadores, comprometió la caída de URGENCIA POSTAL para que los anteriores distribuidores retornaran a prestar el servicio, teniendo como condición que estos últimos no demandasen a EDITORA PERÚ por manejos irregulares.

Por lo anterior sostiene que se ha violado el pacto de integridad, suscrito por ambos representantes legales, en el sentido que se había aceptado la extorsión por parte de los trabajadores actuales.

A pesar de todas las dificultades expuestas, el 19 de mayo de 2004, URGENCIA POSTAL señala que se produjo una mejora sustancial del servicio con relación al día anterior, lo que produjo una baja en los reclamos. Lo mismo ocurrió el 21 de mayo, siendo el margen de los reclamos aún más bajo que el día anterior.

Sin embargo, mediante Carta Notarial N° 292-G0000-EP-2004, de fecha 20 de mayo de 2004, EDITORA PERÚ resolvió EL CONTRATO, argumentando lo siguiente: i) que URGENCIA POSTAL no cuenta con personal técnico calificado para la prestación del servicio; ii) que no se ha cumplido con el servicio dentro del tiempo máximo ofertado para la entrega del diario a los suscriptores; iii) que no se brindó el servicio con 27 vehículos y/o camionetas; iv) que URGENCIA POSTAL debió presentar sus cargos en el área de suscriptores de EDITORA PERÚ; y, (v) que URGENCIA POSTAL debió contar con los equipos de comunicaciones para todas las rutas.

- Etapa de Resolución de EL CONTRATO:

Sobre el particular, URGENCIA POSTAL sostiene que la resolución de EL CONTRATO no fue efectuada con arreglo a la normatividad legal aplicable, en base a lo siguiente:

- Mediante Carta Notarial N° 002401-04, recibida con fecha 18 de mayo de 2004, EDITORA PERÚ le otorgó un plazo de dos (02) días para el cumplimiento de EL CONTRATO; esto es, debía ser el 19 y 20 de mayo del 2004. Dicho plazo tenía como término recién el 21 de mayo de 2004, fecha en la que debería verificarse el cumplimiento o no para poder resolver EL CONTRATO.
- No obstante ello, mediante Carta Notarial N° 002444-04, recibida con fecha 20 de mayo de 2004, EDITORA PERÚ resolvió EL CONTRATO cuando todavía estaba vigente el plazo de dos (02) días, transgrediendo el plazo que establece el Artículo 144 del RELCAE, concordado con el artículo 18° del citado Reglamento.
- Se pretende, por tanto, de manera dolosa imputar supuestos incumplimientos de EL CONTRATO, cuando en realidad los hechos son imputables a EDITORA PERÚ.

3.2.2. Fundamentos de Derecho

- a. Cláusulas Décima: Justificación, Décimo Quinta: Resolución, y Décimo Octava: Arbitraje, de EL CONTRATO.
- b. Principios de Moralidad e Imparcialidad que rigen las contrataciones y adquisiciones del Estado.
- c. Artículos 1969, 1984, 1985 del Código Civil.
- d. Artículo 25 de la LCAE; así como los Artículos 40, 125, 144 y 186 del RELCAE.

3.3. Medios Probatorios ofrecidos por URGENCIA POSTAL

En calidad de medios probatorios, URGENCIA POSTAL ofreció las pruebas documentales, declaración de parte y testimoniales citados en los Numerales 7.1 al 7.34 del punto 7, titulado “MEDIOS PROBATORIOS”, de su escrito de demanda.

3.4. Admisión de la demanda presentada por URGENCIA POSTAL

Mediante Resolución N° 08, de fecha 26 de octubre de 2004, el Árbitro Único admitió a trámite la demanda presentada por URGENCIA POSTAL, de fecha 29 de setiembre de 2004, así como los respectivos escritos de subsanación de fechas 11 y 21 de octubre de 2004. Adicionalmente, en dicha resolución se tuvo por ofrecidos los medios probatorios de la demandante; y, finalmente, se confirió traslado de la misma con sus respectivos escritos de subsanación así como de sus anexos a EDITORA PERÚ, renovando los plazos procesales a fin de que ésta proceda a su contestación.

IV. POSICIÓN DE EDITORA PERÚ RESPECTO DE LA PRETENSIÓN PLANTEADA POR URGENCIA POSTAL Y MEDIOS PROBATORIOS QUE LA SUSTENTAN

Mediante escrito presentado el 11 de noviembre de 2004, EDITORA PERÚ contesta la demanda, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos; exponiendo los fundamentos de hecho y de derecho por los cuales considera que la pretensión contenida en la demanda presentada por URGENCIA POSTAL debe ser declarada infundada.

Posteriormente, mediante escrito presentado con fecha 25 de noviembre de 2004, EDITORA PERÚ subsana las omisiones señaladas mediante Resolución N° 9, de fecha 18 de noviembre de 2004.

4.1. Posición de EDITORA PERÚ sobre la pretensión planteada por URGENCIA POSTAL

4.1.1. Fundamentos de Hecho

a. Mediante carta de fecha 03 de mayo de 2004, URGENCIA POSTAL solicitó al Departamento de Logística de EDITORA PERÚ que se le entregue en un medio magnético las 26 rutas de distribución, detallando lo siguiente: i) detalle de cada ruta ordenada de acuerdo a la secuencia de entrega de cada suscripción, precisando los datos de los suscriptores, direcciones, horario de atención, cantidad de suscripciones por cada suscriptor y la cantidad total por cada ruta; ii) nombre de las persona autorizadas que recibirían la suscripción diaria; iii) detalle de los suscriptores especiales; iv) dependencias del Poder Judicial y otras entidades; y, v) copia de las Hojas de Ruta (base de datos).

b. Mediante Carta N° 0085-C5000-EP-2004, notificada el 07 de mayo de 2005, el Departamento de Mercadeo y Ventas de la Gerencia de Comercialización de EDITORA PERÚ, entregó a URGENCIA POSTAL un CD, conteniendo lo siguiente: i) el detalle de cada ruta indicando los datos de cada suscriptor, dirección exacta, la cantidad de suscripciones por cada suscriptor y la cantidad total por cada ruta; ii) el detalle de los suscriptores especiales; iii) el detalle de la ruta del Poder Judicial, indicando el número de Juzgado, cantidad de diarios y la dirección del Juzgado; y, iv) las Hojas de Ruta (Base de Datos).

Asimismo, en la misma carta, EDITORA PERÚ convocó a los representantes de URGENCIA POSTAL a una reunión de coordinación para el día 10 de mayo del 2004 en las instalaciones de EDITORA PERÚ.

- c. Mediante Carta N° 159-F3000.EP-2004, notificada con fecha 07 de mayo del 2004, se otorgó a URGENCIA POSTAL una nueva fecha, para el 12 de mayo de 2004, para la suscripción de EL CONTRATO, bajo apercibimiento de perder la buena pro en caso de no apersonarse.
- d. Con fecha 10 de mayo de 2004 se llevó a cabo la reunión de coordinación entre las partes, en la cual, conforme consta en el acta correspondiente, se comunicó a la demandante que se le había entregado la información solicitada, con excepción de la secuencia de entrega del diario por cada ruta, hecho ante el cual URGENCIA POSTAL no manifestó su disconformidad.
- e. Posteriormente, mediante cartas recibidas con fecha 11 de octubre de 2004, URGENCIA POSTAL solicitó a EDITORA PERÚ que se le amplíe el plazo de inicio del servicio hasta el 18 de mayo, sustentando dicha solicitud en que estaban trabajando en las secuencias de entrega de cada ruta, a fin de no tener contratiempos a la hora de ejecutar el servicio.
- f. De este modo, mediante Carta N° 165-F3000/CE-EP-2004, recibida con fecha 11 de mayo del 2004, en atención a lo solicitado por la demandante, se comunicó que EL CONTRATO entraría en vigencia el 18 de mayo del mismo año; pero éste debía celebrarse el día establecido, es decir, el 12 de mayo de 2004, al tratarse de la segunda citación. Por tanto, debía proceder a suscribirse EL CONTRATO en la fecha señalada.
- g. Sin embargo, mediante cartas recibidas con fecha 14 de mayo, URGENCIA POSTAL pretendió desconocer varios acuerdos de la reunión sostenida el 10 de mayo, así como su propia propuesta técnica: (i) acuerdo N° 1: respecto de la relación de personal; (ii) acuerdo N° 8 respecto a las modificaciones de las direcciones u otros cambios en la entrega del diario. Respecto de la propuesta técnica en el aspecto que en la misma el servicio se ofreció brindar con 27 automóviles, proponiendo el demandante brindarlo con 09 bicicletas, 12 motocicletas y 05 automóviles.
- h. Es por ello que EDITORA PERÚ, mediante Carta N° 0052-C0000-EP-2004, notificada con fecha 14 de mayo de 2004, señaló lo siguiente: (i) que URGENCIA POSTAL no había entregado la relación de personal; (ii) que ya se había entregado la información respecto del Poder Judicial y en ese momento hacían entrega de la información del INDECOPI, el Ministerio de Economía y Finanzas y las cortesías; (iii) se reitera la imposibilidad que en las especificaciones técnicas se contemplen todos los detalles del servicio, considerando que son 2,700

puntos de distribución; y, (iv) se reitera que en la propuesta técnica de la demandante se estableció el compromiso de brindar el servicio con 27 automóviles y en un lapso de tres (03) horas; lo que les permitió obtener mejor calificación técnica.

- i. EDITORA PERÚ, mediante Carta N° 0096-C0000-EP-2004, notificada con fecha 17 de mayo de 2004, reiteró a URGENCIA POSTAL la necesidad de contar con la relación de personal que brindaría el servicio de reparto de suscripciones.
- j. Mediante cartas s/n, recibidas con fecha 17 de mayo de 2004, la demandante solicitó nuevamente que se postergue el inicio del servicio de reparto de suscripciones hasta el 26 de mayo del mismo año.
- k. Ante dicha solicitud, EDITORA PERÚ, mediante Carta N° 283-G0000-EP-2004, notificada el 17 de mayo de 2004, indicó que el servicio debía iniciarse indefectiblemente el 18 de mayo del mismo año.
- l. Mediante Carta N° 287-G0000-EP-2004, notificada notarialmente con fecha 18 de mayo de 2004 a las 6:05 p.m., EDITORA PERÚ otorgó a URGENCIA POSTAL un plazo de dos (02) días calendario para que subsane todas las observaciones y deficiencias presentadas, bajo apercibimiento de resolver EL CONTRATO; conforme a lo dispuesto en el Art. 144 del RELCAE.

Se sustenta dicha carta en el Memorándum N° 0268-C0000-EP-2004, de la Gerencia de Comercialización que informó respecto de las diversas deficiencias presentadas durante la ejecución del servicio, tales como: i) la improvisación del personal de servicio; ii) la falta de entrenamiento de los mensajeros, debido a una excesiva demora para la compaginación, embolsado y etiquetado; iii) el reducido número de automóviles (02) que prestaban el servicio en lugar de los veintisiete (27) ofrecidos; iv) la no entrega de ningún cargo de recepción de los diarios; v) la cantidad de reclamos (274 el primer día) de clientes; y, vi) la falta de equipos de comunicación de los mensajeros.

- m. URGENCIA POSTAL, mediante cartas recibidas con fecha 20 de mayo del 2004, se dirige a la demandada para manifestar que: (i) el plazo de 48 horas concedido era muy corto, dada la complejidad del problema, solicitando que se amplíe el plazo a no menos de 07 días; y, (ii) deja constancia de las fallas y defectos percibidos durante la ejecución de EL CONTRATO; como por ejemplo, la falta de secuencia de entrega de las Hojas de Ruta.
- n. Mediante Carta N° 292-G0000-EP-2004, cursada notarialmente el 20 de mayo de 2004 a las 6:30 p.m., EDITORA PERÚ comunicó a UR-

GENCIA POSTAL su decisión de resolver EL CONTRATO; toda vez que el servicio brindado los días 19 y 20 de mayo de 2004 continuaba presentando observaciones y deficiencias.

4.2. Fundamentos de Derecho

- a. No se ha cumplido con los requisitos concurrentes para amparar la pretensión de daños y perjuicios: (i) inejecución de la obligación (elemento objetivo); (ii) imputabilidad del agente o vínculo de causalidad entre el dolo o la culpa y el daño; y, (ii) daño; según se resume a continuación:

- La inejecución de la obligación:

EDITORIA PERÚ sostiene que la demandante fue quien incumplió las obligaciones contractuales y lo ofrecido en su propuesta técnica.

Al respecto, la demandada sostiene que nunca existió en las Bases, consulta o en EL CONTRATO cláusula o pacto por el cual EDITORA PERÚ se haya comprometido a entregar unas Hojas de Ruta.

Asimismo, sostiene que en las Bases se establecían las localidades donde se debía entregar los diarios, pero que era obligación de los postores establecer libremente su recorrido de ruta conforme a su experiencia en el mercado de distribución.

- La imputabilidad del Agente, el vínculo de causalidad entre el dolo o culpa y el daño:

Al respecto, la demandada sostiene que no se ha acreditado que EDITORA PERÚ haya contribuido al incumplimiento de la demandante con sus obligaciones contractuales.

Asimismo señala que las obligaciones de EDITORA PERÚ consistían en: (i) entregar a URGENCIA POSTAL los diarios; y, (ii) pagar las facturas de los servicios. Por tanto, no existen otras obligaciones esenciales por parte de EDITORA PERÚ, por lo cual no hay relación de causalidad entre el incumplimiento de las obligaciones de URGENCIA POSTAL y los actos realizados por la demandada en la ejecución del mismo.

- El Daño:

En este aspecto, la demandada señala que URGENCIA POSTAL no ha probado el daño económico sufrido, limitándose a presentar un

cuadro analítico de daños y perjuicios, para lo cual cita como fundamento el Artículo 1331 del Código Civil. Por el contrario, sostiene que el gran perjudicado en su imagen fue EDITORA PERÚ, puesto que tuvo que implementar un sistema de urgencia debido al incumplimiento de la demandante.

b. Incorrecta aplicación de las normas que sustentan la demanda

La demandada señala que URGENCIA POSTAL no ha cuestionado la validez de la resolución de EL CONTRATO efectuada por EDITORA PERÚ, y que sólo ha solicitado como único petitorio la indemnización por daños y perjuicios. Al respecto, las normas invocadas por la demandante (Artículos 1969, 1984 y 1985 del Código Civil) regulan los supuestos de responsabilidad extracontractual y, por tanto, no son aplicables al presente caso; resultando impertinente respecto de la pretensión controvertida.

c. Supuesta Falta de Precisión de las Especificaciones Técnicas de EL CONCURSO

Sobre este tema, la demandada sostiene que, si URGENCIA POSTAL consideró que se transgredía el Artículo 25 inciso b) de la LCAE, así como el artículo 40 del RELCAE, al no incluir las Hojas de Ruta (secuencias de entrega), esto debió ser observado en su oportunidad; de conformidad con lo dispuesto en los Artículos 52 y 117 del RELCAE.

Asimismo, argumenta que cualquier cuestionamiento que pudiese hacer URGENCIA POSTAL a las Bases de EL CONCURSO resultaría improcedente por ser extemporáneo.

d. En relación al contenido del servicio que debía prestar URGENCIA POSTAL, la demandada sostiene los siguiente:

- De acuerdo a las funciones del Manual de Organización y Funciones de EDITORA PERÚ, ésta no tiene entre sus funciones el reparto de suscripciones del diario oficial; por lo cual se contrata servicios de terceros. En tal sentido, es que desde el año 2001 (año en que se empezó a realizar la contratación del servicio de reparto de suscripciones vía Concurso Público) jamás se ha hecho entrega a los contratistas de una Hoja de Ruta (secuencia de entrega), siendo que lo que se entrega es la Base de Datos de Suscriptores.

De igual forma señala la demandada que, en el acta de la reunión de coordinación llevada a cabo el 10 de mayo de 2004, EDITORA PERÚ aclaró que no contaba con la información relativa a las Hojas de Ruta, precisando que no entregaría las

mismas, situación que fue aceptada por la demandante y que la llevó a trabajar en dichas secuencias de entrega.

Indica que en el actual mercado local ninguna empresa que contrata el servicio de reparto de suscripciones posee este tipo de información, pues son las empresas que hacen el reparto las que deben organizar el servicio.

- La prestación del servicio está dada por una obligación de hacer, dado que la locadora tenía que realizar una actividad: repartir el diario oficial. Dicha obligación, sostiene la demandada, debe realizarse: (i) de buena fe; (ii) en el tiempo adecuado; y, (ii) en el modo que fue la común intención de las partes.

Respecto al tiempo adecuado, el plazo para el cumplimiento de las prestaciones a cargo de URGENCIA POSTAL no se ejecutó a cabalidad, puesto que la distribución del diario debía efectuarse en el lapso comprendido entre las 05:00 a.m. y 08:00 a.m.; lo cual no fue cumplido por la demandante, pues en muchos casos la distribución se inició a las 8.55 a.m.

Asimismo, se presentaron reclamos de los suscriptores del diario, al no recibir a tiempo el ejemplar correspondiente: 235 reclamos (primer día), 345 reclamos el 19 de mayo y, si bien el 20 de mayo bajó, se debió a la participación directa de EDITORA PERÚ a través de vehículos de su propiedad.

Al respecto, la demandada destaca que el tiempo en el cual se debía desarrollar la prestación resultaba esencial para el cumplimiento de la misma.

- En cuanto al común acuerdo de las partes, éste se encontraba contenido tanto en las Bases como en la Propuesta Técnica de URGENCIA POSTAL y EL CONTRATO. Sin embargo, la ejecución de las prestaciones a cargo del demandante se efectuó de manera diferente a lo ofertado, respecto de: (i) forma de repartir el diario a través de unidades móviles, lo cual no debía significar el uso de motocicletas y bicicletas; (ii) personal capacitado para la labor; lo cual no fue lo correcto, generando demoras en el embolsado y compaginado del diario.
- e. Sobre la supuesta intencionalidad para “sabotear” a URGENCIA POSTAL, la demandada sostiene que:
- URGENCIA POSTAL, mediante carta de fecha 17 de mayo de 2004, dejó constancia que se le entregó información desfasada, ante lo cual solicitó una postergación del inicio del servicio.

Ante ello, EDITORA PERÚ manifestó que el número de cortesías a entregar era de veintiséis (26), frente a las casi 5,000 suscripciones que se entregan por día, siendo dicha omisión irrelevante para elaborar las secuencias de entrega.

- En cuanto a que los hechos denunciados por el diario “Perú 21” dan cuenta de un supuesto favoritismo a CSI en EL CONCURSO, dichas denuncias fueron materia de investigación por la Oficina de Control Institucional de EDITORA PERÚ, sin encontrarse indicio alguno de irregularidad en el proceso de selección
- Del mismo modo, con relación a la irregular ejecución del servicio brindado por CSI, EDITORA PERÚ sostuvo que no fue exacto lo afirmado por la demandante, en cuanto dicho servicio fue brindado como una medida de urgencia temporal para cubrirlo, en tanto se concretara la firma del contrato derivado del CONCURSO PÚBLICO.
- Asimismo, EDITORA PERÚ niega la manipulación de la información proporcionada a URGENCIA POSTAL para la prestación del servicio de entrega de suscripciones, indicando que para ello se dieron todas las facilidades del caso; incluidas las dos postergaciones para el inicio del servicio.
- En cuanto a la ejecución del servicio, no ha existido deficiencias en la información entregada porque EDITORA PERÚ no cuenta con Hojas de Ruta (secuencias de entrega), sino sólo con una Base de Datos de suscriptores, reiterando que el proveedor debe organizar el servicio a brindar.
- Por otra parte, EDITORA PERÚ señala que la supuesta intención de favorecer a los antiguos repartidores con la finalidad de evitar una contingencia laboral quedaría descartada con los testimonios ofrecidos en los medios probatorios.
- Finalmente, EDITORA PERÚ ha cumplido con el proceso de resolución establecido en el Art. 144º del RELCAE, toda vez que durante dos días, madrugadas del 19 y 20 de mayo de 2004, el servicio no se desarrolló adecuadamente.

4. 3. Medios Probatorios ofrecidos por EDITORA PERÚ en su contestación de la demanda

En calidad de medios probatorios, EDITORA PERÚ presentó las pruebas documentales, declaración de parte y testimoniales indicados en los numerales 3.1 al 3.17 del punto IV, denominado “MEDIOS PROBATORIOS” de su escrito de contestación a la demanda.

V. AUDIENCIA DE SANEAMIENTO, CONCILIACIÓN, FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y SANEAMIENTO PROBATORIO

- 5.1. Con fecha 17 de diciembre de 2004, se llevó a cabo la Audiencia de Saneamiento, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Saneamiento Probatorio.
- 5.2. El Árbitro Único, considerando la existencia de una relación jurídica procesal válida, procedió a declarar saneado el proceso arbitral.
- 5.3. No se pudo llevar a cabo una conciliación, debido a que las partes expresaron que en ese momento resultaba imposible arribar a la misma; dejando abierta la posibilidad que ella pueda darse en cualquier estado del proceso.
- 5.4. En la Audiencia, se fijaron los siguientes puntos controvertidos:
 - 5.4.1. Determinar si procede el pago por parte de EDITORA PERÚ S.A. de la suma de S/. 3'800,000.00 (TRES MILLONES OCHOCIENTOS MIL Y 00/100 NUEVOS SOLES) a URGENCIA POSTAL por concepto de indemnización por daños y perjuicios que les ha ocasionado la resolución de EL CONTRATO.
 - 5.4.2. Determinar a quién y en qué proporción corresponde asumir los gastos generados por el presente arbitraje.
- 5.5. En la Audiencia, el Árbitro Único admitió los siguientes medios probatorios:
 - 5.5.1. Se admitieron todos los medios probatorios ofrecidos por URGENCIA POSTAL en su escrito de demanda presentado con fecha 29 de setiembre de 2004, signados con los numerales del 7.1 al 7.19 del ítem 7 denominado "Medios Probatorios"; así como todos los medios probatorios ofrecidos por ésta en su escrito de fecha 11 de octubre del mismo año, signados con los numerales del 7.1 al 7.34 del ítem 7 también denominado "Medios Probatorios".
 - 5.5.2. Se admitieron todos los medios probatorios ofrecidos por EDITORA PERÚ en su escrito de contestación de la demanda presentado con fecha 11 de noviembre de 2004, signados con los numerales del 3.1 a. 3.17 del ítem IV denominado "Medios Probatorios", considerándose la subsanación ofrecida en su escrito de fecha 25 de noviembre de 2004.
- 5.6. Atendiendo a que existían medios probatorios que debían acutarse, el Árbitro Único citó a las partes a la Audiencia de Pruebas para el día 05 de enero de 2005, a las 15:30 horas, para actuar las declaraciones testimoniales de las siguientes personas: Angélica Marlene Maica Carpio, María del Pilar López López, Foster Cristian Urtecho Maldonado y Juan de Dios Criales Cervantes.

VI. AUDIENCIA DE PRUEBAS

Con fecha 05 de enero de 2005 se llevó a cabo la Audiencia de Pruebas programada, con la presencia de ambas partes, tomando en cuenta que la notificación a la señora Angélica Marlene Maica Carpio fue dirigida a domicilio equivocado, con lo cual se dispuso que se cumpla con notificar nuevamente a la persona indicada en el nuevo domicilio señalado.

En dicha audiencia prestaron su declaración testimonial María del Pilar López López, Foster Christian Urtecho Maldonado y Juan de Dios Crisales Cervantes. En el caso de éste último el abogado de URGENCIA POSTAL procedió a formular tacha por tener vínculo laboral con la empresa demandada y que, de otro lado, su hermano trabajaba dentro de un vínculo laboral con EDITORA PERÚ, corrido traslado de la tacha a la demandada, el Arbitro Unico declaró improcedente la misma.

Finalmente, se procedió a suspender la audiencia de pruebas, programándose su continuación para el día 14 de enero de 2005 a las 15:00 horas, a fin de continuar con la declaración de testigos.

VII. DESISTIMIENTO DE TESTIGOS POR PARTE DE EDITORA PERÚ

7.1. Mediante escrito presentado por EDITORA PERÚ, con fecha 11 de enero de 2005, ésta planteó el desistimiento de la declaración testimonial de dos testigos (repartidores de diarios), los señores Miguel Herrera Masías y José Carlos Marín Carrera.

Sustenta dicho desistimiento en que la información brindada por tales testigos sería la misma que la ofrecida por los testigos que ya ha habían declarado; amparándose para ello en el principio de utilidad de los medios probatorios.

7.2. Corrido traslado del desistimiento planteado por EDITORA PERÚ, URGENCIA POSTAL se opone a dicho desistimiento, alegando que los testimonios de los testigos que faltaban eran importantes; puesto que, al ser repartidores de los diarios y revistas de la demandada, eran ellos los principales interesados en que se resuelva EL CONTRATO, para que sean ellos mismos los que continúen prestando el servicio de entrega de suscripciones

7.3. Mediante Resolución N° 19, de fecha 24 de enero de 2005, se declaró improcedente el desistimiento de testigos formulado por EDITORA PERÚ; citándose a los señores Miguel Herrera Masías y José Carlos Marín Carrera para que presten sus declaraciones testimoniales el 04 de febrero de 2005.

VIII.FORMULACIÓN DE TACHA A TESTIGOS POR PARTE DE EDITORA PERÚ

8.1. Tacha contra la señora Angélica Maica Carpio:

- a. Mediante escrito presentado con fecha 11 de enero de 2005, EDITORA PERÚ formuló tacha contra la señora Angélica Maica Carpio, testigo ofrecido por la parte demandante.
- b. En dicho escrito sostuvo que la testigo habría interpuesto una demanda por beneficios sociales contra EDITORA PERÚ, con lo cual su testimonio carecería de objetividad, al encontrarse parcializada por tener una acreencia a su favor derivada el proceso judicial entablado en contra de la demandada.
- c. La parte demandada no absolvió el traslado de la tacha contra este testigo.

8.2. Tacha contra el señor Jorge Larriviere Vera:

- a. Mediante escrito presentado con fecha 12 de enero de 2005, EDITORA PERÚ formuló tacha contra el testigo ofrecido por la demandante señor Jorge Larriviere Vera.
- b. En dicho escrito sostuvo que el testigo había sido despedido por falta grave por parte de EDITORA PERÚ y que se le había interpuesto una demanda por indemnización por daños y perjuicios; con lo cual su testimonio carecería de objetividad, al encontrarse parcializado por tener una acreencia a su favor derivada del proceso judicial entablado en contra del testigo.
- c. Corrido traslado de la tacha formulada, mediante escrito presentado con fecha 19 de enero de 2005, URGENCIA POSTAL se opuso a la tacha planteada por la demandada contra el testigo señor Jorge Larriviere Vera, por resultar extemporánea de acuerdo a lo dispuesto en el acta de instalación del presente proceso arbitral.

Además sostiene que la declaración testimonial del señor Jorge Larriviere Vera resultaba importante para esclarecer los puntos controvertidos expuestos en la demanda arbitral, así como para conocer detalles que conllevaron a EDITORA PERÚ a resolver EL CONTRATO.

8.3. Mediante Resolución N° 21, de fecha 27 de enero de 2005, se declaró improcedente las tachas de testigos interpuestas por EDITORA PERÚ en sus escritos de fechas 11 y 12 de enero de 2005 contra los testigos Angélica Maica Carpio y Jorge Larriviere Vera.

Asimismo, se citó al señor Jorge Larriviere Vera para que preste su declaración testimonial en la audiencia del día 04 de febrero de 2005.

IX. PRIMERA CONTINUACIÓN DE LA AUDIENCIA DE PRUEBAS

Con fecha 14 de enero de 2005, se llevó a cabo la continuación de la Audiencia de Pruebas.

En dicha Audiencia, se dictó la Resolución N° 18, mediante la cual se dispuso como prueba de oficio la declaración de parte del señor Milton Becerra Miranda, Gerente General de URGENCIA POSTAL.

Finalmente, se dispuso la suspensión de la citada Audiencia y se reprogramó para el día 20 de enero de 2005 a las 15:30 horas; a fin que preste su declaración testimonial el señor Miguel Angel Castillo Riveros.

X. SOLICITUD DE OFICIO A LA FISCALÍA POR PARTE DE EDITORA PERÚ:

- 10.1. Mediante escrito presentado con fecha 17 de enero del 2005, EDITORA PERÚ manifestó que la Décimo Tercera Fiscalía Provincial Penal de Lima mantenía vigente la investigación respecto de la denuncia formulada por URGENCIA POSTAL contra funcionarios y ex funcionarios de EDITORA PERÚ.

Ampara su petición en lo dispuesto en el Artículo 190 del RELCAE que dispone que: *“los jueces y las autoridades administrativas se abstendrán de oficio o a pedido de parte, de conocer las controversias derivadas de la validez, invalidez, rescisión, resolución, ejecución o interpretación de los contratos, y, en general, cualquier controversia (...) debiendo declarar NULO todo lo actuado y el archivamiento definitivo del proceso en el estado en que se encuentre.”*

Por lo cual, EDITORA PERÚ solicitó al Árbitro Único que oficie a la Décimo Tercera Fiscalía Provincial Penal de Lima a efectos de que dicha institución declare nula la investigación y la archive en virtud de lo dispuesto por el Artículo 190 antes citado.

- 10.2. Corrido traslado del escrito presentado por la demandada, mediante escrito presentado con fecha 24 de enero de 2005, URGENCIA POSTAL solicitó que se rechace el mismo, en mérito fundamentalmente a que la denuncia penal interpuesta versa sobre derechos de interés público y no sobre derechos particulares derivados de la ejecución de EL CONTRATO; por lo cual la solicitud planteada por la demandada no se enmarcaba dentro de los alcances previstos en la ley.
- 10.3. Mediante Resolución N° 27, de fecha 08 de febrero de 2005, se declaró improcedente la solicitud formulada por EDITORA PERÚ en su escrito de fecha 17 de enero de 2005, a través de la cual se solicita que el Arbitro Unico oficie a la Décimo Tercera Fiscalía en los Penal de Lima.

XI. SEGUNDA CONTINUACIÓN DE LA AUDIENCIA DE PRUEBAS

Con fecha 20 de enero de 2005 se llevó a cabo la continuación de la Audiencia de Pruebas, con la presencia de ambas partes, en la que prestó su declaración testimonial el señor Miguel Angel Castillo Riveros.

Concluida la declaración del testigo indicado, se dispuso la continuación de la Audiencia de Pruebas para el 04 de febrero de 2005.

XII. TERCERA CONTINUACIÓN DE LA AUDIENCIA DE PRUEBAS:

Con fecha 04 de febrero de 2005, a las 9.30 horas, se llevó a cabo la continuación de la Audiencia de Pruebas, con la presencia de ambas partes, a la que no asistió el testigo citado el señor Jorge Larraviere Vera; por lo cual se expidió la Resolución N° 22, mediante la cual citó nuevamente al mencionado testigo, bajo apercibimiento, para el día 25 de febrero de 2005.

XIII. CUARTA CONTINUACIÓN DE LA AUDIENCIA DE PRUEBAS

Con fecha 04 de febrero de 2005, a las 15:00 horas, se llevó a cabo la continuación de la Audiencia de Pruebas, con la presencia de ambas partes, en la que se realizaron los siguientes actos:

- 13.1. Se prestaron las declaraciones testimoniales de los señores José Carlos Marín Carrera y Miguel Ángel Herrera Masías.
- 13.2. En vista de la inasistencia de la testigo señora Angélica Marlene Maica Carpio, se expidió la Resolución N° 25, mediante la cual se citó nuevamente a la mencionada testigo para que preste su declaración el 25 de febrero de 2005; bajo apercibimiento de que el Árbitro Único solicite el auxilio judicial para su comparecencia.
- 13.3. Asimismo, se expidió la Resolución N° 26 mediante la cual, considerando que se encontraban pendientes las declaraciones de parte del señor Milton Becerra Miranda como representante de URGENCIA POSTAL y de la señora Catherine Pacheco Quesada como representante de EDITORA PERÚ, se citó a los referidas personas para que presten sus respectivas declaraciones de parte en la audiencia del día 25 de febrero a las 09:30 horas.

XIV. QUINTA CONTINUACIÓN DE LA AUDIENCIA DE PRUEBAS

Con fecha 25 de febrero de 2005, se llevó a cabo la continuación de la Audiencia de Prueba, con la presencia de ambas partes, en la que se realizaron los siguientes actos:

- 14.1. Se expidió la Resolución N° 29, a través de la cual se citó al testigo Jorge Larriviere Vera para el 8 de marzo de 2005; ante la inasistencia de la testigo Angélica Marlene Maica Carpio se hizo efectivo el apercibimiento correspondiente para que preste su declaración testimonial; y, se reciben las declaraciones de parte previstas.
- 14.2. Se prestaron las declaraciones de parte de Catherine Pacheco Quesada, representante de EDITORA PERÚ y de Milton Becerra Miranda, representante legal de URGENCIA POSTAL.

XV. SEXTA CONTINUACIÓN DE LA AUDIENCIA DE PRUEBAS

Con fecha 08 de marzo de 2005, se llevó a cabo la última diligencia de actuación de pruebas, con la presencia de ambas partes, en la que prestaron sus declaraciones testimoniales Jorge Luis Larriviere Vera y Angélica Marlene Maica Carpio.

XVI. ALEGATOS ESCRITOS E INFORME ORAL

- 16.1. Mediante Resolución N° 30, de fecha 8 de marzo de 2005, se da por terminada la actuación de medios probatorios y se otorga el plazo de cinco (5) días hábiles para la presentación de alegatos escritos.

Asimismo, se dispone la realización de Audiencia de Informes Orales para el 31 de marzo de 2005.

- 16.2. Con fecha 15 de marzo de 2005, EDITORA PERÚ y URGENCIA POSTAL cumplieron con presentar sus alegatos escritos.
- 16.3. Con fecha 31 de marzo de 2005, se da cuenta del escrito presentado por EDITORA PERÚ el 30 de marzo, a través del cual solicita nueva fecha y hora para el Informe Oral, en vista que su asesor legal se encontraba delicado de salud. Mediante Resolución N° 35, de fecha 31 de marzo del presente, por equidad y ante la ausencia de URGENCIA POSTAL, se suspendió la audiencia de informes orales y se citó para el 26 de abril de 2005.
- 16.4. En la fecha prevista para los informes orales, con la presencia de ambas partes, el representante de URGENCIA POSTAL solicitó se suspenda la diligencia, por equidad, en vista de que su abogado se encontraba de viaje por razón de fuerza mayor.

Ante dicha solicitud, mediante Resolución N° 37, del 26 de abril de 2005, se suspendieron los Informes Orales programados y se citó para el 03 de mayo del año en curso para la citada audiencia, la que se llevaría a cabo indefectiblemente con quienes asistan.

- 16.5. Con fecha 03 de mayo de 2005, se realizó la Audiencia de Informes Orales con la participación de los representantes de EDITORA PERÚ y URGENCIA POSTAL.

XVII. SOLICITUD DE OFICIO AL MINISTERIO PÚBLICO POR PARTE DE URGENCIA POSTAL

- 17.1. Mediante escrito de alegados presentado por EDITORA PERÚ, con fecha 15 de marzo de 2005, en el Numeral 9 y Segundo Otrosi Decimos, precisado mediante escrito presentado con fecha 30 de marzo de 2005, se solicitó al Arbitro Unico se remita copias certificadas al Ministerio Público para que se inicie las acciones penales a que hubiere lugar contra funcionarios de EDITORA PERÚ, en vista de las declaraciones prestadas por Miguel Angel Castillo Riveros y Catherine Pacheco; así como por la forma en que se llevó a cabo la adjudicación de menor cuantía a los anteriores repartidores del diario oficial “El Peruano”, ante la resolución de EL CONTRATO celebrado con URGENCIA POSTAL.
- 17.2. Corrido traslado de la presente solicitud a la demandada, mediante escrito presentado por EDITORA PERÚ, con fecha 08 de abril de 2005, ésta solicita se deniegue la misma, fundamentalmente en base a que: (i) es URGENCIA POSTAL quien falta a la verdad de los hechos, pretendiendo mostrar datos que no son atribuibles a la prestación de servicios por parte de dicha empresa; y (ii) el proceso de adjudicación de menor cuantía realizado como consecuencia de la resolución de EL CONTRATO con la demandante fue realizado conforme a ley, no existiendo plazos mínimos de duración ni tampoco etapas definidas en la Ley y Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; debiéndose tomar en cuenta que dicha acción inmediata obedeció a la necesidad que el servicio de reparto de suscripciones del Diario Oficial “El Peruano”, por su naturaleza, debe brindarse de manera ininterrumpida.
- 17.3. Mediante Resolución N° 38, de fecha 27 de abril de 2005, considerando que el pedido formulado por URGENCIA POSTAL implicaba, entre otros aspectos, la valoración de las declaraciones realizadas por funcionarios de EDITORA PERÚ, actividad que corresponde al momento de la expedición del laudo arbitral, se revolió reservar dicho pedido a la expedición del laudo arbitral.

CONSIDERANDO:

I. LEGISLACIÓN APLICABLE

De conformidad con lo dispuesto en el Numeral IV (Normas legales y Reglamentarias aplicables) del Acta de Instalación, de fecha 18 de agosto

2004, el presente arbitraje se resuelve de acuerdo a lo dispuesto en el TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo N° 012-2001-PCM y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 013-2001-PCM.

Ello es concordante, además, con lo dispuesto en la Tercera Disposición Transitoria del nuevo TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM y el Comunicado N° 005-2004, de diciembre del 2004, emitido por el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – CONSUCODE, en cuyo Numeral 4 se precisa que tanto los procesos de selección convocados originalmente antes del 29 de diciembre del 2004 y los contratos derivados de los mismos, como es el caso de EL CONTRATO suscrito entre EDITORA PERÚ y URGENCIA POSTAL, de fecha 12 de mayo de 2004, se regirán por la normativa de adquisiciones y contrataciones vigente al momento de la convocatoria.

II. SOLICITUD DE URGENCIA POSTAL PARA QUE SE OFICIE AL MINISTERIO PÚBLICO POR INDICIOS DE DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS DE EDITORA PERÚ

- 2.1. De acuerdo a lo indicado en el Numeral XVII de la parte considerativa, se reservó para el laudo arbitral la decisión respecto de la solicitud formulada por URGENCIA POSTAL para que se remita copias certificadas al Ministerio Público para que se inicie las acciones penales a que hubiere lugar contra funcionarios de EDITORA PERÚ.
- 2.2. Al respecto, considerando que la Décimo Tercera Fiscalía Provincial Penal de Lima, viene llevando a cabo un investigación respecto de la denuncia formulada por URGENCIA POSTAL contra Amador Jerí Muñoz, Miguel Angel Castillo Riveros, Jaime Terrones Obregón, Catherine Pacheco Quezada, Jorge Larriviére Vera y Víctor Luna Peralta Otiniano, funcionarios y exfuncionarios de EDITORA PERÚ; y siendo que la facultad de investigar los supuestos delitos contenidos en dicha denuncia corresponde, constitucional y legalmente, y en forma exclusiva al Ministerio Público, conforme a lo ya manifestado mediante Resolución N° 27, de fecha 8 de febrero de 2005, se considera IMPROCEDENTE la solicitud formulada por URGENCIA POSTAL, en su escrito de alegatos de fecha 15 de marzo de 2005 y precisada en su escrito presentado con fecha 30 de marzo de 2005, en el sentido de remitir copias certificadas al Ministerio Público a fin de que se formalice denuncia penal contra funcionarios de la demandada EDITORA PERÚ.

III. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

3.1. Determinar si procede el pago por parte de EDITORA PERÚ de la suma de S/. 3'800,000.00 (Tres Millones Ochocientos Mil y 00/100 Nuevos Soles) a URGENCIA POSTAL por concepto de Indemnización por Daños y Perjuicios que les ha ocasionado la Resolución de EL CONTRATO.

3.1.1. A fin de resolver el presente punto controvertido, en primer lugar, resulta necesario analizar si procedía la resolución de EL CONTRATO, por incumplimiento de URGENCIA POSTAL; a efectos de determinar si corresponde otorgar o no una indemnización por daños y perjuicios al demandante, por indebida resolución de EL CONTRATO.

Para tal efecto, se deben analizar tanto los aspectos de forma (procedimiento) como de fondo (causal de incumplimiento imputable a URGENCIA POSTAL o derivados de incumplimientos imputables a EDITORA PERÚ, de acuerdo a las posiciones de las partes del presente arbitraje) vinculados a dicha resolución.

3.1.2. En cuanto a los aspectos de forma (procedimiento) vinculados a la resolución de EL CONTRATO:

a. De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 144 del RELCAE, si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que satisfaga la prestación incumplida en un plazo no menor a dos (2) ni mayor a quince (15) días, dependiendo del monto involucrado y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la adquisición o contratación, bajo apercibimiento que el contrato quede resuelto de pleno derecho. Vencido dicho plazo, si el incumplimiento continúa, la parte perjudicada, mediante carta notarial, resolverá el contrato en forma total o parcial.

En este mismo sentido, en la Cláusula Décimo Quinta de EL CONTRATO (Resolución del Contrato), se establece expresamente que “para proceder a la resolución del contrato se seguirá el procedimiento establecido en el Artículo 144 del RELCAE”; lo cual, además, no puede ser de otro modo, ya que los procesos de selección y ejecución de los contratos de las entidades que conforman la Administración Pública, como es el caso de EDITORA PERÚ, se sujetan obligatoriamente a los procedimientos establecidos en la LCAE y su Reglamento.¹

¹ Texto Unico Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 012-2001-PCM:

- b. En el presente caso, conforme se encuentra acreditado en autos, mediante Carta N° 287-G0000-EP-2004, recibida con fecha 18 de mayo de 2004 por parte de URGENCIA POSTAL, EDITORA PERÚ le otorgó a dicha empresa un plazo de dos (02) días calendario para que superen todas las observaciones y deficiencias que venía prestando en el servicio de reparto de suscripciones del Diario Oficial “El Peruano”.

Posteriormente, mediante Carta N° 292-G0000-EP-2004, cursada por EDITORA PERÚ a URGENCIA POSTAL, a las 18.30 horas, según se acredita con la constancia notarial de entrega expedida por el Notario Público de Lima Dr. Antonio del Pozo Valdés, de fecha 20 de mayo de 2004, EDITORA PERÚ procede a hacer efectivo el apercibimiento de resolución de EL CONTRATO.

- c. Conforme al Artículo 119 del RELCAE, los plazos referidos a la ejecución de los contratos y al cumplimiento de determinadas obligaciones o prestaciones se computan por días naturales; siendo de aplicación supletoria los Artículos 183 y 184 del Código Civil.

Dicho artículo resulta de aplicación al plazo otorgado por EDITORA PERÚ para que URGENCIA POSTAL subsane el incumplimiento de las prestaciones observadas derivadas de EL CONTRATO y no el Artículo 18 del RELCAE, toda vez que este último artículo está referido al cómputo de plazos en los procesos de selección, esto es, desde la convocatoria hasta la suscripción del contrato. Dicha etapa ya había concluido en el presente caso, desde que EL CONTRATO se suscribió con fecha 12 de mayo de 2004, entre EDITORA PERÚ y URGENCIA POS-

“Artículo 1.- Alcances.-

La presente Ley establece las normas básicas que contiene los límites mínimos y máximos que deben observar las Entidades del Sector Público, dentro de criterios de racionalidad y transparencia, en los procesos de adquisiciones y contrataciones de bienes, servicios u obras y regula las obligaciones y derechos que se derivan de los mismos.

Dichos procesos comprenden todos los contratos que estén destinados a obtener bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de las funciones del Estado.”

“Artículo 2.- Ambito de Aplicación.-

Se encuentran sujetas a la presente norma todas las entidades del Sector Público, con personería jurídica de derecho público y las entidades reguladas por la Ley de Gestión Presupuestaria del Estado.

(...)”

TAL. Por lo que se aplican las normas correspondientes a la etapa de ejecución contractual; esto es el Artículo 119 del RELCAE antes citado.

- d. De acuerdo al Artículo 183 del Código Civil, el plazo señalado por días se computa por días naturales, salvo que la ley o el acto jurídico establezcan que se haga por días hábiles.

En el presente caso, resulta de obligatorio cumplimiento (no cabe pacto en contrario) al proceso de resolución de contrato, el previo requerimiento de cumplimiento con un plazo mínimo de dos días, según lo establece el Artículo 144 del RELCAE.

El plazo mínimo de dos días se debe entender como días naturales completos, esto es, 24 horas; no pudiendo distinguir, para un caso u otro, el cómputo de dicho plazo en función a la hora en que el contratado debe cumplir la prestación, de acuerdo a la naturaleza del respectivo contrato. Aceptar esta interpretación implicaría introducir un elemento variable – no previsto en la norma de la referencia - y hasta subjetivo en el cómputo del plazo establecido en el Artículo 144 del RELCAE; debiéndose considerar, además, el principio de imparcialidad en la actuación de las autoridades administrativas, a que se refiere el Artículo IV, Numeral 1.5. del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General: Ley N° 27444.²

Adicionalmente, el plazo otorgado por el Artículo 144 del RELCAE constituye una garantía para el contratista de poder cumplir con su prestación en un plazo mínimo; siendo un procedimiento de cumplimiento obligatorio para los contratos sujetos a la LCAE y su Reglamento.

- e. Como consecuencia de lo anterior, resulta relevante determinar, para efectos de reconocer o no la indemnización de daños y perjuicios solicitada por URGENCIA POSTAL, si EDITORA PERÚ siguió el procedimiento previsto por la LCAE y su Reglamento, para resolver EL CON-

² **Artículo IV.- Principios del Procedimiento Administrativo**

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

1.5. Principio de Imparcialidad.- Las autoridades administrativas actúan sin ninguna clase de discriminación entre los administrados, otorgándoles tratamiento y tutela igualitarios frente al procedimiento, resolviendo conforme al ordenamiento jurídico y con atención al interés general.

TRATO; lo cual, por lo anteriormente expuesto, no ha sido observado por EDITORA PERÚ y, por tanto, ello determina la existencia de vicios de forma (procedimiento) en el proceso de resolución de EL CONTRATO antes indicado.

3.1.3. En cuanto a los aspectos de fondo vinculados a la resolución de EL CONTRATO:

- a. En primer lugar, se analizará si existieron causas imputables a EDITORA PERÚ que impidieron a URGENCIA POSTAL cumplir con la prestación a su cargo. Ello, toda vez, que la demandante URGENCIA POSTAL sustenta en su escrito de demanda que no pudo cumplir oportunamente con el reparto de las suscripciones del Diario Oficial “El Peruano”, por causas imputables única y estrictamente a EDITORA PERÚ.

Para tal efecto, se consideran los siguientes puntos relevantes:

- a.1. En cuanto al tema que el detalle de las hojas de ruta (entendido como secuencia de entrega) no se encontraba especificado en las Bases:
 - a.1.1. El presente tema no se encontraba incluido en las especificaciones técnicas (Anexo N° 3: Términos de Referencia) de las de las Bases de EL CONCURSO para la “Contratación del Servicio de Reparto de Suscripciones del Diario Oficial El Peruano”. Las condiciones para la ejecución del servicio se encontraban precisadas en el Numeral 2 de los Términos de Referencia de las Bases y, en cuyo literal “b”, EDITORA PERÚ indicó las rutas y la cantidad promedio diario de reparto del diario y tipo de vehículo requerido; sin que se estableciera la obligación de EDITORA PERÚ de entregar las hojas de ruta (entendida como secuencia de entrega) para la ejecución del servicio a cargo del contratista (en este caso de URGENCIA POSTAL).

Al respecto, del pliego de absolución de consultas a las Bases (presentado como prueba de EDITORA PERÚ), se aprecia que URGENCIA POSTAL no realizó ninguna consulta u observación a las Bases, sobre el tema de las hojas de ruta, al amparo de lo dispuesto en el Artículo 52 del RELCAE. Por lo que, de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 117 del RELCAE el contrato suscrito entre las partes no sólo está conformado por el documento que lo contiene, sino también por las Bases integradas y la oferta ganadora; lo cual es concordante, con la declaración jurada formulada por URGENCIA POSTAL, como postor, a que se refiere el Anexo N° 5 de las Bases, en cuyo Numeral 2 se establece expresamente que el postor “conoce, acepta y se so-

mete a las Bases, condiciones y procedimientos del proceso de selección”.

De manera adicional, se encuentra acreditado en autos que, mediante acta del 10 de mayo de 2004, suscrita entre representantes de EDITORA PERÚ y URGENCIA POSTAL, si bien la primera manifiesta que se había cumplido con remitir la información solicitada por URGENCIA POSTAL con excepción del detalle de la secuencia de entrega del diario por cada ruta, esta empresa manifestó su conformidad con lo anteriormente expuesto por EDITORA PERÚ.

Asimismo, en las testimoniales prestadas por los exrepartidores María del Pilar López López, Foster Christian Urtecho Maldonado, Juan de Dios Crisales Cervantes y José Carlos Marín Carrera, todas coinciden en afirmar que EDITORA PERÚ no les entrega una hoja de ruta.

De lo anterior, se puede concluir que la entrega de las hojas de ruta (secuencia de entrega) no constituía una prestación establecida ni en EL CONTRATO ni en los documentos que lo integran (Bases) a cargo de EDITORA PERÚ; por lo que, en todo caso, corresponde al contratista organizar el servicio de reparto, considerando las especificaciones técnicas y demás documentos integrantes de EL CONTRATO, para cumplir con el reparto del diario oficial “El Peruano”.

- a.1.2. En cuanto al argumento de URGENCIA POSTAL que en su carta notarial de fecha 18 de mayo de 2004 (folio 76 al 80 de las pruebas del demandante), en aplicación del Artículo 125 del RELCAE, observó fallas y deficiencias y que solicitan sean acogidas por la entidad, cabe destacar que dicha carta notarial, fue recibida por EDITORA PERÚ con fecha 20 de mayo de 2004, cuando se encontraba en trámite el proceso de resolución de EL CONTRATO.

Adicionalmente, el Artículo 125 del RELCAE, no enerva el hecho que en la etapa de selección (concurso público), el contratista ya tuviera la oportunidad de formular las consultas u observaciones pertinentes, conforme al Artículo 52 del RELCAE y que, una vez suscrito el respectivo contrato de prestación de servicios, tanto éste como las Bases y la oferta ganadora (propuesta técnica y económica) resulten de obligatorio cumplimiento para las partes, de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 117 del RELCAE.

