



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

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 E INTERNACIONALES

I / 2005



EDITORIA JURÍDICA GRJLEY



E D I T O R A J U R Í D I C A G R I J L E Y



REVISTA PERUANA DE
ARBITRAJE

COMITÉ EDITOR

JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA

(PRESIDENTE)

FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY

FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI

PAOLO DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO

CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA

(DIRECTOR EJECUTIVO)

KATTY MENDOZA MURGADO

(ASISTENTE)

1 / 2005



DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO N° 822

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

© 2005, Revista Peruana de Arbitraje

© 2005, Jorge Santistevan de Noriega
Fernando Cantuarias Salaverry
Franz Kundmüller Caminiti
Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio
Carlos Alberto Soto Coaguila
Esteban Alvarado Yanac
(Comité Editor)

© 2005, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

Composición e Impresión *Láser Graf Alvarado*

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

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)929 1831

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 a cargo del Dr. Jorge Santistevan de Noriega	7
---	---

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 (<i>Canadá</i>)	13
⤴ Algunas reflexiones sobre el alcance de la protección de las inversiones en el marco de los tratados firmados por Argentina OSVALDO J. MARZORATI (<i>Argentina</i>)	71
⤴ El arbitraje y los tratados de libre comercio FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI (<i>Perú</i>)	119
⤴ Regulación nacional del arbitraje y la Convención de Nueva York BERNARDO M. CREMADES (<i>España</i>)	179
⤴ ¿Cuándo estamos ante un arbitraje nacional o internacional conforme a la Ley General de Arbitraje? FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY (<i>Perú</i>)	207
⤴ Arbitraje institucional o arbitraje ad-hoc ¿He ahí el dilema? PAOLO DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO (<i>Perú</i>)	231
⤴ Interferencia judicial en los arbitrajes GUILLERMO LOHMANN LUCA DE TENA (<i>Perú</i>)	265

LAUDOS ARBITRALES

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 283
- ✦ **Caso Arbitral N° 082-2003/SNA-CONSUCODE**
 Demandante: Jenny Hortensia Egüsquiza Oliveros
 Demandado: Instituto Nacional de Desarrollo - INADE 299

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 319
- ✦ **Caso Nro. ARB/97/3**
 Demandante: Compañía de Aguas del Aconguija S.A. y
 Vivendi Universal (antes *Compagnie Générale des Eaux*)
 Demandado: República Argentina 349

NOTAS DE INTERÉS

- ✦ Directorio de Centros de Arbitraje 399
- ✦ Repertorio de Leyes de Arbitraje 403
- ✦ Circular de la Corte Suprema de la República del Perú:
 Sobre el respeto a la autonomía de la jurisdicción arbitral 405
- ✦ 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 407

SOBRE LOS AUTORES 411

PRESENTACIÓN

Los procesos arbitrales, que duda cabe, se han incrementado en los últimos tiempos en el Perú. Se puede comprobar que en el Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima se han superado los mil casos resueltos y en la Gerencia de Conciliación y Arbitraje del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones con el Estado (CONSUCODE) la cifra va *in crescendo*, en vista de la disposición legal que abre el camino del arbitraje en los contratos que al efecto celebran las instituciones del Estado. El centro arbitral de la Cámara de Comercio Americana del Perú (AmCham Perú) comienza a tener presencia en nuestro medio, como la tienen también los de los colegios profesionales, reguladores de servicios públicos y universidades como la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Asimismo, las repercusiones del arbitraje internacional se hacen sentir. Así ocurre a propósito de casos que se arbitran fuera pero que atañen a nacionales o al propio Estado. Es el ejemplo del laudo dictado en el marco del Centro Internacional para el Arreglo de las Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) que, por su interés, se publica por primera vez en éste nuestro número inaugural. Pero no sólo ello, como Estado el Perú viene celebrando Tratados de Protección y Promoción de Inversiones con otros países que suelen incluir cláusulas habilitantes de arbitraje, sin contar los numerosos contratos de concesión y, especialmente, de estabilidad jurídica y tributaria en los que se ha establecido una cláusula o convenio arbitral que puede conducir a una sede nacional o extranjera y con relativa frecuencia al CIADI. A esto último habrá que añadir las repercusiones

que en relación al arbitraje tendrán los Tratados de Libre Comercio –tema que se toca en el presente volumen– que el Perú tiene celebrado y los que viene negociando precisamente en los días en que sale a luz el primer número de nuestra revista.

En este contexto, el arbitraje es visto con particular interés por empresarios de todo tipo, así como por ciudadanos interesados en resolver las controversias a las que eventualmente puedan confrontar. Se les presenta atractivo en el mundo de los negocios y en los asuntos civiles pues ven en él un sistema de solución de conflictos eficiente, flexible y respetuoso de la voluntad de las partes que libremente a él se someten. Aparece atractivo por su grado de reserva y la fundada esperanza que permite cifrar en la rapidez pues, en general, se prefiere acudir a él en una sola instancia.

En las transacciones económicas es cada vez mayor el número de personas que incorporan cláusulas de arbitraje, ya sea porque permite superar la desconfianza en el Poder Judicial o porque -por las razones anotadas- se adecua mejor al interés de dilucidar los diferendos en un ánimo de evitar las complejidades de largos y enrevesados litigios. Y mientras se convencen dichas personas de que mediante el arbitraje se obtienen soluciones a conflictos a través de decisiones finales contenidas en los laudos, que jurídicamente hablando tienen el valor de una sentencia y adquieren la calidad de cosa juzgada, el arbitraje como institución y como sistema tiene asegurado un amplio campo de desarrollo.

Por estas razones, el suscrito, acompañado de un grupo de profesionales que han tenido la gentileza de considerarme para presidirlos, hemos decidido publicar una revista que bajo el nombre de REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE pretende dar a conocer los beneficios de esta institución jurídica que tanto viene ofreciendo en el mundo dinámico y globalizado en que vivimos. Para ello hemos convocado a un número de reconocidos especialistas nacionales y extranjeros a fin de que, mediante artículos inéditos y de un alto rigor científico, analicen los diferentes aspectos del arbitraje nacional e internacional. De otro lado, conscientes de la importancia y trascendencia de los laudos arbitrales, nacionales o internacionales, tanto por su construc-

ción jurídica como por la forma de lograr resolver las controversias, nuestra revista considera –y lo practica desde ya- su publicación, bien porque los laudos sean públicos como ocurre en el sistema arbitral de CONSUCODE, bien porque las partes lo consienten expresamente.

En una última sección incluimos diversas notas de interés vinculadas al quehacer arbitral en el Perú y en el extranjero. Precisamente en esta sección los lectores encontrarán dos pronunciamientos del Poder Judicial que tienen singular importancia en un momento en que se ha pretendido buscar la intervención judicial mientras los arbitrajes están en curso. Se trata de una circular de la Sala Plena de la Corte Suprema de la República sobre el respeto a la autonomía arbitral y una ejecutoria emanada de la Sala Civil de la misma corte en la que se dilucida un imposible conflicto de competencia entre los jueces y la jurisdicción arbitral, así reconocida por los Vocales de la Corte Suprema, como anteriormente lo han hecho los magistrados del Tribunal Constitucional en una línea jurisprudencial que se viene imponiendo en nuestro país y que será analizada en nuestro próximo número.

Nuestro propósito es publicar la revista semestralmente. Esperamos aunar al entusiasmo indeclinable de los miembros del Comité Editor, el favor de los árbitros del Perú, de los abogados y juristas especializados e interesados en la materia, así como de las personas que desde el mundo de los negocios, las actividades académicas y profesionales ven en esta publicación un instrumento de difusión y debate cuya presencia se hacía sentir en los últimos años.

En cuanto al contenido, el lector encontrará una sección de doctrina nacional e internacional. Generosamente han contribuido a ella especialistas peruanos junto con reputados árbitros y destacados abogados internacionales. Entre los extranjeros, con artículos inéditos, nos han hecho el favor de entregarnos su obra: Henri Alvarez de Canadá, Osvaldo J. Marzorati de Argentina y Bernardo M. Cremades de España. Entre nuestros compatriotas contamos con el aporte intelectual de Fernando Cantuarias Salaverry, Franz Kundmüller Caminiti, Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio y Guillermo Lohmann Luca de Tena.

Abrimos nuestra sección laudos arbitrales con dos nacionales que han puesto fin a controversias dilucidadas por tribunales o árbitros únicos bajo la administración de la mencionada gerencia de CONSUCODE. Y, como lo anunciamos, presentamos en nuestra sección laudos internacionales el relativo a la controversia planteada contra el Estado Peruano por Lucchetti y el fallo emitido por el comité ad-hoc (instancia que conoce de los recursos de anulación de laudos arbitrales CIADI) en el conocido «Caso Vivendi» seguido por la Compañía de Aguas del Aconguija S.A. y Vivendi Universal contra la República Argentina. Ambos fueron pronunciados en procesos administrados por el CIADI y referidos a supuestos incumplimientos de los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, más conocidos como BITs, en sus siglas en inglés.

Todo estreno supone siempre un caluroso agradecimiento por parte de los responsables. El de esta revista no es una excepción. Por ello los miembros de la redacción extendemos nuestro reconocimiento a cada uno de los autores, así como a la casa editorial que nos acoge: Editora Jurídica Grijley y su gerente el señor Esteban Alvarado sin cuyo profesionalismo no sería realidad este primer esfuerzo.

Editar una revista en el Perú no es tarea fácil, menos aún en tiempos en que la lectura se cultiva poco y se le esquivo mucho con cualquier pretexto. Exige esta tarea promocional esfuerzos profesionales y académicos, además de económicos, que nos obligan a hacer un llamado a las instituciones, personalidades del empresariado, colegas del derecho y profesionales en general que deseen sumarse a este reto de hacer del arbitraje en el Perú una práctica respetada y prestigiada, enmarcada dentro del ámbito de la justicia y la equidad. A todos ellos nuestras puertas abiertas.

Lima, noviembre de 2005

Jorge Santistevan de Noriega
Presidente del Comité Editor

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 (**)

Pienso que cada sistema jurídico constantemente necesita preocuparse de asociar sus normas con los principios morales fundamentales de la sociedad a la cual pertenece. La doctrina del orden público es capaz, si se entiende correctamente, de prestar parte de este servicio.

Lord Radcliffe, *The Law and its Compass*, 1962

(*) El presente artículo inédito ha sido traducido bajo la responsabilidad de Fernando CANTUARIAS SALAVERRY con la autorización del autor. La versión en inglés tiene como título «*Guided by an Invisible Hand Public Policy under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreements*».

(**) Socio en la firma Fasken Martineau DuMoulin LLP en Vancouver, British Columbia, Canadá.

El autor agradece la colaboración del Dr. Dierk Ullrich, asociado en la firma Fasken Martineau DuMoulin LLP en Vancouver, British Columbia, Canadá.

Señor y amo, escucha mi llamado!
Aquí llega el amo!
Te necesito!
Del espíritu al que invoqué,
Señor, libérame!

Johann Wolfgang von Goethe, *Der Zauberlehrling*, 1797

SUMARIO: *I. Introducción. II. El Capítulo 11 del TLCAN. III. Conceptos de orden público. 1. Orden Público Interno. 2. Orden Público Internacional. 3. Orden Público Transnacional. 4. El Orden Público en el Derecho Internacional Público. 5. Distinguiendo las Nociones de Orden Público. IV. Orden Público al amparo del Capítulo 11 del TLCAN. V. Aplicación del concepto de Orden Público a los laudos emitidos al amparo del TLCAN. 1. Formulación y Modificación del Derecho Internacional. (a) Pacta Sunt Servanda y los Principios de Interpretación de los Tratados. (b) Responsabilidad del Estado. (c) Creación del Derecho Internacional Consuetudinario. 2. Transparencia. (a) Transparencia Administrativa. (b) Transparencia del Proceso Arbitral. 3. Derecho de Igualdad de las Partes. 4. La Carga de la Prueba. VI. Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años, se han hecho grandes esfuerzos por domar al «caballo rebelde»⁽¹⁾ y engancharlo al carruaje del arbitraje comercial internacional. Aunque el orden público cambia constantemente y por lo tanto resulta difícil de definir, entendemos que está constituido por normas imperativas o por principios y estándares que «son tan sagradas que deben ser preservados a todo costo y sin excepción alguna».⁽²⁾ Entendemos que el orden público afecta una serie de aspectos, como son la arbitrabilidad de las controversias, el procedimiento arbitral, y la impugnación y ejecución de los laudos arbitrales. También distinguimos, como principio básico, entre los

(1) RICHARDSON v. MELLISH (1824) 2 Bing. 228; [1824-34] All ER Rep. 258.

(2) J. LEW, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, Dobbs Ferry, Oceana, 1978, p. 543.

distintos conceptos de orden público cuya aplicación depende del contexto legal en cuestión. Al respecto, muchos autores han propuesto tres conceptos de orden público, a saber: orden público interno, orden público internacional y orden público transnacional.⁽³⁾

Esta terminología, que de ningún modo se aplica de manera uniforme y por lo tanto es objeto de constantes críticas por las confusiones que genera,⁽⁴⁾ ha surgido de los conflictos que se han producido en el ámbito de la teoría legal y de la distinción que existe entre el orden público doméstico (interno) y el orden público internacional (externo). Dentro de este contexto, el orden público internacional permite que un tribunal no aplique una ley extranjera en aquellos casos en los que la aplicación de dicha ley podría infringir los valores o principios sociales y legales fundamentales de la sociedad.⁽⁵⁾ El con-

⁽³⁾ A. REDFERN y M. HUNTER, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2004, pp. 9-33; D. MILLER «Public policy in International Commercial Arbitration in Australia», en *Arbitration International*, vol. 9, 1993, pp. 176-177; M. BUCHANAN, «Public Policy and International Commercial Arbitration», en *American Business Law Journal*, vol. 26, pp. 513-515; K.M. CURTIN, «Redefining Public Policy in International Arbitration of Mandatory Laws», en *Defense Counsel Journal*, vol. 64, 1997, p. 271.

⁽⁴⁾ Ver P. LALIVE, «Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration», en P. SANDERS (ed.), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, Kluwer, Deventer, 1987, p. 258. Por ejemplo, R. KREINDLER, «Approaches to the Application of Transnational Public Policy by Arbitrators», *Journal of World Investment*, vol. 4, 2003, p. 239, parece que usa los términos «orden público transnacional» y «orden público internacional» como sinónimos en numerosas ocasiones.

⁽⁵⁾ Y. DERAIS, «Public Policy and the Law Applicable to the Dispute in International Arbitration», en P. SANDERS (ed.), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, Kluwer, Deventer, 1987, pp. 227-228; INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, COMMITTEE ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, *Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards (International Law Association, London Conference, 2000)*, pp. 5-6 («Interim Report»). Ver también el dictamen de Sir H. LAUTERPACHT en el caso concerniente a la aplicación de la Convención de 1902 sobre la tutela de infantes (Países Bajos v. Suecia), 1958, *I.C.J.*, p. 55: «En la esfera del derecho internacional privado la excepción de orden público como razón para la exclusión de la ley extranjera en un caso en particular es general –o, mejor dicho, universalmente- reconocida. Es reconocida en varias formas, con diferentes niveles de énfasis y ocasionalmente con diferencias marcadas en su aplicación. ... En

cepto de orden público transnacional surgió de la comprensión que ciertos valores fundamentales (comunes a una serie de miembros de la comunidad comercial internacional) trascienden la esfera nacional.

El orden público también existe como concepto en el derecho internacional público. Originalmente reservado a las relaciones entre Estados, la aparición de conflictos entre inversionistas y Estados al amparo de modernos tratados bilaterales y regionales de protección a la inversión ha originado que en el arbitraje comercial se aplique el derecho internacional público. Al respecto, ahora es común que los tribunales arbitrales establecidos en virtud de dichos tratados apliquen los términos de los tratados y del derecho internacional público, directamente al litigio entre el inversionista y el Estado. En estos casos, uno podría considerar que también se aplicará el concepto de orden público del derecho internacional público.⁽⁶⁾

En vista de que los tribunales arbitrales establecidos en virtud del Capítulo 11 del *Tratado de Libre Comercio de América del Norte*⁽⁷⁾ («TLCAN») están obligados a resolver los conflictos de conformidad con los términos del tratado y con las disposiciones de derecho internacional, se podría esperar que se aplique la noción de orden público del derecho internacional público. Sin embargo, al mismo tiempo, dos de los tres mecanismos de arbitraje disponibles en virtud del Capítulo 11, así como los mecanismos para la revisión y ejecución de los laudos arbitrales, se basan considerablemente en el proceso de arbitraje comercial internacional y en los instrumentos diseñados para

general, el resultado es el mismo en la mayor parte de países - tanto así, que el reconocimiento de la parte esencial del orden público debe ser reconocido como un principio general en el campo de la ley privada internacional».

(6) Por ejemplo, en el artículo 2 de su Resolución sobre arbitraje entre Estados, empresas del Estado o entidades del Estado y empresas extranjeras, el Institute of International Law declara que «[e]n ningún caso un árbitro puede violar los principios del orden público internacional en cuanto al cual ha surgido en la comunidad internacional un amplio acuerdo general».

(7) North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of Mexico and the Government of the United States, 17 de diciembre de 2002, (1993) 32 I.L.M. 289; Can T.S. 1994 N° 2.

su implementación y administración, los mismos que cuentan con sus propios conceptos de orden público y tienen sus propias implicancias.⁽⁸⁾ Resulta interesante ver que hasta la fecha este aspecto del arbitraje entre inversionistas y Estados bajo el TLCAN ha recibido relativamente poca atención.⁽⁹⁾

Dos casos muy recientes que se han producido en el Canadá ilustran las inquietudes que este tema genera: a fines de enero de 2005, la Corte Suprema de Justicia de Ontario resolvió el caso de una impugnación constitucional interpuesta por una serie de organizaciones no gubernamentales (ONGs) en contra del Capítulo 11 del TLCAN.⁽¹⁰⁾ Estas ONGs, al igual que otros detractores del TLCAN, argumentan que el capítulo de inversiones del Tratado tiene un efecto nocivo sobre el orden público interno –tal como lo define la ciencia política– en áreas específicas, como por ejemplo la salud pública o protección ambiental.⁽¹¹⁾

(8) Como se describe abajo, el inversionista en el Capítulo 11 puede elegir entre el arbitraje bajo la Convención del CIADI, el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI y las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL. Como ni Canadá ni México forman parte de la Convención del CIADI, la única opción es entre los dos últimos sistemas de reglas que están pensadas fundamentalmente para el arbitraje comercial internacional.

(9) El único estudio académico hasta el momento parece ser el de M. HUNTER y G. CONDE e SILVA, «Transnational Public Policy and its Application in Investment Arbitrations», en *Journal of World Investment*, vol. 4, 2003, p. 367.

(10) El Council of Canadians, el Canadian Union of Postal Workers y el Charter Committee on Poverty Issues atacaron el Capítulo 11 del NAFTA argumentando que minimiza incorrectamente la independencia de los tribunales judiciales canadienses, al delegar la autoridad para juzgar asuntos reservados a ellos según la Constitución canadiense. Además, infringe los derechos y libertades garantizadas por la carta canadiense de derechos y libertades, excede los poderes que tiene el gobierno federal para suscribir tratados y viola el debido proceso. Ver: The Council of Canadians, News Release, «Court to decide if NAFTA violates constitution» (enero 24, 2005), online: <http://www.canadians.org>.

(11) Ver, Council of Canadians *et al.* v. Canada (Attorney General), Suprema Corte de Justicia de Ontario, Expediente N° 01-CV-208141, Affidávit del profesor D. SCHENEIDERMAN, 17 de septiembre de 2004, p. 11, en la ciencia política, el término designa un sistema de objetivos sociales y de medidas (incluidas las leyes) tomadas por el gobierno y sus agentes para realizar estos objetivos. Ver: T.A. BIRKLAND, *An Introduction to the Policy Process: Theories, Concepts and Models of Public Policy Making*, Armonk, M.E. Sharpe, 2001, pp. 20-21.

Asimismo, a mediados de enero de 2005, un tribunal del Canadá se negó por cuarta vez a anular un laudo arbitral emitido en virtud del Capítulo 11 del TLCAN, por motivos de orden público.⁽¹²⁾ Citando jurisprudencia canadiense previa, el tribunal reiteró:

La aplicación de nuestro orden público a laudos arbitrales extranjeros tiene como propósito evitar la ejecución de un laudo *que sea significativamente contrario a nuestros principios de justicia y equidad*, en una forma que las partes podrían argumentar que el laudo se emitió en otra jurisdicción, donde las normas de procedimiento o de derecho sustantivo difieren significativamente de las nuestras, o en aquellos casos en los que ha existido ignorancia o corrupción de parte del tribunal, que no podrían ser tolerados ni perdonados por nuestros tribunales.⁽¹³⁾

Aquellos que practican el arbitraje comercial internacional están familiarizados con esta dimensión legal del orden público, y no simplemente por el hecho que constituye causal para denegar el reconocimiento y ejecución de laudos en virtud de la *Convención de Nueva York*⁽¹⁴⁾ y para anular y rechazar el reconocimiento y ejecución de laudos en virtud de la Ley Modelo.⁽¹⁵⁾ Ambos instrumentos dirigen a los tribunales hacia el orden público de la jurisdicción a

⁽¹²⁾ Mexico v. Karpa, [2005] O.J. N° 16 (Q.L.) (C.A.) («Apelación en Karpa») desestimando la apelación desde [2003] O.J. N° 5070 (Q.L) (Sup. Ct.). México ha impugnado la indemnización por daños y perjuicios otorgada por el tribunal arbitral del NAFTA en Marvin FELDMAN v. Mexico, caso ICSID N° ARB (AF)99/1, laudo de 16 de diciembre del 2002 («Laudo en Feldman») en la base a la violación del orden público de Ontario, la sede del arbitraje. Ver también Canada (Attorney General) v. S.D. Myers Inc. 2004 FC 38, parágrafo 56 «Anulación de Myers». Aún cuando la decisión de la Corte Suprema de British Columbia en el caso The United Mexican States v. Metalclad Corporation es controversial, 2001 VCSC 664, parágrafo 118 («Anulación de Metalclad»), no amparó la solicitud de anulación del laudo arbitral por violación del orden público.

⁽¹³⁾ Apelación en Karpa, parágrafo 66.

⁽¹⁴⁾ Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros, 10 de junio de 1958, 330 U.N.T.S. 38, Artículo V(2) (b).

⁽¹⁵⁾ «United Nations Commission on International Trade Law» (UNCITRAL), UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, 21 de junio de 1985, Artículos 34(2) (b) (ii) y 36(1) (b) («Ley Modelo»).

cargo de la revisión o ejecución del laudo arbitral, lo cual, en este contexto, ha sido ampliamente interpretado como «orden público internacional».⁽¹⁶⁾

Entonces, ¿cuál es el concepto adecuado de orden público que deben tener en cuenta los tribunales arbitrales establecidos en virtud del Capítulo 11 y las autoridades con jurisdicción sobre procesos arbitrales iniciados al amparo del Capítulo 11 para la revisión o ejecución de los laudos arbitrales resultantes de dichos procesos arbitrales? Para dar una idea más clara del tema, describiremos brevemente el capítulo de inversiones del TLCAN y el mecanismo de solución de conflictos (Sección II), seguido de una evaluación de los distintos conceptos de orden público y sus características más saltantes (Sección III). En la Sección IV explicaremos, a nivel teórico, la noción correcta de orden público a ser aplicada en los procesos de arbitraje sobre temas de inversión entablados en virtud del TLCAN, y en la Sección V daremos ejemplos de cómo el orden público ha influenciado en la práctica los procesos de arbitraje iniciados al amparo del Capítulo 11. En la Sección VI presentaremos nuestras conclusiones.

II. EL CAPÍTULO 11 DEL TLCAN

El Capítulo 11 del TLCAN, que trata sobre la protección de las «Inversiones», es el primer acuerdo multilateral que combina normas de derecho sustantivo y de procedimiento, para la protección de las inversiones en un sólo régimen integral. Más aún, con respecto a la solución de conflictos, el Capítulo 11 del TLCAN contiene el primer mecanismo para la solución de los conflictos que surjan entre los inversionistas y el Estado en los países miembros de la Organización

⁽¹⁶⁾ Así, las cortes canadienses han revisado los laudos arbitrales, en concordancia con las legislaciones arbitrales domésticas que han implementado la Ley Modelo de UNCITRAL, y han aplicado el orden público del foro. Al respecto, el reporte interino del IIA en el parágrafo 7, observa: «Mientras no sabemos de ningún caso en el que un tribunal judicial haya aplicado expresamente el orden público transnacional, existen algunas pocas decisiones que claramente hacen referencia al concepto ...». Ninguna de estas son canadienses ni parecen implicar arbitrajes entre inversionistas y Estados bajo reglas NAFTA/BIT.

para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OCED).⁽¹⁷⁾ Las raíces intelectuales, estructurales y sustantivas del capítulo sobre inversiones del TLCAN se encuentran en el Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Estados Unidos⁽¹⁸⁾ y en los tratados bilaterales de protección de inversiones (BITs) también suscritos por Canadá y Estados Unidos.⁽¹⁹⁾

El Capítulo 11 se divide en tres secciones, a saber: la primera describe las normas de derecho sustantivo sobre protección de la inversión; la segunda describe los mecanismos disponibles para la solución de conflictos entre inversionistas y el Estado; y la tercera contiene las definiciones relevantes.⁽²⁰⁾ Las disposiciones de derecho sustantivo contenidas en la Sección A garantizan un estándar mínimo, el trato nacional y la cláusula de la nación más favorecida, brindando así un tratamiento uniforme a todos los inversionistas de los países miembros del TLCAN.⁽²¹⁾ Las disposiciones de esta sección prohíben que se impongan requisitos de desempeño y otros requerimientos a los inversionistas⁽²²⁾; establecen el derecho a transferir libremente las utilidades generadas por la inversión al país de origen del inversionista⁽²³⁾; y establecen las condiciones para la expropia-

(17) D.M. PRICE, «An Overview of the NAFTA Investment Chapter: Substantive Rules and Investor-State Dispute Settlement», en *The International Lawyer*, vol. 27, 1993, p. 731, quien anota que es también la primera vez que México ha integrado un acuerdo internacional que prevé un sistema de arbitraje entre inversionistas y Estados.

(18) (1988) 27 I.L.M. 293.

(19) Ver J.T. FRIED, «Two Paradigms for the Rule of International Trade Law», en *Canada-United States Law Journal*, vol. 20, 1994, p. 78.

(20) Sección A – Inversión, Art. 1101 – 1114 NAFTA; Sección B – Solución de Disputas entre una Parte y un inversionista de otra Parte, Art. 1115 – 1138 NAFTA; Sección C – Definiciones, Art. 1139 NAFTA.

El Capítulo 11 también contiene cuatro anexos con reservas, excepciones y aclaraciones. Para una descripción más profunda, ver H. ALVAREZ, «Arbitration Under the North American Free Trade Agreement», en *Arbitration International*, vol. 16, 2000, p. 393 y J.C. THOMAS, «Investor-State Arbitration Under NAFTA Chapter 11», en *Cdn. Y.B. of Int'l Law*, 1999, p. 99.

(21) Art. 1102 – 1105 NAFTA.

(22) Art. 1106 - 1107 NAFTA.

(23) Art. 1109 NAFTA.

ción y la correspondiente compensación de las inversiones.⁽²⁴⁾ La Sección A también admite una serie de excepciones y reservas con respecto a algunas medidas internas específicas, o sectores o programas económicos específicos,⁽²⁵⁾ así como también ciertas formalidades y requisitos de información,⁽²⁶⁾ y estándares nacionales de protección ambiental.⁽²⁷⁾

En virtud de las disposiciones de la Sección B del Capítulo 11, el proceso para la solución de conflictos entre inversionistas y el Estado puede ser iniciado por el inversionista de un Estado Miembro en contra del otro Estado Miembro (Estado receptor de la inversión), ya sea por su propia cuenta o a nombre de una empresa constituida en virtud de las leyes del Estado receptor de la inversión y que sea de propiedad del inversionista o esté controlada, ya sea directa o indirectamente, por el inversionista.⁽²⁸⁾ Se cuenta con un recurso para la solución de reclamos relacionados con las pérdidas o daños sufridos por el inversionista o su inversión, cuando éstos son causados por las medidas adoptadas por el Estado receptor de la inversión en violación de las obligaciones de derecho sustantivo que hubiera asumido en virtud de las disposiciones del Capítulo 11.⁽²⁹⁾

⁽²⁴⁾ Art. 1110 NAFTA. Ver también, G.N. HORLICK «Sovereignty and International Trade Regulation», en *Canada-United States Law Journal*, vol. 20, 1994, p. 6, quien advierte que México al consentir en los estándares del artículo 1110 del NAFTA, ha abandonado la doctrina CALVO.

⁽²⁵⁾ Art. 1108 NAFTA. Para una breve descripción de estas reservas y excepciones para cada una de las partes del NAFTA, ver G.N. HORLICK y Alicia L. MARTI, «NAFTA Chapter 11B. A Private Right of Action to Enforce Market Access through Investments», en *Journal of International Arbitration*, vol. 14, 1997, pp. 50-52.

⁽²⁶⁾ Art. 1111 NAFTA.

⁽²⁷⁾ Art. 1114(1) NAFTA, que dispone que las partes asumen un compromiso mutuo de que el incentivo a las inversiones no debe deteriorar las normas ambientales, de seguridad y de salud.

⁽²⁸⁾ Art. 1116(1) y 1117(1) NAFTA; para la definición de empresa, ver el artículo 1139 y 201 NAFTA.

⁽²⁹⁾ Incluyendo sus entidades subnacionales y las medidas autorizadas de las empresas estatales y monopolios particulares, Artículos 1116(1)(a), (b) y 1117 (1)(a), (b) en conexión con los Artículos 1503(2) y el 1502 (3) (a) NAFTA. La presentación de un

Aunque el arbitraje es el mecanismo elegido para la solución de conflictos relacionados con la inversión por los Estados Miembros del TLCAN, se alienta a las partes en conflicto a que primero solucionen sus diferencias mediante negociaciones y consultas.⁽³⁰⁾ Adicionalmente, el sometimiento de reclamos a arbitraje en virtud de las disposiciones del Capítulo 11 está condicionado a la aceptación del inversionista y a la renuncia a todos los demás derechos que el inversionista pudiera tener para tratar de encontrar una reparación contra la misma medida impugnada en cualquier otro foro nacional o internacional.⁽³¹⁾

reclamo tiene un plazo de caducidad de 3 años, que corre a partir de la fecha en la cual se puede advertir que el inversionista ha tomado conocimiento de la violación y de los daños incurridos o pérdidas (artículo 1116(2) y 1117(2) NAFTA).

⁽³⁰⁾ Art. 1118 NAFTA, en términos procesales, esta vía es enfatizada al exigirse un periodo de espera de seis meses entre la presencia de la pérdida o daño y la presentación del reclamo. Art. 1120(1) NAFTA.

⁽³¹⁾ Art. 1120(1) y (3) NAFTA. Si el inversionista actúa en representación de una empresa de su propiedad o bajo su control, la empresa también debe renunciar a sus derechos de la misma forma, Art. 1121(2) NAFTA, excepto en los casos del Art. 1121(4). Ver también *Waste Management Inc. v. United Mexican States*, Caso CIADI N° ARB (AF)/98/2, laudo arbitral, 2 de junio de 2002, («Waste Management I») en relación a los requisitos que deben cumplirse para una efectiva renuncia, que debe incluir todos los reclamos conforme a la ley doméstica y el NAFTA concernientes a una «medida» adoptada por una de las partes del NAFTA. Esta exigencia fue objeto de una crítica del árbitro HIGHET, quien indicó que «los reclamos relacionados a remedios mexicanos por acciones de los mexicanos no son los mismos que los reclamos por remedios del NAFTA por males del NAFTA». *Waste Management Inc. v. United Mexican States*, Caso CIADI N° ARB(AF)/98/2, 8 de mayo de 2000, parágrafo 7. La distinción entre los reclamos que están bajo la ley internacional, especialmente los BITS, y aquellos que están bajo la ley doméstica –por el tema de la jurisdicción–, ha sido enfatizada por muchas decisiones de tribunales arbitrales CIADI. Ver, por ejemplo, el fallo del Comité Ad-hoc en *Compañía de Aguas del Aconguija S.A. y Vivendi Universal v. República Argentina*, Caso N° ARB/97/3, de 3 de julio de 2002, parágrafo 102; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, caso CIADI N° ARB/01/13, Decisión del Tribunal acerca de objeciones a su jurisdicción, 6 de agosto de 2003, parágrafo 148 y siguientes.

El inversionista puede solicitar medidas cautelares en el Estado receptor de la inversión, siempre que no evite o condicione el resultado del procedimiento internacional de solución de controversias, Art. 1121(1)(b) NAFTA.

El inversionista tiene la opción de elegir entre tres sistemas de arbitraje, cada uno de los cuales tiene sus propias normas de procedimiento que rigen el proceso arbitral⁽³²⁾: el *Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados*⁽³³⁾ (el «Convenio de CIADI»), el *Reglamento del Mecanismo Complementario* del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones⁽³⁴⁾ (el «Reglamento del Mecanismo Complementario») y las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL.⁽³⁵⁾ En la práctica, sólo las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL están a disposición de todos los inversionistas, ya que ni Canadá ni México son miembros del *Convenio de CIADI*. Sin embargo, los casos que involucran a los Estados Unidos o a sus inversionistas también pueden ser resueltos de conformidad con el Reglamento del Mecanismo Complementario.

Con sujeción a una serie de normas uniformes establecidas en la Sección B, el procedimiento arbitral se rige por las normas seleccionadas por el inversionista. Las normas uniformes impuestas por el TLCAN modifican o limitan ciertos aspectos de las normas de procedimiento seleccionadas por el inversionista. Por ejemplo, la ley aplicable al fondo de la controversia es el TLCAN y las normas de derecho internacional que resulten aplicables.⁽³⁶⁾ Más aún, aunque las disposiciones de derecho común sobre el nombramiento de expertos continúan siendo aplicables, se hace especial referencia al nombramiento de expertos que reportarán al Tribunal Arbitral cualquier hecho relacionado con asuntos ambientales, de salud, de seguridad industrial, o científicos.⁽³⁷⁾ Asimismo, aunque el tribunal arbitral conserva el derecho a adoptar medidas cautelares, éstas se limitan a mantener la efectividad del mecanismo de solución de conflictos o a preservar los derechos de las partes. El tribunal arbitral no puede orde-

(32) Art. 1120(1) (a) –(c) concordado con el Art. 1139 definiciones 10 y 20.

(33) 18 de marzo de 1965, 575 U.N.T.S. 159.

(34) (1982) 21 I.L.M. 1443.

(35) 15 de diciembre de 1976, (1976) 15 I.L.M. 701.

(36) Art. 1131(1) NAFTA.

(37) Art. 1133 NAFTA.

nar ninguna medida de secuestro de bienes ni impedir la aplicación de la medida adoptada por el Estado impugnado.⁽³⁸⁾ En su laudo, el tribunal arbitral tiene la última palabra para ordenar el pago de reparaciones monetarias, incluyendo el pago de intereses y gastos. Aunque el tribunal arbitral también puede ordenar la restitución de bienes y derechos, si lo hace deberá establecer que el Estado Miembro podrá optar por pagar una reparación monetaria, incluyendo los intereses aplicables.⁽³⁹⁾ Otro ejemplo interesante es la suspensión automática de la ejecución del laudo arbitral. Las partes sólo podrán solicitar la ejecución del laudo arbitral, luego de transcurrido el plazo para la presentación de recursos en contra del laudo arbitral o luego de completado cualquier procedimiento de revisión.⁽⁴⁰⁾ Luego de transcurridos estos plazos, el inversionista favorecido por el laudo arbitral podrá solicitar su ejecución en virtud de los términos del *Convenio de CIADI*, el *Convenio de Nueva York* o el *Convenio de Panamá*,⁽⁴¹⁾ dependiendo del mecanismo de arbitraje elegido por el inversionista.

Desde la entrada en vigencia del TLCAN, el 1 de enero de 1994, los inversionistas han presentado 38 reclamos amparados en las disposiciones del Capítulo 11 del TLCAN.⁽⁴²⁾ Canadá ha estado involucrada en diez reclamos, de los cuales tres ya han sido resueltos,⁽⁴³⁾ otros tres fueron retirados,⁽⁴⁴⁾ en otros tres casos se ha notifica-

⁽³⁸⁾ Art. 1134 NAFTA.

⁽³⁹⁾ Art. 1135(1), (2) NAFTA; el tribunal puede también conceder gastos (parágrafo 1), pero no puede imponer daños punitivos (parágrafo 3).

⁽⁴⁰⁾ Art. 1136(3) y 1136(4),(6),(7) concordados con el Art. 1139 definiciones 10,11 y 16 NAFTA.

⁽⁴¹⁾ Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional, 30 de enero de 1975, 1438 U.N.T.S. 245.

⁽⁴²⁾ Las partes del NAFTA permiten que los documentos relacionados con los procedimientos se ubiquen en internet. Para Canadá: INTERNATIONAL TRADE CANADA, <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/gov-en.asp>; para México: SECRETARÍA DE ECONOMÍA, <http://www.economia-snci.gob.mx/ls23al.php?s=18&p=1&l=1>; para los Estados Unidos: U.S. DEPARTMENT OF STATE <http://www.state.gov/s/1/c3741.htm>.

⁽⁴³⁾ *Ethyl Corporation v. Government of Canada*; *Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada*; *S.D. Myers Inc. v. Government of Canada*.

⁽⁴⁴⁾ *Signa S.A. de C.V. v. Government of Canada*; *Trammel Crow Company v. Government of Canada*; *Ketcham Investments Inc. and Tysa Investments, Inc. v. Government of Canada*.

do la intención de iniciar un arbitraje⁽⁴⁵⁾ y en un caso se han iniciado los trámites para someterlo a arbitraje.⁽⁴⁶⁾ México se ha visto involucrado en 15 reclamos, de los cuales cinco ya han sido resueltos,⁽⁴⁷⁾ en otros cinco casos se ha notificado la intención de iniciar un arbitraje,⁽⁴⁸⁾ y cinco casos se encuentran en la actualidad sometidos a arbitraje.⁽⁴⁹⁾ Estados Unidos se ha visto envuelto en 13 procedimientos de arbitraje, tres de los cuales ya han sido resueltos,⁽⁵⁰⁾ siete se encuentran en curso⁽⁵¹⁾ y en tres casos se han presentado notificaciones de intención de iniciar arbitrajes.⁽⁵²⁾

III. CONCEPTOS DE ORDEN PÚBLICO

Tal como hemos indicado anteriormente, el orden público tiene por lo menos dos dimensiones diferentes: en primer lugar, los

(45) Sun Belt Water, Inc v. Government of Canada; Crompton Corp v. Government of Canada; Albert Connolly v. Government of Canada.

(46) United Parcel Service of America, Inc. v. Government of Canada.

(47) Marvin Roy FELDMAN KARPA (CEMSA) v. United Mexican State; AZINIAN *et al.* v. United Mexican States; Waste Management Inc. v. United Mexican States (Waste Management I); Waste Management Inc. v. United Mexican States (Waste Management II); Metalclad Corp v. United Mexican States; GAMI Investments Inc. v. United Mexican States.

(48) Calmark Commercial Development, Inc. v. United Mexican States; Francis Kenneth HAAS v. United Mexican States; Lomas Santa Fe Investment, LLP. v. United Mexican States; Halchette Corporation and the United Mexican States; Texas Water Claims.

(49) ADAMS *et al.* and the United Mexican States; Robert J. FRANK v. United Mexican States; Fireman's Fund v. United Mexican States; International Thunderbird Gaming Corp v. United Mexican States; Corn Products International, Inc. (CPI) v. United Mexican States.

(50) Mondey International Ltd. v. United States of America; ADF Group Inc. v. United States of America; The Loewen Group Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America.

(51) Methanex Corp v. United of America; Canfor Corporation v. United States of America; Glamis Gold Ltd. v. United States of America; Kenex Ltd. v. United States of America; Terminal Forest Products Ltd. v. United States of America; Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. v. United States of America; Tembec Inc. v. United States of America.

(52) Baird v. United States of America; CCFT v. United States of America; Doman Industries Ltd. v. United States of America.

tres conceptos tradicionales que encontramos en el arbitraje comercial internacional; esto es: el orden público interno, el orden público internacional y el orden público transnacional. En segundo lugar, el orden público en el derecho internacional público, el mismo que podría ser relevante para los tribunales establecidos en virtud de los términos del TLCAN. A continuación presentamos un corto análisis de cada una de las nociones de orden público y sus características más saltantes.

1. Orden Público Interno

En un contexto puramente interno o nacional, el orden público comprende todas aquellas normas cuya aplicación no puede ser evadida por las partes.⁽⁵³⁾ Por lo tanto, el orden público es, como recientemente se ha afirmado, «un reflejo de los principios fundamentales de una sociedad, en los ámbitos moral, religiosa, económico, político y legal».⁽⁵⁴⁾ Éste es el estándar que los tribunales nacionales aplicarán al resolver las impugnaciones presentadas en contra de laudos arbitrales o al momento de hacer cumplir laudos arbitrales nacionales.

En los arbitrajes comerciales internacionales también pueden surgir cuestiones de orden público interno. Por ejemplo, en un conflicto relacionado con el cumplimiento de un contrato celebrado entre partes domiciliadas en dos Estados para la compra de alimento para ganado que contiene subproductos de origen animal, una de las partes podría impugnar la validez del contrato en aquellos casos en que la *lex contractus* prohíba la venta de alimentos que contengan tales subproductos. En este caso, se podría pedir al tribunal arbitral que aplique el orden público interno del país cuya legislación rige el contrato.⁽⁵⁵⁾ También se podría pedir que el tribunal arbitral (y el órgano jurisdiccional estatal que resulte competente para decidir

⁽⁵³⁾ Ver, por ejemplo, DERAIS, *op. cit.*, p. 228.

⁽⁵⁴⁾ HUNTER y SILVA, p. 367.

⁽⁵⁵⁾ Leer, por ejemplo, DERAIS, p. 238; KREINDLER, p. 241, quien ofrece una valiosa discusión sobre los diferentes escenarios en las cuales el orden público puede ser aplicado por tribunales arbitrales internacionales.

respecto de la impugnación del laudo, de ser el caso) aplique el orden público interno del lugar donde se realiza el arbitraje. Sin embargo, tal como veremos más adelante, existe una tendencia generalizada a favor de aplicar en este caso el estándar más restrictivo, esto es, el orden público internacional.

2. Orden Público Internacional

El alcance del orden público internacional es generalmente menor que el del orden público interno.⁽⁵⁶⁾ Pero al igual que su contraparte doméstica, el contenido del orden público internacional cambiará de Estado a Estado y con el transcurso del tiempo.

Los conceptos y la terminología provienen de las reglas de conflictos de leyes.⁽⁵⁷⁾ Aquí, se podría recurrir al orden público del foro para no aplicar la *lex loci contractus*, o denegar la ejecución de una sentencia extranjera, cuando lo resuelto fuera contrario a los principios esenciales de justicia y moralidad.⁽⁵⁸⁾ La superposición que exis-

⁽⁵⁶⁾ Leer, A. SHEPPARD, «Public Policy and the Enforcement of Arbitral awards: Should there be a Global Standard?» (2003) I *OGEL* at III, en internet: *OGEL* <http://www.gasandoil.com/ogel>.

⁽⁵⁷⁾ INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, COMMITTEE ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, *Reporte Final acerca del orden público como impedimento para la ejecución de los laudos arbitrales internacionales* (International Law Association, Conferencia de Nueva Delhi, 2002) («Reporte Final») parágrafo 11. Para una evaluación crítica leer, S.J. TOOPE, *Mixed International Arbitrations* (Cambridge: Grotius, 1990) parágrafo 135. TOOPE no distingue entre orden público internacional y orden público transnacional, y considera esa distinción como «la terminología desafortunada» o como «un nombre poco apropiado», y duda que allí exista un orden público internacional» (parágrafos 136-137). Sin embargo, él está de acuerdo con la noción de que la renuencia general de los tribunales domésticos a rechazar la ejecución de laudos arbitrales extranjeros sobre la base del orden público «ayudará a crear un estándar común independiente de idiosincrasias nacionales» (parágrafo 137).

⁽⁵⁸⁾ Leer, por ejemplo, el caso canadiense *Boardwalk Regency Corp. v. Maalouf* (1992), 88 D.L.R. 4th 612 (Ont. C.A), por CARTHY J.A., parágrafo 616: «Los puntos en común de todos los motivos expresados para imponer la doctrina del orden público es esencialmente moral. Pero deben tratarse de temas morales que no sean de algunas pocas personas, sino de una moralidad socialmente extendida, cuando las conductas no estén en consonancia con el sistema de justicia o con la perspectiva general de la moral para aprobar la conducta, no importando cuan legal puede ser donde ella

te entre el orden público internacional, tal como se aplica en el caso de los conflictos de leyes y para la revisión o ejecución de los laudos arbitrales internacionales, ilustra el reconocimiento generalizado del arbitraje comercial internacional, como un medio común para la solución de conflictos comerciales internacionales. En consecuencia, los laudos arbitrales reciben *por lo menos* el mismo tratamiento que las sentencias extranjeras.⁽⁵⁹⁾ Al respecto, un estudio realizado recientemente por el Comité de Arbitraje Comercial Internacional de la Asociación de Derecho Internacional marca un hito importante, ya que aclara y armoniza lo que entendemos sobre este concepto.⁽⁶⁰⁾ El Informe Final y la Resolución 2/2002 recomiendan que el orden público internacional sea entendido como:⁽⁶¹⁾

.... el conjunto de principios y reglas reconocidas por un Estado y que, por su propia naturaleza, podrían impedir el reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral emitido en un proceso de arbitraje comercial internacional, siempre que el reconocimiento o ejecución de dicho laudo implique la violación de dichos principios y reglas, ya sea en cuanto al procedimiento mediante el cual fue emitido (orden público interna-

ocurra». En este caso, la Corte de Apelaciones de Ontario permitió la ejecución de una deuda de juego incurrida en Nueva Jersey, que no violó el orden público internacional de Ontario, aún cuando para ese entonces el juego estaba todavía prohibido en Canadá, en Canadá, el entendimiento estrecho del orden público internacional está conectado con la noción de cortesía internacional y el reconocimiento de una naturaleza globalizada del comercio moderno; leer, D. ULLRICH, «Money is not Everything: Recent Developments in the Recognition and Enforcement of Foreign Non-Monetary Judgments», en *The Advocate*, vol. 63, 2005, p. 53.

⁽⁵⁹⁾ Leer, por ejemplo, J.A. CASTEL, *Canadian Law of Conflicts*, 4ª ed., Butterworths, Toronto, 1997, p. 331.

⁽⁶⁰⁾ INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, COMMITTEE ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, *Reporte Final acerca del orden público como impedimento para la ejecución de los laudos arbitrales internacionales* (International Law Association, Conferencia de Nueva Delhi, 2002) («Reporte Final»). International Law Association, Resolución 2/2002 Arbitraje Comercial Internacional, adoptada en la 70ma. Conferencia de la International Law Association en Nueva Delhi, India, del 2 al 6 de abril de 2002. («Resolución 2/2002»).

⁽⁶¹⁾ Resolución 2/2002, Recomendaciones I(c) y 1(d); Reporte Final, pp. 5-6.

cional procesal) o por su contenido (orden público internacional sustantivo).

El orden público internacional de cualquier Estado incluye: (i) principios fundamentales sobre justicia o moralidad que el Estado desea proteger, incluso en aquellos casos en los que no está involucrado directamente, (ii) normas diseñadas para satisfacer los intereses políticos, sociales o económicos básicos del Estado, conocidos como «*lois de police*» o «normas de policía», y (iii) el deber del Estado de respetar sus obligaciones con otros Estados o con organizaciones internacionales.

En lo que se refiere al tema sustantivo, el Informe Final contiene, a manera de ejemplo, una relación de principios, normas y obligaciones internacionales que normalmente corresponden al orden público internacional; como son: el principio de buena fe; las prohibiciones en contra del abuso de los derechos y de la discriminación, la represión de la piratería, el terrorismo, el genocidio, la esclavitud, el contrabando, el tráfico de drogas y la pedofilia; a lo que se suma la protección del principio del *pacta sunt servanda*, la prohibición de las expropiaciones sin compensación; la tutela del derecho de competencia; los regímenes sobre controles de cambio, las normas para la fijación de precios, las leyes sobre protección ambiental; las medidas sobre embargos, los bloqueos o boicots; las leyes tributarias; las leyes de protección al consumidor y otras leyes que protegen a las partes más débiles; las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y las obligaciones resultantes de tratados internacionales; así como prohibiciones en contra de sobornos o corrupción.⁽⁶²⁾ El orden público procesal abarca temas como la imparcialidad del tribunal; las reglas sobre justicia natural; la igualdad de las partes; y el derecho a impugnar los laudos inducidos o afectados por fraude o corrupción.⁽⁶³⁾

Tal como lo demuestra la Corte de Apelaciones de Ontario en el caso *Karpa*, se puede recurrir a argumentos de orden público interna-

⁽⁶²⁾ *Reporte Final*, párrafos 27, 28, 30-32.

⁽⁶³⁾ *Reporte Final*, párrafo 29.

cional para impugnar los laudos emitidos en virtud del capítulo 11 del TLCAN así como su reconocimiento y ejecución en los tribunales.⁽⁶⁴⁾

3. Orden Público Transnacional

No obstante que se trata de un concepto relativamente reciente, el orden público transnacional ha encontrado un fuerte apoyo en la práctica del arbitraje internacional, debido en parte al importante estudio que al respecto ha realizado el Profesor LALIVE.⁽⁶⁵⁾ Él describe el ámbito restrictivo del orden público transnacional, en contraposición a otros fenómenos legales del arbitraje comercial internacional:⁽⁶⁶⁾

... no es siempre fácil distinguir lo que verdaderamente pertenece al ámbito del orden público transnacional, de lo que «simplemente» se relaciona con principios generales, con los principios comunes o con los principios fundamentales del derecho comercial internacional, así como tampoco es fácil dicha distinción respecto de la *lex mercatoria*, de un «derecho transnacional» emergente o también de un «derecho internacional de contratos». Entre todos estos principios, parecería que sólo aquellos que son realmente esenciales y están respaldados por un consenso, si no universal, por lo menos generalizado, o que poseen, debido a su importancia, una fuerza especial y tienen una naturaleza imperativa particular, merecerían ser considerados dentro del concepto de orden público transnacional.

Tal como el Comité de la ILA (Asociación Internacional de Derecho) sobre Arbitraje Comercial Internacional afirma, el «concepto de ‘orden público transnacional’ u ‘orden público verdaderamente internacional’, tiene un alcance incluso más restrictivo, pero de aplicación universal –que comprende las normas fundamentales de la ley natural, los principios de justicia universal, *ius cogens* en el dere-

⁽⁶⁴⁾ *Supra* nota 12.

⁽⁶⁵⁾ LALIVE, *supra* nota 4.

⁽⁶⁶⁾ *Ibid.*, parágrafo 109.

cho internacional público y los principios generales de moralidad aceptados por las ‘naciones civilizadas’». ⁽⁶⁷⁾

Otros autores sugieren que el orden público transnacional constituye realmente el derecho privado internacional que representa el consenso internacional sobre estándares universales o normas de conducta aceptadas que siempre deberán aplicarse y que proveen limitaciones a las relaciones y transacciones internacionales, tanto públicas como privadas. ⁽⁶⁸⁾

El orden público transnacional ha sido criticado por no ofrecer certeza, predictibilidad y definición en cuanto a sus contornos, sustancia y aplicación. ⁽⁶⁹⁾ A pesar de estas dificultades, el orden público transnacional contendría por lo menos prohibiciones contra la corrupción, el tráfico de drogas y armamento, el contrabando, los contratos con mercenarios, terrorismo y la violación de las sanciones económicas impuestas por organizaciones internacionales; e incluiría además las normas para la protección de los derechos humanos y el patrimonio cultural, desde el punto de vista sustantivo. ⁽⁷⁰⁾ Más aún, entre los principios procesales de orden público transnacional, podrían figurar los siguientes: independencia e imparcialidad de los árbitros; igualdad entre las partes; notificación razonable; oportunidad justa de presentar el caso; y, los principios de Kompetenz-Kompetenz y separabilidad del convenio arbitral. ⁽⁷¹⁾

4. El Orden Público en el Derecho Internacional Público

El concepto de orden público también es conocido en el derecho internacional público. ⁽⁷²⁾ En opinión del Profesor Knut IPSEN,

⁽⁶⁷⁾ *Reporte Provisional*, pp. 6-7.

⁽⁶⁸⁾ BUCHANAN, pp. 514-515; MILLER, p. 177.

⁽⁶⁹⁾ CURTIN, pp. 279, 282.

⁽⁷⁰⁾ *Reporte Provisional*, p. 7; LALIVE, párrafos 111-132, 175, 176.

⁽⁷¹⁾ LALIVE, párrafos 145-151 y F. MANTILLA-SERRANO, «Toward a Transnational Procedural Public Policy», en *Arbitration International*, vol. 20, 2004, p. 333.

⁽⁷²⁾ Ver, por ejemplo, the Norwegian Shipowners Claims (Nor. v. U.S.), (1922) I R.I.A.A. 307 at 331 (perm. Ct. Arb.). Un temprano defensor del orden público en el derecho

abarca un número limitado de normas que son esenciales para la protección de importantes valores sociales y éticos y que son absolutamente necesarios para la existencia de la comunidad de naciones.⁽⁷³⁾ La Enciclopedia de Derecho Internacional Público define «orden público internacional» como aquellos principios y normas de derecho internacional que podrían ser consideradas como la base fundamental del sistema legal internacional.⁽⁷⁴⁾ Estos principios y normas fundamentales se subdividen en las siguientes tres categorías:⁽⁷⁵⁾

- (i) Principios y normas relacionadas con la formación del derecho internacional y los cambios que éste experimenta (como por ejemplo, el derecho de los tratados, la creación del derecho internacional consuetudinario y los cambios que se producen en éste, incluyendo las normas sobre la responsabilidad del Estado);
- (ii) Principios y normas relacionados con la estructura organizativa de la comunidad internacional (por ejemplo, la coexistencia de Estados soberanos independientes, la integridad territorial, la auto-determinación e igualdad de los Estados, las esferas y límites de la jurisdicción territorial y otras jurisdicciones de los Estados, la constitución de organizaciones internacionales y su relación con los Estados Miembros y los Estados No-Miembros);
- (iii) Principios y normas de derecho sustantivo –independientemente de su fuente– que sirvan a importantes intereses de la comunidad internacional y se consideren esenciales para su protección por parte de la comunidad internacional. Es posible encontrar evidencia sobre el consenso logrado al respecto por la comunidad internacional en convenios internacionales de acep-

internacional es C.W. JENKS, *The prospects of International Adjudication*, Stevens, Londres, 1964, quien dedica un largo capítulo a su análisis.

⁽⁷³⁾ K. IPSEN, *Volkerrecht*, 4ta ed., Bech, Munchen, 1999, párrafos 15.36-15.40, con referencia a H. MOSLER, *The International Society as a Legal Community* (1980).

⁽⁷⁴⁾ G. JAENICKE, «International Public Order», en R. BEMHARDT (Ed.), *Encyclopaedia of Public International Law*, vol. 2, North-Holland, Amsterdam, 1995, p. 1348.

⁽⁷⁵⁾ *Ibid.*, p. 1350.

tación general, en las declaraciones de las Naciones Unidas y de otras organizaciones internacionales, o en las resoluciones de conferencias internacionales.

Se dice que el orden público en el derecho internacional público incluye, sin pretender ser exhaustivos, el *ius cogens* o las obligaciones hacia la comunidad internacional considerada como un todo.⁽⁷⁶⁾ El *ius cogens* subsume la prohibición contra el uso de la fuerza, la ley sobre genocidio, los principios de no-discriminación racial, los crímenes contra la humanidad y las normas que prohíben la venta de esclavos y piratería, así como los principios de soberanía permanente sobre los recursos naturales y la autodeterminación de los pueblos.⁽⁷⁷⁾ Además forman parte del orden público en la esfera del derecho internacional público que se halla en constante evolución, los principios de igualdad soberana; de no intervención; solución pacífica de conflictos; cumplimiento de buena fe de las obligaciones resultantes de los tratados o del derecho internacional general; protección de los derechos humanos; conservación del medio ambiente; descolonización; inmunidad diplomática; inmunidad de los Estados; y libre acceso, a través de la navegación y la aeronavegación, incluyendo el libre acceso a áreas que se encuentran fuera de la jurisdicción nacional.⁽⁷⁸⁾

⁽⁷⁶⁾ *Ibid.*, párrafo 1348. Ver, por ejemplo, Artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 22 de mayo de 1969, 1155 U.N.T.S. 331 («Convención de Viena») titulado «Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ('ius cogens')»: «Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter».

⁽⁷⁷⁾ Caso Barcelona Traction (Segunda Fase), (1970), ICJ Report 3, p. 32. Ver también, I. BROWNIE, *Principales of Public International Law*, 5ª ed., Oxford, Clarendon, 1998, p. 515.

⁽⁷⁸⁾ JAENICKE, pp. 1348-1349.

Algunos grupos de Estados, básicamente aquellos que ratifican tratados sustantivamente similares o el mismo tratado regional, podrían encontrarse comprometidos por el orden público de manera más extensiva, siempre y cuando no se aparten del concepto general de orden público que existe en el derecho internacional público –la base de los valores y principios inexpugnables, que dependen del alcance y contenido del consenso que se genere dentro de la comunidad internacional–.⁽⁷⁹⁾ Así, se podría desarrollar un orden público regional dentro de la Unión Europea⁽⁸⁰⁾ o del TLCAN. Asimismo, se podría desarrollar un orden público con respecto a ciertos temas que generan preocupaciones específicas, como pueden ser las áreas de comercio e inversión. Por ejemplo, dentro del contexto del CIADI, el Profesor SCHREUER sugiere que el orden público de la comunidad internacional es obligatorio para los tribunales del CIADI en base a «los fundamentos del CIADI en la Convención y, por lo tanto, en el derecho internacional que, desde un punto de vista más amplio, es la *lex fori* del proceso arbitral del CIADI».⁽⁸¹⁾

⁽⁷⁹⁾ LALIVE, parágrafo 172, parece aprobar esta idea.

⁽⁸⁰⁾ En la esfera del derecho comunitario internacional o supra-nacional.

⁽⁸¹⁾ C.H. SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 569, parágrafo 33. Ver también, Banro American Resources, Inc. and Société Aurifere du Kivu et du Maniema S.A.R.L. v. Democratic Republic of the Congo, Caso CIADI N  ARB/98/7, laudo del tribunal, 1 de setiembre de 2000, en *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, vol. 17, 2000. El Grupo Banro buscó, en primer lugar, la protección diplomática del gobierno canadiense debido a que una de sus subsidiarias constituida en ese país había firmado un acuerdo minero con Congo. Sin embargo, luego de que transfiriera los derechos en el Congo a favor de otra empresa afiliada estadounidense, por intermedio de esta última empresa pretendió el amparo del CIADI. El tribunal arbitral determinó que no tenía jurisdicción, porque faltaba el consentimiento de Congo, indicando en el parágrafo 24 que: «*El problema que enfrenta el Tribunal implica consideraciones de orden público internacional, que son gobernadas por el derecho público internacional.* El tribunal no puede permitir que la exigencia de nacionalidad impuesta por la Convención de Washington sea neutralizada por los inversionistas de acuerdo a sus propios intereses en un punto dado en el tiempo, y que simultánea o sucesivamente se pretenda recurrir tanto a la protección diplomática como al arbitraje del CIADI, aprovechándose del hecho que una de las empresas del grupo no tiene la nacionalidad de un Estado que forma parte de la Convención y, por lo tanto, puede beneficiarse de la protección diplomática de ese Estado, mientras la

En su voto particular en el caso *S.D. Myers*, el Profesor SCHWARTZ plantea la posibilidad de que surjan cuestiones de orden público sectoriales.⁽⁸²⁾ En ese caso *S.D. Myers* cuestionó una prohibición a la exportación de policlorinato de bifenilo impuesta por Canadá. El inversionista argumentó que Canadá había violado el estándar mínimo de imparcialidad de procedimiento garantizado por el artículo 1105 del TLCAN al no notificar a *S.D. Myers* sobre un inminente cambio regulatorio, a pesar de que sus competidores canadienses no solo habían sido informados de dicho cambio, sino que, además, habían influenciado en el mismo.⁽⁸³⁾ El Profesor SCHWARTZ sugirió lo siguiente:⁽⁸⁴⁾

El Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT), tal como se señala en el caso del Camarón y la Tortuga,⁽⁸⁵⁾ y los acuerdos regionales como el TLCAN, incluyen disposiciones específicas que reconocen un principio más amplio de transparencia e imparcialidad en la producción de disposiciones regulatorias. Este principio más amplio debería ser considerado parte del «derecho internacional» a que se refiere el artículo 1105.

otra subsidiaria del grupo posee la nacionalidad de un Estado que sí pertenece a la Convención y, por lo tanto, puede participar en un arbitraje CIADI» [énfasis del autor].

(82) Opinión independiente de 12 de noviembre de 2000 en el primer laudo parcial en *S.D. Myers, Inc. v. The Government of Canada* por el profesor SCHWARTZ («Opinión independiente en *Myers*»).

(83) *Ibid.*, párrafo 241. La mayoría que encontró que se había violado el Art. 1105 NAFTA por otras razones, no consideró este argumento. Ver: Laudo parcial en *Myers*, párrafo 269.

(84) *Ibid.*, párrafo 256. Ver también párrafo 255, donde el profesor SCHWARTZ identifica que las disposiciones del WTO/GATT reconocen un mínimo estándar de transparencia y debido proceso pero, al mismo tiempo, considera que estos principios «no han sido aceptados por los Estados alrededor del mundo y, en consecuencia, no han pasado a formar parte de la costumbre como fuente del derecho internacional».

(85) Article X:3 del GATT 1994 y *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, Decisión de un Órgano de Apelaciones de 12 de octubre de 1998, WT/DS58/AB/R55, párrafo 183.

Aunque se muestra favorable a esta posición, ya que invitó a aquellos «que interpretan el artículo 1105 a buscar ‘lo último’ de los convenios comerciales internacionales para determinar el contenido del estándar internacional mínimo»,⁽⁸⁶⁾ el Profesor SCHWARTZ no sintió la necesidad de decidir el asunto debido a sus conclusiones anteriores acerca de la violación del artículo 1105.⁽⁸⁷⁾ Tal como veremos más adelante, las resoluciones posteriores emitidas en virtud del TLCAN –que se basan en el derecho internacional consuetudinario– se han movido en la dirección de un estándar mínimo de transparencia en los procedimientos administrativos nacionales.

5. Distinguiendo las Nociones de Orden Público

Esta revisión general muestra que existe una superposición significativa entre el alcance y el contenido del orden público internacional, el orden público transnacional y el orden público en el derecho internacional público.⁽⁸⁸⁾ Este último concepto enriquece los primeros dos –LALIVE describe gráficamente el proceso como uno de «alimentación», «nutrición» u «ósmosis parcial»⁽⁸⁹⁾– aunque los tres son distintos en cuanto a sus fuentes y funciones.

Los sistemas legales nacionales y el derecho internacional público han generado distintos conceptos de orden público. El orden público internacional se basa en el derecho interno y difiere de país en país. Así, el término no designa a un sólo cuerpo de normas y principios. Sin embargo, se ha producido una convergencia bastante significativa en el contenido de las distintas expresiones domésticas de orden público internacional. Desde un punto de vista funcional, el alcance restrictivo del orden público internacional tiene como propósito lograr un balance apropiado y específico para cada Estado, entre los intereses públicos o la política de cada Estado en parti-

⁽⁸⁶⁾ Opinión independiente en Myers, párrafo 257.

⁽⁸⁷⁾ *Ibid.*, párrafo 258.

⁽⁸⁸⁾ Ver también el *Reporte Final*, párrafo 11, y LALIVE, párrafo 183

⁽⁸⁹⁾ LALIVE, párrafos 90, 183 y 186, Conclusión 7.

cular. Por un lado, la protección de ciertos principios morales, sociales o legales indispensables y, por el otro, el reconocimiento de los intereses de otros Estados, de la comunidad comercial internacional y de la promoción del comercio internacional, que necesitan certeza y predictibilidad en la solución de conflictos.

El orden público transnacional está estrechamente vinculado al concepto de *lex mercatoria* y surge de la comunidad internacional de comerciantes (incluyendo a los Estados y otras entidades públicas). Tal como LALIVE sugiere, esta comunidad desarrolló el arbitraje comercial internacional –a través del cual el orden público transnacional ejerce su función correctiva– en respuesta a la brecha creada por la ausencia de un verdadero derecho privado internacional (o transnacional). En el orden público transnacional,⁽⁹⁰⁾ LALIVE identifica una función negativa y una función positiva. Su principal objetivo (positivo) pretende «de manera directa y positiva influenciar la decisión de los árbitros, en aquellos casos en los que están en juego los conceptos fundamentales y universales de moralidad contractual o los intereses fundamentales del comercio internacional.»⁽⁹¹⁾ Como objetivo subordinado (negativo), el orden público pretende excluir «las leyes o reglas que son normalmente aplicables en virtud de la elección del derecho aplicable o de una ‘conexión objetiva’, pero también pretende rechazar cualquier intervención del orden público internacional de un Estado [en particular]», en aquellos casos en los que dicha ley, regla o política podría ser contraria a los principios del orden público transnacional.⁽⁹²⁾ En otras palabras, el orden público transnacional tiene como propósito alcanzar un equilibrio interno entre la promoción y predictibilidad de las relaciones comerciales internacionales, la solución de los conflictos (en sí mismo, uno de los objetivos del orden público) y otros valores fundamentales, como la prohibición de la corrupción que afecta el comercio internacional.

Por último, en el derecho internacional, el orden público surge del interés común de la Comunidad Internacional de Naciones.⁽⁹³⁾

⁽⁹⁰⁾ A diferencia de leyes domésticas de conflicto; LALIVE, parágrafo 44.

⁽⁹¹⁾ LALIVE, parágrafo 186, Conclusión 4.

⁽⁹²⁾ *Ibid.*

En el derecho internacional, el orden público evoluciona básicamente (algunos podrían afirmar que exclusivamente) de la interacción entre los Estados y las organizaciones gubernamentales internacionales. Considerando la diversidad de actores internacionales involucrados, el interés común que sirve de sustrato al orden público, estará por necesidad, limitado a los valores o principios fundamentales que comparten todos o la mayor parte de los miembros de la comunidad internacional.⁽⁹⁴⁾ Al igual que el orden público interno, opera dentro de un sistema legal delimitado. Más aún, parecería que no está sujeto a una lectura restrictiva a favor del comercio internacional. A pesar de estas limitaciones, en el derecho internacional, el orden público desempeña una clara función de interfase similar a la que desarrollan el orden público internacional y el orden público transnacional.

El orden público asume un rol de equilibrio similar al del orden público transnacional, cuando se le considera dentro del contexto específico de los tratados de inversión internacionales. Si tomamos el ejemplo del TLCAN, veremos que este tratado tiene como objetivo expreso «asegurar un marco comercial predecible para el planeamiento comercial y las inversiones»⁽⁹⁵⁾ e «incrementar significativamente las oportunidades de inversión dentro del territorio de las Partes».⁽⁹⁶⁾ Estos objetivos deben lograrse «de manera consistente con la protección y conservación del medio ambiente»,⁽⁹⁷⁾ de conformidad con el principio de desarrollo sostenible,⁽⁹⁸⁾ salvaguardando al mismo tiempo el bienestar público;⁽⁹⁹⁾ fortaleciendo «el desarrollo y el cumplimiento de las leyes y reglamentos ambientales»;⁽¹⁰⁰⁾ y

⁽⁹³⁾ JAENICKE, p. 1349.

⁽⁹⁴⁾ Lo mismo puede decirse acerca del orden público transnacional, aunque con un foco particular en los intereses comerciales.

⁽⁹⁵⁾ NAFTA preámbulo, Decreto 6.

⁽⁹⁶⁾ Artículo 102 (c) NAFTA.

⁽⁹⁷⁾ NAFTA preámbulo, Decreto 11.

⁽⁹⁸⁾ *Ibid.* Decreto 12.

⁽⁹⁹⁾ *Ibid.* Decreto 13.

⁽¹⁰⁰⁾ *Ibid.* Decreto 14.

protegiendo, mejorando y haciendo valer los derechos básicos de los trabajadores.⁽¹⁰¹⁾ En otras palabras, el orden público conforme al TLCAN, debe establecer un equilibrio entre la promoción y protección de las inversiones y la preservación de ciertos valores fundamentales comunes a las Partes del TLCAN y que además sean reconocidos, al menos en parte, como valores básicos para preservar el orden público internacional. El reto consiste en establecer el balance apropiado, así como la fuente y naturaleza de los principios que, en un régimen de arbitraje, están compuestos de una serie de elementos «públicos» y «privados» (o «comerciales»).

IV. ORDEN PÚBLICO AL AMPARO DEL CAPÍTULO 11 DEL TLCAN

¿Cómo puede entonces un tribunal constituido en virtud del TLCAN determinar el concepto apropiado de orden público? Hay que admitir que si hacemos esta pregunta, o incluso si distinguimos entre orden público transnacional y orden público bajo el derecho internacional, estaremos asumiendo la dicotomía positivista entre derecho privado y derecho público y, más específicamente, entre arbitraje internacional público y arbitraje internacional privado (comercial). Más aún, esta distinción está implícita en la literatura existente sobre orden público. En este escenario, el orden público transnacional se constituye, tal como lo afirma un autor, en el «derecho internacional privado que representa el consenso internacional con respecto a estándares universales o normas de conducta aceptadas»,⁽¹⁰²⁾ mientras que el orden público en el derecho internacional

⁽¹⁰¹⁾ *Ibid.* Decreto 15.

⁽¹⁰²⁾ MILLER, p. 177, cita en parte a BUCHANAN, p. 514. BUCHANAN postula que estas normas de conducta «siempre se deben aplicar y proporcionar limitaciones a relaciones y transacciones internacionales públicas y privadas», cita además a LALIVE, parágrafo 182 como aparente soporte. No ponemos en duda que el orden público transnacional puede aplicarse a relaciones contractuales entre entidades privadas y Estados (ver LALIVE, parágrafos 136-144). Lo que no parece que ha sido analizado por LALIVE, son los arbitrajes iniciados al amparo de tratados como los BITs y el NAFTA que son celebrados por Estados. Esto no debería sorprendernos, si colocamos el tema en su contexto histórico. Si bien el primer BIT moderno se celebró el 25 de

público es, tal como su propio nombre lo indica, de índole público. Los procesos de arbitraje entre inversionistas y el Estado, que se llevan a cabo al amparo del TLCAN o de los BITs, no encajan fácilmente en ninguna de estas categorías.⁽¹⁰³⁾

El Capítulo 11 del TLCAN ha creado un sistema único y complejo para la solución de conflictos. Aunque los arbitrajes inversionista-Estado se realizan al amparo de un tratado celebrado entre Estados que reconoce derechos tradicionalmente aplicables en la esfera del derecho internacional público, los inversionistas dan inicio al arbitraje cuando invocan su uso y eligen el régimen arbitral. Una vez invocado el arbitraje, el inversionista tiene el derecho a entablar un proceso arbitral directamente en contra del Estado. Aunque a estos arbitrajes se les conoce como «arbitrajes sin pacto», ya que no hay necesidad de que exista un contrato entre el inversionista y el Estado, y ni siquiera hay necesidad de un convenio escrito de arbitraje,⁽¹⁰⁴⁾ el artículo 1122 del TLCAN expresamente dispone que en el momento en que el inversionista somete su reclamo a arbitraje, se perfecciona el consentimiento del Estado y del inversionista. Más aún, se establece que dicho consentimiento cumple con los requerimientos que sobre esta materia exigen el *Convenio de CIADI*, la *Convención de Nueva York* y la *Convención de Panamá*. Como ya se ha precisado, el inversionista también tiene el derecho de someter su reclamo a arbitra-

noviembre de 1959 entre la República Federal de Alemania y Pakistán (Ver R. DOLZER y M. STEVENS, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1995, p 1), el primer arbitraje CIADI al amparo de un BIT recién se presentó en 1987, en el caso *Asian Agricultural Products Limited v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, Caso CIADI N° ARB/87/3, (1991) 30 ILM 577, que se decidió en 1990 (Ver E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, Pedone, París, 2004, p. 3).

⁽¹⁰³⁾ Ver, por ejemplo, el laudo UPS, parágrafo 70, donde el tribunal anota que el procedimiento del capítulo 11 de NAFTA «ni ahora ni en el pasado, debe ser comparado con los estándares aplicables al arbitraje comercial internacional que se desarrolla entre partes privadas». B.M. CREMADES y D.J.A. CAIRNES, «The Brave New World of Global Arbitration», en *Journal of World Investment*, vol. 3, 2002, pp. 184-185, observan que el arbitraje entre inversionistas y Estados tiene «una característica cuasi-pública o, al menos, elementos públicos».

⁽¹⁰⁴⁾ Ver, J. PAULSSON, «Arbitration Without Privity», en *ICSID Review-FILI*, vol. 10, 1995, p. 232.

je, ya sea bajo los términos del *Convenio de CIADI*, el *Reglamento del Mecanismo Complementario* o el Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL. Tal como señalamos líneas abajo, si el inversionista elige ya sea el Reglamento del Mecanismo Complementario o el Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL, las partes someten el proceso arbitral y lo referente al régimen jurídico del laudo arbitral, a la jurisdicción de los tribunales nacionales del lugar donde se realiza el arbitraje.

Existen varios posibles criterios para elegir o determinar la apropiada forma de orden público que debe aplicarse a los arbitrajes que se realizan al amparo del TLCAN. Entre éstas figuran las siguientes: la naturaleza del instrumento que establece el mecanismo de solución de conflictos, la caracterización legal de las partes en conflicto, la ley aplicable al arbitraje y la ley aplicable al fondo de la controversia.

El mecanismo para la solución de conflictos entre inversionistas y el Estado que contempla el Capítulo 11 se establece mediante un tratado, lo cual indicaría que el proceso arbitral y el tribunal arbitral que constituidos en virtud del mismo, son de naturaleza pública. Sin embargo, los mecanismos para la solución de conflictos que contempla el Capítulo 11 del TLCAN y la gran mayoría de BITs, son una mezcla de distintos instrumentos de diferentes orígenes. Por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL o el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional que se encuentran a disposición de los inversionistas en algunos tratados, son de naturaleza privada y comercial. Por otro lado, el *Convenio del CIADI* es claramente un instrumento de derecho internacional público. Una posible respuesta a este problema sería el afirmar que, como el artículo 1120 del TLCAN y otras disposiciones similares de los BITs, incorporan el *Convenio del CIADI*, el Reglamento del Mecanismo Complementario, el Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL o cualquier otro procedimiento en el tratado respectivo, ello los haría parte del derecho internacional público.⁽¹⁰⁵⁾ Esta parece ser la opinión de por

⁽¹⁰⁵⁾ El CIADI cuenta con personalidad legal internacional conforme al Artículo 18 de la Convención del CIADI, en consecuencia, sus Reglas de Arbitraje califican como una fuente legal secundaria que forman parte del derecho internacional público del organismo gubernamental internacional CIADI, que vincula a todos los Estados

lo menos un tribunal arbitral del TLCAN, que señaló que la facultad de un tribunal de normar acerca de la admisibilidad de escritos *amicus curiae* en virtud de la regla 15 del Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL, era un asunto «a ser determinado de acuerdo con el derecho internacional; específicamente el TLCAN, que incorpora el Reglamento de UNCITRAL».⁽¹⁰⁶⁾ Como resultado, los tribunales arbitrales constituidos al amparo del TLCAN, estarían obligados a aplicar el orden público del derecho internacional público.

Más aún, así como en los conflictos suscitados en el marco del Capítulo 11 y en cada vez más arbitrajes sobre temas de inversión se enfrentan directamente particulares con Estados, existen cada vez más trabajos académicos que analizan el efecto que generan los BITs al otorgar a las personas o entidades privadas elegibles, la condición

miembros del Convenio (ver I. SEIDL-HOHENVELDERN y G. LOIBL, *Das Recht. Der Internationalen Organisationen einschliesslich der Supranationalen Gemeinschaften*, 5ta. ed., Köln, Carl Heymanns, 1992, parágrafo 1502 y siguientes). Lo mismo no puede decirse del Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, ya que estas reglas se aplican en la solución de disputas en las que una de las partes no es un Estado Miembro del CIADI o cuando el particular es un nacional de un Estado no Miembro del CIADI, por lo que la disputa escapa en este caso a la jurisdicción establecida por la Convención del CIADI (comparar el Artículo 25(1) de la Convención del CIADI con el Artículo 3 del Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI). Si bien es cierto, la Secretaría General del CIADI estableció las reglas del Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, esta decisión no se encuadra dentro de los poderes reconocidos en el Artículo 6 (1) y (3) de la Convención del CIADI, que otorga un poder general a la Secretaría General para «ejercer todos los poderes ... que considere necesarios para implementar las disposiciones de esta Convención».

⁽¹⁰⁶⁾ United Parcel Service of America Inc v. Government of Canada, Decisión respecto de la solicitud de terceros de participar como *Amici Curiae*, del 17 de octubre de 2001, parágrafo 65 («Decisión UPS»). Otros tribunales se han referido a la jurisprudencia del derecho internacional público al momento de interpretar las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL, lo que puede considerarse como una manera de integrar implícitamente dichas Reglas a ese derecho. Ver, por ejemplo, Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada, Decisión del tribunal arbitral NAFTA bajo Reglas de Arbitraje de UNCITRAL de 6 de setiembre de 2000, parágrafo 1.6 («Decisión en Pope & Talbot»); Methanex Corporation v. United States of America, Decisión del tribunal arbitral respecto de la solicitud de terceros de participar como *Amici Curiae* de 15 de enero de 2001, pp. 33-34 («Decisión en Methanex»).

de sujeto de derecho internacional.⁽¹⁰⁷⁾ Si esta posición fuera aceptada, un conflicto sobre temas de inversión bajo el TLCAN, caería en la esfera del derecho internacional público, involucrando a dos de sus sujetos; y, por lo tanto, se trataría de un proceso de derecho internacional público y habría que aplicar el orden público correspondiente.

Un criterio distinto para determinar el carácter legal de los arbitrajes que se inician al amparo del TLCAN, podría ser la ley aplicable al arbitraje. Este enfoque, que consiste en identificar la ley aplicable al arbitraje, nos hace recordar el esclarecedor análisis del Profesor CARON, que versa sobre la naturaleza del Tribunal de Reclamaciones Irán - Estados Unidos, en esencia en la validez y ejecutabilidad de los laudos emitidos por el Tribunal.⁽¹⁰⁸⁾ Si aplicamos el «análisis de validez» realizado por el Profesor CARON al Capítulo 11 del TLCAN, obtendríamos distintos resultados, dependiendo del mecanismo de arbitraje elegido por el inversionista, en virtud del artículo 1120 del TLCAN. Así, si el inversionista elige el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI o el Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL, el arbitraje sería probablemente visto como un arbitraje

⁽¹⁰⁷⁾ Ver, por ejemplo, A BROCHES, «The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of other States», en *Recueil des Cours*, vol. 136, 1972, p. 349: «Desde una perspectiva legal, lo más destacable de la Convención del CIADI es que claramente reconoce capacidad en los individuos y empresas privadas para iniciar acciones contra Estados en un foro internacional, contribuyendo así en el cada vez mayor reconocimiento de los individuos como sujetos de derecho internacional». Ver, también, M. JANIS, «Individuals as Subjects of International Law», en *Cornell International Law Journal*, vol. 17, 1984, p. 61; R. BRUNO y J.H.H. WEILER, «Access of Private Parties to International Dispute Settlement: A Comparative Analysis», *Harvard Jean Monnet Working Paper* N° 13/97, en internet: NYU School of Law, Jean Monnet Center: <http://jeanmonnetprogram.org/papers/97/97-13.html>. Ser sujeto de derecho internacional significa que se cuenta con derechos sustantivos para exigir su observancia ante un foro internacional o que se tiene obligaciones respecto de las cuales se puede ser considerado como responsable en un foro internacional. Ambos derechos y obligaciones emanan de las reglas del derecho internacional público (ver BRUNO/WEILER, *Ibid.*).

⁽¹⁰⁸⁾ Mientras que Canadá y México no sean parte de la Convención del CIADI, en todos los casos la ley aplicable al arbitraje será la ley de arbitraje nacional, ley que recién será conocida una vez que un inversionista inicie un reclamo y escoja el mecanismo arbitral y luego, además, que ambas partes o el propio tribunal arbitral, decida el lugar del arbitraje.

«nacional» o «comercial» y la ley aplicable al arbitraje sería la ley vigente en el lugar donde se lleve a cabo el arbitraje. Esto surge de las disposiciones del TLCAN y del acuerdo de las partes respecto a un régimen arbitral que ha sido creado para resolver conflictos comerciales internacionales y que, en virtud de sus términos, está sujeto a la ley nacional aplicable al arbitraje.⁽¹⁰⁹⁾

Los artículos 1122 y 1136 del TLCAN aseguran que se dé cumplimiento a los requisitos para la aplicación de la *Convención de Nueva York* y la *Convención de Panamá*; como son, la existencia de un convenio arbitral escrito y que se trate de materia comercial. Esto demuestra claramente la intención de que los procedimientos arbitrales y los laudos emitidos en virtud del Reglamento del Mecanismo Complementario o del Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL se realicen y ejecuten, respectivamente, como arbitrajes comerciales a los que se apliquen tales Convenciones. El artículo 1130 requiere que los tribunales arbitrales lleven a cabo el arbitraje en el territorio de un País Miembro de la *Convención de Nueva York*. Adicionalmente, el artículo 1136(3)(b) del TLCAN dispone que, en el caso de los laudos emitidos en virtud del Reglamento del Mecanismo Complementario o del Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL, solamente se podrá solicitar la ejecución de un laudo final, luego de expirado el plazo para solicitar su revisión o anulación, o luego de que un tribunal judicial haya desestimado una solicitud de revisión o anulación del laudo y

⁽¹⁰⁹⁾ CARON, pp. 126-127, 138-139. El profesor CARON anota que el artículo 1(2) de las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL, establece que las disposiciones imperativas de la legislación arbitral del lugar del arbitraje, se imponen a las Reglas de Arbitraje, en opinión del profesor CARON, la presunta intención de las partes al adoptar las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL o cualquier otra regla, como pueden ser las reglas de arbitraje de la AAA, o de la CCI, es la de aplicar las reglas imperativas de la legislación local. El artículo 1 del Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI contiene una regla muy similar al de su par de UNCITRAL. Cuando analiza la naturaleza de los tribunales arbitrales que conocieron de los reclamos Irán-Estados Unidos, el profesor CARON intenta evitar el debate entre lo público y lo privado, y se concentra en las necesidades prácticas y en las expectativas de las partes, especialmente en lo referente a la validez y eficacia del laudo arbitral, elemento esencial para hacer efectivo este mecanismo de resolución de disputas (p. 156). El profesor CARON no «se preocupa en analizar la ley que los árbitros aplicarán en cada Tribunal» (p. 106).

cuando no exista ninguna otra posibilidad de impugnación. Como se aprecia, esta norma contempla claramente la revisión del laudo arbitral por parte de los tribunales nacionales.⁽¹¹⁰⁾

Comúnmente se acepta que los tribunales judiciales que tienen jurisdicción para la revisión de arbitrajes comerciales internacionales, son aquellos del lugar donde se lleva a cabo el arbitraje. Tal como veremos más adelante, hasta la fecha, todas las solicitudes de anulación de laudos emitidos al amparo del Capítulo 11 del TLCAN, se han presentado en el Canadá, siguiendo este criterio. En contraste, los arbitrajes realizados al amparo del *Convenio de CIADI*, se ejecutan en virtud de los términos del Convenio, el mismo que contiene su propio sistema de impugnación de laudos arbitrales.⁽¹¹¹⁾

Es más, un análisis del Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL y del Reglamento del Mecanismo Complementario, confirma que los arbitrajes del TLCAN realizados al amparo de dichos regímenes procesales, son de naturaleza comercial y pertenecen a la esfera del derecho interno. El Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL fue desarrollado para arbitrajes comerciales internacionales.⁽¹¹²⁾ Más aún, este

⁽¹¹⁰⁾ Ver, H. OLASO, «Have Public Interests Been Forgotten in NAFTA Chapter 11 Foreign Investor/Host State Arbitrations? Some Conclusions from the Judgment of the Supreme Court of British Columbia on the Case of Mexico v. Metalclad», en *NAFTA, Law & Business Review of the Americas*, vol. 8, 2002, pp. 198-199.

⁽¹¹¹⁾ El artículo 53(1) de la Convención de CIADI establece que un laudo «no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio». Con respecto a la ejecución, el Art. 54 (1) de la Convención de CIADI requiere que los Estados contratantes ejecuten dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por un laudo, «como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado».

⁽¹¹²⁾ Ver, por ejemplo, G. SACERDOTI, «Investment Arbitration Under ICSID and UNCITRAL Rules, Prerequisites, Applicable Law, Review of Awards», en *ICSID Review*, vol. 19, 2004, p. 10, quien identifica los siguientes instrumentos de arbitraje comercial que están referidos en los BITs y en el NAFTA: La Convención de Nueva York, la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961 (Convención de Ginebra), las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL y la Ley Modelo de Arbitraje de UNCITRAL; DOLZER/STEVENS, p. 121, observan que los regímenes de arbitraje más comunes pactados en los BITs son, el CIADI, las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL y las Reglas de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI).

reglamento presupone la disponibilidad de una ley nacional aplicable, que garantice su efectividad, tal como lo ilustran sus artículos 1(2), 26(3) ó 32(7).⁽¹¹³⁾ Lo mismo puede afirmarse del Reglamento del Mecanismo Complementario, que requiere que el arbitraje se realice en un Estado Miembro de la *Convención de Nueva York* y que en ciertos casos permite recurrir a los tribunales nacionales.⁽¹¹⁴⁾ Más aún, el artículo 4(3) del Reglamento del Mecanismo Complementario, que excluye de su alcance a las «transacciones comerciales ordinarias», parece implicar que los conflictos de inversión entre un inversionista y el Estado receptor de la inversión, son «extra-ordinarios»; sin embargo, continúan siendo transacciones comerciales. En resumen, todos los arbitrajes realizados hasta la fecha al amparo del Capítulo 11 del TLCAN, están anclados en la ley de arbitraje del lugar donde se lleva a cabo el arbitraje y, por lo tanto, están en la misma situación que los arbitrajes comerciales internacionales, en el sentido estricto de la palabra.

Hasta el momento y como ya se ha señalado, solamente los tribunales judiciales canadienses han resuelto impugnaciones interpuestas en contra de laudos arbitrales emitidos en virtud del TLCAN.⁽¹¹⁵⁾ En todos estos casos se ha considerado que el conflicto surgió de una relación comercial. En la revisión judicial del caso *Metalclad*, el tribunal jurisdiccional canadiense sostuvo que para efectos de la *Ley de Arbitraje Comercial Internacional*⁽¹¹⁶⁾ de la British Columbia, que en su oportunidad adoptó la Ley Modelo de UNCITRAL, el conflicto estaba relacionado con una «inversión» y por lo tanto, el arbitraje respectivo calificaba como arbitraje *comercial* internacional.⁽¹¹⁷⁾

⁽¹¹³⁾ Ver CARON, *supra*, nota 109 y las fuentes citadas, pp. 138-139.

⁽¹¹⁴⁾ Ver los artículos 1, 19 y 46(4) y 52(3) de la Lista C del Reglamento del Mecanismo Complementario, respectivamente.

⁽¹¹⁵⁾ Sin embargo, se ha iniciado una acción de anulación del laudo arbitral en el caso *The Loewen Group Inc. and Raymond L. LOEWEN v United States of America*, Caso CIADI N° ARB(AF)/98/3, laudo de 26 de junio de 2003 («Laudo en LOEWEN») respecto a la decisión del tribunal arbitral de desestimar el reclamo personal del Sr. LOEWEN. Una petición para anular el laudo arbitral ha sido presentada a un tribunal del Distrito de Columbia de los Estados Unidos, el 13 de diciembre de 2004.

⁽¹¹⁶⁾ R.S.B.C. 1996, c. 233.

⁽¹¹⁷⁾ Ver también, H. ALVAREZ, «Setting Aside Additional Facility Award: The Metalclad Case», en E. GAILLARD (Ed.), *Annulment of ICSID Awards*, Huntington, New York,

La revisión del caso *Myers* se rigió por la *Ley Federal de Arbitraje Comercial* del Canadá,⁽¹¹⁸⁾ sección 5(4) (a), que se aplica a arbitrajes comerciales dentro de jurisdicciones federales. Al respecto, estipula lo siguiente:

Para mayor certeza, el término «arbitraje comercial» contenido en el artículo 1(1) del Código incluye (a) un reclamo presentado en virtud de los artículos 1116 ú 1117 del Tratado, tal como se define en la sub-sección 2(1) de la Ley para la Implementación del Tratado de Libre Comercio para América del Norte.

Más recientemente, el Tribunal de Apelaciones de Ontario, en la revisión del laudo *Karpa*, dispuso sin mayor análisis que los «tribunales del TLCAN solucionan conflictos comerciales internacionales ...».⁽¹¹⁹⁾

Al respecto, tanto los tribunales como la legislación arbitral canadienses, han aplicado lo que el Profesor SACERDOTI define como un punto de vista de aceptación general; esto es, que el término «comercial» tiene una «denotación netamente económica y no un significado restrictivo, por lo que no impide recurrir al arbitraje para solucionar conflictos resultantes de relaciones que no se definirían como ‘comerciales’, bajo el derecho comercial o al amparo de la legislación de un país en particular.»⁽¹²⁰⁾ La naturaleza comercial de los conflictos solucionados en virtud de las disposiciones del Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL o del Reglamento del Mecanismo Comple-

2004, p. 267 («Alvarez Additional Facility Awards»). Esto tiene interesantes implicancias, tales como la facultad del tribunal nacional que conoce del recurso de anulación, para remitir el caso nuevamente al tribunal arbitral. Esto fue justamente lo ordenado por la Corte Suprema de British Columbia, en el caso *Metalclad*. Sin embargo, las partes transaron su disputa, por lo que no fue necesario remitir los actuados al tribunal arbitral.

⁽¹¹⁸⁾ R.S.C. 1985, c. 17 (2nd Suppl.).

⁽¹¹⁹⁾ Apelación en *KARPA*, parágrafo 41. Ver también, FOUCHARD GAILLARD GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, 1999, p. 45, quienes caracterizan las disputas que se generan al amparo de los BITs como comerciales en su esencia.

⁽¹²⁰⁾ SACERDOTI, p. 12.

mentario, colocaría a estos arbitrajes dentro de la esfera del arbitraje comercial internacional y, por lo tanto, dentro del orden público transnacional (o el «orden público internacional» de un Estado).

Es inusual aceptar que la naturaleza «pública» o «privada» (o «comercial») del arbitraje y del correspondiente laudo arbitral, depende de la elección del mecanismo arbitral utilizado por el inversionista. Sin embargo, esta distinción parece fluir de manera lógica de las disposiciones del Capítulo 11 del TLCAN. Si uno tuviera que aceptar que a cada forma de arbitraje le corresponde una forma de orden público; en los arbitrajes del TLCAN se aplicarían en teoría dos estándares de orden público. Los arbitrajes regidos por el Convenio del CIADI, estarían sujetos al orden público del derecho internacional público. De otro lado, los arbitrajes regidos por el Reglamento del Mecanismo Complementario y por el Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL, estarían sujetos al orden público aplicable a los arbitrajes comerciales internacionales: el orden público internacional o el orden público transnacional. Este curioso resultado sugiere que sería preferible identificar una sola forma de orden público, tanto con respecto al estándar a ser aplicado por los tribunales arbitrales, como con respecto al estándar a ser aplicado por los comités *ad-hoc* revisores de laudos CIADI y por los tribunales judiciales.