- a.2. Otros aspectos vinculados a incumplimientos o hechos imputables a EDITORA PERÚ:
- a.2.1. En cuanto al tema que no se encontraba considerada las entregas especiales (oficina por oficina), que debía realizarse para clientes como el Ministerio de Economía y Finanzas y el INDECOPI: Mediante Carta N° 0052-C000-EP-2004, de fecha 14 de mayo del 2004, dirigida por EDITORA PERÚ a URGENCIA POSTAL, la primera alcanzó la información referida a los puntos de entrega en el INDECOPI y el Ministerio de Economía y Finanzas.

Adicionalmente, mediante escrito presentado con fecha 26 de abril de 2005 por parte de EDITORA PERÚ, ésta adjunta Carta N° 0093-2005/GAF-Log-INDECOPI, de fecha 20 de abril de 2005, a través de la cual se indica que se distribuyen 33 ejemplares del diario oficial en la sede central y 03 ejemplares en sedes de provincia; no especificándose que dicha entrega debe realizarse oficina por oficina. En el mismo sentido, EDITORA PERÚ ha adjuntado el Oficio N° 288-2005-EF/43.50 del Ministerio de Economía y Finanzas, de fecha 19 de abril de 2005, a través del cual dicha entidad señala que los ejemplares del diario son distribuidos en tres pisos y no oficina por oficina.

Sin perjuicio de lo anterior, URGENCIA POSTAL no ha logrado acreditar que el presente tema constituya un motivo determinante que impidiese la ejecución de la prestación a su cargo.

- a.2.2. En cuanto al tema de cortesías adicionales no incluidas en las Bases: De acuerdo al Anexo N° 3: Términos de Referencia de las Bases de EL CONCURSO, se indica en el Numeral 2 (Condiciones), literal “b”, el tema de las cortesías, indicándose que dicho cuadro se refería a las “rutas y la cantidad promedio día de reparto”.

En cualquier caso, URGENCIA POSTAL no ha logrado acreditar que el presente tema constituya un motivo determinante que impidiese la ejecución de la prestación a su cargo.

- a.2.3. En cuanto al tema de irregularidades en la etapa de ejecución del servicio por parte del Consorcio Corporación de Servicios e Inversiones Perú S.A. y CSI Perú Logística SAC: En primer lugar, dicho tema es independiente de la relación contractual entre EDITORA PERÚ y URGENCIA POSTAL, derivada de EL CONTRATO suscrito entre las partes.

En cualquier caso, EDITORA PERÚ ha adjuntado mediante escrito presentado con fecha 8 de abril de 2005, copia de la Resolución N° 283/2005.TC-SU, de fecha 29 de marzo de 2005, a través de la cual se sanciona a las empresas Corporación de Servicios e Inversiones Perú SAC y a CSI Perú Logística SAC, con suspensión en sus derechos de participar en procesos de selección y contratación con el Estado, por no haber suscrito el contrato injustificadamente habiendo sido adjudicado con la buena pro respectiva.

- a.2.4. En cuanto al tema de la no aceptación por parte de EDITORA PERÚ para postergar EL CONTRATO: De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 118 del RELCAE, el postor ganador deberá cumplir con suscribir el contrato en el plazo señalado en las Bases; en caso que el postor ganador no se presente en el día previsto, se lo citará para una nueva fecha, la cual no podrá exceder de los cinco (5) días siguientes de la originalmente señalada y, si el postor no se presenta en la segunda oportunidad, perderá la buena pro. Esta disposición se encontraba expresamente contenida en el Numeral 9 (“Contratos”) de las Bases de EL CONCURSO.

En el presente caso, EDITORA PERÚ debía cumplir con la norma antes indicada y, por tanto, la postergación de EL CONTRATO debía ceñirse a lo establecido en la LCAE y su Reglamento. Además, consta en la cláusula octava de EL CONTRATO suscrito entre las partes, que éste se suscribió el día 12 de mayo del 2004, pero que su vigencia se difirió al 18 de mayo de 2004.

Por tanto, no puede alegarse mala fe de parte de EDITORA PERÚ en no permitir que se postergue el inicio de la vigencia del contrato, desde que la suscripción de los contratos por parte de las entidades de la Administración Pública se sujeta a las disposiciones contenidas en la LCAE y su Reglamento.

- a.2.5. En cuanto al tema que EDITORA PERÚ ha actuado con premeditación para solucionar un problema laboral con sus exrepartidores y, en general, respecto al argumento del supuesto boicot en contra de URGENCIA POSTAL para impedir que brinde adecuadamente el servicio de reparto de suscripciones del diario oficial: No se ha logrado acreditar con pruebas fehacientes, incluyendo las declaraciones testimoniales ampliamente actuadas, la realización de tales hechos por parte de EDITORA PERÚ y/o tal intencionalidad por parte de ésta. Asimismo,

en cualquier caso, URGENCIA POSTAL tampoco ha logrado acreditar que tales conductas determinen el incumplimiento de la prestación a cargo de URGENCIA POSTAL; de conformidad con lo establecido en la Cláusula Décima de EL CONTRATO (“Justificación”).³

- a.3. En consecuencia, no se ha logrado acreditar la existencia de incumplimiento de prestaciones a cargo de EDITORA PERÚ que determinen que URGENCIA POSTAL no haya podido cumplir con el servicio comprometido de reparto de suscripciones del diario oficial “El Peruano”, conforme a EL CONTRATO.
- b. A continuación, se analizará si existieron causas imputables a URGENCIA POSTAL que determinaran el ejercicio del derecho de resolución por incumplimiento, por parte de la entidad contratante EDITORA PERÚ.
 - b.1. De conformidad con lo dispuesto en la Cláusula Décimo Quinta (“Resolución”) de EL CONTRATO, EDITORA PERÚ podía resolver el contrato si la locadora (esto es, URGENCIA POSTAL) incumplía injustificadamente obligaciones contractuales esenciales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello. Para tal efecto, se debía seguir el procedimiento establecido en el Artículo 144 del RELCAE.
 - b.2. En el presente caso, en las cartas notariales remitidas por EDITORA PERÚ para resolver EL CONTRATO⁴, se le imputa a URGENCIA POSTAL los siguientes incumplimientos:
 - b.2.1. Contar con personal calificado para la prestación del servicio.
 - b.2.2. Brindar el servicio dentro del tiempo máximo ofertado para la entrega del diario a los suscriptores.

³ **Cláusula Décima: Justificación**

LA LOCADORA garantiza a EDITORA PERÚ que los servicios que prestará a esta última en virtud del presente contrato cumplirán con todos los requerimientos estipulados en las Bases del Concurso Público N° 004-2004-EP, **salvo que medie caso fortuito o fuerza mayor o que alguna situación que impida a LA LOCADORA** prestar sus servicios en la forma convenida se daba a un acto de EDITORA PERÚ y/o de su personal.

⁴ Carta N° 287-G0000-EP-2004, del 18.05.2004 y Carta N° 292-G0000-EP-2004 del 20.05.2004

- b.2.3. Brindar el servicio con veintisiete (27) vehículos y/o camionetas.
- b.2.4. Entregar los cargos en el Area de Suscripciones de EDITORA PERÚ.
- b.2.5. Contar con equipos de comunicaciones para todas las rutas.

Asimismo, EDITORA PERÚ indica que el incumplimiento de tales obligaciones generaron múltiples reclamos de parte de los suscriptores.

- b.3. Por tanto, para efectos de determinar si se configuró una indebida resolución de contrato por parte de EDITORA PERÚ en perjuicio de URGENCIA POSTAL, que genere el derecho de ésta última a una indemnización por daños y perjuicios, se analizará si se configuraron y/o se encuentra acreditado en autos la existencia de los incumplimientos que imputó EDITORA PERÚ a URGENCIA POSTAL en la ejecución de EL CONTRATO:
 - b.3.1. Contar con personal calificado para la prestación del servicio.-

De conformidad con lo establecido en el Anexo 3: Términos de Referencia de las Bases de EL CONCURSO, se estableció que el proveedor debía contar con personal calificado con experiencia para prestar el servicio (Numeral 2: Condiciones, literal “j”). Considerando que las Bases integran EL CONTRATO⁵, este aspecto constituye una obligación a cargo de quien resulte adjudicatario de la buena pro a fin de poder cumplir adecuadamente el servicio de reparto de suscripciones, y respecto de la cual los postores manifestaron su aceptación, de acuerdo a la Declaración Jurada (Anexo N° 5 de las Bases) suscrita por éstos, en este caso, por URGENCIA POSTAL.

De las pruebas que constan en autos, se aprecia que URGENCIA POSTAL, al momento del inicio de la prestación del servicio (18 de mayo de 2004), no contaba con personal suficiente y/o debidamente organizado para la prestación del servicio. En efecto:

⁵ Cláusula Tercera de EL CONTRATO (Partes Integrantes del Contrato).

- Mediante Acta de Reunión, de fecha 10 de mayo de 2004, sostenida entre ambas partes, EDITORA PERÚ solicitó la relación del personal que trabajaría en el reparto de suscripciones, a lo cual URGENCIA POSTAL se comprometió a entregar la lista del personal el día 11 de mayo. Sin embargo, mediante Carta N° 0052-C0000-EP-2004, de fecha 14 de mayo de 2004, EDITORA PERÚ requiere a URGENCIA POSTAL la entrega del listado correspondiente, para obtener la autorización de ingreso correspondiente. Recién, mediante carta de fecha 17 de mayo de 2004 (recibida por EDITORA PERÚ a las 17.20, esto es, en horas de la tarde), URGENCIA POSTAL comunica la relación de personal que prestará el servicio.
 - De acuerdo al Memorándum N° 0268-C0000-EP-2004, de fecha 18 de mayo de 2004, emitido por el Gerente de Comercialización de EDITORA PERÚ, Sr. Miguel Angel Castillo Riveros, se informa a la Gerencia General, de diversos listados de personal que presentó URGENCIA POSTAL el mismo día del inicio del servicio, de acuerdo a documentos anexos a dicho Memorándum.
 - Por otra parte, de acuerdo al Anexo N° 4 del Memorándum N° 0268-C0000-EP-2004 antes indicado, que corresponde al registro firmado de ingreso de mensajeros, se aprecia el ingreso de personal en diferentes horarios, inclusive a las 5 de la madrugada, siendo que de acuerdo al Anexo N° 3: Términos de Referencia de las Bases, Numeral 2 (“Condiciones”), literal “d”, el personal del proveedor debía ingresar a las 4.00 horas, con una tolerancia de 30 minutos, para la distribución del diario.
 - Adicionalmente, de acuerdo a la testimonial prestada por Angélica Marlene Maica Carpio, ésta manifiesta que conocía que URGENCIA POSTAL necesitaba gente y que recién el día 18 de mayo (fecha de inicio del servicio) empezó a trabajar con dicha empresa.
- b.3.2. Brindar el servicio dentro del tiempo máximo ofertado para la entrega del diario a los suscriptores.-

En relación a este incumplimiento, EDITORA PERÚ señala que, debido a la falta de experiencia del personal,

se produjo una excesiva demora para la compaginación, embolsado y etiquetado del diario.

Sobre este punto, EDITORA PERÚ no ha acreditado de manera suficiente el incumplimiento imputado a URGENCIA POSTAL. En efecto:

- Conforme al Anexo N° 3: Términos de Referencia, Numeral 2 (“Condiciones”), literal “d” se estableció un plazo máximo de cinco (5) horas, que se cuenta desde el momento de salida de la planta de producción hasta la entrega de los cargos de cada ruta en la oficina del Area de Suscripciones; esto es, en las Bases no se estableció expresamente que, dentro del plazo máximo antes indicado, estaba incluido la etapa previa de compaginado, embolsado y etiquetado.
- En tal sentido, de acuerdo a la Declaración Jurada de URGENCIA POSTAL presentada en EL CONCURSO, respecto al tiempo máximo para las entregas del diario a los suscriptores (fojas 155 de las pruebas presentadas con la demanda), se indica un tiempo de 3 horas para el servicio; lo cual, según lo antes indicado, debe ser entendido como el plazo máximo para las entregas del diario.
- Ni en el primer Memorándum N° 0268-C0000-EP-2004, de fecha 18 de mayo de 2004⁶, ni en el segundo Memorándum N° 0272-C0000-EP-2004, de fecha 20 de mayo de 2004⁷, suscritos por EDITORA PERÚ, se adjuntan pruebas que acrediten el presente incumplimiento.

b.3.3. Brindar el servicio con veintisiete (27) vehículos y/o camionetas.

De acuerdo a la Declaración Jurada de Unidades Vehiculares, presentada en el Concurso Público por UR-

⁶ Dicho Memorándum sirve de sustento a la Carta N° 287-G0000-EP-2004, de fecha 18 de mayo de 2004, suscrita por EDITORA PERÚ, a través de la cual se otorga un plazo de dos días calendario para superar las observaciones realizadas, bajo apercibimiento de resolución de contrato.

⁷ Dicho Memorándum sirve de sustento a la Carta N° 292-G0000-EP-2004, de fecha 20 de mayo de 2004, a través de la cual EDITORA PERÚ hace efectivo el apercibimiento de resolución de contrato

GENCIA POSTAL (que obra a fojas 396 de las pruebas de la demandante), ésta se comprometió a prestar el servicio con 27 vehículos entre camionetas y automóviles; no indicándose, dentro de su propuesta técnica, la prestación del servicio de reparto de suscripciones con motos. A este respecto, se debe considerar que, conforme al Anexo N° 11: Factores de Evaluación de Propuestas, de las Bases de EL CONCURSO, el equipo propuesto (unidades móviles operativas para prestar el servicio), constituía un importante factor de calificación técnica de los postores.

Conforme a las pruebas que constan en autos, se aprecia que URGENCIA POSTAL no contaba con las unidades vehiculares comprometidas en su propuesta técnica, según resulta de lo siguiente:

- De acuerdo a la relación manuscrita firmada por el Gerente de Servicios y Operaciones Especiales de URGENCIA POSTAL, Sr. Víctor Saravia Tasayco (que obra a fojas 397 de las pruebas de la demandante), que se adjunta como Anexo N° 6 del Memorándum N° 0268-C0000-EP-2004 de EDITORA PERÚ, de fecha 18 de mayo de 2004, se aprecia que la relación de vehículos presentada por URGENCIA POSTAL para prestar el servicio estaba incompleta, no alcanzando los 27 vehículos comprometidos en su propuesta técnica.
- Asimismo, a fojas 412 y 413 de las pruebas del demandante, obra la relación elaborada por EDITORA PERÚ, respecto a los mensajeros que URGENCIA POSTAL empleó para la distribución del Diario Oficial “El Peruano”, a la cual inclusive se remite la propia empresa demandante en su escrito de demanda (fojas 13), en la cual se aprecia: (i) rotación de vehículos para prestar el servicio, empleándose inclusive taxis, (ii) prestación del servicio con motos.
- Adicionalmente, en la declaración testimonial del señor Miguel Angel Castillo Riveros, ofrecida por URGENCIA POSTAL, en la respuesta a la décima segunda pregunta, éste explica los problemas ocurridos con la falta de los vehículos ofrecidos por URGENCIA POSTAL, de acuerdo a su Propuesta Técnica. La falta del número de vehículos ofrecidos en su Propuesta

Técnica por URGENCIA POSTAL es, además, admitida en la declaración de parte del Sr. Milton Becerra Miranda, Gerente General de URGENCIA POSTAL, en la respuesta a la séptima pregunta.

b.3.4. Entregar los cargos en el Area de Suscripciones de EDITORA PERÚ.

EDITORA PERÚ alega que URGENCIA POSTAL no entregó ningún cargo; deficiencia que no permite conocer la cantidad real de suscriptores atendidos.

Sobre este punto, EDITORA PERÚ no ha acreditado de manera suficiente el incumplimiento imputado a URGENCIA POSTAL. En efecto:

- Ni en el primer Memorándum N° 0268-C0000-EP-2004, de fecha 18 de mayo de 2004, ni en el segundo Memorándum N° 0272-C0000-EP-2004, de fecha 20 de mayo de 2004, suscritos por EDITORA PERÚ, se adjuntan pruebas que acrediten el presente incumplimiento.
- Por otra parte, en el Anexo N° 3: Términos de Referencia, Numeral 2 (“Condiciones”), literal “f” se establece de manera general que el proveedor debe hacer firmar un cargo por la entrega en cada cliente suscriptor y “posteriormente se reporta al Area de Suscripciones”, sin indicarse un tiempo exacto para tal efecto.

b.3.5. Contar con equipos de comunicaciones para todas las rutas.

EDITORA PERÚ sostiene que en las Bases de EL CONCURSO y en la propuesta técnica de URGENCIA POSTAL se estableció que todos los mensajeros en la totalidad de las rutas debían contar con equipos de comunicación, lo cual no fue cumplido por la empresa contratada.

Al respecto, de las pruebas que constan en autos, URGENCIA POSTAL no ha logrado acreditar de manera suficiente que contase con los equipos de comunicación comprometidos para la prestación del servicio, según resulta de lo siguiente:

- De acuerdo al Anexo N° 3: Términos de Referencia, Numeral 2 (“Condiciones”), se estableció en literal

“j” que el proveedor debía contar con equipos de comunicaciones en la totalidad de las rutas.

- La relación de “adquisición de equipos RPM TIM”, que URGENCIA POSTAL presente como prueba para desvirtuar este punto (fojas 14 de su escrito de demanda), en rigor, se refiere a un Resumen-Detalle de consumos de diversos equipos durante marzo y abril del 2004 (fojas 148 y 149 de pruebas de la demandante) y, por tanto, no acredita de manera fehaciente que URGENCIA POSTAL cuente con los equipos de comunicaciones para la totalidad de las rutas, según se establece en los Términos de Referencia del respectivo Concurso Público.
- c. Del análisis realizado en los puntos “a” y “b” precedentes se concluye que, si bien determinados incumplimientos imputados por EDITORA PERÚ no se encuentran sustentados de manera suficiente por dicha empresa, sí existieron deficiencias en obligaciones esenciales a cargo de URGENCIA POSTAL para la prestación del servicio de reparto de suscripciones del Diario Oficial “El Peruano” y que fueron factores de calificación y selección del proveedor o son condiciones que resultan indispensables para el normal cumplimiento del servicio, a que se refiere la Cláusula Décimo Quinta de EL CONTRATO y el Anexo N° 3: Términos de Referencia de las Bases, Numeral 2: “Condiciones”, tales como: (i) contar con personal técnico calificado y con experiencia (literal “j”); (ii) unidades móviles comprometidas (literal “j” y Anexo N° 11 de las Bases, referida a Factores de Evaluación de Propuestas); y, (iii) contar con equipos de comunicaciones en la totalidad de las rutas (literal “j”).

3.1.4. En consecuencia se determina que, si bien existieron determinadas deficiencias o incumplimientos relevantes en la prestación del servicio de reparto de suscripciones del Diario Oficial “El Peruano” a cargo de la demandante URGENCIA POSTAL que llevaron a la empresa contratante EDITORA PERÚ a requerir el cumplimiento de tales prestaciones, por tratarse de un contrato regulado por la LCAE y su Reglamento, se deben respetar los procedimientos establecidos para exigir su cumplimiento y hacer efectiva la resolución del contrato, de corresponder ésta.

Por tanto, EDITORA PERÚ debió respetar los plazos establecidos en el Artículo 144 del RELCAE, que exigen un plazo no menor a dos (2) ni mayor a quince (15) días calendario, a fin que la parte que está incumpliendo satisfaga su prestación y/o subsane las deficiencias advertidas por la otra parte contratante, bajo sanción de resolución de contrato;

lo cual no se ha verificado en el presente caso por parte de EDITORA PERÚ. En efecto, EDITORA PERÚ no respetó el plazo mínimo legal de dos (2) días calendario y, por tanto, puede considerarse una limitación a los derechos de la empresa requerida con el incumplimiento, en el presente caso URGENCIA POSTAL, a fin de poder subsanar las deficiencias encontradas y/o acreditar adecuadamente, de ser el caso, la imposibilidad de su cumplimiento derivado de causa no imputable a su parte.

El incumplimiento del procedimiento establecido en el Artículo 144 del RELCAE determina que se haya verificado una indebida resolución, por defectos o vicios de forma, respecto del contrato de servicios suscrito entre URGENCIA POSTAL y EDITORA PERÚ.

- 3.1.5. No obstante el incumplimiento de EDITORA PERÚ respecto del procedimiento de resolución de EL CONTRATO, lo cual determina una indebida resolución del mismo, corresponde a URGENCIA POSTAL acreditar la existencia y cuantía de los daños alegados por la suma de S/. 3'8000,000.00, al amparo de lo dispuesto en el Artículo 1331 del Código Civil. Ello no ha sido demostrado en autos por parte de la empresa demandante, con excepción del concepto de gastos financieros derivados del mantenimiento de la carta fianza de fiel cumplimiento de contrato.

En efecto, en el presente caso se considera que la demandante URGENCIA POSTAL no ha logrado acreditar los conceptos alegados para sustentar esta indemnización ni su cuantía, de acuerdo a lo siguiente:

- a. En primer lugar, URGENCIA POSTAL sólo acompaña como prueba un cuadro analítico (fojas 525 de pruebas de la demandante) elaborado unilateralmente por ésta, con diversos conceptos y montos por 24 meses; sin acompañar prueba documental o de otra índole que respalde los mismos.
- b. URGENCIA POSTAL alega “daño real y empobrecimiento de su patrimonio”, derivado de gastos concretos realizados, como gastos operativos (vinculados a vehículos), desvinculación de personal operativo, compra de software y contrato anulado, gastos financieros (descuento de facturas), gastos financieros por pérdida de capacidad de operación, servicios no atendidos por falta de capacidad de inversión en operaciones, incremento de costos por reducción de personal, incremento de costos por no poder acceder al financiamiento bancario. Sin embargo, no se acredita la ocurrencia efectiva de dichos gastos (como es el caso del personal, vehículos, software) o en qué consisten los conceptos alegados y su vinculación con EL CONTRATO (y su respectiva resolución por parte de EDITORA PERÚ), como es el caso del tema de gastos por descuento de facturas, pérdida de capacidad

- de operación, servicios no atendidos por falta de capacidad de inversión, imposibilidad de acceder al financiamiento bancario.
- c. Inclusive los conceptos indicados en el literal “b” precedentes, se hacen extensivos en la mayoría de los casos a 24 meses, siendo que EL CONTRATO sólo se ejecutó por tres días (esto es, 18, 19 y 20 de mayo de 2004).
 - d. En cuanto al concepto de gastos financieros por carta fianza, consta a fojas 504 de las pruebas de la demandante, la emisión de la Carta Fianza N° 0011-0117-9800007120-93, de fiel cumplimiento de contrato emitida por el Banco Continental, en respaldo de las obligaciones de URGENCIA POSTAL derivadas de EL CONTRATO, por la suma de S/. 82,355.40, de fecha 12 de mayo de 2004 y con vencimiento al 2 de julio de 2006

Por tanto, a efectos de cuantificar la indemnización por daños y perjuicios solicitada por URGENCIA POSTAL, al amparo de lo dispuesto en el Artículo 1332 del Código Civil, que establece la valoración equitativa del juzgador para establecer el resarcimiento del daño, se considera que URGENCIA POSTAL no ha logrado acreditar los gastos y/o conceptos alegados para sustentar su pretensión, con excepción de los gastos financieros derivados de la emisión y mantenimiento de la carta de fiel cumplimiento de EL CONTRATO.

Para tal efecto, en el presente caso, se considera que la demandante URGENCIA POSTAL sí está en aptitud de sustentar la naturaleza y cuantía de los daños alegados; así, por ejemplo, en el caso de gastos operativos vinculados a vehículos o compra de software, es totalmente posible adjuntar documentos que acrediten tales adquisiciones. Por tanto, la valoración equitativa del juzgador, a que se refiere el Artículo 1332 del Código Civil, no puede sustituir las comprobaciones o pruebas que son factibles de presentar por parte de quien alega el daño.⁸

⁸ De este modo, Jorge Beltrán Pacheco, comentando el Artículo 1332 del Código Civil, cita al autor italiano Bonasi Benucci, en el sentido siguiente:

“No puede el juez, sin embargo, sustituir las comprobaciones técnicas requeridas por las partes, por un criterio genérico de equidad que lo dispense de indicar los elementos concretos sobre los cuales fundó su apreciación. Su facultad discrecional encuentra obstáculo en el hecho de que existan en el proceso elementos bastantes para precisar el daño o cuando se hayan utilizado medios de prueba idóneos para establecer la exacta cuantía, y tales medios sean legalmente admisibles”.

En: “Código Civil Comentado”. Gaceta Jurídica. Tomo VI (Derecho de las Obligaciones), página 998.

- 3.1.6. Por tanto, respecto de los rubros o conceptos por daños y perjuicios alegados por la demandante, ésta no ha presentado ninguna prueba que permita sustentarlos; excepto la presentación de la carta fianza de fiel cumplimiento, que permite determinar que existe un costo financiero por mantenimiento de la misma.

Al respecto, si bien la demandante no ha presentado pruebas que acrediten de manera precisa el costo financiero de dicha carta fianza, sí se ha acreditado la existencia de la misma; por lo que, al amparo de lo dispuesto en el Artículo 1332 del Código Civil y atendiendo a los usos y costumbres del mercado financiero, se considera razonable reconocer a favor de URGENCIA POSTAL, un costo financiero de 4% anual, calculado sobre el monto de la carta fianza emitida por el Banco Continental. Dicho costo financiero deberá considerarse a partir de la resolución de EL CONTRATO hasta la devolución efectiva de la carta fianza por parte de EDITORA PERÚ.

Por lo anterior, se determina que corresponde amparar la pretensión de daños y perjuicios de la demandante URGENCIA POSTAL; pero no en lo relativo al monto demandado de S/ 3'8000,000.00, correspondiendo reconocerle únicamente el gasto derivado del mantenimiento de la carta fianza de fiel cumplimiento de contrato.

- 3.2. Determinar, a quién y en qué proporción corresponde asumir los gastos generados por el presente arbitraje

Sobre este punto, se considera que ambas partes han tenido motivos atendibles para litigar; por lo que se dispone que cada una de ellas asuma sus propios gastos (costas) y, en cuanto a los gastos comunes (costos) derivados del presente arbitraje, éstos sean asumidos en partes iguales.

LAUDA:

PRIMERO: Declarar IMPROCEDENTE la solicitud formulada por URGENCIA POSTAL, en su escrito de alegatos de fecha 15 de marzo de 2005 y precisada en su escrito presentado con fecha 30 de marzo de 2005, en el sentido de remitir copias certificadas al Ministerio Público a fin de que se formalice denuncia penal contra funcionarios de la demandada EDITORA PERÚ.

SEGUNDO: Declarar FUNDADA EN PARTE la pretensión planteada por URGENCIA POSTAL en su demanda, en el extremo de reconocer que EDITORA PERÚ le pague una indemnización por daños y perjuicios derivada de la Resolución del Contrato de Locación de Servicios N° 026-OAJ-EP-2004, suscrito con fecha 12 de mayo de 2004 y, en cuanto al monto de dicha indemnización por daños y perjuicios, disponer que EDITORA PERÚ le pague a URGENCIA POSTAL, los gastos financieros derivados del mantenimiento de la Carta Fianza

Nº 0011-0117-9800007120-93 de fiel cumplimiento otorgada por el Banco Continental a favor de EDITORA PERÚ, con fecha 12 de mayo de 2004, por la suma de S/. 82,355.40, equivalente al 4% anual, calculado sobre la suma de la carta fianza antes indicada. Dicho monto deberá calcularse a partir del día 21 de mayo de 2004 hasta la fecha de devolución efectiva de la referida carta fianza que corresponde realizar por parte de EDITORA PERÚ.

TERCERO: Disponer que las partes cubran sus propias costas y, en cuanto a los costos - honorarios del Arbitro Unico y de la Secretaría Arbitral - que éstos sean cubiertos en partes iguales.

Notifíquese a las partes.

JAVIER DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA

Arbitro Único

FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI

Gerencia de Conciliación y Arbitraje

CONSUCODE

EXPEDIENTE ARBITRAL

N° 149-2003/SNCA-CONSUCODE

Demandante: Superconcreto del Perú S.A.
Demandado: Municipalidad Provincial de Piura
Materia: Resolución de contrato
Arbitro: Dra. María del Carmen Tovar Gil

LAUDO ARBITRAL

Laudo Arbitral de Derecho emitido por la Árbitro Único, Doctora María del Carmen Tovar Gil, en el proceso seguido entre la empresa Superconcreto del Perú y la Municipalidad Provincial de Piura.

Lima, 01 de octubre de 2004.

VISTOS:

A. ANTECEDENTES:

1. Que, de conformidad con lo dispuesto por la Cláusula Décimo Cuarta del Contrato Licitación Pública Concurso – Oferta N° 001-2001-CE/MPP “Construcción, Equipamiento, Montaje, Capacitación y Puesta en Funcionamiento del Matadero Frigorífico Municipal de Piura”, celebrado el 19 de abril de 2001 – en adelante El Contrato, la empresa Superconcreto del Perú S.A. – en adelante Superconcreto– y la Municipalidad Provincial de Piura - en adelante la Municipalidad – pactaron que cualquier controversia que surja desde la celebración del contrato será resuelta mediante arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento.

2. Que, del mismo modo, de conformidad con lo previsto por el artículo 53º del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2001-PCM, las controversias que surjan sobre la ejecución o interpretación del contrato se resolverán obligatoriamente mediante los procedimientos de conciliación o arbitraje.
3. Que, habiendo las partes recurrido al Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones - CONSUCODE, a efectos de resolver la controversia a través del proceso arbitral, mediante Resolución N° 002-2004-CONSUCODE/PRE se designó como árbitro a la doctora María del Carmen Tovar Gil; habiendo aceptado ambas la designación de la referida árbitro único. Mediante Acta de Instalación de fecha 29 de enero de 2004, se dictaron las reglas de procedimiento a las que debía sujetarse el proceso; y se designó a la Gerencia de Conciliación y Arbitraje del Consejo Superior de Contrataciones del Estado CONSUCODE- como Secretaría Arbitral.
4. Que, mediante escrito de fecha 30 de marzo de 2004, la Municipalidad presentó su demanda, sustentando su petitorio en los fundamentos que expone y en los medios probatorios ofrecidos, solicitando:
 - La improcedencia de la resolución del contrato, respecto del ítem “Ejecución de Obras” de la Licitación Pública Concurso – Oferta N° 001-2001-CE/MPP “Construcción, Equipamiento, Montaje, Capacitación y puesta en Funcionamiento del Matadero Frigorífico Municipal de Piura.
 - Se deje sin efecto la Resolución de Alcaldía N° 942-2003-A/MPP, la misma que resuelve el contrato Licitación Pública Concurso – Oferta N° 001-2001-CE/MPP “Construcción, Equipamiento, Montaje, Capacitación y puesta en Funcionamiento del Matadero Frigorífico Municipal de Piura.
 - Que, la Municipalidad cumpla con recepcionar la obra encargada a Superconcreto, según ítem “Ejecución de Obra”
 - Que, la Municipalidad reconozca y cumpla el pago generado por la demora en la recepción de la obra que serán incluidos en la liquidación final
5. Que, mediante escrito de fecha 20 de abril de 2004, la Municipalidad, contesta la demanda arbitral, solicitando se declare infundada la misma, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos.
6. Que, mediante Resolución N° 10 de fecha 23 de abril de 2004 se citó a las partes a la Audiencia de Saneamiento, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios para el 03 de mayo de 2004.
7. Que, con fecha 03 de mayo de 2004 se realizó la Audiencia de Saneamiento Procesal, Fijación de Puntos Controvertidos y Saneamiento Probatorio; la

Árbitro Único y ante la existencia de una relación jurídica procesal válida, declaró saneado el presente proceso arbitral.

Del mismo modo, instó a las partes a fin de que lleguen a un Acuerdo Conciliatorio, el mismo que no se llegó a dar, tras lo cual, fijó como puntos controvertidos DE LA DEMANDA Y CONTESTACION los siguientes:

- a) Determinar si el contrato suscrito entre Superconcreto del Perú S.A. y la Municipalidad Provincial de Piura el 19 de abril de 2001, como consecuencia de la Licitación Público Concurso–Oferta N° 001-2001-CE/MPP “Construcción, Equipamiento, Montaje, Capacitación y puesta en Funcionamiento del Matadero Frigorífico Municipal de Piura, fue válidamente resuelto por parte de la Municipalidad Provincial de Piura;
- b) Determinar si procede o no, dejar sin efecto la Resolución de Alcaldía N° 942-2003-A/MPP, que resuelve el Contrato citado;
- c) Determinar, si procede ordenar a la Municipalidad Provincial de Piura que cumpla con recibir las obras ejecutadas por la empresa Superconcreto del Perú S.A.;
- d) Determinar, si procede reconocer el pago de compensación por demora en la recepción de las obras en favor de Superconcreto del Perú S.A. y en caso afirmativo, indicar si debe incluirse este concepto en la Liquidación Final de la obra.

Finalmente se admitieron los medios probatorios ofrecidos por las partes en sus escritos de demanda y contestación a la misma respectivamente, incluyendo pruebas adicionales solicitados por la Árbitro Único.

8. Que, con fecha 14 de junio de 2004 se llevó a cabo la inspección arbitral solicitada por la Municipalidad en las instalaciones del Matadero Frigorífico Municipal de Piura.
9. Que, mediante resolución N° 19 de fecha 03 de agosto de 2004, se declaró concluida la etapa probatoria y se otorgó a las partes un plazo de cinco (5) días para la presentación de sus respectivos alegatos escritos.
10. Que, mediante escrito de fecha 20 de agosto de 2004 Superconcreto, dentro del plazo establecido, ha cumplido con presentar su alegato, solicitando asimismo se señale fecha para sustentar oralmente el mismo.
11. Que, mediante Resolución N° 21 conforme a lo solicitado por Superconcreto se señaló como fecha para los informes orales el día 06 de setiembre de 2004.
12. Que, con fecha 06 de setiembre de 2004 se llevaron a cabo los informes orales, interviniendo ambas partes.

13. Que, en dicho acto se fijó el plazo para laudar en veinte (20) días hábiles, contado a partir del día siguiente de celebrada la Audiencia de Informes Orales.
14. Que ha llegado el momento de dictar el Laudo y por lo que dentro del plazo establecido se dicta el presente Laudo.

B. ANALISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS.

1. Primer Punto Controvertido

Determinar si el contrato suscrito entre Superconcreto del Perú S.A. y la Municipalidad Provincial de Piura el 19 de abril de 2001, como consecuencia de la Licitación Público Concurso–Oferta N° 001-2001-CE/MPP “Construcción, Equipamiento, Montaje, Capacitación y puesta en Funcionamiento del Matadero Frigorífico Municipal de Piura, fue válidamente resuelto por parte de la Municipalidad Provincial de Piura.

Las partes han discutido a lo largo de la presente controversia los alcances de las obligaciones que derivan del contrato suscrito entre Superconcreto del Perú S.A. y la Municipalidad Provincial de Piura el 19 de abril de 2001, como consecuencia de la Licitación Público Concurso–Oferta N° 001-2001-CE/MPP “Construcción, Equipamiento, Montaje, Capacitación y puesta en Funcionamiento del Matadero Frigorífico Municipal de Piura.

Superconcreto afirma que El Contrato incluye tres ítems que son “Elaboración de Estudios Definitivos” “Ejecución de Obras” y “Equipamiento Montaje y Puesta en Funcionamiento del Matadero Frigorífico”.

Sostiene que ella está obligada solo respecto de los dos primeros ítems, siendo que el tercer ítem era de cargo de otra contratista BTC Bavarian Trade (en adelante BTC). Afirma que ella ha cumplido cabalmente sus obligaciones del contrato. Sostiene asimismo que los incumplimientos que le atribuye la Municipalidad de Piura corresponden a trabajos que estarían incluidos en el ítem de cargo de BTC.

Por su parte la Municipalidad ha sostenido que Superconcreto debe responder por todos los ítems del contrato por haberse licitado y adjudicado el contrato al Consorcio que ella conformaba con BTC. Sostiene además, que las obligaciones que imputan a Superconcreto, no corresponden estrictamente a las del ítem “Equipamiento Montaje y Puesta en Funcionamiento del Matadero Frigorífico”. que es el que según Superconcreto correspondería a BTC, sino al ítem Ejecución de Obra, el que Superconcreto no cuestiona sea de su responsabilidad.

Para poder resolver este punto controvertido es preciso definir en primer lugar cuales son las obligaciones de Superconcreto como consecuencia del contrato.

1.1. Definición del Alcance de las Obligaciones de Superconcreto en el Contrato

Para ello vamos a analizar como primer punto si la Demandante era responsable de todas las obligaciones del Contrato o solo de los ítems “Elaboración de Estudios Definitivos” y “Ejecución de Obra”

De acuerdo a las Bases de la Licitación Pública que obran en autos, el Objeto de la Licitación fue seleccionar a la persona jurídica nacional o extranjera para la elaboración del Estudio definitivo y Ejecución del Proyecto “Construcción, Equipamiento, Montaje, Capacitación y Puesta en Funcionamiento del Matadero Frigorífico Municipal de Piura”. (1.5. de las Bases). Las Bases establecen que los postores podrán ser personas jurídicas nacionales o extranjeras y que podrán intervenir en forma individual o asociada. (1.11 de las Bases).

Resulta así de las Bases, que la obra se licitó en form integral y no se establecieron ítems. En consecuencia quien quisiera participar debía hacerlo por el total de la obra pudiendo presentarse ya sea como postor individual o en consorcio.

En el proceso se presenta como postor el Consorcio Bavarian Trade Consult GmbH BTC-SUPERCONCRETO S.A. Entre los documentos que adjunta es un contrato de promesa de consorcio y es este postor quien resulta adjudicatario de la Buena Pro.

El 19 de abril de 2001, se suscribe el contrato Construcción, Equipamiento, Montaje, Capacitación y Puesta en Funcionamiento del Matadero Frigorífico Municipal de Piura. En la introducción del Contrato se indica que participan, de una parte, la Municipalidad de Piura y de otra parte, las dos contratistas, es decir Bavarian Trade Consult GmbH BTC (en adelante BTC) y SUPERCONCRETO S.A. Cada una de ellas figura a acreditada como contratista individual y obrando a través de su propio representante legal y no como Consorcio, como hubiera sido de esperar atendiendo a los antecedentes.

De las cláusulas del contrato resulta que en la Cláusula 1.1. se establece que el contrato consta de tres rubros y distingue tres ítems. Señala respecto de cada uno de los dos primeros ítems “Elaboración de Estudios Definitivos” y “Ejecución de Obra” serán ejecutados por Superconcreto. Respecto del tercer ítem «Equipamiento Montaje y Puesta en Funcionamiento del Matadero Frigorífico» se señala que será ejecutado por BTC.

En el punto 1.4. del Contrato, se pacta que las partes integrantes del contrato son las indicadas en el artículo 117 del Reglamento siendo aplicable a cada contratista los alcances correspondientes a los ítems contratados. Añade expresamente que las especificaciones, condiciones, garantías y responsabilidades de cada contratista se circunscriben estrictamente al ítem para el cual ha sido contratado conforme a la Cláusula 1.1. del contrato.

En la Cláusula Segunda se establece el monto del contrato estableciendo con claridad el monto que corresponde a cada uno de los tres ítems mencionados en la Cláusula Primera.

En la Cláusula Tercera se establece los plazos de ejecución de cada uno de los tres ítems mencionados en la Cláusula Primera.

En la Cláusula Séptima se establece que cada contratista entregará una carta de fiel cumplimiento equivalente al valor de su contrato específico.

De las cláusulas contractuales analizadas, resulta entonces que el contrato no fue firmado por un Consorcio constituido entre las contratistas BTC y Superconcreto, sino por cada una de las contratistas y consta un pacto expreso de que cada una de ellas asume solo la obligación de ejecutar determinados ítems y no responde por los ítems que no se le encarga ejecutar.

Si bien es cierto que esta situación resulta extraña, pues si la licitación se había convocado para una obra en forma integral y los postores habían presentado su propuesta en forma conjunta, el contrato debía haber respondido a estos antecedentes, lo cierto es que el contrato es firmado por ambas partes dividiendo la obra en tres partes o ítems y estableciendo que Superconcreto debía responsabilizarse de dos de ellos y BTC del tercero.

Sin perjuicio de que esta circunstancia llama la atención y la arbitro no ha encontrado en los actuados elementos que aporten a aclarar el origen y sustento para este cambio entre la adjudicación y la firma del contrato, también es cierto que no es materia de este arbitraje el investigar si hay justificación para este cambio y que las partes han ejecutado el contrato en concordancia con esta situación y no han formulado cuestionamiento respecto de su validez tanto es así que la Municipalidad lo ha resuelto.

En consecuencia, debemos concluir que el contrato no fue suscrito por el Consorcio que se había prometido constituir en la Propuesta presentada en la Licitación, sino por los dos integrantes del mismo a título individual, repartiéndose la responsabilidad por ítems y que esta situación fue aceptada por ambas partes sin reservas.

En conclusión, de lo señalado anteriormente resulta pues, que de acuerdo al Contrato la empresa Superconcreto se obliga a ejecutar solo dos de los tres ítems del contrato, estos son “Elaboración de Estudios Definitivos” y “Ejecución de Obra”. Quedando el tercer ítem “Equipamiento Montaje y Puesta en Funcionamiento del Matadero Frigorífico” a cargo de BTC.

1.2. Definición de si los trabajos pendientes imputados formaban parte de las obligaciones de Superconcreto:

Es preciso pasar como segundo tema a analizar si **las observaciones efectuadas por la Municipalidad a Superconcreto corresponden al ítem “Ejecución de Obra”**

Surge así como segundo tema entonces, la necesidad de definir si las obligaciones que la Municipalidad considera incumplidas, e invoca como causa de resolución, correspondían al ítem “Ejecución de Obra” a cargo de Superconcreto, o al ítem “Equipamiento Montaje y Puesta en Funcionamiento del Matadero Frigorífico”, a cargo de BTC.

En la Resolución de Alcaldía 942-2003, de fecha 2 de diciembre de 2003, que es la que declara la resolución del contrato, se señala que las obligaciones incumplidas habían sido puestas en conocimiento de las Contratistas Superconcreto y BTC mediante cartas enviadas por conducto notarial recibidas respectivamente el 15 y 16 de Setiembre de 2003.

Al respecto, la Carta 001-2003-DM/MPP, fechada 6 de setiembre de 2003, es dirigida por la Municipalidad a ambas contratistas. El texto de dicha carta imputa en forma general el incumplimiento de las obligaciones del contrato a ambas contratistas. Se exige a las contratistas que cumplan con corregir técnicamente la ejecución de obras civiles y de suministrar e instalar la parte electromecánica de su equipamiento. Se adjunta a esta carta, como Anexo 1, una relación de los trabajos pendientes por Superconcreto y BTC. En este Anexo 1, se mencionan 5 puntos como pendientes de ejecución. Además se adjuntan también en Anexo 5 la relación de bienes del equipamiento cuyo suministro se había mencionado está pendiente.

Mediante Carta 045/2003 GG fechada 26 de setiembre de 2003 Superconcreto contesta a la Municipalidad, haciendo el descargo correspondiente. En términos generales, Superconcreto rechaza que los cinco puntos mencionados en el Anexo 1 de la Carta 001-2003-DM/MPP correspondan al ítem Ejecución de Obra. Indica que dicho ítem ha quedado concluido y que respecto del misma ha hecho la correspondiente anotación en el cuaderno de obra y ha solicitado en reiteradas oportunidades la recepción.

Definido que de acuerdo al contrato Superconcreto solo debe de responder por el ítem Ejecución de Obra y no por el Item Montaje y Puesta en Funcionamiento del Matadero Frigorífico” es preciso definir si las obligaciones que la Municipalidad de Piura consideró Superconcreto había incumplido correspondían o no al ítem a su cargo

Que habiéndose concluido que el ítem Equipamiento Montaje y Puesta en Funcionamiento del Matadero Frigorífico” no es de cargo de Superconcreto, de

conformidad con los términos del contrato, no sería de obligación de esta Contratista, la entrega de los bienes del equipamiento.

Por ello solo corresponde analizar si alguno de los trabajos pendientes de ejecución mencionados en el Anexo 1 de la Carta 001-2003-DM/MPP corresponderían a Superconcreto.

Los trabajos que se mencionan son los siguientes:

- a) Aislamiento Térmico
- b) Estructura de Apoyo para el Sistema de Transporte de Carcasa (Rielería)
- c) Luminarias en el interior de la nave del Camal
- d) Instalación Eléctrica en BT Suministro de Energía Eléctrica Equipos interior del Camal
- e) Puerta de Refrigeración en las Cámaras de Refrigeración y Congelamiento.

Pasamos a analizar cada una de acuerdo a los documentos aportados por las partes y a la inspección ocular realizada el día 14 de junio de 2004.

Como tema general aplicable a esta materia, debemos indicar que el trabajo de la árbitro ha visto dificultado en este punto por las siguientes circunstancias:

- Para poder definir a que contratista corresponden estas obligaciones es preciso definir los alcances de cada uno de los ítems descritos en la Cláusula 1.1. del Contrato. En dicha cláusula, al describir cada ítem, se indica que el detalle de cada uno consta en los Anexos 1 (para el ítem Ejecución Estudio definitivo) Anexo 2 (para el ítem. "Ejecución de Obra") y Anexo 3 (para el ítem "Equipamiento Montaje y Puesta en Funcionamiento del Matadero Frigorífico") Sin embargo y pese a los reiterados requerimientos de esta Arbitro, las partes no han presentado los referidos Anexos del Contrato. Recién en la audiencia de informes orales Superconcreto presenta unos documentos que según ella serían los anexos. Sin embargo, estos documentos han sido tachados por la Municipalidad. Siendo que los documentos carecen de firmas y no son reconocidos por el representante de la Municipalidad como los que integran el contrato, sino por el contrario son tachados debemos indicar que no resulta plausible considerarlos parte del contrato. El único Anexo que se ha podido tener a la vista es el Anexo 5 del contrato, donde se detallan la relación de las partes componentes del matadero frigorífico y que sí figura en el expediente sin haber sido materia de objeción por las partes.
- Que siendo que las Bases no contenían una convocatoria por ítems tampoco de ellas o de sus documentos anexos resulta un detalle de lo que pudiera corresponder a lo pactado en el contrato.

a) Aislamiento Térmico

En el Anexo 1 de la Carta 001-2003-DM/MPP, mediante la cual la Municipalidad imputa el incumplimiento en la ejecución de este trabajo a las Contratistas, se señala expresamente que de los planos elaborados por Superconcreto, consta en una anotación adjunta que el sistema de aislamiento térmico deberá ser suministrado por el Proveedor del Equipo. Es decir por BTC. Además, se señala que estos trabajos no están presupuestados en la obra civil.

El Anexo 1 viene a ser el informe de los inspectores de la Municipalidad en el cual ella se basa para resolver el contrato. En este documento la propia Municipalidad está reconociendo que este trabajo en los Estudios Definitivos está como de cargo de BTC.

Si bien es cierto que los referidos estudios fueron ejecutados por la propia Superconcreto, también es cierto que la Municipalidad los ha aprobado mediante Resolución de Alcaldía 1133-2001-A/MPP de 29 de noviembre de 2001.

Se menciona también en el referido Anexo 1 el documento denominado Observaciones a BTC de 19 de junio de 2001. Este documento, que figura en autos presentado por la Demandante, es un documento privado firmado por representantes de la empresa BTC y Superconcreto. El documento no ha sido cuestionado ni tachado por la Municipalidad. En él se indica que los enchapes de mayólica (1.80 mt) serán efectuados por Superconcreto en la Sala de Matanza, quedando por cuenta de BTC los acabados de aislamiento y de enchape de mayólica para las cámaras frigoríficas.

A mayor abundamiento, en el Anexo 5 del Contrato, en el que se detallan la relación de maquinaria y equipos ofertados y que es de cargo de BTC, figura el rubro VI Zona de Conservación, las Cámaras Frigoríficas y Cámaras de Congelación indicándose que las cámaras serán enchapadas con mayólica, por lo que debemos entender este trabajo forma parte del suministro de BTC.

En tal sentido, debe concluirse que este trabajo era de cargo de BTC y su no ejecución no era de acuerdo al contrato de responsabilidad de Superconcreto.

b) Estructura de Apoyo para el Sistema de Transporte de Carcasa (Rielería)

En el Anexo 1 de la Carta 001-2003-DM/MPP, mediante la cual se imputa el incumplimiento en la ejecución de este trabajo a las Contratistas, se indica como único elemento de juicio, respecto de este trabajo, que en el documento denominado Observaciones a BTC se menciona que el total de vigas y postes metálicos para el funcionamiento del Matadero Frigorífico son de responsabilidad de BTC.

En dicho documento, en la pregunta 4, se señala “Especificar también la estructura de sostenimiento del sistema de tubos para el transporte de las carcacas en los diferentes ambientes ubicando en los planos los puntos de apoyo de los

puentes o vigas metálicas a la estructura del camal. La respuesta indica :Vienen el total de vigas y postes metálicos para el funcionamiento de los tubos para el transporte de las carcasas y el adecuado funcionamiento del matadero frigorífico. Asimismo, lo indicarán en los planos de arquitectura la ubicación de las vigas y postes para cualquier reforzamiento de los muros o cimentación.

Que si bien por la naturaleza del trabajo, este rubro podría corresponder a cualquiera de las dos Contratistas en ausencia de los Anexos de Detalle del Contrato, los únicos elementos que tenemos para aclarar el punto son los arriba señalados, que indican que el suministro habría sido reconocido como de cargo de BTC, no habiendo aportado la Municipalidad elementos que prueben en otro sentido.

En consecuencia debe concluirse que este trabajo era de cargo de BTC y su ejecución no era de acuerdo al Contrato de responsabilidad de Superconcreto.

c) Luminarias en el interior de la nave del Camal

En el Anexo 1 de la Carta 001-2003-DM/MPP, mediante la cual se imputa el incumplimiento en la ejecución de este trabajo se señala expresamente que esto es parte del suministro que debe BTC.