Finalmente, la elección del orden público aplicable podría hacerse mediante referencia a la legislación que norma los derechos legales de las partes. En el caso del TLCAN, ésta sería el derecho internacional. El artículo 1131(1) del TLCAN dispone que un «tribunal establecido en virtud de las disposiciones de esta Sección, decidirá el conflicto de conformidad con los términos de este Tratado y las normas de derecho internacional aplicables.»⁽¹²¹⁾ Tal como HUNTER y SILVA han afirmado recientemente.⁽¹²²⁾

⁽¹²¹⁾ Ver también el Art. 102(2) NAFTA: «Las Partes interpretarán y aplicarán las disposiciones de este Tratado a la luz de los objetivos establecidos en el párrafo 1 y de conformidad con las normas aplicables del derecho internacional».

⁽¹²²⁾ HUNTER y SILVA, p. 371, quienes consideran que los arbitrajes entre inversionistas y Estados son un tipo de arbitraje comercial internacional, aun cuando estuvieran gobernados por el derecho internacional y su orden público (p. 374).

En la mayoría de los conflictos sobre inversión ... se puede elegir una ley nacional, pero a menudo –por ejemplo, en el caso del Capítulo 11 del TLCAN y en algunos BITs– se ordena al tribunal arbitral aplicar las disposiciones del tratado y del derecho internacional. *Esto a su vez requiere que el tribunal arbitral aplique el orden público transnacional, que podría ser considerado más bien una parte especializada del derecho internacional público* (cursiva añadida).

Resulta interesante resaltar que HUNTER y SILVA combinan el orden público transnacional y el orden público de derecho internacional, en un sólo concepto.⁽¹²³⁾ Por las razones antes señaladas, esta posición no es compartida por otros autores, por lo menos en la medida en que la dicotomía privado/público siga siendo válida en el derecho internacional.

Este breve análisis sobre algunos de los posibles criterios que se deben tomar en cuenta para determinar el concepto apropiado de orden público que se debe aplicar en los arbitrajes promovidos en virtud del Capítulo 11 del TLCAN, revela una gama de complejas e inciertas posibilidades teóricas, lo cual refleja a su vez la complejidad, en general, del sistema de solución de conflictos del Capítulo 11. La combinación de un régimen de derecho internacional sustantivo para la protección de las inversiones, con un régimen procesal que a su vez combina algunas disposiciones uniformes, con una variedad de mecanismos arbitrales que pertenecen a distintos órdenes legales, ha creado un nuevo régimen que está lleno de dificultades y sorpresas. Aunque es verdad que el Capítulo 11 del TLCAN ha creado un régimen innovador y potencialmente efectivo para la solución de conflictos, también es verdad que no parece que en el momento en que se formuló el TLCAN, se hayan considerado a cabalidad algu-

⁽¹²³⁾ *Ibid.* El autor plantea la siguiente pregunta en p. 371: «¿O significa acaso que el orden público transnacional es en los hechos sinónimo de orden público en el derecho internacional? Luego en la p. 377, el autor concluye: «En contraste, la Corte Internacional de Justicia y los tribunales arbitrales internacionales tienden a aplicar un orden público ‘verdaderamente internacional’ o transnacional».

nas de las implicancias de combinar el bien desarrollado y eficiente sistema de arbitraje comercial internacional, con una amplia gama de normas sustantivas de protección a las inversiones. Ciertamente, muchos de los desarrollos logrados al amparo del Capítulo 11 del TLCAN, han resultado ser una sorpresa para los Estados Miembro. Una de las áreas donde no parece que se han considerado las implicancias de combinar el arbitraje comercial internacional con un régimen de derecho internacional público sustantivo, es el área del orden público.

Esta combinación de derecho internacional público con arbitraje comercial internacional, en el régimen del Capítulo 11 del TLCAN, tiene el potencial de modificar o transformar ambos elementos. Por ejemplo, existen pocas dudas de que las acaloradas discusiones sobre este tema, llevadas a cabo recientemente; así como las decisiones de los tribunales y el desarrollo logrado para la intervención de terceros, incluyendo el tema de la introducción del *amicus curiae* y la transparencia en los arbitrajes realizados al amparo del TLCAN (y de los BITs de manera más general), vayan a tener un efecto sobre el arbitraje comercial internacional. También se espera un efecto a partir de las discusiones y controversias que se generen acerca de la necesidad de obtener resultados consistentes en los arbitrajes sobre inversión y en los resultados de los recursos ante las cortes nacionales. Más genéricamente, la controversia que los arbitrajes sobre inversión y los laudos emitidos en contra de los Estados han generado, podrían originar mayores críticas y un enfoque menos complaciente para con el arbitraje comercial internacional. Un ejemplo que nos viene a la mente, son las recientes críticas que se han efectuado en Argentina, en contra del arbitraje sobre temas de inversión y el arbitraje comercial internacional.

Por otro lado, la aplicación del derecho internacional público directamente a los conflictos entre inversionistas y Estados por parte de árbitros comerciales internacionales y por parte de los abogados defensores, tendrá inevitablemente un impacto sobre el desarrollo del derecho internacional público. Durante los últimos años hemos sido testigos de la disolución de las categorías herméticas que anteriormente existían en el orden legal internacional y en el orden legal

interno, debido al desarrollo del arbitraje entre inversionistas y Estados, en el que un inversionista privado puede entablar un arbitraje directamente en contra del Estado por el incumplimiento de las garantías de derecho internacional público, sin necesidad de contar con un contrato y sin que exista siquiera una cláusula de arbitraje entre las partes. El incremento significativo de conflictos entre inversionistas y Estados, acelerará este proceso y desarrollará un área emergente del derecho internacional.

Si dejamos a un lado las categorías teóricas y las incertidumbres que existen con respecto al orden público, veremos que el resultado no diferiría significativamente si aplicamos el orden público transnacional o el orden público de derecho internacional. Tal como LALIVE ha indicado, existe una fuerte superposición y retroalimentación, en cuanto al alcance y contenido de las distintas categorías de orden público. Más aún, el grupo relativamente reducido de asesores legales y árbitros que se mueven entre el arbitraje comercial internacional, en el sentido tradicional y en los arbitrajes del TLCAN y de los BITs, aportará sus propios puntos de vista y conceptos acerca del orden público.⁽¹²⁴⁾ Por consiguiente, las discusiones teóricas sobre cuál es el estándar apropiado de orden público a aplicar en los arbitrajes que se entablen al amparo del TLCAN y de los BITs, no aportarían muchas luces en la práctica. Otra razón podría ser que las consideraciones de orden público de los laudos que se emiten al amparo del TLCAN, no son explícitas. Tal como HUNTER y SILVA han afirmado con respecto al tribunal del caso *Myers*:⁽¹²⁵⁾ «Si al tribunal se le hubiera dicho que en la práctica había aplicado no menos de seis principios de orden público transnacional ... los árbitros definitivamente hubieran quedado sorprendidos». Ciertamente, parece que en ningún laudo arbitral emitido en virtud del Capítulo 11 del TLCAN, se

⁽¹²⁴⁾ Ver, por ejemplo, recientemente: J. KURTZ, «The MFN Standard and Foreign Investment -An Uneasy Fit?», en *Journal of World Investment & Trade*, vol. 5, 2004, p. 870, quién advierte una «obvia superposición en la práctica y en la cultura institucional entre el arbitraje comercial y el arbitraje generado a partir de tratados». De forma similar, SACERDOTE, *supra*, p. 47.

⁽¹²⁵⁾ HUNTER y SILVA, p. 370.

ha efectuado un análisis explícito sobre el orden público.⁽¹²⁶⁾ Aunque está siempre presente, el orden público parece guiar con una mano invisible a los tribunales del TCLAN.

Por ello, preocupa que un estándar de orden público mal definido pueda causar incertidumbre y también, posiblemente, abuso. Esta inquietud es también válida respecto de los tribunales nacionales o respecto de otras posibles autoridades revisoras que tengan que resolver solicitudes para la anulación o ejecución de laudos emitidos en arbitrajes entre inversionistas y el Estado. Es importante que tanto los árbitros como los tribunales judiciales comprendan los distintos conceptos de orden público y comprendan su naturaleza y aplicación dentro de los distintos contextos de arbitraje comercial internacional y de arbitraje entre inversionistas y Estados, bajo el TCLAN y los BITs.

V. APLICACIÓN DEL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO A LOS LAUDOS EMITIDOS AL AMPARO DEL TLCAN

El análisis recientemente efectuado por HUNTER y SILVA constituye un buen punto de partida. Recurriendo a los casos resueltos, los

⁽¹²⁶⁾ Las pocas decisiones que hacen referencia expresa a consideraciones de orden público, lo hacen con respeto al orden público gubernamental, en el más amplio sentido de los objetivos sociales y de los mecanismos (incluyendo el derecho) utilizados por los gobiernos y sus agencias para lograr esos objetivos; ver, por ejemplo, el laudo parcial en Myers, párrafo 246; la Opinión independiente en Myers, párrafos 18, (71), (91), 128, 135, 139, 162, 173; el laudo en FELDMAN, párrafos 89, 113, 136; en el arbitraje de Thunderbird, el demandante basó su inversión en la opinión de una autoridad competente de México, en el sentido que cierto tipo de máquinas para apuestas no eran ilegales, de conformidad con la legislación mexicana. Luego, las autoridades mexicanas, por la vía de acciones administrativas, al parecer habrían intentado en diversas oportunidades cerrar el local, debido a la violación de ciertas disposiciones domésticas contra el juego y las apuestas. Al momento de justificar las acciones administrativas contra Thunderbird, México, entre otros, utilizó el argumento del orden público; ver Internacional Thunderbird Gaming Corporation v. United States of Mexico, contestación a la demanda de 18 de diciembre de 2003, párrafo 257: «La legislación mexicana referida al juego y a las apuestas y las acciones legítimas de sus autoridades para hacer cumplir la ley, en el interés de preservar el orden social, no constituyen una violación de México de sus obligaciones internacionales».

autores desarrollan una lista de inquietudes comunes sobre el orden público, las que se presentan en arbitrajes relacionados a los temas de inversión; como son: no-arbitrabilidad subjetiva (incapacidad del Estado para arbitrar); ausencia de poderes especiales otorgados por el signatario del convenio arbitral; rescisión unilateral de un convenio arbitral; inmunidad de jurisdicción; interpretación restrictiva de los contratos celebrados por el Estado; expropiación; soborno; fraude; contratos que infringen alguna resolución de las Naciones Unidas o embargos; leyes tributarias; y normas de control cambiario.⁽¹²⁷⁾ Otros de los principios postulados para formar parte del orden público son los siguientes:⁽¹²⁸⁾ tratamiento nacional; el principio de compensación en caso de nacionalización;⁽¹²⁹⁾ corrupción de parte de un miembro del tribunal arbitral e inobservancia de una norma básica de procedimiento;⁽¹³⁰⁾ y la carga de la prueba.⁽¹³¹⁾

Tomando como ejemplo el laudo parcial del caso *Myers*, HUNTER y SILVA ilustran el alcance de las inquietudes sobre el orden público, que pueden tener los tribunales arbitrales del TLCAN:⁽¹³²⁾

- El principio de que ningún Estado podrá invocar su legislación interna para justificar el incumplimiento de las obligaciones asumidas en virtud del tratado, tal como lo con-

⁽¹²⁷⁾ *Ibid.*, pp. 369-370. Algunos de estos aspectos de orden público, tales como las restricciones en materia tributaria o las regulaciones sobre el control de divisas, están basados en la ley nacional y sólo indirectamente tendrían importancia en términos de orden público, a nivel del derecho internacional; por ejemplo, en el caso en el que un BIT intente encontrar un justo equilibrio entre las leyes fiscales locales y la protección de los inversionistas. Sin embargo, es la pregunta acerca de la manera en que debe interpretarse y aplicarse este balance, la que importa, en términos del orden público, y no la aplicación de la legislación tributaria o fiscal nacional por sí mismas.

⁽¹²⁸⁾ *Ibid.*, p. 373.

⁽¹²⁹⁾ *Ibid.*, p. 375.

⁽¹³⁰⁾ *Ibid.*, p. 376, que identifica las causales de anulación de las decisiones de los tribunales arbitrales, conforme con el artículo 52 de la Convención del CIADI.

⁽¹³¹⁾ *Ibid.*, como un aspecto procesal de orden público.

⁽¹³²⁾ HUNTER y SILVA, pp. 370-371

sagra el artículo 27 de la Convención de Viena (acápito 203);⁽¹³³⁾

- El principio de que las dudas acerca de la aplicación del TLCAN y de las disposiciones ambientales deben ser vistas de manera interrelacionada; en ese sentido, las disposiciones del TLCAN deben ser interpretadas considerando el hecho de que las partes del TLCAN, tienen el derecho de establecer altos niveles de protección ambiental, pero evitando al mismo tiempo las distorsiones comerciales; lo que se logra a través de la aplicación de un principio de proporcionalidad, según el cual, ante medidas ambientales igualmente efectivas y racionales, las partes deberán elegir las que sean más consistentes con el libre comercio (acápitos 220, 221 y 250); y
- El principio de derecho internacional según el cual la reparación o compensación de un acto ilegal o un incumplimiento, debe reparar el daño material infligido y lograr, en la medida de lo posible, que la parte afectada, esté en la posición en que hubiera estado, si el acto ilegal o el incumplimiento no se hubiesen producido (acápitos 311 y 315).

A continuación presentamos otros ejemplos sobre las implicancias del orden público, en la jurisprudencia resultante del TLCAN. Algunos son comunes y están bien establecidos, mientras que otros son nuevos y comportan un desafío.

1. Formulación y Modificación del Derecho Internacional

Los principios y normas que rigen la formulación y modificación del derecho, corresponden al armazón constitucional de cualquier sistema legal. Estas normas y principios expresan las creencias y valores fundamentales de la sociedad; como por ejemplo, los conceptos de democracia, legitimidad o legalidad. En consecuencia, cons-

⁽¹³³⁾ Ver, también, INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Commentary to the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, noviembre de 2001, art. 3, párrafos 7-8.

tituyen el corazón del orden público. En el derecho internacional público, estas normas constitucionales incluyen la formulación y modificación del derecho internacional consuetudinario, la ley de los tratados y la ley sobre responsabilidad del Estado, como un mecanismo sustantivo para promover la adhesión al derecho internacional. Los siguientes ejemplos ilustran el rol de estas normas básicas de orden público, en los arbitrajes realizados al amparo del TLCAN.

a) Pacta Sunt Servanda y los Principios de Interpretación de los Tratados

Resulta obvio que el principio de orden público más importante en el derecho internacional, es el de *pacta sunt servanda*.⁽¹³⁴⁾ Con respecto a convenios internacionales como el TLCAN, este principio no solo somete a las partes al acuerdo adoptado, sino que además, ratifica que dicho acuerdo es uno de derecho internacional (convencional). Al respecto, el principio *pacta sunt servanda* va de la mano con el método empleado para determinar el alcance y contenido del acuerdo.⁽¹³⁵⁾ Para los tribunales del TLCAN, la principal herramienta para determinar la naturaleza precisa de las obligaciones de las partes del TLCAN, son las normas sobre la interpretación de tratados contenidas en los artículos 31 y 32 de la *Convención de Viena*, las mismas que han venido siendo aplicadas de manera consistente desde que se emitió el primer laudo al amparo del Capítulo 11, en el caso *Ethyl Corporation vs. Gobierno de Canadá*.⁽¹³⁶⁾ Aunque la búsqueda de la

⁽¹³⁴⁾ Este principio se encuentra codificado en el Artículo 36 de la Convención de Viena.

⁽¹³⁵⁾ Ver, por ejemplo, *Amco Asia Corporation v. Indonesia*, Caso CIADI N° ARB/81/1, laudo sobre jurisdicción de 25 de septiembre de 1983, (1993) 1 ICSID Rep. 398, en el párrafo 14.

⁽¹³⁶⁾ Laudo sobre jurisdicción de 24 de junio de 1998, párrafo 55 («Laudo en Ethyl»). Otros ejemplos son el laudo parcial en *Myers*, párrafos 201 y siguientes; *United Parcel Service of America v. Government of Canada*, laudo sobre jurisdicción de 22 de noviembre de 2002, párrafos 40 y siguientes; («laudo sobre jurisdicción en UPS»); *Fireman's Fund Insurance Company v. The United Mexican States*, Caso CIADI N° ARB(AF)/02/01, decisión preliminar de 17 de julio de 2003, párrafos 63, 94; *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, Caso CIADI N° ARB(AF)/97/1, laudo de 30 de agosto de 2000, párrafos 70,100; *Waste Management I*, párrafo 9.

común intención de las partes, corresponde tanto al ámbito contractual como al de interpretación de un tratado, demuestra claramente la naturaleza invasiva de las inquietudes sobre orden público.⁽¹³⁷⁾

b) Responsabilidad del Estado

La ley sobre responsabilidad del Estado como una expresión de orden público, ha mantenido ocupados a una serie de tribunales establecidos al amparo del TLCAN. Para mencionar un solo ejemplo, veamos el caso de *Azinian vs. Estados Unidos Mexicanos*.⁽¹³⁸⁾ En este caso, el tribunal revisó los principios sobre responsabilidad del Estado, en lo referente a las decisiones del Poder Judicial. El conflicto involucraba un reclamo derivado de una expropiación e interpuesto en virtud del artículo 1110 del TLCAN, luego de que una municipalidad mexicana anulara una concesión para la prestación de servicios de disposición final de desechos, otorgada a favor de una empresa de propiedad de los demandantes. En tres niveles judiciales, los tribunales mexicanos confirmaron la anulación, a la luz de una larga lista de falsas representaciones por parte de la compañía de los demandantes.⁽¹³⁹⁾

El tribunal concluyó que en vista de que los demandantes habían buscado reparación legal a través de los tribunales nacionales, la expropiación sólo sería procedente, si la anulación infringía el artículo 1110 del TLCAN y la «*decisión final del tribunal judicial constituía*

⁽¹³⁷⁾ Esto es sintomático y demuestra la debilidad de los conceptos de orden público internacional, orden público transnacional y orden público en la esfera del derecho internacional. Como TOOPE observa en p. 137, en el contexto del orden público transnacional: «El llamado «orden público» es tan abstracto, que no resulta novedoso, o resulta casi totalmente irrelevante para el arbitraje internacional».

⁽¹³⁸⁾ Caso CIADI N° ARB (AF)/ 97/2, laudo de 1 de noviembre de 1999, («AZINIAN»), el primer caso arbitral NAFTA capítulo 11 que ha sido decidido en el fondo.

⁽¹³⁹⁾ El tribunal fue sumamente crítico respecto de las falsas representaciones formuladas por las empresas demandantes, que fueron debidamente comprobadas (*Ibid.*, párrafo 104); consideró que la conducta de las empresas demandantes carecía de escrúpulos y fue desmesurada (en el párrafo 110); y, caracterizó las proyecciones de las ventas durante la concesión, como «tan irrazonablemente optimistas, como para llegar a ser fraudulentas» (en párrafo 108).

en sí una violación del tratado».⁽¹⁴⁰⁾ Esta decisión reconoció que la responsabilidad de México, en virtud del derecho internacional (y del TLCAN) podía surgir de tres tipos de decisiones judiciales, a saber:⁽¹⁴¹⁾

La primera, es una decisión de un tribunal municipal claramente incompatible con una norma de derecho internacional.

La segunda, es lo que se conoce tradicionalmente como «negación de justicia».

La tercera se produce cuando, en ciertos casos excepcionales y bien definidos, el Estado es responsable de una decisión judicial contraria a la ley municipal.

Bajo la segunda categoría, el tribunal identificó cuatro tipos de negación de justicia, aceptados en el derecho internacional consuetudinario: negativa de aceptar una acción; demora indebida; administración de justicia de manera significativamente inadecuada; y mala aplicación de la ley de manera clara y maliciosa.⁽¹⁴²⁾ En la evaluación del tribunal, quedó claro que no existía ninguna de estas situaciones, con respecto a las resoluciones de los tribunales mexicanos.⁽¹⁴³⁾

c) Creación del Derecho Internacional Consuetudinario

Las normas relacionadas con la formulación y modificación del derecho internacional consuetudinario, corresponden a los princi-

⁽¹⁴⁰⁾ AZINIAN, párrafo 99. Ver, también, párrafo 100: «...ya que si no hay reclamo alguno contra una decisión dada por un tribunal judicial competente de que un contrato suscrito al amparo de la ley mexicana sea inválido conforme a la ley mexicana, entonces por definición no hay ningún contrato que pueda ser expropiado».

⁽¹⁴¹⁾ *Ibid.*, p. 98, citando a E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, «International Law in the Past Third of a Century», en *Recueil des Cours*, vol. 159, 1978.

⁽¹⁴²⁾ *Ibid.*, párrafos 102-103.

⁽¹⁴³⁾ *Ibid.*, párrafos 103-105.

pios de orden público de derecho internacional.⁽¹⁴⁴⁾ Para el Capítulo 11 del TLCAN, su importancia es patente, como lo demuestra el arbitraje de UPS. En este caso, el inversionista sostuvo que el artículo 1105 del TLCAN, obligaba al gobierno de Canadá a controlar la supuesta conducta anti-competitiva del Canada Post, una empresa estatal y competidora directa de UPS Canadá, en el mercado de servicios postales no monopólico. UPS argumentó que esta obligación se basaba en el derecho internacional consuetudinario.⁽¹⁴⁵⁾ El análisis del tribunal arbitral se efectuó sobre la base de un examen que combina la práctica estatal con la *opinion iuris*.⁽¹⁴⁶⁾

Para establecer una norma de derecho internacional consuetudinario, es necesario que se cumplan dos requisitos; a saber: en primer lugar, debe existir una práctica sistemática de parte de los Estados y, en segundo lugar, se debe de aceptar que dicha práctica es requerida por ley. «Ciertamente, resulta axiomático», dijo la Corte Internacional de Justicia «... que la fuente del derecho internacional consuetudinario tenga que ser buscada básicamente en la práctica, en la *opinion juris* de los Estados». La Corte Internacional de Justicia continúa diciendo que los tratados multilaterales podrían jugar un rol importante, que podría ser el de registrar y definir las normas resultantes de la costumbre, o también podría ser el rol de desarrollar tales normas.

Por consiguiente, el tribunal arbitral aceptó que el derecho consuetudinario está en evolución. Sin embargo, también concluyó que esta evolución no había avanzado lo suficiente, como para regular o prohibir una conducta anti-competitiva.⁽¹⁴⁷⁾ No obstante, una de las áreas donde las inquietudes de orden público parecen haber modificado el derecho internacional consuetudinario y el TLCAN, es aquella relacionada con el principio de transparencia.

⁽¹⁴⁴⁾ *Supra*, Parte III. 4.

⁽¹⁴⁵⁾ *Ibid.*, párrafo 83.

⁽¹⁴⁶⁾ *Ibid.*, párrafo 84.

⁽¹⁴⁷⁾ *Ibid.*, párrafo 92.

2. Transparencia

a) *Transparencia Administrativa*

Tal como se ha indicado, los conceptos de transparencia e imparcialidad procesal, están contemplados por los artículos 102(1) y 1802 del TLCAN, como una posible expresión del orden público del TLCAN.⁽¹⁴⁸⁾ Luego del arbitraje del caso S.D. Myers, otro tribunal resolvió en el caso *Metalclad*, que el gobierno de México no había cumplido con las obligaciones emanadas del artículo 1105 del TLCAN, al no garantizar un marco jurídico transparente y predecible para el planeamiento e inversión de los negocios de Metalclad; a tal punto, que el inversionista no había sido tratado de manera justa y equitativa. Metalclad había invertido en una instalación de desechos peligrosos, que contaba con todos los permisos federales de operación necesarios.⁽¹⁴⁹⁾ Metalclad también había solicitado un permiso de construcción municipal que, según habían asegurado los funcionarios federales competentes, sería emitido oportunamente. Sin embargo, la municipalidad que tenía jurisdicción sobre el área donde se ubicaba la instalación, rechazó injustificadamente la solicitud, sin dar a Metalclad la oportunidad de presentar sus argumentos y por motivos no relacionados con el tema de la construcción. Con respecto al estándar de transparencia, el tribunal resolvió lo siguiente:

La referencia a «transparencia» está en un lugar prominente de la declaración de principios y normas contenidas en la parte

⁽¹⁴⁸⁾ *Supra*, Parte III 4.

⁽¹⁴⁹⁾ Laudo en *Metalclad*, párrafos 99 y 101. Las Notas de Interpretación de ciertas disposiciones del Capítulo 11 del NAFTA emitidas por el Free Trade Comisión el 31 de julio de 2001 («Notes»), se ubican en internet en: International Trade Canada <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/NAFTA-Interpr-en.asp> (última actualización 6 de diciembre de 2002). Bajo la autoridad del Artículo 1131(2) del NAFTA, se limita la palabra «derecho internacional» contenida en el Artículo 1105(1) del NAFTA, al «estándar mínimo de tratamiento de extranjeros, conforme a la costumbre en el derecho internacional, mínimo estándar de tratamiento que una Parte debe otorgar a las inversiones de la otra Parte (en B.1). Las Notas no afectan como principio, la existencia del orden público sectorial o regional, o el orden público particular del NAFTA. Sobre el impacto de las Notas en el futuro de los arbitrajes NAFTA, ver C. BROKER *et al.*, «The Coming Crisis in the Global Adjudication System», en *Arbitration International*, vol. 19, 2003, p. 415.

introdutoria del Acuerdo (*TLCAN, Artículo 102 (1)*). En opinión del Tribunal, esto implica que todos los requerimientos legales que se deben cumplir para los efectos de iniciar, completar y efectivamente ejecutar con éxito una inversión al amparo del Acuerdo, deberían ser conocidos de inmediato por todos los inversionistas afectados de otra de las Partes. Esto no debería dar lugar a dudas ni incertidumbres. Si las autoridades del gobierno central de una de las Partes... se enteran de cualquier aspecto que pudiera dar lugar a malos entendidos o confusión, dichas autoridades tienen el deber de asegurarse que se determine de inmediato la posición correcta y que ésta sea explicada con claridad, de modo que los inversionistas puedan actuar de manera expeditiva, con la certeza de que su proceder es conforme con todas las leyes pertinentes.

La solicitud presentada luego por el gobierno de México ante la Corte Suprema de British Columbia, para revocar el laudo del caso *Metalclad*, tuvo un éxito parcial, ya que el juez competente respecto de la impugnación del laudo, consideró que las obligaciones sobre transparencia contempladas en el artículo 1802 del TLCAN, no podían aplicarse al Capítulo 11 vía la aplicación de los principios, normas y objetivos generales enumerados en el artículo 102(1) del TLCAN y, por lo tanto, estaban fuera de la jurisdicción del tribunal arbitral.⁽¹⁵⁰⁾

⁽¹⁵⁰⁾ Revisión de *Metalclad* en 71, 76. En el párrafo 68, la Corte identifica que el tribunal arbitral no hizo referencia a autoridad alguna que hubiera establecido que el estándar mínimo de transparencia sea parte de la costumbre en el derecho internacional, y expresamente repasa y rechaza la posición del profesor SCHWARTZ, contenida en su voto independiente, como una justificación válida del análisis del tribunal *Metalclad* bajo el Art. 1105 NAFTA. La Corte realizó también una interpretación restrictiva del «derecho internacional», refiriéndose solo a la costumbre, tal como ésta se encuentra considerada en el derecho internacional (párrafo 65). Ver también los comentarios en el laudo en FELDMAN, párrafo 133, que consideran la Revisión de *Metalclad* como importante en esta materia. No vamos a analizar aquí si la Corte podía utilizar el argumento en contra del estándar de transparencia, como causal para anular parte del laudo arbitral, como en efecto lo hizo. Sobre el tema, revisar H. ALVAREZ, *Additional Facility Award*, supra; T. Weiler, «*Metalclad and the Government of Mexico: A Play in Three Parts*», en *Journal of World Investment*, vol. 2, 2001, p. 685.

Subsecuentes tribunales arbitrales del TLCAN, han revisado el estándar mínimo de tratamiento equitativo que se debe otorgar en virtud del derecho internacional consuetudinario, tal como está incorporado al artículo 1105 del TCLAN.⁽¹⁵¹⁾ Sus conclusiones fueron resumidas por el segundo tribunal arbitral, en el caso *Waste Management*, en un estándar general:⁽¹⁵²⁾

Tomados en conjunto, los casos *S.D. Myers*, *Mondev*, *ADFy Loewen*, sugieren que el estándar mínimo de tratamiento justo y equitativo es infringido, cuando una conducta atribuida al Estado es dañina al demandante, y cuando esa conducta es arbitraria, extremadamente injusta, desleal o idiosincrásica, o si es discriminatoria y expone al demandante a prejuicios sectoriales o raciales, o si involucra la ausencia de debido proceso, lo cual origina un resultado contrario a la idoneidad judicial, lo que ocurriría en el caso de un incumplimiento manifiesto de la justicia natural en los procedimientos judiciales o *en caso de falta total de transparencia y candor en el proceso administrativo*. Al aplicar este estándar, es importante anotar que el tratamiento mínimo ha sido incumplido por las declaraciones efectuadas por el Estado receptor de la inversión, en las que el demandante se basó de manera razonable (énfasis añadido).

Por consiguiente, se concluye que garantizar un estándar mínimo de transparencia en los procedimientos administrativos, es ahora una de las principales obligaciones emanadas del TLCAN. Sin em-

⁽¹⁵¹⁾ *Modev International Limited v. United States of America*, Caso CIADI N° ARB (AF) 99/2, laudo de 11 de octubre de 2002, párrafo 127 («Laudo en *Mondev*»); *ADF Group Inc. v. United States of America*, Caso CIADI N° ARB(AF)/00/1, laudo de 9 de enero de 2003, párrafo 184 y siguientes («Laudo en *ADF*»); Laudo en *Loewen*, párrafos 124 y siguientes.

⁽¹⁵²⁾ *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, Caso CIADI N° ARB(AF)/00/3, laudo de 30 de abril de 2004, párrafo 98 («Laudo II *Waste Management*»). Este estándar ha sido adoptado en el caso NAFTA más reciente, *GAMI Investments, Inc. v. The Government of the United Mexican States*, laudo final de 15 de noviembre de 2004, párrafo 95 («Laudo en *GAMI*»).

bargo, los tribunales constituidos al amparo del Capítulo 11, sólo podrían identificar la existencia de una obligación de transparencia si concluyeran; en primer lugar, que el estándar mínimo de transparencia que forma parte de la ley consuetudinaria y que se encuentra reconocido en el artículo 1105 del TLCAN, también incluye una garantía básica de transparencia administrativa.

Esta conclusión es contraria a las alcanzadas en un estudio realizado recientemente por la Organización de Cooperación Económica y Desarrollo (OCED) sobre el tratamiento justo y equitativo, que se debe otorgar en el derecho internacional de las inversiones:⁽¹⁵³⁾

La diligencia debida y el debido proceso, incluyendo la no-negación de justicia y la ausencia de arbitrariedad, son elementos bien asentados en el derecho consuetudinario internacional, en tanto la transparencia es un elemento que a menudo se define en los convenios internacionales, como una obligación bajo una cláusula independiente.

La discrepancia podría denotar que a nivel regional existe un avance en el derecho internacional consuetudinario, como una primera señal de una tendencia general.⁽¹⁵⁴⁾ Por lo menos, la experiencia muestra la disposición de los tribunales constituidos al amparo del TLCAN, de aceptar y hacer cumplir el principio de transparencia como una meta importante de política sobre inversiones.

b) Transparencia del Proceso Arbitral

La transparencia también se ha considerado como factor relevante, en el caso de las decisiones emitidas por dos tribunales consti-

⁽¹⁵³⁾ Organization for Economic Co-operation and Development, «Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law», Working Papers on International Investment 2004/3, setiembre de 2004, p. 40.

⁽¹⁵⁴⁾ Para un análisis acerca de la pregunta de si los BITs influyen en la costumbre como fuente del derecho internacional, ver, por ejemplo, S. HINDELANG, «Bilateral Investment Treaties, Custom and a Healthy Investment Climate», en *Journal of World Investment and Trade*, vol. 5, 2005, p. 789.

tuidos al amparo del TLCAN, con respecto a su facultad, de conformidad con el artículo 15(1) del Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL,⁽¹⁵⁵⁾ para aceptar escritos presentados por terceros interesados (*amici curiae* o amigos de la corte).⁽¹⁵⁶⁾ Ambos tribunales concluyeron que el ejercicio de su facultad de admitir escritos *amicus curiae*, respondía al interés público generado por el asunto materia de los arbitrajes respectivos y ante la importancia de contar con mayor transparencia. Tal como indica el tribunal en el caso *Methanex*.⁽¹⁵⁷⁾ «También existe un argumento más amplio, tal como sugiere el Demandando y el gobierno de Canadá: el proceso arbitral regulado por el Capítulo 11, podría beneficiarse si fuera percibido como un proceso más abierto o transparente; o, de lo contrario, podría verse perjudicado, si fuera percibido como un proceso indebidamente reservado. Al respecto, la buena disposición del tribunal de recibir escritos *amicus curiae*, podría ser favorable al proceso en general y a este arbitraje en particular; mientras que una negación general, podría causar un daño positivo». En otras palabras, ambos tribunales reconocieron que el principio de transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y Estados, sirve para aliviar el temor público con res-

⁽¹⁵⁵⁾ Art. 15(1) de las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL: «Con sujeción a lo dispuesto en el presente Reglamento, el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, siempre que se trate a las partes con igualdad y que, en cada etapa del procedimiento, se dé a cada una de las partes plena oportunidad de hacer valer sus derechos».

⁽¹⁵⁶⁾ Decisión en *Methanex*; Decisión en *UPS*. En *Methanex*, varias organizaciones no gubernamentales (ONGs) solicitaron al tribunal que se les conceda acceso a los escritos de las partes, para permitirles presentar informes y argumentos orales como *Amicus Curiae* y tener el estado de observadores en los informes orales, en *UPS*, las ONGs buscaban tener la categoría de «parte», o, como una alternativa, tener acceso a todos los materiales escritos sometidos al tribunal; tener el status de *Amicus Curiae*; y, tener el derecho de pronunciarse acerca del lugar del arbitraje, la jurisdicción y la arbitrabilidad de las pretensiones. Ambos tribunales sostuvieron que, a falta de consentimiento expreso de las partes en disputa, carecían de autoridad alguna para incorporar otra persona como parte o para ignorar el artículo 25(4) de las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL, que requiere que las audiencias sean sostenidas a puertas cerradas. Ambos tribunales, sin embargo, aceptaron que tenían el poder de admitir informes en calidad de *Amicus Curiae*.

⁽¹⁵⁷⁾ Decisión en *Methanex*, parágrafo 49.

pecto a la imparcialidad y competencia de los Tribunales del TLCAN y la imparcialidad e integridad del proceso arbitral.⁽¹⁵⁸⁾

3. Derecho de Igualdad de las Partes

Durante la etapa de pruebas en el proceso de arbitraje entre *Pope & Talbot Inc.* y el *Gobierno de Canadá*, Canadá sostuvo que su Gabinete gozaba del privilegio al secreto con respecto a ciertos documentos, de conformidad con la ley canadiense. El tribunal falló que el asunto se regía más bien por el Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL, que era el marco procesal aplicable a dicho proceso arbitral. Aunque el tribunal en principio estuvo de acuerdo en que ciertos documentos podían ser excluidos del proceso de divulgación para proteger secretos de Estado, invitó al gobierno de Canadá a identificar todos y cada uno de los documentos e indicar el aspecto del conflicto con el que cada documento se relacionaba, a fin de permitir una evaluación correcta del privilegio reclamado por el gobierno de Canadá.⁽¹⁵⁹⁾ El tribunal basó su decisión en el principio de igualdad de las partes:⁽¹⁶⁰⁾

En el contexto específico de un arbitraje realizado al amparo del TLCAN, donde las partes han acordado regirse por el Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL, *uno de los principios pri-*

⁽¹⁵⁸⁾ Las decisiones del tribunal, como el propio acuerdo de las partes en el caso *Methanex*, de desarrollar audiencias arbitrales abiertas al público, ha impactado en las propuestas de reforma que se discuten en el CIADI; ver sobre el particular un documento de trabajo publicado por el Secretario General del CIADI titulado «Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration» (Washington: International Centre for Settlement of Investment Disputes, 22 October 2004), párrafos 13-15; e ICSID News Release, «Methanex Corporation v. United States of America NAFTA/UNCITRAL Arbitration Rules Proceedings» (Mayo 26, 2004).

⁽¹⁵⁹⁾ Decisión en *Pope & Talbot*, párrafos 1.4, 1.7. El tribunal basó su fallo en una decisión de un Panel del WTO en el caso *Canadian Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, de 14 de abril de 1999, en el que se afirmó que «cuando un Estado solicita que se declare cierta información como confidencial, se espera que ese Estado explique de manera clara las razones por las que necesita que esa información efectivamente sea protegida».

⁽¹⁶⁰⁾ *Ibid.*, párrafo 1.5.

mordiales (Norma 15) consiste en que las Partes sean tratadas con igualdad. Al mejor saber y entender del Tribunal, las demás Partes del TLCAN no cuentan con leyes internas que les permitan negarse a entregar documentos a los tribunales constituidos en virtud del TLCAN, sin que exista una justificación distinta a la simple certificación de que existe algún tipo de secreto de Estado. En estos casos, el gobierno de Canadá, si simplemente pudiera basarse en la sección 39 (de la legislación canadiense), estaría en una posición injustamente ventajosa en virtud del Capítulo 11, en comparación con los Estados Unidos o México (énfasis añadido).

El Gobierno de Canadá no siguió la sugerencia del tribunal y se negó a identificar o entregar los documentos en cuestión.⁽¹⁶¹⁾ Aunque la posición del demandante no parece haberse visto afectada adversamente, el tribunal se vio obligado a efectuar la siguiente declaración:⁽¹⁶²⁾

Tal como el Tribunal señaló en la decisión que tomó al respecto el 6 de septiembre de 2000, la posición del gobierno de Canadá podría significar apartarse del «principio esencial» contemplado por el artículo 15 del Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL, que ha regido este procedimiento; esto es, el principio que requiere que todas las Partes sean tratadas de manera

⁽¹⁶¹⁾ Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada, Segundo Laudo sobre el fondo de la controversia de 10 de abril de 2001, («Laudo sobre el fondo en Pope & Talbot»), en parágrafo 5.

⁽¹⁶²⁾ *Ibid.*, en parágrafo 193. Ver también la solicitud del Gabinete del Canadá en el caso arbitral UPS respecto a ciertos privilegios, donde Canadá confió directamente en la ley canadiense y en su aplicación, lo que fue rechazado por el tribunal; United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada, Decisión del tribunal respecto a la confidencialidad de ciertos documentos esgrimida por el Gabinete canadiense, de fecha 8 de octubre de 2004, párrafos 7,15. Los argumentos del Canadá no fueron aceptados, porque no consideraron en su debida extensión el adecuado balance entre los intereses públicos en pugna: la confidencialidad y la obligación de informar. El tribunal invitó a Canadá a demostrar que el privilegio pretendido era superior al de informar (parágrafo 14).

equitativa. Más aún, el artículo 1115 del TLCAN requiere que se «otorgue un tratamiento equitativo a los inversionistas de las Partes». En vista de que la decisión del gobierno de Canadá de negarse a revelar o identificar documentos, discrepa con la práctica de las demás Partes del TLCAN, por lo menos de los Estados Unidos, dicha negación podría resultar una negación respecto de la igualdad en el tratamiento de los inversionistas y de las inversiones que presenten reclamos al amparo del Capítulo 11.

El análisis del tribunal hace hincapié en distintos aspectos sobre la igualdad de las partes y el orden público. A nivel del tratado, la facultad de una de las Partes del TLCAN de lograr una ventaja procesal, recurriendo a sus propias leyes, prácticamente permitiría al Estado reducir unilateralmente las obligaciones que ha asumido frente a las otras Partes. El corolario sería una desigualdad en cuanto al nivel de protección sustantiva que gozan los inversionistas de las tres Partes del TLCAN. Y, finalmente, dicha ventaja procesal negaría la tan bien protegida igualdad de las partes en el proceso arbitral, así como también afectaría la confianza del inversionista perjudicado respecto de la imparcialidad del mecanismo de solución de conflictos. Dependiendo de la naturaleza o alcance de la ventaja, la medida correctiva para lograr inferencias adversas, podría no ser suficiente como para restaurar la igualdad o la confianza.

4. La Carga de la Prueba

En opinión de HUNTER y SILVA, la carga de la prueba es un asunto de orden público procesal, que es familiar a los tribunales arbitrales internacionales.⁽¹⁶³⁾ El principio general según el cual las partes deben probar los hechos en los que pretenden basar su caso, es también aplicable a los arbitrajes realizados en virtud del TLCAN.⁽¹⁶⁴⁾ Sin embargo, en el derecho

⁽¹⁶³⁾ HUNTER y SILVA, p. 376.

⁽¹⁶⁴⁾ Laudo en Feldman, párrafo 177; o como el árbitro Bravo en su voto en minoría en Marvin Feldman v. México, Caso CIADI N° ARB(AF)/99/1 de 3 de diciembre de 2002 («Voto en minoría en Feldman») p. 7, dijo: «*Necitas probandi illi quit agit*».

internacional también se reconoce que en ciertos casos la carga de la prueba pueda ser transferida de una de las partes a la otra.

Los tribunales del TLCAN han determinado, con respecto a la obligación contemplada por el artículo 1102 del TLCAN, que si el inversionista demuestra que ha recibido un tratamiento diferente y menos favorable que el otorgado a los inversionistas nacionales del País receptor, el inversionista habrá planteado una presunción de discriminación, que deberá ser rebatida por el País demandado.⁽¹⁶⁵⁾ Por ejemplo, en el arbitraje del caso *Feldman*, el inversionista americano sostuvo que la práctica mexicana de devolver los impuestos de exportación a ciertos vendedores minoristas mexicanos de cigarrillos, negando los mismos descuentos a su compañía, era discriminatoria. El laudo arbitral emitido por mayoría dispuso lo siguiente:⁽¹⁶⁶⁾

Con respecto a la carga de la prueba, la mayoría encuentra útil la siguiente declaración sobre los estándares de derecho internacional, tal como sostiene el Cuerpo de Apelaciones de la Organización Mundial del Comercio:

... distintos tribunales internacionales, incluyendo la Corte Internacional de Justicia, han aceptado y aplicado de manera generalizada y consistente la norma según la cual la parte que afirma un hecho, sea ésta la demandante o la demandada, es responsable de probarlo. Asimismo, en el derecho civil, en el derecho común, y ciertamente en la mayoría de las jurisdicciones, es un hecho generalmente aceptado que la carga de la prueba recae sobre la parte, sea ésta la demandante o la demandada, que sostiene un hecho con respecto a un reclamo o defensa. *Si dicha parte presenta suficiente evidencia como para que se presuma que lo que afirma es verdadero, la carga de la prueba recaerá*

⁽¹⁶⁵⁾ Laudo sobre el fondo en Pope & Talbot, párrafos 78-79; Laudo en Feldman, párrafo 177.

⁽¹⁶⁶⁾ Laudo en Feldman, *Ibid.*, cita el caso United States –Measures Affecting Imports of Woven Shirts and Blouses from India, 23 de mayo de 1997, WT/DS33/AB/R, p. 14; Asian Agricultural Products Limited v. Republic of Sri Lanka, 1990, ICSID Rep., pp. 246, 272.

en la otra parte, la que no tendrá éxito, a menos que presente suficiente evidencia como para rebatir la presunción (énfasis añadido).

En nuestra opinión, en este caso el Demandante ha establecido una presunción y un caso *prima facie*, de que ha recibido un tratamiento distinto y menos favorable que muchos otros vendedores minoristas mexicanos de cigarrillos, y el Demandado no ha presentado evidencia verosímil que rebata dicha presunción.

Sin embargo, el voto discrepante en el caso *Feldman* estuvo referido a la reversión de la carga de la prueba, que realizó la mayoría, debido al contexto impositivo del conflicto. El árbitro BRAVO sostuvo que el gobierno de México hubiera podido superar la presunción de discriminación, solamente si hubiera revelado información confidencial sobre otros contribuyentes al tribunal. Enfatizando el hecho de que las autoridades tributarias mexicanas, al igual que sus contrapartes del TLCAN y las de muchos otros países, están legalmente obligadas a garantizar la confidencialidad de las declaraciones juradas, explicó que «este principio de confidencialidad es esencial para que los contribuyentes confíen en la administración tributaria, facilitando con ello la cobranza de impuestos. Aunque esto está relacionado con el derecho interno, pertenece claramente al orden público».⁽¹⁶⁷⁾ Se puede argumentar que lo que el árbitro Bravo tenía en mente, es que la confidencialidad de la información tributaria, ampliamente garantizada a nivel municipal, dando origen a un principio equivalente y de orden público en el TLCAN, el mismo que debe ser tomado en cuenta por los tribunales, al momento de diseñar las normas procesales o aplicarlas a contextos legales específicos.⁽¹⁶⁸⁾

⁽¹⁶⁷⁾ Voto en minoría en *Feldman*, p. 11. Al respecto, ver también el Artículo 2105 NAFTA, que dispone que: «Ninguna disposición en este Tratado se interpretará en el sentido de obligar a ninguna de las Partes a proporcionar o a dar acceso a información cuya divulgación pudiera impedir el cumplimiento de las leyes de la Parte o fuera contraria a sus leyes que protegen la intimidad de las personas, los asuntos financieros y las cuentas bancarias de clientes individuales de las instituciones financieras».

⁽¹⁶⁸⁾ Es interesante que la Corte Superior de Justicia de Ontario, ante la demanda de México para anular el laudo al amparo de la sección 34(2)(a)(ii) de la Ley de

VI. CONCLUSIONES

Tal como Wilfred JENKS afirma, «el reconocimiento judicial del orden público puede ser de particular importancia durante las etapas iniciales del desarrollo de un sistema legal, en épocas de cambios rápidos y cuando los marcos legales no se encuentran desarrollados suficientemente o son indebidamente engorrosos».⁽¹⁶⁹⁾ Si esto es verdad, el orden público es especialmente importante, ahora que los arbitrajes entre inversionistas y Estados, en virtud del TLCAN y los BITs, están en pleno desarrollo y están además experimentando rápidos cambios.

Este breve análisis acerca de algunas de las inquietudes sobre el orden público en los arbitrajes realizados al amparo del Capítulo 11 del TLCAN, así como en lo referente a algunos aspectos de los arbitrajes realizados en virtud de los BITs, muestra que se ha prestado relativamente poca atención al concepto apropiado de orden público, en este importante contexto emergente. Aunque se ha prestado mayor atención a algunos de los aspectos más importantes del arbitraje entre inversionistas y Estados, como por ejemplo en lo que concierne al alcance de la jurisdicción de los tribunales arbitrales, a la relación entre el tratado y los reclamos contractuales, a las «*umbrella clauses*», a la transparencia y a los derechos de intervención de terceros, aún no hemos llegado a comprender con precisión, lo que el aprendiz de brujo ha desatado y que aún no estamos en capacidad de controlarlo. Si queremos alcanzar cualquiera de estas metas, el primer paso que debemos tomar, consiste en examinar cuidadosamente la naturaleza del arbitraje entre inversionistas y Estados y su relación con el arbitraje comercial internacional, dentro del contex-

Arbitraje Comercial Internacional, *R.S.O.* 1990, c I-9 (que es el mismo que el artículo 34 de la Ley Modelo de UNCITRAL), concluyó que México no se encontraba imposibilitada por sus leyes domésticas de presentar evidencia ante el tribunal arbitral, respecto a si las demás empresas domésticas revendedoras de cigarrillos se encontraban en las mismas circunstancias que la empresa del señor Feldman o si, por el contrario, recibían la devolución de impuestos, en circunstancias en las que a las empresas del inversionista se les negaba esa devolución.

⁽¹⁶⁹⁾JENKS, p. 459.

to más tradicional de los conflictos comerciales privados. Esto ayudará a identificar las necesidades específicas del arbitraje entre inversionistas y Estados bajo el TLCAN y bajo tratados similares, para así determinar si tales necesidades son compatibles con el arbitraje comercial internacional y si éste las puede satisfacer adecuadamente. De lo contrario, podríamos continuar tratando de recurrir al arbitraje comercial internacional para satisfacer todas las necesidades que surjan del arbitraje entre inversionistas y Estados y, en el proceso, lograr resultados que estén lejos de ser óptimos y más bien resulten ser dañinos a ambos.

Al respecto, el orden público es una de las áreas que más se beneficiaría con una mayor atención y esclarecimiento. Este importante concepto es relevante tanto para los aspectos procesales, como para los aspectos sustantivos del arbitraje entre inversionistas y Estados. Debido a la fuerte influencia del arbitraje comercial internacional y del derecho internacional público en el arbitraje entre inversionistas y Estados y debido además a la distinta naturaleza legal y a los distintos intereses de quienes participan en dichos arbitrajes, sería importante comprender de manera más clara, a qué comunidad sirve el orden público y en qué contexto se desarrollará. Esto ayudará a definir mejor la naturaleza del orden público y su rol en el arbitraje entre inversionistas y Estados. Entretanto, el orden público del TLCAN continuará guiando el proceso como una mano invisible.

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL ALCANCE DE LA PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES EN EL MARCO DE LOS TRATADOS FIRMADOS POR ARGENTINA

OSVALDO J. MARZORATI (*)

SUMARIO: I. *Introducción.* 1) *La Doctrina Calvo y el cambio del clima de las inversiones.* 2) *¿Está muerta la Doctrina Calvo?* 3) *La Cláusula «Umbrella».* II. *Alcance de la Protección según los BITs suscritos por Argentina.* 1) *Protección en casos de emergencia nacional.* 2) *Precedentes internacionales y fuerza mayor.* 3) *Medida tomada por razones de interés público.* III. *Compensación basada en la Expropiación.* 1) *Daño causado por la pérdida del valor económico de la inversión.* 2) *Lucro cesante y pérdida de oportunidades.* IV. *Ejecución del Laudo del ICSID.* 1) *Independencia y autonomía del ICSID.* 2) *Reconocimiento y ejecución de laudos del ICSID.* 3) *Beneficios derivados de la falta de exequátur.* 4) *Ejecución de un laudo o sentencia extranjeros en Argentina.* V. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

Desde 2002 el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (ICSID)⁽¹⁾ ha recibido numerosos pedidos de arbitraje contra la República Argentina que ascienden a una suma

(*) Socio Senior de Allende & Brea, Buenos Aires.

(1) El ICSID se creó a través de un tratado internacional por iniciativa del Banco Mundial. Su oficina principal funciona en la sede del Banco. Sus países miembro en 2004

que oscila entre los US\$16 mil millones (valor nominal) y los US\$26 mil millones (incluyendo accesorios), fundados en los reclamos efectuados por los inversores extranjeros de varias nacionalidades, tales como franceses, alemanes, italianos y estadounidenses, alegando la violación por parte de la Argentina de la protección acordada a inversores extranjeros⁽²⁾ en el marco de varios Tratados para la Protección Recíproca de las Inversiones («BITS»). Los casos argentinos, como son conocidos, representan el 60% de todos los casos sometidos a los procedimientos del ICSID y su decisión final puede establecer nuevas doctrinas y precedentes arbitrales en los próximos años.

Como bien se sabe, una de las principales características de los BITS es la posibilidad de solucionar las controversias que se susciten entre un inversor y el Estado receptor de la inversión a través de un procedimiento arbitral llevado a cabo por un tribunal arbitral en la sede del ICSID de Washington, de conformidad con las normas de la

eran 154. El lema del Centro es «facilitar el sometimiento de las diferencias vinculadas con las inversiones entre los Estados Contratantes y los Nacionales de otros Estados Contratantes a un procedimiento de conciliación y arbitraje de conformidad con las condiciones del presente Contrato». Está integrado por un Consejo Administrativo y una secretaria, y lleva listas de los conciliadores y árbitros. El Consejo está integrado por un representante de cada Estado Contratante, y es en general el gobernador designado por cada Estado al Banco y está representado, de oficio, en el Centro. Se aplica la misma norma a los suplentes. El presidente del Banco es, de oficio, presidente del Consejo, pero no tiene derecho a votar.

La Argentina ha suscripto más de 43 BITS con una variedad de naciones, siguiendo dos o tres modelos diferentes.

- (2) De conformidad con la definición adoptada por la mayoría de los Tratados, el término «inversor» incluye: las personas jurídicas domiciliadas en el territorio de una de las partes contratantes de conformidad con la legislación, con asiento en él; las personas jurídicas efectivamente controladas directa o indirectamente por los nacionales de una de las partes contratantes; o por persona jurídicas que tengan su sede en el territorio de una de las partes contratantes y constituidas de acuerdo con su legislación. A su vez, los tratados designan bajo el término «inversiones» los activos, tales como bienes, derechos e intereses de cualquier tipo, en ese sentido, es común que los Tratados cumplan una numeración no específica de lo que debería considerarse «inversión» mencionando explícitamente «las acciones, costos de emisión, y otras formas de participación, sean menores o indirectas, en las sociedades constituidas en el territorio de una de las partes contratantes» y «las concesiones convenidas por la ley o en virtud de un contrato».

Convención para la Solución de Conflictos vinculadas con las Inversiones entre los Estados y los Naturales de Otros Países adoptada en Washington DC el 18 de marzo de 1965 («la Convención») o en virtud de las Normas de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Comercial Internacional (UNCITRAL) sobre Arbitraje Comercial Internacional a opción del reclamante. Los BITs son conocidos en el Derecho Internacional como tratados de inversiones de tercera generación y reemplazan o complementan «*urbi et orbe*» los antiguos tratados de amistad y navegación de ríos del siglo XIX que eran considerados y utilizados para solucionar controversias entre los Estados e inversores que surgieron de la nacionalización del petróleo y del gas y de otros recursos locales durante el siglo XX⁽³⁾.

La Argentina ha firmado diversos BITs con naciones desarrolladas o en desarrollo. En el marco de la Constitución argentina y, anteriormente, en varios fallos de la Corte Suprema, se encuentra bien establecido que los tratados son superiores a las leyes locales y las leyes locales no pueden revocar derechos otorgados por un tratado. Los tratados sólo pueden ser denunciados por el Poder Ejecutivo y la denuncia sólo surte efectos jurídicos al menos 10 años después de efectuada. Hasta el momento, la Argentina no ha denunciado ninguno de los muchos BITs que se encuentran vigentes. Después del colapso general de la economía en 2001, la Argentina devaluó su moneda, salió de la ley de convertibilidad, obligó a cancelar en moneda local ciertas deudas en dólares, e ignoró las cláusulas de ajuste dólar estipuladas en los contratos de concesión otorgados a los inversores extranjeros para operar varios servicios públicos en el área de las telecomunicaciones, la energía, el gas, los ferrocarriles y otras. Además, la Argentina sancionó leyes de emergencia para poder hacer frente a la crisis política (seis presidentes en menos de un mes), a la crisis económica a través de la sanción de una ley especial, como se mencionó precedentemente, y una crisis social (50% de la población se encuentra por debajo de la línea de pobreza). Este artículo no cuestiona la existencia de la crisis sino que más bien pretende focalizar

⁽³⁾ Véase MARZORATI, Osvaldo J., «Inmunidad de la Jurisdicción vs. Inmunidad de la Ejecución (Sobre los Embargos y la Situación Actual de la Nación Argentina por el Incumplimiento de sus Obligaciones Contractuales)», *ED* 16/4/2004.

sus efectos en industrias altamente reguladas, tales como las del sector público operado por inversores extranjeros en virtud de ciertas normas o marcos legales existentes al momento de la inversión y, posteriormente, afectados o sensiblemente modificados por la legislación de emergencia.

Los BITs Argentinos siguen varios modelos; todos ellos establecen cláusulas no discriminatorias, la «cláusula de la nación más favorecida» y el arbitraje internacional como una opción del inversor; en consecuencia, aunque algunos BITs exigen agotar los recursos legales durante 18 meses, los más modernos se basan en un período conciliatorio de seis meses después del cual el inversor extranjero tiene acceso al arbitraje internacional del Centro ICSID creado por la Convención de Washington de 1965 bajo la jurisdicción del Banco Mundial. Basados en la cláusula de la nación más favorecida y precedentes internacionales, los inversores utilizan generalmente esta última opción.

El arbitraje en el ICSID presenta dos características esenciales que definen la jurisdicción del Centro: son los requisitos de los procedimientos consensuales previos y la especialización a través de la competencia limitada del Centro.

El consentimiento⁽⁴⁾ en el sistema del ICSID ha sido descrito como «la piedra fundamental de la jurisdicción del Centro»⁽⁵⁾. Por tanto el consentimiento escrito de ambas partes en cuanto al arbitraje debería existir al momento de presentar el correspondiente pedido al ICSID⁽⁶⁾. Según el artículo 25.1 de la Convención, una vez que

(4) En 1994, se sancionó la ley 24.353. Por medio de esta ley, el Congreso Argentino ratificó la Convención sobre la Solución de las Diferencias vinculadas con las Inversiones entre los Estados y los Nacionales de otros Estados adoptado en Washington el 18 de marzo de 1965, en consecuencia, el país prestó su consentimiento para ser admitido en el ICSID, dando a los inversores extranjeros una jurisdicción arbitral de mayor reconocimiento internacional.

(5) Informe de los Directores Ejecutivos sobre el Acuerdo sobre Solución de las Diferencias vinculadas con las Inversiones entre los Estados y los Nacionales de Otros Estados, ICSID, Doc. 2, pp. 4 y 5.

(6) Elihu LAUTERPACHT señala que el consentimiento fue originalmente previsto como resultante fundamentalmente de las referencias expresas a él en las cláusulas

las partes han prestado su consentimiento, ninguna de ellas puede retirarlo unilateralmente.

La jurisdicción del ICSID' *–ratione personae–* está limitada a los conflictos que surgen entre un Estado contratante y un nacional de otro Estado contratante.⁽⁷⁾ En lo que hace a la esencia, la jurisdicción está doblemente restringida: sólo los conflictos legales pueden presentarse ante el Centro y, además, dichos conflictos deben surgir de una inversión.

Ni la expresión «conflicto de tipo legal» ni el término «inversión» están definidos en la Convención. Con respecto a la naturaleza jurídica del conflicto, en la preparación de la Convención, se hizo hincapié en el hecho de que estos no podrían incluir meras diferencias políticas o comerciales, y se entendió que esta expresión requería la existencia de un derecho u obligación jurídica⁽⁸⁾. En lo que concierne al término «inversión», esto debe analizarse individualmente tomando en cuenta las reglamentaciones contenidas en el tratado que

arbitrales de los contratos de inversión pero las fuentes del consentimiento se han ampliado considerablemente por el desarrollo de los tratados de protección de las inversiones bilaterales (E. LAUTERPACHT, «Prólogo» a *La Convención del ICSID. Un Comentario a cargo de Christoph H. Schreuer*, Cambridge University Press, Cambridge 2001, p. XII). No obstante, la Convención no da la fecha exacta en la cual se prestó el consentimiento al arbitraje. En efecto, el informe de los Directores Ejecutivos indica que el consentimiento puede estar contenido en un tratado sobre inversiones, indicando que el conflicto que pueda dar origen a dicho tratado podría ser presentado al Centro; o en un compromiso arbitral entre las partes con respecto a un conflicto existente. El informe también señala que el consentimiento no debería estar expresado necesariamente en el mismo acto legal. Artículo 36(2) de la Convención.

(7) El Artículo 25(1) de la Convención señala lo siguiente: «la jurisdicción del Centro se extenderá a los conflictos (...) entre un Estado Contratante (o cualquier subdivisión política o entidad pública de un Estado contratante acreditado ante el Centro por dicho Estado)».

(8) El informe de los directores ejecutivos indica que la expresión «controversia de tipo legal» se ha utilizado para aclarar que sólo los conflictos legales son de competencia del Centro, y no simples conflictos de intereses. La diferencia debería ser referida a la existencia o al alcance de un derecho u obligación de orden legal; o al alcance de la naturaleza o remediación que lleve a la violación de una obligación en un sentido legal.

corresponda y los límites del consentimiento otorgado por las partes en cuestión⁽⁹⁾. No cualquier tipo de reclamo o contrato es una «inversión» protegida de conformidad en el marco del Tratado que justifique la jurisdicción del Centro según el artículo 25 del Tratado⁽¹⁰⁾.

No obstante, a pesar de lo que antecede, no debería pensarse que la protección ofrecida por los BITs consiste meramente en la posibilidad de someter los conflictos a un tribunal arbitral. Muy por el contrario: existen garantías de buen tratamiento, tales como disfrutar derechos y obligaciones en pie de igualdad con los inversores locales en ciertas situaciones, la prohibición de cualquier forma de tratamiento discriminatorio, la cláusula de la nación más favorecida para evitar importantes discrepancias entre los derechos otorgados a varios inversores extranjeros, la garantía contra la expropiación o nacionalización de las inversiones, etcétera.

De todos los patrones de conducta impuestos al Estado receptor de las inversiones, la garantía contra su expropiación o nacionalización ha sido la más frecuentemente invocada por los inversores afectados, debido –como se mencionó anteriormente– a las medidas gubernamentales adoptadas por la República Argentina, fundamentalmente luego de los hechos que desembocaron en la crisis económica, social y política de diciembre de 2001⁽¹¹⁾.

⁽⁹⁾ Los directores ejecutivos expresaron en este sentido que «el término ‘inversión no había sido definido, teniendo en cuenta el requisito esencial del consentimiento de las partes y el mecanismo por medio del cual los Estados Contratantes pueden anunciar por anticipado, si lo desean, las diferencias que desean someter a la jurisdicción del Centro (artículo 25(4))».

⁽¹⁰⁾ Recientemente, el 6 de agosto de 2004, en el caso *Joy Mining Machinery Limited vs. La República Árabe de Egipto* (ICSID N° ARG 03/11), el tribunal sostuvo que no era competente porque el reclamante no tenía una «inversión» sino un contrato fundado en garantías bancarias, que no era considerado inversión. De manera similar, en *PSEG Global Inc. y otros vs. La República de Turquía* (ICSID Caso N° ARB 02-5), el tribunal se declaró competente con respecto al reclamo de PSEG pero desestimó el reclamo de otra parte alegando que las opciones de equidad no son inversiones protegidas según el Tratado.

⁽¹¹⁾ Una descripción detallada, exacta y excelente de la crisis económica y de las leyes de emergencia sancionadas por la Argentina pueden consultarse en un artículo

Habiendo hecho, quizás, una demasiado breve introducción al universo del arbitraje en el marco del ICSID, donde la Argentina juega un papel frecuente como demandada⁽¹²⁾, creemos que resulta importante destacar ciertos puntos que, hasta ahora, merecen especial interés porque no están completamente resueltos como una cuestión de derecho o por precedentes firmes y por lo tanto es posible una decisión en cualquiera de los sentidos –dependiendo del caso– de modo que los inversores o los demandados en los procedimientos ante el ICSID no deberían dar por sentado un éxito inmediato.

Nos concentraremos en este artículo en tres cuestiones fundamentales: (i) el alcance de la protección ofrecida por los Tratados a la luz de los hechos llamados «emergencias nacionales»⁽¹³⁾ o «estados de emergencia u otras circunstancias políticas/económicas similares»⁽¹⁴⁾, (ii) la posibilidad de obtener la indemnización por daños y perjuicios cuando no existe una expropiación directa de la inversión y, finalmente, (iii) la ejecución en la República Argentina de las decisiones del arbitraje ante el ICSID en la República Argentina y complementaremos los principales objetos con algunas cuestiones vinculadas.

El siguiente análisis que ahora presentamos se efectúa sin perjuicio de los acuerdos que podría celebrar la Argentina a través de la negociación directa con los reclamantes o canales diplomáticos⁽¹⁵⁾

firmado por V. HYNES, «Bilateral Treaty-based Investment Arbitration_against Argentina following the Argentine Economic Crisis» [Arbitraje sobre Inversiones de acuerdo con el Tratado Bilateral], publicación *OGEI*, vol. I, número 5, diciembre de 2003, página 3 a 13, editada by Thomas W. WALDE, www.gasandoil.com/ogel/.

(12) De acuerdo con la información facilitada por el Centro en su página web, hasta abril de 2004, los procedimientos arbitrales que se habían iniciado contra la República Argentina eran 29 (y más están en consideración).

(13) Tratado firmado con la República de Alemania, artículo 4 (3); Tratado firmado con los Estados Unidos de América, artículo 4 (3), Tratado firmado con la República Francesa, artículo 5 (3).

(14) Tratado firmado con la República Italiana, artículo 4.

(15) Cabe recordar que el Tratado de Washington no permite al inversor invocar la protección diplomática y recurrir al ICSID simultáneamente a través de un proceso arbitral para realizar un reclamo internacional contra un Estado Receptor en relación

que, de acuerdo con información reciente,⁽¹⁶⁾ parece ser la próxima política adoptada por el gobierno argentino al tratar de mejorar su posición en los múltiples casos iniciados contra ella.

Antes de tratar estos temas fundamentales, deseamos recordar el auge y la caída por desuso de la doctrina Calvo y su incidencia en los hechos actuales.

1) **La Doctrina Calvo y el cambio del clima de las inversiones**

En el derecho internacional, se ha invocado la pauta del tratamiento nacional en dos contextos. En uno, la pauta representa una de las doctrinas del derecho internacional para el tratamiento de la persona y los bienes de terceros que se ha dado en conocer como la «doctrina Calvo». Según esta doctrina, que fue sustentada especialmente por los países latinoamericanos, los extranjeros y sus bienes tienen derecho sólo al mismo tratamiento dispensado a los nacionales del

con una inversión que surja de un conflicto suscitado con uno de sus nacionales que hubiera invertido en ese Estado, tomando en cuenta que el inversor habría recurrido al Centro para resolver la diferencia. De este modo, la prohibición de brindar protección diplomática fue estipulada en el artículo 27 del acuerdo, a fin de dar al Estado parte toda la seguridad legal necesaria de que la diferencia con el inversor no estaría sujeta a reclamos paralelos, uno por parte del Estado y el otro por parte del inversor. No obstante, esto no prohibiría que el Estado demandado tratara por los mismos medios de alcanzar una solución antes de enfrentar números laudos contra él.

⁽¹⁶⁾ En un artículo publicado en la prensa, el Defensor del Pueblo Suplente Dr. Nana Bevillaqua señaló que: «Es un principio del Derecho Internacional contenido en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados y, como tal, rige el régimen de los BITS, que cualquier controversia entre las partes, vinculada con la interpretación o aplicación del acuerdo bilateral, será solucionada, en la medida de lo posible, por canales diplomáticos. De este modo, el ICSID tendrá que tener en cuenta, además del texto de los Tratados, cada acuerdo posterior entre las partes en relación con la interpretación del tratado o la aplicación de sus disposiciones, a fin de adoptar las decisiones arbitrales y resolver los reclamos contra la Argentina que están presentados en el Tribunal» (Ver Diario –página 12– del 16 de agosto de 2003). Por otra parte, el Gobierno se ha pronunciado en cuanto a que la renegociación de los contratos de concesión se logrará a condición de que los demandantes desistan de los casos del ICSID y ha expresado dicha postura públicamente, en forma sostenida (La Nación, Enero 16, 2005).

país anfitrión según sus leyes nacionales. La Doctrina Calvo prohíbe el uso de la intervención diplomática como método para hacer valer los reclamos privados antes de agotar los recursos locales. Es de mayor alcance que la Doctrina Drago, que creció a partir de ella y que condenó el uso de la fuerza armada para cobrar las deudas contractuales de un Estado⁽¹⁷⁾. La cláusula intenta dar a los tribunales locales competencia final y obviar cualquier apelación a la intervención diplomática cuando surja un conflicto en los contratos gubernamentales.

Esta Doctrina recibió su nombre de Carlos CALVO, un diplomático argentino que rechazó los abusos por parte de los países exportadores de capital de la protección diplomática. Según CALVO, «*En primer término, al ser los estados soberanos libres e independientes, gozan del derecho, sobre la base de la equidad, de libertad a la ingerencia de cualquier tipo de presión por parte de otros estados, ya sea por vía de la fuerza o de la diplomacia, y en segundo lugar, a los terceros no les asisten los derechos y privilegios no acordados a los nacionales, y por lo tanto pueden intentar la reparación de los perjuicios sólo ante las autoridades locales.*»⁽¹⁸⁾

Muchos países latinoamericanos adoptaron esta doctrina como una cuestión de derecho al punto de incluir la doctrina en sus constituciones sin referirse expresamente a ella como la doctrina Calvo. México y Venezuela constituyen buenos ejemplos de esta adhesión. Ecuador, Colombia y Perú aprobaron legislación al mismo efecto.

Los efectos de la doctrina Calvo no fueron aceptados universalmente salvo en América Latina, y básicamente podría resumirse en dos proposiciones: i) Los terceros no pueden gozar de más derechos que los otorgados a los nacionales; ii) Los terceros deben agotar los recursos locales antes de solicitar la protección diplomática. No obstante, en las comisiones creadas para solucionar los reclamos contra Venezuela en 1903, no se aplicó dicha doctrina uniformemente y, en algunos casos, se la rechazó, como principio de derecho internacional.

(17) PODESTA COSTA, L.A., RUDA, José María, «The Drago Doctrine» [La Doctrina Drago], *Tratado sobre Derecho Internacional Público*, vol. I, pp. 130 y ss.

(18) Donald R. SHEA, *La Cláusula Calvo: El Problema del Derecho Internacional Interamericano y la Diplomacia*, 1955.

En contraposición con esta doctrina, la doctrina de la responsabilidad del Estado por los daños a terceros y sus bienes, que históricamente ha sido sostenida por los países desarrollados, establece que el derecho internacional consuetudinario establece una pauta internacional mínima de tratamiento al que los terceros tienen derecho, permitiendo un tratamiento más favorable que el acordado a los nacionales en los casos donde el tratamiento está por debajo de la pauta mínima internacional.

El Prof. ORREGO VICUÑA señala que la cuestión de si existe una pauta nacional de tratamiento o una pauta mínima en virtud del derecho internacional, la cuestión es la misma, principalmente si los gobiernos pueden adoptar medidas virtualmente no controladas o si necesitan observar pautas mayores que el derecho consuetudinario⁽¹⁹⁾.

Como las naciones latinoamericanas buscaban atraer las inversiones extranjeras, reconsideraron su actitud frente al arbitraje internacional Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Guyana, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Uruguay ratificaron la Convención ICSID y muchos países, firmantes o no de la Convención de Washington, suscribieron BITs con otras naciones, entre ellas Argentina (43 BITs), Belice (2 BITs), Bolivia (15 BITs), Chile (22 BITs), Costa Rica (2 BITs), Cuba (19 BITs), República Dominicana (1 BIT), Ecuador (18 BITs), El Salvador (10 BITs), Guyana (2 BITs), Honduras (3 BITs), Nicaragua (3 BITs), Panamá (9 BITs), Paraguay (15 BITs), Perú (24 BITs), Uruguay (13 BITs) y Venezuela (17 BITs). Debería señalarse que Brasil, Cuba, la República Dominicana, Guatemala y México no han ratificado la Convención de Washington de 1965.

Dado que la doctrina Calvo y el uso de la cláusula Calvo no comulgaban con este nuevo enfoque, empezaron a caer en desuso. Como resultado de ello, los BITs más nuevos ya no contemplan el agotamiento de los recursos locales durante dieciocho meses que

⁽¹⁹⁾ Conf. ORREGO VICUÑA, «Carlos Calvo, Honorary Nafta Citizen» [Carlos Calvo, Ciudadano Honorario del Nafta], *NYU Environmental Law Journal* [Revista de Derecho Ambiental de NYU], vol. 11 2002, p. 20 y ss.

supuestamente parecían conciliar, pero acotando las pautas de Calvo, sino que permiten directamente recurrir al arbitraje después de seis meses de fracasados los procedimientos conciliatorios evitando por completo el recurso a la jurisdicción local. Además, los BITs concedieron a los extranjeros ciertos derechos que no están contemplados con el mismo alcance en las disposiciones legales, tales como los casos de expropiación.

Pero como lo señaló Bernardo CREMADES⁽²⁰⁾, no toda América Latina siguió el camino de los BITs. Algunos países, en especial Brasil y México, abrieron sus mercados sin celebrar BITs con otros países. Brasil sólo ha asumido obligaciones de inversiones regionales en virtud del Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones en el MERCOSUR. Brasil no ratificó la Convención del ICSID ni ningún otro tratado internacional sobre las inversiones que disponga el arbitraje internacional aunque a principios de este siglo implementó la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de los Laudos Arbitrales. A pesar de ello, ha tenido éxito en atraer a las inversiones extranjeras. Los incentivos fiscales y de otro tipo han alentado el crecimiento de las inversiones extranjeras en Brasil.

Como se señaló anteriormente, México no firmó la Convención de Washington ni asumió compromisos bilaterales amplios, pero es parte del Acuerdo del Libre Comercio Norteamericano (NAFTA), que contempla el arbitraje internacional de los conflictos vinculados con el NAFTA.

A pesar del hecho de que Brasil no adhirió a la Convención de Washington y de que en el pasado desalentó el arbitraje internacional, es importante señalar que los tribunales nacionales brasileños han reconocido el principio de la autonomía de las partes en diferentes oportunidades. En «Renault do Brazil S.A. y otros vs. Carlos Alberto de Oliveira Andrade y otros» la Sala 5ª. de la Cámara de Apelaciones de San Pablo reconoció el principio de la autonomía de las partes y la validez de una cláusula de arbitraje ante la CIC en un

⁽²⁰⁾ Ver 30 más adelante.

contrato celebrado entre una empresa francesa y otras empresas europeas (Los «Demandantes»), por un lado, y diferentes nacionales brasileños (Los «Demandados»), por el otro. En Renault do Brazil, una cláusula del contrato refería a arbitraje en los Estados Unidos en virtud de las Normas de Arbitraje de la CIC. En la misma fecha, las partes, firmaron otros contratos en relación con dicho contrato que específicamente referían a la ley arbitral de Brasil y la jurisdicción de los Tribunales Brasileños⁽²¹⁾.

Otro país interesante es Colombia. Según la legislación de Colombia, cuando existe un acuerdo de arbitraje válido, el tribunal someterá a las partes, a pedido de éstas, a arbitraje. Además, los Tribunales de Colombia han reconocido que «... *si existe una cláusula arbitral, el tribunal ante quien se inicie una acción debe declinar el ejercicio de la jurisdicción aun de no existir una objeción de la otra parte ...*»

En México, como el Código Mexicano incorpora la Ley Modelo UNCITRAL, los tribunales locales reconocieron el principio de la autonomía de las partes. Por ejemplo, en «Mitsui de México, S.A. de C.V. y Mitsui and Company Ltd. vs. Alkon Textil S.A de C.V», un Tribunal Federal declaró que cuando un contrato contiene un acuerdo arbitral, el arbitraje tiene «... *jurisdicción única y exclusiva para resolver el conflicto, excluyendo cualquier otro medio jurisdiccional y con prescindencia del lugar de residencia de los demandados ...*». No obstante, otros casos mexicanos ilustran que los Tribunales mexicanos algunas veces no han cumplido el acuerdo arbitral, a pesar de la clara elección de las partes en la cláusula arbitral. Estos casos son los menos y no parecen reflejar el enfoque predominante de los Tribunales Mexicanos sobre la cuestión.

El 9 de octubre de 1997, la Suprema Corte de Venezuela dictó una sentencia en «Embotelladora Caracas, C.A. y Otras vs. Pepsi Cola Panamericana, S.A.» un fallo que marcó un hito sobre el principio de «autonomía de las partes» en relación con la validez del acuerdo de arbitraje contenido en la cláusula arbitral.

⁽²¹⁾ Ver 29 más adelante.

El arbitraje y la jurisprudencia latinoamericanos confirman que la autonomía de las partes ha sido regionalmente reconocida y, actualmente «... *una parte ya no puede valerse de los vacíos del derecho y de la complicidad de los jueces para evitar la aplicación de un acuerdo arbitral...*», sujeto a consideraciones de orden público.

Recientemente, sin embargo, Ecuador ha cuestionado un laudo arbitral adverso bajo normas ICSID⁽²²⁾.

2. ¿Está muerta la Doctrina Calvo?

A pesar del cambio regional en la actitud en lo que hace al arbitraje internacional durante la última década del siglo 20, la Argentina quizás esté reconsiderando su posición. Como ya se mencionó, la Argentina es actualmente demandada en 29 arbitrajes en curso del ICSID como consecuencia de la política de emergencia monetaria del gobierno en 2002 que congeló las tarifas locales, eliminando la convertibilidad del peso respecto del dólar estadounidense, devaluando su moneda frente a la moneda estadounidense, ignorando las cláusulas contractuales de los Contratos de Concesión atados a la moneda estadounidense o a los índices estadounidenses, y declarando la cesación de pago de su deuda externa⁽²³⁾.

Recientemente, la Argentina ha intentado negociar con inversores extranjeros para suspender los procedimientos arbitrales, mientras discute la renegociación de las tarifas en virtud de los contratos de concesión. En diciembre de 2003, el gobierno argentino derogó un decreto de 1996 dictado por el ex Presidente MENEM que establecía el arbitraje internacional como el mecanismo para decidir los conflictos entre la Argentina y un grupo local. Los funcionarios

⁽²²⁾ Se ha informado que Ecuador ha impugnado un laudo arbitral del ICSID que favorecía a Occidental Petroleum. Ver ICSID, *International Institute for Sustainable Development News Bulletin* [Boletín de Noticias del Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible], 16 de julio de 2004. Posteriormente, el Gobierno de Ecuador cuestionó la decisión arbitral en los tribunales del Reino Unido, *Invest SD Bulletin*, 8 de septiembre de 2004.

⁽²³⁾ Ver nota al pie 11.

argentinos han señalado que el gobierno se propone restituir la jurisdicción a los tribunales nacionales e iniciar otros conflictos con inversores extranjeros con jurisdicción de la Argentina, incluyendo los conflictos que están en consideración ante el ICSID. Hace pocos días, el Fiscal General argentino hizo público que ha objetado la jurisdicción del ICSID y también informó que cualquier sentencia desfavorable deberá pasar las pruebas de constitucionalidad ante el Poder Judicial argentino sobre la base de que ninguno de los BITs puede violar los principios de derecho público que establece el Artículo 27 de la Constitución Argentina. Uno de estos principios es el control jurídico de constitucionalidad reservado a los tribunales locales. Dado que es un principio de derecho público, el consentimiento al arbitraje no impide su revisión por parte de los tribunales locales⁽²⁴⁾.

Asimismo, el mismo Procurador del Tesoro señaló en otras publicaciones locales que la presentación ante el ICSID es inconstitucional porque con ello se deroga la jurisdicción argentina, violando los poderes tripartitos del Gobierno Argentino establecidos en la Constitución Federal por cuanto los tratados firmados con otros países deben observar los principios de derecho público consagrados en el Artículo 27 de la Constitución Argentina.

No tenemos conocimiento de que se haya utilizado este argumento como defensa en todos los 29 casos ya presentados ante el ICSID aunque podemos suponer que luego de la sanción de la Ley 24.353 (ver nota al pie N° 4) y el sometimiento expreso al ICSID, el argumento vinculado con la jurisdicción del panel arbitral del ICSID será probablemente desestimado sobre la base de los precedentes ya sentados en relación con Aguas de Aconquija y otros donde el ICSID declaró su jurisdicción⁽²⁵⁾. Para la fecha de publicación de este artículo, conoceremos el resultado.

⁽²⁴⁾ Ver Horacio ROSSATTI, «Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino», en *La Ley*, 15 de octubre de 2003.

⁽²⁵⁾ ICSID CMS vs. Argentina, o Azurix vs. Argentina o, más recientemente, Siemens vs. Argentina (agosto de 2004).

Sin embargo, este tipo de argumento implica un intento, con argumentos más técnicos y sofisticados fundados en la supremacía de la constitución respecto de un tratado, de retornar el uso de la Doctrina Calvo sin mencionarla y constituye por lo menos una señal de que la República Argentina quizás no desee respetar las decisiones de los Tribunales Arbitrales si su Poder Judicial considera que viola el derecho público argentino⁽²⁶⁾. Este recurso mediático ha desconcertado a los expertos, ya que no es frecuente que un demandado haga saber ante el tribunal que lo ha de juzgar, que intentará revisar cualquier sentencia adversa antes de que la misma sea pronunciada. Este cambio de la postura de la Argentina puede tener otros seguidores en América Latina, tales como Venezuela que hasta el momento ha sostenido las cláusulas arbitrales a pesar de algunas interpretaciones dudosas de las actuales disposiciones constitucionales (artículo 151) que hacen que el arbitraje resulte inaccesible para los contratos que comprenden interés público.

En efecto, esta discusión, como lo sugirió el Prof. ORREGO VICUÑA⁽²⁷⁾, es también sobre si los estándares del siglo XIX conforme fueran actualizados y mejorados pueden resultar incoherentes con las pautas del siglo XXI y esta observación nos lleva a la consideración de la denominada cláusula «paraguas» o «umbrella clause».

3. La Cláusula «Umbrella»

Los inversores extranjeros desarrollaron una estrategia destinada a ampliar el alcance de la aplicación de los BITs. Algunos

⁽²⁶⁾ Un fallo reciente de la Corte Suprema de Argentina (un caso local) ver José Cartellone vs. Hidromar S.A. (J-87-XXXVII, 1 de junio de 2004) implica un revés contra el arbitraje. El Tribunal revocó un impecable laudo aduciendo que el laudo violó el interés público. El Tribunal estableció que la renuncia a apelar un laudo ante un Tribunal puede ser anulado porque los particulares no pueden renunciar a derechos que se otorgan en interés público y cuando un laudo firme es inconstitucional, ilegal o irrazonable, la renuncia a apelar a un Tribunal de derecho viola el orden público. La doctrina entiende este precedente como un indicio de cierta predisposición a revisar cualquier laudo internacional por los mismos motivos.

⁽²⁷⁾ ORREGO VICUÑA, *op. cit.*, p 21, llega a la conclusión de que en dicho contexto el derecho internacional parece haberse desplazado más allá del derecho internacional habitual tradicional y la doctrina Calvo y el mismo C. Calvo no será considerado como ciudadano honorario del NAFTA.

inversores han señalado que los incumplimientos de los contratos o de cualquier obligación del Estado constituyen un incumplimiento de los BITS en virtud de cierto lenguaje que se utiliza en ellos, «*die sogennante umbrella clause*». Algunos arbitrajes recientes del ICSID que comprenden a la Argentina sostienen que los supuestos incumplimientos de los contratos de concesión representan un incumplimiento de la obligación del Estado anfitrión en el marco del derecho internacional y por ello da lugar a la violación de un BIT. La prevalencia de este argumento parece depender en última instancia de la redacción del BIT en cuestión y de las circunstancias del caso. Este argumento está ligado a la expansión de los tratados de inversión, al uso de *pacta sunt servanda* o la santidad del contrato, la ampliación del concepto de inversión en los tratados arriba mencionados y al derecho a tener acceso casi inmediato al arbitraje internacional directamente o a través del uso de la «cláusula de la nación más favorecida», que se interpreta que incluye aun los derechos procesales, conforme lo decidido por un Tribunal ICSID en el caso *Maffezzini vs. Reino de España*. Describiremos brevemente en esta exposición si la asimilación de los derechos contractuales de una inversión ha contribuido a ampliar el alcance de los BITS en los sectores afectados por una situación de emergencia.

La posibilidad de los inversores extranjeros de esgrimir y elevar reclamos contractuales a reclamos en función de un tratado ha sido particularmente conflictiva cuando existe una cláusula general en el BIT. Esta es una disposición común. Dicha cláusula generalmente establece: «*Cada Parte Contratante garantizará constantemente el cumplimiento de los compromisos que ha celebrado con respecto a las inversiones de los inversores de la otra Parte Contratante*»⁽²⁸⁾.

⁽²⁸⁾ Ejemplo de Cláusulas Generales:

Artículo 2 del Tratado de Inversiones Bilaterales Reino Unido - Argentina:

«Cada parte contratante cumplirá cualquier obligación que haya acordado con relación a las inversiones de los inversores de la otra «Parte Contratante.»»

Artículo 10.1 del Tratado de Energy Charter:

«Cada Parte Contratante cumplirá cualesquiera obligaciones que haya asumido frente a un inversor o en una inversión de un inversor de cualquier parte contratante.»»

Debería tenerse en cuenta que el arbitraje del tribunal del ICSID en el caso *General des Eaux vs. la República Argentina* sostuvo que las cuestiones contractuales deberían dirimirse localmente mientras que la violación de las pautas internacionales son apropiadas para los procedimientos del ICSID, posición que fue levemente revisada posteriormente sobre el recurso de anulación presentado por Vivendi como sucesor de General des Eaux contra el laudo arbitral que desestimaba la compensación al reclamante.

El Prof. WALDE señaló sagazmente que «La misma *raison d'être* de los tratados de inversión y, en particular, la innovación del arbitraje del inversor directo contra los estados es la percepción que un inversor extranjero confía en un arbitraje internacional, y no espera tener confianza en la imparcialidad de los tribunales nacionales... Los tratados de inversión están comprendidos y permanecen con su recurso al arbitraje internacional. Esta ventaja es mucho más significativa (para el inversor) que la aplicabilidad de las normas del derecho internacional sustantivo para el conflicto»⁽²⁹⁾.

En el caso *SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. La República Islámica de Pakistán*, el inversor alegó que la cláusula «umbrella» determinaba que el incumplimiento contractual por parte de Pakistán pasara a ser un incumplimiento del BIT Suiza -Pakistán. El Tribunal disintió, y sostuvo que la cláusula general «*tendría que ser redactada con mayor especificidad antes de que pudiera ser razonablemente interpretada de manera extraordinariamente amplia ...*» El tribunal sostuvo que la violación de un contrato celebrado entre el Estado anfitrión y el inversor de otro Estado no necesariamente representa incumplimiento del derecho internacional, aunque exista la cláusula «paraguas» en el BIT. El tribunal consideró que la palabra «compromisos» de la cláusula general se refiere a:

BIT Suiza - Pakistán:

«Cada parte contratante garantizará constantemente el cumplimiento de los compromisos que haya asumido con respecto a las inversiones de los inversores de la otra parte contratante.»

⁽²⁹⁾ «La Cláusula General (o Cláusula de Santidad de los Contratos) en Arbitraje de las Inversiones « en Arbitraje de las Inversiones» por Thomas W. WALDE (no publicado aún) y citado con permiso del autor.

los compromisos del Estado mismo como persona jurídica de conformidad con las normas sobre responsabilidad estatal, atribuible al Estado mismo. Por ello, esta palabra no implica expresar que los incumplimientos contractuales alegados por un inversor en relación con un contrato que haya celebrado con un Estado (ampliamente considerado como una cuestión de derecho municipal más que de derecho internacional) son automáticamente «elevados» al rango de incumplimientos de derecho protegidos conforme a tratados internacionales (BITs).

Sin embargo, como lo mencionó Bernardo CREMADES⁽³⁰⁾, el laudo en *SGS vs. Pakistán* debe también interpretarse junto con el laudo dictado por otro tribunal del ICSID referido al mismo inversor: *SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. República de Filipinas*. En este caso el conflicto surgió del supuesto incumplimiento de un contrato de servicios por parte de Filipinas. SGS se basó en el BIT entre Suiza y Filipinas para alegar que el incumplimiento de ese contrato constituye incumplimiento del BIT, confiando en la cláusula «paraguas». El tribunal determinó que la doctrina de *SGS vs. Pakistán* no era vinculante. Sostuvo que:

si los compromisos efectuados por el Estado frente a inversiones específicas implican obligaciones o compromisos vinculantes de conformidad con la ley aplicable, parece totalmente coherente con el objeto y fin del BIT sostener que tales compromisos y obligación quedan incorporados y forman parte del marco del BIT ...

El tribunal también enfrentó la cuestión de si los tribunales locales conservaban la jurisdicción exclusiva en cuanto al conflicto, según lo establecido por el acuerdo de las partes. El tribunal sostuvo que el inversor estaba obligado por la cláusula de jurisdicción del

⁽³⁰⁾ CREMADES, Bernardo, «Conflictos resultantes de la Inversión Directa Extranjera en América Latina: Un nuevo enfoque de la Doctrina Calvo y otras cuestiones jurisdiccionales», en <http://www.nathanic.com>.

acuerdo de las partes y suspendió el procedimiento arbitral a la espera de la decisión de los reclamos contractuales por parte de los tribunales filipinos⁽³¹⁾. En resumen, por diferentes argumentos, la cláusula «umbrella» no funcionó como estaba previsto. Sin embargo, debería tenerse presente que en el caso *Aguas de Aconquija*, el Tribunal sostuvo que a pesar de la existencia de las cláusulas de jurisdicción exclusiva de los contratos de concesión, los derechos del inversor en contraposición con los derechos otorgados a la sociedad vehículo utilizados para llevar adelante la inversión no estaban regidos por la cláusula de jurisdicción local sino por los BITs que permitían acceso al arbitraje internacional.

La decisión del tribunal en *SGS vs. Filipinas* probablemente sea vista negativamente por los Estados anfitriones ya que supone ampliar los derechos de los inversores para activar los procedimientos arbitrales del ICSID en relación con los reclamos contractuales. Empero, por otra parte, la decisión de suspender los procedimientos arbitrales mientras prosigue el caso en el tribunal local parece ser una decisión incoherente con la opción que ejerció el inversor y, posiblemente, afectará la credibilidad de las inversiones en el Estado anfitrión.

En tal sentido, es interesante recalcar que el debate de si un conflicto es «gubernamental», lo cual puede ser dejado de lado por razones de interés público o comercial no está resuelto según lo sostenido por un destacado jurista⁽³²⁾.

(31) *Boletín de Noticias de Litigio y Arbitraje Internacional*, vol. 3, Número 4, mayo de 2004, citado por CREMADES en su artículo arriba mencionado.

(32) El Prof. WALDE en su trabajo no publicado, «The Umbrella Clause in Investment Arbitration. A Comment on Recent Cases» [La Cláusula General en el Arbitraje de las Inversiones. Comentario sobre Casos Recientes] realiza un análisis detallado de ambos casos señalando que: «No todos deberían convenir si cierta medida es meramente «comercial» o también «gubernamental», en particular, si el Gobierno disimula su intención de utilizar sus atribuciones para evitar cumplir con un contrato aparentemente de procedimientos correctos desde el punto de vista profesional y técnico. Los laudos de *SGS Pakistán* y *SGS Filipinas* de 2003 han sido los primeros tribunales que se han visto enfrentados con la cuestión y lucharon valientemente con él aunque las luchas no han producido un resultado satisfactorio desde el punto de vista internacional sino que han recalcado el hecho de que los BITs no están pensados para cuestiones puramente comerciales.

En consecuencia, la aplicación de la cláusula general a los contratos de inversión de conformidad con los BITs resulta aún incierta debido al debate de si un acto de naturaleza comercial forma parte de una inversión y, por lo tanto, reúne los requisitos para una controversia arbitral conforme al procedimiento del ICSID o, como se decidió recientemente, un Tribunal del ICSID declinó su jurisdicción en un caso que involucraba la falta de emisión de una garantía bancaria por considerar que esa infracción era de naturaleza puramente contractual y reenvió el caso a la jurisdicción local según lo establecido en el contrato⁽³³⁾.