En consecuencia debe concluirse que este trabajo era de cargo de BTC y su ejecución no era de acuerdo al contrato de responsabilidad de Superconcreto.

d) Instalación Eléctrica en BT Suministro de Energía Eléctrica Equipos interior del Camal

En el Anexo 1 de la Carta 001-2003-DM/MPP, mediante la cual se imputa el incumplimiento en la ejecución de este trabajo se señala que en el plano IE-03 elaborado por Superconcreto, se encuentran indicados los alimentadores a cada una de las máquinas que forman parte del camal. Señala a continuación que no se incluye en el presupuesto de la ejecución de la obra, sino en los precios considerados para el suministro y equipamiento de BTC.

Que si bien es cierto que los referidos estudios fueron ejecutados por la propia Superconcreto, también es cierto que la Municipalidad los ha aprobado mediante Resolución de Alcaldía 1133-2001-A/MPP de 29 de noviembre de 2001.

d) Puerta de Refrigeración en las Cámaras de Refrigeración y Congelamiento.

En el Anexo 1 de la Carta 001-2003-DM/MPP, mediante la cual se imputa el incumplimiento en la ejecución de este trabajo se señala que en el Documento denominado observaciones a BTC, al que ya nos hemos referido, se aclara que el suministro de puertas de las cámaras frigoríficas de vacunos, cerdos y cámara de congelados, así como el suministro y colocación de puertas metálicas, para

la adecuada operatividad para el Matadero Frigorífico Municipal de Piura, corresponden a BTC. Esto resulta corroborado por el referido documento.

Además, en el Anexo 5 del Contrato, en el que se detallan la relación de maquinaria y equipos ofertados y que era de cargo de BTC, figuran puertas de hierro fundido.

En síntesis, no hay bases para considerar que los trabajos observados por la Municipalidad a ambas Contratistas en su Carta 001-2003-DM/MPP sean de responsabilidad de Superconcreto, quedando más bien aclarado que corresponderían a BTC.

1.3. Definición de si la Municipalidad de Piura observó las formalidades necesarias para imputar incumplimiento y para resolver el contrato

En el contrato firmado no se incorpora el mecanismo de resolución que la Municipalidad debía observar

Es sin embargo relevante, antes de entrar al mecanismo de resolución, señalar que la obra estaba ya en etapa de recepción.

En ese sentido debe observarse que el contrato indica en su Cláusula Décimo Segunda que la Municipalidad designará al personal técnico especializado para efectos de la recepción de cada uno de los ítems contratados, levantando en cada caso un Acta, dejando constancia de la conformidad y/o de las observaciones que pudieren existir. Se señala que el procedimiento aplicable es el del artículo 163 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. El artículo 163 del Reglamento señala con detalle el procedimiento a seguir para la recepción de la obra.

Está acreditado en autos que Superconcreto había anotado en el asiento 183 del Cuaderno de obra, el 31 de enero de 2003, el pedido para la recepción de la obra.

Asimismo, esta demostrado que el mismo 31 de enero de 2003, la Inspección se pronuncia, indicando que se ha cumplido el plazo de ejecución de la obra dando por concluida la misma. En concordancia con esto, hace una visita de inspección y una lista de observaciones, que indica deberán haberse subsanado al momento del Acto de Recepción de la Obra.

Es más, consta que mediante Informe 037-2003-SNP-ING-JJTG-DI/MPP, de fecha 6 de febrero de 2003, el Ingeniero Juan Tavera Garrido, inspector de la obra, comunica a la Municipalidad la conclusión de la obra solicitando se programe el Acto de Recepción de conformidad con el artículo 163 del Reglamento.

En forma resumida podemos decir que de acuerdo al Reglamento en este momento lo que correspondía era:

- Que el inspector comunicara a la entidad la conclusión de la obra y esta procediera a designar un Comité de recepción
- Que el Comité de recepción verificara junto con el Contratista el cumplimiento de la obra y si no hubieran observaciones recibiera la obra y si las hubiera las consignara en un acta, dando un plazo para subsanarlas y que si esta no las subsanaba, de acuerdo a lo que establece el Reglamento, la Municipalidad tenía derecho a tomar control de la obra y subsanar las observaciones por cuenta del contratista o alternativamente a resolver el contrato.

Resulta de los actuados que Superconcreto reiteró su pedido de recepción de la obra en varias oportunidades y que la Municipalidad en lugar de proceder a la designación del Comité de Recepción, como procedía en el estado de ejecución en que se hallaba la obra, lo que hizo fue remitir la Carta 001-2003-DM/MPP, fechada 6 de setiembre de 2003 atribuyendo incumplimiento de contrato y luego emite la Resolución de Alcaldía 942-2003, de fecha 2 de diciembre de 2003, que declara la resolución del contrato.

Debe indicarse que habiendo sido solicitada ya la recepción de la obra y habiendo sido admitido por el Inspector que la obra estaba concluido no procedía resolver el Contrato sin seguir previamente el procedimiento del artículo 163 del Reglamento. Es decir, solo si el Comité de Recepción hacía observaciones fundadas y estas no eran subsanadas oportunamente por el contratista cabía iniciar un proceso de resolución de contrato, para lo cual debía observar el artículo 143 del Reglamento.

En consecuencia, no solo las observaciones que establece la Carta 001-2003-DM/MPP no procedían de acuerdo con la interpretación que se hace en los puntos anteriores, sino que dado el estado de ejecución de la obra, no cabía efectuarlas en la forma como lo hizo la Municipalidad. En el estado de ejecución en que se encontraba la obra, lo único que cabía era que la Municipalidad procediera a designar la Comisión de Recepción y esta verificara la obra y si tenía observaciones las hiciera siguiendo los procedimientos establecidos en el Reglamento a que nos hemos referido en los párrafos anteriores. En consecuencia el procedimiento seguido por la Municipalidad para la resolución no observó el procedimiento formal establecido en los artículos 143 y 163 del Reglamento

Por lo expuesto resulta que el contrato no fue validamente resuelto por la Municipalidad.

2. Segundo Punto Controvertido

Determinar si procede o no, dejar sin efecto la Resolución de Alcaldía N° 942-2003-A/MPP, que resuelve el Contrato citado.

Como consecuencia de lo indicado en el punto controvertido anterior, resulta que ni las observaciones formuladas al contratista en la Carta Notarial remitida

imputando incumplimiento son fundadas, ni la Municipalidad siguió los procedimientos adecuados para declarar la resolución. Por tal motivo corresponde dejar sin efecto la Resolución de Alcaldía N° 942-2003-A/MPP, que resuelve el Contrato.

3. Tercer Punto Controvertido

Determinar, si procede ordenar a la Municipalidad Provincial de Piura que cumpla con recibir las obras ejecutadas por la empresa Superconcreto del Perú S.A.

Como consecuencia de lo expresado en el primer punto controvertido procede que la Municipalidad de Piura designe a la Comisión de Recepción de Obras y proceda a la Recepción.

4. Cuarto Punto Controvertido

Determinar, si procede reconocer el pago de compensación por demora en la recepción de las obras en favor de Superconcreto del Perú S.A. y en caso afirmativo, indicar si debe incluirse este concepto en la Liquidación Final de la obra.

Como se mencionó en el punto controvertido primero mediante Informe 037-2003-SNP-ING-JJTG-DI/MPP de fecha 6 de febrero de 2003, el Ingeniero Juan Távora Garrido comunica a la Municipalidad la conclusión de la obra solicitando se programe el Acto de Recepción de conformidad con el artículo 163 del Reglamento.

Este pedido fue reiterado por el nuevo inspector ingeniero Luis Alberto Mejía Cabrejos, el 30 de abril de 2003, mediante informe 108-2003-SNP-LMC-DI/MPP, advirtiéndole a la entidad que de no proceder como corresponde se generarían gastos generales a partir del 18 de marzo de 2003. Este pedido se reitera el 20 de mayo de 2003 mediante informe 119-2003-ING/LAMC-SNP.

Como resulta de los hechos del caso y de lo indicado en el análisis del primer punto controvertido la Municipalidad no procedió conforme correspondía de conformidad con el artículo 163 del Reglamento.

En consecuencia procede aplicar lo establecido en el literal 6 del referido artículo 163 del Reglamento que señala que, si por causas ajenas al contratista la recepción de obra se retardara, el lapso de demora se adicionará al plazo de ejecución de la misma y se reconocerán al contratista los gastos generales que hubiese incurrido durante la demora.

En consecuencia corresponde se incorpore a la liquidación los gastos generales que correspondan de la aplicación del inciso 6 del artículo 163 del Reglamento.

De acuerdo a al análisis de los puntos controvertidos que antecede y por los fundamentos expuestos **FALLO DECLARANDO:**

1. **FUNDADA LA TACHA** presentada por la Municipalidad de Piura contra los documentos presentados por SUPERCONCRETO DEL PERU SA en la Audiencia de Informe Oral.
2. **FUNDADA LA DEMANDA INTERPUESTA POR SUPERCONCRETO DEL PERU SA Y EN CONSECUENCIA:**
 - 2.1. Declaro que la Municipalidad de Piura **no** resolvió validamente el contrato a la empresa Superconcreto S.A. por las siguientes razones:
 - a) Los incumplimientos que la Municipalidad de Piura le atribuye a Superconcreto mediante la Carta 001-2003-DM/MPP no corresponden al Item 2 del Contrato, sino al Item 3, a cargo de otras contratista, por lo que no procede tomarlos como fundamento para resolver el contrato a la Demandante.
 - b) Dado el estado de ejecución del contrato, no cabía resolver el contrato sin previamente haber observado el procedimiento de recepción de obra de acuerdo a lo establecido en el artículo 163 Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado por D.S:013-2001-PCM.
 - 2.2. Déjese sin efecto la Resolución de Alcaldía N° 942-2003-A/MPP, que resuelve el contrato suscrito entre Superconcreto del Perú S.A. y la Municipalidad Provincial de Piura el 19 de abril de 2001, como consecuencia de la Licitación Público Concurso–Oferta N° 001-2001-CE/MPP “Construcción, Equipamiento, Montaje, Capacitación y puesta en Funcionamiento del Matadero Frigorífico Municipal de Piura.
 - 2.3. Ordeno a la Municipalidad de Piura cumpla con recibir la obra de conformidad con lo establecido en el artículo 163 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado
 - 2.4. Ordeno a la Municipalidad de Piura reconozca al contratista los gastos generales ocasionados por la demora en la recepción de la obra de acuerdo a lo establecido en el numeral 6 del artículo 163 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

2.5. Las costas serán asumidas por ambas partes en igual proporción.

Lima, 01 de Octubre de 2004

MARIA DEL CARMEN TOVAR GIL
ARBITRO UNICO

FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI
GERENTE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE
CONSUCODE

Laudos Arbitrales Internacionales

CASO Nro. ARB (AF)/97/1

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO
DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES
(MECANISMO COMPLEMENTARIO)

ENTRE:

METALCLAD CORPORATION
Demandante

y

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS
Demandado

LAUDO

Ante el Tribunal Arbitral constituido
con base en el Capítulo Once del Tratado
de Libre Comercio de América del Norte,
e integrado por:

Professor Sir Elihu Lauterpacht, QC, CBE
President
[Sr] Benjamín R. Civiletti
[Sr] José Luis Sequeiros

Fecha de envío a las partes: 30 de agosto de 2000

INDICE

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LAS PARTES
 - A. La demandante
 - B. El demandado
- III. OTRAS ENTIDADES
- IV. HISTORIA PROCESAL
- V. HECHOS Y ALEGATOS
 - A. Las instalaciones en cuestión
 - B. Compra del sitio y de los permisos para el confinamiento por parte de Metalclad
 - C. Construcción del confinamiento de residuos peligrosos
 - D. Se impide a Metalclad la operación del confinamiento
- VI. DERECHO APLICABLE
- VII. LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL
 - A. Responsabilidad por la conducta de los gobiernos estatal y local
 - B. Artículo 1105 del TLCAN: Trato justo y equitativo
 - C. Artículo 1110 del TLCAN: Expropiación
- VIII. CUANTIFICACIÓN DE DAÑOS O LA INDEMNIZACIÓN
 - A. Elementos básicos de la valuación
 - B. “Asignación de gastos”
 - C. Reparación
 - D. Intereses
 - E. Beneficiario
- IX. COSTAS
- X. LAUDO

I. INTRODUCCIÓN

1. Esta controversia surge de las actividades de la Demandante, Metalclad Corporation (en lo sucesivo “Metalclad”), en el Municipio mexicano de Guadalcázar (en lo sucesivo “Guadalcázar”), localizado en el Estado mexicano de San Luis Potosí (en lo sucesivo “SLP”). Metalclad alega que el Demandado, los Estado Unidos Mexicanos (en lo sucesivo “México”), a través de sus gobiernos locales de SLP y Guadalcázar, interfirieron en el desarrollo y operación de su confinamiento de residuos peligrosos. Metalclad reclama que esa interferencia es una violación de las disposiciones del Capítulo Once sobre inversión del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (en lo sucesivo “TLCAN”). En particular, Metalclad alega violaciones al (i) artículo 1105 del TLCAN, que dispone que cada Parte en el TLCAN “[otorgue] a las inversiones de inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas”; y al (ii) artículo 1110, que estipula que “ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea: (a) por causa de utilidad pública; (b) sobre bases no discriminatorias; (c) con apego al principio de legalidad y al artículo 1105(1); y (d) mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6”. México niega tales alegatos.

II. LAS PARTES

A. La demandante

2. Metalclad es una empresa de los Estado Unidos de América, constituida conforme a las leyes de Delaware. Eco-Metalclad Corporation (en lo sucesivo “ECO”) es una empresa de los Estado Unidos de América, constituida conforme a las leyes de Utah. ECO es propiedad de Metaclad, y posee el 100% de las acciones de Ecosistemas Nacionales, S.A. de C.V. (en lo sucesivo “ECONSA”), sociedad de nacionalidad mexicana. En 1993, ECONSA compró la sociedad mexicana Confinamiento Técnico de Residuos Industriales, S.A. de C.V. (en los su-

cesivo “COTERIN”) con el fin de adquirir, desarrollar y operar su estación de transferencia y confinamiento de residuos peligrosos en el valle de la Pedrera, localizado en Guadalcázar. COTERIN es el propietario registrado del confinamiento, así como de los permisos y licencias, base de la presente controversia.

3. COTERIN es la “empresa” en representación de la cual Metlcald, como “inversionista de una partes”, está sometiendo una reclamación para los fines establecidos en el artículo 1117 del TLCAN.

4. Metalclad está representada en este procedimiento por:

Clyde C. Pearce, Esq.
Law Offices of Clyde C. Pearce
1418 South Main Street
Suite 201
Salinas, California 93908
USA

B. El demandado

5. El demandado es el Gobierno de los Estado Unidos Mexicanos. Está representado por:

Lic. Hugo Perezcano Díaz
Consultor Jurídico
Subsecretario de Negociaciones Comerciales Internacionales
Dirección General de Consultoría Jurídica de Negociaciones
Secretaría de Comercio y Fomento Industrial
Alfonso Reyes No. 30, Piso 17
Colonia Condesa
México, Distrito Federal, C.P. 06149
México

III. OTRAS ENTIDADES

6. El Ayuntamiento de Guadalcázar, SLP, es el gobierno municipal de Guadalcázar, sitio del proyecto de confinamiento. Aún cuando ni Guadalcázar ni SLP fueron nombrados como Demandados, Metalclad alega que Guadalcázar y SLP llevaron a cabo algunas de las acciones que se reclaman y que según Metalclad constituyen un trato injusto y una expropiación que violan el TLCAN.

IV. HISTORIA PROCESAL

7. El 2 de octubre de 1996, Metalclad envió a México una Notificación de su intención de someter la reclamación a arbitraje de conformidad con el artículo 1119 del TLCAN, propiciando así iniciar un procedimiento en representación de la empresa de su propiedad, COTERIN, para los fines establecidos en el artículo 1117 del TLCAN. El 30 de diciembre de 1996, Metalclad envió a México su consentimiento y renuncia escrita en cumplimiento a lo establecido en el artículo 1121 (2) (a) y (b) del TLCAN.

8. El 2 de enero de 1997 y de acuerdo con el artículo 1120 del TLCAN, Metalclad presentó una Notificación del Sometimiento de la Reclamación al Arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en los sucesivos “CIADI”)¹, y solicitó al Secretario General la aprobación y el registro de su solicitud y el acceso al Mecanismo Complementario del CIADI.

9. El 13 de enero de 1997, el Secretario General del CIADI informó a las partes que se habían cumplido con los requisitos el artículo 4(2) del Reglamento del Mecanismo Complementario y que la solicitud de acceso de Metalclad al Mecanismo Complementario había sido aprobada. El Secretario General del CIADI emitió el mismo día un Certificado de Registro de la Notificación de Reclamación.

10. El Tribunal se constituyó el 19 de mayo de 1997. El Secretario General del CIADI informó a las partes que se entendía haberse constituido el Tribunal Arbitral y el procedimiento iniciado el día 19 de mayo de 1997, y que el Sr. Alejandro A. Escobar, del CIADI, actuaría como Secretario del Tribunal. Todas las comunicaciones escritas posteriores entre el Tribunal y las partes se realizaron a través del Secretariado del CIADI.

11. La primera sesión del Tribunal se celebró, por acuerdo de las partes, el 15 de julio de 1997 en Washington, D.C. De conformidad con el artículo 21 del Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario (en lo sucesivo “el Reglamento”), el Tribunal determinó que el lugar del arbitraje sería Vancouver, Columbia Británica, Canadá. Las partes aceptaron dicha determinación del Tribunal.

12. Las partes intercambiaron numerosas solicitudes de exhibición de documentos, algunas de las cuales se admitieron, y otras no se admitieron, espe-

¹ De acuerdo con el artículo 1120(1)(b), un inversionista contendiente podrá someter la reclamación a arbitraje de acuerdo con las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, cuando la Parte contendiente cuya medida se alega ser una violación a

cialmente aquéllas que se hicieron en una etapa avanzada del procedimiento. Por instrucciones del Presidente del Tribunal², el 27 de abril de 1999, el Tribunal dictó una decisión respecto a la Solicitud de exhibición de documentos efectuada por México el 14 de abril de 1999. El Presidente del Tribunal indicó que no podía, en esta etapa del procedimiento, decidir en que medida los documentos y materiales solicitados podrían ser pertinentes para el caso, pero ordenaba a Metalclad exhibir los documentos en cuestión, haciendo notar de que Metalclad podría solicitar un pronunciamiento en el laudo respecto a los costos relacionados con dicha exhibición, en caso de que las solicitudes se juzgaran abusivas o impropias. Este no ha sido el caso a juicio del Tribunal.

13. De acuerdo con el artículo 1134 del TLCAN, que estipula lo relativo a medidas provisionales de protección, y el artículo 28 del Reglamento que estipula lo relativo a autos de sustanciación del procedimiento, México presentó, el 10 de septiembre de 1997, una Solicitud para una Orden de Confidencialidad con el fin de que se dictara una decisión respecto a la confidencialidad del procedimiento. El 9 de octubre de 1997, Metaclad presentó su respuesta. El 27 de octubre de 1997 el Tribunal dictó una decisión, cuya parte medular dice lo siguiente:

“Queda no obstante una pregunta acerca de si existe algún principio general de confidencialidad que operaría para prohibir la discusión pública del procedimiento de arbitraje por cualquiera de las partes. Ni el TLCAN ni las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI contiene restricción expresa alguna sobre la libertad de las partes a este respecto. Aunque frecuentemente se dice que una de las razones de recurrir al arbitraje es la de evitar la publicidad, al menos que el acuerdo de las partes incorpore tal limitación, cada una de ellas está aún en libertad de hablar públicamente del arbitraje. Se podrá observar que ninguna limitación de este tipo se ha incluido en textos principales de arbitraje tales como las reglas del CNUDMI ó el proyecto de Artículos sobre Arbitraje adoptado por la Comisión de Derecho Internacional. En efecto, como ha sido señalado por la parte demandante en sus comentarios, bajo las leyes sobre valores comerciales de los Estados Unidos de América, la parte demandante como una compañía abierta cuyos valores se comercian en un mercado de valores público en los Estados Unidos de América, se encuentra bajo un

la que se refiere el artículo 1117 (en este caso, México) o la Parte del inversionista (en este caso, los Estados Unidos de América), pero no ambas, sea Parte del Convenio del CIADI; México no lo es. Por lo tanto, las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI rigen de manera apropiada la administración de este procedimiento.

² El 15 de julio de 1997, durante la primera sesión del Tribunal, las partes acordaron que el Presidente del Tribunal tendría facultades para decidir asuntos de procedimiento.

deber positivo de proporcionar cierta información acerca de sus actividades a sus accionistas, especialmente en lo que concierne al hecho de estar involucrada en un proceso cuyo resultado podrá quizás afectar el valor de sus acciones en forma significativa.”

“Dicho lo anterior, aún le parece al Tribunal que sería ventajoso para el desenvolvimiento ordenado del proceso arbitral, y conducente a la mantención de relaciones de trabajo entre las Partes si durante el procedimiento ambas hubieran de limitar la discusión pública del caso a lo mínimo, sujeto a cualquier obligación de emisión de información externamente impuesta por la cual cualquiera de ellas pueda estar jurídicamente vinculada.”

14. El 14 de octubre de 1997, Metalclad presentó su escrito de demanda. Mediante carta de fecha 17 de diciembre de 1997, México solicitó una prórroga para presentar su escrito de contestación a la demanda. Metalclad presentó una Oposición a la solicitud de prórroga, México presentó una Réplica y Metalclad una Dúplica. El 7 de enero de 1998, el Tribunal concedió a México la prórroga solicitada y le ordenó presentar su escrito de contestación el 17 de febrero de 1998.

15. El 17 de febrero de 1998, México presentó su escrito de contestación a la demanda sin objeción alguna. México presentó algunos anexos al escrito de contestación el 22 de mayo de 1998, enviando la traducción de ciertos anexos el 17 de julio de 1998 al demandante y el 20 de julio de 1998 al Secretariado.

16. El 20 de febrero de 1998, Metalclad presentó una Petición de Sanciones refiriéndose al retraso de México en la presentación de su escrito de contestación. Metalclad reclamó la omisión de México de presentar con su contestación, dentro del plazo fijado por el Tribunal, traducciones de todos los documentos pertinentes. México presentó una Oposición a la Petición de Sanciones, a la cual Metalclad presentó una Réplica y una Dúplica, a las cuales México presentó una Oposición adicional. El 31 de marzo de 1998, el Tribunal declinó la Petición de Sanciones presentada por Metalclad y declaró que la no aceptación del escrito de contestación y/o el excluir la consideración de ciertos documentos sería excesiva en las circunstancias. El Tribunal también señaló que no había “podido identificar perjuicio significativo, de haber alguno, que haya sufrido la Demandante a causa del retraso en la presentación de las traducciones.”

17. El 6 de abril de 1998, Metalclad solicitó presentar una Réplica al escrito de contestación de México, a la cual México presentó una Oposición. El Tribunal, mediante decisión de fecha 20 de abril de 1998 concedió a Metalclad la solicitud de presentación de Réplica y ordenó la presentación de la misma para el 30 de junio de 1998. En su decisión, el Tribunal hizo notar que la fecha para la Dúplica de México se fijaría después de que el Tribunal hubiese considerado la Réplica.

18. Metalclad, con fecha 22 de junio de 1998, presentó una Petición de prórroga para presentar su Réplica, a la cual México presentó una Contestación. El 29 de junio de 1998, el Tribunal concedió a Metalclad la Petición de prórroga y fijó como fecha para la presentación de la Réplica el 6 de agosto de 1998. El 28 de julio de 1998, el Tribunal concedió a la Demandante una prórroga hasta el 21 de agosto de 1998 para presentar su Réplica.

19. El 21 de agosto de 1998, Metalclad presentó su Réplica sin objeción alguna. Se presentaron, el 3 de septiembre de 1998, transcripciones de partes del Informe de Expertos de la American Appraisal Associate (“AAA”). El 22 de septiembre de 1998, se presentaron las traducciones de la Réplica y el 28 de septiembre de 1998, se presentaron las traducciones del Informe de Expertos de la AAA.

20. El 5 de octubre de 1998 México presentó sus observaciones a la Réplica de Metalclad. Metalclad presentó su Contestación a las Observaciones, a la cual México presentó una Respuesta. El 13 de noviembre de 1998, el Tribunal declinó la solicitud de México respecto a la exclusión de cierta información presentada con la Réplica y declinó pronunciarse en ese momento respecto a la solicitud relativa a las costas. El Tribunal resolvió que México presentara su Dúplica a más tardar el 19 de marzo de 1999.

21. El 22 de febrero de 1999, México solicitó una prórroga para presentar su Dúplica. El 4 de marzo de 1999, el Tribunal otorgó a México la prórroga solicitada y resolvió que México presentara su Dúplica a más tardar el 19 de abril de 1999. En la misma decisión, el Tribunal fijó el día 6 de julio de 1999 para la celebración de una audiencia previa para el ordenamiento de la prueba en Washington, D.C. El Tribunal resolvió también que las partes presentaran, a más tardar el 11 de junio de 1999, su lista de testigos, conjuntamente con el esquema del testimonio de cada testigo y un estimado del tiempo de cada Parte para la presentación de sus argumentos e interrogación de los testigos. El Tribunal fijó además para el día 30 de agosto de 1999 la audiencia para el fondo de la cuestión.

22. El 11 de marzo de 1999, México presentó una solicitud para la exhibición de documentos. Metalclad presentó una Respuesta a la solicitud de México, a la cual México presentó una Réplica. El 14 de abril de 1999, México solicitó una prórroga de un mes para la presentación de su Dúplica. El 16 de abril de 1999, el Tribunal otorgó a México, en parte la prórroga solicitada y resolvió que la Dúplica fuese presentada a más tardar el 3 de mayo de 1999. El Tribunal además otorgó una prórroga a la partes hasta el 18 de junio de 1999 para presentar sus escritos sobre ordenamiento de la prueba. El 3 de mayo de 1999, México presentó su Dúplica.

23. Durante la etapa escrita de los alegatos, las partes presentaron las declaraciones de las siguientes personas: **Por Metalclad** – American Appraisal

Associator, Augustina Armijo Bautista, Kevin C. Brennan, Gustavo Carvajal Isunza, Francisco Castillo Ayala, Centro JURICI, Ramón Chávez Quirarte, Anthony Dabbene, Daniel de la Torre, Jorge de la Torre, Lee A. Deets, William E. Gordon, Javier Guerra Cisneros, Bruce H. Haglund, Jaime E. Herrera, Embajador James R. Jones, Grant S. Kesler, Ariel Miranda Nieto, Paul Mitchener, T. Daniel Neveau, Herbert L. Oakes Jr., Sandra Ray-Baucom, David Robinson, Sergio Reyes Luján, Humberto C. Rodarte Ramón, Mario Salgado de la Sancha, Leland E. Sweetser, Anthony Talamántez, Mike Tuckett, Roy Zanatta; **por México** – Luis Manuel Abella Armella, Sergio Alemán González, René Altamirano Pérez, Salomón Avila Pérez, Antonio Azuela de la Cueva, Fernando Bejarano, Alan Borner, John C. Butler III, Julia Carabias Lillo, Juan Carrera Mendoza, José Ramón Cossío Díaz, Pablo Cruz Llañez, Kevin Dages, Jaime de la Cruz Noguera, José Mario de la Garza Mendizábal, Carlos de Silva, Fernando Díaz-Barriga Martínez, Hector Raúl García Leos, Jorge Adolfo Herмосillo Silva, Francisco Enrique Hernández Sánchez, Sergio López Ayllon, Joel Milán, Pedro Medellín Milán, Hermilo Méndez Aguilar, Angelina Núñez, Santiago Oñate Laborde, Rogelio Orta Campos, José Antonio Ortega Rivero, Praxedis Palomo Tovar, Funcionarios de PRODIN, Leonel Ramos Torres, Ronald E. Robertson, Aurelio Romo Navarro, Juan Antonio Romo, Horacio Sánchez Unzueta, Leonel Serrato Sánchez, Ulises Schmill Ordóñez, Marcia Williams, Ramiro Zaragoza García, Mark Zmijewski.

24. Según lo establece el artículo 1128 del TLCAN, Canadá presentó, el 28 de julio de 1999, un escrito al Tribunal. Aunque Canadá no tiene ningún interés jurídico específico en la controversia objeto del presente caso, el escrito se refirió al artículo 1110 del TLCAN, relacionado con expropiación e indemnización. Específicamente, Canadá rechazó la sugerencia de Metalclad de que el citado artículo 1110 del TLCAN provenga de una codificación de la posición de los Estados Unidos de América acerca de las normas de derecho internacional en materia de expropiación e indemnización.

25. Con el acuerdo de las partes, se celebró una audiencia del 30 de agosto de 1999 al 9 de septiembre de 1999 en Washington, D.C., a la cual asistieron ambas partes y presentaron sus testigos. El Tribunal indicó que únicamente las porciones controvertidas de las declaraciones testimoniales escritas se presentarían en la audiencia. Los testigos que Metalclad llamó para re-preguntas fueron Julia Carabias Lillo, Horacio Sánchez Unzueta, Pedro Medellín Milán, Leonel Ramos Torres, Marcia Williams y John Butler III; los testigos que llamó México para re-preguntas fueron Grant S. Kesler, Gustavo Carvajal Isunza, Anthony Dabbene, Lee A. Deets y Daniel T. Neveau.

26. El Tribunal hizo preguntas a las partes, a las cuales, el 9 de noviembre de 1999, contestaron las partes en sus escritos posteriores a la audiencia. Se efectuaron transcripciones literales completas de la audiencia, las que fueron distribuidas a las partes.

27. Según lo establece el artículo 1128 del TLCAN, los Estados Unidos presentaron, el 9 de noviembre de 1999, un escrito al Tribunal. Aunque los Estados Unidos no tiene ningún interés jurídico específico en la controversia objeto del presente caso, el escrito establece la posición de los Estados Unidos respecto a que las acciones de gobiernos locales, incluyendo municipalidades, están sujetas a los estándares del TLCAN. Los Estados Unidos también se refirieron al artículo 1110 del TLCAN y señalaron que el término “medida equivalente a la expropiación” se refiere tanto a medidas directas de expropiación como a medidas equivalentes a una expropiación por las que indirectamente se expropian inversiones. Los Estados Unidos rechazaron la sugerencia que el término “medida equivalente a la expropiación” pretendiera crear una nueva categoría de expropiación no previamente reconocida en el derecho internacional consuetudinario.

V. HECHOS Y ALEGATOS

A. Las instalaciones en cuestión

28. En 1990 el gobierno federal de México autorizó a COTERIN la construcción y operación de una planta para el tratamiento de residuos peligrosos en La Pedrera, valle localizado en Guadalcázar, SLP. El sitio tiene un área de 814 hectáreas y se sitúa a 100 kilómetros al noreste de la capital de SLP, separado de la capital por la cadena montañosa Sierra Guadalcázar, a 70 kilómetros de la ciudad de Guadalcázar. Aproximadamente 800 personas viven en un área de diez kilómetros del sitio.

29. El 23 de enero de 1993, el Instituto Nacional de Ecología (en lo sucesivo “INE”), organismo independiente de la Secretaría de Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca (en lo sucesivo “SEMARNAP”), otorgó a COTERIN un permiso federal para la construcción de un confinamiento de residuos peligrosos en La Pedrera (en lo sucesivo “el confinamiento”).

B. Compra del Sitio y de los permisos para el confinamiento por parte de Metalclad.

30. Tres meses después del otorgamiento del permiso federal de construcción, el 23 de abril de 1993, Metalclad concluyó un contrato de opción a 6 meses para la compra de COTERIN y de sus permisos, con el fin de construir el confinamiento de residuos peligrosos.

31. Un poco después, el 11 de mayo de 1993, el gobierno de SLP otorgó a COTERIN un permiso estatal de uso del suelo para la construcción del confinamiento. El permiso se otorgó sujeto a la condición de que el proyecto se adap-

tara a las especificaciones y requerimientos técnicos indicados por las autoridades correspondientes, y se adjuntó la Declaración General de que la licencia no prejuzgaba los derechos o propiedad del solicitante y no autorizaba trabajos, construcciones o el funcionamiento del negocio o actividades.

32. Un mes más tarde, el 11 de junio de 1993, Metalclad se reunió con el Gobernador de SLP para discutir el proyecto. Metalclad afirma que en esa reunión obtuvo el apoyo del Gobernador para el proyecto. De hecho, el Gobernador reconoció en la audiencia que una persona razonable podría esperar que el Gobernador apoyaría el proyecto si los estudios confirmaban que el sitio era adecuado o viable y si el impacto ambiental estaba de acuerdo con los estándares mexicanos.

33. Metalclad afirma además que el Presidente del INE y el Director General de la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología (en los sucesivos SEDUE)³ de México le dijeron que todos los permisos necesarios para la operación del confinamiento se habían otorgado, a excepción del permiso federal de operación del confinamiento. Una declaración de un testigo presentado por el Presidente del INE sugiere que un confinamiento de residuos peligrosos podría construirse si se hubiesen obtenido todos los permisos requeridos por las correspondientes leyes federales y estatales.

34. Metalclad también afirma que el Director General de la SEDUE le dijo que la responsabilidad de obtener apoyo para el proyecto por parte de la comunidad estatal y municipal recaía en el gobierno federal.

35. El 10 de agosto de 1993, el INE otorgó a COTERIN el permiso federal para la operación del confinamiento. El 10 de septiembre de 1993, Metalclad ejerció su opción y compró COTERIN, el sitio de confinamiento y los respectivos permisos.

36. Metalclad afirma que no hubiere ejercido la opción de compra sobre COTERIN si no hubiese existido la aprobación y apoyo aparente para el proyecto por parte de los funcionarios federales y estatales.

C. Construcción del Confinamiento de residuos peligrosos

37. Metalclad afirma que poco después de la compra de COTERIN, el Gobernador de SLP emprendió una campaña pública para denunciar e impedir la operación del confinamiento.

38. Sin embargo, Metalclad afirma que en abril de 1994, después de meses de negociación, pensaba que había asegurado el acuerdo de SLP para apoyar el

³ SEDEU es el organismo predecesor de la SEMARNAP.

proyecto. Por lo tanto, en mayo de 1994, después de haber recibido del INE una prórroga por dieciocho meses del permiso federal de construcción anterior, Metalclad empezó la construcción del confinamiento. México niega que se haya obtenido el acuerdo o apoyo de SLP.

39. Metalclad además asevera que la construcción se continuó abiertamente y sin interrupción hasta octubre de 1994. Funcionarios federales y representantes del estado inspeccionaron la construcción del sitio durante ese periodo, y Metalclad proporcionó a funcionarios federales y estatales informes escritos respecto a los avances logrados.

40. El 26 de octubre de 1994 se terminó abruptamente la construcción, cuando el Municipio ordenó el cese de toda actividad debido a la falta de permiso municipal de construcción.

41. Metalclad afirma que una vez más los funcionarios federales le dijeron que tenía la autoridad necesaria para construir y operar el confinamiento; que los funcionarios federales dijeron que debía solicitar el permiso municipal de construcción para facilitar una relación amigable con el Municipio; que funcionarios federales le aseguraron que el Municipio le otorgaría obviamente el permiso; y que el Municipio no tenía fundamento alguno para negar el permiso de construcción. México niega que algún funcionario federal hubiese manifestado que el permiso municipal no se requería, y firmemente declara que se requería un permiso y que Metalclad sabía, o debía saber, que se requería el permiso.

42. El 15 de noviembre de 1994, Metalclad reanudó la construcción y presentó una solicitud para un permiso municipal de construcción.

43. El 13 de enero de 1995, el INE otorgó a Metalclad un permiso federal adicional para la construcción de una celda para la disposición final de residuos peligrosos y otras instalaciones complementarias tales como el edificio administrativo del confinamiento y el laboratorio.

44. En febrero de 1995, la Universidad Autónoma de SLP (en lo sucesivo "UASLP") entregó un estudio confirmando sus conclusiones anteriores, que señalaban que a pesar de que el sitio de confinamiento suscitaba algunas preocupaciones, con la ingeniería adecuada, era geográficamente adecuado para un confinamiento de residuos peligrosos. En marzo de 1995, la Procuraduría Federal para la Protección del Ambiente de México (en lo sucesivo "PROFEPA"), un organismo independiente de la SEMARNAP, realizó una auditoría del sitio y también concluyó que, con la ingeniería y operación apropiada, el sitio y también concluyó que, con la ingeniería y operación apropiada, el sitio de confinamiento era geográficamente adecuada para un confinamiento de residuos peligrosos.

D. Se impide a Metalclad la operación del confinamiento

45. Metalclad terminó la construcción del confinamiento en marzo de 1995. El 10 de marzo de 1995, celebró un “evento de puertas abiertas” o inauguración del confinamiento, al cual asistieron numerosos dignatarios de los Estados Unidos y de los gobiernos federales, estatales y locales de México.

46. Manifestantes impidieron la “inauguración”, bloquearon la entrada y salida de autobuses que conducían a los invitados y trabajadores, y emplearon tácticas intimidatorias en contra de Metalclad. Metalclad afirma que los gobiernos estatal y local organizaron, al menos en parte, la manifestación, y que tropas ayudaron bloqueando el tráfico para entrar y salir del sitio. A partir de entonces se impidió de manera efectiva a Metalclad la apertura del confinamiento.

47. El 25 de noviembre de 1995, después de meses de negociación, Metalclad y México, a través de dos organismos independientes de la SEMARNAP (el INE y la PROFEPA), concluyeron un convenio que establecía y permitía la operación del confinamiento (en lo sucesivo el “Convenio”).

48. El Convenio establecía que se llevaría a cabo una auditoría ambiental del sitio de diciembre de 1994 a marzo de 1995; que el objetivo de la auditoría era el verificar que el proyecto hubiese cumplido con las leyes y reglamentos; el verificar los planos del proyecto para la prevención y atención de emergencias; y el estudiar las condiciones existentes, procedimientos de control, mantenimiento, operación, entrenamiento de personal y mecanismos del proyecto para atender emergencias ambientales. El Convenio también establecía, que como la auditoría detectó ciertas deficiencias, se requirió a Metalclad presentar un plan de acción para corregirlas; que Metalclad presentó, de hecho, un plan de Acción incluyendo un Plan de Remediación del sitio; y que Metalclad aceptó llevar a cabo el trabajo y actividades establecidas en el Plan de Acción, incluyendo aquello que correspondía al Plan de Remediación. Estos planes requerían que la remediación y operación comercial se llevaran a cabo simultáneamente dentro de los tres primeros años de operación del confinamiento. El Convenio establecía un periodo de cinco años de operación del confinamiento, renovable por el INE y la PROFEPA. Además de requerir la reparación, el Convenio establecía que Metalclad asignaría 34 hectáreas de su propiedad como una zona de seguridad para la conservación de especies endémicas. El Convenio también requería que la PROFEPA creara un Comité Técnico Científico para monitorear la reparación y requería que se invitara a representantes del INE, de la Universidad Nacional Autónoma de México y de la UASLP a participar en ese Comité. Se crearía un Comité Ciudadano de Vigilancia. Metalclad contribuiría con dos nuevos pesos por cada tonelada de residuos para obras sociales en Guadalcázar y daría 10% de descuento para el tratamiento y disposición

final de residuos peligrosos generados en SLP. Metalclad proporcionaría, a través de su personal médico calificado, servicio médico una vez por semana para los habitantes de Guadalcázar mano de obra de Guadalcázar, y daría preferencia a los habitantes de Guadalcázar para entrenamiento técnico. Metalclad consultaría también con las autoridades gubernamentales lo referente a la remediación y a residuos peligrosos, y proporcionaría al personal del sector público, federal, estatal y municipal, así como de los sectores social y privado, cursos dos veces al año sobre control de residuos peligrosos.

49. Metalclad afirma que se invitó a SLP a participar en el proceso de negociación del Convenio, pero que SLP no aceptó. El Gobernador de SLP denunció el Convenio poco después que se anunciara públicamente.

50. El 5 de diciembre de 1995, trece meses después de que Metaclad presentó su solicitud para el permiso municipal de construcción, la solicitud fue denegada. Al hacer esto, el Municipio mencionó su decisión de negar un permiso de construcción a COTERIN en octubre de 1991 y enero de 1992 e hizo notar lo “inapropiado” de la construcción del confinamiento de Metaclad sin la obtención previa del permiso municipal de construcción.

51. No existe indicación de que el Municipio haya efectuado alguna consideración respecto a la construcción del confinamiento y a los esfuerzos de operación durante los trece meses que estuvo en trámite la solicitud.

52. Metaclad subrayó que no existía prueba de que Metaclad hubiese incumplido con alguna obligación legal, ni algo que demostrara que Metaclad había violado los términos de algún permiso federal o estatal, que no existía prueba que el Municipio consideró los informes ambientales recién concluidos que indicaban que el sitio era adecuado para un confinamiento de residuos peligrosos, que no existía prueba que la construcción del sitio no cumpliera con algún requerimiento específico de construcción, que no había prueba que el Municipio hubiese jamás requerido u otorgado un permiso municipal de construcción para cualquier otro proyecto de construcción en Guadalcázar; y que no existía prueba de que hubiese un procedimiento administrativo establecido con respecto a los permisos municipales de construcción en el Municipio de Guadalcázar.

53. México afirma que Metalclad estaba enterada, en virtud de la auditoría legal, que un permiso municipal podía ser necesario con base en el caso de COTERIN (1991, 1992) y otros precedentes anteriores de varios proyectos en SLP.

54. No se le notificó a Metalclad de la reunión del Ayuntamiento en dónde se discutió y denegó su solicitud para el permiso, ni se dio oportunidad a Metalclad de participar en ese proceso. La solicitud de Metalclad para reconsiderar la negativa relativa al permiso fue rechazada.

55. En diciembre de 1995, poco después de que el Municipio rechazara la solicitud de Metalclad para el permiso, el Municipio presentó un recurso administrativo ante la SEMARNAP en contra del Convenio. La SEMARNAP desechó el recurso del Municipio.

56. El 31 de enero de 1996, el Municipio presentó un amparo en los tribunales mexicanos en contra de la resolución de la SEMARNAP que había desechado su recurso administrativo. Se otorgó la suspensión provisional y se prohibió a Metalclad la operación de confinamiento de residuos peligrosos. El amparo finalmente se desechó y se levantó la suspensión provisional en mayo de 1999.

57. El 8 de febrero de 1996, el INE otorgó a Metalclad un permiso adicional autorizando el incremento en la capacidad del confinamiento de 360,000 toneladas por año.

58. De mayo de 1996 a diciembre de 1996, Metalclad y el Estado de SLP intentaron resolver los asuntos relativos a la operación del confinamiento. Estos esfuerzos fracasaron y, el 2 de enero de 1997, Metalclad inició el presente procedimiento de arbitraje en contra del Gobierno de México al amparo del Capítulo Once de TLCAN.

59. El 23 de septiembre de 1997, el Gobernador, tres días antes de que terminara su período de gobierno, emitió un Decreto Ecológico declarando un Área Natural para la protección de un cactus único. El Área Natural abarcaba el área del confinamiento. Metalclad se basa en parte en este Decreto Ecológico como un elemento adicional a su reclamación, sosteniendo que el Decreto efectiva y permanentemente precluye la operación de confinamiento.

60. Metalclad también alega, con base en los informes de los medios de comunicación mexicanos, que el Gobernador de SLP declaró que el Decreto Ecológico “cancelaría definitivamente cualquier posibilidad que existe de abrir el confinamiento industrial de desechos de La Pedrera”.

61. Metalclad también declaró que, refiriéndose al Decreto Ecológico y a lo dicho por los medios de comunicación mexicanos, un funcionario de alto rango de SLP “expresó confianza en cerrar de esta forma, toda posibilidad para la firma Metalclad de los Estados Unidos para operar esta área de confinamiento, independientemente de lo que suceda en su demanda ante los tribunales arbitrales del TLCAN.”

62. El confinamiento sigue inactivo. Metalclad no ha vendido ni transferido parte alguna del mismo.

63. México niega lo dicho por los medios de comunicación en lo relacionado con el Derecho Ecológico.

64. México también sostiene que cualquier consideración relativa al Decreto Ecológico está fuera de la competencia del Tribunal puesto que el Decreto

se dictó después de la Notificación de la intención de sometimiento a arbitraje. En particular, México alega que el artículo 1119 del TLCAN, titulado “Notificación de la intención de someter la reclamación a arbitraje”, excluye reclamación por violaciones que no hayan todavía ocurrido, apoyándose en el lenguaje del artículo que establece que:

“El inversionista contendiente notificará por escrito a la Parte contendiente su intención de someter una reclamación a arbitraje, cuando menos 90 días antes de que se presente formalmente la reclamación, y la notificación señalará lo siguiente:

...

- (b) Las disposiciones de este Tratado presuntamente incumplida y cualquier otra disposición aplicable
- (c) las cuestiones de hecho y de derecho en que se funda la reclamación.”

México además invoca el artículo 1120 del TLCAN, el cual requiere que hayan transcurrido seis meses entre el momento en que tuvieron lugar los actos que motivan la reclamación y el sometimiento de la reclamación. Con base en estos dos artículos, México alega que la demandante debe asegurarse que su reclamación está completa al momento de presentarla. Al mismo tiempo, México no excluye la posibilidad de que se hagan enmiendas a una reclamación. Más bien, México inicialmente declaró que con el fin de asegurar un trato justo y claridad, la enmienda a una reclamación o la presentación de una reclamación adicional conforme al artículo 48 del Reglamento del Mecanismo Complementario debería estar sujeto a una solicitud formal y la enmienda requerida debería manifestarse claramente. Después, en su escrito posterior a la audiencia, México modificó su posición, en él alega que la sección B del Capítulo Once no contempla la enmienda de reclamaciones presentadas para incluir reclamaciones por eventos posteriores. México sostiene que la sección B del Capítulo Once modifica el Reglamento del Mecanismo Complementario por lo que respecta a la enmienda de reclamaciones y a la presentación de reclamaciones adicionales, haciendo inaplicable el artículo 48 del Reglamento del Mecanismo Complementario.

65. La posición de Metalclad es que el análisis de México respecto a los artículos 1119 y 1120 es artificial, y que la regla de seis meses únicamente establece una regla inicial para la aceptación de una reclamación, diseñada para promover el agotamiento de los métodos pre-arbitrales de solución de controversias. Para fundamentar su posición, Metalclad invoca el artículo 1118 que

establece que las partes contendientes intentarían primero dirimir la controversia por vía de consulta o negociación. Metalclad aduce que su derecho para fundamentar su reclamación en actos que ocurrieron después de haber presentado su Notificación de reclamación se sustenta en razones de política. Primero, Metalclad alega que su posición se sustenta en las políticas relacionadas con la administración de justicia. En particular, argumenta que el no poder contar con reclamaciones posteriores a la Notificación de reclamación privaría a las partes de una reparación por un periodo durante el cual el Estado podría estar tentado a incumplir con sus obligaciones respecto al Tratado. Segundo, Metalclad alega que requerir que el demandante pase por alto o difiera el ventilar violaciones subsecuentes o relacionadas, sería inconsistente con el objetivo establecido en el TLCAN de crear procedimientos eficaces de solución de controversias. Metalclad plantea que tal interpretación crearía ineficiencia, requiriendo al demandante presentar reclamaciones *seriatim* y que dichas reclamaciones estuviesen sujetas a los principios de *res judicata* en perjuicio del demandante. Metalclad también alega que eso resultaría en una injusticia, porque los demandantes escogerían, por razones financieras u otras razones, no iniciar una nueva reclamación bajo el TLCAN y los tribunales estarían imposibilitados para considerar actos de mala fe que hubiesen ocurrido durante el arbitraje. Tercero, Metalclad sostiene que su posición está de acuerdo con la amplia jurisdicción de los Tribunales de arbitraje del CIADI. Metalclad subraya que los textos mencionados en el artículo 1120 del TLCAN, permiten una enmienda a las reclamaciones y cita el artículo 48 del Reglamento que permite las reclamaciones incidentales o adicionales y establece que dichas reclamaciones están comprendidas en la cláusula compromisoria estipulada por las partes. Metalclad concluye diciendo que se cumple con las políticas enfatizadas en los artículos 1119 y 1120 del TLCAN, una vez que los plazos se cumplieron adecuadamente antes de la presentación de la reclamación y que el demandante no se ve perjudicado por las enmiendas, mientras que no se hagan después de la Réplica del demandante y que se le permite una Dúplica al demandado.

66. El Tribunal acepta el argumento de México relativo a que un caso no se puede iniciar basándose en una violación anticipada. Sin embargo, el Tribunal no puede aceptar la interpretación de México y la aplicación de los plazos establecidos en el TLCAN. Metalclad presentó de manera adecuada su reclamación al amparo del Reglamento de Mecanismo Complementario como lo establece el artículo 1120 del TLCAN. El Artículo 1120(2) dispone que las reglas de arbitraje aplicables serán aquellas al amparo de las cuales se presentó la reclamación, salvo en la medida de lo modificado en la Sección B del Capítulo Once. El artículo 48(1) del Reglamento establece claramente que una parte podrá presentar una reclamación incidental o adicional, siempre que tal reclamación subsidiaria esté comprendida en el alcance de la cláusula compromisoria estipulada por las partes.

67. El Tribunal no está de acuerdo con la posición tomada por México después de la audiencia respecto a que la Sección B del Capítulo Once modifica el artículo 48 del Reglamento. El Tribunal cree que no fue la intención de los redactores de los artículos 1119 y 1120 del TLCAN el limitar de esa manera la competencia del Tribunal bajo el Capítulo Once. Más bien, el Tribunal prefiere la posición de México presentada en su Dúplica que interpreta la sección B del Capítulo Once del TLCAN y el artículo 48 del Reglamento en el sentido de que se permiten las enmiendas a las reclamaciones previamente presentadas y la consideración de hechos y eventos ocurridos después de la presentación de la Notificación de la Reclamación, particularmente cuando los hechos y eventos surgieron y/o están directamente relacionados con la reclamación original. Una argumentación contraria, requeriría a un demandado presentar múltiples y subsiguientes reclamaciones relacionadas y traería ineficiencia e inequidad.

68. El Tribunal está de acuerdo con México en que el procedimiento relativo a la enmienda de reclamaciones tiene que ser aquel que asegure justicia y claridad. El artículo 48(2) del Reglamento asegura esa justicia requiriendo que una reclamación subsidiaria se presente a más tardar en la Réplica del demandante. A este respecto, Metalclad presentó información relacionada con el Decreto Ecológico y su intención de basarse en el Decreto Ecológico desde su escrito de demanda. México presentó después su Contestación a la demanda y su Dúplica. El Decreto Ecológico está directamente relacionado con la propiedad e inversión en cuestión, y México tuvo notificación suficiente y oportunidad para referirse a los asuntos relacionados con ese Decreto.