La misma decisión vinculada con su falta de jurisdicción fue tomada en el caso de una opción de acciones por considerar que el ejercicio o no ejercicio de una opción no constituía una inversión bajo las normas de los BITs y el procedimiento ICSID⁽³⁴⁾, aunque en el mismo caso aceptó la jurisdicción en relación con otros reclamos deducidos en el mismo caso e iniciados por PSEG Global, como demandante, contra la República de Turquía. En resumen, los límites o restricciones para invocar una cláusula «umbrella» en los procedimientos del ICSID no fueron resueltos aún. Es concebible que el resultado de los casos argentinos, si alguna vez llega a la instancia de laudos firmes, aporte claridad al respecto.

II. ALCANCE DE LA PROTECCIÓN EN VIRTUD DE LOS BITs SUSCRITOS POR ARGENTINA

1. Protección en los casos de emergencia nacional

Gran cantidad de inversores de varios países han presentado sus pedidos de arbitraje en la creencia de que la Argentina, en general, por medio de varias acciones y omisiones de sus autoridades federales o a través de sus provincias, han expropiado de manera ilegal

⁽³³⁾ Joy Mining Machinery Limited vs. La República Árabe de Egipto. Laudo sobre jurisdicción ARB/03/11, 6 de agosto de 2004. Ver nota N° 10.

⁽³⁴⁾ «North American Coal Corporation vs. la República de Turquía», ICSID N° ARB/02/5, Junio 2004.

–directa o indirectamente– sus inversiones o los han privado del valor anterior de dichas inversiones, sin ofrecer y pagar la pronta, adecuada y efectiva compensación, como consecuencia de las medidas cuestionadas.

El factor vinculante de la mayoría de estos reclamos ha sido la serie de medidas adoptadas en virtud de la ley de «emergencia» dictada por el Gobierno Argentino desde diciembre de 2001, porque en la práctica marcaron una abrupta brecha con las circunstancias imperantes y las pautas económicas⁽³⁵⁾. Estas medidas tuvieron efectos perjudiciales para algunas de las hasta ese momento prósperas industrias privatizadas tales como la energía eléctrica, el gas, el petróleo y las telecomunicaciones, etc. Estos servicios habían sido traspasados al sector privado como parte de una política de desregulación, a comienzos de la década del 90.

La República Argentina, debido a la cantidad de reclamos y pedidos de iniciar procedimientos arbitrales en el ICSID, en muchos casos con argumentos muy similares, debería considerar la gran pro-

⁽³⁵⁾ A principios de enero de 2002 y como resultado de la seria crisis política, económica y social, se sancionó y promulgó la Ley 25.561 de Emergencia Pública Nacional. Dicha ley estableció en su artículo 8, (i) la pesificación obligatoria de las tarifas de los servicios públicos igualando un Peso Argentino a un Dólar Estadounidense y (ii) la derogación de las cláusulas contractuales de ajuste de tarifas, en realidad esto significa un congelamiento del valor de mercado del dólar estadounidense pasó los dos pesos y luego se estabilizó en un valor cercano a tres pesos por dólar.

No obstante la significativa modificación del régimen en virtud del cual se había realizado la inversión durante la década del 90, el Gobierno Argentino solicitó, a través de la Ley de Emergencia, que los contratistas del Estado (por ejemplo los prestadores de servicios públicos) continuaran respetando y aplicando los programas de inversión establecidos en sus contratos o licencias. Reconociendo al mismo tiempo el impacto causado, el Congreso autorizó al Poder Ejecutivo a renegociar los contratos de obras y servicios públicos afectados por la pesificación y congelamiento de las tarifas establecidas en el artículo anterior, fijando una serie de criterios a tomar en cuenta en esta renegociación. Las medidas establecidas dentro del marco de la emergencia económica causaron una considerable modificación de la ecuación económico-financiera de los mencionados contratos. Esto originó un fuerte impacto negativo para los ingresos de la compañía y, por ende, de la capacidad de pagar el retorno del capital y los intereses de la deuda, arriesgando a la vez, la calidad y seguridad de l servicio ofrecido.

babilidad de que los laudos arbitrales le fueran desfavorables como ocurrió con el resultado de ejemplos internacionales tales como los resueltos por el Tribunal de Reclamos Internacionales en el caso Estados Unidos - Irán.

En caso de expropiación directa que cause una reducción del valor de las inversiones efectuadas en virtud de los Tratados, los BITs imponen a los Gobiernos tres requisitos para la exención de responsabilidad, a saber:

- (i) la medida no debe ser discriminatoria,
- (ii) debe hacerse para el bien común y
- (iii) debe pagarse una indemnización adecuada.

Además, los Estados firmantes se comprometen al pronto y adecuado pago de la indemnización, calculada sobre el valor real de las inversiones afectadas en circunstancias económicas normales antes de cualquier amenaza de desapoderamiento. Sin embargo, en el caso argentino el Gobierno no ha tomado la propiedad ni amenaza seriamente con nacionalizar los servicios que están en manos de inversores extranjeros. Por ende, no ha habido expropiación en el sentido estricto sino reglamentaciones diferentes que podrían ser consideradas una interferencia con el uso de la propiedad o una privación al inversor extranjero del beneficio económico esperado razonable de la propiedad, que se consideraría expropiación indirecta, también considerada en el BIT Argentina-Estados Unidos, como «medidas equivalentes a la expropiación» - (artículo IV-1, Tratado Documento 103-2 1991, UST Lexis 176).

Los casos originados por los reclamos nos llevan a ponderar cómo podrían compaginarse las garantías contempladas en los Tratados con las reparaciones de las pérdidas repentinas sufridas por los inversores a la luz de las cláusulas de exención de responsabilidad en situaciones clasificadas como «emergencias nacionales». En realidad, los Tratados establecen que si los inversores de una de las partes contratantes sufren cualquier daño o pérdida de sus inversiones en el territorio de la otra parte como consecuencia de un estado de emer-

gencia nacional, insurrecciones, conflictos armados o situación similar, la parte en cuyo territorio se ha realizado la inversión ofrecerá compensación o indemnización no menos favorable que la que otorgaría a sus propios nacionales o inversores de un tercer país, cualquiera que fuere el tratamiento más favorable en lo que se refiere a las medidas que adopte en relación con dichas pérdidas.

Esta frase contiene en parte una aseveración redundante, dado que la cláusula de la Nación más Favorecida adoptada en todos los Tratados otorga el mismo resultado. En lo que concierne al tratamiento de sus propios nacionales, la realidad indica que los nacionales argentinos recibieron en 2001/2 un tratamiento que no guarda relación con las pautas internacionales dado que ni siquiera la Constitución Nacional ha ayudado a los acorralados habitantes de la Argentina a protegerse contra las medidas adoptadas por el Gobierno, que afectan no sólo a los locales o extranjeros sino a los residentes o no residentes que posean bienes argentinos. En efecto, los residentes argentinos han visto que 37 mil millones de dólares fueron transferidos por un acto del Príncipe, de manos de los acreedores a los deudores, de un día para el otro, dejándoles, a cambio, la posibilidad de un recupero limitado de conformidad –en el mejor de los casos– con la teoría del «sacrificio compartido» que intenta distribuir equitativamente el daño sufrido por los acreedores y deudores a través de un arreglo privado entre ellos o, de no existir acuerdo, a través de una decisión judicial. Es también cierto que las transacciones sujetas a la ley extranjera fueron exceptuadas de este tratamiento (Decretos 415/02 y 710/02 de la República Argentina, pero esa excepción no resulta aplicable a los contratos de concesión).

Esa pobre y magra respuesta aún no resuelta en forma definitiva por los Tribunales argentinos es la que los nacionales residentes argentinos obtuvieron. ¿Tendrían derecho los inversores extranjeros a una mejor suerte en virtud de los BITs en caso de una emergencia nacional? La respuesta en la Argentina parece ser negativa. Los extranjeros no pueden tener localmente más derechos que los residentes locales según lo dispuesto por el artículo de la Constitución Nacional que establece un tratamiento igualitario. Sin embargo, la respuesta no es tan clara conforme al derecho internacional, que se

preocupa por el tratamiento de una «pauta mínima» para un extranjero y no si los nacionales no tienen acceso a dicha «pauta mínima» o si tienen peor suerte que los extranjeros.

En ese sentido, la República Argentina alega como defensa el hecho que los inversores alegan daños que, en realidad surgen de medidas de índole general, tales como una seria crisis económica y política que obligó a la devaluación monetaria, la abolición de la ley de convertibilidad y la prohibición de aplicar índices de valor compensatorio a cualquier tipo de contrato, sin reclamo, dado que dichas medidas no fueron adoptadas contra ningún inversor en particular sino que afectaron a todos los residentes en la Argentina, fueren locales o extranjeros, pero sujeto a las leyes locales. Los acreedores extranjeros tuvieron mejor suerte porque en virtud del Decreto 415/02 no están comprendidos en los efectos de la ley de emergencia aunque sus deudores, siendo residentes locales, lo están. Esta exposición no versa sobre la reestructuración de la deuda pública o privada argentina. De todos modos, la Argentina cree que la garantía que protege al inversor extranjero contra un tratamiento discriminatorio no puede ser un privilegio a favor de dichos inversores extranjeros a expensas del resto de las personas físicas afectadas dentro del sistema social de emergencia. No queda claro si la Argentina alega que los extranjeros no pueden tener más derechos que los nacionales en cualquier circunstancia o no pueden tener más derechos que los nacionales en virtud de los BITs en caso de emergencia nacional.

Resumiendo, una crisis general en este sentido sería equivalente a un caso de fuerza mayor. ¿Es equivalente a una expropiación en virtud del BIT?⁽³⁶⁾ El Tribunal en los casos argentinos tendrá que adoptar una decisión al respecto.

⁽³⁶⁾ Un completo análisis de la expresión «equivalente a una expropiación» según el Nafta es presentada por Vicky BEEN, «Nafta's Investment Protections and the Division of Authority for Land Use and Environmental Controls» [Protecciones de las Inversiones en el NAFTA y la División de Autoridad para Controles Ambientales y Uso de la Tierra], *New York Environmental Law Journal* [Revista de Derecho Ambiental de Nueva York], vol. 11, septiembre de 2002, citando como el único caso en el cual un fallo favorable fue alcanzado para el reclamante, «Metalclad Corp. vs. Mexico», Caso ICSID N° ARB AF/97/1 Fallo, 30 de agosto de 2000.

Como un segundo paso para entender el alcance de las obligaciones asumidas por el gobierno argentino como receptor de una inversión extranjera protegida, deberíamos analizar los precedentes que se refieren a los diferentes hechos que en sentido general podríamos considerar como supuestos de fuerza mayor, que por sí no implican la obligación de reparar el daño o indemnizar. En tal supuesto, la República Argentina escaparía de los reclamos en una medida que dependería de cada tribunal arbitral, al jugar una cuestión de hecho, que puede impactar en forma diferente en cada tribunal.

2. Precedentes internacionales y fuerza mayor

Los principios generales de derecho internacional restringen, en alguna medida, la responsabilidad del Estado en circunstancias y condiciones especiales que podrían definirse genéricamente como comprendidas dentro del concepto de fuerza mayor reconociendo los principios generales de derecho adoptados por todos los países civilizados como la imposibilidad de hacer al autor responsable de determinado daño si presenta una excusa válida de su acción u omisión o, al menos, de postergar el cumplimiento de sus obligaciones, mientras dure el evento de fuerza mayor.

En este sentido, resulta útil tomar como primera referencia el caso «Asian Agricultural Products Ltd. vs. República de Sri Lanka»⁽³⁷⁾ donde el alcance de la protección de un inversor fue normada en virtud del Tratado de Protección Recíproca entre el Reino Unido de Gran Bretaña y la República de Sri Lanka, luego de un conflicto armado entre fuerzas rebeldes y el gobierno.

Citando algunas normas de interpretación de los Tratados⁽³⁸⁾, el tribunal arbitral llegó a la conclusión de que el demandado –el

⁽³⁷⁾ Fallo final dictado el 21 de junio de 1990. 30 I.L.M. 577 (1991).

⁽³⁸⁾ El panel arbitral recalcó que, en primer lugar, era necesario tener en cuenta las siguientes pautas de interpretación: Regla (A) La primera premisa de interpretación es que no está permitido interpretar lo que no requiere interpretación. Cuando un texto está redactado en términos claros y precisos, cuando su significado es evidente y no lleva a una conclusión absurda, no hay motivos para no admitir el significado

Estado— había violado la obligación de diligencia en relación con la adopción de todas las medidas posibles que eran razonablemente necesarias para evitar el derramamiento de sangre y el daño causado a los bienes del reclamante⁽³⁹⁾ como consecuencia de la intervención militar de las fuerzas armadas de Sri Lanka, que causaron serios daños, incluyendo la ejecución de gente que trabajaba para el actor por pelotones de fusilamiento.

El tribunal consideró que no había prueba concluyente vinculada con los autores de los daños materiales alegados por el inversor,

que surge del texto. Regla (B) En la interpretación de los Tratados uno no puede evitar el uso de un lenguaje común, salvo que existan razones más fuertes que lo aconsejen. Regla (C) En los casos en los cuales la interpretación literal de un texto parece inadecuada, o los términos parecen ambiguos, es útil no apartarse del contexto, a fin de obtener una interpretación que tome en cuenta lo que es comunmente denominado «el espíritu del Tratado». Regla (D) Además de la interpretación global del Tratado como un todo, los principios del Derecho Internacional pueden considerarse como una guía importante para el entendimiento del verdadero significado de una cláusula. Regla (E) En todos los sistemas de derecho se reconoce como una pauta hermenéutica que la interpretación dada a una determinada cláusula tiende a buscar un significado para hacerla efectiva en vez de privarla de ese efecto. Regla (F) Según la necesidad de interpretar un tratado sería correcto considerar cláusulas anteriores o posteriores de los tratados existentes con respecto a aspectos similares a los contemplados por el tratado objeto de interpretación. Regla (G) Existe un principio general de derecho que establece que la carga de la prueba corresponde al reclamante. Regla (H) El término demandante en el principio «onus probandi actoris incumbit» se refiere no sólo al demandante o reclamante, en el sentido procesal, sino a quien alega el hecho que trata de probar. Regla (I) La parte que tiene la carga de la prueba no sólo deberá presentar la prueba sino que deberá convencer al tribunal de que tiene razón. Regla (J) No debería presumirse la responsabilidad internacional de un Estado. La parte que alega la violación del Derecho Internacional, que daría lugar a la responsabilidad del Estado en el marco de dicha ley, está obligada a probar ese extremo. Regla (K) Los tribunales internacionales no están obligados a respetar las reglas judiciales estrictas para evaluar el valor de la prueba. Como norma general, la fuerza probatoria de la prueba será determinada por el tribunal. Regla (L) Al ejercer la libre apreciación de la prueba, los tribunales internacionales deciden un caso de acuerdo con la convicción que surge de la prueba arrimada por las partes.

Norma (M) Finalmente, en los casos donde la prueba presenta grandes dificultades, el tribunal se conformará con prueba menos concluyente.

⁽³⁹⁾ Ver artículos 85 (B). Tener en cuenta el último párrafo.

pero señaló que la responsabilidad de la República de Sri Lanka debería ser determinada en función de la capacidad de las fuerzas de seguridad de ese país de brindar la protección necesaria para evitar los daños, total o parcialmente⁽⁴⁰⁾.

En el caso «Tradex Hellas S.A. vs. República de Albania»⁽⁴¹⁾, se suscitó una discusión en relación con el derecho del inversor a recibir indemnización debido a ciertos actos violentos producidos con motivo de la expropiación de una granja, donde el reclamante tenía una inversión. Cuando el gobierno albanés decidió transferir la mayor parte de la propiedad a sus ciudadanos, la gente local robó las herramientas e implementos así como la materia prima para la producción pertenecientes al reclamante. En esta situación, el tribunal consideró que el reclamante no produjo prueba suficiente para convencer al Tribunal en cuanto a la responsabilidad del gobierno. Además, el Tribunal no encontró evidencia de que el gobierno fuera responsable de un acto ilícito (supuesta provocación de violencia) ni de no haber intervenido para impedir el daño causado y de no ofrecer indemnización⁽⁴²⁾.

Lo que antecede podría permitirnos llegar a la conclusión de que en virtud de la protección dada por los Estados según los BITs, los Estados cumplen con ciertas normas de conducta y, además, proceden diligentemente a respetar los derechos emergentes de la inversión realizada. Es decir, no es suficiente, para el gobierno demandado invocar meramente una declaración en el sentido de que nunca fue su intención violar los derechos del inversor. Tampoco es suficiente decir meramente que un determinado hecho constituyó un supuesto de fuerza mayor para evitar su responsabilidad y menos sin probar que tal evento de fuerza mayor le es ajeno, es decir que no lo causó. El Estado receptor de la inversión debe probar, por lo menos, durante los actos de saqueo, que (i) ha tratado de evitar los daños y

(40) Ver artículos 85 (d).

(41) Arbitraje ICSID ARB/94/2, fallo del 29 de abril de 1999.

(42) Arbitraje ICSID ARB/94/2, fallo del 29 de abril de 1999, en especial los artículos 146 y 147.

(ii) y que los esfuerzos al respecto han sido infructuosos. En tal sentido, los casos resueltos según el derecho internacional parecen aceptar que en principio los Gobiernos pueden esgrimir la fuerza mayor aunque las cláusulas restrictivas de dicha fuerza mayor parezcan no cumplirse en los casos que comprenden leyes internacionales⁽⁴³⁾.

3. Medida tomada por razones de interés público

A fin de ser más precisos en este tema, consideramos útil hacer algunos breves comentarios sobre las decisiones adoptadas en la jurisdicción del ICSID en el caso «CMS Gas Transmission Company vs. República Argentina» (ARB/01/8), para aclarar el real alcance de las obligaciones asumidas por el Estado receptor, y la posibilidad de invocar, como justificativo, un hecho de fuerza mayor, en este caso, la llamada «emergencia económica».

En este contexto, la defensa efectuada por la República Argentina destacó el carácter general de las medidas de emergencia cubiertas por la jurisdicción del Centro, no destinadas a discriminar a un inversor extranjero, sino tomadas en el contexto de un estado de necesidad.

Entre los principios más relevantes, utilizados para obtener la jurisdicción del ICSID en estos casos, vale la pena mencionar la distinción entre las medidas tomadas por razones de interés público y las medidas específicamente destinadas a una industria o actividad. El Tribunal supuso que los actos llevados a cabo como resultado de las políticas económicas no estaban directamente vinculados con la inversión y, por ende, no estarían dentro de la jurisdicción del Centro, en comparación con las medidas que estaban específicamente destinadas al asunto en cuestión y, en consecuencia, protegidas por el tratado.

A fin de restringir el alcance de tal protección, también se ha alegado que «*los contratos bilaterales sobre inversiones no son pólizas de*

⁽⁴³⁾ Puede encontrarse un debate sobre este tema y la cláusula «*rebus sic stantibus*» en un artículo firmado por Thomas Walde, «The Sanctity of Debt and Insolvent Countries. Judicial Enforcement of International Debt. XX Century Precedents.» [La Santidad de la Deuda y los Países Insolventes. Ejecución Judicial de la Deuda Internacional. Precedentes del Siglo XX].

seguro contra decisiones comerciales erróneas»⁽⁴⁴⁾. En efecto, los tribunales del ICSID no pueden juzgar si esas políticas eran correctas o incorrectas. El ICSID sólo puede juzgar si se han violado o no los derechos de los inversores.

Así, en el caso CMS, el tribunal decidió que era competente para examinar si las medidas específicas que afectan la inversión del reclamante o las medidas generales sobre la política económica que tienen una relación directa con esa inversión, habían sido adoptadas en violación de los compromisos legalmente obligatorios concedidos al inversor en virtud de los tratados, la legislación o los contratos⁽⁴⁵⁾. Por lo tanto, en una sentencia preliminar sobre jurisdicción, el tribunal llegó a la conclusión de que el hecho de que el demandante hubiera probado que se había visto afectado adversamente por las medidas adoptadas por la República Argentina era suficiente para admitir su reclamo y que el tribunal tenía jurisdicción y competencia para examinarlo como una cuestión propia de una controversia.

Este análisis nos lleva a reflexionar sobre las consideraciones vertidas en el caso arriba señalado. ¿Podría decirse válidamente que la situación general en que se tomó la medida no interesa, sino sólo

(44) Maffezzini vs. España, Sentencias del Tribunal del ICSID del 13 de noviembre de 2000, párrafo 64.

(45) En el reciente caso «Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. vs. La República Argentina (ARB/01/3)», el tribunal arbitral sostuvo que las políticas generales en cuestiones fiscales llevadas a cabo por la República Argentina y las cuestiones tenidas en cuenta en los acuerdos que las provincias tienen con el Gobierno Nacional de la República Argentina no son cuestiones susceptibles de tratamiento por parte del tribunal, sosteniendo asimismo que este tipo de cuestión es exclusiva soberanía de la República Argentina. Sin embargo, el tribunal sostuvo que tiene derecho a establecer si las decisiones sobre la deuda impositiva violan los derechos acordados con los inversores extranjeros por medio de tratados, leyes, contratos u otros compromisos. En tal sentido sostuvo que la línea que divide las cuestiones fiscales de las medidas que afectan los derechos de los inversores es conceptual, en el caso de que se trata, las partes convinieron que los conflictos se originaron en una cuestión fiscal. El tribunal sostuvo que las alegaciones efectuadas por el demandante sobre las imposiciones dieron lugar a una violación de específicas disposiciones y las pautas de tratamiento establecidas en el BIT. Dicha alegación en opinión del tribunal era suficiente para que los reclamantes tuvieran derecho a ejercer dicha acción.

los efectos negativos que dicha medida, conforme fue implementada, generan o dan pie a un reclamo de indemnización establecido en los BITs? O, en otras palabras, ¿podría la Argentina verse eximida de responsabilidad alegando solamente que en todos los casos las medidas generales no tenían intención de dañar a los inversores extranjeros?

La respuesta no es fácil. Por ejemplo, en el Tratado Argentina-Estados Unidos se establece que las inversiones no serán indirectamente expropiadas, salvo con fines públicos de una manera no discriminatoria y de acuerdo con el debido proceso legal y los principios del tratamiento general. Hasta el momento no existen decisiones que consideren el tema del conflicto en cuestión. No obstante, no sería arriesgado suponer que una vez que los tribunales arbitrales declaren su jurisdicción, examinarán los hechos alegados y la prueba ofrecida para determinar la responsabilidad que corresponde al Estado receptor de la inversión extranjera, en tal situación.

En ese contexto, y teniendo presente el análisis efectuado en el caso «Asian Agricultural Products Ltd. vs. República de Sri Lanka»⁽⁴⁶⁾ es posible argüir que la existencia de una situación de emergencia económica general, reconocida inclusive por las partes, no funcionará como una exención de responsabilidad automática. Los tribunales examinarán, por un lado, cuán adversas han sido las medidas, y por el otro, también evaluarán cuán diligentemente el Estado argentino ha estado cumpliendo con la protección brindada a los inversores extranjeros en los Tratados.

La interferencia de las políticas públicas con los derechos de los inversores y los derechos soberanos del Estado ha sido dejada de lado en un contexto completamente diferente por la acción del Tribunal dependiendo de las circunstancias del caso, tales como en «Elliot Associates contra Banco de la Nación (Perú)»⁽⁴⁷⁾, donde la

⁽⁴⁶⁾ Sentencia firme dictada el 21 de junio de 1990. 30 I.L.M. 577 (1991).

⁽⁴⁷⁾ TRIBUNAL DE APELACIONES DE LOS ESTADOS UNIDOS PARA EL SEGUNDO CIRCUITO, Período agosto, 1998 (Cuestionado: 6 de mayo de 1999 Resuelto: 20 de octubre de 1999), Expedientes Nos. 98-9268, 98-9319, ELLIOTT ASSOCIATES, L.P., Actor-Apelante, vs. BANCO DE LA NACION y LA REPUBLICA DE PERU,

posición del Tribunal de Nueva York fue que el mercado de deuda debe ser protegido, inclusive a expensas de evitar un proceso de reestructuración puesto en marcha, dado que los acreedores que no aceptan los términos de esos tipos de negociaciones, no pueden ser afectados. De acuerdo con las políticas del gobierno americano su adhesión debería ser voluntaria y no obligatoria. La empresa actora recuperó sus préstamos una vez finalizada la reestructuración.

Es indudable que los efectos adversos específicos de medidas generales sobre los derechos previamente reconocidos son cuestiones típicas de hechos y prueba que serán adecuadamente considerados, caso por caso. Por ende parece que la defensa argentina tendrá un arduo trabajo al manejar –y, quizás aún más arduo– al tratar de producir la prueba adecuada si su solo fundamento de defensa está enmarcado en la situación general de emergencia del país, sin destacar las medidas adoptadas diligentemente para cumplir con los BITs.

Sin embargo, esta no es la última palabra sobre el tema porque si el país pudiera probar que tomó medidas para mitigar los efectos de la crisis, tales como una concreta renegociación de los contratos, para mitigar los daños producidos durante la emergencia o como resultado de ella, la doctrina de que los acuerdos bilaterales no son pólizas de seguro puede tener un efecto disuasivo para los reclamos.

Hasta el momento, la Argentina ha prometido renegociar los contratos de concesión estableciendo parámetros finales generales y ha enviado al Congreso una nueva ley de servicios públicos en 2004 pero ha insistido en que hay que desistir de los casos del ICSID para iniciar las renegociaciones. A la fecha de preparación de este artículo, no hay acuerdo sobre este punto y, aparentemente, no se ha finalizado ninguna renegociación formal, más allá de trascendidos periodísticos, aunque el gobierno ha dejado trascender que durante 2005 proyecta llegar a un acuerdo.

Demandadas-Apeladas, publicado en <http://www.tourolaw.edu/2ndCircuit/October99/98-9268.html>.

III. COMPENSACIÓN BASADA EN LA EXPROPIACIÓN

Como hemos visto, a fin de generar un derecho a indemnización según lo previsto en los Tratados, es necesario que ciertas acciones u omisiones que pudieran dar lugar a lo que genéricamente se llama «expropiación», pudieran atribuirse al Estado demandado y consecuentemente, generar, de este modo, su responsabilidad.

De acuerdo con la evolución actual del Derecho Internacional, no debería pensarse que el término «expropiación» considerado en los BITs es exclusivamente identificado con las medidas directas para confiscar la propiedad de una de las partes (lo que en derecho anglosajón se denomina «desapoderamiento»). Por el contrario, el término expropiación es conocido como una situación «progresiva» (y los Americanos del Norte la llaman «expropiación progresiva»). Se define como una serie de acciones u omisiones por parte del Estado Receptor de la inversión que, de manera acumulativa, priva al inversor de los bienes de su propiedad, o afecta significativamente el derecho del inversor a recibir los beneficios de su inversión detrayendo su valor y haciéndolos inviables.

La expropiación «progresiva» fue tomada en cuenta en varias oportunidades por el Tribunal de Reclamos Iraní-Americano. En estos casos, el tribunal determinó que había habido «expropiación progresiva» cuando los actos atribuidos al Estado Iraní se convirtieron en una interferencia irrazonable en las actividades y el uso de los bienes por parte del inversor.

En el caso «Starrett Housing Corp contra la República Islámica de Irán», por ejemplo, el Tribunal decidió que existe expropiación indirecta cuando la intervención del gobierno en los derechos de propiedad del inversor es de tal magnitud que puede dejar sin valor a esos derechos de propiedad de modo que podrían considerarse expropiados. Asimismo, el tribunal declaró que «*el desapoderamiento o expropiación de un bien puede configurarse, en el derecho internacional, por medio de la interferencia de un Estado en el uso de un bien o en el goce de sus beneficios, aun cuando el título de propiedad no esté directamente afectado por dichos actos*»⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁸⁾ Ver también, Paul E. COMEAUX y N. Stepahn KINSELLA, *Protecting Foreign Investment Under International Law. Legal Aspects of Political Risk* [Aspectos Legales del Riesgo Político], Oceana Publications, Nueva York, 1997, p. 13.

De idéntica manera, dentro de la esfera del ICSID, el alcance del concepto de expropiación ha sido interpretado según las normas amplias contempladas en el Derecho Internacional. Así, se ha sostenido que es necesario mostrar que ha habido interferencia en los derechos de propiedad, afectando el pleno ejercicio de los derechos, tales como los beneficios que dichos derechos confieren⁽⁴⁹⁾.

Debe destacarse que aun cuando un tribunal arbitral considere que ciertos actos aislados no constituyen expropiación, en el análisis de los efectos conjuntos (o progresivos), o por una combinación o acumulación de diferentes medidas podría considerarse una expropiación dentro del significado y los efectos de los BITs, conforme se interpretan actualmente⁽⁵⁰⁾.

Por lo tanto, a modo de primera aproximación, podría concluirse que el determinar si las medidas de un Estado pueden ser consideradas expropiatorias o no, es una cuestión que depende del impacto que dichas medidas tengan sobre la inversión afectada, especialmente, sobre el derecho del inversor a utilizar y gozar libremente de su propiedad. Aquí, el formato de la expropiación no parece relevante.

Al respecto, resulta interesante referirse a un aspecto que creemos que será tratado ampliamente en las decisiones adoptadas por los tribunales arbitrales sobre la base de los reclamos, a saber: cuál es la extensión de la indemnización por expropiación de la inversión (directa o indirecta) mientras el inversor continúa prestando el servicio, cumple con el contrato y mantiene operativa la concesión aun según las normas dictadas recientemente de conformidad con la legislación de emergencia o como resultado de dicha declaración de emergencia. Nuevamente, no tenemos precedentes en esta área.

(49) Ver «Tradex Hellas S.A. contra la República de Albania» (ARB/94/02), artículo 135, citando los casos «Amoca» y «Otis», fallos del Tribunal de Reclamos Iraní-Americano.

(50) Aunque el panel arbitral en el caso «Tradex Hellas INC. contra la República de Albania» rechazó el origen del reclamo porque consideró que el inversor no había probado que los daños alegados fueran atribuibles al Estado demandado, la verdad es que en ese caso la expropiación podría haberse producido por actos remotos o por actos progresivos evaluados de manera conjunta.

El caso, al final, será resuelto teniendo presente la posibilidad de cada reclamante de probar que (a) ha sufrido daño injusto; (b) que dichos daños son atribuibles al Estado Receptor de la inversión por acciones u omisiones y (c) el monto de dichos daños se determina de acuerdo con informes económicos válidos y aceptables del experto, frente a la posibilidad del demandado de sostener que las consideraciones de política pública en virtud de la situación de emergencia no menoscaban ni mejoran el derecho de un inversor protegido en virtud de los BITs, quienes en dicha situación no pueden reclamar mas que la compensación dada a los nacionales (el concepto del magro sacrificio compartido, que simplemente intenta una renegociación de la situación contractual frente a la crisis).

Es también probable que los inversores que no deseen negociar sus derechos (por ejemplo carteras de acciones) en canje de una determinada compensación, se encuentren en la necesidad de probar que tienen derecho a recibir la indemnización por los daños sufridos. ¿Consideraría el Tribunal el efecto de aplicar las pólizas de seguro de la OPIC o el acuerdo de MIGA que protegen al inversor que los contrata sobre riesgos de expropiación para decidir el caso? Nuevamente, esta cuestión no se ha tratado aún para inclinar una decisión en la jurisprudencia. Entretanto, el detrimento causado al inversor no se recuperará en modo alguno en el futuro. Si así fuera, ¿no estaría el ICSID actuando como una gran compañía de seguros que cubre una pérdida monetaria anterior? Recordemos que el tribunal arbitral en el caso «CMS», al decidir si tenía jurisdicción, sostuvo que los Tratados no son pólizas de seguro. Por ende, la prueba a ser desarrollada por los reclamantes en virtud de determinados hechos será de gran importancia así como su posibilidad de establecer el monto de los daños directamente vinculados con la expropiación.

1) Daño causado por la pérdida del valor económico de la inversión

La cuestión sin respuesta cierta es si el Derecho Internacional admitirá el argumento de la pérdida económica sufrida, y lo transformará en un concepto legal, como en el caso de expropiación. Es decir, ¿cuál será el grado de interferencia con los derechos de pro-

riedad que los reclamantes deberían probar justificar el monto de la indemnización que solicitan?

Una mirada más próxima de la jurisprudencia nos dará un indicio a nuestra pregunta en la opinión expresada por el Juez Holzman en el caso «Starrett Housing Corp, vs. Gobierno de Irán»⁽⁵¹⁾, quien sostuvo que en el Derecho Internacional ha reconocido que las medidas adoptadas por un gobierno pueden interferir con los derechos de propiedad al punto extremo de que esos derechos resulten anulados de modo tal que pudieran considerarse expropiados. Aun en los casos en los cuales los gobiernos no admiten haber cometido expropiación y aún cuando los inversores no han sido privados de sus títulos de propiedad (licencias o concesiones o bienes físicos).

Teniendo en cuenta que dentro del marco de los reclamos de arbitraje contra la República Argentina, gran cantidad de inversores no consideran resolver sus contratos con el gobierno –al menos por el momento–, el tema en cuestión adquiere relevancia. El objetivo será, entonces, aclarar si es posible que se acepte la expropiación de la inversión, –de modo tal que el inversor no sólo conserve el derecho legal– sino también la posibilidad de continuar explotando los derechos que ofrece el título y, por ende, conservar, en la práctica, el derecho a cumplir un contrato que reporte beneficios económicos, aunque menores que los previstos.

Resumiendo, si se mantiene tanto el título legal como la posibilidad de explotar el contrato, puede decirse que no resulta justo estimar los daños sufridos tomando en cuenta, por ejemplo, la diferencia de valor que dicho título tenía en el mercado a la fecha de realización de la inversión, y el valor de ese mismo título ahora afectado por las acciones u omisiones del Estado Receptor de la inversión como si la inversión se hubiera perdido parcialmente a esa fecha sin ninguna posibilidad de ser recuperada en el futuro. Este mecanismo podría ser útil si especulamos que el inversor afectado retiró su título y lo canjeó con el demandado por un precio conve-

⁽⁵¹⁾ «Starrett Housing Corp. vs. Government of Iran» Laudo 314-24-1 (1987) Iran U.S. CI Trib. Rep 112:201.

nido (v. gr. Entrega de acciones de la sociedad licenciataria de servicios públicos al concedente).

Otro problema es cómo considerará el Tribunal el detrimento del valor sufrido por el inversor, cuyo título es un contrato de concesión, en particular cuando el tiempo transcurrido en la concesión es mucho menor que el tiempo que queda por transcurrir. ¿Cómo tendrá el Tribunal la certeza en relación con el detrimento del valor de un título considerando la situación actual y sin tomar en cuenta la proyección de los años restantes? La cuestión se centrará en las causales y los elementos de convicción dados por los reclamantes. Siempre y cuando puedan probar que han sufrido un daño injusto y logren determinar su monto, es probable que obtengan su compensación, cuyo monto dependerá de circunstancias de hecho sobre las que los letrados desplegarán sus recursos.

A esta altura de la reflexión, cabe apuntar que los precedentes publicados del ICSID no nos proporcionan una certeza.

2) Lucro cesante y pérdida de oportunidades

Desde otra perspectiva, si ocurriera una resolución contractual, es aceptable que los daños causados por dicha decisión se reclamaran y determinaran de acuerdo con cálculos matemáticos adecuados para estimar los beneficios perdidos. No obstante, en varias ocasiones y en áreas diferentes, se ha notado que dentro del marco de los contratos a largo plazo, resulta bastante difícil analizar el efecto sobre los riesgos, en especial, el riesgo comercial en una relación a largo plazo.

Como se mencionó en el caso «Société Ouest-Africaine of Bétons Industriels (SOABI) vs. República de Senegal»⁽⁵²⁾, los tribunales arbitrales tienen amplias facultades para evaluar los daños solicitados cuando no resulta posible fundar el daño en una matemática simple. En consecuencia, de acuerdo con los principios del fallo antes señalado, los tribunales arbitrales podrían considerar que el dere-

⁽⁵²⁾ Arbitraje ICSID ARB/82/1, del 27 de febrero de 1988.

cho de una parte a recibir indemnización no son los daños concretos o pérdidas de beneficios que puedan probarse realmente, sino la pérdida de la oportunidad, o la oportunidad comercial frustrada por el Estado Receptor de la inversión. En esta hipótesis, los tribunales contarían con atribuciones amplias para determinar, en función de la prueba ofrecida, el monto correspondiente de la indemnización.

Sin embargo, entendemos que la situación actual de los reclamantes que accionan contra la República Argentina es más compleja que la que hemos descripto para analizar esta hipótesis dado que básicamente reclaman la reducción del valor de su inversión debido a una modificación unilateral de su situación contractual y legal en virtud de la cual convinieron en invertir y negociaron el pago de un precio por el uso de los derechos otorgados. Por lo tanto, será interesante tener la oportunidad de apreciar qué parámetros utilizarán los Tribunales para hacer lugar o ajustar la indemnización solicitada por el inversor y cómo afectará la ecuación de la compensación el llamado riesgo país, tema sobre cuya incidencia poco se ha elaborado, por constituir una situación de hecho, que puede ser argüida únicamente por las partes en su beneficio.

IV. EJECUCIÓN DEL LAUDO DEL ICSID

1) Independencia y autonomía del ICSID

Quizás las características más sobresalientes que diferencian a los arbitrajes llevados a cabo en la sede del ICSID con otros tipos de arbitraje comercial sean la total autonomía e independencia del procedimiento. Las reglas de arbitraje del ICSID tienen carácter internacional, ya que se fundan en un tratado. Estas reglas tienen carácter autónomo, en el sentido de que son independientes del Derecho Nacional (se respeta la sede del arbitraje o el Estado en cuyo territorio se pretenderá el reconocimiento de la sentencia), y no son objeto de control por parte de los Tribunales Nacionales⁽⁵³⁾.

⁽⁵³⁾ Ver DELAUME, Georges, «L'arbitrage CIRDI», *Arbitrage International. 60 ans après regard sur l'avenir, Cour de Arbitrage CCI, 60 Anniversary*, 1984, pp. 239-248.

Una de las atribuciones más importantes es que el tribunal arbitral resuelve, sobre su propia competencia⁽⁵⁴⁾, lo que en alemán se conoce como *kompetenz-kompetenz*, una facultad reconocida en cada institución judicial. Esta misma atribución se encuentra contenida en el artículo 36(6) de la Ley del Tribunal Internacional de Justicia, así como en diferentes reglamentaciones sobre arbitraje, de carácter institucional o ad hoc⁽⁵⁵⁾.

Esta atribución de un tribunal ICSID fue reconocida por un Tribunal local en relación con el caso «Mobil Oil Corporation y otros vs. Nueva Zelandia»⁽⁵⁶⁾. De hecho, después de la notificación del Acta de Registro en representación del Secretario del Centro en abril de 1987, el gobierno de Nueva Zelandia solicitó a un tribunal local que Mobil Oil Corporation se abstuviera de seguir adelante con el procedimiento ante el ICSID, aduciendo que el Tribunal del ICSID era incompetente para entender en el caso y dictar el fallo correspondiente. El Tribunal, luego de citar el artículo 41 de la Convención, decidió suspender el procedimiento hasta que el tribunal del ICSID resolviera su propia competencia. Esta decisión reafirmó la autonomía e independencia del arbitraje conforme el ICSID⁽⁵⁷⁾. Además, como lo mencionamos previamente, una vez que se otorga el consentimiento, no puede ser revocado unilateralmente y el país sólo puede denunciar los BITs. Dado que la mayor parte de los BITs contemplan un largo plazo, 10 años por lo menos de protección al inversor luego de la denuncia, los inversores extranjeros pueden también iniciar un reclamo arbitral válido una vez denunciado el Tratado.

2) Reconocimiento y ejecución de los laudos del ICSID

De conformidad con el artículo 53 de la Convención, el fallo arbitral es obligatorio y no puede ser objeto de apelación, ni de nin-

⁽⁵⁴⁾ Artículo 41 de la Convención.

⁽⁵⁵⁾ Para ver un estudio detallado consultar: Marzorati, Osvaldo J., *Derecho de los Negocios Internacionales*, Tomo II, ed. Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 50.

⁽⁵⁶⁾ Caso ICSID ARB/87/2.

⁽⁵⁷⁾ Alto Tribunal, Wellington, 1 de julio de 1987, Informes ICSID, vol. 4, p. 128.

gún otro recurso, salvo los previstos en el mismo Tratado de Washington. Este artículo es muy claro y las sentencias dictadas por un Tribunal del ICSID no pueden ser anuladas, revocadas o modificadas por ningún tribunal local.

La Convención también establece que «*El Estado contratante regido por una Constitución Federal podrá ejecutar las sentencias a través de sus Tribunales Federales y dichos Tribunales deberán dar a las sentencias la misma eficacia dada a una sentencia firme dictada por los Tribunales de cualquiera de los estados que conforman la Federación*»⁽⁵⁸⁾. Por ello, una sentencia dictada por el ICSID es considerada cosa juzgada y no puede ser modificada por ninguna autoridad local. Esto constituye una de las grandes innovaciones del ICSID, y hasta el momento ninguna institución arbitral tiene características similares.

En efecto, en el caso de los laudos dictados por un Tribunal del ICSID el *exequatur*⁽⁵⁹⁾ o el procedimiento de reconocimiento de un

⁽⁵⁸⁾ Artículo 54(1) del Contrato.

⁽⁵⁹⁾ Acorde con los procedimientos de prueba argentinos, antes de dar curso a una sentencia dictada en el extranjero, es necesario que el acto jurisdiccional esté sujeto al proceso de *exequatur* de modo que su fuerza ejecutoria sea reconocida en ese país. Para que estas sentencias dictadas por los tribunales extranjeros adquieran fuerza ejecutoria en nuestro país, deben observarse los requisitos establecidos en los Tratados; en lugar de estos, los que figuran en los incisos del artículo 517: («*Los fallos de los tribunales extranjeros tendrán fuerza ejecutoria de conformidad con los términos de los tratados celebrados con el país de origen. Cuando no existen tratados aplicables, estos serán ejecutables, siguiendo los tratados celebrados con el país de origen: 1) La sentencia debe ser del Estado donde fue dictada, por un tribunal competente, siguiendo las normas argentinas sobre jurisdicción internacional y ser el resultado de un juicio personal patrimonial, las de los bienes, si se hubieran trasladado a la República Argentina durante o después de dictada la sentencia en el extranjero. 2) La parte demandada contra quien se pretende ejecutar la sentencia haya sido citada personalmente y se haya garantizado su defensa. 3) Que la sentencia contenga los requisitos necesarios para ser considerada válida en el lugar donde de otro modo se hubiera dictado y se cumplan los requisitos de autenticidad de conformidad con el derecho nacional. 4) Que la sentencia no afecte los principios de orden público según el derecho argentino. 5) Que la sentencia no sea incompatible con otra sentencia dictada, antes o simultáneamente con la de la Argentina.*»

El objeto del procedimiento es determinar si puede otorgarse el *exequatur* o no; se ha dicho que es una señal de «continuar» o «visto bueno» (COLOMBO, Carlos J., «*National Civil and Commercial Trial Code. Annotated and Commented*» [Código de

laudo extranjero es automático dado que se considera que el laudo tiene el valor de una sentencia local firme dictada por un Tribunal nacional.

Por lo tanto, es suficiente presentar copia certificada por el Secretario General del Centro ante los tribunales competentes o ante cualquier otra autoridad designada por el Estado respectivo⁽⁶⁰⁾, para que el procedimiento de ejecución del laudo se inicie de acuerdo con los requisitos de la legislación local como una sentencia local firme.

La autonomía del sistema ICSID está reafirmada cuando el artículo 53 de la Convención indica que una sentencia admite sólo los recursos establecidos por la misma Convención, es decir: ratificación de un error sustancial, o aclaración, revisión y revocación.

En el marco del artículo 49(2) de la Convención, las partes pueden presentar un pedido dentro de los 45 días siguientes a la notificación de la sentencia, solicitando la resolución de un punto omitido o la rectificación de errores fundamentales, aritméticos o similares hallados en la sentencia. El tribunal, previa notificación a la otra parte, podrá decidir y revisar o dejar de lado las alegaciones sobre esta cues-

Procedimiento Civil y Comercial de la Nación. Anotado y Comentado], vol. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, p.22). También se sostiene que «el exequatur es la fuente para la conversión de la sentencia extranjera como un hecho ejecutable argentino; crea un hecho ejecutable sobre la base de su propia autenticidad en la decisión judicial cuya «aprobación» autoriza. (COLOMBO, Carlos J., *Ibid.*). Así, pueden discernirse dos etapas distintas dentro del procedimiento contemplado en el código de procedimiento nacional: el primero, examinar el cumplimiento de las exigencias legales para reconocer el efecto de la sentencia extranjera; y el segundo específicamente se refiere a la ejecución en sí, para ver si el caso había obtenido este reconocimiento o visto bueno (conf. Art 518 «*La ejecución de la sentencia dictada por un tribunal extranjero será solicitada por el correspondiente juez de primera instancia, presentando el testimonio legalizado, traducido y asimismo las pruebas de que ha sido ejecutada y de que se han cumplido todos los requisitos si estos no son parte de la sentencia misma. Para procesar el exequatur, se aplicarán las normas adecuadas. Si la ejecución lo exige, las cuestiones procederán en la forma establecida para las sentencias dictadas en los tribunales argentinos.*»)

⁽⁶⁰⁾ La decisión en el caso Benvenuti y Bonfant vs. República de Congo fue el primero presentado ante un tribunal local.

ción sin más trámite. En la práctica, se han presentado cuatro de estos pedidos, y actualmente, uno se encuentra aún sin resolver⁽⁶¹⁾.

Si surgió una diferencia entre las partes sobre el significado o alcance de la sentencia, cualquiera de las partes podrá solicitar, por medio de una nota dirigida al Secretario General, la aclaración de ese significado⁽⁶²⁾. El Secretario General tratará de garantizar que el Tribunal que dictó el laudo aclare el alcance de la sentencia, y en caso de que no sea posible, se convocará un nuevo tribunal.