69. El Tribunal por lo tanto considera que, a pesar de que el Decreto Ecológico se dictó después de que Metalclad presentó su reclamación, Metalclad presentó, a tiempo y de manera consistente con los principios de justicia y claridad, las cuestiones relacionadas con él. México tuvo oportunidad suficiente para responder y no sufrió perjuicio alguno. El Tribunal por lo tanto sostiene que las consideraciones relacionadas con el Decreto Ecológico están dentro de su competencia, pero como se verá, no le otorga una importancia capital.

VI. DERECHO APLICABLE

70. Un Tribunal establecido conforme a la Sección B del Capítulo Once del TLCAN debe decidir las cuestiones controvertidas de acuerdo con el TLCAN y las reglas de derecho internacional aplicables. (*Artículo 1131(1) del TLCAN*). Además, el artículo 102(2) del TLCAN dispone que el Tratado debe interpretarse y aplicarse a la luz de sus objetivos manifestados y de acuerdo con las reglas de derecho internacional aplicables. Estos objetivos incluyen de manera específica la transparencia y el aumento sustancial de oportunidades de inversión en los territorios de las Partes. (*Artículo 102(1)(c)*). El artículo 31(1) de la Conven-

ción de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que un tratado debe interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado y de acuerdo con su contexto y a la luz del objeto y fin del tratado. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto deberá comprender, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos, todo acuerdo que se refiera al tratado y que haya sido concertado por las partes con motivo de la celebración del tratado. (*Artículo 31(2)(a)*). Conjuntamente con el contexto había de tenerse en cuenta cualquier regla pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes (*Artículo 31(3)*). Todo tratado en vigor obliga a las partes del mismo y debe ser cumplido por ellas de buena fe. (*Artículo 26*). Un Estado parte a un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. (*Artículo 27*).

71. Las Partes en el TLCAN específicamente acordaron “ASEGURAR un marco comercial previsible para la planeación de las actividades productivas y de la inversión.” (*Párrafo 6 del preámbulo del TLCAN (énfasis en el original)*). El TLCAN además exige que “[c]ada una de las Partes se asegurará de que sus leyes, reglamentos, procedimientos y resoluciones administrativas de aplicación general que se refieran a cualquier asunto comprendido en este Tratado se publiquen a la brevedad o se pongan a disposición para conocimiento de las personas o Partes interesadas.” *Artículo 1802(1)*.

VII. LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL

72. Metalclad sostiene que México, a través de sus gobiernos locales de SLP y Guadalcázar, interfirió con, e impidió la operación por parte de Metalclad del confinamiento. Metalclad alega que esta interferencia es una violación de los artículos 1105 y 1110 del Capítulo Once de las disposiciones sobre inversión del TLCAN.

A. Responsabilidad por la conducta de los gobiernos estatal y local

73. El umbral del asunto es si México es internacionalmente responsable por los actos del SLP y Guadalcázar. Este asunto fue largamente expuesto por México en el párrafo 233 de su escrito posterior a la audiencia, que dice que “[México] no alega que los actos del Municipio no estén cubiertos por el TLCAN. [México] estaba, y sigue, preparado para proceder conforme al supuesto que la regla normal de responsabilidad del estado se aplica; esto es, que el demandando puede ser internacionalmente responsable por los actos de los órganos estatales a los tres niveles de gobierno. Las Partes en el Tratado deben [asegurar] la adopción de todas las medidas necesarias para dar eficacia a las disposiciones de este Tratado, en particular para su observancia por los gobiernos estatales y provinciales, salvo que en este Tratado se disponga otra cosa”. (*Artículo 105 del*

TLCAN). Una referencia a un estado o provincia incluye a los gobiernos locales de ese estado o provincia. (*Artículo 201(2) del TLCAN*). El artículo 1108(1) afirma expresamente que las excepciones a los requerimientos de los artículos 1105 y 1110 no se extienden a los estados o gobiernos locales. Este enfoque está en total acuerdo con el derecho internacional consuetudinario. Esto se expresó claramente en el artículo 10 del proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados adoptado por la Comisión de Naciones Unidas de Derecho Internacional en 1975 que, aunque está todavía en discusión, puede, aún así, considerarse como una correcta reafirmación del derecho actual: “[e]l comportamiento de un órgano del Estado, de una entidad territorial del gobierno o de una entidad facultada para ejercer atribuciones del poder público, cuando tal órgano ha actuado en esa calidad, se considerará como un acto del Estado según el derecho internacional aunque, en el caso de que se trate, el órgano se haya excedido en sus atribuciones de conformidad con el derecho interno o haya contravenido las instrucciones concernientes a su ejercicio”. (*Yearbook of the International Law Commission*, 1975, vol. ii, p. 61).

B. Artículo 1105 del TLCAN: Trato justo y equitativo

74. El artículo 1105(1) del TLCAN dispone que “cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas”. Por las razones abajo expuestas, el Tribunal considera que no se le otorgó a la inversión de Metalclad un trato justo y equitativo acorde con el derecho internacional, y que México violó el artículo 1105(1) del TLCAN.

75. Un objetivo subyacente del TLCAN es el promover e incrementar las oportunidades transfronterizas de inversión y asegurar el éxito de la implementación de las iniciativas de inversión. (*Artículo 102(1) del TLCAN*).

76. En la declaración de principios y reglas que introduce el Tratado, la referencia a la “transparencia” es de importancia mayor. (*Artículo 102(1) del TLCAN*). El Tribunal entiende que esto incluye la idea de que todo requerimiento legal pertinente a efecto de iniciar, completar u operar exitosamente inversiones realizadas, o que se tenga intención de realizar al amparo del Tratado, deberían de ser de fácil conocimiento de todos los inversionistas afectados de la otra Parte. No debería de haber lugar a duda o incertidumbre en tales asuntos. Una vez que es del conocimiento de las autoridades del gobierno central de una Parte (cuya responsabilidad internacional en estos asuntos se identificó en la sección que precede) de que pudiera haber lugar para un malentendido o confusión a este respecto, es su deber asegurarse que la posición correcta se determine y exprese rápida y claramente para que los inversionistas puedan proceder con toda la apropiada prontitud y con la seguridad de que están actuando conforme a las leyes pertinentes.

77. Metalclad adquirió COTERIN con el único propósito de desarrollar y operar un confinamiento de residuos peligrosos en el valle de La Pedrera, en Guadalcázar, SLP.

78. El Gobierno de México otorgó, antes de que Metalclad comprara COTERIN, permisos federales de construcción y operación para el confinamiento y el Gobierno de SLP igualmente otorgó un mencionado permiso de operación que implicó su apoyo político para el proyecto de confinamiento.

79. Un punto central en este caso ha sido si, además de los mencionados permisos, se requería un permiso municipal para la construcción del confinamiento de residuos peligrosos.

80. Cuando Metalclad inquirió, antes de comprar COTERIN, acerca de la necesidad de permisos municipales, funcionarios oficiales le aseguraron que tenía todo lo que necesitaba para iniciar el proyecto del confinamiento. De hecho, después de que Metalclad adquirió COTERIN, el gobierno federal prologó el permiso federal de construcción por dieciocho meses más.

81. Como expuso y confirmó el perito de Metalclad en legislación mexicana, las facultades del Municipio comprenden únicamente el manejo de permisos de construcción, "... otorgar licencias y permisos de construcción, y participar en la creación y administración de zonas de reservas ecológicas..." (*Artículo 115 fracción V de la Constitución Mexicana*). Sin embargo, los peritos de México en derecho constitucional expresaron una opinión diferente.

82. La Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente de 1988 de México (en lo sucesivo "LGEEPA") expresamente otorga a la Federación la facultad de autorizar la construcción y operación de confinamientos de residuos peligrosos. El artículo 5 de la LGEEPA establece que las facultades de la Federación comprenden:

V. La regulación y el control de las actividades consideradas como altamente riesgosas, y de la generación, manejo y disposición final de materiales y residuos peligrosos para el ambiente o los ecosistemas, así como para la preservación de los recursos naturales, de conformidad con esta Ley, otros ordenamientos aplicables y sus disposiciones reglamentarias.

83. La LGEEPA también limita las facultades del municipio en materia de medio ambiente aquello relativo a residuos no peligrosos. Específicamente, el artículo 8 de la LGEEPA otorga a los municipios la facultad, de conformidad con las disposiciones de la ley y de las leyes locales, de aplicar:

[1]as disposiciones jurídicas en materia de prevención y control de los efectos sobre el ambiente ocasionados por la generación, transporte, almacenamiento, manejo, tratamiento y disposición final de los residuos sólidos e industriales que no estén considerados como peligrosos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 137 de la presente ley. (Énfasis agregado).

84. La misma ley también limita las facultades del estado en materia de medio ambiente a aquéllas no expresamente otorgadas al gobierno federal. *Artículo 7.*

85. Se dejó creer a Metalclad, y creyó, que los permisos federales y estatales le permitían la construcción y operación del confinamiento. Metalclad alega que el Municipio no tiene facultades en lo que se refiere a los asuntos de residuos peligrosos. Sin embargo, México argumenta que, de acuerdo con la constitución y las leyes, el Municipio tiene facultad para otorgar permiso de construcción.

86. Aún si México está en lo correcto respecto a que se requería un permiso municipal de construcción, le evidencia también muestra que la competencia de la autoridad federal regulaba lo que se refiere a evaluaciones y valoraciones en materia de residuos peligrosos y que la autoridad del municipio comprendía únicamente lo referente a consideraciones de construcción. Por lo tanto, la negativa del Municipio a otorgar el permiso haciendo referencia a consideraciones de impacto ambiental sobre lo que era básicamente un confinamiento de disposición de residuos peligrosos, fue inadecuada, como lo fue también su negativa para otorgar un permiso por cualquier razón que no fuera otra que alguna relacionada con la construcción física o defectos del sitio.

87. Basándose en afirmaciones del gobierno federal, Metalclad inició la construcción del confinamiento, y lo hizo de manera abierta y continuada, y con el conocimiento total de los gobiernos federal, estatal y municipal, hasta la “Orden de Clausura” del 26 de octubre de 1994. Dicha Orden se fundamentó en la falta de obtención por parte de Metalclad de un permiso municipal de construcción.

88. Además, Metalclad afirmó que funcionarios federales le dijeron que si presentaba una solicitud para un permiso municipal de construcción, el Municipio no tendría fundamento legal para negar el permiso y que sería evidentemente otorgado. La ausencia de una regla clara en lo que respecta al requerimiento o no de un permiso municipal de construcción, así como la falta de una práctica o procedimiento establecido para el trámite de las solicitudes de permisos municipales de construcción, se traduce en la falta de cumplimiento por parte de México para asegurar la transparencia requerida por el TLCAN.

89. Metalclad podía permitirse confiar en las afirmaciones de los funcionarios federales y creer que estaba autorizada a continuar con la construcción del confinamiento. Siguiendo el consejo de estos funcionarios, y presentando el 15 de noviembre de 1994 una solicitud para un permiso municipal, Metalclad sólo actuaba de manera prudente y con la total expectativa de que el permiso se otorgaría.

90. El 5 de diciembre de 1995, trece meses después de la presentación de la solicitud de Metalclad –tiempo durante el cual Metalclad continuó obvia y abiertamente su actividad e inversión– el Municipio negó a Metalclad el permiso de construcción. La negativa se dictó después de que estaba casi concluida la construcción e inmediatamente después de que se anunció el *Convenio* acerca de la operación del confinamiento.

91. Además, el permiso se negó en una reunión del Ayuntamiento del Municipio del cual no se notificó a Metalclad, y a la cual no se le invitó, y no se le dio la oportunidad de comparecer.

92. El Ayuntamiento negó el permiso por razones que incluyen, pero no se limitan a, la oposición de la población local, el hecho de que la construcción se había ya iniciado al momento de la presentación de la solicitud, la negación del permiso a COTERIN en diciembre de 1991 y enero de 1992, y las preocupaciones ecológicas referentes a los efectos e impactos ambientales en el sitio y comunidades circundantes. Ninguna de estas razones incluyen lo referente a algún problema relacionado con la construcción material del confinamiento o a cualquier otro defecto material del mismo.

93. El Tribunal considera, por lo tanto, que el permiso de construcción se negó sin un estudio detenido de, referencia específica a, los aspectos de construcción o defectos materiales del inmueble.

94. Además, el Tribunal no puede hacer caso omiso del hecho de que inmediatamente después de que el Municipio negó el permiso, éste presentó un recurso administrativo ante el SEMARNAP en contra del Convenio. El Tribunal infiere de esto que el Municipio no confiaba en su derecho a negar su autorización para el confinamiento con la única base de la falta de permiso municipal de construcción.

95. La SEMARNAP desechó el recurso por falta de interés jurídico, y el Municipio reaccionó prontamente interponiendo un amparo. Se otorgó una suspensión provisional, y se impidió la operación del confinamiento durante 1999.

96. En 1997, SLP volvió en escena y dictó un Decreto Ecológico en 1997, el cual efectivamente y permanentemente prohibió el uso a Metalclad de su inversión.

97. Las acciones del Municipio después de negar el permiso municipal de construcción, conjuntamente con las deficiencias procedimentales y sustanciales de la negativa, sustentan la resolución del Tribunal, por las razones antes expuestas, de que la insistencia del Municipio en la obtención del permiso de construcción y la negación del mismo cuando le fue solicitado fueron en este caso inadecuadas.⁴

98. El artículo 1114 del TLCAN, que permite que una Parte se asegure que las inversiones se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental no afecta esta conclusión. La celebración del Convenio y el otorgamiento de los permisos federales muestran claramente que México estaba satisfecho con el hecho de que el proyecto era acorde con y tomaba en cuenta inquietudes en materia ambiental.

99. México no cumplió con asegurar un marco transparente y previsible para la planeación del negocio e inversión de Metalclad. Estas circunstancias en su totalidad demuestran una falta de orden en el proceso y disposición en tiempo en relación con un inversionista de una Parte que actuó con la expectativa de que recibiría un trato justo y equitativo de conformidad con el TLCAN.

100. Más aún, los actos del Estado y del Municipio –y por lo tanto actos de México– incumplieron con o no fueron conformes a los requerimientos del artículo 1105(1) del TLCAN, en el sentido de que cada Parte otorga a las inversiones de los inversionista de la otra Parte un trato acorde con el derecho internacional, incluyendo un trato justo y equitativo. Esto es así especialmente a la luz del principio aplicable de que el derecho interno (tales como los requerimientos establecidos para el permiso del Municipio) no justifican el incumplimiento de una obligación de un tratado. (*Artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*).

101. El Tribunal por lo tanto sostiene que Metalclad no fue tratado justa y equitativamente de acuerdo con el TLCAN y concede la reclamación relativa al artículo 1105.

⁴ El asunto de recurrir al TLCAN antes de agotar los recursos internos fue examinado por las partes. Sin embargo, México no insiste en el hecho de que los recursos internos deben de agotarse. La posición de México es la correcta a la luz del artículo 1121(2)(b) que dispone que un inversionista contendiente podrá someter una reclamación al amparo del artículo 1117 del TLCAN si ambos el inversionista y la empresa renuncian a su derecho de iniciar o continuar cualquier procedimiento con respecto a la medida de la parte contendiente que presuntamente sea una de las violaciones a que se refiere el artículo 1117 ante cualquier tribunal administrativo o judicial conforme al derecho de cualquiera de las Partes.

C. Artículo 1110 del TLCAN: Expropiación

102. El artículo 1110 del TLCAN establece que “[n]inguna de las Partes podrá directamente o indirectamente ... expropiar una inversión ... o adoptar una medida equivalente ... a una expropiación ... salvo que sea: (a) por causa de utilidad pública; (b) sobre bases no discriminatorias; (c) con apego al principio de legalidad y al artículo 1105(a); y (d) mediante indemnización ...”. “Una medida” se define en el artículo 201(1) como aquella que incluye “cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica”.

103. Por lo tanto, la expropiación en el TLCAN incluye no sólo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o una transferencia formal u obligatoria de títulos a favor del Estado receptor, pero también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor.

104. Al permitir o tolerar la conducta de Gudalcázar en relación con Metalclad, que el Tribunal ya sostuvo que equivale a un trato injusto e inequitativo violando el artículo 1105, y por lo tanto, participando en o admitiendo la denegación del derecho de Metalclad para operar el confinamiento, sin importar el hecho de que el proyecto había sido completamente aprobado y respaldado por el gobierno federal, tiene que interpretarse en el sentido de que México adoptó una medida equivalente a una expropiación, violando así el artículo 1110(1) del TLCAN.

105. El Tribunal sostiene que la autoridad exclusiva para establecer y permitir un confinamiento de residuos peligrosos reside en el gobierno federal mexicano. Esta decisión es consistente con el testimonio del Secretario de la SEMARNAP y que, como se estableció anteriormente, es consistente con el contenido de la LGEEPA.

106. Como se determinó anteriormente (véase el párrafo 92 precedente), el Municipio negó el permiso local de construcción, en parte, por la percepción adversa del Municipio hacia los efectos ambientales del confinamiento de residuos peligrosos y la conveniencia geológica del lugar para el confinamiento. Con lo anterior, el Municipio actuó fuera de su autoridad. Como se indicó anteriormente, la negativa del Municipio respecto al permiso de construcción sin base alguna en la construcción material propuesta y sin deficiencias en el sitio, conjuntamente con sus acciones administrativas y judiciales subsecuentes respecto al Convenio, impidieron de manera efectiva e ilegalmente la operación por parte de la Demandante del confinamiento.

107. Estas medidas, consideradas conjuntamente con las afirmaciones del gobierno federal mexicano, en las cuales Metalclad se basó, y en la ausencia de una negativa del Municipio emitida a tiempo, en orden o con alguna base sustantiva respecto al permiso local de construcción, equivalen a una expropiación indirecta.

108. El presente caso se asemeja en varios aspectos pertinentes al caso *Biloune, et al. v. Ghana Investment Centre, et al.*, 95 I.L.R. 183, 207-10 (1993) (Juez Schwebel, Presidente; Wallace y Leigh, Árbitros). En este caso, un inversionista privado estaba renovando y agrandando un restaurante en Ghana. Como en el caso de Metalclad, el inversionista, basándose en afirmaciones de una entidad dependiente del gobierno, inició la construcción antes de solicitar un permiso de construcción. Como en el caso de Metalclad, una orden de clausura fue dictada después de que una parte sustancial del trabajo se había completado. La orden se basaba en la falta de permiso de construcción. Se presentó una solicitud, pero a pesar de que nunca se negó expresamente, tampoco se otorgó un permiso. El Tribunal consideró que se había llevado a cabo una expropiación indirecta, porque todas las circunstancias tenían el efecto de causar una suspensión irreparable de los trabajos en el proyecto. El Tribunal otorgó especial atención a la justificada creencia del inversionista respecto a las afirmaciones del gobierno por lo que se refiere al permiso, al hecho de que autoridades gubernamentales supieran de la construcción por más de un año antes de dictar la orden de clausura, al hecho de que no se habían requerido permisos de construcción para otros proyectos y al hecho de que no había un procedimiento que contemplara las solicitudes de permiso de construcción. A pesar de que la decisión en el caso *Biloune* no es obligatoria para este Tribunal, tiene autoridad persuasiva y el Tribunal está de acuerdo con su análisis y su conclusión.

109. Aunque no es estrictamente necesario para su conclusión, el Tribunal considera el Derecho Ecológico dictado por el Gobernador de SLP el 20 de septiembre de 1997 como un fundamento más para su decisión respecto a la expropiación. El Decreto cubre un área de 188,758 hectáreas dentro de “Real de Guadalcázar” lo que incluye el lugar del confinamiento, y crea ahí una reserva ecológica. Este Decreto tuvo como efecto el impedir para siempre la operación del confinamiento.

110. El Tribunal no está convencido con la alegación contraria de México. El artículo noveno, por ejemplo, prohíbe cualquier trabajo incompatible con el programa de manejo del Decreto Ecológico. El programa de manejo se define en el artículo quinto como un diagnóstico de los problemas ecológicos del cactus de la reserva y como la preservación ecológica de éste. Además, el artículo catorce del Decreto prohíbe toda conducta que pueda implicar la descarga de contaminantes en el suelo, subsuelo y toda clase de corriente o depósitos de agua, así como el desarrollo de actividades contaminantes. El artículo quince

del Decreto Ecológico también prohíbe toda actividad que requiera permisos o licencias excepto aquella actividad relacionada con la exploración, extracción y utilización de los recursos naturales.

111. El Tribunal no necesita considerar los motivos o intención para la adopción del Decreto Ecológico. De hecho, el determinar una expropiación basándose en el Decreto Ecológico, no es esencial para que el Tribunal considere que se ha violado el artículo 1110 del TLCAN. Sin embargo, el Tribunal considera que la implementación del Decreto Ecológico podría, por sí y en sí mismo, constituir un acto equivalente a una expropiación.

112. En conclusión, el Tribunal sostiene que México expropió indirectamente la inversión de Metalclad, sin pagar a Metalclad una indemnización por la expropiación. México violó el artículo 1110 del TLCAN.

VIII. CUANTIFICACIÓN DE LOS DAÑOS O LA INDEMNIZACIÓN

A. Elementos básicos de la valuación

113. En este caso, los daños establecidos de acuerdo con el artículo 1105 del TLCAN y la indemnización que se deba pagar conforme al artículo 1110 del TLCAN serían la misma cosa, puesto que ambas situaciones implican la imposibilidad del funcionamiento del confinamiento e impiden obtener algún rendimiento de importancia de la inversión de Metalclad. Dicho de otro modo, Metalclad ha perdido totalmente su inversión.

114. Metalclad ha propuesto dos métodos alternativos para calcular los daños: el primero consiste en efectuar la actualización de los flujos de fondos de futuras ganancias, para establecer el valor justo de mercado de la inversión (alrededor de US\$90 millones); el segundo, en valorar la inversión real de Metalclad en el confinamiento (de US\$20 millones a US\$25 millones, aproximadamente).

115. Metalclad también solicita US\$20 – US\$25 millones adicionales por las repercusiones negativas que presuntamente las circunstancias han tenido en otras de sus operaciones comerciales. El Tribunal desestima esta reclamación, puesto que diversos factores, no necesariamente vinculados a la explotación de La Pedrera, han incidido en el precio de las acciones de Metalclad. La relación causal entre las medidas adoptadas por México y la reducción del valor de otras operaciones comerciales de Metalclad es demasiado remota e incierta para sustentar esta reclamación, de la cual, por lo tanto, se hará caso omiso.

116. México afirma que la actualización de los flujos de fondos es improcedente, toda vez que la entidad expropiada no está en plena actividad. México propone un cálculo alternativo del valor justo de mercado sobre la base de la

“capitalización bursátil” de COTERIN. Los cálculos efectuados por México sobre esta base arrojan, para Metalclad, una pérdida de US\$13–US\$15 millones.

117. México propone también, en relación con los daños, tomar en cuenta el valor de la inversión directa. Estima el valor de la inversión directa, o la pérdida, de Metalclad en unos US\$3–US\$4 millones.

118. En el artículo 1135(1)(a) del TLCAN se prevé el otorgamiento de daños pecuniarios y los intereses correspondientes cuando se llegue a la conclusión de que una Parte ha infringido alguna disposición del Capítulo Once. Con respecto a la expropiación, el artículo 1110(2) del TLCAN estipula, específicamente, que la indemnización será equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la expropiación se haya llevado a cabo. Este párrafo también establece que “los criterios de valuación incluirán el valor corriente, el valor del activo (incluyendo el valor fiscal declarado de bienes tangibles), así como otros criterios que resulten apropiados para determinar el valor justo de mercado”.

119. Normalmente, el valor justo de mercado de una empresa en actividad que ha tenido una trayectoria de rentabilidad puede basarse en la estimación de las ganancias futuras, sujetas a un análisis de la actualización de los flujos de fondos. *Benvenuti y Bonfant Srl c. el Gobierno de la República del Congo*, 1 ICSID Reports 330; 21 I.L.M. 758; *AGIP SPA c. el Gobierno de la República del Congo*, 1 ICSID Reports 306; 21 I.L.M. 737.

120. Sin embargo, cuando una empresa no ha estado en actividad el tiempo suficiente para establecer su desempeño o no ha producido beneficios, las ganancias futuras no pueden utilizarse para determinar el valor corriente ni el valor justo de mercado. En *Sola Tiles, Inc. c. Irán* (1987) (14 Iran–U.S. C.T.R. 224, 240-42; 83 I.L.R. 460, 480-481), el Tribunal de Reclamaciones Irán–Estados Unidos señaló la importancia que revisten, para el valor de una compañía, la reputación comercial y la relación establecida con sus proveedores y clientes. Análogamente, en *Asian Agricultural Products c. Sri Lanka* (4 ISCID Reports 246 (1990) pág. 292), otro Tribunal del CIADI observó, acerca del problema similar de la valuación del fondo de comercio, que la determinación del valor de éste último requiere la presencia de la empresa en el mercado al menos durante dos o tres años, periodo mínimo necesario para establecer relaciones comerciales duraderas.

121. El Tribunal coincide con México en que el análisis de la actualización de los flujos de fondos es improcedente, porque el confinamiento nunca estuvo en funcionamiento y cualquier laudo basado en ganancias futuras sería completamente especulativo.

122. Antes bien, el Tribunal está de acuerdo con las partes en que, en este caso, el valor justo de mercado se determina más acertadamente sobre la base

de la inversión real de Metalclad en el proyecto. Asimismo, en *Phelps Dodge Corp. c. Irán* (10 Iran-U.S. C.T.R. 121 (1986)), el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos llegó a la conclusión de que el valor de los bienes expropiados era igual al valor de la inversión de dichos bienes efectuada por el demandante. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal consideró que las ganancias futuras que producirían los bienes dependían en tal grado de un trato preferencial que el gobierno aún no había concedido, que cualquier predicción de tales ganancias sería meramente teórica. (*Id.*, págs. 132-33). De manera similar, en el caso *Biloune* (véase más arriba), el Tribunal concluyó que el valor de los bienes expropiados era igual al valor de la inversión en dichos bienes efectuada por el demandante. Si bien reconoció la validez del principio de que para valuar los bienes expropiados debería tomarse en cuenta el lucro cesante, el Tribunal no concedió compensación alguna por lucro cesante porque los demandantes no pudieron estimarlo de manera realista. En ese caso, como en el que nos ocupa, la expropiación tuvo lugar cuando el proyecto todavía no funcionaba ni generaba ingresos. (*Biloune*, 95 I.L.R., págs. 228-229). El laudo que concede a Metalclad el costo de su inversión en el confinamiento es congruente con los principios establecidos en *Chorzow Factory (Reclamo de indemnización) (Fondos), Alemania c. Polonia P.C.I.J. Serie A, No. 17 (1928)*, pág. 47, a saber, cuando el Estado hubiera incumplido sus obligaciones, cualquier laudo favorable al demandante debería, en la medida de lo posible, borrar todas las consecuencias del acto ilegítimo y restablecer la situación que probablemente imperaría de no haberse cometido dicho acto (el *status quo ante*).

123. Metalclad afirma que invirtió US\$20.474.528 en el proyecto del confinamiento, valor que surge de sus declaraciones del impuesto federal sobre la renta en los Estados Unidos y los documentos de trabajo de los auditores sobre capitalización de gastos, que figuran en el cuadro identificado como Anexo A y presentado por Metalclad como respuesta 7(a) A en el transcurso de la etapa de exhibición de documentos. Los cálculos incluyen gastos que Metalclad aduce haber efectuado, en relación con el confinamiento, desde 1991 hasta 1996, por los siguientes conceptos: la adquisición de COTERIN y los gastos de personal, seguros, viajes y manutención, teléfono, asuntos contables y jurídicos, consultoría, intereses, oficina, inmuebles, instalaciones y equipos, incluso US\$328.167 bajo el rubro “otros”.

124. México objeta que estos cálculos sean correctos e invoca distintos argumentos, uno de los cuales es la ausencia de documentación justificativa de cada partida de gastos. No obstante, el Tribunal ha llegado a la conclusión de que las declaraciones de impuestos de Metalclad y los documentos de los auditores independientes que las avalan tienen importante valor probatorio y que las dificultades para verificar las partidas de gastos por no disponerse de la totalidad de los comprobantes no implican, necesariamente, que los gastos que se reclaman sean erróneos. Véase *Biloune*, 95 I.L.R., págs. 223-24.

125. Sin embargo, el Tribunal concuerda con la posición de México, de que los gastos efectuados antes del año en que Metalclad adquirió COTERIN están demasiado alejados de la inversión por la cual se reclaman daños y perjuicios. El Tribunal eliminará, del laudo, el monto de los gastos reclamados correspondientes a 1991 y 1992.

B. “Asignación de gastos”

126. Algunos de los gastos que Metalclad reclama surgen de lo que se ha denominado “asignación de gastos”; se trata de un concepto contable según el cual los gastos relacionados con distintos proyectos se suman e imputan a otro proyecto. Metalclad reclama, como gastos vinculados a La Pedrera, otros gastos efectuados anteriormente en otros lugares de México. Si bien el Tribunal no se define, en principio, sobre la procedencia de dicho concepto en otras situaciones (por ejemplo, en la industria petrolera, donde los gastos relacionados con un “pozo seco” pueden imputarse, en parte, al costo de exploración y explotación de un pozo rentable), el Tribunal no considera procedente la aplicación del concepto en el presente caso. El Tribunal ha reducido el importe equivalente del monto a ser pagado por el Gobierno de México.

C. Reparación

127. Queda pendiente la cuestión de la condición del confinamiento en el futuro, actualmente propiedad de COTERIN. Es claro que la participación de COTERIN terminará cuando reciba el pago dispuesto en este laudo. Por lo tanto, COTERIN debe renunciar, desde ese momento, a todo derecho, título de propiedad e intereses sobre el lugar. El Tribunal ha tomado en cuenta que el lugar puede necesitar reparación y ha contemplado dicho costo en el cálculo de la suma que debe pagar el Gobierno de México.

D. Intereses

128. Se ha presentado el problema de determinar si deben pagarse intereses sobre el monto de la indemnización. Al disponer al artículo 1135(1) del TLCAN que un Tribunal podrá otorgar “daños pecuniarios y los intereses correspondientes”, el TLCAN contempla claramente la inclusión de intereses en un laudo. Basándose en un examen de las autoridades, en *Asian Agricultural Products c. Sri Lanka* (4 ICSID Reports 245) el tribunal sostuvo que los intereses forman parte de la propia indemnización y, en consecuencia, debe correr desde la fecha en que el Estado contrajo la responsabilidad internacional (*ibid.* pág. 294, párr. 114). El Tribunal no ve motivo para ir en contra de esa opinión. Como se ha demostrado antes, la responsabilidad internacional de México se funda en la acumulación de diversos factores. Dadas las circunstancias, si bien son varias las fechas que se podrían escoger, el Tribunal considera razonable

determinar que la responsabilidad de México se inició en la fecha en que el Municipio de Guadalcázar rechazó arbitrariamente la solicitud de un permiso de construcción presentada por Metalclad. Por lo tanto, el Tribunal ha llegado a la conclusión de que debe otorgarse el pago de intereses desde esa fecha hasta los 45 días posteriores a la fecha en que se dicta el presente Laudo. A fin de devolver al Demandante a una situación aproximadamente similar a aquella en que se encontraría si no se hubiera cometido el hecho ilícito, se ha calculado un interés compuesto de 6% anual.

E. Beneficiario

129. Como lo exige el artículo 1135(2)(b) del TLCAN, los daños pecuniarios e intereses se pagarán a la empresa. Según lo dispone el artículo 1135(2)(c) del TLCAN, el laudo se dicta sin perjuicio de cualquier derecho que cualquier persona tenga sobre la reparación conforme a la legislación aplicable.

IX. COSTAS

130. Ambas partes han solicitado que se disponga el pago de costas y gastos. Sin embargo, el Tribunal considera que es justo que cada parte sufrague sus propios gastos y costas, así como la mitad de los pagos efectuados por adelantado al CIADI.

X.LAUDO

131. Por lo expuesto, el Tribunal decide, por el presente, que, según surge del monto de la inversión de Metalclad en el proyecto, deducida la desestimación de gastos reclamados por 1991 y 1992, deducido el monto reclamado a modo de asignación de gastos, y deducido el monto estimado para la reparación, más un interés compuesto del 6% anual, la Parte Demandada pagará a Metalclad, dentro de 45 días a partir de la fecha en que el presente Laudo haya sido pronunciado, la suma de US\$16,685,000.00. Transcurrido dicho plazo, se acumulará un interés compuesto de 6% mensual sobre esa suma o cualquier parte de ella que permaneciera insoluta.

Hecho como en Vancouver, Columbia Británica, Canadá, en inglés y español.

Profesor Sir Elihu Lauterpacht, CBE, QC

Fecha: [25 de agosto de 2000]

Sr. Benjamín R. Civiletti

Fecha: [22 de agosto de 2000]

Sr. José Luis Siqueiros

Fecha: [21 de agosto de 2000]

CASO Nro. ARB(AF)/97/2

CENTRO INTERNACIONAL DE
ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS
A INVERSIONES
(MECANISMO COMPLEMENTARIO)

ENTRE:

ROBERT AZINIAN, KENNETH DAVITIAN Y ELLEN BACA
Demandantes

y

LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS
Demandado

LAUDO ARBITRAL

Ante el Tribunal Arbitral
constituido con base en el Capítulo
Once del Tratado de Libre
Comercio de América del Norte e
integrado por:

Sr. Benjamin R. Civiletti
Sr. Claus von Wobeser
Sr. Jan Paulsson (Presidente)

Fecha de envío de las partes: 1º de noviembre de 1999

ÍNDICE

- I. Las Partes
- II. Cronología básica
- III. Perspectiva General de la controversia
- IV. El procedimiento
- V. Reparación reclamada
- VI. Validez de la reclamación con arreglo al TLCAN
- VII. Costas
- VIII. Decisión arbitral

I. LAS PARTES**A. Los demandantes**

1. Los demandantes, el Sr. Robert Azinian, de Los Angeles, California, el Sr. Kenneth Davitian, de Burbank, California, y la Sra. Ellen Baca, de Sherman Oaks, California, iniciaron este procedimiento como ciudadanos de los Estados Unidos (en adelante, “EE.UU.”) y accionistas de la sociedad mexicana denominada Desechos Sólidos de Naucalpan S.A. de C.V. (en adelante “DESONA”). DESONA era titular de un contrato de concesión celebrado el 15 de noviembre de 1993 (en adelante, “el Contrato de concesión”) relativo a la recolección y eliminación de basura en la ciudad de Naucalpan de Juárez.

2. Los demandantes están representados en este procedimiento por:

David J. St. Louis, Esq.
Law Offices of David J. St. Louis, Inc.
575 East Alluvial
Suite 102
Fresno, California 93720
EE.UU.

B. El demandado

3. El demandado, el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos, está representado en este procedimiento por:

Lic. Hugo Perezcano Díaz
Consultor Jurídico
Subsecretaría de Negociaciones Comerciales Internacionales
Dirección General de Consultoría Jurídica de Negociaciones
Secretaría de Comercio y Fomento Industrial
Alfonso Reyes No. 30, Piso 17
Colonia Condesa
México, Distrito Federal, C.P.06149
México

II. CRONOLOGÍA BÁSICA

4. A principios de 1992, el Alcalde Naucalpan y otros miembros del Ayuntamiento de esta localidad visitaron Los Ángeles por invitación de los demandantes para observar las actividades de Global Waste Industries, Inc., sociedad de la que éstos afirmaron tener el control.

5. El 7 de octubre de 1992 el Sr. Azinian envió al Alcalde de Naucalpan una carta con membrete de Global Waste Industries Inc.(en adelante, “Global

Waste”) y en calidad de “Presidente” de ésta, con un resumen del modo en que “esperamos poner en práctica ... la solución integral propuesta para el problema de los residuos sólidos” de la ciudad. Se realizaron las siguientes afirmaciones:

- (1) “La empresa reemplazará el equipamiento de recolección actual por tecnología avanzada en el área de los desechos sólidos,” incluidos, concretamente, vehículos a prueba de agua y contenedores metálicos.
- (2) “La inversión necesaria para implementar un sistema de recolección, transporte y procesamiento higiénico y eficiente es de aproximadamente” US\$20.000.000, de la cual el 50% “se destinaría para la adquisición de equipamiento de recolección.”
- (3) “GLOBAL WASTE INDUSTRIES, INC. es una empresa especializada en recolección y reducción de residuos sólidos. Con más de 40 años de experiencia GLOBAL WASTE proporciona servicios de recolección a residencias, comercios e industrias en el Condado de Los Ángeles.”

6. En el curso de una sesión del Ayuntamiento celebrada el 4 de noviembre de 1992 se presenta el “Proyecto de solución integral”. Se expuso que se involucraría un consorcio que incluía Sunlaw Energy Inc., sociedad estadounidense con experiencia en la conversión de biomasa en energía, y con una inversión US\$20 millones.

7. No obstante lo atractivo de esta propuesta, debido a las limitaciones de su propio mandato el Ayuntamiento no estaba en condiciones de otorgar el Contrato de concesión previsto por 15 años; en estos casos, la legislación mexicana exige la aprobación de la legislatura estatal. Consecuentemente, a finales de julio de 1993 se presentó el proyecto ante un comité legislativo. En respaldo del proyecto, el Sr. Ariel Goldenstein, socio empresarial estrechamente unido a los demandantes y futuro Director General de DESONA, afirmó que “nuestra empresa está trabajando en los Estados Unidos desde hace 40 años.” El Director de Desarrollo Económico de Naucalpan explicó que este es el motivo por el que “elegimos a Global Waste.” El Alcalde de Naucalpan aludió a los “más de 40 años de experiencia en esta materia en la ciudad de Los Ángeles, en un condado que como ustedes saben tiene más de 21 millones de habitantes.” (Reunión de Comités Unidos del 22 de julio de 1993, Anexo Uno, Escrito de Dúplica del demandado, traducción al inglés, págs. 1, 4 y 10.)

8. El 15 de agosto se publicó en la gaceta oficial la aprobación legislativa del Contrato de concesión propuesto, abriendo un plazo de 90 días para su firma.

9. El 15 de noviembre se firmó el Contrato de concesión. Dos días más tarde, DESONA comienza la recolección de residuos comerciales e industriales, utilizando dos vehículos de carga frontal reacondicionados.

10. El 13 de diciembre DESONA inició la recolección en la sección Satélite de Naucalpan, pero no suministró los cinco vehículos de carga trasera previstos en el programa de operaciones de Contrato de concesión. Hasta la terminación del Contrato de concesión, los dos vehículos iniciales de carga frontal permanecieron como las únicas unidades de los 70 vehículos “de tecnología de punta” que en el Contrato de concesión se prevé serán puestos en servicio por DESONA.

11. El 1º de enero de 1994 una nueva administración del Ayuntamiento de Naucalpan tomó posesión. (Esta nueva administración correspondía al mismo partido político.)

12. En enero y febrero tuvieron lugar varias reuniones entre el personal de DESONA y el Ayuntamiento acerca de la ejecución del Contrato de concesión. El Ayuntamiento estaba especialmente preocupado de la ausencia de vehículos nuevos, lo cual DESONA explicó se debió a dificultades en la obtención de permisos de importación, circunstancia ajena a su responsabilidad.

13. A mediados de febrero, el Ayuntamiento solicitó asesoramiento jurídico independiente sobre el Contrato de concesión. Se le informó que había 27 “irregularidades” relativas al otorgamiento y el cumplimiento del Contrato de concesión.

14. El 7 de marzo el Ayuntamiento decidió informar a DESONA las irregularidades detectadas y ofrecerle la oportunidad de darles respuesta.

15. El 10 de marzo, en presencia del Sr. Davitian y los abogados locales de DESONA, los cargos fueron leídos y se instruyó a DESONA para que los respondiera a más tardar el 17 de marzo.

16. El 15 de marzo, DESONA inició un procedimiento ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado, solicitando la anulación de la resolución del Ayuntamiento (del 7 de marzo) por la que se cuestiona la validez del Contrato de concesión.

17. El 21 de marzo, pese a una protesta formulada por DESONA del 16 mismo mes, el Ayuntamiento decidió anular el Contrato de concesión. Esta decisión fue notificada dos días después a los demandantes.

18. El 11 de abril, DESONA modificó su demanda ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado, para incluir una solicitud de anulación de la resolución del Ayuntamiento de 21 de marzo.

19. El 1º de junio se concede a DESONA la oportunidad de presentar su caso en una sesión extraordinaria del Ayuntamiento. El Sr. Goldenstein compareció en representación de DESONA.

20. El 14 de junio el Tribunal de lo Contencioso Administrativo escuchó los reclamos de DESONA, los cuales fueron desestimados mediante sentencia de 4 de julio.
21. El 13 de julio DESONA, apeló ante la Sala Superior del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, el cual ratificó la anulación del Contrato de concesión por parte del Ayuntamiento mediante una sentencia del 17 de noviembre. La Sala Superior determinó que de las 27 irregularidades fueron demostradas nueve. Siete de ellas se refieren a diversas declaraciones falsas de los demandantes en relación con la celebración del Contrato de concesión.
22. El 10 de diciembre DESONA presentó otro recurso ante un Tribunal Colegiado de Circuito, el cual se denomina solicitud de amparo.
23. El 18 de mayo el Tribunal Colegiado de Circuito dictó una resolución favorable al Ayuntamiento de Naucalpan, ratificando específicamente la sentencia de la Sala Superior en cuanto a la legalidad de los nueve motivos de nulidad aceptados.
24. El 17 de marzo de 1997 los demandantes, accionistas de DESONA, iniciaron el presente procedimiento arbitral contra el Gobierno de México con base en el Capítulo Once del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (en adelante "TLCAN"), presentando una demanda de arbitraje al amparo del artículo 1137 (1) (b) de dicho Tratado.

III. PERSPECTIVA GENERAL DE LA CONTROVERSIA

25. Naucalpan es un suburbio importante y altamente industrializado de la Ciudad de México. En 1993, cuando se firmó el contrato de concesión, tenía una población de casi dos millones de personas y 21.800 establecimientos comerciales e industriales. El manejo de los residuos residenciales y empresariales era, y sigue siendo, una importante función de las autoridades municipales. Se recogían algo más de 900 toneladas diarias de residuos residenciales y algo menos de 900 toneladas diarias de residuos comerciales e industriales. (Estos últimos generan mayores utilidades para el prestador de los servicios de recolección y eliminación.) Cuando DESONA entró en escena, la recolección, el tratamiento y la eliminación dejaban mucho que desear. El equipamiento municipal era inadecuado y obsoleto.

26. Tal como estaba concebido, el proyecto de los demandantes buscaba de hecho un beneficio muy superior a las ganancias de los prestadores locales de servicios de eliminación de residuos. Su objetivo era que esta iniciativa constituyera un proyecto piloto que finalmente generara mayores industrias, empezando por la modernización de la eliminación de residuos a lo largo de todo México y extendiéndose a importantes actividades subsidiarias:

- la fabricación de vehículos especializados modernos en México, no sólo para el mercado mexicano sino también para los de América Central y del Sur,
- el reciclaje de residuos, principalmente para producir cartón, y
- la construcción de plantas generadoras de poder mediante la conversión en electricidad de biogases de los rellenos, destinándose en parte los ingresos generados a la financiación de la mejora de la infraestructura de eliminación de residuos.

27. Una vez conseguido un contrato a largo plazo con una importante ciudad mexicana, los demandantes esperaban atraer a terceros especializados y dotados de mayores recursos financieros que unieran sus fuerzas con ellos y les permitieran conseguir, a partir de sus modestos recursos, una posición rentable en un gran proyecto. En alguna correspondencia se alude a ésta como una “nueva compañía (Newco)” a la que DESONA cedería de algún modo sus operaciones en Naucalpan. Durante las audiencias ante el Tribunal Arbitral se aludió en varias ocasiones al plan de utilizar la concesión inicial para atraer nuevos participantes así como “difundir el proyecto.” En su testimonio oral, el Sr. Goldenstein explicó que la inversión de US\$20 millones prevista por los demandantes debía entenderse como financiada por Sunlaw Energy (Transcripción en inglés, 21.6.99, pág. 296, l. 8 y pág. 298, l. 9-10). No explicó cómo bastarían los US\$20 millones para construir una planta generadora de electricidad de 200 megavatios. Lo que es más importante, él no pudo señalar prueba alguna de que hubiera advertido a autoridad mexicana alguna, antes de la firma del Contrato de concesión, que Sunlaw había perdido interés en el proyecto, con el resultado de que en adelante no sería una fuente de financiación. Por el contrario, el Contrato de concesión firmado mantenía, en su artículo 11, la estipulación relativa a la planta generadora.

28. Hoy, como consecuencia de la cancelación del Contrato de concesión de DESONA por parte de la Ciudad de Naucalpan, los demandantes, como accionistas de DESONA están buscando recuperar la pérdida de “el valor de la concesión como negocio en marcha.” El más alto de sus métodos alternativos de valoración (véase la Sección V) resulta en una cifra en torno a US\$19,2 millones. Los demandantes alegan que los actos del Ayuntamiento de Naucalpan resultaron en una violación del TLCAN imputable al Gobierno de México.

29. La reclamación tiene algunas dificultades evidentes. Debe señalarse que éste no constituía un grupo de inversionistas propiamente prestigiados. Ellos se habían presentado como los principales responsables de Global Waste, con aproximadamente 40 años de experiencia en el sector. En realidad, Global Waste se había constituido en Los Ángeles en marzo de 1991, pero entró en quiebra en mayo de 1992, catorce meses después Global Waste no era propietaria de

vehículos, y en el año precedente a su quiebra tuvo unas utilidades de sólo US\$30.000. El único demandante del que podía afirmarse que tenía experiencia en el sector era el Sr. Davitian, cuya familia había operado en el sector de la eliminación de residuos en el área de Los Ángeles. En realidad, el Sr. Davitian era el único demandante con acciones de Global Waste (el 15%). (El Sr. Goldenstein testificó que estaban en el entendido que él, el Sr. Davitian y el Sr. Azinian fueran tratados como propietarios de un tercio de las ganancias de Global Waste, pero que esto no se formalizó en una propiedad legal porque se trataba de una sociedad de las denominadas de Subcapítulo S y a efectos fiscales no podía incluir accionistas extranjeros; Transcripción en inglés, 21.6.99, pág. 294, 1.2.). Aún en el caso personal del Sr. Davitian, y dado que su edad era precisamente de 40 años en 1993, la afirmación de que contaba con 40 años de experiencia era absurda.

30. En cuanto a los restantes demandantes: el Sr. Azinian no poseía una experiencia al respecto, tenía un largo historial de litigios mercantiles perdidos y había sido declarado personalmente en quiebra en 1991. El Sr. Goldenstein tenía como antecedentes un negocio familiar en Argentina y la dirección de restaurantes en los EE.UU., y afirma tener experiencia en la financiación de grandes proyectos cinematográficos gracias a sus estudios en Los Ángeles. El Sr. Goldenstein no fue nunca accionista de Global Waste, pero se relacionó con las autoridades mexicanas en nombre de ésta. Fue descrito por los abogados de los demandantes como “la persona más autorizada, desde el punto de vista de los demandantes, en todo lo relativo a las operaciones que aquí se tratan” (Transcripción en inglés, 21.6.99, pág. 21, 1. 12).¹

31. Ninguno de estos antecedentes fue revelado a las autoridades de Naucalpan. Las autoridades de Naucalpan encomendaron de este modo un servicio público a personas extranjeras de las que falsamente se le hizo creer que formaban parte de una empresa experimentada dotada de recursos financieros y tecnológicos adecuados para la tarea.

32. Tampoco hubo, en la fecha de celebración del Contrato de concesión, compromisos firmes de los diversos terceros cuya participación era necesaria para que el negocio evolucionara desde un proyecto piloto hasta alcanzar otros ambiciosos objetivos o incluso para que pudieran prestarse los servicios básicos de ingeniería y aportarse los equipos fundamentales previstos en dicho Contrato. El programa de conversión de gases de rellenos parece haber sido una fan-

¹ El Sr. Goldenstein no es uno de los demandantes por ser de nacionalidad argentina y no tener legitimación con arreglo al TLCAN. La Sra. Baca, por su parte, es demandante como consecuencia de una liquidación de bienes en su divorcio del Sr. Davitian, y aparentemente no ha desempeñado un papel sustantivo en el proyecto.

tasía por diversas razones prácticas elementales, entre ellas el hecho de que tales gases no podían suministrar más que una parte de la materia prima necesaria (hubiera sido necesario comprar hasta un 95% del gas natural a PEMEX, cuya postura frente al proyecto de esta nueva fuente de energía eléctrica podría haber sido hostil). La capacidad de la planta eléctrica prevista en el Contrato de concesión era asombrosa. La generación de 200 megavatios hubiera probablemente requerido una inversión muy superior a los US\$100 millones. La dimensión de una planta de este tipo hubiera sido cuatro veces la de la mayor planta eléctrica conectada a rellenos en los EE.UU. De hecho, Sunlaw Energy, la sociedad estadounidense que iba a financiar la adquisición de una nueva flota recolectora mediante el proyecto de la generación de electricidad, se retiró del proyecto poco antes de la firma del Contrato de concesión, dejando aparentemente a los demandantes con pocas fuentes de financiación, fuera de los ingresos previstos procedentes de los usuarios de Naucalpan. Dado que el presupuesto de la ciudad no prevía rubro alguno para la adquisición de nuevos equipos, resulta difícil calificar esta situación como sana.

33. Durante el breve período de supuesto cumplimiento del Contrato de concesión, los demandantes dieron toda la impresión de operar con notable escasez de recursos, con dificultad para financiar la adquisición de dos vehículos (y no nuevos, sino reacondicionados a tal fin) e, incluso, pagar la nómina. Pese a ello, en la misma fecha en que se presentó el Contrato de concesión ante el Ayuntamiento de la Ciudad de Naucalpan para su aprobación, el Sr. Goldensetin reafirmó que la inversión del proyecto sería de aproximadamente US\$20 millones. Las pruebas llevan necesariamente a la conclusión de que los demandantes celebraron el Contrato de concesión con declaraciones falsas, y que carecían la capacidad de cumplirlo.