El objetivo del recurso de revisión es otorgar a cualquiera de las partes la posibilidad de solicitar una revisión de la sentencia cuando se detecte un hecho que pueda influenciar la conclusión de la sentencia, y ni la parte que solicita la revisión ni el Tribunal tenían noticias de esto⁽⁶³⁾. La Convención establece dos límites estrictos para presentar este recurso. Por un lado, el recurso debe ser planteado dentro de los siguientes noventa días una vez conocido este hecho, y por el otro, sólo puede ser planteado dentro de los tres años siguientes a la fecha de la sentencia.

Además, los procedimientos incluyen la anulación, parcial o total del laudo, cuando el Tribunal Arbitral no señala las razones en que se funda, o ha excedido manifiestamente sus atribuciones o ha habido un serio desviamiento de una norma fundamental de procedimiento, entre otros⁽⁶⁴⁾, y las partes han realizado muchos intentos para rechazar por tal motivo una decisión del ICSID.

⁽⁶¹⁾ En los casos siguientes: Amco Asia Corporation y Otros vs. República de Indonesia (Caso ICSID número ARB/81/1)-Resometimiento; Liberian Eastern Timber Corporation vs. República de Liberia (Caso ICSID número. ARB/83/2); Emilio Agustín Maffezini vs. Spain (Caso ICSID número. ARB/97/7); Alex Genin y otros vs. República de Estonia (Caso ICSID número ARB/99/2) (en trámite), en algunos de estos casos, las decisiones fueron publicadas. Para obtener mayor información sobre la publicación, ver: www.worldbank.org/icsid (ICSID Cases/concluded Cases).

⁽⁶²⁾ Artículo 50 del Contrato.

⁽⁶³⁾ Artículo 51 del Contrato.

⁽⁶⁴⁾ Ver un análisis completo del Artículo y de los casos del ICSID que los respaldan en «La Convención del ICSID. Comentario» por Christoph SCHREUER, cit., pp. 881 a 1075.

La anulación es también considerada un recurso extraordinario rara vez utilizado en el ICSID. Recientemente, se utilizó en un caso que comprendía a la Argentina para anular parcialmente el laudo de un tribunal del ICSID. La cuestión volverá a debatirse y un nuevo tribunal tendrá que dictar un nuevo laudo en función de los méritos del reclamo que no fue considerado por el Tribunal anterior, según lo decidido en el caso Vivendi, luego de la anulación parcial del caso General des Eaux, ganado por la República Argentina, pero anulado parcialmente en revisión.

3) Beneficios derivados de la falta de *exequátur*

Uno de los aspectos más innovadores e importantes que establece la Convención es que la ejecución y el reconocimiento del fallo arbitral se llevan a cabo inmediatamente. Ello porque los laudos no están sujetos a escrutinio o supervisión de los Tribunales Nacionales ⁽⁶⁵⁾.

Este reconocimiento es único en la práctica internacional del arbitraje y protege claramente a las partes contra el recurso de reconsideración en los Tribunales Nacionales o defensas adicionales contempladas en los códigos que, de resultar exitosas, impedirían el reconocimiento de un laudo extranjero. Como hemos visto, la Convención establece que todos los recursos que de otro modo estarían

⁽⁶⁵⁾ El Artículo 54 establece lo siguiente: (1) Cada estado contratante reconocerá las decisiones adoptadas de acuerdo con este Contrato obligatorio y ejecutará las obligaciones pecuniarias impuestas por las decisiones dentro de los territorios como si fuera una cuestión de sentencia firme dictada por el tribunal existente en ese Estado. Los Estados Contratantes regidos por una constitución federal podrán ejecutar las decisiones a través de los tribunales federales y dispondrán que dichos tribunales den a la decisión la misma eficacia que tiene la sentencia firme dictada por cualquiera de los tribunales que integran los Estados. (2) La parte que solicite el reconocimiento o la ejecución de una decisión en el territorio de un Estado Contratante debería presentar, ante los tribunales competentes o ante cualquier otra autoridad designada por el Estado Contratante, copia, debidamente certificada por el Secretario General. Las designaciones de dichos tribunales o autoridades y cualquier otro cambio posterior introducido al respecto deberán ser notificados al Secretario General por los Estados Contratantes. (3) La decisión será ejecutada de acuerdo con las normas sobre ejecución de sentencias. Estas normas deberían ser las vigentes para los territorios donde se pretende dicha ejecución.

contemplados en los procedimientos locales tienen que ser sustanciados ante el ICSID. Una vez que la decisión del ICSID queda firme⁽⁶⁶⁾, puede ser ejecutada en cualquier Estado Miembro que sea parte de la Convención de Washington con los procedimientos disponibles según la legislación interna para la sentencia firme en el lugar donde el reclamante desea hacerla cumplir. En este sentido, la Convención del ICSID establece un sistema de ejecución que es independiente de la Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras⁽⁶⁷⁾.

Es evidente que no solicitar el *exequátur*, con excepción de la certificación del laudo efectuada por el Secretario General (y su traducción), protege las decisiones tomadas por los árbitros, el deseo de las partes y los compromisos asumidos por ellas. Además, está claro que si las partes decidieron someter las controversias a arbitraje fue porque no deseaban someterlas o consintieron a la jurisdicción judicial.

Este sistema de ejecución casi inmediata preserva la seguridad legal dificultando bastante a los tribunales locales inmiscuirse en cuestiones de derecho o de hecho que ya han sido resueltas por el Tribunal del ICSID. SCHREUER dice que la ejecución no distingue entre los inversores privados o los Estados aunque *the travaux préparatoire* indica que se consideró altamente improbable que un Estado –firmante de la Convención– incumpliera su obligación en virtud de la Convención de cumplir con un laudo⁽⁶⁸⁾ sino que también destaca que el Artículo 54 puede utilizarse simultáneamente con la protección diplomática contemplada en el Artículo 27(1) in fine.

(66) Ver Artículos 50 y 52.

(67) Ver DELAUME, G.R., «Reflexiones sobre la Efectividad de los Laudos Arbitrales Internacionales», 12 *Journal of International Arbitration* 5/17; GIARDINA, A., «L'execution des sentences du Centre International pour le reglement des differends relatifs aux investissements», 71 *Revue Critique de Droit International Prive* 273/1982; BROCHES, A., «Fallos dictados de conformidad con la Convención del ICSID. Efecto Vinculante. Finalidad. Reconocimiento. Aplicación. Ejecución.», 2 *ICSID Review Foreign Investment Law Journal* [Revista de Derecho de las Inversiones Extranjeras. Revisión] 287.308/9 (1987) citado por SCHREUER, *op.cit.*, p. 1101.

(68) SCHREUER, *op.cit.*, p. 1102/1103.

4) Ejecución de un laudo o sentencia extranjeros en Argentina⁽⁶⁹⁾

De no existir tratados, la ley argentina exige el juicio de *exequá-tur*, que normalmente lleva de 2 a 3 años antes de que la sentencia o el laudo sean declarados sentencia firme. La Convención de Washington hace excepciones o revoca las normas estándares sobre exequá-tur. Sin embargo, la ejecución de la sentencia o de un laudo extranjero reconocido puede enfrentar obstáculos, cuando la parte condenada es el Estado argentino, inclusive si el laudo del ICSID pasa exitosamente la prueba de constitucionalidad, a que se ha hecho mención en las primeras páginas de este trabajo y que no es requerida, de conformidad con la Convención ICSID, ya que la mayor parte de los activos del Gobierno no están sujetos a procedimientos de ejecución.

Básicamente, la Argentina aplica a este tema la legislación surgida de la Ley de Demandas contra la Nación N° 3952 donde las sentencias o laudos contra el Gobierno Federal tienen una naturaleza meramente declarativa y no resulta posible su ejecución, como una sentencia contra un particular, aplicarlos salvo que se cumplan determinados procedimientos. Por ende, a través de diferentes leyes, se ha fijado un procedimiento. Este procedimiento es difícil de llevar a cabo y dificulta la ejecución de la sentencia contra el Estado en un cansador recorrido a través de diferentes departamentos públicos, hasta que uno logra incluir el monto líquido de la sentencia en el presupuesto nacional que debe ser aprobado por el Parlamento sin que se dé la posibilidad mientras tanto de confiscar o embargar ningún bien del Estado demandado.

El principio legalmente establecido es que el Estado argentino cumplirá las deudas reconocidas judicialmente mientras existan recursos votados en el presupuesto nacional (aprobado anualmente) para pagar dichas deudas. Ni los activos ni otras partidas asignadas a presupuestos específicos serán afectados; por lo tanto, las deudas se-

⁽⁶⁹⁾ Para un estudio detallado, ver MARZORATI, Osvaldo J. «Inmunidad de Jurisdicción vs. Inmunidad de Ejecución (Sobre los Embargos y la Situación Actual del Estado Argentino en relación con el Incumplimiento de sus Obligaciones Contractuales)», ED 16/4/2004.

rán pagadas mientras existan recursos en las cuentas asignadas cada año para cubrir el pago de las resoluciones judiciales internas contra el Gobierno argentino ⁽⁷⁰⁾.

Dado que el fallo del ICSID tiene el valor de una sentencia firme local, este procedimiento, según lo modificado por la Convención en relación con las formalidades y otros requisitos locales, será aplicable a la ejecución de cualquier sentencia del ICSID en jurisdicción argentina. Está aún por verse si la Argentina intentará aprobar los laudos a través de una prueba de constitucionalidad por parte de los Tribunales Federales, como lo sugirió recientemente el Ministerio de Justicia de Argentina en ocasión de las audiencias que tuvieron lugar en París con relación a CMS en agosto de 2004⁽⁷¹⁾. Esta defensa puede considerarse extraña por cuanto la Argentina ya ha ratificado 41 BITs durante un período de muchos años con diferentes países del mundo y no trataremos este tema en este trabajo.

El procedimiento habitual es que la sentencia local no cumplida y el crédito correspondiente a favor del reclamante debería incorporarse en el presupuesto del año siguiente. Pero esta incorporación no garantiza su pago porque sólo los bienes privados del Estado pueden ser objeto de ejecución o embargo por parte de un Tribunal local. Las reservas del Banco Central, los ingresos generados por los impuestos, los activos utilizados en los servicios públicos o bienes pertenecientes al dominio público no reúnen los requisitos para ser embargados o ejecutados.

Otro problema que el acreedor debe enfrentar es la falta en estos momentos de recursos financieros asignados por el Congreso en el Presupuesto Nacional argentino. Por este motivo, en la década anterior, muchas Agencias del Estado fueron autorizadas a pagar los créditos pendientes con diferentes instrumentos de deuda, que de acuerdo con los diferentes vaivenes políticos y económicos del país podían negociarse en el mercado extrabursátil por efectivo u otros

⁽⁷⁰⁾ Cfr. Ley de Presupuesto Complementaria Permanente N° 11.672, t.o. Ley N° 25.565.

⁽⁷¹⁾ Informado en la prensa argentina. Publicado en Infobase, 18 al 21 de agosto de 2004, Buenos Aires.

títulos a fin de recuperar una suma de dinero normalmente bastante inferior al monto de la frustrada sentencia, cuya ejecución se perseguía ante los tribunales y en sede administrativa.

Debido a la situación reciente sufrida por la República Argentina parece extraño creer que haya recursos financieros suficientes al momento de notificarse una sentencia por un monto considerable, para atender el monto de ese crédito, dentro del año de presentación o posteriormente después de esa fecha.

Como es de conocimiento público, Argentina ha incumplido su deuda pública y también parte de su deuda interna, como resultado del incumplimiento por parte del Estado de las condiciones establecidas en los instrumentos de deuda emitidos para financiar al Gobierno o, entre otros, cumplir con las sentencias que no fueron pagadas en efectivo en su momento. Por lo tanto, más allá del problema del reconocimiento del fallo arbitral, que, como lo sugirió el Fiscal General de Argentina, infringiría el orden público, el problema es hacer que el Estado provea fondos líquidos para atender las sentencias contra él, debido a las limitaciones financieras y otros compromisos vinculados con la amortización de la deuda extranjera, con prescindencia de si la Argentina reestructura exitosamente su deuda pública extranjera actual. Por supuesto, no nos referimos en esta presentación a la ejecución de los laudos del ICSID sobre bienes argentinos en jurisdicciones diferentes de la Argentina o los problemas diplomáticos resultantes de la falta de pago de un laudo o una demora considerable en seguir los procedimientos legales para incorporar el monto liquidado de un laudo extranjero en el presupuesto nacional, que merecería consideración aparte; tampoco nos ocupamos aquí de la sugerencia de que la Argentina no cumplirá un laudo del ICSID.

V. CONCLUSIONES

1. La ratificación casi mayoritaria por parte de América Latina de la Convención ICSID y las centenas de acuerdos de inversión internacionales que comprenden a los Estados Latinoamericanos son prueba de la aceptación regional del arbitraje. Pero la inestabilidad económica de la región podría tener consecuen-

cias inesperadas para los derechos de los inversores de arbitrar los conflictos de inversiones. Las condiciones económicas y monetarias son frágiles y pueden tornarse repentinamente en una emergencia financiera. Esto podría fácilmente hacer que la prioridad del Estado anfitrión de protección de inversiones extranjeras cambie por el cumplimiento de intereses locales más apremiantes. Dicho cambio podría tener un efecto negativo en la actitud de los tribunales locales hacia el arbitraje internacional y de los inversores mundiales debido a la incertidumbre y volatilidad de las políticas económicas.

2. Luego de la caída en desuso de la doctrina Calvo, pareciera que Argentina intenta promover una suerte de resucitamiento de la doctrina que incluye el agotamiento previo de los recursos locales con respecto a los varios reclamos multimillonarios surgidos de los tratados del BIT sosteniendo que un Tratado no puede anular disposiciones constitucionales argentinas.
3. Una cuestión importante no será la ausencia de los instrumentos legales para justificar los pedidos efectuados o los derechos a recibir las compensaciones por el comportamiento de los Estados Receptores de la inversión, sino si los tratados funcionan como pólizas de seguro o no en caso de expropiaciones indirectas. Esta cuestión es aún motivo de debate.
4. Por otra parte, los tribunales arbitrales internacionales tendrán que aclarar si las emergencias económicas de naturaleza general que afectan a los inversores protegidos internacionalmente en virtud de los BITs, constituyen una excusa válida para evitar la compensación por parte de los Estados receptores o, por el contrario, las pautas internacionales mínimas establecidas en los BITs para proteger y compensar a los inversores extranjeros en casos de expropiación indirecta solucionan cualquier emergencia nacional o crisis similares invocada por los Estados receptores, tema que no ha sido tratado en profundidad.
5. Aun si el Tribunal rechaza la emergencia como una cláusula válida para revocar los reclamos que de otra manera estarían protegidos por los BITs, los reclamantes tendrán que conven-

cer al Tribunal de que la crisis de emergencia argentina no es un caso de fuerza mayor sino que el Gobierno argentino no palió los efectos de dicha fuerza mayor ignorando las pautas internacionales mínimas exigidas en los precedentes internacionales.

6. Además, si se otorga compensación a los inversores extranjeros, el monto correspondiente, al menos para las concesiones privatizadas en curso, quedará probablemente a discreción de los tribunales arbitrales, con pocos precedentes para dar certeza tanto al Gobierno como a los inversores, en los casos de expropiación indirecta en los que el actor continúa explotando la concesión o sus derechos.
7. La ejecución de los laudos arbitrales en el Estado receptor puede resultar onerosa y prolongada, lo que favorecerá un arreglo conveniente plausible y recíproco, en algunos casos o inducirá a paquetes de renegociación en caso de expropiaciones indirectas, que durante largo tiempo han sido comprometidos y pregonados por el Gobierno, pero no abordados efectivamente.
8. Sea como fuere, la diversidad de los argumentos que pueden presentarse, y aún los resultados dispares que esos argumentos reflejen en los laudos que se dicten, un procedimiento flexible y la necesidad de tener un foro imparcial y transparente, resultan aún atractivos para ambos lados. Por lo tanto, creemos que es concebible que los fallos que se dicten tracen una importante línea legal de pensamiento en el Derecho del Arbitraje Internacional, y por sobre todo, testimoniarán el alcance de la responsabilidad asumida por los Estados a través de contratos internacionales e inversiones amparadas por los BITs, así como la vigencia del reconocimiento y ejecución de los procedimientos conforme a lo estipulado en el Tratado de Washington de 1965.

EL ARBITRAJE Y LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO

FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI (*)

SUMARIO: *Introducción. 1. Las etapas de la globalización y los tratados de libre comercio. 2. La «economización» del derecho internacional y los tratados de libre comercio. 3. El «campo de batalla global» de la inversión y los tratados de libre comercio. 4. El derecho internacional de las inversiones y los tratados de libre comercio. 5. El arbitraje en los tratados de libre comercio. Conclusiones.*

INTRODUCCIÓN

Este artículo aborda los temas que tienen que ver con la evolución de las reglas de arbitraje contenidas en los capítulos de inversiones que actualmente se incorporan a los Tratados de Libre Comercio y las nuevas tendencias que se registran respecto de las disciplinas arbitrales contenidas en dichos tratados. El primer punto: Las etapas de la Globalización y los Tratados de Libre Comercio, contiene una presentación general del contexto internacional contemporáneo, incluyendo una explicación sobre las distintas etapas de la globalización, las características multidisciplinarias que se aprecian desde la doctrina y su relación con el desarrollo del Derecho Internacional de las Inversiones, a partir de fenómenos como la «descolonización» y el

(*) Gerente de Conciliación y Arbitraje del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado Peruano (CONSUCODE).

«multipolarismo», incluyendo algunas reflexiones básicas para explicar el contexto del surgimiento del arbitraje entre inversionistas y Estados, en el marco de la actual tendencia favorable a la proliferación de foros internacionales especializados de solución de controversias y atendiendo a la apertura que esto significa en lo que corresponde al «ius standi» de los entes no estatales en dichos foros. En el segundo punto: La «Economización» del Derecho Internacional de las Inversiones y los Tratados de Libre Comercio, se explica la relevancia económica que dichos tratados tienen en el contexto global y en donde priman los tratados multilaterales en materia económica, a lo que se suman los elementos ordenadores directos e indirectos del Orden Económico Internacional, la composición general de los Tratados de Libre Comercio, en lo que compete a la regulación integral de las relaciones económicas entre los Estados y el rol que desempeñan junto con los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, en materia de arbitraje y solución de controversias. El tercer punto: El «campo de batalla global» de la inversión y los Tratados de Libre Comercio, presenta las últimas tendencias en el flujo de inversión extranjera directa, los antecedentes sobre nacionalismo económico y el contraste de éste con el liberalismo económico internacional, a lo que se suma una descripción del espacio de desarrollo de los Tratados de Libre Comercio y de los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. En el cuarto punto: El Derecho Internacional de las Inversiones y los Tratados de Libre Comercio, se explica el rol del Derecho Internacional de las Inversiones y del arbitraje entre inversionistas y Estados, como un factor de balance en el marco del Derecho Internacional de las Inversiones, agregando una breve referencia a la solución de controversias sobre inversiones entre Estados, en los casos Barcelona Traction y ELSI. Finalmente en el quinto punto: El Arbitraje en los Tratados de Libre Comercio, se explican algunos factores que han alimentado la evolución del arbitraje en inversiones, el rol de los Estados y los alcances de la soberanía estatal, así como las transferencias de autoridad y poder que se producen a partir de este tipo especializado de arbitraje, incluyendo además una presentación de las innovaciones producidas en el campo del arbitraje regulado por los capítulos de inversiones de los Tratados de Libre Comercio, a partir de recientes aportes doctrinarios y jurisprudenciales.

1. LAS ETAPAS DE LA GLOBALIZACIÓN Y LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO

El Derecho se caracteriza por el dinamismo relacional de sus múltiples expresiones e instituciones,⁽¹⁾ sean éstas domésticas, internacionales o regionales. En general y en diversos niveles, la dinámica evolutiva del Derecho se ha acelerado en la etapa más reciente de la globalización. En consecuencia, se ha ampliado considerablemente la matriz conceptual sobre la base de la cual se construyen las estructuras jurídicas, ante la relevancia creciente de factores transnacionales y transfronterizos. El tratamiento jurídico internacional de la inversión extranjera no es una excepción a este dinamismo relacional, pues no conforma una burbuja aislada, ni tampoco debe de ser entendida solamente como de alcance meramente doméstico, ya que los Acuerdos Internacionales de Inversiones⁽²⁾ tienden a proliferar en sus diversas modalidades, repercutiendo significativamente en la conformación del Derecho Internacional de las Inversiones.

De otro lado, existe una relación compleja entre la evolución de las instituciones jurídicas y la globalización, la misma que abarca un conglomerado de tratados y acuerdos internacionales, como son los tratados de libre comercio; en adelante: TLCs⁽³⁾ y los tratados de promoción y protección recíproca de inversiones; en adelante: TBIs u otras formas o cuerpos jurídicos generales o específicos, en el mar-

(1) Institución, en el sentido de: «colección metódica de los principios o elementos de una ciencia, de un arte, etc.», en REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, tomo 6, 22ª edición, 2001, p. 871.

(2) Como precisa la Comisión de Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo, UNCTAD, en lo que concierne al Derecho Internacional de las Inversiones, «(...)deben tenerse en cuenta por igual los instrumentos vinculantes y los instrumentos sin fuerza de obligar. Al fin y al cabo, un acuerdo internacional en materia de inversión, cualquiera que sea su forma o el nivel al que se celebra, se negocia en el contexto de todo el cuerpo de las normas de Derecho Internacional vigentes o en formación en materia de inversiones.»; en UNCTAD (2003), Train for Trade, DITE/UNCTAD, Sección I, Alcance de los Acuerdos Internacionales en materia de Inversión, p. 8.

(3) Si bien un TLC no es propiamente un Acuerdo Internacional de Inversiones, el respectivo Capítulo de Inversiones contenido en un TLC tiene el mismo alcance que un Acuerdo Internacional de Inversiones.

co del Derecho Internacional de las Inversiones o; en forma general, del Derecho Internacional Económico.⁽⁴⁾

A su vez, el uso de la palabra «globo», para referirse al planeta como unidad, se registra comprobadamente y recién desde el siglo XVI, cuando Magallanes navegó alrededor del mundo y demostró sin lugar a dudas, que la tierra es redonda. Además, no es sino desde 1892, en que se comienza a utilizar la palabra «global», en el sentido que involucra al mundo entero. La conciencia de lo global despierta en el siglo XIX. Además, los términos «globalizar» y «globalismo», fueron acuñados en 1944. Salvo por los esporádicos usos académicos de estos términos en los años sesenta y setenta del siglo pasado, las palabras «globalidad» y «globalización», recién adquirieron valor académico, a partir de mediados de los años ochenta. Desde entonces, sin perjuicio de sus múltiples contenidos innegablemente elusivos, la palabra globalización⁽⁵⁾ se encuentra presente en las disciplinas del conocimiento humano y ha sido acuñada en distintos idiomas,⁽⁶⁾ habiéndose además incluido el término en forma notoria en una gama de iniciativas de integración, como se aprecia, por ejemplo, en los objetivos comunitarios de la Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones: CAN.⁽⁷⁾

(4) Otros ámbitos de gran expansión global, son el Derecho Internacional Ambiental, los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, por mencionar solamente algunas de las disciplinas que avanzan geoméricamente en el espectro global, llevándonos a pensar que estamos ante un nuevo Derecho de carácter universal, pero con múltiples ramificaciones estructuradas a partir de especialidades, que se extienden mas allá de los límites de las respectivas soberanías estatales, originariamente netamente territoriales.

(5) El buscador Google de Internet arroja 1'240,000 entradas para la palabra «globalización» y 17'400,000 para la palabra «globalization».

(6) Cfr. SHAMS, Heba, «Law in the Context of Globalization: A Framework of Análisis», en *International Lawyer*, Winter, 2001; Symposium International Monetary and financial Law in the New Millennium. Dedication Conference of Sir Joseph Gold Library Collection Article, *35 Int'l Law*, 1589, p. 1590.

(7) Cfr. WAGNER, Allan, «Inserción Internacional e Integración Regional», Exposición del Secretario General de la CAN presentada en el *Seminario Internacional Integración y Desarrollo: Opciones para América Latina*, 2004, cfr. <http://www.comunidadandina.org/prensa/discursos/wagner18-11-04.htm>

Desde el punto de vista del análisis histórico de la globalización, entendida como un fenómeno interrelacionado con las integraciones económicas, jurídicas y políticas, las fuentes consultadas precisan que comprende algo más de cinco siglos. Empieza con una primera fase, durante la expansión europea de la segunda mitad del siglo XV, desembocando en la colonización de América, África y Asia.⁽⁸⁾

Una segunda fase se produce a partir de la Revolución Industrial, en el siglo XVIII,⁽⁹⁾ cuando se registran los primeros usos de la palabra «global» y cuando el comercio inglés, francés y holandés se expanden por el mundo, con todo lo que ello implica, en términos de la producción de modelos jurídicos para la tutela del intercambio comercial transfronterizo y la nueva conformación del *ius mercatorum*.⁽¹⁰⁾ Lo que se suma a las conquistas territoriales de las potencias coloniales, especialmente las producidas a lo largo del siglo XIX. Esta segunda etapa de la globalización moderna concluyó hacia 1914, en los umbrales de la Primera Guerra Mundial.⁽¹¹⁾

En esta época resulta de interés tener en cuenta a las uniones aduaneras del siglo XIX, como antecedentes de la «liberalización» comercial y económica en el ámbito transfronterizo de las relaciones entre Estados. Estas uniones son un antecedente visible de los diversos esfuerzos integradores modernos, incluyendo el caso de los actuales TLCs y de los TBIs, alcanzando indirectamente su influencia al campo de las inversiones y el Derecho Internacional de las Inversiones, ya que:

(8) Asunto de particular importancia para la división internacional del trabajo y para la evolución de una variedad de teorías políticas, jurídicas y sociológicas, que identifican al Hemisferio Sur como proveedor de productos primarios de exportación, mientras que el Norte se compone principalmente de países industrializados.

(9) Cfr. TELLO V., Luis Ernesto, «El Perú en el Proceso de Integración Andino de 1992 a 1997», Tesis para optar el título profesional de Licenciado en Historia, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, biblioteca digital andina, 2004, p. 9.

(10) Cfr. CALLESS, Galf-Peter, «Lex Mercatoria: A Reflexive Law Guide to an Autonomous Legal System», *German Law Journal*, vol. 2, N° 17-01, November 2001, p. 2.

(11) TELLO, *Ibid.*

«Históricamente las primeras uniones aduaneras aparecen en el siglo XIX, y el establecimiento de una «Zollverein» entre algunos principados germanos fue uno de los factores que posibilitó la unificación alemana. Luego de la Primera Guerra Mundial, un grupo de estados del desmembrado imperio austro-húngaro constituyeron uniones aduaneras para mantener el libre intercambio comercial; pero recién al finalizar la Segunda Guerra Mundial la integración económica de Europa se convierte en un medio eficaz para evitar nuevos conflictos internacionales entre naciones históricamente rivales». ⁽¹²⁾

El momento culminante de la tercera etapa de la globalización, se dio luego de la conclusión de la Segunda Guerra Mundial, con la extensión de la hegemonía de los Estados Unidos de América; en adelante: EEUU, y su control casi absoluto de las instituciones surgidas posteriormente a los acuerdos de Bretton Woods,⁽¹³⁾ primeros «elementos ordenadores» del Orden Económico Internacional contemporáneo,⁽¹⁴⁾ a los que por cierto y en el ámbito de las inversiones y del comercio transnacionales, también se suman los TLCs y los TBIs, además de otros instrumentos internacionales relevantes, como la Convención del Centro Internacional de Arreglo de Disputas entre Inversionistas y Estados; CIADI o de conformidad con sus siglas en inglés: ICSID, que precisó los alcances del CIADI, en los siguientes términos y ya desde mediados del siglo XX; precisando el rol de las inversiones para el desarrollo económico mundial:⁽¹⁵⁾

«Los Estados Contratantes

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;...»

⁽¹²⁾ *Ibid.*, p. 15.

⁽¹³⁾ *Ibid.*, p. 9.

⁽¹⁴⁾ Cfr. PETERSMANN, Ernst-Ulrich, «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, 1987, p. 227.

⁽¹⁵⁾ ICSID, Convenio Ciadi, Reglamento y Reglas, *CIADI 15 Rev. 1*, Washington D.C., 2003, p. 11.

Finalmente, la última etapa de la globalización, se origina con la caída de los denominados *regímenes de democracia popular* ⁽¹⁶⁾ y durante la paulatina consolidación de los procesos de «descolonización» de varios ámbitos geográficos y en distintos continentes.⁽¹⁷⁾ Además, entre 1989 y 1991 existe un período a partir del cual se produce la coincidencia con la expansión e influencia creciente del Consenso de Washington;⁽¹⁸⁾ el mismo que, mas allá del otrora llamado *triunfo del neoliberalismo*⁽¹⁹⁾ y como es ahora de conocimiento público, ha entrado en una etapa de revisión crítica, por parte de diversas instituciones, de reconocidos juristas, economistas⁽²⁰⁾ y otros expertos⁽²¹⁾ internacionales.⁽²²⁾

(16) TELLO, *Ibid.*

(17) Cfr. McMICHAEL, Philip, «Development and Social Change», *Pine Forge Press*, California, London, New Delhi, 2000, p. 14.

(18) Según PETRÁSH, el término Consenso de Washington fue acuñado en 1990 por el economista John WILLIAMSON, en un estudio preparado por éste para el *Institute for International Economics*, un prominente *think tank* radicado en Washington DC. En términos generales, el Consenso de Washington supone la adopción de un conjunto de políticas públicas para la reforma económica de los países en desarrollo, tales como: disciplina fiscal, priorización de objetivos para el gasto público, reforma tributaria, liberalización financiera, tipo de cambio único, liberalización del comercio exterior, promoción de la inversión extranjera directa, privatizaciones, desregulación, protección para los derechos de propiedad, etc. Cfr. PETRÁSH, V., «Towards 2005: Consistencies and inconsistencies of the FTAA process in the face of challenges to the Liberal Democratic Governance Consensus in the Americas», en *Summer Institute 2000 Robarts Centre for Canadian Studies*, Toronto, 2000. Mas información en <http://www.robarts.yorku.ca>.

(19) Cfr. KRESALJA, Baldo, «La Política en materia de Propiedad Intelectual en la Comunidad Andina», en *Derecho Comunitario Andino*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Estudios Internacionales, p. 235.

(20) Cfr. KUCZYNSKI, Pedro Pablo, WILLIAMSON, John, «After the Washington Consensus: Restarting Growth and Reform in Latin America», *Institute for International Economics*, 2003, en http://bookstore.iie.com/merchant.mvc?Screen=PROD&Product_Code=350.

(21) Cfr. DRACHE, Daniel, «The Post Washington Consensus: The Market Disconnect and The Public Reconnect», *Paper presented at the International Conference: Beyond the Washington Consensus. Governance and Public Domain in Contrasting Economies*, february 2001, en <http://isidev.nic.in/pdf/DDrache.PDF>.

(22) Cfr. STIGLITZ, Joseph, «What I learned at the World Economic Crisis», agosto 2004, en http://www.robarts.yorku.ca/archives/institute/2000/pdf/stiglitz_worldban.pdf.

Nótese que en los tiempos de la última globalización, también ocurren una serie de acontecimientos en el campo del Derecho Internacional Económico, como es la creación del APEC y de la Organización Mundial del Comercio, la constitución de la Unión Europea, como última etapa de la integración de esta región económica, la conformación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte; en adelante: NAFTA, el MERCOSUR y el relanzamiento de la Comunidad Andina de Naciones. Lo que nos lleva a pensar que el mundo es multipolar, a partir de la coexistencia de un número limitado de regiones económicas que se encuentran en distintos niveles de desarrollo.

En cada polo o región económica preexisten una variedad muy grande de iniciativas integradoras que obedecen a procesos históricos específicos, pero que en mayor o menor medida, se apoyan en las tesis de los efectos positivos del libre comercio, como medio para lograr el bienestar de las colectividades y la prevención de conflictos a gran escala entre Estados. Esto implicaría, a grandes rasgos, el retorno a las clásicas teorías de Adam Smith y David Ricardo, que con algunas diferencias entre ambos y en el campo de la economía política clásica, concordaban en que mediante la liberalización de las restricciones a las importaciones por parte de los Estados, combinado ello con una adecuada administración de los respectivos nacionalismos económicos, se lograría el bienestar económico al interior de los territorios donde dichos entes públicos ejercían soberanía.⁽²³⁾

Esta breve reflexión etimológica e histórica sobre la globalización y sus temas conexos referidos a los diversos modelos integradores multi, pluri y bilaterales,⁽²⁴⁾ se resume en el hecho que no cabe duda que la globalización existe e implica hoy una variada gama de fenómenos y acontecimientos de difícil clasificación y elusiva

⁽²³⁾ Cfr. HOWSE, Robert, «From Politics to Technocracy. And Back Again: The Fate of the Multilateral Trading Regime», en *The American Journal of International Law*, vol. 96-94, 2002, pp. 94-117.

⁽²⁴⁾ Cfr. UNCTAD (1999), «Trends in International Investment Agreements: an overview», *UNCTAD Series on Issues in international investment agreements*, New York and Geneva, 1999, UNCTAD/ITE/IIT/13, p. 40.

naturaleza. Estos fenómenos no necesariamente son pacíficos ni resultan universalmente aceptados como de alcance positivo o negativo, pero se desenvuelven discursiva y muy dinámicamente, generando múltiples impactos sobre el Derecho y sobre los diversos procesos de integración entre países y entre regiones económicas, ofreciendo las siguientes características de alcance global, tal como informan varias fuentes doctrinarias:

- Expansión de procesos productivos fragmentados, extendidos a escala global, allende las fronteras nacionales de los Estados.
- Expansión de los servicios públicos regionales en ámbitos transfronterizos.⁽²⁵⁾
- Incremento en el número de las organizaciones transnacionales no gubernamentales⁽²⁶⁾ diferentes a los Estados, incluyendo el rol protagónico de éstas en procesos de alcance global.⁽²⁷⁾

⁽²⁵⁾ Ver STALGREN, Patrik, «Regional Public Goods and the Future of International Development Cooperation, Expert Group on Development Issues - EGDI», Ministry on Foreign Affairs, Sweden, *Working Paper*, 2000: 2.

⁽²⁶⁾ Según BROWN, de conformidad con la información publicada por el Anuario de las Organizaciones Internacionales, precisa que existen 922 de éstas, además de 9988 organizaciones no gubernamentales y, tomando en cuenta una serie de parámetros adicionales, cabría sostener que, en total, las organizaciones internacionales alcanzarían al número de 30,000, por contraste con los 200 países que enumera CASSESE (ver cita N° 29) y en un mundo cuya población total ascendería al año 2002 a la cantidad de 6, 252, 829,827, cfr. BROWN W., Edith, *Invoking State Responsibility in the Twenty First Century*, en *American Journal of International Law*, vol. 96, 2000, p. 798.

⁽²⁷⁾ Por ejemplo, GRAHAM califica de «victoria pírrica» de las Organizaciones no Gubernamentales (Ongs), el hecho de haber éstas logrado la suspensión de las negociaciones auspiciadas por la OECD, para un tratado multilateral en inversiones, MAI, lo que desembocó finalmente en el retiro de Francia de las negociaciones, el 14 de octubre de 1998, aduciendo este país que las negociaciones no prosperaban, en especial, en lo referente a una serie de temas en el ámbito cultural. Algunos analistas han sostenido que la postura del gobierno francés obedecía mas bien a la necesidad de mantener la coalición gubernamental o «cohabitación» con la derecha, a la que pertenecía el primer ministro CHIRAC, con las fuerzas de la coalición socialista-comunista, la que se impuso para lograr el retiro de Francia del MAI. Con el retiro

- Desplazamiento del «Estadocentrismo clásico»⁽²⁸⁾ en el ámbito internacional y relevancia creciente de lo internacional en sus diversas manifestaciones.⁽²⁹⁾
- Proliferación de foros internacionales de solución de controversias o «jurisdicciones internacionales».⁽³⁰⁾
- Incremento en la cantidad de empresas transnacionales⁽³¹⁾ que realizan operaciones comerciales y económicas inter-

de este país, la alianza política se mantuvo, cfr. GRAHAM, Edward, «Regulatory Takings, Supranational treatment and the Multilateral Agreement on Investment: Issues raised by Nongovernmental Organizations», Symposium: The International Regulation of Foreign Direct Investment: Obstacles & Evolution. National Treatment of Foreign investment: Exceptions and Conditions, *Cornell International Law Journal*, pp. 613-614.

⁽²⁸⁾ Se entiende a partir de la hipótesis de la transformación del poder estatal, ante las necesidades «relacionales» preeminentemente económicas y por ende, políticas, que plantea la actual globalización, lo que se extiende, en forma crítica, a los sectores de la actividad y a la naturaleza jurídica del Estado, tanto en el ámbito doméstico como en el internacional (Cfr. GOLUB, Philip, «United States: The slide to disorder», en *Le Monde Diplomatique*, July 2005, ver <http://mondediplo.com/2005/07/02usa>). Esto supone la inevitable reconfiguración del modelo «Estadocéntrico» de organización social, política, jurídica y económica que ha caracterizado al «modernismo» y que hoy demanda una nueva concepción. Postulamos que esta dinámica que comprende el agotamiento de los modelos «Estadocéntricos», genera un espacio propicio para el desarrollo de las iniciativas de integración, pero también demanda una nueva concepción de Estado. Ya que, finalmente y como se verá mas adelante, éste sigue siendo un protagonista notable en el contexto internacional contemporáneo, en particular, en lo referente a las tareas de producción legislativa y gestión administrativa especializada.

⁽²⁹⁾ CASSESE informa, por ejemplo, que el llamado «sistema internacional» comprende hoy un total aproximado de 200 países. De éstos, 189 son miembros de las Naciones Unidas. Según CASSESE, en el mundo podemos ubicar además alrededor de 400,000 empleados de aparatos supraestatales, alrededor de 50,000 tratados internacionales (registrados por Naciones Unidas), los que sólo representan una pequeña parte del total. Existen además un número no estimado de reglamentos, directivas y otros actos promulgados por organizaciones internacionales o transnacionales. Solamente la Unión Europea ha producido alrededor de 1500 en el año 2000. El número total desde 1957 no se ha calculado, pero se sabe que ocupan 80,000 páginas, en CASSESE, Sabino, «El Espacio Jurídico Global», en *Revista de Administración Pública*, Madrid, 2002, p. 13.

⁽³⁰⁾ Cfr. SANDS, Phillipe, «The Future of International Adjudication», en *Connecticut Journal of International Law*, 1999, 14 Conn. J Int'l L. 1, p. 2.

nacionales, cuyos activos exceden muchas veces en valor económico al PBI de diversos países.

- Incremento de las cuotas de poder y competencias institucionales de entes internacionales como la OMC, el FMI, el Banco Mundial, entre otros de alcance regional, como las burocracias creadas para la administración de las iniciativas de integración política, jurídica y económica, como CAN, MERCOSUR, la UE, ASEAN, etc.
- Tecnologías de las comunicaciones y nuevas tecnologías, que se encuentran progresando geométricamente e influenciando en el proceso de evolución comercial y económica global.⁽³²⁾
- Los países, a escala global, se encuentran cambiando sus regímenes regulatorios, incentivando esquemas que promueven la liberalización de las economías, la competitividad y otros aspectos relacionados a la creación y desarrollo de mercados, a partir de modelos de cooperación e integración económica, como los TLCs y los TBIs.
- Los movimientos separatistas y fundamentalistas han adquirido mayor protagonismo a escala global, «perforando» los sistemas tradicionales de seguridad de los países, mientras se produce el resurgimiento de los nacionalismos.⁽³³⁾
- Emergen diversas organizaciones criminales transnacionales con actividades transfronterizas, que han desarrollado tal poder económico, que en los hechos, rivalizan con el de las empresas transnacionales, auspiciando «narcoeconomías»

⁽³¹⁾ Ver DANIELSEN, Dan, «How Corporations Govern, Taking Corporate Power seriously in Transnational Regulation and Governance», en *Harvard International Law Journal*, 46. 2005, Harv.Int'l L.J., p. 411.

⁽³²⁾ Ver ARAOZ, M.; VAN GINHOVEN, S., «Preparación de los Países Andinos para Integrar las Redes de Tecnologías de la Información: el caso de Perú», *Proyecto Andino de Competitividad*, CAF-Harvard, Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, 2001.

⁽³³⁾ Ver al respecto <http://www.globalsecurity.org>.

y «zonas liberadas» para actividades ilícitas de carácter transfronterizo, con impacto simultáneo en distintos países.

- Los países, a título individual, encuentran crecientes obstáculos para controlar sus territorios y aplicar prospectivamente sus políticas nacionales.⁽³⁴⁾

Como es evidente, durante la última globalización y a partir de las características presentadas líneas arriba, se registran efectos positivos y negativos, en los campos de la Economía, el Derecho, la Política y de las Relaciones Internacionales. En el caso particular del Derecho Internacional, se viene produciendo una creciente «economización» de las instituciones y relaciones jurídicas. Esto implica la concurrencia de una gama de procesos de evolución, como ocurre por ejemplo con los TLCs de «última generación»⁽³⁵⁾ y con las etapas de la integración económica y comercial interestatal, al interior de diversas regiones económicas en el mundo. Lo mismo ocurre con la proliferación de TBIs; entre muchos otros factores que también tienen que ver con el tratamiento de la inversión extranjera y con la gestión de conflictos en dicho ámbito; con especial incidencia en el arbitraje entre inversionistas y Estados, que hoy es una más de las especializaciones en el espacio de proliferación de foros internacionales de solución de controversias.⁽³⁶⁾

En el caso específico de los TLCs, la evolución jurídica y conceptual de los mismos ha variado en forma significativa, pasando de un contexto en el que los Estados solamente negociaban partidas

⁽³⁴⁾ Cfr. SHAMS, *Ibid.*

⁽³⁵⁾ Por contraste con los TLCs de «primera generación», como informa el Departamento de Comercio Exterior del Gobierno de Canadá, refiriéndose a las negociaciones de este país con los países miembros del EFTA: «The Canada-EFTA FTA was a «first-generation» agreement with emphasis on tariff elimination and trade facilitation. It did not include new obligations in areas such as services, investment, and intellectual property. The agreement introduced cooperation on competition policy and launched cooperative work in the important area of trade facilitation. It was Canada's first trans-Atlantic free trade agreement.», en <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/cfta-en.asp>.

⁽³⁶⁾ Ver <http://www.pict-pecti.org>.

arancelarias, a efectos de pactar reducciones de las mismas, en función de sectores económicos específicos; para llegar hoy a un contexto en el que los Estados, en forma bilateral plurilateral e incluso multilateral, proceden a negociar el conjunto de sus relaciones económicas en forma integral, abarcando los mas diversos temas, que estuvieron originalmente excluidos de lo que era una negociación tradicional de libre comercio, tal como ocurrió respecto del tratamiento de la inversión extranjera, que en la actualidad es uno de los capítulos fundamentales y propios de la referida relación económica concertada en un TLC.⁽³⁷⁾

En consecuencia, existe una línea evolutiva en lo referente a los acuerdos comerciales de diverso tipo, que incluyen a los TLCs, como elementos ordenadores directos, que se vienen concertando en el mundo desde los años cincuenta en adelante. De modo que dicha evolución demuestra un significativo crecimiento a lo largo de los últimos cincuenta años, de conformidad con la siguiente progresión:⁽³⁸⁾

- Años 50: Solo existían 3 acuerdos («bipolarismo», guerra fría, Tratado de Roma: Confederación Europea del Carbón y CEE, Comunidades Económicas Europeas, «descolonización»).
- Años 60: 19 acuerdos (Asoc. Europea de Libre Comercio y Comecón en el Este).
- Años 70: 39 acuerdos (Crisis Petróleo, 1er aniversario de la hoy Comunidad Andina).
- Años 80: 14 acuerdos (Cae Muro Berlín, se disuelve la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas).
- 1990 a 1998: 82 acuerdos (OMC, Nafta, UE, otros).
- Al 2003: 189 acuerdos de diversos tipos y con posibilidades de expansión.

⁽³⁷⁾ Cfr. <http://www.dfait-macci.gc.ca/tna-nac/efta-en.asp>, *Ibid.*

⁽³⁸⁾ Tomado de www.aquino.mainpage.net, y www.mincomercio.gov.co.

Por ende y ante la evolución de los acuerdos comerciales y económicos, el mundo contemporáneo se caracteriza por encontrarse en una época de intensiva traslación y movilidad jurídica, que se ha expandido vertiginosamente a partir de la última globalización y cuyos resultados están aún por verse,⁽³⁹⁾ pero que desde ya incorporan instituciones jurídicas especializadas, como el arbitraje entre inversionistas y Estados.

2. LA «ECONOMIZACIÓN» DEL DERECHO INTERNACIONAL Y LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO

La mayoría de tratados multilaterales que existen en el mundo, al igual que los TLCs, son de carácter económico, tal como se puede ver a continuación:⁽⁴⁰⁾

⁽³⁹⁾ Debemos agregar la existencia de otros medios de incorporación y transferencia jurídica, que vienen siendo analizados por la doctrina contemporánea, en los trabajos de distintos autores que se refieren a la «americanización o globalización» del Derecho, los que conviene citar para mayor precisión. Ver para tales efectos: SHAPIRO, Martín, «The Globalization of Law», en *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Fall 1993, 1 Ind. J. Global Legal Stud. 37; LANGER, Máximo, «From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure», en *Harvard International Law Journal*, Winter 2004, 45 Harv. Int'l L.J.1; MATTEI, Ugo, «A Theory of Imperial Law: A Study on US Hegemony and the Latin Resistance», en *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Winter 2003, p. 383; KELEMEN, Daniel, SIBBITT, Eric, «The Americanization of Japanese Law», en *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, 2002, 23 U. Pa. J. Int'l Econ. L. 269; CHIMNI, B.S., «International Institutions Today: An Imperial Global State in the Making», en *European Journal of International Law*, vol. 15 No. 1, 2004, pp. 1-37; REITZ, John, «Export of the Rule of Law», en *Transnational Law and Contemporary Problems*, Symposium Export of the Rule of Law, 13 Transnat'l L. & Contemp. Probs. 429, 2003.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. KING, John; ALLEN, Emily; DIRLING, Nicole, «International Law and Globalization: Allies, Antagonists, or Irrelevance?», en *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Winter 2003, pp. 3-4.

Materia de los tratados	Número de tratados multilaterales	Porcentaje respecto del total
Políticos/Diplomáticos	838	22%
Económicos	1622	43%
Derechos Humanos/Humanitario	311	9%
Militar	162	4%
M. Ambiente	319	8%
Otros	479	14%

Complementando lo dicho y atendiendo a la perspectiva que desde el «constitucionalismo económico» plantea Petersmann, el actual contexto «economicista» que está contribuyendo a vertebrar activamente al Derecho Internacional y, en especial, al Derecho Internacional Económico y, por ende, al Derecho Internacional de las Inversiones, se expresa en la configuración del Orden Económico Internacional, que se ha venido desarrollando y transfigurando sinérgicamente durante las últimas etapas del proceso de globalización, mediante la interacción de elementos ordenadores directos e indirectos, de diversas jerarquías y con distintos ámbitos de aplicación e influencia:⁽⁴¹⁾

«From a historical point of view, a further distinction is made between gradually evolving spontaneous orders and consciously designed directed orders. While the former grow out of practices without an initial overall plan (like, the international monetary system of the gold standard as applied by national authorities before 1914), the latter are deliberately

⁽⁴¹⁾ Entre los instrumentos jurídicos a tomar en cuenta en el marco del Derecho Internacional de las Inversiones, incluyendo los instrumentos del «soft law» que existen en la materia, se encuentran: la Carta de la Habana de 1948, la Resolución N° 1803 de NNUU sobre la Soberanía Permanente de los Estados respecto de los Recursos Naturales de 1962, la Resolución 3281 de NNUU o Carta sobre los Derechos y Deberes Económicos de los Estados, El proyecto de Código de Conducta para Corporaciones Transnacionales de 1983, cfr. UNCTAD, *Ibid.*, pp. 17, 19, 24, 26.

created by means of private international agreements (such as the lex mercatoria within the alliance of Hanseatic cities in the thirteenth century), the state practice (the liberal trade order under the pre 1914 Pax Britannica), international treaties (the Havana Charter of 1948) or international economic constitutions (the European Economic Community Treaty of 1957) which aim at the realization of agreed economic objectives through the application of a coherent set of principles, rules, procedures and institutions, regulating the economic activities of both states and private persons.»⁽⁴²⁾

En consecuencia, la secuela histórica de los acuerdos comerciales y financieros de Bretton Woods, se caracteriza por conformar a escala global una base histórica para una gama de «elementos ordenadores directos» e «indirectos». Estos permiten finalmente catalizar la ocurrencia de grandes conflagraciones bélicas interestatales, como las registradas hasta mediados del siglo pasado, generando efectos de prevención de conflictos entre los Estado-Nación y supuestamente creando las condiciones domésticas para el crecimiento económico interno.

En teoría, dicho efecto preventivo se construye mediante la expansión de los límites económicos de los países y regiones, por contraste con la vieja concepción territorial de soberanía «moderna», que vertebraba a los países como «casilleros estancos», estructurados en forma rígida que actualmente resulta inviable.⁽⁴³⁾ Esta tesis, de carác-

⁽⁴²⁾ PETERSMANN, *Ibid.*

⁽⁴³⁾ Requeriría mayor análisis precisar si estos «beneficios» alcanzaron al conjunto de países en «vías de desarrollo» y si contaron con el concurso de éstos. En efecto: «En julio de 1944, la Conferencia Monetaria y Financiera de Bretton Woods acordó la creación del Fondo Monetario Internacional y del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial). Esta instituciones «...tenían como finalidad fomentar tipos de cambio estables, estimular el crecimiento del comercio mundial y facilitar la circulación internacional de capitales...Hubo una falta de atención casi inevitable a los intereses de los países en desarrollo. La mayoría de éstos eran aún colonias y por lo tanto no estuvieron representados en Bretton Woods...En general se soslayó al Tercer Mundo y poco se tomaron en consideración sus intereses.», en TEITELBAUM, Alejandro, «Deuda Externa y Derechos Humanos», en http://www.lainsignia.org/2002/diciembre/der_013.htm, julio 2005.

ter general, es compartida por Howse cuando precisa respecto del Acuerdo General sobre Tarifas y Aranceles; GATT: ⁽⁴⁴⁾

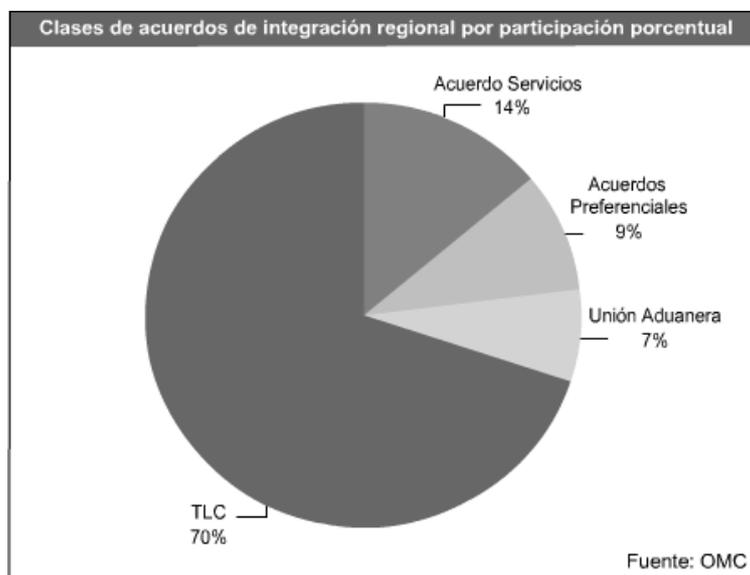
«The postwar trade and financial order was therefore mainly designed to enable states to manage their domestic economies, in a manner consistent with political and social stability and justice, without the risk of setting off a protectionist race to the bottom. States obligated themselves not to impose quotas or related import restrictions, of the sort strongly associated with the race to the bottom of the interwar years. On the other hand, they were not required to eliminate or reduce their import tariffs. The legal structure of the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) was designed to facilitate such concessions and make them binding, but it did not require them.»

Tener entonces en cuenta a la globalización y al Orden Económico Internacional, contribuye a entender las raíces históricas y los fundamentos jurídicos de los diversos procesos de integración, al menos durante los últimos quinientos años; pero en particular, durante las últimas etapas de la globalización. Es decir, desde los «Zollvereine» alemanes del siglo XIX, hasta los acuerdos de Bretton Woods del siglo XX, incluyendo los concurrentes y sucesivos elementos ordenadores directos e indirectos.

Es así como han quedado establecidos una serie de hitos que se desenvuelven discursivamente, dentro de múltiples iniciativas con efectos jurídicos internacionales y de intensidad diversa. Este complejo contexto da lugar a la expansión de los TLCs y de los TBIs, especialmente desde fines del siglo XX en adelante. Por ejemplo, en la actualidad, el mayor volumen de acuerdos comerciales en el ámbito global, según la Organización Mundial del Comercio, está conformada por TLCs, los que alcanzan a un 70% del total, tal como se aprecia a continuación:⁽⁴⁵⁾

⁽⁴⁴⁾ HOWSE, *Ibid.*, p. 95.

⁽⁴⁵⁾ <http://www.mincomercio.gov.co>



En lo que concierne a la estructura de los TLCs, éstos comprenden en general cuatro grandes secciones o sub estructuras, que desde la perspectiva de Drache, se distribuyen de la siguiente manera y, como se ha señalado, replantean en forma integral la relación económica entre países: 1. La liberalización del flujo de comercio e inversiones; que hipotéticamente daría lugar a un «boom económico» para los países miembros; 2. Las reformas laborales en el mercado de trabajo, que apuntan al desarrollo de actividades productivas más competitivas y vigorosas; 3. Las nuevas prácticas estatales, que a la larga se plasman en los niveles de armonización y convergencia interestatal y 4. La gestión de conflictos en el marco del TLC, que demanda la creación de esquemas apropiados de gestión y en donde ubicamos el arbitraje entre inversionistas y Estados, como un elemento estructural, que concurre con otros medios de gestión de conflictos.⁽⁴⁶⁾

⁽⁴⁶⁾ Cfr. DRACHE, Daniel, «Happy Fifth Birthday NAFTA, Thinking Outside the Box, Roberts Centre for Canadian Studies», York University, 2000, en http://www.yorku.ca/robarts/archives/pub_domain/pdf/apd_happy5th.pdf.

Si bien la globalización configura un concepto elusivo, es evocable válidamente y con la finalidad de poder esbozar los alcances de las relaciones económicas internacionales contemporáneas y sus múltiples ramificaciones e impactos jurídicos. En consecuencia, también es evocable, como el crisol a partir del cual se gestan y transfiguran –muchas veces en forma inopinada– una variada gama de instituciones jurídicas, tanto para las potencias o regiones económicas que conforman los grandes centros de poder en el mundo, como para las naciones o regiones económicas periféricas.⁽⁴⁷⁾

Del mismo modo, es necesario reiterar acá la vigencia de los factores económicos en la configuración actual del Derecho Internacional, a partir de un contexto multidimensional y en lo que respecta a la participación de los Estados. Solo así se puede entender la

⁽⁴⁷⁾ Precisamente un modelo jurídico «especial» es el que encontramos en el caso de la solución de controversias entre inversionistas y Estados, tal como éste se viene dando en la actualidad, a partir de los diversos tratados y acuerdos internacionales que le otorgan base jurídica. El modelo en mención es «*sui generis*», debido a su carácter asimétrico y en orden a que escapa al molde jurídico tradicional de la solución de controversias entre Estados, basado éste en la inmunidad soberana estatal y permitiendo que el inversionista pueda «demandar» al Estado, por la vulneración de las disciplinas del Derecho Internacional de las Inversiones contenidas en el tratado o acuerdo específico. Para el caso de América Latina, esto supone una nueva etapa y la superación de buena parte de la dogmática que inspiraba a la Doctrina CALVO. La doctrina CALVO se basa en el principio de igualdad y sujeción de los extranjeros a la jurisdicción doméstica renunciando a la protección diplomática de su Estado de origen. Según BRUNO, es un indicador del declive del modelo «estadocéntrico», surgiendo como una respuesta al Derecho Internacional Consuetudinario referente a las disciplinas de la responsabilidad de los Estados, que imperaban en el siglo XIX, en lo relativo al tratamiento a los extranjeros y presentándose así como una alternativa jurídica para prevenir la ejecución de las políticas «predatorias» de la llamada «gunboat diplomacy», inspiradas éstas en el uso de la fuerza y ejercidas principalmente por los Estados poderosos sobre los débiles, como secuela e incluso como parte de las prácticas coloniales provenientes de siglos pasados, aplicadas indiscriminadamente en la protección de sus ciudadanos en el extranjero; ver BRUNO, Roberto, «Access of Private Parties to international Dispute Settlement: A Comparative Analysis», en Jean Monnet Center, NYU School of Law, en <http://www.jeanmonnetprogramm.org/papers/97/97-13.html>; ver también: CREMADES, Bernardo, «Disputes Arising out of Foreign Direct Investment in Latin America: A New Look at the Calvo Doctrine and Other Jurisdictional Issues», en www.aryme.com.

concepción y puesta en práctica de los modelos jurídicos domésticos e internacionales, atendiendo además al rol creciente de las Empresas Transnacionales,⁽⁴⁸⁾ de las Organizaciones no Gubernamentales, de las Instituciones Internacionales y ante la participación también creciente de muy diversos actores,⁽⁴⁹⁾ que hoy cuentan con presencia y capacidad de influencia en la escena internacional.

En efecto, esto se debe a que la última globalización, a diferencia de las anteriores y en lo que concierne a los clásicos conceptos que venían caracterizando al Estado-Nación, muestra un innegable desplazamiento del «Estadocentrismo tradicional», de raigambre netamente «westfaliana», que se expresa diacrónicamente en la pérdida, transferencia y transfiguración del poder estatal. Esto ocurre ante determinadas circunstancias previstas por el Derecho Internacional de las Inversiones y específicamente, en lo que concierne a la solución de controversias entre inversionistas extranjeros y Estados receptores de inversión.⁽⁵⁰⁾

Pero de otro lado, por contraste y aunque parezca contradictorio con lo antes expuesto, en la actualidad y al igual que durante los siglos pasados, persiste la necesidad de tener en cuenta y recurrir a los Estados, como actores principales en la articulación de los «elementos ordenadores» del Orden Económico Internacional. Esto fluye de una conjunción de consideraciones de Derecho Público, que

(48) Cfr. KELLEY, Glen, «Multilateral Investment Treaties: A Balanced Approach to Multinational Corporations», en *Columbia Journal of Transnational Law*, 39, 2001, Colum. J. Transnat'l L. 483.

(49) Dando lugar, por ejemplo, a la «stakeholder democracy», ver DODDS, Felix, «Stakeholder Democracy», en *Institutions for Sustainable Development*, <http://www.iigov.org>.

(50) Lo «westfaliano», en alusión a la Paz de Westfalia, que en Europa dio lugar a los tratados que pusieron término a la guerra de los Treinta Años en 1648 y que a su vez sentaron las bases para la concepción «moderna» del Estado Nación, circunscrito éste a un espacio territorial y población específicos, sobre los cuales el Estado ejerce poder, en forma exclusiva, excluyente y soberana, a partir de sus funciones legislativas, judiciales y ejecutivas. Cfr. FALK, Richard, «The Post Westphalia Enigma», en *Global Governance in the 21st Century: Alternative Perspectives on World Order*, Hettne, Björn, Odén, Bertil, Almkvist & Wiksell International, Stockholm, 2002, p. 158.

tampoco son soslayables en el momento actual; en particular, ante la gama de factores de exclusión⁽⁵¹⁾ que también acompañan a las dinámicas de la última globalización.⁽⁵²⁾ De lo contrario; es decir, en caso de no tener en cuenta la relevancia de los Estados soberanos en el contexto global, la posibilidad de aspirar a lograr en un futuro la consistencia del Estado de Derecho en el concierto internacional, deviene simplemente en un imposible jurídico y fáctico.

En adición a esta perspectiva referida a la actuación del Estado y que se presenta mediante una compleja combinación de factores, especialmente a partir de la mutabilidad de los escenarios de la globalización y ante la evolución constante de las instituciones jurídicas internacionales, apreciamos que junto con el Orden Económico Internacional, los modelos de integración económica y comercial, como los TLCs y los TBIs; ocupan un espacio relevante y se proyectan desde sus respectivos regionalismos, pero siempre incardinados con procesos históricos, sociales y jurídicos, inherentes a cada realidad geoestratégica en particular.⁽⁵³⁾

3. EL «CAMPO DE BATALLA GLOBAL» DE LA INVERSIÓN Y LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO

Exactamente 150 Estados, de los 189 que comprende el sistema internacional de las Naciones Unidas, están calificados como países

(51) Refiriéndose a América Latina, «la CEPAL (1990) destacó que en la región no había un solo país que hubiera logrado simultáneamente el crecimiento económico y la equidad. Por ello algunos analistas plantean que los países de la región pueden tener una «elevada tolerancia social para la desigualdad» (...), en www.agendaperu.org.pe/pdfs/pub-04.pdf.

(52) Cfr. ORTIZ DE ZEVALLOS, Felipe, «La Era Global», en *Revista Themis* 42, 2001, p. 227.

(53) Por ejemplo, el origen de la actual Unión Europea tiene determinadas características históricas, a partir del interés común de Francia y Alemania para explotar racionalmente los yacimientos de carbón ubicados en la línea fronteriza de ambos países, a lo que se suma la corriente ideológica federalista europea, que se desarrolló con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, entre muchos otros factores, que desembocaron en la decisión política que permitió iniciar el proceso de integración en los años cincuenta del siglo XX.

«en vías de desarrollo», ya sea que se trate de países de «ingresos bajos» o «medios» y de conformidad con la nomenclatura que al respecto maneja el Banco Mundial. En consecuencia, los países «en vías de desarrollo» son la gran mayoría en el contexto internacional y dependen principalmente de tres fuentes de ingreso de capital: la inversión extranjera directa, los mercados privados de capitales y la cooperación extranjera para el desarrollo. Esto se da en un contexto global que se caracteriza por concentrar el mayor volumen de renta producida a partir de la inversión, en la minoría de países «desarrollados».⁽⁵⁴⁾

Respecto de este universo de países en vías de desarrollo, en la coyuntura producida entre los años 1990 y 1999, la cooperación extranjera para el desarrollo disminuyó de 56 a 52 billones de dólares, mientras que la inversión extranjera directa se multiplicó por ocho, llegando a los 192 billones en 1999. La década de los años noventa es paradigmática, pues señala el inicio de la última globalización, en los términos ya referidos líneas arriba.

De otro lado, la inversión de capitales con origen en los mercados internacionales se duplicó, llegando a los 47 billones durante el mismo año. Estas cifras demuestran la mayor relevancia que tiene para los países en vías de desarrollo la inversión extranjera directa; en especial, en lo que concierne al peso económico de ésta frente a las demás fuentes de ingreso de capital;⁽⁵⁵⁾ implicando esta relevancia la necesidad de que estos países cuenten con los medios jurídicos e institucionales domésticos e internacionales, para consolidar el flujo de inversión de y hacia sus territorios.⁽⁵⁶⁾ El Banco Mundial grafica la evolución de la inversión extranjera directa recibida por los países «en vías de desarrollo», de la siguiente manera:⁽⁵⁷⁾

⁽⁵⁴⁾ Cfr. KELLEY, *Ibid.*, p. 498.

⁽⁵⁵⁾ *Ibid.*

⁽⁵⁶⁾ UNCTAD informa que en los años noventa creció significativamente el número de países en vías de desarrollo como «exportadores» de capital hacia otros países en vías de desarrollo, cfr. UNCTAD, «World Investment Report», The Shift Towards Services, United Nations, United Nations Publication, ISBN 92-1-112644-4, Switzerland, 2004, p. 20.

⁽⁵⁷⁾ THE WORLD BANK GROUP, Private Sector Development Vice Presidency (2004), Public Policy for the Private Sector, FDI Trends, September 2004, Note No. 273, p. 2.

Como se puede ver, las estadísticas sobre la evolución de la inversión extranjera directa para el período 1990 a 1999, ofrecían un panorama alentador, ya que se trataba de los mejores años de expansión de la inversión, tal como aparece en el gráfico que ofrece el Banco Mundial.

Frente a esta perspectiva global, cabe citar también la perspectiva que ofrece la Comisión Económica para América Latina de las Naciones Unidas, con el gráfico que sigue a continuación, en lo referente a los ingresos de inversión extranjera directa para el caso de América Latina y el Caribe, hasta el año 2003:⁽⁵⁸⁾

REGULACIÓN NACIONAL DEL ARBITRAJE Y LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK

BERNARDO M. CREMADES (*)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. *Ámbito de aplicación de la CNY.* 2.1. *Laudo extranjero.* 2.2. *Carácter comercial de la disputa.* 3. *El convenio arbitral.* 3.1. *Arbitrabilidad del objeto del litigio.* 3.2. *Autonomía de la voluntad.* 3.2.1. *Forma escrita del convenio arbitral.* 3.2.2. *Consentimiento.* 3.2.3. *Capacidad.* 4. *Normas aplicables al procedimiento de ejecución.* 5. *Causas denegatorias del reconocimiento y ejecución.* 5.1. *Causas que deben ser alegadas exclusivamente a instancia de parte.* 5.1.1. *Inexistencia o invalidez del convenio arbitral.* 5.1.2. *Imposibilidad de una de las partes de hacer valer sus pretensiones.* 5.1.3. *Incongruencia de la sentencia arbitral.* 5.1.4. *Irregularidades en la constitución del tribunal o del procedimiento arbitral.* 5.1.5. *No obligatoriedad, anulación o suspensión de la sentencia arbitral.* 5.2. *Causas que pueden apreciarse de oficio.* 6. *Conclusión.*

1. INTRODUCCIÓN

Las normas reguladoras del arbitraje comercial internacional operan tanto a nivel autónomo, a través de las diferentes legislaciones nacionales, como en el ámbito convencional. Dentro del régimen convencional, la Convención de Nueva York de 10 de junio de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extran-

(*) Senior partner, B. Cremades y Asociados; Presidente de la Corte Española de Arbitraje, España.

jeros⁽¹⁾ (en adelante 'la CNY') es sin duda la de mayor aceptación y vocación universal.

Con independencia de la prevalencia del régimen de la CNY sobre la legislación doméstica de sus Estados miembros, el régimen convencional y el autónomo constituye un entramado en el que uno y otro se encuentran interrelacionados, desde el reconocimiento y ejecución del convenio arbitral hasta la ejecución de la sentencia que dicte el tribunal arbitral. Las particularidades de cada ley nacional impidieron que durante la negociación de la CNY se acordase un texto completo y uniforme, quedando ciertas cuestiones remitidas a las legislaciones de los Estados Contratantes.

La CNY sólo regula el reconocimiento de laudos extranjeros, es decir, sentencias arbitrales que no sean consideradas nacionales en el Estado en que se pide su reconocimiento y ejecución. Asimismo, los Estados pueden delimitar el ámbito de aplicación de la CNY, mediante la formulación de la denominada *reserva comercial*, en virtud de la cual el Estado sólo aplicará la CNY respecto de laudos extranjeros surgidos de disputas consideradas como comerciales por su Derecho interno.

Respetando la realidad y tradición jurídica de los Estados, la CNY tiene como objetivo el establecimiento de reglas transnacionales que favorezcan la libre circulación de sentencias arbitrales y el establecimiento de otras medidas que puedan acrecentar la eficacia del arbitraje.⁽²⁾ Esta vocación de la CNY se manifiesta particularmente en la obligación que los Estados parte tienen de reconocer y ejecutar el convenio arbitral.

La creciente aceptación del arbitraje por los Estados, desde la aprobación de la CNY en 1958, ha supuesto la incorporación en las

(1) United Nations, *Treaty Series*, vol. 330, p. 3.

(2) Acta Final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional, Nueva York, 20 de mayo-10 de junio de 1958, Doc. E/CONF.26/8-Texto de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras aprobado por el Comité de Redacción el 9 de junio de 1958 (9 de junio de 1958).

legislaciones nacionales de criterios que, en ocasiones, serán más progresistas que los establecidos en el propio texto de la CNY. Por ejemplo, en relación con el requisito de forma escrita del convenio arbitral, algunos Estados han adecuado su ley a la realidad del comercio internacional y al creciente desarrollo de las nuevas tecnologías. Dejando protagonismo y cierta discrecionalidad a la ley nacional, la incorporación de ésta obligación para los Estados supone un claro reconocimiento, por parte de los Estados contratantes, del arbitraje como método para la resolución de disputas en el comercio internacional. Así, el convenio arbitral aparece en la CNY configurado como fruto de la autonomía de la voluntad, que el juez nacional podrá sólo desatender si hubiese mediado algún vicio de forma o del consentimiento en la formalización de dicho negocio jurídico.

La vocación universal de la CNY no abarca todas las cuestiones relacionadas con el reconocimiento y la ejecución de la sentencia arbitral. En relación con el procedimiento para el reconocimiento y la ejecución, la CNY no establece un modelo o normas al respecto, sino que éste se llevará a cabo de acuerdo con la ley de procedimiento vigente en el Estado en donde se pretenda la ejecución. Por lo tanto, la CNY simplemente establece la obligación para los Estados de reconocer la autoridad del laudo arbitral, dejando las particularidades del procedimiento de reconocimiento y ejecución al amparo de la ley nacional. Esta remisión al régimen autónomo explica que en algunos Estados, el reconocimiento sea automático, mientras que en otros, la ley requiera el previo reconocimiento o *exequatur* del laudo arbitral, como es el caso de España.

La ley nacional será también decisiva en relación con los parámetros de reconocimiento establecidos en la CNY. Las siete causas por las que puede el juez nacional denegar el reconocimiento y la ejecución, establecidas en el artículo V de la CNY, hacen una remisión directa a la legislación de la sede o del Estado requerido.

La relevancia de la ley nacional en el régimen de la CNY, y las diferencias en el grado de aceptación del arbitraje por parte de los Estados parte, han impulsado a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ('CNUDMI') a la prepara-

ción de textos armonizadores en materia arbitral. La Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional (la 'Ley Modelo' en lo sucesivo) constituye el ejemplo más notable.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA CNY

2.1. Laudo extranjero

El sistema de reconocimiento y ejecución de la CNY es sólo de aplicación a sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto en el que se pide el reconocimiento; o a aquellas sentencias «... que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución ...» (artículo I (1) de la CNY).

En la práctica, este artículo ha permitido a los Estados cierta discrecionalidad a la hora de decidir qué laudos pueden beneficiarse del régimen de la CNY. Mientras que el laudo extranjero está sometido al régimen de la CNY, el laudo doméstico queda fuera de su ámbito de aplicación.

En el conocido caso *Bergesen c. Joseph Muller Corp.*,⁽³⁾ un tribunal de apelación de Nueva York calificó como extranjero un laudo dictado en esa misma ciudad, en relación con una disputa gobernada por la ley del Estado de Nueva York, sobre la base de que ambas partes eran extranjeras (una sociedad suiza y un armador noruego). Varios casos en los Estados Unidos han seguido la línea jurisprudencial de *Bergesen*, declarando extranjeros sentencias arbitrales dictadas en el mismo Estado en el que se solicitaba el reconocimiento o cuando la disputa que originó el arbitraje provenía de un contrato entre partes de nacionalidad americana pero cuyo cumplimiento debía llevarse a cabo en el extranjero.⁽⁴⁾ En este mismo sentido, la Ley de Arbitraje

⁽³⁾ *Bergesen v. Joseph Muller AG*, 701 F2d 928, IX YBCA 487 (1984).

⁽⁴⁾ En el caso *Lander Co. c. MMP Inv., Inc.*, 107 F. 3d 476, 481 (7th Cir. 1997) un tribunal federal consideró que un laudo dictado en Estados Unidos, en el que ambas partes eran de nacionalidad americana, relativo a la ejecución de un contrato en el extranjero, podría beneficiarse del régimen de reconocimiento y ejecución establecido en la CNY.

Federal considera como extranjeros aquellos laudos que, aún refiriéndose a disputas comerciales entre ciudadanos americanos, afecten a propiedad situada en el extranjero, al cumplimiento de obligaciones contractuales cuya ejecución deba efectuarse en el extranjero, o cuando la disputa tuviese alguna otra conexión razonable con uno o más Estados extranjeros.

A pesar de la distinción que la CNY efectúa entre laudos nacionales y extranjeros, la separación en Europa Occidental de ambos conceptos está perdiendo la importancia que tradicionalmente ha supuesto. Las legislaciones de Holanda, Inglaterra, Alemania y Suecia son de aplicación tanto a laudos domésticos como extranjeros. En este mismo sentido, el propio *Reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (1998)* establece que, junto a las controversias de carácter internacional,

... la Corte proveerá asimismo la solución mediante arbitraje, de conformidad con el Reglamento, de las controversias que no revistan un carácter internacional, surgidas en el ámbito de los negocios, cuando exista un acuerdo de arbitraje que así la faculte.⁽⁵⁾

Otros países, en particular los Estados Latinoamericanos, han optado por una concepción más restrictiva de laudo extranjero, considerando como doméstico todo laudo que haya sido dictado dentro de su territorio, independientemente de la nacionalidad de las partes. Las leyes de Nicaragua, Paraguay y Uruguay constituyen el ejemplo más notorio. En otros países, como Argentina o Chile, el laudo será considerado extranjero si ha sido dictado en un arbitraje con sede en el extranjero.

El ámbito de aplicación restrictivo de la CNY a laudos dictados en el extranjero, con independencia de la nacionalidad de las partes, queda en cualquier caso compensado en los supuestos en que la ley nacional ha incorporado los criterios de denegación del reconocimiento y la ejecución recogidos en la Ley Modelo, cuyo artículo 36

⁽⁵⁾ Artículo 1 (1) del Reglamento de Arbitraje de la ICC (1998).

establece unas causas tasadas, con independencia del país en que haya sido dictado el laudo.

En España, la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (la *Ley de Arbitraje* en lo sucesivo) define laudo extranjero como aquel «... pronunciado fuera del territorio español ...»; por lo que la determinación de la sede del arbitraje es la que decide el carácter nacional o extranjero del laudo.⁽⁶⁾

2.2. Carácter comercial de la disputa

El artículo I (3) de la CNY, permite a los Estados reservar el ámbito de aplicación de la CNY a «... *litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas como comerciales por su derecho interno ...*». Si este fuese el caso, la CNY sólo será aplicable, para el Estado parte de que se trate, a las disputas que tengan la consideración de comerciales de acuerdo con su Derecho interno. Se trata de la denominada reserva comercial, para cuya delimitación habrá ineludiblemente de acudir al Derecho interno de cada país, que será el que establezca qué relaciones jurídicas son comerciales y cuales no.

Más de 40 Estados han recurrido a la denominada reserva comercial, en los que la propia ley nacional proporcionará la definición de lo que constituye una disputa de carácter comercial.

Ante la posibilidad de diferentes criterios de apreciación en la definición de disputa comercial, la Ley Modelo ofrece criterios armonizadores, otorgando una interpretación amplia del término *comercial*, con el fin de abarcar el mayor número de cuestiones que puedan plantearse en el ámbito de las relaciones de índole comercial, contractual o no.⁽⁷⁾

⁽⁶⁾ Ver Artículos 26.1 y 37.5 de la Ley de Arbitraje.

⁽⁷⁾ El artículo 1(1) de la Ley Modelo establece que «... *las relaciones de índole comercial comprenden las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro («factoring»), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra («leasing»), construcción de obras, consultoría, ingeniería,*

3. EL CONVENIO ARBITRAL

El convenio arbitral es la piedra angular del arbitraje, el cual nace como consecuencia de la autonomía de la voluntad de las partes, dentro de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico. Aunque el título de la CNY se refiera específicamente al reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros, su artículo II regula el reconocimiento y la ejecución del convenio arbitral, requiriendo a los Estados parte que reconozcan el convenio arbitral, siempre y cuando se cumplan determinadas condiciones. El objetivo de este artículo fue la erradicación de la hostilidad de la ley nacional hacia el arbitraje, relacionada con la visión de que el arbitraje implicaba una interferencia directa con la potestad exclusiva de administración de justicia por parte de jueces y tribunales.

El artículo II (1) de la CNY requiere a los Estados parte que reconozcan el convenio arbitral siempre y cuando se refiera «... *a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje*», entendiéndose la CNY que ciertas disputas no podrán ser sometidas a arbitraje por consideraciones de orden público del Estado requerido.

En lo que a la forma se refiere, el artículo II (2) de la CNY requiere que éste conste por escrito, entendiéndose satisfecho este requisito cuando el convenio esté incluido «... *en un contrato o compromiso, firmado por las partes o contenido en un canje de cartas o telegramas ...*».

Por su parte, el artículo II (3) de la CNY establece que

... el Tribunal de uno de los Estados contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.

concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera».

Por lo tanto, el demandado ante los tribunales del Estado Contratante de que se trate podrá, mediante el ejercicio de la oportuna excepción procesal, solicitar que el juez nacional decline su jurisdicción y remita a las partes al arbitraje que han acordado, previo examen por parte del juez de la validez, eficacia y aplicabilidad del convenio arbitral. Sin embargo, la CNY no hace remisión alguna a la ley que deba determinar la validez y eficacia del convenio arbitral, por lo que ésta será enjuiciada teniendo en cuenta la ley aplicable a cada uno de sus elementos: consentimiento, objeto y causa.

Arbitrabilidad y autonomía de la voluntad son dos pilares fundamentales del arbitraje que no pueden entenderse el uno sin el otro. El primero hace alusión al conjunto de materias que los Estados permiten que sean decididas mediante arbitraje; en general, por referirse a cuestiones de libre disposición para las partes. El segundo, lo constituye el consentimiento necesario de las partes para otorgar jurisdicción al tribunal arbitral.

3.1. Arbitrabilidad del objeto del litigio

El convenio arbitral sólo será válido si se refiere a aquellas materias sobre las que las partes tengan libre disposición, y aquellas cuestiones sobre las que las partes puedan renunciar. Es así que en España, el artículo 2 de la Ley de Arbitraje define el convenio arbitral, entendiéndolo éste como aquel por el que las partes someten a arbitraje «... *las controversias sobre materias de libre disposición conforme a Derecho ...*».

La arbitrabilidad de una disputa es una cuestión que podrá ser examinada tanto en la fase pre-arbitral, durante el desarrollo del arbitraje, si se ha solicitado al juez nacional la adopción de determinadas medidas cautelares; o en ejecución de la sentencia arbitral, por los órganos jurisdiccionales ante los que se pide el reconocimiento o la ejecución.

En la fase pre-arbitral, el artículo II (1) de la CNY permite al juez nacional del Estado requerido, ante el que se ha interpuesto declinatoria de jurisdicción, por existencia de un convenio arbitral entre las partes, afirmar su jurisdicción y denegar el reconocimiento

del convenio arbitral, cuando la materia objeto de la disputa no pueda ser resuelta por arbitraje. En este caso el juez nacional considerará que, en su ordenamiento jurídico, el convenio arbitral es inexistente o nulo por no ser la controversia susceptible de ser decidida en un arbitraje.

La falta de remisión, en el artículo II (1) de la CNY, a la ley aplicable a la arbitrabilidad de la materia, constituye una laguna legal que ha supuesto reacciones divergentes por parte de los órganos jurisdiccionales de los Estados Contratantes.⁽⁸⁾ En algunas ocasiones, el juez nacional se ha remitido a la ley del foro, mientras que en otras, la ley aplicada por el juez para determinar si la controversia era o no arbitrable ha sido la ley elegida por las partes para regular el convenio arbitral, la ley aplicable al contrato principal o la ley de la sede.⁽⁹⁾

El artículo V (2) (a) de la CNY ha ofrecido, en ocasiones, los parámetros necesarios para determinar la ley aplicable a la arbitrabilidad de la disputa. En virtud de dicho artículo, el juez nacional podrá, de oficio, comprobar y en su caso denegar el reconocimiento de un laudo extranjero que, según su ley nacional, se refiera a una materia no susceptible de solución por vía de arbitraje. Aunque dicho precepto se refiere exclusivamente al reconocimiento del laudo arbitral, la remisión hecha a la ley nacional del Estado requerido ha servido como parámetro para cubrir la laguna existente en el artículo II (1) de la CNY.

Algunos países, han optado por establecer expresamente en su legislación, la ley aplicable a la arbitrabilidad. En España, el artículo 9.6 de la Ley de Arbitraje remite expresamente a las normas que las partes hayan elegido para regir el convenio arbitral, a la ley aplicable al fondo o al Derecho español, para determinar qué reglas gobernarán la validez del convenio arbitral y la susceptibilidad de la controversia de ser sometida a arbitraje:

(8) Julian D.M. LEW, Loukas A. MISTELIS, Stefan M. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, pp. 190-194.

(9) Mare BLESSING, «The Law Applicable to the Arbitration Clause and Arbitrability», *ICCA Congress Series* No. 9, 1999, p. 168.

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

Este precepto será de aplicación a los arbitrajes internacionales que, en virtud del artículo 3 de la Ley de Arbitraje, serán aquellos en los que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- (i) que en el momento de celebración del convenio arbitral, las partes tuviesen su domicilio en Estados diferentes;
- (ii) que el lugar del arbitraje, el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar con el que ésta tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del territorio español; o
- (iii) que la relación jurídica subyacente afecte a intereses de comercio internacional, criterio éste que habrá de verificarse caso a caso.

3.2. Autonomía de la voluntad

El convenio arbitral es un negocio jurídico, fruto de la autonomía de la voluntad de las partes, por lo que deberá expresar la voluntad de éstas de someter a arbitraje la solución de todas las cuestiones litigiosas o de algunas de estas cuestiones que se hayan planteado o que puedan plantear respecto de una determinada relación jurídica.

Configurado como un contrato, el convenio arbitral requiere consentimiento y objeto cierto que sea materia arbitral, así como el cumplimiento de determinados requisitos formales.

3.2.1. Forma escrita del convenio arbitral

El requisito de forma escrita establecido en la CNY debe entenderse como un estándar máximo, que las legislaciones nacionales no deben rebasar. Es decir, cualquier convenio arbitral que reúna los

requisitos de forma escrita establecidos en la CNY, deberá ser reconocido en el Estado parte de que se trate, independiente de los estándares más estrictos que establezca la ley de dicho foro.

Sin embargo, podría darse la circunstancia de que se pretenda el reconocimiento y ejecución de un laudo en un Estado parte que, a pesar de cumplir los requisitos de forma requeridos por la legislación local, no cumple con las exigencias establecidas en la CNY. En España, por ejemplo, la Ley de Arbitraje sigue un criterio antiformalista, permitiendo diversas modalidades de constancia escrita para el convenio arbitral, considerándose cumplido éste requisito cuando el convenio arbitral conste en soportes electrónicos u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo.⁽¹⁰⁾

Con la modernización y liberalización de las distintas leyes de arbitraje, la interpretación en sentido estricto del requisito de forma establecido en la CNY, podría entenderse como un obstáculo a la posibilidad de que un convenio arbitral que no cumpla los requisitos formales de la CNY, pero sí las formalidades exigidas por la ley del Estado en el que se pretenda su reconocimiento, no pueda beneficiarse del régimen establecido por la CNY. Sin embargo, nada impide que la parte que pretenda el reconocimiento y la ejecución pueda acudir simultáneamente del régimen autónomo y al convencional. De hecho, la propia CNY, incorpora en su artículo VII (1) el principio de la «disposición más favorable»,⁽¹¹⁾ permitiendo a la parte interesada acudir al régimen autónomo o convencional que sea más favorable para el reconocimiento y la ejecución.

La coordinación entre la CNY y las legislaciones nacionales no es sólo posible, sino necesaria.⁽¹²⁾ El objetivo de la CNY es facilitar la

⁽¹⁰⁾ Artículo 9 de la Ley de Arbitraje.

⁽¹¹⁾ El artículo VII (1) de la CNY establece que las disposiciones de la CNY no «...privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudieran tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país en donde dicha sentencia se invoque...».

⁽¹²⁾ Emanueld GAILLARD, John SAVAGE (ed.) *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, 1999, §271, p. 137.

ejecución de laudos arbitrales en el ámbito internacional. Por lo tanto, la interpretación del artículo VII (1) de la CNY debería permitir una remisión fragmentada al ordenamiento jurídico más favorable, pudiéndose aplicar leyes nacionales de manera parcial que favorezcan el reconocimiento y ejecución. Así, el juez nacional, a instancia de la parte que solicite el reconocimiento, aplicará la norma que facilite el reconocimiento y la ejecución, pudiendo la parte interesada recurrir al texto que resulte más favorable.

Las inquietudes que ha suscitado el artículo II de la CNY han llevado a la CNUDMI a encomendar al Grupo de Trabajo de Arbitraje

... el estudio de la conveniencia de preparar directrices o notas prácticas a fin de que las partes en transacción internacional sean conscientes de que, en ciertas circunstancias de hecho pueden surgir problemas de forma que afecten negativamente la aplicación de la Convención de Nueva York con respecto al reconocimiento del Acuerdo de Arbitraje y a la ejecución de laudos arbitrales ...⁽¹³⁾

Actualmente el Grupo de Arbitraje de CNUDMI ha tomado ya iniciativas en relación con el significado y el efecto de la disposición relativa al derecho más favorable del artículo VII de la CNY; y en relación con la interpretación del párrafo (2) del artículo II de la CNY, pero todavía no se ha adoptado ningún texto vinculante o definitivo por parte de Naciones Unidas.⁽¹⁴⁾

⁽¹³⁾ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en el Trigésimo Segundo Período de Sesiones de marzo del 2000.

⁽¹⁴⁾ Las iniciativas de CNUDMI se han centrado en la elaboración y estudio de (i) un proyecto de disposición legislativa modelo por el que se revisa el párrafo 2 del artículo 7 de la Ley Modelo; y (ii) un proyecto de instrumento interpretativo del párrafo 2) del artículo II de la CNY. Ver Nota de la Secretaría, Viena, 2004, documento de Naciones Unidas A/CN.9/WG.II/WP.132. Asimismo, la CNUDMI ha elaborado un Proyecto de Convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en el contexto de los contratos internacionales, que será sometido a su aprobación en el período de sesiones que se celebrará en Viena, en julio de 2005.

3.2.2. *Consentimiento*

Si el convenio arbitral ha sido constatado por escrito, el consentimiento será generalmente considerado como válidamente manifestado, todo ello sin perjuicio de la existencia de vicios del consentimiento que puedan existir como en cualquier otra relación contractual. El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que ha de constituir el contrato de arbitraje. El convenio arbitral deberá expresar la voluntad de las partes de someterse a arbitraje.

En virtud del artículo II (3) de la CNY, el juez nacional al que se someta un litigio respecto del cual las partes han concluido un convenio arbitral, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de cualquiera de las partes, a menos que el negocio jurídico que constituye el convenio arbitral no sea válido, por existir algún vicio en el consentimiento de las partes de someter la disputa a arbitraje.

3.2.3. *Capacidad*

La ley nacional será relevante para establecer la capacidad de las partes para concluir el convenio arbitral, ya que ésta se va a regir por la ley aplicable a las partes. La regla general es que cualquier persona natural o jurídica que tenga la capacidad necesaria para obligarse contractualmente, tendrá la capacidad necesaria para concluir válidamente un convenio arbitral. A excepción de las restricciones existentes en algunas jurisdicciones de protección a los consumidores, las diferentes leyes nacionales raramente imponen restricciones a la capacidad de las personas para formalizar un convenio arbitral.

4. **NORMAS APLICABLES AL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN**

La CNY no establece normas en lo relativo al procedimiento de reconocimiento y ejecución, sino que el artículo III (1) parte de la idea de que éste se efectúe «... *de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada ...*». Por lo

tanto, la CNY efectúa una remisión en bloque a las normas internas del Estado parte requerido.

Obedeciendo al propósito de facilitar y agilizar la ejecución del laudo, el artículo IV de la CNY requiere únicamente que para iniciar el procedimiento de reconocimiento y ejecución se presente (i) el laudo arbitral original o copia debidamente legalizada; y (ii) el acuerdo arbitral original o copia legalizada. Asimismo, deberá acompañarse una traducción jurada de ambos documentos en el idioma del Estado requerido.

Una vez cumplidos estos requisitos de forma, se pondrá en funcionamiento el procedimiento judicial interno del Estado requerido. Este aspecto no viene regulado en la CNY, ya que su artículo III (1) parte de la idea de que el procedimiento de reconocimiento y ejecución se lleve a cabo de conformidad con la legislación del Estado requerido; no pudiendo, sin embargo, ser los requisitos impuestos más onerosos que los aplicables al reconocimiento y ejecución de sentencias nacionales.

En España, el título IX de la nueva Ley de Arbitraje hace referencia explícita a la CNY en la regulación del exequátur de laudos extranjeros. Asimismo, y aunque el título VIII de la nueva Ley de Arbitraje está dedicado a la ejecución forzosa del laudo, es la Ley de Enjuiciamiento Civil la que establece y configura todo el procedimiento, ya que la Ley de Arbitraje únicamente regula la posibilidad de ejecución forzosa del laudo, mientras se encuentre pendiente el procedimiento en que se ejercite la acción de anulación. De este modo, el legislador español ha optado por una fórmula que otorgue ejecutoriedad al laudo aunque se encuentre pendiente de anulación.

En la práctica, a la hora de configurar el procedimiento de ejecución, el Estado requerido deberá tener en cuenta que los principios de presunción de legalidad del arbitraje y de veracidad del laudo arbitral, tal y como lo reconoce la CNY, implican la inversión de la carga de la prueba para la parte que pretenda impugnar la ejecución. Por lo tanto, una vez cumplidos los requisitos formales y presentados todos los documentos a que se refiere el artículo IV de la

CNY, corresponderá a la parte contra la que se ejecuta el laudo oponerse a la ejecución y probar que dicho laudo se encuentra incurso en alguna de las causas de denegación del reconocimiento establecidas en el artículo V de la CNY.

5. CAUSAS DENEGATORIAS DEL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN

Las excepciones que puede invocar la parte que se opone a la ejecución de un laudo son limitadas y taxativas, lo que refrenda los principios de seguridad jurídica y ausencia de revisión en cuanto al fondo, que se encuentran presentes en la CNY. De esta manera, se conserva la independencia del arbitraje, limitando «la intromisión» de los órganos jurisdiccionales del Estado requerido, ya que el juez nacional deberá respetar la decisión de los árbitros expresada en el laudo, aunque ésta ofrezca un resultado o consecuencia jurídica distinta a la que se hubiese adoptado según la legislación del Estado requerido.

La relevancia de la ley nacional se pone especialmente de manifiesto en las causas denegatorias del reconocimiento y ejecución establecidas en la CNY. El reconocimiento y ejecución del laudo requiere un examen o control previo por parte del juez nacional, tendente a examinar, en orden cronológico, que se han cumplido todas las formalidades que permitan su ejecución. Dicho control comenzará por el examen de la validez del convenio arbitral, la constitución del tribunal, el respeto a los derechos y garantías procesales para las partes, la adecuación a las normas procedimentales aplicables; y finalmente, la no contravención del orden público del Estado requerido.

Sin embargo, el control que efectúe el juez nacional se encuentra delimitado por las causas que aparecen específicamente tasadas en la CNY, pero que en varios aspectos remiten a la ley nacional. Entre éstas causas, el artículo V de la CNY distingue entre aquellas que deben ser alegadas exclusivamente a instancia de parte; y aquellas que debe apreciar, de oficio, el juez ante el que se invoca la ejecución del laudo.

5.1. Causas que deben ser alegadas exclusivamente a instancia de parte

La parte contra la que se pretenda ejecutar el laudo podrá oponerse al reconocimiento y la ejecución del laudo si prueba la existencia de alguna de las siguientes circunstancias: (i) inexistencia o invalidez del convenio arbitral; (ii) falta de notificación de la designación del árbitro o del procedimiento arbitral; (iii) limitación de los medios de defensa; (iv) incongruencia del laudo; (v) incumplimiento de la normativa aplicable a la constitución del tribunal arbitral; o (vi) anulación o suspensión del laudo arbitral por un órgano jurisdiccional de la sede.