34. Las nuevas autoridades municipales que tomaron posesión el 1º de enero de 1994 mostraron escasa inclinación a resolver las cosas con DESONA o sus responsables, en lugar de ello, les entregaron una lista de 27 supuestos motivos de terminación. Debe quedar claro que el Tribunal Arbitral no formula crítica alguna con respecto al Sr. Francesco Piazzesi, quien se convirtió en Director de Desarrollo Económico de Naucalpan en enero de 1994. El Sr. Piazzesi compareció ante el Tribunal Arbitral y ofreció un relato creíble de sus actos. Ciertamente el Sr. Piazzesi testificó que su recomendación personal en marzo de 1994 fue que el Contrato de concesión *no* debía anularse en ese momento (Transcripción en inglés, 23.6.99, pág. 130, l. 5-6). La razón por la cual no se siguió esta recomendación queda sin explicar, por lo cual se entiende que el Sr. St. Louis, en representación de los demandantes, reproche al demandado haber adoptado una política de “abstención de testigos”, al no presentar a otros funcionarios como testigos. La propia lista ignora el período de 30 días para corregir irregularidades estipulado en el Contrato de concesión. Los demandantes insisten en

que estaban en una posición de remediar las fallas y de cumplir con sus obligaciones.

35. Este resumen explica los antecedentes de la impugnación por los demandantes de la validez de la pretendida terminación del Contrato de concesión, como también la tesis contraria del Ayuntamiento de Naucalpan en cuanto a que el Contrato de concesión era o bien nulo por falsas declaraciones, o bien rescindible por incumplimiento. Antes de avanzar en el análisis, el Tribunal Arbitral debe comprobar a su satisfacción que esta controversia puede someterse a una plena revisión sustantiva ante un Tribunal del TLCAN. El Tribunal Arbitral no está satisfecho al respecto, lo que, y por las circunstancias que se describirán más detalladamente y las razones que se expondrán en la Sección VI, es suficiente con ello para resolver el presente caso.

IV. EL PROCEDIMIENTO

36. El 24 de noviembre de 1996 los demandantes enviaron al demandado una “Notificación preliminar de su intención de presentar una demanda y el consentimiento de los inversionistas” que se hacía “con base en el Apartado 5, Capítulo 11, Subcapítulo B del TLCAN, como consecuencia de una expropiación de un negocio por la Ciudad de Naucalpan de Juárez, Estado de México, y contra el Gobierno Federal de México.”

Los demandantes renunciaban expresamente a su derecho a “futuros procedimiento judiciales o administrativos relativos a esta reclamación con arreglo al artículo 1121 (1) y (2) [del TLCAN].”

37. Un documento más detallado de los demandantes, titulado “Notificación de la intención de presentar una demanda de arbitraje”, fue recibida por el demandado el 10 de diciembre de 1996; el 16 de diciembre recibió una versión ligeramente modificada, titulada “Notificación modificada de la intención de presentar una demanda de arbitraje.”

38. Mediante una notificación de reclamación de fecha 10 de marzo de 1997, presentada el 17 de marzo, los demandantes solicitaron al Secretario General del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante “CIADI”) la aprobación y registro de su solicitud de acceso al Mecanismo Complementario del CIADI, y presentaron su demanda de arbitraje con arreglo al Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI.

39. El 24 de marzo de 1997, el Secretario General interino del CIADI informó a las partes que los requisitos del artículo 4(2) del Reglamento del Mecanismo Complementario se habían cumplido y que la solicitud de los demandantes para tener acceso al Mecanismo Complementario había sido aprobada y el Certificado de registro del caso emitido.

40. Luego de los nombramientos efectuados en forma debida, el Secretario General interino del CIADI informó a las partes que se entendía haberse constituido el Tribunal Arbitral y el procedimiento iniciado el 9 de julio de 1997, y que el Sr. Alejandro A. Escobar, del CIADI, actuaría como Secretario del Tribunal Arbitral. Todas las comunicaciones escritas posteriores entre el Tribunal Arbitral y las partes se realizaron a través del Secretariado del CIADI. (Todas las referencias que en lo sucesivo se hagan al “CIADI” aludirán a dicho Secretariado.)

41. La primera sesión del Tribunal Arbitral se celebró, con el acuerdo de las partes, el 26 de septiembre de 1997 en Washington D.C. Esta sesión dio lugar a otros acuerdos sobre diversas cuestiones procedimentales, reflejados en las actas escritas firmadas por el Presidente y el Secretario del Tribunal. Mediante acuerdo entre las partes y el Tribunal, se eligió Toronto como el lugar del arbitraje.

42. En el curso de la audiencia, el demandado cuestionó la personalidad de los demandantes. El Tribunal Arbitral indicó que este asunto debía resolverse antes de la consideración del fondo. Se acordó que el demandado presentaría a más tardar del 6 de octubre de 1997 un incidente escrito relacionado con la personalidad de los demandantes. A continuación, los demandantes presentarían una respuesta escrita, tras lo cual se ofrecería al demandado la posibilidad de presentar una réplica escrita.

43. El CIADI recibió del demandado un Incidente por el cual se solicitan instrucciones (en adelante, “el Incidente”) el 6 de octubre de 1997. En él, el demandado cuestionaba la personalidad de los demandantes con base al TLCAN. En concreto, el demandado solicitaba que los demandantes acreditaran:

“(i) *si cada uno de ellos está legitimado para invocar la sección B del capítulo once; (ii) en caso de estar legitimados, si someten una reclamación al arbitraje conforme al artículo 1116 (...) o conforme al artículo 1117; (iii) en caso de que la reclamación se presentara conforme al artículo 1117, si la está haciendo valer el inversionista propietario o que controla la empresa; y (iv) en cualquier caso, que la empresa de la cual cualquiera de ellos es supuesto propietario o que supuestamente controla, o en la cual cualquiera de ellos afirma tener un interés accionario o de otro tipo, fue un sociedad regular en todos los momentos en que se suscitaban los acontecimientos a que dan lugar a la litis.*”

44. En el Incidente se afirmaba también que era crucial que la empresa supuestamente perjudicada “ha autorizado debidamente la presentación de una reclamación al arbitraje.”

45. En respuesta, los demandantes presentaron su Respuesta al Incidente de fecha 5 de noviembre de 1997, en la que trataban de demostrar que: el artículo 1117 (3) del TLCAN “contempla expresamente” que un inversionista puede presentar una demanda en virtud de los artículos 1116 y 1117; que los demandantes tienen personalidad con base en la definición de “inversionista” del artículo 1139; y que la sociedad “válida y existente” –a que se hace referencia en el Incidente del demandado– tuvo la concesión en todo momento relevante y autorizó debidamente la presentación de la demanda.

46. La “Contestación del demandado a la Respuesta al Incidente del Gobierno de México mediante el cual se solicitan instrucciones sobre la legitimación para someter una reclamación al arbitraje” (en adelante “la Contestación”) fue recibida por el CIADI el 12 de diciembre de 1997. En ella el demandado reiteró su reclamación de que las cuestiones relativas a la naturaleza de la demanda y la capacidad respectiva de los demandantes fueran resueltas previamente al análisis del fondo. También cuestiona la adecuación de las pruebas presentadas por los demandantes para fundar de su derecho a invocar la Sección B del TLCAN.

47. Mediante carta del 16 de diciembre de 1997, los demandantes solicitaron una prórroga de un mes para remitir el escrito de demanda. El Tribunal accedió mediante carta del 17 de diciembre de 1997.

48. En una “Decisión interlocutoria relativa al incidente por el cual la parte demandada solicita instrucciones” (en adelante, “la Decisión interlocutoria”) de fecha 22 de enero de 1998, el Tribunal Arbitral resolvió que aunque “los alegatos (...) plantean varias cuestiones complejas que pueden llegar a restringir la competencia del Tribunal (...), al parecer es poco probable que conduzcan a eliminar por completo la necesidad de analizar el fondo,” por lo que la cuestión de la personalidad se resolverá con las alegaciones sobre el fondo. En particular, el Tribunal formuló las cuatro observaciones siguientes: que si parte de la demanda del Sr. Azinian hubiera sido hecha por éste “subrogándose, en forma no permitida” en los derechos del Sr. Goldenstein, el Tribunal podría determinar tal cosa en un momento posterior, pues afectaría al «quantum» pero no la personalidad del Sr. Azinian *per se*; que si fuera cierto que el Sr. Davitian no era accionista en todo momento relevante, esto podría eliminar su capacidad, pero no obviaría la consideración del fondo, ni su “presencia provisional” como demandante complicaría los hechos a juzgar sobre el fondo; que si los Sres. Azinian y Davitian trataran de presentar demandas fuera de la jurisdicción del Tribunal como la establece el TLCAN, esto podría resolverse a su debido tiempo; y que aunque los demandantes han señalado “DESONA B” como la entidad perjudicada por los actos supuestamente indebidos del demandando, y aunque las complicaciones relativas a las diversas formas de “DESONA” forman parte del fondo, ni “DESONA A” ni “DESONA B” son demandantes.

49. El 28 de enero de 1998, los demandantes presentaron su escrito de demanda, recibida por el demandado el 10 de febrero de 1998.

50. El 1º de abril de 1998 el demandado presentó un segundo Incidente de instrucciones (en adelante, “el Segundo incidente”) solicitando más datos y la aportación de documentos adicionales. El demandado solicitó también al Tribunal que instruyera la suspensión del plazo de presentación de la contestación del demandado hasta que los demandantes aportaran los datos y documentos solicitados en esta Segunda moción.

51. Los demandantes, mediante carta de fecha 9 de abril de 1998, se declararon a sí mismos dispuestos a aportar los documentos solicitados y “la prueba documental solicitada en la Petición de datos de México (...) sin necesidad de una resolución del Tribunal.”

52. El Tribunal Arbitral resolvió sobre el Segundo incidente mediante carta del 27 de abril de 1998, en la que señala que:

“esperará la aportación de la información voluntariamente ofrecida por los demandantes. A su recepción, se invita al demandado a indicar sin dilación al Tribunal Arbitral si considera aún necesaria alguna resolución adicional y solicitar un ajuste razonable del plazo para presentar su contención de demanda.”

53. Los demandantes alegaron mediante carta del 5 de mayo de 1998 que el demandado estaba infringiendo la Regla 43 del Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI al ponerse en contacto con los testigos de los demandantes. Estos solicitaron al Tribunal una declaración relativa a que los testigos citados por una parte no podían ser contactados unilateralmente por la otra. Mediante carta del 6 de mayo de 1998, el Tribunal preguntó al demandado si tenía alguna objeción con respecto a la declaración propuesta por los demandantes.

54. El demandado respondió mediante carta del 12 de mayo de 1998, alegando que las entrevistas con testigos no de parte sobre declaraciones realizadas en el escrito de demanda de los demandantes no contravienen en modo alguno el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, y que el demandado “está en libertad de obtener información de testigos que no son parte en el procedimiento”, dado que “es un principio general que ninguna parte se apropia a los testigos.” Con respecto a la Regla 43, el demandado alega que regula cuestiones que se plantean exclusivamente durante el procedimiento oral.

55. Mediante carta del 18 de mayo de 1998, los demandantes respondieron a la carta del demandado del 12 de mismo mes, reconociendo que una parte no es dueña de un testigo pero reafirmando su argumento inicial de que “estos contactos [los del demandado con los testigos de los demandantes que no son parte] están orientados a conseguir información para impugnar las declaraciones juradas obtenidas sin la presencia de un abogado de la parte contraria.” Los demandantes alegan también que “(i) está bastante claro que el demandado está tratando de obtener pruebas extrajudiciales por ‘otros medios’ y, por tanto, estos interrogatorios extrajudiciales caen en el ámbito. Es un principio fundamental de derecho que el Tribunal tiene autoridad para dirigir el procedimiento de forma ordenada para que haya justicia para ambas partes.” El demandado respondió mediante carta del 20 de mayo de 1998, reiterando los argumentos expuestos en su comunicación del 12 de mayo.

56. El Tribunal Arbitral resolvió del siguiente modo, mediante carta de fecha 19 de junio de 1998, sobre la reclamación relativa a las entrevistas de una de las partes con los testigos cuyas declaraciones escritas habían sido aportadas por su oponente:

“El Tribunal Arbitral considera que las cuestiones planteadas por los demandantes no se tratan en el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI. Tampoco el Tribunal conoce fundamento alguno para impedir las comunicaciones entre una parte y un testigo que es tercero a las partes. Por tanto, el Tribunal hace saber lo siguiente a las partes:

1. El Tribunal Arbitral rechaza restringir la capacidad de cualquiera de las partes de entrevistar testigos que libremente decidan reunirse con los representantes de las mismas.
2. Durante estas entrevistas, el testigo es libre (en lo que atañe al Tribunal Arbitral) de responder o no a las preguntas que considere conveniente.
3. El Tribunal Arbitral espera que estos testigos sean informados previamente por la parte que trate de reunirse con ellos de que pueden concurrir a la entrevista acompañados de su abogado.
4. Las declaraciones realizadas por un testigo durante estas entrevistas no serán consideradas pruebas.

5. El único testimonio que tendrá valor probatorio será el contenido en declaraciones escritas firmadas o prestadas oralmente en presencia del Tribunal Arbitral.
6. El Tribunal no exige que la parte que obtenga el consentimiento de un testigo para atender una reunión ofrezca a la otra parte la oportunidad de estar presente durante la misma; no atañe al Tribunal que un testigo exija o no la presencia de ambas partes para aceptar tal reunión.”

57. Entretanto, el 18 de mayo de 1998 el CIADI recibió la Respuesta de los demandantes al Segundo incidente de instrucciones del demandado del 1º de abril de 1998.

58. El 8 de junio de 1998, el demandado presentó un “Incidente por el cual se solicitan instrucciones para que se proporcione información específica y documentos” en la que reiteró las exigencias de su segundo incidente. Solicitaba que el Tribunal requiriera a los demandantes más datos y documentos adicionales; y que el plazo de presentación de la contestación de la demanda se suspendiera hasta que los demandantes cumplieran las instrucciones solicitadas del Tribunal. El 18 de junio de 1998, los demandantes contestaron a este tercer incidente mediante una carta. Alegaban que habían respondido en la mejor medida conforme a sus posibilidades al previo Incidente de instrucciones y solicitaban que el Tribunal pidiera al demandado que presentara su contestación de la demanda.

59. Mediante carta de fecha 22 de julio de 1998, el Tribunal Arbitral declinó resolver el Incidente de instrucciones del demandado de 8 de junio, señalando que el demandado tendría plenas oportunidades de comentar las “deficiencias detectadas” en su contestación de la demanda. También indicó al demandando que presentara su escrito de contestación a más tardar el 1º de octubre de 1998.

60. El 5 de octubre de 1998, el CIADI recibió una versión parcial del escrito de contestación del demandado. Recibió la parte restante el 23 de octubre de 1998, tras una carta de los demandantes del 20 de octubre de 1998 en la que se quejaban del retraso y solicitaban un plazo de 45 días para la réplica y otro adicional de 30 días para la dúplica. El demandado se opuso a una segunda ronda de alegaciones escritas mediante carta de fecha 28 de octubre de 1998, y solicitaron que los demandantes “manifiesten con detalle las razones por las que estiman que ... se justifica la presentación de una réplica y una dúplica.”

61. Mediante carta del 30 de octubre de 1998, los demandantes respondieron sobre la cuestión de las alegaciones adicionales, invocando el artículo 38(3) del

Reglamento del CIADI como fundamento de una segunda ronda de alegaciones, describiendo su propósito del siguiente modo:

“(a) Identificar las cuestiones comunes en alegaciones tanto de derecho como de hecho; (b) Responder al planteamiento hecho por el Gobierno de México de la ley pertinente y su aplicación a las cuestiones de este caso; (c) Abordar consideraciones específicas sobre la carga de la prueba de ambas partes, con referencia a las pruebas competentes; y (d) Responder a las acusaciones de distorsión, falta de credibilidad y actuación indebida imputadas a la mayoría de los testigos de los demandantes.”

62. Mediante carta del 10 de noviembre de 1998, el demandado se opone a la carta de los demandantes del 30 de octubre de 1998, afirmando que estos no han demostrado la necesidad de una segunda ronda de alegaciones escritas, pues las razones que esgrimen pueden ser igualmente abordadas en el procedimiento oral. También solicita que, en caso de que el Tribunal Arbitral considere la necesidad de una réplica y una dúplica, la réplica debe limitarse a las cuestiones que el Tribunal considere “debidamente el objeto de una réplica al escrito de contestación a la demanda en las circunstancias de este caso.” El demandado se opone también a la solicitud anterior de los demandantes de presentar “los libros de operación de DESONA, ... reconstruidos a partir de viejos registros que los demandantes se rehusaron a proporcionar en respuesta a las repetidas solicitudes de la demandada.” En el párrafo 18 de esta carta, el demandado afirma en particular que:

“Si el Tribunal decide permitir cualquier clase de réplica relacionada a esta clase de información, debería (i) requerir a los demandantes que describan detalladamente cuáles cuestiones desean abordar; (ii) asegurarse que la lista solamente incluya cuestiones que el Tribunal considere “nuevas”, presentadas por primera vez en el escrito de contestación a la demanda; y (iii) prohibir expresamente a los demandantes que incluyan otras cuestiones o argumentos jurídicos en su réplica.”

63. La decisión del Tribunal Arbitral sobre la presentación de una réplica y una dúplica se dictó mediante carta del 24 de noviembre de 1998. En ella se indica a las partes que preparen una nueva ronda de alegaciones escritas, pues

“la etapa oral del procedimiento estaría mejor enfocada al permitirse la presentación de escritos de réplica y dúplica,” y afirma que:

“(a)l mismo tiempo, el Tribunal reconoce que muchas de las observaciones hechas en la carta de la parte demandada del 10 de noviembre son, en principio, pertinentes, tales como los criterios restrictivos enumerados en su párrafo 18. Sin embargo, no sería eficiente iniciar una discusión incidental preliminar acerca del ámbito permisible de una réplica que aún ha de ser presentada. Debería ser suficiente que el Tribunal exhorte a las partes a que aseguren que sus respectivos escritos finales respondan a las presentaciones anteriores de la contraparte, y que estén organizados de tal manera que este carácter responsivo aparezca claramente.

El mismo razonamiento se aplica a las pruebas que apoyen la réplica y dúplica, incluyendo los libros contables diarios de DESONA. El Tribunal observa que la parte demandada solicitó la presentación de tales pruebas, y aun menciona que no se habían producido antes porque esto ‘podría menoscabar severamente al validez de las llamadas “indicaciones de valor”’ de los peritos de la demandante (párrafo 34 de la carta del 10 noviembre). Mientras que el Demandado afirma que en esta etapa sufriría perjuicio si tales materiales fueran presentados, porque tendría que elaborar contra-argumentos nuevos y en efecto unos análisis nuevos para justificar tales contra-argumentos, el Tribunal no considera que esta objeción sea decisiva. En primer lugar, en la medida que pueda ser planteada respecto de cualquiera prueba que acompañe cualquiera réplica, la objeción va demasiado lejos para ser aceptable en principio. En segundo lugar, no hay base alguna para determinar *a priori* que sería especialmente oneroso hacerse cargo de materiales nuevos que la parte demandante desee presentar. (Respecto de los libros contables diarios, es la experiencia del Tribunal que, no obstante su voluminosidad característica, no son necesariamente difíciles de interpretar con respecto a información básica como productividad y tiempo de inactividad).

En vista de lo anterior, y teniendo además en cuenta el hecho que los demandantes ya han tenido tiempo para considerar el Memorial de Contestación, el Tribunal instruye a las partes a proceder del siguiente modo:

- (1) Los demandantes presentarán su réplica a más tardar el 19 de enero de 1999.
- (2) La parte demandada presentará su réplica a más tardar el 19 de abril de 1999.»

64. Mediante carta del 12 de enero de 1999, los demandantes solicitaron autorización para presentar su réplica el 20 de enero de 1999 por razón de ser fiesta nacional el 18 de enero de 1999. La prórroga se concedió mediante carta del 13 de enero de 1999, en la que el Tribunal señala también la semana del 21 de junio de 1999 para la audiencia en Washington D.C., con base en el artículo 39 del Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario.

65. Los demandantes presentaron la versión en inglés de su réplica el 20 de enero de 1999. Los miembros del tribunal, a diferencia del demandado y el CIADI, no recibieron ejemplares del Anexo que contenía, según los demandantes, “aproximadamente dos mil páginas de cheques y facturas.”

66. La versión en español de la réplica se recibió en el CIADI el 9 de febrero de 1999. Dado el retraso en la presentación, los demandantes aceptaron una prórroga de presentación de la réplica por el retraso que tuvieron los demandantes en la presentación de la réplica. Por tanto, el Tribunal informó a las partes mediante carta del 17 de marzo de 1999 que la réplica debía presentarse el 10 de mayo de 1999. El demandado solicitó una ampliación de plazo mediante carta del 3 de mayo de 1999, con el fin de presentar la réplica el 17 de mayo de 1999. Mediante carta del 7 de mayo de 1999, el Tribunal decidió que la versión en inglés de la réplica y su documentación anexa debían presentarse no más tarde del 14 de mayo de 1999, y la versión en español, no más tarde del 17 de mayo de 1999. El CIADI recibió la réplica, en las versiones en inglés y en español, junto con la documentación anexa, el 17 de mayo de 1999.

67. Durante la fase escrita de las alegaciones las partes presentaron declaraciones escritas de las siguientes personas: por parte de los demandantes, Robert Azinian, Kenneth Davitian, Ellen Baca, Ariel Goldenstein, Basil Carter, Ted Guth, Bryan A. Stirrat, David S. Page, William Rothrock, Richard Carvell, Ernst & Young y Robert E. Proctor; por parte del demandado, Raúl Romo Velázquez, James Hodge, J. Cameron Mowatt, Carlos Felipe Dávalos, Francesco Piazzesi di Villamosa, Patricia Tejeda, Emilio Sánchez Serrano, Oscar Palacios Gómez y David A. Schwickerath. La Sección V de la réplica de los demandantes contiene respuestas a las declaraciones de los testigos y los dictámenes periciales presentados por el demandado en su escrito de contestación. Además de ofrecer estas respuestas como refutación de determinadas declaraciones de los testigos del demandado, (en concreto, aquellas hechas por el Sr. Romo Velázquez, el Sr. Hodge, el Sr. Piazzesi, la Sra. Tejeda, El Sr. Sánchez Serrano y el Dr. Palacios

Gómez), los demandantes alegan que las declaraciones del Sr. Mowatt fueron legalmente objetables e inadmisibles a la luz de las instrucciones del Tribunal de 19 de junio de 1998. A tal efecto, el Tribunal Arbitral no ha tomado en consideración la declaración del Sr. Mowatt.

68. Mediante carta del 19 de mayo de 1999, el Tribunal informó a las partes de las disposiciones procedimentales para la audiencia del fondo del asunto, y les solicitó una lista de los testigos y peritos que desearan examinar.

69. Mediante carta del 24 de mayo de 1999, el demandado expuso que solicitaría la presencia de los siguientes testigos para repreguntas: Ariel Goldenstein; Bryan A. Stirrat; Kenneth Davitian; Robert Azinian; Ronald Proctor; David S. Page; William Rothrock y Basil Carter.

70. Mediante carta de la misma fecha, los demandantes solicitaron que el demandado tuviera disponibles para preguntas a los siguientes testigos: Oscar Palacios; Francesco Piazzesi di Villamosa y Raul Romo Velázquez.

71. Mediante carta del 2 de junio de 1999, los demandantes respondieron a la anterior solicitud del demandado y afirmaron que Basil Carter y William Rothrock estarían impedidos de asistir en persona a la audiencia programada, pero podrían formularseles repreguntas mediante videoconferencia o por teléfono. Por otra parte, Bryan A. Stirrat sólo podría asistir el 21 de junio de 1999. Los demandantes manifestaron su intención de facilitar la asistencia de las siguientes personas en su nombre para realizar repreguntas: David J. St. Louis; Clyde C. Pearce; Jack C. Coe; Peter Cling y William S. Dodge. El demandado replicó mediante carta del 4 de junio de 1999, proponiendo contactar con los demandantes para estudiar soluciones alternativas para los testigos imposibilitados de asistir a la audiencia. Por ejemplo, propuso que estas personas fueran excusadas de asistir a la audiencia a condición de que respondieran a una lista limitada de preguntas aportadas por el demandado. Los demandantes contestaron mediante carta del 8 de junio, exponiendo que solicitarían la aprobación de David Page, Basil Carter y William Rothrock a la propuesta del demandado de responder a preguntas escritas.

72. De los testigos de los demandantes, los Sres. Stirrat, Proctor, Goldenstein y Carter comparecieron en la audiencia. El Sr. Davitian, aunque excusado por el demandado, se le permitió aportar pruebas directas de refutación. El demandado excusó a los Sres. Azinian y Page. El Sr. Rothrock no compareció en la audiencia, y el demandado expuso que presentaría alegaciones relativas al peso que debía darse a su declaración escrita. De los testigos del demandado el Sr. Piazzesi compareció a la audiencia. Los demandantes excusaron al Dr. Palacios y acordaron con el demandado presentar ciertas declaraciones escritas en lugar del testimonio del Sr. Romo, ausente de la audiencia.

73. Al final del examen de los testigos, el Tribunal solicitó a las partes que confirmaran si la fase de pruebas del procedimiento había terminado a satisfacción de las mismas, y así lo confirmaron ambas. (Transcripción en inglés, 23.6.99, pág. 1491. 13-19.)

74. El 16 de julio de 1999, las partes presentaron escritos posteriores a la audiencia.

V. REPARACIÓN RECLAMADA

75. Los demandantes alegan que “la injusta revocación del Contrato de concesión por parte de la Ciudad viola los artículos 1110 (‘Nivel mínimo de trato’) del TLCAN” (Réplica de 19 de enero de 1999, Sec. III, pág. 17), por lo que solicitan la siguiente reparación, según lo expuesto en su Petición de reparación del 23 de junio de 1999:

“A. Con respecto a la empresa, lo siguiente:

1. El valor de la concesión como empresa en marcha al 21 de marzo de 1994, fecha de la anulación del Contrato, basándose en los valores obtenidos:

a. Aplicando el método de Flujo de caja descontado (DCF) por un importe de US\$11.600.00 (PCV);

Alternativamente,

b. Aplicando el Método de transacción similar, con el que resulta un importe de US\$19.203.000 (PCV);

Alternativamente,

c. Basándose en la oferta de compra de la concesión realizada por Sanifill, por un importe de US\$18.000.000;

Alternativamente,

d. Basándose en el menor valor de mercado de la concesión, según el análisis realizado por Richard Carvell, por un importe de US\$15.500.000;

Adicionalmente:

2. Los intereses de la cantidad concedida como valor de la concesión, según lo establecido en la anterior sección A, desde la fecha de la expropiación y a un tipo del 10% anual, hasta la fecha del laudo arbitral;

3. Las costas del procedimiento, incluidos, entre otros, los honorarios de abogados, peritos y contables, así como los gastos administrativos.
4. Los intereses simples sobre la totalidad de la cantidad concedida en el laudo arbitral desde la fecha del mismo y hasta la del pago, a un tipo del 10% anual;

Como petición separada y distinta, los demandantes reclaman la siguiente reparación:

1. Gastos varios por importe de US\$3.600.000 (Sección 6, página 2 de la Demanda);
 2. Los intereses de la cantidad reconocida en el laudo como gastos varios, desde la fecha de la expropiación y a un tipo de 10% anual, hasta la fecha del laudo;
 3. Las costas del procedimiento, incluidos entre otros los honorarios de abogados, peritos y contables, así como los gastos administrativos;
 4. La cantidad adicional que determine el Tribunal, para indemnizar la pérdida de oportunidad de éxito comercial del proyecto;
 5. Los intereses simples sobre la cantidad total reconocida en el laudo arbitral desde la fecha del mismo y hasta la del pago, a un tipo del 10% anual.
- B. NOTA: Los demandantes reconocen como compensación parcial las cantidades recibidas de la venta parcial de activos por un importe de US\$500.000, que deberán acreditarse en la fecha de recepción de dichos fondos por los demandantes o en su nombre el 20 de mayo de 1994;
- C. Con respecto a las personas concretas demandantes, la indemnización solicitada debe asignarse del siguiente modo:

A Robert Azinian	70%
A Ellen Baca	20%

76. El demandado solicita la desestimación de la demanda y la imposición de costas a los demandantes.

VI. VALIDEZ DE LA RECLAMACIÓN CON ARREGLO AL TLCAN

A. Marco general de acceso de los inversionistas al arbitraje internacional con base en el TLCAN

77. A efectos del presente análisis, los demandantes se consideran “inversionista[s] de una Parte” que han realizado una “inversión”, según la definición de estos dos términos en el artículo 1139 del TLCAN. El demandado ha planteado cuestiones relativas a la admisión de demandas formuladas por un accionista formalmente cualificado en nombre de un propietario que no es nacional de una Parte del TLCAN. (En este caso, se dice que una parte de las acciones del Sr. Azinian en DESONA pertenece al Sr. Goldenstein para efectos de beneficios, quien no es nacional de una Parte del TLCAN.) El demandado ha cuestionado también la posición del Sr. Davitian como accionista de DESONA en el momento relevante para efectos de legitimación y poder presentar una demanda con base en el TLCAN. En su Decisión interlocutoria del 22 de enero de 1998 (véase el párrafo 48), el Tribunal Arbitral determina que estas objeciones sólo deben resolverse si hay *algún* grado de responsabilidad con respecto al fondo del asunto, pues sólo en ese caso será necesario decidir si debe excluirse la reparación por razón de estas inversiones que supuestamente no reúnen los requisitos exigidos.

78. El Ayuntamiento, como entidad jurídica, decidió que tenía fundamentos válidos para anular y rescindir el Contrato de concesión, y así lo declaró. DESONA no consiguió posteriormente convencer en los tres niveles judiciales de México de que la decisión del Ayuntamiento era inválida. Teniendo en cuenta esto ¿hay fundamento para que este Tribunal Arbitral declare que los Tribunales mexicanos actuaron erróneamente al respaldar la decisión del Ayuntamiento y que el Gobierno de México debe indemnizar a los demandantes?

79. Dado que esta es la primera controversia sometida por un inversionista en virtud del TLCAN, que será resuelta con un laudo arbitral relativo al fondo del asunto, resulta apropiado considerar los principios fundamentales.

80. El TLCAN es un tratado entre Estados soberanos que trata una amplia gama de cuestiones relativas a la liberalización del comercio. La Parte Quinta se ocupa de “Inversión, Servicios y Asuntos Relacionados.” El Capítulo Once trata específicamente de la “Inversión.”

81. La Sección A del Capítulo Once establece varias obligaciones sustanciales en materia de inversiones. La Sección B trata de la jurisdicción y el procedimiento; en ella se define el método por el que un inversionista puede reclamar ante una violación de las obligaciones establecidas en la Sección A para obtener una reparación.

82. La jurisdicción arbitral conforme a la Sección B está limitada no sólo en cuanto a las personas que pueden invocarla (han de ser nacionales de un Estado signatario del TLCAN), sino también en cuanto a las materias objeto de la reclamación: Sólo pueden someterse reclamaciones al arbitraje inversionista-Estado con base en el Capítulo Once cuando están fundadas en la violación de una obligación establecida en la Sección A.

83. Dicho de otro modo, un inversionista extranjero –en principio con derecho a protección bajo el TLCAN– puede establecer relaciones contractuales con una autoridad pública, y luego sufrir un incumplimiento por parte de esa autoridad *y aún en esa situación no estar en posibilidad de formular una reclamación al amparo del TLCAN*. Es una circunstancia ordinaria de la vida en todo lugar que las personas puedan decepcionarse en sus tratos con las autoridades públicas, y que esta decepción se repita cuando los tribunales nacionales rechazan sus reclamaciones. Podemos tener la certeza de que existen muchas empresas *mexicanas* que han tenido relaciones comerciales con entidades gubernamentales las cuales no han concluido a su satisfacción; México probablemente no sea distinto de otros países en este sentido. El TLCAN no tiene por objeto proporcionar a los inversionistas extranjeros una protección irrestricta frente a este tipo de desengaños, y ninguna de sus disposiciones permite entenderlo de otro modo.

84. Por tanto, no sería suficiente que los demandantes convencieran a este Tribunal Arbitral de que los actos o las motivaciones del Ayuntamiento de Naucalpan han de ser desaprobados, o que las razones expuestas por los tribunales mexicanos en sus tres sentencias no son persuasivas. Estas consideraciones son inútiles mientras los demandantes no estén en posibilidad de señalar un incumplimiento de una obligación establecida en la Sección A del Capítulo Once imputable al Gobierno de México.

B. Fundamentos invocados por los demandantes

85. Los demandantes alegan incumplimientos de las siguientes dos disposiciones del TLCAN:

Artículo 1110(1)

“Ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea:

- (a) por causa de utilidad pública;

- (b) sobre bases no discriminatorias;
- (c) con apego al principio de la legalidad y al artículo 1105(1); y
- (d) mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6.”

Artículo 1105(1)

“Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.”

86. Aunque las partes del Contrato de concesión aceptaron la jurisdicción de los tribunales mexicanos, los demandantes alegan correctamente que no excluyeron el recurso a otros tribunales jurisdiccionales o arbitrales (como el presente) con competencia basada en otros fundamentos. El hecho de que los demandantes tomaran la iniciativa ante los tribunales mexicanos no excluye tampoco la jurisdicción de este Tribuna Arbitral. Los demandantes citan una serie de casos en los que los tribunales arbitrales no se han considerado vinculados por decisiones de tribunales nacionales. El Profesor Dodge, en su exposición oral, recalca la siguiente frase en el conocido caso del CIADI *Amco vs. Indonesia*: “Un tribunal internacional no está obligado a adherirse a lo dictado por un tribunal nacional.” Como persuasivamente alegan los demandantes, sería desafortunado que los demandantes potenciales, en virtud del TLCAN, se vieran disuadidos de buscar una reparación ante los tribunales nacionales, porque esta acción puede tener el efecto beneficioso de resolver la controversia sin recurrir al arbitraje inversionista-Estado con base en el TLCAN. Por último, el demandado no ha alegado tampoco ser irresponsable de los actos de una autoridad local como el Ayuntamiento de Naucalpan.

87. El problema es que la reclamación fundamental de los demandantes es la de que fueron víctimas de un incumplimiento del Contrato de concesión. El TLCAN, sin embargo, no permite a los inversionistas recurrir al arbitraje internacional por simples incumplimientos contractuales. En efecto, no puede considerarse en modo alguno que el TLCAN establezca un régimen de este tipo, de lo contrario se hubiera elevado una multitud de transacciones ordinarias con las autoridades públicas a la categoría de controversias internacionales. *Los demandantes no pueden hacer valer su punto de vista convenciendo simplemente al Tribunal Arbitral de que el Ayuntamiento de Naucalpan incumplió el Contrato de concesión.*

88. Comprendiendo plenamente este principio, el Profesor Dodge insistió en que las reclamaciones no se limitan al incumplimiento contractual, sino que

implican la “expropiación directa de los derechos contractuales de DESONA” y “la expropiación indirecta de la propia DESONA.” (Transcripción en inglés, 24.6.99, pág. 23,1. 9-11.)

89. El Profesor Dodge afirma, a continuación, que un incumplimiento contractual constituye una expropiación “si resulta confiscatorio” o, citando *Principles of Public International Law*, 5a edición, 550, del Profesor Brownlie, si “el Estado ejercita su autoridad ejecutiva o legislativa para destruir los derechos contractuales como un activo.” (Traducción.) En concreto, invocó abundancia de autoridad que considera “la revocación de contratos de concesión como expropiación de derechos contractuales.”

90. Las frases hechas, no obstante, no pueden sustituir el análisis. Los términos “confiscatorio”, “destrucción de los derechos contractuales como un activo” o “revocación” pueden servir para describir incumplimientos contractuales que deban ser considerados extraordinarios y, por tanto, constitutivos de expropiación, pero ciertamente no indican las bases con las cuales se hará la crucial distinción entre expropiación e incumplimiento contractual ordinario. La gravedad de cualquier incumplimiento está sujeto al punto de vista del afectado, lo que no resulta satisfactorio a los presentes efectos.

91. Resulta necesario, por tanto, analizar si la anulación del Contrato de concesión puede ser considerada como un acto de expropiación en infracción del artículo 1110 del TLCAN. En caso contrario, debe desestimarse la reclamación. Esta cuestión es absolutamente crucial.

92. Antes de analizar esta cuestión crucial, debe recordarse que los demandantes, fundamentaron inicialmente su reclamación en una supuesta infracción del artículo 1105 y el artículo 1110. Aunque no han abandonado el fundamento del artículo 1105, éste tiene escaso peso en las alegaciones posteriores, y no figura en absoluto en las alegaciones finales del Profesor Dodge. No es de extrañar. El único principio relevante del artículo 1105 aplicable al caso es el de que un inversionista del TLCAN no puede ser tratado de forma que contravenga el derecho internacional. No se ha alegado una infracción de este tipo más allá de la que específicamente se trata en el artículo 1110. En un débil intento de mantener el artículo 1105, el escrito de réplica de los demandantes señala que el incumplimiento de Contrato de concesión constituyó una infracción del derecho internacional porque sostuvo “motivado por consideraciones no comerciales, y no se pagó una indemnización de daños y perjuicios”. Esto no es sino parafrasear una reclamación más específicamente cubierta por el artículo 1110. Para salvar cualquiera duda, el Tribunal Arbitral sostiene, por tanto, que bajo las circunstancias del presente caso, si no se ha producido una infracción del artículo 1110, tampoco se ha producido una infracción del artículo 1105.

C. Alegación de que la anulación constituyó un acto de expropiación

93. El demandado alega que el Contrato de concesión expiró por dos motivos justificados independientemente: nulidad y rescisión.

94. El segundo de ellos es más complejo. Sostiene que el Ayuntamiento tenía derecho a rescindir el Contrato por el incumplimiento de DESONA. Si el Ayuntamiento no estaba facultado para ello, la terminación del Contrato constituyó en sí misma un incumplimiento del mismo. La mayor parte de las pruebas y alegaciones de este procedimiento se ha centrado en esta cuestión: ¿incurrió DESONA en un incumplimiento sustancial del Contrato de concesión? – La cuestión se ve complicada por el hecho de que no se concedió aparentemente a DESONA el plazo de subsanación de 30 días de estipulado en el artículo 31 del Contrato de concesión.

95. El punto de partida lógico es analizar la nulidad original alegada del Contrato de concesión. Si esta afirmación resultara fundada, no hay necesidad de hacer consideraciones sobre el cumplimiento, ni tampoco cabe la posibilidad de subsanar tal nulidad original.

96. Desde este punto de vista, el problema puede plantearse en términos bastante sencillos. El Ayuntamiento consideraba que tenía motivos fundados para considerar nulo el Contrato de concesión con arreglo a la legislación mexicana reguladora de las concesiones de servicios públicos. A iniciativa de DESONA, estos fundamentos fueron revisados por tres niveles de tribunales mexicanos, y en cada caso los consideraron correctos. ¿Cómo puede afirmarse que México incumplió el TLCAN cuando el Ayuntamiento de Naucalpan declaró la nulidad de un Contrato de concesión que, según sus términos, estaba sujeto a la ley mexicana y a la jurisdicción de los tribunales mexicanos, y éstos ratificaron la decisión del Ayuntamiento? Por otra parte, los demandantes ni han alegado ni han probado que los criterios legales mexicanos de anulación de concesiones infrinjan las obligaciones de México con respecto al Capítulo Once, ni que la ley mexicana que regula estas anulaciones tenga carácter expropiatorio.

97. Enmarcada así la cuestión, resulta evidente que para dar la razón a los demandantes no basta con que el Tribunal Arbitral esté en desacuerdo con la resolución del Ayuntamiento. Una autoridad pública no puede ser inculpada por realizar un acto respaldado por sus tribunales *a menos que los propios tribunales sean desautorizados en el plano internacional*. Por cuanto los tribunales mexicanos consideraron que la decisión del Ayuntamiento de anular el Contrato de concesión era acorde a la ley mexicana reguladora de las concesiones de servicios públicos, la cuestión es si las decisiones mismas de los tribunales mexicanos infringen las obligaciones de México con arreglo al Capítulo Once.

98. Ciertamente, un tribunal internacional a quien se solicite una decisión sobre el cumplimiento de un tratado internacional por parte de un gobierno

no queda paralizado por el hecho de que los tribunales nacionales hayan aprobado los actos en cuestión de las autoridades públicas. En palabras de un ex-presidente de la Corte Internacional de Justicia:

“Los principios de separación e independencia del poder judicial en la legislación interna y con respecto al carácter definitivo de las resoluciones judiciales han ejercido un importante influencia sobre la forma de aplicar el principio general de responsabilidad del Estado por los actos u omisiones de los órganos jurisdiccionales.

Estos aspectos básicos de la organización judicial explican la resistencia de algunos laudos arbitrales del siglo pasado a admitir que la regla de que el Estado es responsable de los actos de todos sus órganos, se debe extender al poder judicial.

No obstante, en este siglo se ha reconocido finalmente la responsabilidad del Estado por los actos de los órganos judiciales. Aunque es independiente del Gobierno, el poder judicial no lo es respecto del Estado: *la sentencia de un órgano judicial emana de un órgano del Estado del mismo modo que una ley promulgada por el legislativo o una resolución adoptada por el ejecutivo.*

La responsabilidad del Estado por los actos de las autoridades judiciales puede ser consecuencia de tres tipos diferentes de resoluciones judiciales.

La primera es una resolución de un tribunal nacional *claramente incompatible con las normas de derecho internacional.*

La segunda es lo que habitualmente se conoce como *‘denegación de justicia’.*

La tercera se produce cuando, en determinadas circunstancias excepcionales y concretas, un Estado es responsable de una decisión judicial contraria a la legislación municipal.” Eduardo Jiménez de Aréchaga, “International Law in the past Third of a Century,” 159-1 RECUEIL DES COURS (Curso General de Derecho Internacional Público, The Hague, 1978) (cursiva añadida).

99. La posibilidad de considerar a un Estado internacionalmente responsable por decisiones judiciales no otorga, sin embargo, al demandante el derecho a solicitar una revisión internacional de las decisiones judiciales nacionales como

si el tribunal internacional que conoce del caso tuviera plena competencia de apelación. Esto no es así generalmente, y tampoco en el caso del TLCAN. *Lo que debe demostrarse es que la propia decisión judicial constituye una infracción del tratado.* Aún si los demandantes convencieran a este Tribunal Arbitral de que los tribunales mexicanos actuaron incorrectamente con respecto a la nulidad del Contrato de concesión, esto no constituiría per se una infracción del TLCAN. Se necesita más; los demandantes deben acreditar una denegación de justicia o una pretensión de forma para conseguir un fin internacionalmente ilícito.

100. Los demandantes, sin embargo, no han objetado la actuación de los tribunales mexicanos; no han alegado denegación de justicia. Sin excepción, han dirigido sus múltiples quejas contra el Ayuntamiento de Naucalpan. El Tribunal Arbitral considera que esta circunstancia es fatal para la reclamación, y hace innecesario considerar las cuestiones relativas al cumplimiento del Contrato de concesión. *Pues si no hay objeción respecto a la decisión de un tribunal competente sobre la nulidad –con base en la ley mexicana– de un contrato regido por esa ley, no hay por definición contrato a exporiar.*

101. Sin embargo, el Tribunal Arbitral no desea dar la impresión de que los demandantes incurren en una incorrecta alegación en su defensa del caso. El Tribunal considera por tanto apropiado, *ex abundante cautela*, demostrar que los demandantes fueron correctamente asesorados al no describir las decisiones de los tribunales mexicanos como infracciones del TLCAN.

102. Podría alegarse una denegación de justicia si los tribunales competentes se negaran a conocer del asunto, si ésta sufriera una demora indebida o si administraran la justicia de modo seriamente inadecuado. No hay pruebas, ni siquiera alegaciones, de que tales defectos puedan imputarse a los procesos judiciales mexicanos en este caso.

103. Hay un cuarto tipo de denegación de justicia, el de aplicación incorrecta de la ley en una forma clara y maliciosa. Este tipo de ilícito sin duda se sobrepone a la noción de “pretensión de forma” para encubrir una infracción del derecho internacional. En el presente caso, no sólo no se ha alegado este tipo de actuación indebida, sino que el Tribunal Arbitral desea manifestar que considera que existen pruebas suficientes para despejar cualquier duda que pudiera ensombrecer la buena fe de las sentencias mexicanas. Sus conclusiones no pueden considerarse en modo alguno arbitrarias, y mucho menos maliciosas.

104. Para llegar a esta conclusión basta recordar las pruebas significativas presentadas a este Tribunal Arbitral sobre declaraciones falsas. Para ello, es suficiente examinar la duodécima de las 27 irregularidades, aceptada por los tribunales mexicanos como causa de nulidad: que el Ayuntamiento fue engañado con respecto a la capacidad de DESONA de ejecutar la concesión.

105. Si los demandantes no pueden convencer al Tribunal Arbitral de que las pruebas que condujeron a esta conclusión fueron de tal modo insustanciales o carentes de base legal, que las sentencias fueron arbitrarias o maliciosas, su pretensión simplemente no se sostiene. Los demandantes no han tratado siquiera de refutar las pruebas del demandado sobre los criterios relevantes de anulación de concesiones contenidos en la legislación mexicana. No han cuestionado las pruebas presentadas por el demandado conforme a las cuales una concesión de servicio público otorgada por autoridades municipales con base en un error o falsa declaración es nula de acuerdo a la legislación mexicana. Con respecto a las pruebas sobre los hechos, han combatido vigorosamente los razonamientos del Ayuntamiento y de los tribunales mexicanos, pero no han negado que existen pruebas de que el Ayuntamiento fue inducido a error con respecto a la capacidad de DESONA para ejecutar la concesión.

106. En la presentación del proyecto al Ayuntamiento en noviembre de 1992, en la que el Sr. Goldenstein “de Global Waste” explicó que su empresa utilizaría unas 200 personas e invertiría aproximadamente US\$20 millones, compareció también el Sr. Ted Guth, de Sunlaw Energy (identificada como una empresa que se asociaría para la constitución de DESONA), quien expuso algunos “elementos esenciales” del proyecto en los siguientes términos:

“elaborar un contrato con la compañía de luz y fuerza del centro para compra-venta de electricidad a quince años y una planta eléctrica a partir del gas metano a generar en el relleno sanitario de Rincón Verde y Corral del Indio de Naucalpan, con una estimación de generación de 210 megavatios, usando el biogas y complementándole con gas natural.”

107. Como ya se ha expuesto (véase el párrafo 32), esta propuesta, aparentemente carente de cualquier tipo de estudio de viabilidad, no es realista a juicio del Tribunal Arbitral. Este era el ambicioso plan presentado al Ayuntamiento, a quien se dijo en esta misma reunión que la ciudad de Naucalpan recibiría una participación del 10% en DESONA “sin que tenga que invertir un solo centavo, pasando a ser de su propiedad a los 15 años de operación.” Es comprensible cómo el Ayuntamiento quedaría impresionado por unos profesionales de reconocida competencia que explicaban cómo podría transformarse un costoso quebradero de cabeza en una brillante y rentable operación.

108. Obviamente, los demandantes no pueden defenderse legítimamente diciendo que el Ayuntamiento no debía haber creído unas declaraciones que eran tan irracionalmente optimistas como para ser fraudulentas.

109. Así, cuando llegó el momento de firmar el Contrato de concesión, un año más tarde, se había producido un cambio fundamental: los demandantes habían roto con Sunlaw Energy, quien desapareció del proyecto en octubre de 1993 hasta donde el Tribunal Arbitral alcanza a vislumbrar.

110. Resulta injustificado que los demandantes siguieran adelante sin advertir esta circunstancia al Ayuntamiento. Este Tribunal no cree que la cuestión quedara adecuadamente tratada mediante los alegatos verbales; el artículo 11 del Contrato de concesión establece claramente que “la Concesionaria se obliga a la instalación de una planta de generación de energía eléctrica a base del biogas que se genera en el relleno sanitario de Rincón Verde, Corral del Indio, u otros.” (Traducción citada en el escrito de demanda, Sección 3, pág. 22.)

111. Es más que justificado deducir que el texto original del Contrato de concesión se elaboró sobre la base, desde el punto de vista de los demandantes, de que podrían formar un consorcio operativo, que habían previsto un plan que dependería de las aportaciones de terceros y que una vez aprobado el texto por la legislatura no quisieron poner en peligro lo que habían conseguido revelando que se habían retirado socios clave.

112. El testimonio del Sr. Ronal Proctor, aunque traído por los demandantes, fue desfavorable para éstos. Su declaración escrita explica que a fines de octubre y principios de noviembre de 1993 asistió a reuniones con funcionarios de Naucalpan, incluido el Alcalde, en las que explicó que su empresa, BFI, prestaba asistencia a DESONA y

“aportaría a DESONA los trabajos de puesta en marcha, el capital y la experiencia operativa necesarias para garantizar la ejecución del Contrato de concesión.”

113. No hay ninguna duda sobre la capacidad *de BFI*; se trata de una empresa de mil millones de dólares con indudable credibilidad en el sector. La cuestión es que este testimonio contradice abiertamente un claro fundamento del Contrato de concesión *con DESONA*. No hay prueba escrita alguna de que funcionarios mexicanos estuvieran dispuestos a confiar en DESONA por razón de que detrás estaba BFI para ocuparse de todo en la práctica: puesta en marcha, financiación y operación. Por el contrario, las pruebas escritas del momento relativas al período anterior a la firma muestra que se confió en las declaraciones de los demandantes sobre su propia capacidad. El propio Contrato de concesión no contempla cesiones, subcontrataciones o subrogaciones, ni mucho menos declaración alguna en el sentido de que DESONA garantizaría el cumplimiento del Contrato de concesión exclusivamente si encontraba un socio adecuado.

114. En una frase, el testimonio del Sr. Proctor respalda, tal vez involuntariamente, la conclusión de que el principal esfuerzo de los demandantes se centró en conseguir la firma del Contrato de concesión y posteriormente trataron de ofrecer pedazos y partes de los derechos contractuales a otros socios más capacitados.

115. El Ayuntamiento tenía derecho a esperar mucho más.

116. El Contrato de concesión no dice nada sobre la posibilidad de realizar una cesión. El demandado aporta pruebas del derecho mexicano sobre el carácter *intuitu personae* con el que se otorgan las concesiones de servicios públicos a una persona física o jurídica en función de sus específicas cualidades. Esta prueba no ha sido discutida por los demandantes.

117. Los demandantes trataron también de apoyarse en una carta no firmada, supuestamente escrita por el anterior Alcalde de Naucalpan en marzo de 1994. El contenido de la carta respalda a los demandantes, quienes en aquel momento estaban lógicamente ante un riesgo inminente de perder la concesión de DESONA. El demandado no acepta la veracidad de este documento. Pero tomándolo tal como lo aportan los demandantes, resulta altamente perjudicial para su postura en relación con las supuestas falsas declaraciones, pues alude al hecho de que

“los accionistas de DESONA son dueños de una empresa norteamericana con 40 años de experiencia en el servicio de recolección de residuos. ... Estos empresarios prestan servicios en la Ciudad de Los Ángeles, Montebello, City of Industry y la Ciudad de Malibú.”

118. Si esto es lo que el Alcalde que firmó el Contrato de concesión pensaba aún en marzo de 1994, los demandantes no pueden alegar con seriedad que, independientemente de lo que digan que pueda haber sido su “exageración de capacidad” inicial en 1992 (por usar el eufemismo empleado por el Sr. St. Louis), habían revelado todos los aspectos importantes de su limitada experiencia y el breve y lamentable historial de Global Waste en el momento de la firma del Contrato de concesión en noviembre de 1993.

119. La única prueba de que disponen los demandantes para respaldar su alegación de que hicieron las revelaciones pertinentes antes de la firma del Contrato de concesión (como queda claro en su “Escrito final” tras la audiencia) es la afirmación oral del Sr. Goldenstein –en su propio beneficio– de que él informó plenamente a los funcionarios de la ciudad en diversas conversaciones no registradas. Esta prueba no es coherente con lo que obra en el expediente. Se rechaza.

120. Resumiendo: los demandantes no han tratado siquiera de demostrar que las decisiones de los tribunales mexicanos constituyen una infracción grave de los principios establecidos en la ley mexicana. Las pruebas del demandado sobre los criterios legales aplicables a la anulación de contratos de servicio público no han sido refutadas. Los demandantes no han discutido tampoco que estos criterios legales infrinjan el art. 1110 del TLCAN. El Tribunal Arbitral no encuentra nada en la aplicación de estos criterios con respecto a la cuestión de la nulidad que parezcan arbitrario o injustificado a la luz de las pruebas. Por el contrario, éstas respaldan claramente las conclusiones de los tribunales mexicanos.

121. Como comentario final, debe señalarse que la credibilidad de los demandantes se ve perjudicada por varios incidentes revelados en el curso de este procedimiento arbitral y que, aunque ni el Ayuntamiento ni los tribunales mexicanos los conocieran antes del inicio de este procedimiento de arbitraje, respaldan la conclusión de que el Ayuntamiento fue inducido a firmar el Contrato de concesión mediante falsas apariencias. Resulta difícil ignorar la concordancia con la que los diversos socios actuales o potenciales de los demandantes se desvincularon de ellos. Un empresario mexicano, el Dr. Palacios, parece haber aportado US\$225.000, además de equipos, creyendo erróneamente que estaba haciendo una aportación en especie que le convertiría en accionista de DESONA. El 5 de junio de 1994 interpuso una querrela penal por fraude contra el Sr. Goldenstein, solicitando su detención por la policía. El Sr. Proctor, de BFI, aunque traído como testigo por los demandantes, recomendó tomar medidas legales contra éstos cuando descubrió que los dos vehículos comprados con un crédito de BFI fueron vendidos por DESONA sin pagar el crédito. El Sr. Bryan Stirrat, cuya empresa trabajó como contratista independiente en el relleno de Naucalpan y que actualmente tiene una demanda en curso contra DESONA por el importe de US\$765.000, sin incluir intereses, declaró en el proceso de repreguntas que cuando acudió con el Sr. Goldenstein el 1º de junio de 1994 a una reunión del Ayuntamiento para tratar de renovar el Contrato de concesión no sabía que DESONA había vendido todos sus activos 10 días antes; afirmó que su empresa no había recibido ninguna participación en los ingresos de esta venta.

122. La lista de declaraciones no fiables realizadas ante este Tribunal es, desafortunadamente, larga. Los árbitros son reacios a detenerse en ellas en este laudo arbitral, pues consideran que los abogados de los demandantes son profesionales competentes y honrados para quienes muchas de estas revelaciones constituyeron una sorpresa. No hay tampoco razón alguna para poner en apuros al Sr. Davitian, quien dejó una impresión ante el Tribunal de ser un hombre de trabajo y que puede haberse encontrado fuera de su terreno en un campo no familiar, sin comprender lo que se estaba diciendo en su nombre. Lo mismo

puede decirse *a fortiori* de la Sra. Baca, su esposa divorciada, quien aparentemente no tuvo parte alguna en el proyecto.

123. La falta de credibilidad recae plenamente sobre el Sr. Goldenstein, quien sin la menor inhibición apareció sosteniendo el punto de vista de que uno puede decir cualquier cosa con tal de que no lo descubran. La cuestión de cómo puede una persona que no es de nacionalidad estadounidense operar en la práctica una empresa del Subcapítulo S, el cómo puede un importador de vehículos presentar a las autoridades aduaneras el vendedor y el precio aparentes o cómo puede un cheque dirigido a un funcionario (como reembolso de una comida) pero endosado de vuelta al pagador presentarse aún como prueba de un pago por arrendamiento, el Sr. Goldenstein parece creer que en el mundo de los negocios este tipo de conducta no sólo es aceptable, sino un signo de competencia global.

124. El Tribunal desaprueba, obviamente, esta actitud, y señala que respalda la conclusión de que la anulación del Contrato de concesión no infringió las obligaciones del Gobierno mexicano en virtud del TLCAN.

VII. COSTAS

125. La reclamación ha sido completamente desestimada. El demandando ha padecido considerables incomodidades. En circunstancias ordinarias, es habitual en el arbitraje internacional que se impongan al demandante vencido las costas del arbitraje, así como las costas razonables de representación del demandado. Esta práctica tiene la doble función de reparación y disuasión.

126. Sin embargo, en este caso hay cuatro razones que desaconsejan una imposición de costa. En primer lugar, el presente mecanismo es un nuevo medio para la resolución de controversias internacionales de inversión. Aunque los demandantes no han conseguido hacer valer su postura con base en el TLCAN, el Tribunal Arbitral acepta que no estaban familiarizados con las restricciones jurídicas a tal acción procesal, lo que constituye una limitante. En segundo lugar, han presentado su caso de forma eficiente y profesional. En tercer lugar, el Tribunal Arbitral considera que, al haberse planteado cuestiones de cumplimiento defectuoso (y no tan sólo de nulidad *ab initio*) sin respetar las disposiciones del Contrato de concesión acerca de notificación, se puede decir que en alguna medida el Ayuntamiento de Naucalpan provocó el litigio. En cuarto lugar, se puede observar que las personas más responsables por la conducta ilícita de los demandantes serían las que con menor probabilidad resultarían afectadas por una condena de costas; el Sr. Goldenstein se encuentra fuera de la jurisdicción de este Tribunal Arbitral, mientras que la Sra. Baca –quien en términos prácticos quizá sea la más solvente de los demandantes– no tuvo un papel activo en ninguna de las etapas.

127. Por tanto, el Tribunal Arbitral no hace imposición de costas, por lo que cada parte deberá soportar sus propios gastos, y las cantidades pagadas al CIADI se repartirán por igual.

VIII. DECISIÓN ARBITRAL

128. Por las razones expuestas, y rechazando todas las alegaciones en contrario, el Tribunal Arbitral resuelve a favor de la parte demandada.

Hecho como en Toronto, Canadá, en inglés y español, siendo ambas versiones igualmente auténticas.

Sr. Benjamín R. Civiletti

Fecha:

Sr. Claus von Wobeser

Fecha:

Sr. Jan Paulsson,
Presidente

Fecha:

Decisiones Constitucionales y Judiciales

EXP. N° 6167-2005-PHC/TC (*)

LIMA

FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 28 días del mes febrero de 2006, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados García Toma, Presidente; Gonzales Ojeda, Vicepresidente; Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia, con el Fundamento de voto, adjunto, del magistrado Gonzales Ojeda

(....)

1. EL MARCO CONSTITUCIONAL DE LA JURISDICCIÓN ARBITRAL

- √ Justificación de la institución arbitral.
- √ Naturaleza y características de la jurisdicción arbitral.
- √ Criterios para el control constitucional de las resoluciones arbitrales.
- √ Relaciones con la función jurisdiccional (artículo 139°, inciso 1 de la Constitución): Supuesto constitucional de excepción y la apreciación de razonabilidad.

(*) **Nota del Editor:** Sólo se publica la parte pertinente de la sentencia y el voto del Magistrado Gonzales Ojeda. El texto íntegro de la sentencia del Tribunal Constitucional puede consultarse en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.html>.

(....)

§1 EL MARCO CONSTITUCIONAL DE LA JURISDICCIÓN ARBITRAL

§1.1. Justificación de la institución

1. A finales del siglo XX y desde la regulación del arbitraje en la mayor parte de las legislaciones del mundo, se concibe a esta institución como el proceso ideal, en donde los particulares son protagonistas de la dirección y administración de la justicia. El arbitraje se configura como un juicio de conocimiento en donde “jueces particulares”, a través de un laudo, toda la amplitud de validez intrínseca y extrínseca de una sentencia judicial.

Así, se presenta como un mecanismo orientado a la consecución de la verdad legal, pretendiendo despojarse de los trámites, muchas veces engorrosos y formalistas, de la justicia tradicional. Entonces, históricamente en sus orígenes, el arbitraje se justificó en su carácter de proceso expedito y efectivo.

2. El desarrollo de esta institución en el derecho comparado ha sido enorme en los últimos años: es prácticamente el proceso más utilizado para resolver conflictos comerciales. La configuración de un nuevo orden económico internacional ha requerido del arbitraje como el prototipo de proceso de resolución de conflictos entre particulares e incluso entre estos y los Estados, lo que le otorga una importancia significativa, formando parte integrante del modelo jurisdiccional *ad hoc* a la resolución de controversias, no sólo entre particulares, en el marco de la Constitución económica.

En el Perú el arbitraje es obligatorio, según las normas de contratación del Estado, además forma parte de los contratos de inversión suscritos por el Estado y de todos los contratos de estabilidad jurídica regidos por los Decretos Legislativos N^{os} 758 y 662.

§1.2. Naturaleza y características de la jurisdicción arbitral

3. El principio de unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional reconocido en el artículo 139, inciso 1 de la Constitución, prescribe que: “No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar. No hay proceso judicial por comisión o delegación”. En atención a ello, la Constitución ha establecido, como regla general, que corresponde al Poder Judicial el avocamiento único y singular del estudio y solución de los diversos tipos de conflictos jurídicos (principio de unidad), prohibiéndose al legislador que atribuya la potestad jurisdiccional a órganos no conformantes del Poder Judicial (principio de exclusividad).
4. De allí que, en sentido estricto, la función jurisdiccional, siendo evidente su íntima correspondencia con los principios de división de poderes y control

y balance entre los mismos, debe entenderse como el fin primario del Estado consistente en dirimir los conflictos interindividuales, que se ejerce a través del órgano jurisdiccional mediante la aplicación de las normas jurídicas. Por ello es que tradicionalmente se ha reservado el término “jurisdicción” para designar la atribución que ejercen los órganos estatales encargados de impartir justicia y aplicar las disposiciones previstas en la ley para quien infringen sus mandatos.

5. Sin embargo, el artículo 139º, inciso 1 de nuestro ordenamiento constitucional consagra la naturaleza excepcional de la jurisdicción arbitral, lo que determina que, en el actual contexto, el justiciable tenga la facultad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del Estado para demandar justicia, pero también ante una jurisdicción privada.

Al respecto, el reconocimiento constitucional de fueros especiales, a saber, militar y arbitral (inciso 1 del artículo 139º); constitucional (artículo 202º) y de Comunidades Campesinas y Nativas (artículo 149º), no vulnera el principio de igualdad ante la ley, previsto en el inciso 2 del artículo 2º de la Constitución; siempre que dichas jurisdicciones aseguren al justiciable todas las garantías vinculadas al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.

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

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

- a) Conflicto entre las partes.
- b) Interés social en la composición del conflicto.
- c) Intervención del Estado mediante el órgano judicial, como tercero imparcial.
- d) Aplicación de la ley o integración del derecho”¹ [2].

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

1 [2] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el Exp. N° 0023-2003-AI/TC. *Caso Jurisdicción Militar*. (Fundamento 13)

Constitucional; sin perjuicio del precedente vinculante con efectos normativos del artículo VII del título preliminar del Código Procesal Constitucional.

7. Asimismo, la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso² [3].

8. *De allí que el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustitutorio, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias. Y que constituye una necesidad, básicamente para la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición y, sobre todo para la resolución para las controversias que se generen en la contratación internacional.*

- Fundamento Jurídico Vinculante

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

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

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

2[3] *Ibidem*, Fundamento 25.

Así, la jurisdicción arbitral, que se configura con la instalación de un Tribunal Arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales. Todo ello hace necesario que este Tribunal efectúe una lectura iuspublicista de esta jurisdicción, para comprender su carácter privado; ya que, de lo contrario, se podrían desdibujar sus contornos constitucionales.

10. El reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales y, en particular, de las prescripciones del artículo 139º de la Constitución, relacionadas a los principios y derechos de la función jurisdiccional. Por ello, el Tribunal considera y reitera la protección de la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el principio de “no interferencia” referido en el inciso 2) del artículo constitucional antes citado, que prevé que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Los tribunales arbitrales, por consiguiente, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros –incluida autoridades administrativas y/o judiciales– destinada a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes.

11. Es por tal motivo que este Tribunal considera conveniente reiterar la plena vigencia del principio de la “kompetenz-kompetenz” previsto en el artículo 39º de la Ley General de Arbitraje –Ley N.º 26572–, que faculta a los árbitros a decidir acerca de las materias de su competencia, y en el artículo 44º del referido cuerpo legal, que garantiza la competencia de los árbitros para conocer y resolver, en todo momento, las cuestiones controvertidas que se promuevan durante el proceso arbitral, incluida las pretensiones vinculadas a la validez y eficacia del convenio. Este Colegiado resalta la suma importancia práctica que reviste dicho principio, a efectos de evitar que una de las partes, que no desea someterse al pacto de arbitraje, mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrales y/o la competencia de los árbitros sobre determinada controversia, pretenda convocar la participación de jueces ordinarios, mediante la interposición de cualquier acción de naturaleza civil y/o penal, y desplazar la disputa al terreno judicial.

Lo expuesto no impide que posteriormente se cuestione la actuación arbitral por infracción de la tutela procesal efectiva, conforme a las reglas del Código Procesal Constitucional.

- Fundamento Jurídico Vinculante

12. Este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (artículo 1º de la Ley General de Arbitraje), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria. El control judicial, conforme a la ley, debe ser ejercido *ex post*, es decir, a posteriori, mediante los recursos de apelación y anulación del laudo previstos en la Ley General de Arbitraje. Por su parte, el control constitucional deberá ser canalizado conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Constitucional; vale decir que tratándose de materias de su competencia, de conformidad con el artículo 5º, numeral 4 del precitado código, no proceden los procesos constitucionales cuando no se hayan agotado las vías previas. En ese sentido, si lo que se cuestiona es un laudo arbitral que verse sobre derechos de carácter disponible, de manera previa a la interposición de un proceso constitucional, el presunto agraviado deberá haber agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje prevé para impugnar dicho laudo.

- Fundamento Jurídico Vinculante

§1.3. Criterios para el control constitucional de las resoluciones arbitrales

§ Principio de autonomía de la voluntad y jurisdicción arbitral

13. Conforme lo señala el artículo 9º de la Ley General de Arbitraje, N.º 26572, el convenio arbitral es el acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial. De lo que se desprende la naturaleza contractual del convenio, que obliga a las partes a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle y para el posterior cumplimiento del laudo arbitral.

- Fundamento Jurídico Vinculante

14. La noción de contrato en el marco del Estado constitucional de Derecho se remite al principio de autonomía de la voluntad, previsto en el artículo 2º, inciso 24, literal a de la Constitución, y que, en relación a la jurisdicción arbitral, puede tener dos vertientes:

a) *Una negativa: En cuya virtud permite regular del modo que los particulares estimen oportuno sus relaciones jurídicas, creándolas, modificándolas o extinguiéndolas*^{3 [4]}.

b) *Una positiva: En cuya razón el carácter autónomo, garantista y procesal del arbitraje, equivale a facultar a los particulares para que sustraigan del ámbito del ejercicio funcional de la jurisdicción estatal aquellas materias consideradas de libre disposición, es decir, plantea la conceptualización, si bien de modo no absoluto, del arbitraje como un derecho fundamental.*

• Fundamento Jurídico Vinculante

15. Entonces, el principio de autonomía de la voluntad no debe ser entendido de manera absoluta, sino dentro de los valores y principios constitucionales antes señalados.

En el caso del convenio arbitral, si bien se gesta a partir del sentido privatista de las relaciones contractuales, no presenta un haz de contenidos cuyas categorías sean exclusiva y excluyentemente de Derecho Privado. Interpretarlo de este modo implicaría soslayar su naturaleza constitucional, sujeta a los principios y deberes primordiales de la función jurisdiccional consagrados en el artículo 139º de la Constitución; los mismos que deberán extenderse razonablemente a la jurisdicción arbitral.

Si bien es cierto que la autonomía de la voluntad deriva de la Constitución, no puede discutirse la facultad de controlarla por razones del *orden público constitucional*, máxime si la propia jurisdicción arbitral integra éste. Esto supone que en un Estado constitucional, el poder se desagrega en múltiples centros de decisión equilibrados entre sí por un sistema de control de pesos y contrapesos, como postula el artículo 43º de la Constitución. Esto hace que el poder público, pero también el privado, estén sometidos al Derecho.

16. En este contexto el control constitucional jurisdiccional no queda excluido, sino que se desenvuelve *a posteriori* cuando se vulnera el derecho a la tutela procesal efectiva o se advierte un incumplimiento, por parte de los propios árbitros, de la aplicación de la jurisprudencia constitucional o los precedentes de observancia obligatoria, los mismos que los vinculan en atención a los artículos VI *in fine* y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente.

3[4] MONTERO AROCA, Juan. “Comentarios al artículo 1º”. En: *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, Madrid, Civitas, 1990, p. 20.

17. El ejercicio de las potestades jurisdiccionales –ordinaria o constitucional- no puede ni debe ser, desde luego, abusivo, ni supone la imposición de medidas irrazonables y desproporcionadas que lesionen los derechos fundamentales de autonomía de la voluntad y de contenido patrimonial -las libertades de contratar y de empresa-.

- Fundamento Jurídico Vinculante

§ Principio de interdicción de la arbitrariedad

18. El principio de interdicción de la arbitrariedad^{4 [5]} es uno inherente a los postulados esenciales de un Estado constitucional democrático y a los principios y valores que la propia Constitución incorpora; de allí que, si bien la autonomía de la jurisdicción arbitral tiene consagración constitucional, no lo es menos que, como cualquier particular, se encuentra obligada a respetar los derechos fundamentales, en el marco vinculante del derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva (artículo 139º de la Constitución); por cuanto, si así no ocurriese, será nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos, de conformidad con el artículo 31º in fine de la Carta Fundamental^{5 [6]}.

Si ocurriese lo contrario, la autonomía conferida al arbitraje devendría en autarquía, lo que equivaldría a sostener que los principios y derechos constitucionales no resultan vinculantes.

- Fundamento Jurídico Vinculante

§1.4. Relaciones con la función jurisdiccional (artículo 139º, inciso 1 de la Constitución): Supuesto constitucional de excepción y la apreciación de razonabilidad

19. Quienes se inclinan por la irrevisabilidad de los laudos arbitrales se sustentan en el artículo 4º de la Ley N.º 26572, que establece que, salvo pacto en contrario, las partes podrán someterse de modo exclusivo y excluyente a la jurisdicción arbitral, así como en el artículo 59º, que otorga a los laudos

4[5] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el Exp. N.º 0090-2004-AA/TC, *Caso Juan Carlos Callegari Herazo*, Fundamento 12.

5[6] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el Exp. N.º 5854-2005-PA/TC, *Caso Pedro Andrés Lizana Puelles*, Fundamento 18.

arbitrales carácter definitivo, estableciendo que contra ellos no procede alguno, salvo el recurso de apelación y de nulidad.

Una interpretación formal propia del valorismo legalista de la Ley N.º 26572, concluiría que, sin ingresar en consideración adicional alguna, una resolución expedida por un tribunal arbitral es incuestionable en sede constitucional, incluso en aquellos supuestos en los que afecten los derechos fundamentales de la persona.

Mas, pretender interpretar la Constitución a partir del mandato legal de la Ley N.º 26572, vaciando de contenido el principio de supremacía jurídica y valorativa de la Constitución (artículo 51º de la Constitución), configurado en el tránsito del Estado de derecho al Estado constitucional de derecho, no es atendible para defender la irrevisabilidad absoluta de las resoluciones de los tribunales arbitrales.

Además, resulta manifiestamente contrario al principio de fuerza normativa de la Constitución y al de corrección funcional, ya que desconoce, por un lado, el carácter jurídico-vinculante de la Constitución y, por otro, la función de contralor de la constitucionalidad conferida al Tribunal Constitucional (artículo 201º de la Constitución).

20. Por otro lado, el último párrafo del artículo 103º de la Constitución establece que ésta no ampara el abuso del derecho, por lo que el ejercicio de poder jurisdiccional ordinario, y con mayor razón el excepcional, será legítimo si es ejercido en salvaguarda del cumplimiento de los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación que resulte de los mismos y de las resoluciones dictadas por este Tribunal (artículo VI *in fine* del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), el cumplimiento de las sentencias que constituyan precedente vinculante (artículo VII del Código Procesal Constitucional) y el respeto al derecho a la tutela procesal efectiva (artículo 4º del Código Procesal Constitucional).
21. Por los fundamentos precedentes, a juicio de este Colegiado, es un hecho incontrovertible que existe la posibilidad de cuestionar, por la vía del proceso constitucional, una resolución arbitral. Esta, por tanto, debe ser considerada como la única opción válida constitucionalmente, habida cuenta de que bajo determinados supuestos procede el proceso constitucional contra resoluciones provenientes tanto del Poder Judicial como de un Tribunal Militar (artículo 4º del Código Procesal Constitucional). En esa medida, no existe respaldo constitucional que impida recurrir al proceso constitucional frente a la jurisdicción arbitral.

(....)

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

(....)

- 1. Declarar que los fundamentos jurídicos N^{os} 8, 11, 12, 13, 14, 17 y 18, son vinculantes para todos los operadores jurídicos.**

SS.

GARCÍA TOMA

GONZALES OJEDA

ALVA ORLANDINI

BARDELLI LARTIRIGOYEN

LANDA ARROYO

EXP. N.º 6167-2005-PHC/TC

LIMA

FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO GONZALES OJEDA

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas, si bien manifiesto mi acuerdo con la decisión expresada en el fallo, sin embargo, no lo estoy con algunos de los argumentos que allí se expresan.

1. En primer lugar, he de indicar que si bien existen casos anteriores en los que el Tribunal Constitucional ha expresado que los derechos fundamentales también vinculan en el ámbito del arbitraje, al ser componente esencial del llamado orden público constitucional, sin embargo, es la primera vez que este Tribunal se detiene en el análisis de los rasgos constitucionales que le son propios a la institución. Y se ha aproximado, según mi modesto entender, esclareciendo algunos aspectos que en la doctrina y jurisprudencia no estaban del todo claros, pero también en otros –por fortuna los menos–, sin esclarecerlos, sino, contribuyendo a prolongar un debate que, desde un punto de vista constitucional, no debería haberse planteado. Así sucede, por ejemplo, cuando se persiste en denominar a la institución como “jurisdicción arbitral” o como una “jurisdicción de carácter eminentemente privado” y, lo que a mi juicio es más grave, que se señale que los árbitros tienen la competencia de las competencias (Fundamentos 7, 8 y 11, respectivamente), o que el arbitraje, en sí mismo considerado, sea un derecho fundamental (fundamento N^o. 20).
2. Por lo que hace al primer tema, he de indicar que la “Jurisdicción” es una potestad que originariamente corresponde al Pueblo como titular de la so-

beranía. En el Estado Constitucional de Derecho no hay jurisdicciones (en plural), sino una sola, como recuerda la primera parte del artículo 138º de la Constitución, al establecer que “La potestad de administrar justicia emana del pueblo (...)”.

Como única potestad que es, dictada una Constitución, como acto de ejercicio pleno de la soberanía popular, el pueblo soberano, materializado en la decisión constituyente, encomienda su ejercicio al Estado. Éste, en el Estado legal de derecho, lo ejercía únicamente el Poder Judicial. En el Estado social y democrático de derecho, en cambio, el ejercicio de esa potestad se distribuye entre una serie de órganos constitucionales de carácter estatal (*v.g.* Tribunal Constitucional, Jurado Nacional de Elecciones, Poder Judicial), para lo cual define los ámbitos objetivo-materiales de las competencias de cada uno de ellos.

Con ello se quiere decir, por un lado, que en el Estado social y democrático de derecho no hay pluralidad de jurisdicciones y, de otro, que su ejercicio sólo está confiado a determinados órganos *estatales*. Mediante su ejercicio, se administra la justicia o, como modernamente se suele sostener, se presta el servicio público de tutela jurisdiccional, principalmente para la realización o garantía del derecho objetivo y de la libertad y de la dignidad humanas y, secundariamente, para la composición de los litigios, o para dar certeza jurídica a los derechos subjetivos, o para investigar y sancionar los delitos e ilícitos de toda clase (o adoptar mediadas de seguridad ante ellos), mediante la aplicación de la ley a casos concretos, de acuerdo con determinados procedimientos y mediante decisiones obligatorias.

Así, la función jurisdiccional resulta la expresión de un poder del Estado y esto no sólo es una declaración, sino una clara delimitación de sus alcances en el ámbito constitucional. Pero, asimismo, la jurisdicción estatal, precisamente por tratarse de un poder, es la única que ostenta la llamada *coertio*; es decir, una específica expresión del *ius imperium* mediante la cual sólo los jueces pueden realizar actos de ejecución, o sea, aquellos destinados al efectivo reconocimiento de un derecho.

Lo que significa que no hay ejercicio de jurisdicción privada o de “carácter eminentemente privado”, como se afirma en el Fund. Jur. Nº. 8 de la sentencia. Es bien cierto que, en diversos apartados, la Constitución ha garantizado formas e instituciones de composición de conflictos no estatales, como el arbitraje o aquella que prestan las comunidades campesinas. Y lo ha hecho señalando, por ejemplo, que “No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y arbitral” o que “Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas (...), pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial (...)”. Es decir, dando la sensación, a partir de una interpretación literal de los preceptos

en los que se enuncian, que tanto el arbitraje como la composición de conflictos por las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas constituyen ejercicio de una cuota de la jurisdicción.

¿La composición de conflictos mediante dichos institutos o entes constituye un ejercicio de la jurisdicción? La respuesta, a mi juicio, como entiendo sucede en casi toda la doctrina nacional que se ha dedicado seriamente al tema, es que no. No sólo por lo que antes se ha dicho. (que la jurisdicción es única y ésta la ejercen los órganos estatales en nombre del Pueblo); sino, además, porque a la misma conclusión se puede arribar al comprender, en la unidad que representa la Constitución, que el vocablo “jurisdicción” utilizado por los artículos 139.1º y 149º de la Constitución, y también en otros de la misma Ley Fundamental, no tiene un significado unívoco.

En algunos casos, con la expresión “jurisdicción” el constituyente designa lo que en términos de derecho judicial es, una cuestión de competencia (*v.g* art. 2.24, “F”). En otros, con la misma voz se alude al espacio territorial dentro del cual un órgano del Estado ejerce sus competencias (*v.g* art. 31 y 74); se declara la reserva de jurisdicción a favor del propio Estado (*v.g* art. 54), se dispone la posibilidad de exceptuar el conocimiento de determinadas materias a los órganos jurisdiccionales del Estado (art. 63) o se establece los límites a su ejercicio por parte de determinados funcionarios estatales, como los jueces (*v.g* art. 146).

No hay, pues, un único sentido o significado con el que se haya atribuido a la voz “jurisdicción”. De modo que no siempre que se la utilice la Ley Fundamental hay que entenderla en el sentido de la potestad jurisdiccional a la que antes se ha hecho referencia.

Es en el sentido constitucionalmente polisémico del término “jurisdicción” en el que, a mi juicio, debe entenderse el artículo 139.1 de la Constitución. En definitiva, no en el sentido de que el arbitraje, como mecanismo de composición de controversias privadas, constituya una manifestación estatal de ejercicio de la potestad jurisdiccional, sino como la garantía constitucional de un instituto—el arbitraje en sí mismo—. Por su virtud, pues, se garantiza y otorga validez a una forma compositiva de controversias, de carácter no estatal, en los temas previamente delimitados y limitados por la ley, entre las personas que libremente decidan resolver sus diferencias por medio de éste.

Entonces, puede decirse que el arbitraje es un medio alternativo de solución de conflictos y que su fundamento reposa en al 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.

Por otro lado, si bien es cierto que el arbitraje resuelve el conflicto sometido a su conocimiento en una forma de *litis* y que declara derecho, no se puede afirmar que este acto o actos del arbitraje constituyan el factor que lo califican como función jurisdiccional, así se sostenga que dichos actos son jurídicos o tengan connotación jurídica. Además, sus decisiones no son necesariamente definitivas, ya que pueden ser recurridas ante el Poder Judicial en apelación o anulación, y los árbitros carecen de potestad coercitiva, es decir, no están en la capacidad de hacer cumplir sus decisiones cuando las partes se resisten a cumplirlas, en cuyo caso tienen que recurrir al Poder Judicial solicitando su intervención con el propósito de lograr la ejecución forzada de sus mandatos.

Sin duda, la forma del procedimiento del titular de la jurisdicción, el Poder Judicial, es totalmente diferente. Sus decisiones son firmes y en algunos casos causan jurisprudencia, pero además los jueces tienen la capacidad de hacer cumplir sus decisiones e inclusive pueden usar la fuerza pública. En cambio, los laudos arbitrales tienen la característica de incidir en el ámbito declarativo de los derechos, mas nunca en el ejecutivo. Ello explica porque si una parte decide no cumplir con un laudo o con lo pactado en un procedimiento conciliatorio, la única salida que tiene el sujeto afectado con dicho incumplimiento es la vía judicial (precisamente actuando el título ejecutivo –laudo o acta conciliatoria–).

Igualmente, las decisiones expedidas por parte de la jurisdicción estatal tienen la posibilidad de adquirir inmutabilidad absoluta o autoridad de la cosa juzgada. Situación que no se verifica en otras zonas compositivas donde las decisiones pueden ser revisadas, con mayores o menores limitaciones, por la justicia estatal. En estos últimos supuestos se suele hablar de inmutabilidad relativa o preclusión. Pero, definitivamente, la jurisdicción estatal es la única que tiene la característica básica de la universalidad, en el sentido de que las otras técnicas compositivas han sido creadas únicamente para tipos específicos de controversias, mientras que la jurisdicción estatal protege de cualquier tipo de derecho, sin importar que esté o no previsto expresamente por ley.

3. Lo anterior es el presupuesto para señalar también mis diferencias en torno a la afirmación según la cual el arbitraje es un derecho fundamental (Fund. Jur. N.º 16). No hay un derecho fundamental al arbitraje. Al contrario, el derecho fundamental de toda persona, en el Estado social y democrático de Derecho, es la posibilidad de acudir libremente a la jurisdicción estatal o, en los términos que hemos empleado en nuestra jurisprudencia sobre el tema, acceder a un tribunal de justicia. En cambio, el arbitraje es un instituto que, en la medida que se ha previsto en la Constitución, ha quedado constitucionalmente garantizado, de modo que el legislador no puede disponer libre-

mente de él, a no ser que la suprima mediante una reforma constitucional (lo que no se puede hacer con los derechos fundamentales, ni siquiera siguiéndose dicho procedimiento de revisión constitucional).

Salvo que con dicha afirmación se haya querido decir que una determinada controversia puede ser sustraída de su resolución de un órgano de la jurisdicción estatal mediante una decisión que comporta el ejercicio de un derecho fundamental; en cuyo caso estaría plenamente de acuerdo. Y es que cuando se decide libremente que la solución de una controversia se realice mediante el arbitraje, en los casos legalmente permitidos, ello comporta, por un lado, una renuncia al ejercicio del derecho de acceso a los tribunales, pero de otro, también el ejercicio de la libertad de acción.

4. Finalmente, quisiera expresar que, la generalidad con la que se ha planteado el tema en la sentencia puede suscitar alguna confusión. Allí se ha dicho que la realización del arbitraje ha de sujetarse al respeto de los derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional. Y ello es así puesto que, como se tiene dicho en la jurisprudencia de este Tribunal, no hay zona alguna del ordenamiento jurídico en la que los poderes públicos o los particulares puedan actuar desconociendo a la Constitución y su sistema material de valores representados por los derechos fundamentales.

El problema, sin embargo, radica en que dicha afirmación, en su generalidad, adolece de deficiencias e insuficiencias. La primera porque resulta claro que la decisión de someter una controversia a la solución de un arbitraje, comporta la renuncia a una serie de derechos fundamentales de carácter esencialmente procesal. Además del acceso a la justicia, que la presupone, también existe una renuncia al derecho al juez predeterminado por la ley o a la pluralidad de la instancia, por citar algunos casos. En otros casos, el contenido constitucionalmente protegido de alguno de los derechos de orden procesal tienen un alcance menor respecto si la controversia hubiese sido sometida a un tribunal de justicia de carácter estatal. Así sucede, por ejemplo, con el derecho al juez imparcial, puesto que en determinados casos, cada una de las partes elige a un árbitro, y estos, a su vez, a un presidente del Tribunal Arbitral. De modo que si en relación a este último puede predicarse la necesidad de su imparcialidad, no necesariamente sucede lo mismo con los árbitros nombrados por las partes.

Además, la afirmación genérica expresada en el Fund. Jur. N.º 20 de la sentencia peca de insuficiencia, pues resulta claro que no sólo los derechos de orden procesal vinculan en el arbitraje. Todos los derechos fundamentales vinculan a todos, de modo que incluso en las relaciones *inter privatos*, es deber de los individuos cuidar porque estos no resulten lesionados. En ese sentido, es bueno recordar que en abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional se destaca que los derechos fundamentales -todos y no sólo

los de orden procesal- tienen como sujetos obligados a su respeto a los poderes públicos (eficacia vertical de los derechos), sino, además, a los propios particulares (eficacia horizontal de los derechos), entre los cuales se encuentra, como antes se ha dicho, la composición privada de conflictos mediante el arbitraje.

Con estas salvedades, que como indiqué en la introducción de este voto, no afectan al sentido de lo resuelto por la sentencia, es que la suscribo.

SR.

GONZALES OJEDA

COMENTARIO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: «LOS DILEMAS DE CONSTITUCIONALIZAR EL ARBITRAJE»

J. DOMINGO RIVAROLA REISZ (*)

1. Introducción

En una reciente sentencia,¹ el Tribunal Constitucional se ha pronunciado por primera vez² sobre la relación entre el arbitraje comercial y las demás jurisdicciones³

(*) Socio del Estudio Bullard, Falla, Ezcurra & Rivarola Abogados.

¹ Ver resolución del 28 de febrero de 2006 dictada en el Expediente N° 6167-2005-PHC/TC sobre hábeas corpus. En: *www.tc.gob.pe* visitada el 23 de marzo de 2006. El hábeas corpus resuelto por el Tribunal Constitucional mediante la sentencia bajo comentario se inició en respuesta a la actuación de un fiscal provincial que, basado en una denuncia de parte, recomendó iniciar un proceso penal contra uno de los árbitros a cargo de resolver una controversia de carácter comercial. La denuncia penal fue presentada por una de las partes del arbitraje que estaba disconforme con la actuación del árbitro denunciado penalmente.

² En una anterior oportunidad el Tribunal Constitucional se pronunció sobre el arbitraje, pero no llegó a sentar criterios claros sobre la relación entre el arbitraje y las otras «jurisdicciones». Nos referimos a la acción de amparo promovida bajo el expediente N° 1609-2002-AA-TC por Telinfor S.A. contra el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y los árbitros designados por el Centro. La cuestión en disputa era si el Centro había violado el debido proceso de Telinfor al rechazar la recusación formulada contra el Tribunal Arbitral, en: *www.tc.gob.pe* visitada el 23 de marzo de 2006.

³ La cuestión terminológica se aborda en el voto concurrente que integra la Sentencia. Allí se concluye que la jurisdicción es el poder estatal de decidir controversias coercitivamente y de manera definitiva. Partiendo de esa definición de jurisdicción, para el magistrado González Ojeda el arbitraje no es jurisdicción. Ello contrasta con lo decidido por la mayoría del Tribunal, para quienes el arbitraje sí es jurisdicción porque el artículo 139 de la Constitución utiliza esa palabra y no otra al aludir al arbitraje. Parece ser que la mayoría ha sido muy textualista, mientras que el magistrado González parece haber sido más contextualista, reflexionado sobre la esencia de la jurisdicción.

(judicial, constitucional, militar, electoral). Concretamente, ha establecido en qué casos hay intervención prohibida en la función arbitral (o interferencia)⁴ y cuándo la intervención está permitida (mediante la revisión judicial y constitucional del arbitraje). El Tribunal ha declarado que su sentencia será precedente para futuros casos, distinguiendo los razonamientos de la sentencia, que son precedente vinculante,⁵ de las interpretaciones⁶ que sin ser expresamente vinculantes deben también ser consideradas por servir para entender el contexto en el que se aprueba el precedente.⁷ Obviar un precedente vinculante tiene consecuencias serias para el juzgador, porque al hacerlo incurre en inconstitucionalidad manifiesta.⁸ Por ello, en este artículo nos interesa analizar los razonamientos del Tribunal, que son precedente y que pueden clasificarse en tres categorías: i) poderes arbitrales y control difuso; ii) Inmunidad constitucional durante el ejercicio de la función arbitral; iii) Las nuevas causales de anulación del laudo.

2. Expansión de los poderes arbitrales

El Tribunal ha establecido que el arbitraje sí es jurisdicción y que, como consecuencia de ello, los árbitros deben respetar el derecho al debido proceso⁹

⁴ De acuerdo con la sentencia, el objetivo del Tribunal era determinar en qué casos pueden intervenir los jueces y el propio Tribunal Constitucional en disputas que las propias partes han pactado someter a arbitraje (ver acápite III.2 de la Sentencia).

⁵ El artículo VII del Código Procesal Constitucional – Ley N° 28237 recoge la técnica del *stare decisis* (del latín «estarse a lo ya decidido»), según la cual los jueces inferiores deben seguir lo decidido por el tribunal de máximo grado y a la vez éste solo puede apartarse de las reglas e interpretaciones previstas en su propia decisión anterior, si hay un buen motivo para hacerlo.

⁶ Artículo VI del Código Procesal Constitucional – Ley N° 28237.

⁷ Fundamento 2 de la Sentencia.

⁸ El Tribunal Constitucional entiende que la inconstitucionalidad manifiesta se produce en los casos en los que una norma de menor rango contradice claramente la Constitución. Ello es así porque si el Tribunal ya dijo claramente cómo se interpreta la Constitución, no cabe aplicarla en sentido distinto, aunque se tenga el respaldo de una ley contraria a la interpretación vinculante que el Tribunal haya hecho de la Constitución. La inconstitucionalidad manifiesta justifica y obliga al ejercicio del control difuso. Así, en el considerando 156 de la sentencia de inconstitucionalidad referida al régimen de la Cédula Viva, expedida el 6 de junio de 2005 por el Tribunal Constitucional, se señaló lo siguiente: «... en los supuestos de manifiesta inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias, la Administración no solo tiene la facultad, sino el deber de desconocer la supuesta obligatoriedad de la norma infraconstitucional viciada, dando lugar a la aplicación directa de la Constitución».

⁹ El contenido esencial del debido proceso se deriva del artículo 139 de la Constitución, referido a los principios y derechos de la función jurisdiccional.

y el «orden público constitucional», lo que implica el respeto a la supremacía normativa de la Constitución¹⁰ y a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹¹. Ello implica que se ha reconocido que los árbitros están sometidos a la Constitución, pero a la vez que estos tienen la facultad de ejercer el control difuso de la constitucionalidad, sin perjuicio del control judicial posterior (ver punto 3). En efecto, los árbitros no podrían cumplir con la Constitución sin tener la facultad de inaplicar una ley contraria a ella.¹²

Sin duda, este precedente tendrá especial trascendencia para los arbitrajes de Derecho. Pero implica también una revolución en la concepción de la revisión judicial de los laudos arbitrales. Como veremos en el punto 4, el problema es que se expanden las causales de anulación de un laudo al punto de convertir el recurso de anulación en un mecanismo para obtener la revisión del razonamiento jurídico y de la interpretación del Derecho realizada por los árbitros. En principio, ello no es positivo para el arbitraje.

3. Inmunidad constitucional durante el ejercicio de la función arbitral

El Tribunal ha señalado que ninguna autoridad puede interferir en materias sometidas a arbitraje, destacando que los únicos facultados a determinar si son competentes o no para decidir sobre la materia sometida a arbitraje son los propios árbitros. Es importante que el Tribunal haya establecido que quien se somete libremente al arbitraje no puede luego «desplazar la disputa al terreno judicial» mediante «cualquier acción de naturaleza civil y/o penal».¹³

En buena cuenta, lo que el Tribunal ha dicho es que, desde el inicio de un proceso arbitral y hasta su conclusión, los árbitros tienen inmunidad constitucional frente a procesos penales y civiles.¹⁴ Ello implica que están prohibidas y son inconstitucionales las medidas cautelares orientadas a paralizar procesos arbitrales, así como los procesos civiles de nulidad de contrato orientados a

¹⁰ Artículo 51 de la Constitución. «*La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente (...)*».

¹¹ Ver Fundamento 11 de la Sentencia (vinculante).

¹² Ver referencia al Fundamento N° 156 en la nota a pie N° 8. Asimismo, consultar BULLARD, Alfredo, «Kelsen de Cabeza: verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas, en: *Themis Revista de Derecho*, N° 51, Lima, 2006, pp. 87-88.

¹³ Ver Fundamentos 12, 13 y 14 de la Sentencia (vinculante).

¹⁴ Se trata de una inmunidad temporal. Recién dictado el laudo se puede revisar la actuación de los árbitros. Pero esta revisión procede solo por las causales previstas en la Ley General de Arbitraje.

dejar sin efecto el convenio arbitral. No cabe duda que esto es positivo; deja fuera de juego a los «tinterillos».

Asimismo, se ha limitado la posibilidad de procesar a los árbitros en la vía penal por «delitos de función», es decir, los que tienen que ver con hechos cometidos por los árbitros en el ejercicio de su función arbitral. Así, para iniciar un proceso penal por «delitos de función arbitral», se requerirá necesariamente un pronunciamiento previo y definitivo en la vía extra-penal,¹⁵ es decir, en el proceso judicial de anulación de laudo.

En suma, el Tribunal ha establecido un importante precedente en el sentido que el artículo 139, inciso 2, de la Constitución establece una inmunidad constitucional temporal a favor de los árbitros. Ello es positivo porque protege a los árbitros de estrategias que impliquen el recurso al proceso penal como táctica ilegítima¹⁶ para torcer la voluntad del árbitro u obligarlo a renunciar antes del dictado del laudo.¹⁷

4. ¿Nuevas causales de anulación de laudo?

Una simple lectura de la Sentencia, sin suspicacia alguna, permite concluir que el Tribunal ha precisado que el recurso de anulación de laudo procedería cuando se vulnera el derecho a la *tutela procesal efectiva*,¹⁸ concepto que, por cierto, es bastante más amplio que el concepto de *derecho de defensa*,¹⁹ pues lo

¹⁵ La vía extra-penal sería el recurso de anulación de laudo, mecanismo de control posterior de la actividad arbitral que ha sido reconocido por el Tribunal en el Fundamento N° 14 de la Sentencia (vinculante). El Código Procesal Penal – Decreto Legislativo N° 957, aun en vacancia legislativa, prevé en su artículo 5 un mecanismo de defensa penal muy similar, denominado «cuestión prejudicial».

¹⁶ Ver Fundamento N° 48.

¹⁷ Similar lógica tiene el artículo 31 de la Ley General de Arbitraje, que impide la recusación cuando el proceso está en la etapa decisoria, a la que se ingresa una vez cerrada la etapa probatoria.

¹⁸ Artículo 4 del Código Procesal Constitucional.- «(...) Se entiende por *tutela procesal efectiva* aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal.»

¹⁹ Ley General de Arbitraje. Artículo 73: «El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por las causales siguientes, siempre y cuando la parte que alegue pruebe: (...)

incluye.²⁰ A ello hay que agregar que el Tribunal ha señalado, también, que si luego del recurso de anulación se convalida el laudo, es procedente un amparo por violación de la tutela procesal efectiva²¹ y quizá por violación de otros derechos de orden no procesal; siendo necesario agotar, primero, la «vía previa»,²² que no es otra que el trámite del propio recurso de anulación. Consideramos que es un exceso hablar de *tutela procesal efectiva*, porque cuando las partes eligen el arbitraje lo hacen para renunciar a algunas garantías tradicionales para ganar en flexibilidad, celeridad, equidad, especialización y privacidad.²³

También procedería la anulación del laudo y el posterior proceso de amparo cuando los árbitros interpreten de manera errada (es decir, contraria al criterio del Tribunal Constitucional) derechos y garantías constitucionales como el derecho de propiedad y la libertad de contratar.²⁴ Parece entonces que el recurso de anulación de laudo corre el riesgo de convertirse en una revisión al estilo de una casación por vicios *in iudicando*, que permitiría al Poder Judicial y al Tribunal Constitucional, en un posterior proceso de amparo, dejar sin efecto el laudo cuando no compartan el criterio del árbitro.

Por ejemplo, nos imaginamos a un árbitro interpretando y aplicando el artículo 62 de la Constitución en el sentido de permitir la modificación de un contrato en ejecución. Y nos imaginamos también al Poder Judicial y/o al Tri-

2. Que ... no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos, siempre y cuando se haya perjudicado de manera manifiesta el derecho de defensa, habiendo sido el incumplimiento u omisión objeto de reclamo expreso en su momento por la parte que se considere afectada, sin ser subsanado oportunamente.»

²⁰ Ver Fundamentos 17 y 18 de la Sentencia (ambos vinculantes).

²¹ Ver Fundamento 23 y en especial Fundamento 14 (vinculante).

²² Ver Fundamento 14 (vinculante).

²³ El considerando 4 del voto concurrente del magistrado Ojeda está en lo correcto cuando señala que la libertad de contratar justifica que quienes pactan un arbitraje renuncien a derechos como la doble instancia o la motivación fundada en Derecho.

²⁴ Ver considerando N° 4 del voto concurrente del magistrado González Ojeda, que guarda coherencia con el razonamiento implícito en los Fundamentos N° 18 y 20 al 22 de la Sentencia. Ver especialmente el comentario que hace el magistrado González sobre el Fundamento N° 22 de la Sentencia. En el fondo, más allá del distinto fraseo, todos los magistrados están de acuerdo en que los árbitros deben respetar derechos fundamentales como el de propiedad o libertad contractual.

Varios comentaristas de la Sentencia han opinado en igual sentido (Walter Gutiérrez, *Diario Gestión*, 23 de marzo de 2006; Justicia Viva «Sentencia del TC sobre el arbitraje: ¿Mitos que se caen?», en: www.justiciaviva.org).

bunal Constitucional anulando el laudo en base a una visión del artículo 62 compatible con la denominada santidad e inmutabilidad de los contratos. Cualquiera que sea la interpretación correcta del artículo 62, el problema es que los laudos serán permanentemente revisados.

Finalmente, también procedería la anulación del laudo, así como un posterior proceso de amparo, cuando los árbitros ejerzan el control difuso, en la medida en que tal actividad implica establecer primero la compatibilidad de una norma de menor rango con los derechos y garantías establecidos en la Constitución.²⁵ Y como ha dicho el Tribunal Constitucional, es este órgano el último y definitivo guardián de la Constitución.

5. Conclusión

El arbitraje comercial es anterior a las constituciones y al concepto de Estado. Surgió entre comerciantes como un método privado para resolver disputas en el que se cumplía el laudo por una cuestión de honor y de reputación. Modernamente, el cumplimiento del laudo depende de la coerción judicial y deja de ser una cuestión de reputación. Pero la coerción judicial también llegó para quedarse y para atacar el arbitraje mediante procesos penales, medidas cautelares y pretensiones civiles de nulidad de contrato.²⁶

Ante ello, el Tribunal Constitucional ha sentado un importante precedente en defensa de los árbitros ante procesos penales orientados a torcer ilegítimamente la voluntad del árbitro. Asimismo, les ha otorgado a los árbitros la facultad de ejercer el control difuso. Sin embargo, el costo de esta visita del Tribunal Constitucional al arbitraje ha sido la excesiva judicialización del arbitraje y la pérdida de libertad para renunciar a garantías procesales tradicionales a cambio de las ventajas que tiene el arbitraje para la inversión privada y el comercio internacional.

²⁵ Nos remitimos al punto 2 de este artículo.

²⁶ Esta política de ataque al arbitraje se produce no solo en el Perú sino también en los EE.UU. Ver: WARE, Stephen. «*Arbitration under Assault*». *Policy Analysis*, N° 433, CATO, 18 de abril de 2002.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA QUINTA SALA CIVIL

EXP. N° 598-2003

Resolución N° 47

Lima, ocho de agosto del dos mil cinco.

VISTOS:

Con el expediente acumulado, y expediente arbitral acompañado que se tiene a la vista; interviniendo como Ponente la señora Vocal Aranda Rodríguez, resulta de autos que mediante escrito de fojas trescientos setentiocho a cuatrocientos siete, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones debidamente representado por el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, interpone recurso de anulación de Laudo Arbitral emitido con fecha nueve de mayo del dos mil tres, por los árbitros Doctor Baldo Kresalja Rosselló, Doctora Shoschana Zusman Tinman y Doctor Enrique Palacios Pareja, solicitando se emplace con la demanda a Telefónica del Perú Sociedad Anónima Abierta, a los mencionados árbitros, y se cite al Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones OSIPTEL, interponiendo el mencionado recurso por haberse pronunciada respecto de materias directamente concernientes a las atribuciones o funciones del Estado o de personas o entidades de derecho público (funciones de *ius imperium*) y que interesan al orden público, sustentando la causal establecida en el numeral 7° del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje; asimismo por la causal establecida en el inciso 2° del referido artículo 73, en el hecho que uno de los árbitros no habría actuado con la debida imparcialidad en el proceso arbitral, señala asimismo que mediante Decreto Supremo número 011-94-TC del trece de mayo de mil novecientos noventicuatro, se aprobaron los contratos de concesión de Entel Perú y CPT SA (hoy Telefónica del Perú S.A.A.) en el que se estipuló en la cláusula 3 y 21 -Arbitraje- lo siguiente: que cualquier controversia que surja de o en conexión con este contrato, su interpretación o ejecución, incluyendo cualquier aspecto relativo a su existencia, validez o ter-

minación, será resuelto amistosamente por las partes y en caso estas partes no llegaran a un acuerdo satisfactorio en el proceso de conciliar, la o las materias de controversia serán finalmente resuelta mediante arbitraje administrado por la Cámara de Comercio de Lima; que al ser el Ministerio de Transportes y Comunicaciones parte contratante tiene interés legítimo para accionar en el presente caso, señalando como antecedentes, que Telefónica del Perú S.A.A. presentó ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima su petición de arbitraje designando como su árbitro al Doctor Enrique Palacios Pareja, OSIPTEL designó como árbitro a la doctora Shoshana Zusman Tinman, designando ambos árbitros como Presidente del Tribunal Arbitral al doctor Baldo Kresalja Rosselló, siendo las pretensiones de Telefónica S.A.A.: a) que el Tribunal Arbitral declare que OSIPTEL en su condición de parte obligada en los Contratos de Concesión suscritos entre el Estado Peruano y Telefónica, con fecha dieciséis de mayo de mil novecientos novecicuatro, ha incumplido lo dispuesto en dichos Contratos de Concesión en lo que se refiere al establecimiento de los cargos de interconexión, al fijar los cargos de interconexión tope promedio ponderado por minuto de tráfico eficaz para la terminación de llamadas en la red fija local en US\$ 0.0168 por minuto tasado al segundo y en US\$ 0.01400 por minuto tasado al segundo, que no cubren los costos de Telefónica y no le retribuyen con un margen razonable de utilidad. b) Que el Tribunal Arbitral declare que la metodología de costos incrementales a largo plazo o método de empresa eficiente, no es aplicable a Telefónica para la fijación de los cargos de interconexión, c) Que el Tribunal Arbitral declare que los cargos de transporte conmutado local, correlativamente, deben guardar proporción debida con los cargos de terminación en la red fija, debiendo ser equivalentes al 50% del cargo de US\$ 0,029 por minuto tasado y de US\$ 0,01715 por minuto tasado al minuto; como pretensiones accesorias a la primera pretensión principal, a) Que los cargos de interconexión tope promedio ponderado por minuto de tráfico eficaz para la terminación de llamadas en la red fija local, establecidos por OSIPTEL en US\$ 0,0168 por minuto tasado al segundo y de US\$ 0,01400 por minuto, tasado al segundo, son inaplicables a Telefónica; b) Se disponga la aplicación del cargo de interconexión tope promedio ponderado por minuto de tráfico eficaz para la terminación de llamadas en la red fija local de US\$ 0,029 por minuto tasado al minuto, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución número 018-98-CD/OSIPTEL, hasta el uno de junio del dos mil uno y que, como consecuencia, el Tribunal Arbitral declare que sean considerados pagos a cuenta los pagos de los cargos de terminación en la red fija efectuados por los operadores interconectados con Telefónica, a partir de enero del año en curso, hasta el uno de junio del dos mil uno; c) Que el Tribunal Arbitral disponga la aplicación a partir del dos de junio del dos mil uno hasta diciembre del dos mil dos, del cargo de interconexión tope promedio ponderado por minuto de tráfico eficaz para la terminación de llamadas en la red fija

local de US\$ 0,01715 por minuto tasado al minuto y que, como consecuencia el Tribunal Arbitral declare que sean considerados pagos a cuenta, los pagos de los cargos de terminación en la red fija efectuados por los operadores interconectados con Telefónica, a partir del dos de junio del dos mil uno hasta que quede establecido el cargo solicitado por Telefónica por decisión del Tribunal Arbitral según costos históricos de Telefónica; como pretensión subordinada de la tercera pretensión accesorias, solicitan que el Tribunal Arbitral establezca un cargo de terminación en la red fija de Telefónica en base a: lo dispuso en la sección 10.01, b) de la cláusula 10 de los Contratos de Concesión, la utilización de costos históricos de la empresa en base a los principios de contabilidad generalmente aceptados y el Estudio de costos para el cálculo del costo de interconexión de terminación para la Telefónica del Perú elaborado por Telefónica Investigación y Desarrollo S.A. Unipersonal y revisado por la empresa Consultora Nera; el veintidós de marzo OSIPTEL contesta la demanda y presenta su primera excepción de incompetencia, asimismo mediante escrito número tres OSIPTEL remite al Tribunal Arbitral la resolución del quince de marzo del dos mil dos emitida por la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de Lima, la cual declaró infundada una excepción de convenio arbitral planteada por Telefónica del Perú S.A.A., teniendo como sustento (i) que los Mandatos de Interconexión son emitidos por OSIPTEL en su función pública de *ius imperium*, por lo que no son susceptibles de arbitraje, y (ii) que los mandatos de interconexión no involucran derechos y obligaciones del Estado y Telefónica del Perú S.A.A., sino que establecen derechos y obligaciones de una tercera empresa que no ha suscrito el convenio arbitral; seguidamente Telefónica del Perú S.A.A. amplía la demanda presente incluyendo como cuarta pretensión, que el Tribunal Arbitral declare que el cargo por terminación de llamadas en la red fija establecido en el Mandato Nro. 001-2002-CD/OSIPTEL infringe los contratos de concesión y, por tanto, no resulta oponible a Telefónica porque difiere del cargo fijado de modo general por el propio regulador y contraviene de esta forma lo establecido en el párrafo (d) de la sección 10.01 de los Contratos de Concesión; y porque no retribuye adecuadamente el costo de interconexión, las contribuciones a los costos totales de la empresa y un margen de utilidad razonable, conforme exige el párrafo (b) de la sección 10.01 de los Contratos de Concesión, y por haberse pronunciado el regulador con exceso de la solicitud de Mandato formulada por IDT, sin contar con justificación de parte que habilitara la fijación de cargos de interconexión distintos a los establecidos por vía regulatoria, y por haber impedido el regulador la posibilidad de que con estricto apego a lo establecido en el párrafo (d) de la sección 10.01 de los Contratos de Concesión, Telefónica se pronunciara previamente sobre la imposibilidad de establecer por vía de mandato un cargo distinto del fijado por la vía regulatoria; asimismo la quinta pretensión consistía en que el Tribunal Arbitral declare que el esquema de reducción progresiva del

cargo por terminación de llamadas en la red fija de la empresa establecido en el Mandato 006-2000-GG/OSIPTTEL infringe los contratos de concesión y por tanto no resulta oponible a Telefónica porque el esquema aprobado difería del cargo fijado de modo general por el propio regulador y contravenía de esta forma lo establecido en el párrafo (d) de la Sección 10.01 de los Contratos de Concesión, porque el esquema se basa en metodologías que resultan extrañas a los Contratos de Concesión, porque al vaticinar los costos que Telefónica podría tener si su red tuviera una configuración diferente de la que tiene, no asegura la retribución del costo real de interconexión, las contribuciones a los costos totales de Telefónica y un margen de utilidad razonable, conforme exige el párrafo (b) de la Sección 10.01 de los Contratos de Concesión, y porque un esquema de reducción progresiva fijado de antemano impide la medición los costos reales de la interconexión y de las contribuciones a los costos totales de Telefónica con lo que no puede asegurar su retribución conforme lo exigen expresamente los Contratos de Concesión; mediante resolución de fojas cuatrocientos diecisiete, número dos, de fecha dos de julio del dos mil tres, se admite el recurso interpuesto, corriéndose traslado a la parte contraria, y mediante escrito de fojas cuatrocientos cincuentidós a cuatrocientos noventicuatro Telefónica del Perú S.A.A. contesta la demanda en los términos que ahí se expone; asimismo mediante escrito de fojas ochocientos ochentiuno a ochocientos noventa, la empresa A T & T Perú S.A. (antes Firsctcom S.A.) se apersona al proceso y también solicita la nulidad del laudo arbitral por haberse pronunciado respecto de materias no disponibles de las partes, en tanto el laudo decide directamente sobre derechos y obligaciones de terceros que no suscribieron el convenio arbitral, y que al ser favorable dicho laudo para Telefónica del Perú, ésta podrá modificar su relación jurídica para con ella en materia de interconexión, amparando su pretensión en las normas jurídicas y fundamentos fácticos que en el citado escrito se detallan; siendo que mediante resolución de fojas novecientos noventa y siete a novecientos noventa y ocho, se admite su apersonamiento, incorporando a la relación procesal a Telmex Perú S.A. (antes A T & T Perú S.A.); asimismo, del expediente remitido por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Lima, mediante resolución de fojas cuatrocientos cuarentidós, de fecha diecisiete de marzo del dos mil cuatro, se dispuso acumular el mismo al presente proceso, apreciándose del citado expediente acumulado, que mediante escrito de fojas doscientos cincuentiocho a trescientos diecisiete, el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTTEL) interpone demanda de anulación de laudo arbitral, sustentándola en la causal incluida en los numerales 6º y 7º del artículo setentitrés de la Ley General de Arbitraje, conforme a los términos que ahí se expresan, corrido traslado de la misma mediante resolución de fojas mil ochenta a mil ochenta y uno, número veinte, de fecha doce de mayo del dos mil cuatro, Telefónica del Perú S.A.A. mediante escrito de fojas mil ciento treinta y ocho a mil ciento

cincuentitrés contesta la demanda según los términos que ella contiene, con lo cual los autos quedaron expedidos para resolver; y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** es conveniente precisar que la interposición del recurso de anulación contra los laudos arbitrales ante el Poder Judicial procede sólo por las causales establecidas en el artículo setentitrés de la Ley número 26572, y únicamente tiene por objeto la revisión de su validez, sin entrar al fondo de la controversia, tal y como lo establece el artículo sesenta y uno de la Ley referida; **SEGUNDO:** El presente recurso ha sido promovido a fin que se determine si se ha incurrido en las causales de anulación invocadas, al emitirse la resolución número cincuenta de fecha nueve de mayo del dos mil tres por el Tribunal Arbitral, en el caso arbitral seguido ante el Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, signado con el número quinientos sesentidós guión ciento cuarentinueve guión dos mil uno, dictado por unanimidad por el Tribunal Arbitral presidido por el doctor Baldo Kresalja Rosselló e integrado por los Doctores Shoschana Zusman Tinman y Enrique Palacios Pareja en la controversia surgida entre Telefónica del Perú Sociedad Anónima Abierta de una parte y el Estado representado por el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones OSIPTEL y el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, con la intervención de A T & T Perú Sociedad Anónima, Bellsouth Perú Sociedad Anónima, Nortek Communications Perú Sociedad Anónima Cerrada en calidad de terceros coadyuvantes; **TERCERO:** De acuerdo a la demanda interpuesta por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones de fojas trescientos setentiocho a cuatrocientos siete, dicho recurso de anulación, se sustenta: a) En el numeral siete del artículo setentitrés de la Ley General de Arbitraje, en el sentido que el indicado Laudo se ha pronunciado respecto de materias directamente concernientes a las atribuciones o funciones del Estado o de personas o entidades de derecho público y que interesan al orden público; y b) En el inciso segundo del artículo setentitrés de la Ley antes citada, es decir en el hecho que uno de los árbitros no habría actuado con la debida imparcialidad en el proceso arbitral; **CUARTO:** Asimismo se aprecia de la demanda acumulada interpuesta por el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL – que obra de fojas doscientos cincuenta y ocho a trescientos diecisiete del expediente en referencia, que se apoya en el numeral 6º y 7º de la Ley General de Arbitraje, al haberse pronunciado respecto de materias no disponibles de las partes, además se considera que el laudo decide directamente sobre derechos y obligaciones de terceros que no suscribieron el convenido arbitral; **QUINTO:** Mediante escrito de fojas ochocientos ochenta y siete, se apersona la Empresa AT&T Sociedad Anónima, hoy TELMEX Perú Sociedad Anónima – solicitando por su parte también la nulidad del Laudo Arbitral, por haberse pronunciado respecto de materias no disponibles de las partes, al haber decidido sobre derechos y obligaciones de terceros que no suscribieron el convenio arbitral, toda

vez que, según afirma, de ser favorable dicho Laudo para Telefónica del Perú, éste podría modificar su relación jurídica con ella en materia de interconexión; **SEXTO:** Habiéndose desestimado todas las pretensiones formuladas por Telefónica del Perú S.A.A. en su demanda arbitral, debemos referimos únicamente a la cuarta y quinta pretensiones contenidas en la demanda ampliatoria de fojas ochocientos doce a ochocientos noventicuatro, las que fueron precisadas de la siguiente manera: **PRETENSION PRINCIPAL:** a) Que el Tribunal Arbitral declare que el cargo por terminación de llamadas en la red fija de la Empresa, establecido en el Mandato número 001-2002-CD/OSIPTTEL, infringe los Contratos de Concesión y por tanto no resulta oponible a Telefónica; b) Que el Tribunal Arbitral declare que el esquema de reducción progresiva del cargo por terminación de llamadas en la red fija de la Empresa establecido en el Mandato número 006-2000-GG/OSIPTTEL infringe los Contratos de Concesión y por tanto no resulta oponible a Telefónica; **SEPTIMO:** Ahora bien, de lo actuado en el proceso arbitral, se verifica que los árbitros laudaron amparando en parte la cuarta y quinta pretensiones principales de Telefónica del Perú S.A.A., y ordenaron que OSIPTTEL declare inoponibles respecto de Telefónica del Perú S.A.A., el Mandato de Interconexión Nro. 006-2000-GG/OSIPTTEL y el Mandato de Interconexión Nro. 001-2002-CD/OSIPTTEL a partir de la vigencia de los cargos de terminación de llamada en la red del servicio de telefonía fija local de Telefónica del Perú S.A.A. de US\$ 0,01150 y US\$ 0,096; **OCTAVO:** Respecto a las causales de anulación invocadas por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones basada en lo dispuesto por el inciso sétimo del artículo setentitrés de la Ley General de Arbitraje, esto es, que se ha laudado sobre materia directamente concerniente a la atribución o funciones del Estado o de personas o entidades y que interesan al orden público, así como en la causal prevista por el inciso segundo del artículo setentitrés de la indica Ley de la materia, afirmando que uno de los árbitros no habría actuado con la debida imparcialidad en el proceso arbitral, debe referirse lo siguiente: i) De acuerdo a la cláusula 21.01 del Contrato de Concesión que contiene el Convenio Arbitral, las partes contratantes establecieron textualmente que “cualquier controversia que surja de o en conexión a éste contrato, su interpretación o ejecución, incluyendo cualquier aspecto relativo a su existencia, validez o terminación, será resuelto amistosamente por las partes y en caso éstas partes no llegaran a un acuerdo satisfactorio en el proceso de conciliar, la o las materias en controversia serán finalmente resueltas mediante arbitraje administrado por la Cámara de Comercio de Lima”, de lo cual fluye que la voluntad coincidente de éstas fue someter sus discrepancias al fuera arbitral; ii) El artículo tercero de la Ley 26285 dispone que los Contratos de Concesión que celebra el Estado para la presentación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones tiene el carácter de Contrato – Ley, en tal sentido el artículo 62 de la Constitución Política del Estado establece que mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguri-

dades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente; de manera que cuando el Estado otorga garantías y seguridades se despoja de este modo de sus potestades *ius imperium* relacionadas en este caso, con la prestación del servicio público; iii) El inciso f) del artículo 8 de la Ley número 26285 citada, ha previsto la solución de las controversias derivadas de los contratos de concesiones a través del arbitraje siempre que el mismo se encuentre pactado en dicho contrato; iv) Al haber invocado Telefónica del Perú S.A.A. en el proceso arbitral que los mandatos de interconexión que tienen naturaleza de actos administrativos y constituyen funciones de *ius imperium* de OSIPTEL infringen los Contratos de Concesión a causa de dicha potestad regulatoria, corresponde el conocimiento de la controversia al fuero arbitral, por lo que no se ha incurrido en la causal antes referida. En lo concerniente a falta de imparcialidad de uno de los árbitros, también alegado, se tiene que: a) El inciso segundo del artículo setentitrés de la Ley General de Arbitraje preceptúa que el Laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte alegue, que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos, siempre y cuando se haya perjudicado de manera manifiesta el derecho de defensa, habiendo sido el incumplimiento u omisión objeto de reclamo expreso en su momento por la parte que se considere afectada, sin ser subsanado oportunamente; b) En este sentido, la garantía de la inviolabilidad de la defensa queda cumplida cuando se le ha dado a las partes la oportunidad suficiente y razonable de ser oídas, oponer defensas y producir pruebas, encontrándose regulado el indicado derecho por el inciso catorce del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado; consecuentemente, lo expresado por el Ministerio de Transporte y Comunicaciones como sustento de la causal invocada, debe desestimarse, pues ésta la sustenta en el hecho que uno de los miembros del Tribunal, la Doctora Shoschana Zusman Tinman no habría actuado con la debida imparcialidad en el proceso arbitral, al tener, relación de carácter profesional con una persona vinculada a Telefónica del Perú S.A.A. es decir con el Doctor Aníbal Quiroga; dicha circunstancia de modo alguno puede afectar de nulidad al Laudo, toda vez que conforme la ley de la materia, las únicas causas por las que un árbitro no pueda ser designado, es cuando no reúna las condiciones previstas por el artículo veinticinco de la ley o está incurso en algún supuesto de incompatibilidad previsto por el artículo veintiséis de la ley acotada, situación que no se da en el presente caso, destacándose además que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones tampoco formuló recusación contra la indicada árbitro; **NOVENO:** Respecto a la causal invocada por el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones OSIPTEL y también por la Empresa Telmex Perú Sociedad Anónima referida a que el Laudo se ha pronunciado respecto a materias no disponibles de las partes, en tanto el Laudo decide directamente sobre

derechos y obligaciones de terceros que no suscribieron el convenio arbitral, debe manifestarse que el Contrato de Concesión celebrado entre el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción de la República del Perú con la Compañía Peruana de Teléfonos Sociedad Anónima – hoy Telefónica del Perú S.A. vincula a las partes que lo otorgan en aplicación del artículo mil trescientos sesentitrés del Código Civil, no siendo las Empresas Operadoras parte de la relación sustancial, de manera que cualquier controversia derivada de dicho contrato, en este caso el cuestionamiento que Telefónica efectúa a los actos administrativos que unilateralmente ha emitido OSIPTEL, se deriva de su vinculación contractual antes referida en la que no intervienen las terceras empresas operadoras quienes tiene relación de interconexión con Telefónica del Perú, razón por la cual las aludidas empresas fueron incorporadas al proceso arbitral como terceros coadyuvantes. En lo concerniente a la causal basada en el inciso sétimo del artículo setentitrés la Ley General de Arbitraje, se hace remisión a los fundamentales expuestos en la parte pertinente del octavo considerando; **DECIMO:** Consecuentemente, no estando incurso el Laudo Arbitral dentro de las causales de anulación invocadas por el Ministerio de Transporte y Comunicaciones, por el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones OSIPTEL y Telmex Perú Sociedad Anónima declararon: **INFUNDADO** el recurso de anulación de Laudo Arbitral de fojas trescientos setenta y ocho a cuatrocientos siete interpuesto por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones; **INFUNDADO** el recurso de anulación de fojas ochocientos ochenta y uno a ochocientos noventa interpuesto por Telmex Perú Sociedad Anónima; e **INFUNDADO** el recurso de anulación de fojas doscientos cincuenta y ocho a trescientos diecisiete del expediente acumulado interpuesto por el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL), en consecuencia, **DECLARARON** la validez del Laudo Arbitral emitido con fecha nueve de mayo del dos mil tres, por los árbitros Doctor Baldo Kresalja Rosselló, Doctora Shoschana Zusman Tinman y Doctor Enrique Palacios Pareja; hágase saber

ARANDA RODRÍGUEZ
RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
MENDOZA RODRÍGUEZ

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA CUARTA SALA CIVIL

EXP: 384-2003

RESOLUCION N°

Lima, diez de Junio del dos mil cuatro

VISTOS: Con el expediente arbitral acompañado que se tiene a la vista; interviniendo como Ponente la señora Vocal Aranda Rodríguez, resulta de autos que mediante escritos de fojas ciento noventicuatro a doscientos veintidós, la empresa de Distribución Eléctrica de Lima Norte S.A.A (EDELNOR) interpone recurso de anulación de Laudo Arbitral emitido con fecha cuatro de abril del dos mil tres, por el Tribunal Arbitral presidido por el señor Árbitro Alfonso de los Heros Pérez Albela, Hugo Forno Flórez y Enrique Ferrando Gamarra, correspondiente a la causa arbitral de Estación de Servicios El Obelisco Sociedad Anónima con Empresa de Distribución Eléctrica de Lima Norte S.A.A, *sólo en la parte* que declara fundada la pretensión, indemnizatoria por responsabilidad extracontractual planteada por El Obelisco y ordena que pague la suma de novecientos setenta y siete mil quinientos cuarentidós punto cuarenticinco dólares americanos, interponiendo el mencionado recurso por la existencia de dos causales de anulación establecidas establecidos en el inciso sexto y segundo del artículo setentitrés de la Ley General de Arbitraje; esto es que se declare la anulación del laudo en el extremo que declara fundada la pretensión indemnizatoria por responsabilidad extracontractual, al ser una materia que no fue sometida a arbitraje, y por tanto a la decisión del Tribunal Arbitral; y la segunda causal, contenida en el inciso segundo de la norma citada precedentemente; esto es, en el caso que se opine que el Tribunal Arbitral tenía competencia para pronunciarse sobre la responsabilidad contractual, existe errores en la motivación, que afectan el principio de congruencia y porque no existe prueba alguna del monto indemnizatorio. Señala que a finales del año de mil nove-

cientos noventiséis “El Obelisco” y Edelnor suscribieron un contrato para la reubicación de líneas de alta tensión comprometiéndose Edelnor a trasladar los Tramos P-20 y P-21 de líneas de alta tensión que van desde la subestación Barsi a la subestación Santa Marina, reubicándolas en una distancia que permitiera dar cumplimiento a la normatividad que regulaba el funcionamiento de las estaciones de servicios de expendio de combustible, asumiendo dicho costo El Obelisco por la suma de cincuenticuatro mil novecientos cincuenta dólares americanos, pactándose un plazo de seis meses contados desde la suscripción del contrato, habiendo pactado en la cláusula sexta del contrato que en el supuesto que surgiera alguna discrepancia en la interpretación y/o ejecución las partes se someten a un Tribunal Arbitral, de modo que los temas arbitrales estaban perfectamente delimitados en la citada cláusula, de ello resulta incuestionable que el arbitraje estaba previsto únicamente para resolver los conflictos derivados del contrato y no hechos ajenos a él, menos aún para resolver supuestos de responsabilidad extracontractual, es más la parte contraria al momento de formular su petición arbitral ante la Cámara de Comercio de Lima sostuvo que el convenio arbitral era el consignado en la cláusula sexta del contrato para la reubicación de líneas de alta tensión al señalar textualmente que la controversia que deseaban someter a arbitraje es la que se deriva del reclamo que la empresa Edelnor les pague una indemnización de daños y perjuicios originados por el incumplimiento del Contrato de Reubicación de Líneas de Alta Tensión celebrado en el mes de diciembre de mil novecientos noventiséis, en este contexto, se procede al nombramiento de los árbitros, se instala el Tribunal y se fija las reglas del proceso arbitral, así con fecha tres de abril del dos mil dos, el Obelisco presenta su demanda y en su petitorio solicita el pago de una indemnización por daños y perjuicios por un millón setecientos cuarenta mil ochocientos noventicuatro punto sesenticuatro dólares americanos; sustentando sus fundamentos jurídicos a las normas que regulan la responsabilidad extracontractual, lo que por cierto se trata de un evidente error en la fundamentación jurídica de su demanda, puesto que en el arbitraje sólo podía resolverse sobre la responsabilidad contractual, ante ese evidente error en la contestación de la demanda, solicita al Tribunal corregir este desliz, pero para su sorpresa el Tribunal ordenó el pago de una indemnización, es más al fijar los puntos controvertidos señaló que éstos eran los siguientes: determinar la responsabilidad de Edelnor, la eventual indemnización por pagar y la resolución del Contrato sin culpa de las partes, y si el Tribunal hubiera considerado que la responsabilidad que supuestamente pretendía El Obelisco era una de naturaleza extracontractual, entonces no habría admitido su reconvencción, que de los hechos expuestos se puede concluir que la materia sobre la cual el Tribunal Arbitral se ha pronunciado nunca fue sometida a su decisión, pues el Tribunal tenía por objeto resolver las controversias derivadas únicamente de la interpretación y/o ejecución del contrato, en otras palabras, no obstante la indebida

calificación jurídica de El Obelisco, el Tribunal Arbitral tenía que analizar jurídicamente los hechos que fueron invocados por la Empresa demandante y resolver así la controversia a la luz de las disposiciones que rigen para los contratos, pero el error del Tribunal fue creer que podía darle a los hechos expuestos en la demanda una calificación jurídica que era totalmente ajena a su decisión, pues hace una calificación de los hechos desde dos perspectivas la primera, referida a la responsabilidad extracontractual (para lo cual no fue convocado) y la segunda, desde la óptica contractual, ámbito que la cláusula arbitral si lo habilitaba, no obstante la claridad de la cláusula arbitral el Tribunal declara fundada la pretensión indemnizatoria por responsabilidad extracontractual, en tal sentido la causal invocada se apoya en el inciso sexto del artículo setentitrés de la Ley General de Arbitraje número 26572, asimismo, afirma que al contestar la demanda hicieron mención a que resultaba totalmente ajeno a la discusión el tema extracontractual y así lo denunció en su momento, y que era obvio que el Tribunal aplicando la norma jurídica pertinente tenía que resolver este conflicto bajo las normas que regulan la responsabilidad contractual. La segunda causal de anulación, es la motivación aparente violación del principio de congruencia como afectación del derecho de defensa, el Tribunal Arbitral declaró fundada la pretensión de indemnización por responsabilidad extracontractual aduciendo la culpa de Edelnor; sin embargo en los puntos contradictoriamente declaró fundada nuestra pretensión formulada en la reconvencción y ordenó que el contrato que los vinculaba quedaba resuelto sin culpa de las partes, resulta notoriamente contradictorio que se haya sostenido que Edelnor tuvo la culpa y al mismo tiempo no tuvo la culpa, es evidente que el Tribunal ha considerado que es culpable en materia extracontractual y no es culpable en materia contractual, en el sistema legal ambas instituciones se encuentran reguladas por regímenes jurídicos distintos, y para los efectos de verificar la contradicción incurrida por el Tribunal Arbitral es necesario revisar el tercer requisito que debe presentarse para constatar si estamos frente a un supuesto de responsabilidad extracontractual, esto es la verificación de uno de los factores de atribución de responsabilidad recogidos en la ley; al respecto nuestro Código Civil reconoce dos posibles factores atribución de responsabilidad un factor subjetivo de dolo o culpa y un factor objetivo de responsabilidad por riesgo, el Tribunal al momento de emitir su laudo consideró que se trataba de un caso de responsabilidad subjetiva que se encuentra consignada en el artículo 1969 del Código Civil; igualmente expresan que, en la contestación de la demanda y a lo largo del proceso arbitral demostraron que la inexecución de la obligación señalada en el contrato no era imputable a Edelnor, al tornarse de imposible cumplimiento, esto quedó evidenciado y así lo reconoció el Tribunal que pese a nuestros múltiples esfuerzos no pudieron cumplir con la obligación de trasladar las líneas de alta tensión por hechos totalmente externos a la Empresa, por eso resulta totalmente contradictorio que el Tribunal haya sostenido

que eran culpables y al mismo tiempo que no lo eran. Esta grave contradicción del laudo constituye un evidente error en su motivación y es causa de su nulidad. Asimismo manifiestan que se puede apreciar que en el Laudo no existen razones por las cuales el Tribunal ha considerado que puede pronunciarse sobre un tema que nunca fue sometida a su competencia, asimismo se ha violado el principio de congruencia, al haber El Obelisco solicitado expresamente una reparación por lucro cesante y sin embargo el Tribunal concedió una indemnización no por el concepto demandado sino que otorgó otra forma de resarcimiento que no había sido demandado, sustituyendo en la voluntad de la parte demandante al asignarle una pretensión que nunca fue invocada, y finalmente señalan que el Laudo cuya anulación están solicitando en la parte que les ordena el pago de una indemnización por concepto de responsabilidad extracontractual, les agravia en tanto les condena a pagar una suma apoyándose en una materia que nunca fue sometida a su decisión; admitida a trámite el recurso de anulación, conforme a la resolución de fojas doscientos setentitrés, de fecha diez de junio del dos mil tres, la parte demandada absuelve el trámite conforme a los términos contenidos en su escrito de fojas doscientos setentiséis a trescientos doce; y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Es conveniente precisar que la interposición del recurso de anulación contra los laudos arbitrales ante el Poder Judicial procede sólo por causales establecidas en el artículo setentitrés de la Ley número 26572 y únicamente tiene por objeto la revisión de su validez sin entrar al fondo de la controversia, tal y como lo establece el artículo sesenta y uno de la Ley referida; **SEGUNDO:** Es materia de pronunciamiento vía recurso de anulación, el Laudo Arbitral de fecha cuatro de abril del dos mil tres, respecto al proceso arbitral número 566-153-2001, en cuanto al extremo que declara fundada la pretensión indemnizatoria por responsabilidad extracontractual planteada por El Obelisco y en consecuencia ordena a Edelnor pagar por concepto de reparación civil la suma de US\$ 977,542.45 (novecientos setenta y siete mil quinientos cuarentidós y 45/100 Dólares americanos) más intereses legales computadas desde el catorce de setiembre del dos mil uno; **TERCERO:** Dicho recurso de anulación se sustenta en el inciso sexto e inciso segundo del artículo setentitrés 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; y además que el Laudo Arbitral es igualmente nulo en la parte que indebidamente declaró fundada la pretensión indemnizatoria por responsabilidad extracontractual, por cuanto hay errores en la motivación, vicios que afectan el principio de congruencia y porque no existe prueba alguna del monto indemnizatorio; **CUARTO:** En este orden de ideas, respecto a la primera causal de anulación del Laudo Arbitral invocada por Edelnor, se tiene que conforme a la solicitud presentada por la Estación de Servicios El Obelisco Sociedad Anónima, obrante de fojas sesenta a ochentidós del expediente arbitral que se tiene a la vista, se peticiona el pago de una suma de dinero por concepto

de indemnización de daños y perjuicios, sustentado jurídicamente la pretensión en lo dispuesto por el artículo mil novecientos sesenta y nueve y mil setenta del Código Civil, referidos a la responsabilidad extracontractual y a la responsabilidad objetiva de aplicación en los casos de daños causados mediante un bien riesgoso o peligroso o en ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, no obstante que Estación de Servicios El Obelisco Sociedad Anónima al formular su petición arbitral, manifestó que la controversia que deseaba someter a arbitraje es la que se deriva de su reclamo para que la empresa Edelnor les pague una indemnización de daños y perjuicios originados por el incumplimiento del Contrato de Reubicación de Líneas de Alta Tensión celebrado en el mes de diciembre de mil novecientos noventa y seis; dando lugar a que Edelnor ejercitara su derecho de contradicción respecto a la responsabilidad extracontractual así como en lo concerniente a la responsabilidad contractual, centrándose la controversia en ambas instituciones jurídicas, según pude apreciarse del expediente arbitral que se tiene a la vista, por lo que es pertinente manifestar que la responsabilidad de naturaleza extracontractual también fue una materia implícitamente sometida al conocimiento de los Árbitros. **QUINTO:** En este mismo sentido, debe destacarse que Edelnor conforme al derecho que le otorga la ley, *no formuló oposición total o parcial al arbitraje, sea por inexistencia, ineficacia o invalidez del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida*, conforme al artículo treintinueve de la Ley General de Arbitraje; **SEXTO:** El artículo diez de la Ley de la materia acotada, en su primer párrafo, establece que el convenio arbitral se celebra por escrito, bajo sanción de nulidad, podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente y en el último párrafo, preceptúa que *se entenderá que hay asentimiento cuando, notificada la parte contraria de la iniciativa de quien promovió la intervención de el o los árbitros, se apersona al procedimiento arbitral sin objetar dicha Intervención*; **SÉPTIMO:** Siendo esto así, no habiendo Ede!nor cuestionado en la forma prevista por ley, la petición efectuada por la Estación de Servicios El Obelisco Sociedad Anónima de someter a arbitraje y por tanto a la decisión del Tribunal Arbitral el pago de una suma de dinero por concepto de indemnización por responsabilidad extracontractual y en atención a que la referida petición (responsabilidad extracontractual) si fue materia sometida al conocimiento de los Árbitros, el pedido de anulación de Laudo por la causal referida *en* el inciso sexto del artículo setentitrés de la Ley General de Arbitraje número 26572, debe desestimarse; **OCTAVO:** Respecto a la causal sustentada en que el Laudo Arbitral es nulo en la parte que indebidamente se declaró fundada la pretensión indemnizatoria por responsabilidad extracontractual, por cuanto hay errores en la motivación, vicios que afectan el principio de congruencia y porque no existe prueba alguna del monto indemnizatorio; es pertinente destacar que el Tribunal Arbitral desde el considerando décimo al décimo séptimo del Laudo Arbitral, ha expuesto

razonadamente los fundamentos que amparan el pago de una indemnización teniendo en cuenta los hechos debatidos en el proceso, precisando que en el considerando décimo quinto, los Árbitros han establecido el monto indemnizatorio en base al Contrato de Usufructo celebrado por El Obelisco con Mobil Oil del Perú y a la facultad que confiere el artículo mil trescientos treintidós de Código Civil, criterio que no puede ser analizado a través del presente recurso, por expresa disposición del artículo sesentiuno de la Ley de la materia, que no permite examinar el fondo de la decisión arbitral; **NOVENO:** Consecuentemente, no estando incurso el Laudo Arbitral dentro de las causales de anulación invocadas por Edelnor previstas en el inciso segundo y sexto del artículo setentitrés de la Ley General de Arbitraje número 26572 **DECLARARON INFUNDADO** el recurso de anulación interpuesto por Edelnor contra el Laudo Arbitral de fecha cuatro de abril de dos mil tres, y ordenaron la devolución de los anexos; en los que se siguen contra El Obelisco.

ARANDA RODRÍGUEZ
LAMA MORE
ROSSELL MERCADO

LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO EN DISCORDIA DE LOS SEÑORES VOCALES NIQUEN PERALTE Y MENDOZA RODRÍGUEZ SON COMO SIGUEN:

VISTOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, la finalidad del Recurso de Anulación previsto en la Ley General de Arbitraje es el control de juridicidad en los fallos emitidos por los tribunales arbitrales, esto es, busca preservar la emisión correcta cuidando que no se afecte el debido proceso; **SEGUNDO:** Que, en este sentido, el Recurso de Anulación no tiene como propósito revisar los aspectos de fondo del laudo arbitral; **TERCERO:** Que, en ese orden de ideas la causal sobre la materia no sometida a la decisión del Tribunal Arbitral tiene que estar centrada en los límites objetivos del pacto arbitral, lo cual se encuentra acordado en la cláusula sexta del contrato que las partes establecieron al momento de suscribir dicho acuerdo; **CUARTO:** Queda claro que en la cláusula arbitral el acuerdo para acudir a un arbitraje tenía como propósito únicamente resolver las diferencias o discrepancias en la interpretación y/o ejecución de dicho contrato; situación que fue confirmada en la petición arbitral que presentó El Obelisco para acudir al arbitraje; **QUINTO:** Que, del tenor de estos documentos fluye con claridad que el pacto arbitral estaba centrado para resolver las diferencias derivadas del contrato (no extracontractual) y no existe documento alguno que acredite que las partes hayan acordado alguno distinto como someter otro tipo de diferencias a un arbitraje; que por ello, la pretensión de responsabilidad extracontractual en virtud del cual el Tribunal Arbitral ha reconocido una suma

de dinero a la empresa demandante es un tema ajeno al pacto arbitral y a la petición arbitral planteada por El Obelisco; **SEXTO:** Sin embargo, el punto de discusión se centra en determinar si el petitorio de la demanda tenía por objeto solicitar el pago de una indemnización por responsabilidad extracontractual y determinar si en la contestación de la demanda Edelnor aceptó ante el Tribunal Arbitral someter esta nueva materia a la decisión de los árbitros sea de manera expresa o implícitamente; **SÉPTIMO:** Así, se advierte de la demanda que El Obelisco solicitó el pago de una indemnización invocando los hechos que vinculan a las partes centradas en el contrato que suscribieron en diciembre de mil novecientos noventa y seis; sin embargo, en su fundamentación jurídica se apoyan en las normas que regulan la responsabilidad extracontractual, hecho éste que fue advertido por la empresa Edelnor al precisar que dicho fundamento era equivocado por cuanto el pacto arbitral tenía por objeto resolver las diferencias derivadas del contrato pidiendo expresamente Edelnor que el Tribunal Arbitral resolviera este equívoco aplicando el artículo séptimo del Título Preliminar del Código Civil que dispone que el Juez tiene la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente independientemente de lo señalado por las partes en el proceso; **OCTAVO:** Que, consecuentemente, este hecho determina con claridad que Edelnor no sometió la discusión de la responsabilidad extracontractual a la decisión de los árbitros; **NOVENO:** Queda claro que Edelnor advirtió de manera expresa que la fundamentación jurídica era equivocada respecto de los hechos que habían sido invocados en la demanda arbitral, que así todos los argumentos expuestos por Edelnor a lo largo del proceso para refutar la tesis extracontractual tiene que ser tomados bajo la premisa que se ha advertido; vale decir, la indicación expresa de Edelnor que existía una equivocación en el fundamento jurídico de la demanda; **DÉCIMO:** Que, en tal virtud los argumentos expresados por Edelnor a lo largo del proceso arbitral no pueden ser apreciados como un sometimiento implícito para discutir una responsabilidad extracontractual, por cuanto de manera expresa había señalado que ello era equivocado; **DÉCIMO PRIMERO:** Que, puestos así los planteamientos no existe un sometimiento expreso ni implícito para discutir en el Tribunal Arbitral una pretensión de responsabilidad extracontractual, habida cuenta de los límites claros y precisos del pacto arbitral y de la petición arbitral formulada por la empresa El Obelisco; **DÉCIMO SEGUNDO:** Que, así, se advierte ha incurrido en un error al pronunciarse respecto de una materia que no fue sometida a su decisión, razones que generan la nulidad parcial del laudo arbitral en la parte que declara fundada una inexistente pretensión por responsabilidad extracontractual; **DÉCIMO TERCERO:** Que, asimismo, en cuanto a la causal sustentada en el inciso segundo del artículo setentitrés de la Ley General de Arbitraje que descansa en el principio de la garantía del debido proceso, se advierte que el tribunal ha incurrido en una trasgresión, por cuanto se ha violado el principio de no contradicción que debe observar toda resolución:

DÉCIMO CUARTO: Que, todas las resoluciones judiciales o arbitrales requieren de una motivación y la doctrina ha reconocido que carece de motivación cuando se vulneran los principios lógicos que éstas deben observar; **DÉCIMO QUINTO:** Que, en ese orden de ideas el Tribunal Arbitral ha resuelto de manera contradictoria las pretensiones de las partes; ya que por un lado ha declarado fundada una pretensión por responsabilidad extracontractual apoyados en el artículo mil novecientos sesenta y nueve del Código Civil que alude al concepto de culpa; esto es, indicando que Edelnor incumplió con su deber de reubicar las líneas de alta tensión; sin embargo, en la misma parte resolutive declara fundada la pretensión que Edelnor hizo valer en la reconvencción declarando resuelto el contrato sin culpa de Edelnor sosteniendo que no se pudo ejecutar el contrato de reubicar las líneas de alta tensión por un hecho ajeno a las partes, lo que demuestra que el laudo, respecto de los mismos hechos calificó la conducta de Edelnor como culposa y al mismo tiempo la exonera de toda culpa; **DÉCIMO SEXTO:** Que, a mayor abundamiento, el Laudo incurre también en un vicio al afectar el principio de congruencia que debe observar toda resolución al sustentar su fallo por una pretensión que no se ajustó a los términos que fueron expuestos en la demanda, ya que El Obelisco solicitó su indemnización apoyado en el concepto de Lucro cesante, sin embargo el Tribunal, sin que mediara razón alguna, cambió dicho concepto por el valor del negocio en marcha y le reconoció un monto que no fue pretendido por El Obelisco; **DÉCIMO SÉPTIMO:** Que, por ello resulta claro que el Laudo Arbitral ha vulnerado el principio del debido proceso que se encuentra consagrado como causal de anulación en la norma citada, más aun cuando el primer momento para advertir dicha trasgresión es precisamente con la emisión del Laudo Arbitral; por estas consideraciones **DECLARARON FUNDADO** el recurso de anulación interpuesto por Edelnor y en consecuencia, se declara la nulidad en parte del Laudo Arbitral expedido por el Tribunal del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima (Expediente número 566-153-2001) en cuanto ordena el pago de una indemnización por responsabilidad extracontractual.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

PRIMERA SALA CIVIL SUBESPECIALIDAD COMERCIAL

EXPEDIENTE N° 195-2005

Demandante: REPSOL COMERCIAL S.A.C.
Demandado: COMPAÑÍA MINERA E INDUSTRIAL SAGITARIO S.A.
Materia : ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL
Proceso : Especial

RESOLUCIÓN NÚMERO: DIECIOCHO

Miraflores, quince de noviembre
del año dos mil cinco.–

VISTOS:

Con el expediente arbitral acompañado, consistente en seis tomos, es materia de autos el **recurso de anulación** interpuesto contra el **LAUDO ARBITRAL** dictado por los doctores Jorge Ramírez Díaz, José Ludowieg Eche copar y Alfredo Bullard Gonzáles con fecha trece de mayo de dos mil cinco, obrante en el tomo seis del expediente arbitral, que resuelve: **i)** declarar infundadas las tachas y oposiciones formuladas en el proceso por la demandante COMPAÑÍA MINERA E INDUSTRIAL SAGITARIO SOCIEDAD ANÓNIMA (en adelante SAGITARIO) y por la demandada REPSOL COMERCIAL SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA (en adelante REPSOL) respecto de los documentos referidos en el punto cuatro punto uno del mismo laudo, declarando que el Tribunal es competente para conocer y pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda, con excepción del extremo referido al pago de una indemnización por el supuesto suministro de combustible adulterado, **ii) declarando fundada en parte** la pretensión principal de SAGITARIO, ordenándose que REPSOL cumpla con pagarle la suma de un millón ochenta y seis mil quinientos sesenta y nueve con

58/100 dólares americanos y siete millones setecientos diecisiete mil novecientos veintiún con 37/100 nuevos soles como indemnización por concepto de los daños originados como consecuencia de la explosión ocurrida con fecha once de marzo de dos mil dos en la planta industrial de SAGITARIO, iii) declarando fundada en parte la pretensión accesoria a la pretensión principal de SAGITARIO, consistente en que se ordene a REPSOL a pagarle los intereses legales en moneda nacional devengados, iv) declarando improcedente la pretensión subordinada a la primera pretensión accesoria de SAGITARIO, y, v) declarando que las costas y los gastos arbitrales en que hayan incurrido la demandante y la demandada por causa de este proceso, debe ser asumidos por ambas, en la parte correspondiente a cada uno al haber tenido motivos atendibles para litigar. Interviniendo como Vocal Ponente el señor Ruiz Torres, y;

CONSIDERANDO:

Primero.- Que, conforme lo establece el artículo sesenta y uno de la Ley número 26572, **el recurso de Anulación 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 más 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 revisión de la apreciación de los fundamentos de las partes, de la prueba y, en su caso, de la aplicación e interpretación del derecho, conforme lo disciplina el artículo sesenta de la glosada Ley de Arbitraje.

Segundo.- Que, en tal sentido, doctrinariamente se señala que 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 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...”⁽²⁾. De lo que se colige que, “el funda-

(1) Roque J. Caivano, “Los Laudos Arbitrales y su Impugnación por Nulidad”, en: Jurisprudencia Argentina N° 5869, febrero, 1994, p. 10.

(2) GONZÁLES SORIA, Julio: **Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre**, Editorial Aranzadi, Madrid, 2004, pp. 413-414.

*mento 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, por ello, del artículo setenta y tres del mismo cuerpo normativo, se coligen las causales por las cuales puede ser anulado un laudo arbitral, las que al ser taxativas deben ser interpretadas en ese contexto, siendo ellas: **a)** la nulidad del convenio arbitral, **b)** que se haya vulnerado manifiestamente el derecho de defensa, **c)** que la composición del Tribunal Arbitral no se ajuste al convenio de las partes, **d)** que se haya laudado sin las mayorías requeridas, **e)** 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 él, **f)** que se haya laudado sobre materia no sometida expresa o implícitamente a la decisión de los árbitros, y, **g)** 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⁽⁴⁾.

Cuarto.- Que, en el presente caso, REPSOL invoca como causales de su recurso de anulación -escrito de fojas treinta y siete a setenta y cinco- las establecidas en: **i) el inciso dos del artículo setenta y tres de la Ley número 26572**, anotada en el literal b) de la consideración precedente: que se haya vulnerado manifiestamente el derecho de defensa⁽⁵⁾, fundamentándola en lo siguiente: **1)** se ha omitido toda motivación sobre si las instalaciones de SAGITARIO contaban con conexiones que permitiesen a REPSOL el uso de “mangueras antichispas”, para así evitar el siniestro que se produjo al descargar el combustible, **2)** se ha valorado indebidamente los medios probatorios destinados a dilucidar si SAGITARIO contaba o no con instalaciones para “conexión a tierra”, llegando a presumir la existencia de estos recursos técnicos y –a su vez– acusar a REPSOL de no haberlos empleado, **3)** no se ha motivado por qué razón el Tribunal Arbitral decidió, primero, deducir del monto indemnizatorio calculado, lo cubierto por el seguro y, segundo, efectuar la reducción de porcentajes determinados establecidos en el laudo, señalando que lo correcto era efectuar la operación contraria; es decir, previamente se debió efectuar la reducción de los porcentajes para luego deducir lo pagado por el seguro de SAGITARIO, y,

(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.

(4) En el caso de las causales señaladas en los literales a), b) y c) la procedencia de la causal dependerá de que el incumplimiento u omisión hay sido objeto de reclamo expreso en sede arbitral, por quien se considere afectado.

(5) Vulneración que conforme al inciso dos del artículo setenta y tres de la Ley General de Arbitraje importa que se haya efectuado reclamo expreso en sede arbitral.

4) se ha vulnerado el principio de razón suficiente al no declararse abiertamente en el laudo que REPSOL haya causado los daños alegados por SAGITARIO y, pese ello, condena a aquélla al pago de una indemnización, asignándole responsabilidad por el daño sufrido por ésta; y, **ii) el inciso seis del artículo setenta y tres de la Ley número 26572**, signada en el literal f) del tercer considerando: se haya laudado sobre materia no sometida expresa o implícitamente a la decisión de los árbitros.

Sobre la causal invocada y prevista en el inciso dos del artículo setenta y tres de la Ley General de Arbitraje.-

Quinto.- Que, en principio, al construirse el procedimiento arbitral a partir de la voluntad de las partes, éste no se encuentra necesariamente encadenado a las disposiciones formales de orden público, como sí sucede con el proceso judicial; por ende, se dispone que para la procedencia de la causal prevista en el **inciso dos** del artículo setenta y tres, de la acotada norma, se advierta manifiestamente vulneración del derecho a la defensa⁽⁶⁾, y siempre que haya sido objeto de reclamo expreso en sede arbitral.

Sexto.- Que, el derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma el ámbito del debido proceso. En tanto derecho fundamental “*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*”⁽⁷⁾.

Séptimo.- Que, además, el derecho al debido proceso incluye dentro de su contenido aquél otro que permite obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. 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.

Octavo.- Que, del análisis de los argumentos expuestos en el recurso bajo examen, se desprende que los mismos cuestionan la motivación efectuada por los árbitros así como la apreciación de los hechos y medios probatorios; siendo

(6) Constituye un derecho constitucional el no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso, de conformidad con el artículo ciento treinta y nueve punto catorce de la Constitución Política del Perú.

(7) En la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha seis de agosto de dos mil dos, recaída en el Expediente N° 1003-98-AA/TC-LIMA (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/1003-1998-AA.html>).

que dichos fundamentos no se subsumen en la causal de anulación invocada, resultando por el contrario adecuados para interponer un recurso de apelación y no uno de anulación, como el que nos ocupa, llevando aquéllos la intención nítida de una evaluación jurídicamente vedada en estos procesos: el del pronunciamiento del fondo de la materia sometida a arbitraje. En tal sentido, el segundo párrafo del artículo sesenta y uno de la Ley General de Arbitraje refiere que “*Está prohibido, bajo responsabilidad, la revisión del fondo de la controversia*”.

Noveno.- Que, de la revisión del laudo arbitral –dejando de lado el fondo del asunto–, se aprecia que el Tribunal Arbitral ha realizado una actividad interpretativa de los hechos y del derecho, así como de la doctrina (al aplicar la teoría de la *res ipso loquitur*), emitiéndose válidamente el laudo que pretende cuestionarse, con un pronunciamiento respecto de todas y cada una de las pretensiones formuladas por las partes; y, en esa dirección, los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan al laudo arbitral son inatacables e irreversibles, no pudiendo ser objeto de análisis bajo las alegaciones realizadas por la recurrente, ya que incidir sobre la construcción legal del laudo (razonamiento jurídico empleado por los árbitros) para determinar si la motivación es la debida y si responde o tiene correspondencia con las pruebas actuadas, implica necesariamente analizar la justicia de la decisión arbitral como posibilidad totalmente prohibida en esta clase de recurso.

Décimo.- Que, más aún, se advierte que la recurrente ha desplegado –en aquél proceso arbitral– todos los mecanismos procesales que su defensa consideró pertinentes⁽⁸⁾. Por lo mismo, en ningún momento se observa que se haya efectuado

⁽⁸⁾ Los escritos presentados por REPSOL COMERCIAL SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA fueron los siguientes:

- A fojas 770 a 836 presentó escrito de contestación de la demanda.
- De fojas 1047 a 1055 dedujo la nulidad (escrito de fojas 1047 – 1055) de la resolución número cinco de fecha tres de diciembre de dos mil dos (fojas 848) que declaró fundado el recurso de reposición contra la resolución número tres y, en consecuencia correr traslado de los hechos nuevos propuestos en la contestación de la demanda con los medios probatorios ofrecidos y acompañados
- De fojas 1064 a 1080 presenta escrito por el cual absuelve traslado de tachas y oposiciones a sus pruebas.
- De fojas 1091 a 1127 presenta escrito por el cual deduce nulidad de la resolución número ocho de fecha trece de diciembre de dos mil dos (fojas 1046) por el cual se ordena poner en conocimiento de la demandada Repsol lo expresado por la demandante absolviendo el trámite conferido en la resolución número cinco.
- De fojas 1192 a 1193 presenta escrito a efectos de dar cumplimiento con lo ordenado por resolución número catorce (fojas 1170-1171) de fecha ocho de enero de dos

mil tres por el cual se resuelve reservar el pronunciamiento del Tribunal Arbitral respecto a lo planteado en los escritos números cuatro y cinco de la parte demandada y a lo manifestado en el primer, segundo, tercer y cuarto otrosí del escrito número siete de la parte demandante, notificantes al representante legal de Repsol para la formalización como dispone la ley de dicho escrito.

- De fojas 1241 a 1242 presenta escrito por el cual solicita emisión documentos para cumplimiento de mandato contenido en la resolución número veintiuno por el cual se requiera con abonar la parte correspondiente de los honorarios definitivos de los árbitros y el secretario del Tribunal en el plazo de cinco días.
- De fojas 1254 a 1255 presenta escrito por el cual adjunta cheques honorarios árbitros, devuelve recibo secretario.
- De fojas 1423 a 1425 presenta escrito por el cual absuelve la puesta en conocimiento de los escritos número dieciséis y diecisiete de la demandante.
- De fojas 1493 a 1507 presenta escrito por el cual absuelve conocimiento de escrito número veinte de la demandante.
- De fojas 1661 a 1680 presenta escrito por el cual presenta absolución de traslado de conocimiento y comentarios relativos a los peritajes sustentados en Audiencia de trece de octubre de dos mil tres.
- A fojas 1765 presenta escrito por el cual cumple mandato de adjuntar las diapositivas que fueron mostradas al Tribunal por el perito Ricardo Mayocchi Potestá en al audiencia llevada a cabo el trece de octubre de dos mil tres.
- A fojas 1831 presenta escrito por el cual interpone recurso de reposición contra la resolución número sesenta y uno de fecha nueve de diciembre de los corrientes en la que se pronuncian sobre futuras actuaciones en el presente proceso y, que fuera declarado improcedente mediante resolución número 62 de fecha veintitrés de diciembre de 2003 (fojas 1834).
- De fojas 1951 a 1954 presenta escrito por el cual solicita ampliación de plazo para la absolución de conocimiento decretado en Resoluciones número sesenta y ocho a sesenta y nueve.
- De fojas 2007 a 2025 presenta escrito por el cual absolución de traslado de conocimiento y comentarios relativos a la Audiencia de Inspección Arbitral de 11 de febrero de 2004.
- De fojas 2040 a 2041 presenta escrito por el cual deduce nulidad de la resolución número setenta y ocho por la cual se pone en conocimiento el informe técnico pericial del ingeniero Jiménez y se nos cita a la audiencia de sustentación oral del mismo.
- De fojas 2099 a 2102 presenta escrito por el cual precisiones para ampliación de pericia.
- De fojas 2133 a 2139 presenta escrito por el cual absuelve traslado conocimiento escrito número cuarenta y uno de la demandante.

el reclamo expreso sobre las argumentaciones planteadas en el recurso, así como tampoco la solicitud de corrección, integración y/o aclaración⁽⁹⁾ contra el mismo, en donde pueda hacer dado cumplimiento a la premisa que contiene el ya referido inciso dos del artículo setenta y tres de la Ley Número 26572.

Úndecimo.- Que, en conclusión, el recurso que se plantea a esta jurisdicción no reposa en una real vulneración del derecho a la defensa de la empresa recurrente en el procedimiento arbitral motivado –a su decir– por los alcances del propio laudo; sino además porque tratándose de la violación del derecho a la

-
- De fojas 2141 a 2143 presenta escrito por el cual absuelve traslado conocimiento de la comunicación del perito contable.
 - De fojas 2145 a 2147 presenta escrito por el cual deduce nulidad de la resolución número ochenta y cinco que determina la ampliación de la pericia a ser elaborada por el ingeniero Fernando Jiménez Ugarte, la cual fue declarada infundada la nulidad mediante resolución número noventa de fojas 2148-2149.
 - De fojas 2208 a 2209 presenta escrito por el cual solicita peritaje técnico complementario.
 - De fojas 2260 a 2268 presenta escrito por el cual presenta comentarios por escrito.
 - A fojas 2355 presenta escrito absuelve traslado conocimiento comunicación perito contable.
 - De fojas 2399 a 2400 presenta escrito absuelve traslado de conocimiento de solicitud de ampliación de cuantía demandada.
 - De fojas 2434 a 2435 presenta escrito solicita remisión recibos honorarios árbitros y secretario.
 - De fojas 2971 a 3012 presenta alegatos.
 - De fojas 3150 a 3151 solicita se permita a sus abogados un tiempo no menor a cuarenta y cinco minutos en conjunto para que informen oralmente así como el empleo de equipo informático.
 - De fojas 3189 a 3190 presenta escrito por el cual cumple de mandato adjuntando copia de los cheques debidamente decepcionados por sus destinatarios.
 - De fojas 3200 a 3203 presenta escrito absuelve traslado de conocimiento de solicitud de ampliación de cuantía demandada.

⁽⁹⁾ Supuestos que constituirían el único momento por el cual se puede entender como efectuado el señalado “reclamo expreso” que aún cuando el fin de dichas solicitudes no sería el idóneo para denunciar la vulneración del derecho al debido proceso conforme lo señala la misma norma arbitral, sin embargo, a través de aquellos se puede válidamente dar cumplimiento a lo estipulado por la ya tantas veces citada disposición legal.

defensa el justiciable se encuentra, en cualquier caso, en el imperativo de agotar el reclamo previsto en el acápite dos del artículo citado líneas arriba, al no hacer la ley distingo sobre el momento o acto en el que tal derecho pueda haber sido vulnerado, sin que se advierta la realización de dicho reclamo en el proceso arbitral; razones por la cuales se desestima este extremo de la anulación.

Sobre la causal invocada y prevista en el inciso seis del artículo setenta y tres de la Ley número 26572.-

Duodécimo.- Que, por otro lado, la causal prevista en el **inciso seis** del artículo setenta y tres de la Ley General de Arbitraje, configurará la anulación siempre y cuando existan puntos no sometidos a decisión o no susceptibles de ser arbitrados y, que los mismos tengan sustantividad propia y no aparezcan inseparablemente unidos a la cuestión principal.

Décimotercero.- Que, “a efectos de la determinación del ámbito de aplicación –tanto objetivo como subjetivo– del arbitraje, debemos observar... como presupuesto básico al convenio arbitral, dado que cuando este no exista no se reconocerá virtualidad alguna al arbitraje”⁽¹⁰⁾; toda vez que, el convenio arbitral constituye el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial (primer párrafo del artículo nueve de la Ley número 26572).

Decimocuarto.- Que, entre el Convenio arbitral suscrito entre las presentes partes el doce de julio de dos mil dos, corriente de fojas doscientos noventa y seis a doscientos noventa y ocho del expediente arbitral, y el laudo arbitral materia de anulación existe correlativa y exacta correspondencia. En la primera cláusula del acotado convenio se señaló que “producto del siniestro... se ha generado una controversia entre SAGITARIO y REPSOL sobre la causa del mismo y la responsabilidad que podría alcanzar a cualquiera de las partes en conflicto, habiéndose acordado mediante Acta de Conciliación N° 094-2002... someter dicha discrepancia a la vía arbitral, bajo las normas de la Ley General de Arbitraje”, por tanto, resulta inconsistente la afirmación del recurrente respecto a que la materia arbitrable estuvo determinada en el Acta de Conciliación.

Decimoquinto.- Que, de otro lado, tampoco encuentra sustento la alegación realizada a fojas sesenta y cinco pues tal como se observa en el expediente arbitral, SAGITARIO, en atención al artículo cuatrocientos veintiocho del Código Procesal Civil, reservó su derecho de ampliar la cuantía de lo pretendido

⁽¹⁰⁾ MATHEUS LÓPEZ, Carlos. “**Tratamiento del arbitraje en el sistema jurídico peruano**”, en: Revista Dell’arbitrato, Giufrè Editore, N° 4, 2002, p. 796.

en el primer otrosí de su demanda (fojas seiscientos catorce del expediente arbitral).

Decimosexto.- Que así, carece de sustento afirmar que el laudo materia de anulación se pronuncia sobre aspectos que no eran de su competencia, por cuanto los fundamentos fácticos y jurídicos esgrimidos en el laudo, se encuentran intrínsecamente conexos siendo imposible resolver sin valorarlos en forma integral la responsabilidad (daños) de las partes.

Decimoséptimo.- Que, por lo expuesto, los argumentos del recurso bajo examen carecen de sustento fáctico y legal, por lo que debe ser declarado infundado; siendo pertinente precisar 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 a sus árbitros y confiar en sus fallos.

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;

SE RESUELVE:

INFUNDADO el recurso de anulación formulado mediante escrito corriente de fojas treinta y siete a setenta y cinco y, **VALIDO el laudo arbitral** de fecha trece de mayo de dos mil cinco, obrante en el tomo seis del expediente arbitral, que resuelve: **i)** declarar infundadas las tachas y oposiciones formuladas en el proceso por la demandante SAGITARIO y por la demandada REPSOL respecto de los documentos referidos en el punto cuatro punto uno del mismo laudo, declarando que el Tribunal es competente para conocer y pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda, con excepción del extremo referido al pago de una indemnización por el supuesto suministro de combustible adulterado, **ii) declarando fundada en parte** la pretensión principal de SAGITARIO, ordenándose que REPSOL cumpla con pagarle la suma de un millón ochenta y seis mil quinientos sesenta y nueve con 58/100 dólares americanos y siete millones seiscientos diecisiete mil novecientos veintiún con 37/100 nuevos soles como indemnización por concepto de los daños originados como consecuencia de la explosión ocurrida con fecha once de marzo de dos mil dos en la planta industrial de SAGITARIO, **iii)** declarando fundada en parte la pretensión accesoria a la pretensión principal de SAGITARIO, consistente en que se ordene a REPSOL a pagarle los intereses legales en moneda nacional devengados, **iv)** declarando improcedente la pretensión subordinada a la primera pretensión accesoria de SAGITARIO, y, **v)** declarando que las costas y los gastos arbitrales en que hayan incurrido la demandante y la demandada por causa de este proceso, debe ser asumidos por ambas, en la parte correspondiente a cada uno al haber tenido

motivos atendibles para litigar; en los seguidos por REPSOL COMERCIAL SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA con la COMPAÑÍA MINERA E INDUSTRIAL SAGITARIO SOCIEDAD ANÓNIMA sobre ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL; **Notificándose.**—

Firmas: Magistrados: WONG ABAD, YAYA ZUMAETA y RUIZ TORRES

VISTA DE LA CAUSA: 17-10-2005

GGRT/AIAV

Noticias Arbitrales

MINISTERIO DE JUSTICIA DESIGNA COMISIÓN ENCARGADA DE REVISAR LA LEY GENERAL DE ARBITRAJE

El Ministerio de Justicia de la República del Perú, mediante Resolución Ministerial N° 027-2006-JUS publicada el 27 de enero de 2006, ha designado una *Comisión Técnica encargada de revisar la Ley General de Arbitraje*, Ley N° 26572.

La Comisión está presidida por el doctor Alfredo Bullard González, y en su condición de vicepresidente se designó al doctor Jorge Santistevan de Noriega. También integran la referida Comisión los siguientes especialistas en arbitraje: Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena, Franz Kundmüller Caminiti (miembro del Comité Editor de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE), Manuel Diego Aramburú Yzaga, Fernando Cantuarias Salaverry (miembro del Comité Editor de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE), Gastón Fernández Cruz, Gonzalo García Calderón Moreyra, Eduardo Moane Drago, Róger Rubio Guerrero y un representante del Ilustre Colegio de Abogados de Lima.

PERÚ NOMBRA ÁRBITROS ANTE EL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES – CIADI

El Perú es país miembro del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) desde el 8 de septiembre de 1993, por haber firmado el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, al igual que otros 145 países.

El CIADI cuenta con el auspicio del Banco Mundial y tiene en su haber 104 casos concluidos de controversias entre inversionistas y diferentes Estados del mundo y 103 actualmente en tramitación. En cumplimiento del artículo 14 del Convenio, el Estado peruano ejerció, el año pasado, su derecho de nombrar a las siguientes personas como integrantes de la Lista de Árbitros del CIADI: Dominga Sota Nadal, Shoschana Zusman Tinman, Alfonso de los Heros Pérez-Albela y Jorge Santistevan de Noriega.

El mencionado artículo 14 establece que las personas nombradas han de tener reconocida competencia en el campo del Derecho, de la industria o de las finanzas e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio. El nombramiento recaído sobre las mencionadas personas tiene una duración de seis (6) años renovables, conforme lo dispone el artículo 15 del Convenio (mayor información: www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm).

LATINLAWYER RECONOCE ÁRBITROS *TOP* DE PERÚ

La prestigiosa revista *LATINLAWYER* en el volumen 4, Issue 8, destaca las ventajas del Arbitraje en el mundo y resalta el profesionalismo de 34 abogados, considerados los pioneros en América Latina. En la lista de árbitros *top* encontramos a cuatro reconocidos juristas peruanos: Fernando Cantuarias Salaverry, Alfredo Bullard González, Guillermo Lohmann Luca de Tena y Shoschana Zusman Tinman.

La Revista Peruana de Arbitraje se honra con el reconocimiento realizado por *LATINLAWYER* al doctor Fernando Cantuarias Salaverry, miembro de nuestro Comité Editor.

CONFERENCIA INTERNACIONAL SOBRE JUSTICIA TRATARÁ TEMA ARBITRAL (PERÚ)

La Séptima Conferencia Anual sobre Asuntos Legales y de Políticas Públicas en las Américas se llevará a cabo este año en el Perú, los días 25 y 26 de mayo del presente. El evento es organizado por el Centro de Responsabilidad Gubernamental del *Kevin College of Law* de la Universidad de Florida, en asociación con la Pontificia Universidad Católica del Perú y el Instituto de Defensa Legal, y se prevé discutir asuntos relativos al sistema judicial y la relación entre inversión y derechos humanos.

Dentro del programa se ha previsto la discusión de dos temas de especial relevancia arbitral el viernes 26. En el primer tema se analizarán aspectos relacionados con los tratados de libre comercio, métodos alternativos de resolución de controversias, regulación de las inversiones en infraestructura y arbitraje. Se prevé la intervención de Fernando Cantuarias Salaverry, Alonso Rey Bustamante, Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio, Jorge Santistevan de Noriega y Patricia Teullet Pipoli, junto con el profesor Stephen Powell de la Universidad de Florida, Pablo de la Flor y Luis Alonso García Muñoz-Nájar del Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales (MITINCI). En el segundo tema se abordarán los métodos alternativos de reso-

lución de conflictos, con participación de Carlos Soria como representante de la Defensoría del Pueblo, María Elena Guerra Cerrón del Ministerio Público; y los especialistas Don Peters de la Universidad de Florida, Miriam Cabrera de la Universidad de Royal Roads, Wayne I. Fagan del Colegio de Abogados de los Estados Unidos, entre otros. (Mayor información: www.law.ufl.edu/cgr/conference).

SEMINARIO INTERNACIONAL: «MÉTODOS DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS RELATIVOS A LA PROPIEDAD INTELECTUAL» (COLOMBIA)

Los días 3 y 4 de agosto de 2006, la Organización Mundial de la Propiedad intelectual - OMPI y el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, realizarán en la ciudad de Bogotá, Colombia, el Seminario Internacional: «Métodos de Resolución Alternativa de Conflictos Relativos a la Propiedad Intelectual». En dicho evento expertos internacionales sobre esta temática conducirán relevantes discusiones acerca de la Propiedad Intelectual y la resolución alternativa de conflictos, aplicados especialmente en el contexto latinoamericano.

Información adicional comunicarse al siguiente correo electrónico: deacuerdo@ccb.org.co

XXXII CONFERENCIA INTERAMERICANA DE ARBITRAJE COMERCIAL – CIAC (SANTO DOMINGO)

El 25 de abril de 2006 se llevará a cabo en la ciudad de Santo Domingo, República Dominicana, la XXXII Conferencia Interamericana de Arbitraje Comercial – CIAC, en la que se abordará el tema: «El Arbitraje Comercial frente a la nueva realidad económica latinoamericana: Impacto de los Acuerdos de Integración», asunto de mucha actualidad a la luz de los diversos tratados comerciales que vienen negociando y celebrando la mayoría de países de la Región.

Información adicional comunicarse a los siguientes correos electrónicos: nnuñez@camarasantodomingo.org.co o deacuerdo@ccb.org.co

ACTIVIDADES ACADÉMICAS SOBRE ARBITRAJE EN EL MUNDO

A nuestros lectores, informamos los eventos académicos que sobre Arbitraje se han realizado o se llevarán a cabo en diferentes países del mundo. (Mayor información: www.kluwerarbitration.com).

Febrero:

- Singapore: *IBA World Arbitration Day* (17 February 2006)
- Singapore: *LCIA Asia-Pacific Users' Council Symposium* (18 February 2006)
- Amman: *Conference on Arbitration and Intellectual Property* (18-19 February 2006)
- Edinburgh: *Presentation on Arbitration Scotland Bill* (21 February 2006)
- París: *Seminar on International Commercial Arbitration in Spanish* (27 February-2 March)
- Casablanca: *Workshop on International Arbitration* (28 February 2006)

Marzo:

- Mexico City: *2nd ITA-CANACO Workshop* (6 March 2006)
- Milan: *Course on International Arbitration* (March-July 2006)
- Charleston: *ICC Conference on International Commercial Dispute Resolution* (26-28 March 2006)
- París: *Advanced Arbitration Practice Workshop* (27-28 March 2006)
- Washington DC: *3rd Annual ITA-ASIL Conference* (29 March 2006)

Mayo:

- Montreal: *Advance Notice of ICCA Conference* (31 May-3 June 2006)

Junio:

- Dallas: *17th Annual ITA Workshop* (15 June 2006)

Noviembre:

- Miami: *4th Annual ICC Conference on International Commercial Arbitration in Latin America* (5-7 November 2006)

ESPECIAL SOBRE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN «LEGAL EXPRESS»

A propósito de la Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 6167-05-PCH, que ha dado lugar a comentarios en este número, la revista *Legal Express*, publicada por Gaceta Jurídica, ha incluido un interesante Especial titulado «Alcances de la Jurisdicción Arbitral. Una Reciente Sentencia del Tribunal Constitucional», con artículos de Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena, Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio y Carlos Alberto Matheus López.

SOBRE LOS AUTORES **(Por orden alfabético)**

JOSÉ MARÍA ALONSO (*España*)

Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Diploma en Derecho Comunitario (CEE) por la Escuela de Práctica Jurídica de Madrid. Profesor en el Curso de Iniciación a la Práctica Forense del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid; Profesor de Derecho Procesal Civil Internacional en el Curso Master de Derecho Privado del Centro de Estudios Universitarios (CEU); Profesor de Derecho Concursal en la Asociación para el Progreso de la Dirección (APD); Profesor de Derecho Procesal Civil en el Master sobre «Curso Superior para Letrados de la Entidad Pública Empresarial Correos y Telégrafos», Profesor de Derecho Procesal Civil en el Centro Europeo de Estudios y Formación Empresarial (CEEF) (Master GARRIGUES), Profesor en el Curso de Arbitraje del Instituto de Empresa. Presidente del Club Español del Arbitraje. Secretario General y del Consejo de la Asociación para el Progreso de la Dirección (A.P.D.). Miembro del Gabinete de Defensa Jurídica de la Asociación Profesional de la Magistratura. Delegado del Comité Español en la Cámara de Comercio Internacional. Miembro de la Comisión de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Miembro del CPR *European Advisory Committee*. Arbitro de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid. Arbitro de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA). Arbitro de la *International Chamber of Commerce de Paris* (ICC). Arbitro de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC). Miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid desde 1978. (e-mail: Jose.Maria.Alonso@garrigues.com).

ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ (*Perú*)

Abogado, graduado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestría en Derecho en la Universidad de Yale (EE.UU.). Socio del Estudio Bullard, Falla, Ezcurra & Rivarola Abogados. Ex Presidente del Tribunal de Defensa

de la Competencia y la Propiedad Intelectual del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual (INDECOPI) y ex Vocal de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI. Ex Miembro del Directorio de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos. Profesor en el Área de Derecho Civil y Análisis Económico del Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Profesor de la Maestría en Derecho con mención en Derecho Civil en la Universidad Católica y Profesor Visitante de la Maestría de Derecho de la Empresa en la Universidad Torcuato di Tella de Buenos Aires, Argentina. Es autor de: “*La Relación Jurídica Patrimonial. Reales vs. Obligaciones*”, “*Derecho y Economía: el análisis económico de las instituciones legales*”. (e-mail: abullard@bullardabogados.com.pe).

JOSÉ ANTONIO CAÍNZOS (*España*)

Socio responsable del Departamento Procesal y de Arbitraje de Clifford Chance en España y miembro del Grupo de Arbitraje Internacional de Clifford Chance. Licenciado en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela. Abogado del Estado en excedencia. Profesor de arbitraje, derecho civil y procesal en las escuelas de negocios Instituto de Empresa y San Pablo-CEU. Miembro de la Comisión de Arbitraje del Comité Español de la CCI y del Grupo latinoamericano de la CCI. Miembro de las listas de árbitros de la Corte de Arbitraje de Madrid, Corte Española de Arbitraje, Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA) y del ICDR de la AAA. Ha participado como abogado o árbitro en más de 30 arbitrajes ante las instituciones arbitrales españolas más reconocidas, así como ante la CCI, LCIA, AAA, en procedimientos con reglas UNCITRAL, IATA y arbitrajes *ad hoc*. Ha asesorado en relación con reclamaciones ante el CIADI. Es miembro de la Junta Directiva del Club Español del Arbitraje. (e-mail: JoseAntonio.Cainzos@CliffordChance.com).

ROQUE J. CAIVANO (*Argentina*)

Gerente Jurídico de la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales de Buenos Aires. Árbitro independiente. Abogado y consultor en arbitraje y resolución de conflictos. Profesor en grado y post-grado en las Universidades de Buenos Aires, de Belgrano, Nacional del Nordeste, Austral, Católica, Siglo 21, San Andrés, de Heidelberg y de Chile. Árbitro de los Centros de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Argentino-Brasileira de San Pablo (Brasil) y de la Cámara de Comercio de Santa Cruz (Bolivia). Miembro del Instituto Argentino de Derecho Comercial, del Comité de Procedimientos Arbitrales de la *International Seed Federation* (Suiza), del Grupo Latino-

americano de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y del Consejo Internacional del Comité Venezolano de Arbitraje. Disertante o conferencista en más de 150 eventos. Autor o couator de 4 libros y más de 120 publicaciones, en el país y en el exterior. (e-mail: rcaivano@cabcbue.com.ar).

FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY (Perú)

Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Perú. Miembro de la lista de árbitros del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, del Centro de Conciliación y Arbitraje (CEARCO), del Centro de Arbitraje del Colegio de Abogados de Lima, del Centro de Arbitraje de AMCHAM-Perú, del Centro de Arbitraje del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL) y del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del *Board of Reporters of the Institute of Transnational Arbitration (ITA)*. (e-mail: fcantuar@upc.edu.pe).

PAOLO DI ROSA (Estados Unidos de Norteamérica)

Juris doctor, *cum laude*, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard en 1991, y un título A.B., *magna cum laude*, también de la Universidad de Harvard, en 1987. Socio del grupo de litigios de Winston & Strawn en la oficina de Washington, D.C., donde encabeza la práctica de arbitraje latinoamericano. Miembro de las siguientes organizaciones profesionales: Colegio de Abogados del Distrito de Columbia (*District of Columbia Bar*); Federación Inter-Americana de Abogados; Federación Internacional de Abogados (*International Bar Association*); Asociación de Derecho Internacional (*International Law Association*); Sociedad Americana de Derecho Internacional (*American Society of International Law*); y Federación Americana de Abogados (*American Bar Association*). (e-mail: PDiRosa@winston.com).

FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI (Perú)

Abogado y Catedrático Universitario. Estudios de Maestría en Derecho Internacional Económico Pontificia Universidad Católica del Perú-PUCP. Profesor en el curso de arbitraje nacional e internacional por la misma universidad. Gerente de Conciliación y Arbitraje del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado Peruano. Miembro de la comisión multisectorial negociadora de los tratados bilaterales de inversión del Estado Peruano y negociador por el Perú en el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos, Grupo de Inversiones. Árbitro en la lista de árbitros del

Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP. (e-mail: fkundmuller@consucode.gob.pe).

MARTA GONZALO QUIROGA (España)

Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Abogada, especialista en contratación internacional, derecho del comercio internacional y arbitraje comercial Internacional. Profesora Titular de Derecho Internacional Privado en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Investigadora responsable y colaboradora principal en numerosos trabajos y proyectos de investigación. Investigadora en distintos centros españoles y europeos, entre los que destacan el *Institut of Advanced Legal Studies -IALS-* en Londres (Reino Unido), la Cámara de Comercio Internacional -CCI- y la OCDE en París (Francia), el *Asser Institut de la Haya*, la Universidad de Leiden en los Países Bajos y las Universidades de Bolonia, Siena y Florencia (Italia). Su trayectoria científica y académica ha sido recientemente acreditada por la Agencia Nacional Española de la Calidad y Acreditación -ANECA-. (e-mail: marta.gonzalo@urjc.es).

J. DOMINGO RIVAROLA REISZ (Perú)

Abogado, graduado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestría en Derecho en la Universidad de Virginia (EE.UU.), Becario de la Comisión Fulbright y del Programa Jhon M. Olin para el Análisis Económico del Derecho (2002-2003). Socio del Estudio Bullard, Falla, Ezcurra & Rivarola Abogados. Integrante de la lista de árbitros de la Cámara de Comercio de Lima. Ha participado en varios arbitrajes nacionales e internacionales como árbitro o como abogado defensor. Profesor en el Área de Derecho Civil, Proceso Civil, y Arbitraje en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Maestría de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (2007), y en la Maestría de la Universidad San Martín de Porres (2006), respectivamente. Es autor de diversas publicaciones especializadas; la más reciente: “*Actori Incumbit Probatio? Presunciones y Cargas de la Prueba Repensadas: Common Law versus Civil Law*”, Themis 51, Lima, 2006. (e-mail: drivarola@bullardabogados.com.pe).

GUILLERMO SÁNCHEZ BRAVO (Perú)

Abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Master en Droit International des Affaires por la Université Lyon III. Asesor jurídico del Grupo Telefónica durante los años 1995 y 2004. Actual consultor en derecho empresarial y derecho internacional. (e-mail: guillermo.sanchez-bravo@wanadoo.fr).

JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA (*Perú*)

Abogado y Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios de post-grado en Derecho Comparado en el *Inter American Law Institute (New York University – Law School)* y de Derecho y Desarrollo en *The University of Wisconsin, Law School (Cooperative Program with the Catholic University of Peru)*. Ha sido Defensor del Pueblo del Perú (1996-2000). Actualmente es socio fundador de Santistevan de Noriega & Asociados, profesor universitario (en las Maestrías de Derecho de la Empresa y de Derecho con Mención en Política Jurisdiccional en la PUCP, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y en la Academia de la Magistratura). Como profesor invitado ha dictado Derecho Constitucional Comparado en América Latina, dentro del curso de *Law & Policy in the Americas* en el *Kevin College of Law, Florida University (UFL)*. Se desempeña como árbitro integrante de las listas de: Centro Internacional de Arreglos de Disputas en Materia de Inversión (CIADI), Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, Centro de Arbitraje de la Cámara Peruano Norteamericana de Comercio y de la Gerencia de Conciliación y Arbitraje del Consejo Superior de Supervisión de las Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE). Es vicepresidente de la Comisión Revisora de la Ley General de Arbitraje nombrada mediante Resolución Ministerial N° 027-2006-JUS, publicada el 27 de enero de 2006. Preside el Comité Editor de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE. (e-mail: jorge@santistebandenoriega.com).

C. IGNACIO SUÁREZ ANZORENA (*Argentina*)

Consejero legal de Clifford Chance e integrante de los grupos de Arbitraje Comercial Internacional y de Derecho Internacional. Cursó estudios en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, donde se graduó con honores. Obtuvo un *Master in Laws (LL.M)* en la *Harvard Law School*. Durante cuatro años prestó servicios en la Procuración del Tesoro de la Nación representando a la República Argentina y a empresas estatales en diversos arbitrajes. Ha participado en arbitrajes de la Corte de Arbitraje de Londres (CAOL), de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), del Centro Internacional para el Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones (CIADI). Ha sido profesor en las Universidades de Buenos Aires, Palermo y Torcuato di Tella. Miembro de los Comités de Arbitraje Comercial Internacional (alterno) y de Derecho Internacional de las Inversiones (principal) de la *International Law Association*. Autor de diversas publicaciones sobre arbitraje internacional. (e-mail: Ignacio.suarezanzorena@cliffordchance.com).

AGRADECIMIENTOS

El Comité Editor de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE agradece a las personas e instituciones que han colaborado, directa e indirectamente, en la publicación del segundo número de nuestra revista:

Cámara de Comercio de Arequipa • Cámara de Comercio de Lima • Centro de Arbitraje de AMCHAM Perú • Comité Venezolano de Arbitraje • Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado - CONSUCODE • Diario Oficial «El Peruano» - Suplemento de Análisis Legal «jurídica» • Editora Jurídica GRIJLEY • Estudio Ferrero, Lema, Solari & Santiviáñez • Estudio Jorge Avendaño V. • Estudio Luis Echecopar García • Estudio Miranda & Amado Abogados • Estudio Muñoz, Ramírez, Pérez-Taiman & Luna-Victoria Abogados • Estudio Olaechea • Estudio Payet, Rey & Cauvi • Estudio Rodrigo, Elías & Medrano Abogados • Estudio Roselló • Estudio Rubio, Leguía, Normand y Asociados • Estudio Santistevan de Noriega & Asociados • Ilustre Colegio de Abogados de Arequipa • Ministerio de Justicia - Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ) • Revista de Economía y Derecho • Revista legal bilingüe COLUMNAS • Semana Económica

Aldo Defilippi Traversa • Alejandro M. Garro • Alfonso Gómez-Acebo • Alfredo Barrera • Alfredo Bullard González • Alonso Rey Bustamante • Álvaro Loredó Romero • Antonio Garrigues • Arturo Goicochea de Benito • Bernardo M. Cremades (*España*) • C. Ignacio Suárez Anzorena (*Argentina*) • Carlos Fuentes Chávez • Carmen del Pilar Arboccó de los Heros • Carola Bustamante Rosales • Cecilia Manrique Santiago • Dierk Ullrich (*Canadá*) • Eduardo Barboza Beraun • Edwin Mallqui Herrera •

Elena Romero Mejía • Erika Cáceres Román • Esteban Alvarado Yanac • Eugenio Hernández-Bretón • Fernando Barreda • Fernando Zuzunaga del Pino • Francisco Avendaño Arana • Francisco José del Solar • Fredy Sánchez Honorio • Germán Freyre Castañeda • Giancarlo Loayza Galdos • Gonzalo Zegarra Mulanovich • Graciela Fernández-Baca • Guillermo Lohmann Luca de Tena • Guillermo Sánchez Bravo • Henri Alvarez (*Canadá*) • Hugo Alberto Morote Nuñez • J. Domingo Rivarola Reisz • Janett M. Ruiz Rebaza • Javier Ismodes Talavera • Jessica Johson Montes de Oca • Jorge Avendaño V. • Jorge Muñoz Ziches • Jorge Pérez-Taiman • José Antonio Caínzos (*España*) • José Barreda • José Butrón Fuentes • José Luis Sardón • José María Alonso (*España*) • July Melissa Gutiérrez Zanelli • Karla Espinoza Villanueva • Katty Mendoza Murgado • Kenneth Olsen Martens • Lucero Prieto Lara • Luis Carlos Rodrigo Prado • Luis Manuel Vinatea Recoba • Manuel Villa-García • María Avalos Cisneros • Marta Gonzalo Quiroga (*España*) • Mayte Remy Castagnola • Melina Martínez Nuñez • Mercedes Valencia Mendoza • Miguel La Rosa Yarleque • Osvaldo J. Marzorati (*Argentina*) • Paola Reátegui León • Paolo Di Rosa (*Estados Unidos de Norteamérica*) • Richard Linares Cabanillas • Roberto Santiviáñez Seminario • Ronald Aparicio Soria • Roque J. Caivano (*Argentina*) • Sofía Allemant • Sofía Nathalie Tequén Córdova • Solange Noriega Zumaeta • Yliva Vela Bravo • Ysmael García Maruco

Los interesados en colaborar con la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE mediante sugerencias, comentarios, artículos, publicidad, laudos arbitrales o decisiones judiciales para su publicación pueden contactarse con el Comité Editor en la siguiente dirección: Av. Pardo Nro. 1540, Miraflores, Lima 18 – Perú, Tlf. (51-1) 710-7783, 221-5260, Fax: (51-1) 421-7614, e-mails: jorge@santistevandenoriega.com y csoto@munizlaw.com.

El Comité Editor agradece todo envío sin comprometerse a su publicación.

Índices Históricos

CONTENIDO

Primer Número de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE 1/2005

DOCTRINA

- ♣ Guiado por una mano invisible. El orden público al amparo del capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)
HENRI ALVAREZ (*Canadá*)
- ♣ Algunas reflexiones sobre el alcance de la protección de las inversiones en el marco de los tratados firmados por Argentina
OSVALDO J. MARZORATI (*Argentina*)
- ♣ El arbitraje y los tratados de libre comercio
FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI (*Perú*)
- ♣ Regulación nacional del arbitraje y la Convención de Nueva York
BERNARDO M. CREMADES (*España*)
- ♣ ¿Cuándo estamos ante un arbitraje nacional o internacional conforme a la Ley General de Arbitraje?
FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY (*Perú*)
- ♣ Arbitraje institucional o arbitraje ad-hoc ¿He ahí el dilema?
PAOLO DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO (*Perú*)
- ♣ Interferencia judicial en los arbitrajes
GUILLERMO LOHMANN LUCA DE TENA (*Perú*)

LAUDOS ARBITRALES NACIONALES

Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE)

- ⤴ **Caso Arbitral N° 015-2002/SNCA-CONSUCODE**
 Demandante: Javi Contratistas Generales S.A.
 Demandado: Instituto Nacional Penitenciario - INPE
- ⤴ **Caso Arbitral N° 082-2003/SNA-CONSUCODE**
 Demandante: Jenny Hortensia Egüsquiza Oliveros
 Demandado: Instituto Nacional de Desarrollo - INADE

LAUDOS ARBITRALES INTERNACIONALES

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

- ⤴ **Caso Nro. ARB/03/4**
 Demandante: Empresas Lucchetti S.A. y Lucchetti Perú S.A.
 Demandado: República del Perú
- ⤴ **Caso Nro. ARB/97/3**
 Demandante: Compañía de Aguas del Aconguija S.A. y
 Vivendi Universal (antes *Compagnie Générale des Eaux*)
 Demandado: República Argentina

NOTAS DE INTERÉS

- ⤴ Directorio de Centros de Arbitraje
- ⤴ Repertorio de Leyes de Arbitraje
- ⤴ Circular de la Corte Suprema de la República del Perú:
Sobre el respeto a la autonomía de la jurisdicción arbitral
- ⤴ Fallo de la Corte Suprema de la República del Perú:
Reconocimiento de la jurisdicción arbitral e inexistencia
de conflicto de competencia entre jueces y tribunales arbitrales

SOBRE LOS AUTORES

ÍNDICE GENERAL

<i>Contenido</i>	5
<i>Presentación</i>	9

DOCTRINA

ARBITRAJE Y JURISDICCIÓN DESDE
LA PERSPECTIVA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ
JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA
(Perú)

1. Introducción necesaria: consecuencias de una sentencia del Tribunal Constitucional con efecto vinculante	15
2. Arbitraje y jurisdicción	19
3. ¿Es relevante discutir la naturaleza jurídica del arbitraje y su condición de jurisdicción?	23
4. ¿Por qué una jurisdicción arbitral en el Perú?	28
5. ¿Es conveniente para el arbitraje en el Perú el haber sido reconocido como jurisdicción?	35
6. El arbitraje como sede constitucionalmente constituida amparada por el principio de «no intervención»	38
7. El principio <i>Kompetenz-Kompetenz</i> y su transcendencia en relación al principio de no intervención	42
8. ¿La inmunización jurisdiccional del arbitraje supone la total exclusión del control jurisdiccional?	44

9. El legado de la sentencia: ¿«Hiperconstitucionalización» del proceso arbitral?	52
10. Conclusiones	59

REQUISITOS PARA SER ÁRBITRO

FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY

(Perú)

I. Capacidad	69
II. Calificaciones profesionales	73
II.1. Requisitos exigidos en razón del tipo de arbitraje	74
II.2. Incompatibilidades e impedimentos	87
III. Nacionalidad del árbitro	95

LA INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD

DE LOS ÁRBITROS

JOSÉ MARÍA ALONSO

(España)

1. La imparcialidad e independencia del árbitro	98
2. El deber de revelación del árbitro	99
3. Hacia una idea internacional del contenido y alcance del deber de revelación del árbitro	101
4. El árbitro nombrado por una parte	104
5. Apunte final	105

PLANTEOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

EN EL ARBITRAJE

ROQUE J. CAIVANO

(Argentina)

1. Objeto y alcances de este trabajo	107
1.1. Introducción	107
1.2. Aclaraciones sobre el alcance de este trabajo	109
2. La jurisdicción arbitral y sus límites	110

2.1. Justificación y alcances de la jurisdicción arbitral	110
2.2. Cuestiones arbitrables según el derecho argentino	118
3. Arbitrabilidad y planteos de inconstitucionalidad	123
3.1. Efectos de la invocación de normas imperativas sobre la jurisdicción de los árbitros	124
3.2. Nuestra opinión sobre la arbitrabilidad de los planteos de inconstitucionalidad	127
3.3. Las soluciones adoptadas en la experiencia argentina	130
3.3.1. El caso “TT.BB.”	130
3.3.2. El caso “Otondo”	130
3.3.3. El caso “Cie R.P. S.A.”	133
4. ¿Pueden los árbitros declarar la inconstitucionalidad de una norma?	133
4.1. Características del control constitucional argentino	134
4.2. Nuestra opinión	137
4.2.1. La declaración de inconstitucionalidad por árbitros <i>iuris</i>	139
4.2.2. La declaración de inconstitucionalidad por árbitros de equidad	141
4.3. La cuestión, en doctrina y jurisprudencia	143
4.3.1. Las opiniones doctrinarias	143
4.3.2. La jurisprudencia de los tribunales argentinos	146
4.3.2.1. El caso “Otondo”	146
4.3.2.2. El caso “KCK Tissue”	147
4.3.2.3. El voto del juez Belluscio en “Di Mascio”	148
5. Conclusiones	151

ENEMIGOS ÍNTIMOS. EL ARBITRAJE
Y LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS
ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ
(Perú)

1. Introducción	156
-----------------------	-----

2.	El problema práctico detrás de la arbitrabilidad de los contratos administrativos: los límites privados al poder público	161
3.	La desestatización de la Justicia en las relaciones entre los particulares y el Estado	170
4.	La inmunidad soberana y la teoría de los actos del Estado	175
	4.1. La doctrina de la inmunidad soberana	177
	4.2. La doctrina de los actos del Estado	180
5.	El arbitraje de los contratos administrativos sobre adquisición y contratación de bienes y servicios	187
	5.1. La arbitrabilidad de los contratos de adquisiciones y contrataciones de bienes y servicios	187
	5.2. La cláusula Calvo	190
6.	El arbitraje de los contratos administrativos de inversión	193
	6.1. La arbitrabilidad de los contratos sobre inversiones	193
	6.2. El Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (CIADI)	203
	6.2.1. Alcances, objetivos y particularidades del CIADI	204
	6.2.2. Carácter voluntario del CIADI y la renuncia a la protección diplomática	207
	6.2.3. ¿Qué materias pueden ser objeto de arbitraje en el esquema CIADI?	208
	6.2.4. El arbitraje sin convenio arbitral: Legislación interna, los BITs y los Tratados multilaterales	210
	6.2.5. La cláusula de la nación más favorecida	212
	6.2.6. Problemas de ejecución de laudos y decisiones arbitrales	214
	6.2.7. Conflicto entre un Tratado y un Convenio Arbitral	216
	6.3. La discriminación a favor de los extranjeros	223
7.	Conclusión	224

ARBITRAJES MIXTOS Y LEY APLICABLE
EN EL TLC - PAÍSES ANDINOS CON USA
FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI
(Perú)

1. Introducción	227
2. De Adam Smith al NAFTA, un largo camino y una misma idea	229
3. El NAFTA como hito en la evolución progresiva de los TLCs	233
4. El derecho aplicable en los TLCs y los arbitrajes mixtos: del NAFTA al proyecto de TLC - Países Andinos con USA	238
5. La aplicación del Derecho Nacional y del Derecho Internacional de las inversiones en el TLC - Países Andinos con USA	243
6. Conclusión	247

INTRODUCCIÓN A LOS REQUISITOS
RATIONAE MATERIAE Y RATIONAE PERSONAE
DEL ARBITRAJE BAJO EL CONVENIO CIADI

C. IGNACIO SUÁREZ ANZORENA
(Argentina)

1. Introducción	251
1.1. Características generales	251
1.2. Servicios de solución de disputas prestados por el Centro	255
1.3. Fuentes normativas y documentales principales	256
2. La jurisdicción del Centro: Cuestiones generales	257
3. Requisitos <i>rationae materiae</i>	259
3.1. Diferencia de naturaleza jurídica	259
3.2. Concepto de “inversión”	261
3.3. La diferencia debe surgir directamente de una inversión	266
3.4. El consentimiento a la jurisdicción CIADI	268
3.4.1. Formalidades	269
3.4.2. Fuentes del consentimiento	269
3.4.2.1. Formas contractuales	269

3.4.2.2. Ofertas de jurisdicción en legislación local y en tratados internacionales	271
3.4.3. El carácter irrevocable del consentimiento	273
3.4.4. Efectos de la declaración con relación al tipo de disputas que se aceptan someter a la jurisdicción del Centro	274
4. Requisitos <i>rationae personae</i>	276
4.1. La parte estatal en la disputa	277
4.2. El nacional de otro Estado Contratante	279
4.2.1. Personas Naturales	279
4.2.2. Personas Jurídicas	281
5. Consideraciones finales	286

LA JURISDICCIÓN *RATIONE TEMPORIS*
EN ARBITRAJES BAJO LOS
TRATADOS BILATERALES DE INVERSIONES

PAOLO DI ROSA

(*Estados Unidos de Norteamérica*)

I. Introducción	289
II. Las distintas dimensiones temporales de los tratados	292
A) La dimensión de los actos o conducta del Estado	293
B) La dimensión de la fecha de la inversión	295
C) La dimensión de la fecha de inicio de la controversia	298
D) La dimensión de la fecha de inicio de la obligación legal	304
E) La dimensión de fecha de denuncia del tratado	306
III. Las dimensiones temporales y su relación con la aplicación retroactiva de los tratados	306
A) Relación entre la dimensión de actos del Estado y la dimensión de reclamo o controversia	307
B) Relación entre la dimensión de actos del Estado y la dimensión de la fecha de la inversión	312
C) Los tratados auténticamente retroactivos	318
D) Actos continuos o serie de actos del Estado	319

IV. Síntesis y Conclusiones	327
-----------------------------------	-----

EL ARBITRAJE INTERNACIONAL CIADI Y LA PROTECCIÓN
DE LAS INVERSIONES. NUEVAS TENDENCIAS

Y ALCANCES DE LOS BITs

GUILLERMO SÁNCHEZ BRAVO

(Perú)

1. Alcances de la cláusula de sometimiento al arbitraje unilateral contenida en los BITs	335
2. Cláusulas atributivas de competencia contenidas en los BITs y su aplicación ante la violación del tratado o del contrato de inversión	341
3. Conclusión	347

TRATAMIENTO DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL
EN LA VIGENTE LEGISLACIÓN ESPAÑOLA DE ARBITRAJE

MARTA GONZALO QUIROGA

(España)

I. Introducción	349
II. Armonización y arbitraje internacional.....	353
III. ¿Monismo arbitral en la Ley N ^o 60/2003 (LA)?	355
IV. Reconocimiento primigenio del arbitraje internacional	357
V. El convenio arbitral internacional	360
VI. Diferencia en la cualificación profesional de los árbitros entre el arbitraje interno y el internacional.....	362
VII. Plazo para dictar el laudo	363
VIII. <i>Exequátur</i> de los laudos arbitrales extranjeros. Tribunales competentes	365
IX. Planteamiento actual de una cuestión de inconstitucionalidad al artículo 5, apartado a), LA: A propósito de su repercusión en la práctica internacional	366
X. Conclusiones y perspectivas de futuro.....	369

¿POR QUÉ ESPAÑA? RAZONES PARA ELEGIR ESPAÑA COMO
SEDE DE ARBITRAJES INTERNACIONALES

JOSÉ ANTONIO CAÍNZOS

(*España*)

1.	La economía española entre 1980 y 2005	380
	A) Datos macroeconómicos	380
	B) La internacionalización de la economía española	381
	C) Las comunicaciones	383
	D) Las telecomunicaciones	385
2.	Los profesionales relacionados con el arbitraje	386
	A) Los abogados en España	386
	B) Los árbitros españoles	392
	C) Las instituciones arbitrales españolas	393
	D) Los expertos en diversas materias	394
3.	La nueva Ley española de Arbitraje	394
	A) La regulación del arbitraje en España	396
	B) Las ventajas de la Ley española de Arbitraje	399
	a) Se inspira en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) el 21 de junio de 1985 y la mejora	399
	b) Recoge las experiencias de otras leyes arbitrales y de la práctica arbitral internacional	400
	c) Sigue el sistema monista	402
	d) Autonomía de la Ley de Arbitraje	404
	e) La libre disposición de las partes es el elemento inspirador básico.	405
	f) La ley opta por el arbitraje de derecho	407
	g) La ley opta por el arbitraje de un solo árbitro	410

h) El convenio arbitral	411
i) La designación de árbitros	412
j) Los arbitrajes multiparte	413
k) Independencia e imparcialidad	414
l) La competencia de los árbitros (<i>Kompetenz-Kompetenz</i>)	415
m) La potestad de adoptar medidas cautelares	415
n) El laudo: plazo para su emisión y forma	419
o) Los plazos de corrección, aclaración y complemento del laudo	422
p) La acción de anulación	422
q) La ejecución del laudo	423
r) El <i>exequátur</i> de laudos extranjeros	425
4. La actitud de los tribunales españoles ante el arbitraje	426
5. Conclusiones	431

LAUDOS ARBITRALES NACIONALES

Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE)

<p>⤴ Expediente Arbitral N° 080-2004/SNCA-CONSUCODE Demandante: Urgencia Postal S.A. Demandado: Empresa Peruana de Servicios Editoriales S.A. (Editora Perú) Materia: Indemnización por daños</p>	435
<p>⤴ Expediente Arbitral N° 149-2003/SNCA-CONSUCODE Demandante: Superconcreto del Perú S.A. Demandado: Municipalidad Provincial de Piura Materia: Resolución de contrato</p>	475

LAUDOS ARBITRALES INTERNACIONALES

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

- ⤴ **Caso Nro. ARB (AF) / 97 / 1**
 Demandante: Metalclad Corporation
 Demandado: Estados Unidos Mexicanos 493
- ⤴ **Caso Nro. ARB (AF) / 97 / 2**
 Demandante: Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca
 Demandado: Estados Unidos Mexicanos 525

DECISIONES CONSTITUCIONALES Y JUDICIALES

Tribunal Constitucional

- ⤴ Exp. N° 6167-2005-PHC/TC - LIMA
 Fernando Cantuarias Salaverry 561
- ⤴ Comentario de la Sentencia del Tribunal Constitucional:
 «Los dilemas de constitucionalizar el arbitraje»
 J. DOMINGO RIVAROLA REISZ (*Perú*) 577

Corte Superior de Justicia de Lima

- ⤴ **Anulación de Laudo Arbitral**
 Exp. N° 598-2003
 Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima
 Demandante: Ministerio de Transportes y Comunicaciones
 Demandado: Telefónica del Perú S.A.A. y otro 583
- ⤴ **Anulación de Laudo Arbitral**
 Exp. N° 384-2003
 Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima
 Demandante: Distribución Eléctrica de Lima Norte S.A.A. (EDELNOR)
 Demandado: Estación de Servicios El Obelisco S.A. 591

**Corte Superior de Justicia de Lima – Primera Sala Civil
Subespecializada Comercial**

<p>⤴ Anulación de Laudo Arbitral Exp. N° 195-2005 Demandante: Repsol Comercial S.A.C. Demandado: Compañía Minera e Industrial Sagitario S.A.</p>	599
NOTICIAS ARBITRALES	609
SOBRE LOS AUTORES	617
AGRADECIMIENTOS	623
ÍNDICES HISTÓRICOS	625
<p>⤴ Primer número de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE (1/2005)</p>	627
ÍNDICE GENERAL	629

Se terminó de imprimir en los Talleres Gráficos de
Editora Jurídica Grijley <grijley@yahoo.com>,
en el mes de mayo de 2006.