5.1.1. Inexistencia o invalidez del convenio arbitral

El artículo V (i) (a) de la CNY establece como causa por la que se podrá, a instancia de parte, denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia arbitral, «... *que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad, en virtud de la Ley que les es aplicable ...*». Para determinar esta ley, el juez nacional podrá acudir a sus reglas de conflicto.

El mismo artículo establece como causa de denegación del reconocimiento,

... que [el convenio arbitral no sea] válido en virtud de la Ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la Ley del país en que haya dictado la sentencia.

En este caso, la ley aplicable ya ha sido fijada por las partes en virtud del principio de autonomía de la voluntad, pudiendo incluso someter el contrato principal del que se derivan las disputas a una ley y el acuerdo arbitral a otra, sin que la eventual nulidad del contrato principal afecte al convenio arbitral.

5.1.2. Imposibilidad de una de las partes de hacer valer sus pretensiones

La ley nacional entra también en juego cuando el juez nacional deba verificar si las partes pudieron hacer valer sus pretensiones

durante el procedimiento arbitral. El artículo V (1) (b) permite al juez nacional denegar el reconocimiento cuando la parte contra la que se solicita la ejecución

... no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa.

La ley nacional cobrará relevancia a la hora de analizar si se respetaron, durante el procedimiento arbitral, los principios de audiencia, contradicción y defensa, que deberán ser examinados por el juez nacional de acuerdo con los estándares del foro. En este sentido, dependiendo del país en el que se solicite el reconocimiento y la ejecución, el juez nacional será más o menos estricto a la hora de comprobar estos extremos.

Las legislaciones nacionales han adoptado, en general, una interpretación restrictiva de esta causa de denegación, de tal manera que el juez nacional procederá a efectuar un examen global de las garantías procesales durante el procedimiento arbitral, y a comprobar que se ha respetado el derecho genérico de las partes de obtener una tutela judicial efectiva.

En general, será preciso que la parte que alega la indefensión no se haya colocado ella misma en una posición que provoque la lesión a sus derechos de defensa, no haya actuado con negligencia procesal, y haya denunciado la infracción alegada en el momento procesal oportuno.

5.1.3. Incongruencia de la sentencia arbitral

El artículo V (1) (c) de la CNY establece como tercera causa de denegación del reconocimiento, «... *que la sentencia se [refiera] a una diferencia no prevista en el compromiso ...*» o en el convenio arbitral; «... *no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refiere a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras ...*».

Esta excepción al reconocimiento se refiere a aquellos casos en los que exista una incongruencia entre lo decidido en el laudo y el mandato para los árbitros establecido en el convenio arbitral, que impide a los árbitros entrar a conocer sobre controversias o asuntos no previstos en el convenio arbitral o que no hayan sido sometidos por las partes a la decisión del tribunal arbitral. Las particularidades de la ley nacional y su apreciación por parte de los tribunales del foro determinarán la flexibilidad o rigidez con que éstos interpreten esta causa de denegación del reconocimiento y ejecución.

En España, la jurisprudencia ha subrayado la flexibilidad en la apreciación de la correspondencia entre lo dispuesto en el convenio arbitral y lo decidido en el laudo. Tal y como ha señalado el Tribunal Supremo, el mandato conferido a los árbitros está determinado

... por el 'thema decidendi' establecido por la voluntad de las partes, estando ciertamente aquellos sometidos al principio de congruencia, sin que puedan traspasar los límites del compromiso resolviendo cuestión no sometida a su decisión; pero eso no implica que estén obligados a interpretarlo tan restrictivamente que se coarte su misión decisoria de conflictos de forma extrajudicial ... pudiendo reputarse comprendidas en el compromiso aquellas facetas de la cuestión a resolver íntimamente vinculadas a la misma y sin cuya aportación quedaría la controversia insuficientemente fallada ...».⁽¹⁵⁾

En general, la jurisprudencia y las diferentes legislaciones nacionales permiten al árbitro resolver cuestiones que sean consecuencia lógica de las sometidas al arbitraje. Así, en *Parsons & Whittemore Overseas Co. c. Société Generales de l'Industrie du Papier*,⁽¹⁶⁾ los árbitros concedieron daños por pérdida de producción a pesar de que éstos habían sido excluidos en el contrato suscrito por las partes. Cuando la parte condenada se opuso a la ejecución del laudo en Estados

⁽¹⁵⁾ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1982, *RJ*1982, 5573.

⁽¹⁶⁾ *Parsons & Whittemore Overseas Co. c. Société Generales de l'Industrie du Papier*, 508 F.2d 969 (2d Cir. 1974).

Unidos, el tribunal federal confirmó la sentencia arbitral alegando que no podría ni debía sustituir los juicios de valor emitidos por el tribunal arbitral.

Finalmente, en virtud del principio de conservación de los actos jurídicos, la CNY ofrece la posibilidad de ejecutar las cuestiones sometidas a arbitraje que puedan ser separadas. En éste ámbito vuelve a cobrar relevancia la ley nacional frente a las disposiciones de la CNY, que aunque no se pronuncia sobre la ley aplicable para decidir si el laudo puede dividirse en distintas partes, parece lógico que ésta será aquella que fue elegida por las partes para gobernar el procedimiento arbitral, o en su defecto, la ley de la sede; tal y como prevé la CNY para otras cuestiones.

5.1.4. Irregularidades en la constitución del tribunal o del procedimiento arbitral

Las irregularidades en «... *la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral ...*», de conformidad con «... *la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje ...*», constituirán otra causa de denegación del reconocimiento y la ejecución de la sentencia arbitral, tal y como prevé el artículo V (1) (d) de la CNY.

El protagonismo de la ley nacional frente a la CNY vuelve a ser aquí decisivo, ya que la ley aplicable al procedimiento arbitral, o su remisión a un reglamento arbitral o a otra ley nacional, será la que sirva de referencia para determinar si hubo o no irregularidades en la composición del tribunal arbitral o durante el propio procedimiento. Si las exigencias procedimentales de dicha ley o reglamento arbitral han sido satisfechas, la sentencia arbitral será reconocida en el Estado requerido, siempre y cuando no exista una violación directa del orden público del foro en el que se pretende la ejecución del laudo.

5.1.5. No obligatoriedad, anulación o suspensión de la sentencia arbitral

La *lex loci arbitri* cobra una notoria importancia en relación con ésta causa de denegación. El artículo V (1) (e) de la CNY permite al juez nacional denegar el reconocimiento de la sentencia arbitral extranjera cuando ésta

... no sea aún obligatoria para las partes o [haya] sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya Ley, ha sido dictada esa sentencia ...

Es decir, la CNY dispone que el reconocimiento o la ejecución de una sentencia arbitral podrá ser denegado si ésta no es todavía obligatoria para las partes, o si ha sido anulada por un tribunal de otro Estado que guarde relación con el arbitraje. Partiendo de la base de que el juez competente para decidir sobre la validez o nulidad de un laudo será normalmente el de la sede, el artículo V (1) (e) de la CNY plantea, en cierta medida, el problema del denominado doble *exequatur*. Aunque la CNY no requiere de manera explícita que el laudo tenga fuerza de cosa juzgada, simultáneamente en la sede y en el Estado en donde se pretende su ejecución, podría darse la circunstancia de que el juez nacional deniegue el reconocimiento de la sentencia arbitral si, conforme a la ley de la sede, el laudo carece de fuerza de cosa juzgada.

La interpretación del término «obligatoria» en el artículo V (1) (e) de la CNY ha generado numerosa jurisprudencia, a veces contradictoria, sobre si dicho concepto tiene un significado autónomo en la CNY, o si por el contrario, su interpretación debe hacerse atendiéndose a la legislación de la sede. Estados Unidos, Italia, Alemania y Bélgica parece que se decantan por una definición autónoma, mientras que en Francia, Suiza e Italia la ley del Estado en donde se originó el laudo determinará si la sentencia arbitral es obligatoria a efectos del artículo V (1) (e) de la CNY.

El caso *Chromalloy Aeroservices*,⁽¹⁷⁾ en el que se planteó el reconocimiento y ejecución en Estados Unidos de un laudo de la ICC, dictada en un arbitraje con sede en Egipto, constituye un ejemplo de la problemática surgida en torno al artículo V (1) (e) de la CNY. En *Chromalloy Aeroservices*, un tribunal de arbitraje de la ICC, con sede en Egipto, aplicando la ley de ese país, elegida por las partes en el contrato objeto de la disputa, dictó una sentencia arbitral condenando a

⁽¹⁷⁾ *Chromalloy Aeroservices c. República Árabe de Egipto*, 939 F. Supp. 907 (D.D.C. 1996).

la sociedad *Egyptian Air Force* al pago de una indemnización a una compañía estadounidense, por la rescisión unilateral, por parte de la primera, de un contrato de prestación de servicios. Posteriormente, la Corte de Apelaciones del Cairo anuló la sentencia arbitral, sobre la base de una aplicación incorrecta por parte del tribunal arbitral de la ley egipcia. Sin embargo, la compañía estadounidense inició posteriormente, ante la Corte Federal de Distrito en Washington, D.C., un procedimiento de ejecución de la sentencia que había sido anulada por los tribunales egipcios.

El juez de Estados Unidos aceptó a trámite la demanda y ordenó la ejecución de la sentencia arbitral, sobre la base del carácter condicional de las causas de denegación establecidas en el artículo V de la CNY, y del principio de conservación de ejecutoriedad del laudo establecido en el artículo VII del mismo cuerpo legal. En virtud de este artículo,

... las disposiciones de la ... CNY no ... privarán a ninguna de las partes interesadas que pudieran tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque ...

De este modo, el juez estadounidense preservó la decisión tomada por el tribunal, considerando que el Artículo V (1) (e) de la CNY permite, más no exige, denegar el reconocimiento de un laudo que concurra esta causa.

Al utilizar la CNY la palabra «podrá» en el artículo V (1) (e), en lugar de «deberá», se permite al juez nacional extraer al laudo arbitral de aquellas disposiciones de la ley de la sede que impliquen un obstáculo al reconocimiento. De este modo, y ante la presencia de un laudo anulado, se otorga al juez nacional que conozca de una solicitud de reconocimiento o ejecución la discrecionalidad de ejecutarlo o no.

En España, se considera que la exigencia de obligatoriedad ha sido satisfecha aunque la sentencia arbitral no sea firme,⁽¹⁸⁾ no sien-

(18) Auto del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1989, *vid.* N^o 1062.

do necesario que la sentencia arbitral haya obtenido en la sede una declaración judicial sobre su ejecutoriedad, salvo que dicha declaración sea necesaria para que el laudo sea vinculante para las partes. Sin embargo, la solicitud de anulación o suspensión interpuesta ante los tribunales de la sede, permitirá la suspensión del reconocimiento del laudo en España, conforme al artículo VI de la CNY, que establece que cuando se haya solicitado la anulación del laudo, la autoridad ante la cual se pretende la ejecución de dicho laudo podrá aplazar la decisión sobre su ejecución.

5.2. Causas que pueden apreciarse de oficio

El artículo V (2) de la CNY establece las causas que pueden apreciarse de oficio por el tribunal competente para conocer del reconocimiento y la ejecución, remitiéndose una vez más a la legislación de los Estados contratantes, ya que la sentencia arbitral no será reconocida en el Estado requerido si (a) la disputa a que se refiere el laudo no es arbitrable según la ley de ese Estado (artículo V (2) (a) de la CNY); y (b) si el reconocimiento o la ejecución de la sentencia contraviene el orden público de dicho Estado (artículo V (2) (b) de la CNY). En ambos supuestos, el criterio fundamental viene determinado por la ley del Estado requerido.

La remisión del artículo V (2) a la legislación nacional hace pensar directamente en el peligro que implica el hecho de que la ley interna del Estado parte sea reacia al arbitraje o establezca obstáculos a la autonomía de la voluntad de los particulares. Sin embargo, la implementación de la CNY por parte de los Estados, ha demostrado que los órganos jurisdiccionales de éstos han respondido de manera positiva al espíritu liberal de la CNY, en lugar de adoptar criterios interpretativos literales que obstaculicen el reconocimiento de laudos.

En relación con la causa de denegación del reconocimiento por no-arbitrabilidad de la controversia, la creciente aceptación del arbitraje internacional ha expandido el número de materias arbitrables en las legislaciones de los Estados miembros de la CNY. En España, por ejemplo, el artículo 2 de la nueva Ley de Arbitraje no efectúa, a diferencia de la legislación anterior, una lista de las mate-

rias que no pueden ser objeto de decisión arbitral, sino que simplemente se limita a establecer que la arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad del objeto de la disputa por las partes.

En lo referente al orden público, como causa de denegación del reconocimiento o la ejecución, el artículo V (2) (b) de la CNY parece dar «carta blanca» al juez nacional de considerar si el laudo arbitral es contrario o no del orden público del que él es garante. Sin embargo, la evolución del concepto de orden público en el arbitraje comercial internacional confirma un nuevo enfoque en los Estados contratantes del denominado «orden público del foro», como límite al reconocimiento o la ejecución de laudos extranjeros. De hecho, la aplicación de la CNY por los jueces nacionales ha resultado en el establecimiento de un «orden público internacional» como límite a la visión de orden público configurada por la legislación del foro.

En España, a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de abril de 1986, la excepción de orden público, como causa de denegación del reconocimiento, operará cuando el laudo claramente infrinja los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas por la Constitución, y en particular, cuando se haya producido indefensión de una de las partes, en contravención del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución. En este sentido «... *el orden público del foro ... ha adquirido así un contenido peculiar impregnado por las exigencias de la Constitución y, en particular ... por las exigencias que impone el art. 24 CE ...*».⁽¹⁹⁾ De esta manera, «... *el orden público procesal es el prevalente en el ámbito internacional ...*»; por lo que en España, «... *el concepto de orden público en sentido internacional ha derivado hacia un contenido netamente constitucional [orden público procesal] ...*»,⁽²⁰⁾ evitando así que «... *se puedan combatir o anular pronunciamientos del árbitro que impliquen revisar las cuestiones de fondo en las que haya laudado*».⁽²¹⁾

⁽¹⁹⁾ Antonio María LORCA NAVARRETE, *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre*, 2004, p. 446, citando a BARCALA y TRILLO-FIGUEROA y la Sentencia del Tribunal Constitucional 132/91.

⁽²⁰⁾ *Id.* citando a MARTÍNEZ-CALCERRADA y GÓMEZ.

⁽²¹⁾ *Id.*

Sin embargo, junto al orden público procesal, el orden público material operará en ocasiones como límite al reconocimiento y ejecución del laudo arbitral extranjero. La corrupción, por ejemplo, compromete al orden público de tal manera que si una parte alega como defensa la existencia de corrupción por la otra parte, y el tribunal decide no entrar a conocer sobre los actos de corrupción alegados, la parte contra la que se pretenda posteriormente ejecutar el laudo podrá oponerse alegando la excepción de orden público, al amparo del artículo V de la CNY. Así, el juez nacional llevará a cabo un control del fondo del asunto, más allá de la mera comprobación de la existencia o no de una vulneración del orden público procesal. De este modo, la alegación por una de las partes de actos de corrupción de la otra parte implicará a la postre el control por el juez nacional en la fase de ejecución o anulación del laudo, cuando el tribunal arbitral se haya abstenido de examinar los actos de corrupción alegados. En este sentido, el control ejercido por el juez nacional irá más allá del mero control del orden público procesal, entrando a considerar cuestiones de fondo, incluyendo los mismos hechos que dieron lugar a la disputa objeto del arbitraje.

El orden público internacional impone al árbitro, el deber de investigar o entrar a conocer determinados hechos que surjan en el arbitraje, independientemente de la voluntad de las partes, y de plasmar sus conclusiones fácticas y jurídicas en el laudo. Este deber es, como se ha expuesto, claro en el ámbito de contratos internacionales viciados de corrupción, pero aplicable a otros ámbitos en los que deba considerarse la vulneración de principios o valores fundamentales del foro, de carácter o no procesal. La fuente de dichos principios o valores puede ser tanto de origen nacional como comunitario o internacional.

El examen por parte del juez nacional, en fase de ejecución o anulación, de determinadas cuestiones de fondo que traigan a colación la vulneración de principios fundamentales del foro, se configura así como un mecanismo de control tendente a evitar el recurso al arbitraje como fraude procesal. De no ser así, bastaría un recurso a un procedimiento arbitral para evitar la aplicación de disposiciones básicas del ordenamiento jurídico del foro.

En el marco del Derecho de la competencia, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) recordó a los jueces

que un laudo que vulnere disposiciones de orden público comunitario deberá ser anulado.

En *Eco Swiss*, la sociedad holandesa Benetton había celebrado un contrato de licencia con Eco Swiss y Bulota, por el que Benetton concedía a Eco Swiss, por un tiempo determinado, el derecho a fabricar relojes con la mención «Benetton Bulota». En virtud de la cláusula arbitral contenida en el contrato, y a raíz de la resolución anticipada del mismo por Benetton, las partes iniciaron un arbitraje ante el Instituto Neerlandés de Arbitraje. Cuando el Tribunal Arbitral dictó dos laudos condenando a Benetton al pago de una indemnización, Benetton solicitó la anulación de los laudos ante los tribunales holandeses, alegando que dichos laudos eran contrarios al orden público debido a la nulidad del contrato de licencia desde el punto de vista del Derecho de la competencia comunitario, y en particular, por ser contrario al artículo 81 CE, a pesar de que durante el arbitraje, ni las partes ni el Tribunal Arbitral se hubiesen referido a esta cuestión.

El *Hoge Raad der Nederlanden* planteó una serie de cuestiones prejudiciales⁽²²⁾ sobre si el hecho de que el contenido o la ejecución de un laudo arbitral impida la aplicación de una prohibición impuesta por el Derecho comunitario de la competencia, implica que el juez nacional debe estimar el recurso de anulación que contra ese laudo arbitral se haya planteado. El TJCE señaló:

... un órgano jurisdiccional nacional al que se ha presentado un recurso de anulación de un laudo arbitral debe estimarlo cuando considere que el laudo es efectivamente contrario al art. 81 CE (ex art. 85), si conforme a las normas procesales internas debe estimar un recurso de anulación basado en el incumplimiento de normas nacionales de orden público.⁽²³⁾

⁽²²⁾ En virtud del Artículo 234 del Tratado CE (antiguo 177), cuando un órgano jurisdiccional de un Estado Miembro tiene que aplicar Derecho comunitario, en relación con una causa de la que esté conociendo, dicho tribunal podrá suspender el procedimiento nacional y formular una solicitud al TJCE sobre la forma en que debe interpretarse un acto jurídico comunitario o los Tratados de la Unión Europea.

⁽²³⁾ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 1 de junio de 1999, *Eco Swiss China Time Ltd. c. Benetton International NV*, C-126/97.

La cuestión se centró, por lo tanto, en determinar, si la aplicación de un Derecho contrario al ordenamiento jurídico comunitario constituía una causa de nulidad de la sentencia arbitral, o de denegación de su reconocimiento. Es decir, para el caso concreto de la sentencia del TJCE comentada, la cuestión prejudicial planteada pretendía dilucidar si la falta de aplicación por los árbitros del derecho de la competencia comunitario, implicaba una vulneración de los intereses fundamentales del ordenamiento jurídico comunitario, y por ende, del Estado Miembro implicado, pudiendo anularse la sentencia arbitral por esta vía.

En este sentido, el TJCE constató que siendo nulo el contrato objeto del arbitraje, por ser contrario al orden público internacional, la sentencia arbitral que se pronunció sobre el mismo, era asimismo, nula. De esta manera, la única sentencia que no hubiese estado viciada de nulidad sería aquélla que declarase la nulidad radical del contrato. Sin embargo, no pudiendo los árbitros pronunciarse sobre aquellas cuestiones que no se le hayan sometido a arbitraje –que en este caso era la simple responsabilidad contractual de una de las partes– no parece posible que los árbitros hubiesen podido pronunciarse sobre la validez o nulidad del contrato, por violación del orden público comunitario, tal y como dio a entender el TJCE.

Sin embargo, la decisión del TJCE pone de manifiesto que los árbitros, en la toma de decisiones, no deben ignorar los principios básicos de orden público, al amparo de las formalidades que pueda presentar una determinada relación contractual. Sin duda alguna, existe un proceso de ósmosis entre los jueces nacionales y los procedimientos arbitrales, por el que los órganos jurisdiccionales efectúan un examen pormenorizado del cumplimiento en el arbitraje de principios que forman parte del denominado orden público transnacional.

La actividad jurisdiccional de los árbitros será controlada por el juez nacional: en primer lugar, a instancia de parte, en el lugar en que haya sido dictado el laudo, a través de la acción de nulidad; y posteriormente durante el procedimiento de reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitral, en el Estado requerido. Mientras que

la nulidad del laudo arbitral se determinará de conformidad con criterios puramente internos de la sede del arbitraje, los parámetros que seguirá el juez nacional para el reconocimiento y la ejecución han sido internacionalizados por la CNY. Sin embargo, en ambos casos, tanto en el reconocimiento y la ejecución como en la nulidad del laudo arbitral, la inobservancia por parte de los árbitros de determinados principios internacionalmente aceptados, justificarán en cierta medida el control por parte del juez nacional de la fundamentación jurídica de la sentencia arbitral.

6. CONCLUSIÓN

Las particularidades de la ley nacional y los obstáculos que ésta imponía al arbitraje internacional han perdido notoriedad con la creciente y ya casi universal ratificación de la CNY. La remisión directa a la ley nacional, que los Estados negociadores incorporaron en el texto de la CNY, tuvo como objetivo el impulso hacia la ratificación de la CNY, dejando las cuestiones más espinosas fuera del marco unificador del tratado.

El carácter universal de la CNY, y su creciente ratificación por los Estados, ha permitido que los estándares y principios del arbitraje internacional cobren protagonismo en detrimento de la necesidad de su aceptación en el plano local. Esta incorporación de los principios básicos del arbitraje al cuerpo de un Derecho transnacional, ha supuesto la renuncia por muchos Estados a su tradición jurídica en materia arbitral, incorporando al ámbito local el proceso codificador emprendido a nivel internacional.

La ley nacional ha adoptado patrones uniformes en materia arbitral, globalmente aceptados, lo que a la postre ha supuesto la concesión en éste ámbito por los Estados de su soberanía estatal y la pérdida de relevancia de la ley nacional en la implementación de la CNY. Asimismo, la creciente ratificación de la CNY ha motivado la iniciación de un proceso codificador por los Estados tendente a la adopción de leyes de arbitraje de un marcado carácter liberal, inspiradas en principios que favorecen el arbitraje y la libre circulación de sentencias arbitrales. A su vez, este proceso codificador se ha visto

fuertemente impulsado por la adopción, por parte de muchos Estados, de la Ley Modelo.

La defensa de la doctrina Calvo⁽²⁴⁾ que durante años fue promovida en Latinoamérica, ha sido así sustituida por un proceso de apertura hacia el arbitraje. Todos estos países han suscrito acuerdos internacionales en materia de protección de inversiones, ofreciendo al inversor el sometimiento del Estado al arbitraje internacional. Asimismo, la incorporación de países a la economía globalizada ha exigido la adaptación de sus regímenes jurídicos en materia arbitral a la situación y exigencias del tráfico jurídico actual, eliminando el espíritu de recelo que anidaba en las legislaciones anteriores.

El reconocimiento y la ejecución de convenios y sentencias arbitrales continua, por supuesto, condicionado a las particularidades del caso concreto y de la ley del Estado requerido, así como al margen de maniobra o discrecionalidad que la CNY permite a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado. Sin embargo, como se ha expuesto, la ley nacional está dejando de implicar un obstáculo a la universalidad y aceptación del arbitraje que persigue la CNY, en el convencimiento de los países de la importancia que tiene un Estado, como sede habitual de arbitrajes, para su participación en el comercio internacional.

⁽²⁴⁾ La doctrina CALVO se basa en los principios de soberanía nacional, de la igualdad entre ciudadanos nacionales y extranjeros y de la jurisdicción territorial. En virtud de esta doctrina, los Estados soberanos gozan del derecho de estar libres de cualquier interferencia por parte de otros Estados, quedando los extranjeros sometidos a los mismos derechos que sus nacionales, por lo que en caso de litigio, éstos tendrán la obligación de agotar todos los recursos internos ante los tribunales locales.

¿CUÁNDO ESTAMOS ANTE UN ARBITRAJE NACIONAL O INTERNACIONAL CONFORME A LA LEY GENERAL DE ARBITRAJE?

FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY (*)

SUMARIO: I. A modo de introducción. II. Ámbito de aplicación de las normas sobre Arbitraje Nacional e Internacional en la LGA. II.1. La LGA ha eliminado el término «comercial». II.2. ¿Cuándo un arbitraje con sede en el Perú será Internacional? III. A modo de conclusión: ¿cuándo un arbitraje es Internacional y cuándo es Nacional?

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

La Ley N° 26572 –Ley General de Arbitraje– (en adelante simplemente LGA), establece la existencia de dos tipos de arbitraje, ambos con sede en el Perú: Arbitraje Nacional (Sección Primera, artículos 1° al 87°) y Arbitraje Internacional (Sección Segunda, artículos 88° al 126°)⁽¹⁾.

Como es de pleno conocimiento, la LGA ha hecho suya en la Sección correspondiente al Arbitraje Internacional, prácticamente to-

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

(1) Sobre las razones que llevaron a nuestro legislador a establecer este sistema dual y sus implicancias, recomendamos leer a Fernando CANTUARIAS SALAVERRY, «¿Es necesaria la regulación del Arbitraje Nacional e Internacional en la LGA?», en *Revista de Economía y Derecho*, vol. 1, N° 4, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Lima, 2004, pp. 19-30.

das las disposiciones de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante simplemente Ley Modelo de UNCITRAL)⁽²⁾.

También la LGA ha utilizado como «modelo» para la adopción de las reglas aplicables al Arbitraje Nacional, a la mencionada Ley Modelo de UNCITRAL⁽³⁾.

Sin embargo, como corresponde, las normas internacionales son más liberales que las nacionales en varias materias⁽⁴⁾, destacando:

(2) La Ley Modelo de UNCITRAL no es un tratado, sino simplemente un modelo – valga la redundancia– que puede ser implementado por las legislaciones de cada país, con la finalidad de uniformizar el tratamiento de los arbitrajes internacionales. Para lograr ese objetivo, la Ley Modelo cubre todas las áreas del arbitraje, como son: El ámbito de aplicación de las normas sobre Arbitraje Internacional (Capítulo I), el Convenio Arbitral (Capítulo II), el Tribunal Arbitral (Capítulo III), la Competencia del Tribunal Arbitral (Capítulo IV), el Procedimiento Arbitral (Capítulo V), el Laudo Arbitral (Capítulo VI), los Recursos contra los Laudos Arbitrales (Capítulo VII) y el Reconocimiento y la Ejecución de los Laudos Arbitrales Extranjeros (Capítulo VIII). Existe abundante bibliografía sobre este tema que puede ser consultada, destacando: Gerold HERRMANN, «UNCITRAL's work towards a Model Law on International Commercial Arbitration», en *Pace Law Review*, vol. 4, N° 3, 1984, pp. 547 y ss.; Gerold HERRMANN, «The UNCITRAL Model Law -its background, salient features and purposes», en *International Arbitration*, vol. 1, N° 1, 1989, pp. 13 y ss.; Kenneth UNGAR, «The Enforcement of Arbitral Awards under UNCITRAL's Model Law on International Commercial Arbitration», en *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 25, N° 3, 1987, pp. 727 y ss.; y, Laurence CRAIG, William PARK & Jan PAULSSON, «International Chamber of Commercial Arbitration», 2da. ed., ICC Publications, París, 1990, pp. 459-460.

A la fecha, los siguientes Estados han incorporado total o parcialmente esta Ley Modelo: Alemania, Australia, Azerbaiyán, Bahrain, Bangladesh, Bermuda, Bielorrusia, Bulgaria, Canadá (por el Parlamento Federal y por los órganos legislativos de todas las provincias y territorios), Chile, Chipre, Corea, Croacia, Egipto, Escocia, España, Federación Rusa, Finlandia, Grecia, Guatemala, Hong Kong, Hungría, India, Irán, Irlanda, Japón, Jordania, Kenia, Lituania, Macao, Madagascar, Malta, México, Nigeria, Nueva Zelanda, Omán, Paraguay, Perú, Singapur, Sri Lanka, Tailandia, Túnez, Ucrania, Zambia y Zimbabwe. En los Estados Unidos de América, ha sido adoptado en todo o en parte por California, Connecticut, Illinois, Maryland, Oregon y Texas.

(3) Ulises MONTOYA ALBERTI, *El Arbitraje Comercial*, Cultural Cuzco S.A. Lima, 1988, p. 155. «La Ley Modelo ha sido diseñada como un régimen legal normativo del arbitraje comercial internacional ... Sin embargo, muchas de las disposiciones de la Ley son también adecuadas para los arbitrajes internos ...».

(4) Para una descripción general de las disposiciones sobre Arbitraje Nacional e Internacional contenidas en la LGA, recomendamos leer a: Reynaldo PASTOR BEBÍN,

- a. En caso el arbitraje no sea institucional o administrado, y las partes, o en su defecto, los árbitros o la entidad nominadora de árbitros designada por las partes no logren constituir el tribunal arbitral, en el Arbitraje Internacional no será necesario acudir al Poder Judicial como corresponde en el caso de un Arbitraje Nacional⁽⁵⁾, ya que la LGA establece que la entidad nominadora residual de árbitros será cualquiera de las entidades arbitrales que operan en el lugar del arbitraje o en Lima, a elección del interesado⁽⁶⁾.
- b. Mientras que en el Arbitraje Nacional el número de árbitros necesariamente debe ser impar⁽⁷⁾, en el Arbitraje Internacional se puede arbitrar con un número par de árbitros⁽⁸⁾.
- c. En el Arbitraje Nacional de derecho los árbitros necesariamente deben ser abogados⁽⁹⁾. En cambio, en el Arbitraje Internacional, los árbitros en un arbitraje de derecho no requieren cumplir este requisito⁽¹⁰⁾.
- d. Durante el proceso arbitral, en el Arbitraje Internacional se puede recurrir a los árbitros o al Poder Judicial para la adopción de medidas cautelares⁽¹¹⁾, mientras que en el Arbitraje Nacional solo cabe solicitar esas medidas a los árbitros⁽¹²⁾.

«The Legislative Framework for Arbitration in Peru», en *ICSID Review -Foreign Investment Law Journal*, vol. 14, N° 2, 1999, pp. 381-389; Fernando CANTUARIAS SALAVERRY, «Arbitraje», en *Invirtiendo en el Perú- Guía Legal de Negocios*, Beatriz Boza (Ed.), PromPerú, Lima, 1998, pp. 783-796; y, Fernando CANTUARIAS SALAVERRY, «Nueva Ley General de Arbitraje Peruana -Ley N° 26.572», en *Jurisprudencia Argentina* N° 5998, Buenos Aires, 1996, pp. 12-15.

(5) Artículo 23° de la LGA.

(6) Artículo 102° de la LGA.

(7) Artículo 24° de la LGA.

(8) Artículo 101° de la LGA.

(9) Artículo 25° de la LGA.

(10) Artículo 101° de la LGA.

(11) Artículo 100° de la LGA.

(12) Artículo 81° de la LGA.

- e. En ambos tipos de arbitraje, conocerá de la recusación de los árbitros, de manera definitiva, el Centro de Arbitraje (en caso se trate de un arbitraje institucional o administrado), o el propio tribunal arbitral (arbitraje *ad-hoc*), salvo cuando se trate de un arbitraje *ad-hoc* unipersonal, único supuesto en el que intervendrá el Poder Judicial⁽¹³⁾. Sin embargo, en el Arbitraje Internacional, las partes pueden establecer un sistema de recusación particular⁽¹⁴⁾.
- f. En el Arbitraje Internacional las partes podrán ser asistidas por abogado nacional o extranjero⁽¹⁵⁾.
- g. Mientras que en el Arbitraje Nacional el recurso de anulación del laudo arbitral es de orden público⁽¹⁶⁾, en el Arbitraje Internacional, salvo que alguna de las partes sea de nacionalidad peruana o tenga su domicilio o residencia habitual en el Perú, las partes podrán acordar en el convenio arbitral o en un documento escrito posterior la renuncia a interponer ante el Poder Judicial peruano el recurso de anulación o a limitar dicho recurso a una o más de las causales taxativas dispuestas en la LGA⁽¹⁷⁾.

Interesa pues conocer qué marco legal es el aplicable a un caso en concreto cuando se arbitra en el Perú.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE ARBITRAJE NACIONAL E INTERNACIONAL EN LA LGA⁽¹⁸⁾

Al momento de analizar este tema, debemos tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 88º, 90º y 91º de la LGA:

⁽¹³⁾ Artículo 31º de la LGA.

⁽¹⁴⁾ Artículo 105º de la LGA.

⁽¹⁵⁾ Segundo párrafo del artículo 108º de la LGA.

⁽¹⁶⁾ Artículo 61º de la LGA.

⁽¹⁷⁾ Artículo 126º de la LGA.

⁽¹⁸⁾ Fernando CANTUARIAS SALAVERRY, «Ley General de Arbitraje del Perú», en *Revista Jurídica del Perú*, N° 18, Lima, 2001, pp. 173-174.

- «Artículo 88º.- Aplicación de Tratados.- Las disposiciones de la presente Sección se aplicarán al arbitraje internacional, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en la República»⁽¹⁹⁾.
- «Artículo 90º.- Territorialidad.- Las disposiciones de la presente Sección, con excepción de los Artículos 92º, 127º, 128º, 129º, 130º y 131º, se aplicarán únicamente si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio de la República».
- «Artículo 91º.- Ámbito de Aplicación.- Un arbitraje es internacional si:
 1. Las partes de un convenio arbitral tienen, al momento de la celebración del convenio, sus domicilios en Estados diferentes; o
 2. Uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus domicilios:
 - a) El lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el convenio arbitral o con arreglo al convenio arbitral;
 - b) El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha.

A los efectos de este artículo si alguna de las partes tiene más de un domicilio, el domicilio será el que guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral; si una parte no tiene ningún domicilio, se tomará en cuenta su residencia habitual».

⁽¹⁹⁾ La última parte del artículo bajo comentario, establece que las normas sobre Arbitraje Internacional se aplicarán «...sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en la República». Ello significa que cuando exista algún Tratado aplicable, primará el convenio internacional sobre la LGA. Así, por ejemplo, cuando sea de aplicación la Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, primarán sus disposiciones sobre las contenidas en los artículos 99º y 129º de la LGA. Sobre el tema leer a: Fernando MORA ROJAS, «La Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional», en *Arbitraje Comercial y Laboral en América Central*, Alejandro M. GARRO (Ed.), Transnational Juris Publications Inc, Nueva York, 1990, p. 198.

II.1. La LGA ha eliminado el término «comercial»

La Ley Modelo de UNCITRAL hace referencia al Arbitraje Comercial Internacional⁽²⁰⁾. Sin embargo, como explica Mora Rojas⁽²¹⁾ la Ley Modelo de UNCITRAL no define qué debe entenderse por materia comercial, optando simplemente por introducir una nota a pie de página, en la que se establece que debe darse «... una interpretación amplia a la expresión ‘comercial’ para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractual o no. Son las relaciones de índole comercial las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro (‘factoring’), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (‘leasing’), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera».

Aun cuando de la nota a pie de página, como del Comentario Analítico preparado por la Comisión de las Naciones Unidas⁽²²⁾, se

⁽²⁰⁾ Artículo 1.1.: «La presente Ley se aplicará al arbitraje comercial internacional ...».

⁽²¹⁾ Fernando MORA ROJAS, «La Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional», ob. cit., p. 148.

⁽²²⁾ *Ibidem*, p. 148. «El término ‘comercial’ ha quedado sin definir en la ley modelo, como tampoco se define en los convenios sobre arbitraje comercial internacional. Aunque sería conveniente una definición clara, no se pudo encontrar ninguna que trazase una línea precisa entre las relaciones comerciales y las no comerciales. Pese a ello, se consideró que no convenía dejar el asunto en manos de cada Estado en particular, ni tampoco limitar las orientaciones para la interpretación uniforme a los informes periódicos de sesiones del Grupo de Trabajo o a los comentarios sobre la ley modelo. Como solución intermedia, se ha añadido al artículo 1 una nota a pie de página para ayudar a interpretar al término ‘comercial’. Respecto a la forma, puede existir cierta incertidumbre en cuanto al destinatario y a los efectos jurídicos de dicha nota, ya que esa técnica legislativa no se emplea en todos los ordenamientos jurídicos. Por lo menos, la nota a pie de página podría facilitar alguna orientación

desprende la intención de ampliar lo más posible el contenido del término «comercial», lo cierto es que cada país en concreto lo determinará, a su manera.

Así, por ejemplo, Gaillard⁽²³⁾ explica que el Estado de Columbia Británica en el Canadá ha optado por integrar la nota a pie de página dentro del texto de su ley arbitral. Lo mismo ha hecho Chile en su reciente Ley de Arbitraje Comercial Internacional⁽²⁴⁾. En cam-

al legislador de un Estado aun cuando no se reprodujera en la promulgación nacional de la ley modelo. Una utilización de mayor alcance, que tal vez la Comisión desee recomendar, consistiría en conservar la nota a pie de página en la promulgación nacional del texto, lo cual facilitaría cierta orientación en la aplicación e interpretación de la presente Ley.

El contenido de la nota a pie de página refleja el propósito legislativo de interpretar el término comercial con amplitud. Este deseo de que la interpretación sea amplia se encuentra apoyada por una lista ilustrativa de relaciones comerciales. Aunque los ejemplos enumerados abarcan casi todos los tipos de situación que se sabe que han dado lugar a controversias en las que han intervenido tribunales de arbitraje comerciales internacionales, la lista, por deseo expreso, no es completa».

(23) Emmanuel GAILLARD, «The UNCITRAL Model Law and Recent Statutes on International Arbitration in Europe and North America», en *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 1987, vol. 2, N° 2, p. 428. «*The British Columbia legislators integrated the footnote in the body of the statute to ensure that it would be legally binding*».

(24) Artículo 2(g).- «La expresión ‘comercial’ debe interpretarse en un sentido amplio para que abarque todas las cuestiones que se plantean en las relaciones de esta índole, contractuales o no. Se comprenden dentro de éstas, por ejemplo, cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro, arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra, construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera». Si bien esta definición es bastante amplia, el gran problema es que si en un caso en concreto el Poder Judicial chileno define como no comercial una materia, la consecuencia será devastadora, ya que no resultará de aplicación esta moderna ley de arbitraje comercial internacional, sino la vetusta e ineficiente legislación arbitral doméstica chilena que todavía se mantiene vigente para los casos que no se encuentren comprendidos dentro de la legislación internacional.

bio, la India propone construir el contenido del término «comercial» conforme a sus disposiciones locales⁽²⁵⁾.

A efectos de evitar malas o limitadas interpretaciones del término «comercial», muchas legislaciones arbitrales han preferido eliminar este requisito. Entre éstas tenemos a las leyes de arbitraje de Holanda, Suiza y Florida en los Estados Unidos de América⁽²⁶⁾, Alemania, Canadá, Egipto, Bulgaria y el Perú⁽²⁷⁾, entre otras⁽²⁸⁾.

De esta manera, se ha eliminado una potencial fuente de discusión acerca del ámbito de aplicación de las normas sobre Arbitraje Internacional que genera la Ley Modelo de UNCITRAL, ante la inexistencia de una definición precisa de lo que se entiende por «comercial».

II.2. ¿Cuándo un arbitraje con sede en el Perú será Internacional?

Al no exigir la LGA que la materia controvertida sea comercial para determinar cuándo estamos ante un Arbitraje Internacional con

⁽²⁵⁾ Artículo 2(1) (f) de la *Arbitration and Conciliation Act* (1995): «[I]nternational commercial arbitration» means an arbitration relating to disputes arising out of legal relationship, whether contractual or not, considered as commercial under the law in force in India ...».

Colombia (artículo 1º de la Ley N° 315), Ecuador (artículo 41º de la Ley de Arbitraje y Mediación), Panamá (artículo 5º de la Ley de Arbitraje y Mediación), Guatemala (artículo 1º de la Ley de Arbitraje) y Paraguay (artículo 3(c) de la Ley de Arbitraje y Mediación), mantienen la referencia al término «comercial», pero solo como uno de los varios supuestos en los que un arbitraje dentro de sus fronteras será considerado como un arbitraje internacional. Otro caso es México, cuyo artículo 1415º del Código de Comercio Reformado expresamente establece que «[l]as disposiciones del presente título se aplicarán al arbitraje comercial internacional». Sin embargo, en momento alguno la ley mexicana esboza cuál es el contenido que tiene el término «comercial».

⁽²⁶⁾ Emmanuel GAILLARD, «The UNCITRAL Model Law and Recent Statutes on International Arbitration in Europe and North America», ob. cit., p. 428. «Neither the Dutch, the Florida nor the Swiss statute limits its scope to commercial matters».

⁽²⁷⁾ El artículo 88º de la LGA establece que las «...disposiciones de la presente Sección se aplicarán al arbitraje internacional...», sin hacer referencia alguna a la materia comercial.

⁽²⁸⁾ Bolivia (artículo 71º de la Ley de Arbitraje y Conciliación), El Salvador (artículo 3(h) de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje) y Honduras (artículo 86º de la Ley de Conciliación y Arbitraje), también han eliminado el término «comercial».

sede en el Perú (artículo 90º), bastará comprobar si se presenta alguno de los supuestos contenidos en el artículo 91º de la LGA.

Ahora bien, antes de pasar a analizar por separado cada uno de los tres supuestos contenidos en el artículo 91º de la LGA, conviene aclarar que éstos se excluyen unos a otros. Esto quiere decir que, por ejemplo, bastará cumplir con el primer criterio para que sean de aplicación las normas sobre Arbitraje Internacional. De no ser el caso, habrá que aplicar en orden descendente los demás supuestos⁽²⁹⁾.

Hecha esta aclaración, analicemos cada supuesto:

a. El inciso 1) del artículo 91º de la LGA, establece que un arbitraje en el Perú será internacional, si las «... partes de un convenio arbitral tienen, al momento de la celebración de ese convenio, sus domicilios en Estados diferentes».

Como bien explican Craig, Park & Paulsson⁽³⁰⁾, este primer criterio para determinar si estamos ante un Arbitraje Internacional obliga a verificar mecánicamente si las partes del arbitraje tienen, al momento que celebran el convenio arbitral, sus domicilios en Estados diferentes (diversidad de domicilios).

Sin embargo, antes de continuar analizando este primer criterio, consideramos conveniente aclarar que aquí la LGA peruana⁽³¹⁾

⁽²⁹⁾ Si ninguno de los criterios es aplicable, el arbitraje será Nacional y estará regulado por la Sección Primera de la LGA.

⁽³⁰⁾ Laurence CRAIG, William PARK & Jan PAULSSON, «International Chamber of Commercial Arbitration», ob. cit., p. 462. «*The basic test is a mechanical one that looks to the parties' residence. An arbitration will be international if the contracting parties have their place of business in different countries*».

⁽³¹⁾ Lo mismo han hecho las legislaciones arbitrales de: Colombia (artículo 1(1) de la Ley N° 315.- «Que las partes al momento de la celebración del pacto arbitral, tengan su domicilio en Estados diferentes); Ecuador (artículo 41 (a) de la Ley de Arbitraje y Mediación.- «Que las partes al momento de la celebración del convenio arbitral, tengan sus domicilios en estados diferentes»); El Salvador (artículo 3(h)(1) de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje.- «Cuando las partes de un convenio arbitral tengan, al momento de celebración del mismo, sus domicilios en Estados diferentes»); Honduras (artículo 86(1) de la Ley de Conciliación y Arbitraje.-

no ha seguido al pie de la letra a la Ley Modelo de UNCITRAL, ya que esta última utiliza el término «establecimiento»⁽³²⁾ en vez de «domicilio». ¿Ha sido correcta la decisión de la LGA?

Sierralta y Olavo⁽³³⁾ explican que «establecimiento» «... en la práctica y acepción comercial, es la organización comercial permanente que incluye locales y empleados, en un lugar fijo y cuya finalidad es el comercio de productos». Sin embargo, línea seguida indican que «... algunos sectores de la doctrina, Garro y Zuppi entre otros, señalan que no está claro el concepto de establecimiento, creando una situación de incertidumbre y por tanto sólo cabe acudir a los principios establecidos por el derecho interno aplicable. Tal vez se pueda esclarecer la duda si acudimos a la costumbre y a la doctrina, o a principios generales del Derecho, que unánimemente estiman el ánimo de permanencia como condición para configurar la estabilidad y existencia de un establecimiento»⁽³⁴⁾.

«Cuando las partes de un convenio arbitral tengan, al momento de celebración del mismo, sus domicilios en Estados diferentes»); y, Guatemala (artículo 2(1)(a) de la Ley de Arbitraje.- «Las partes de un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de su celebración, sus domicilios en estados diferentes»).

⁽³²⁾ Al igual que las legislaciones arbitrales de Bolivia (artículo 71(I)(1) de la Ley de Arbitraje y Conciliación.- «Cuando al momento de celebrar el convenio arbitral, las partes tengas sus establecimientos en Estados diferentes»); Panamá (artículo 5(1) de la Ley de Arbitraje y Mediación.- «Si las partes en un convenio arbitral tienen, al momento de la celebración de ese convenio, sus establecimientos u oficinas en Estados diferentes»); México (artículo 1416(III)(a) del Código de Comercio Reformado.- «Las partes al momento de la celebración del acuerdo de arbitraje, tengan sus establecimientos en países diferentes»); Paraguay (artículo 3(c)(1) de la Ley de Arbitraje y Mediación.- «Las partes de un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en estados diferentes»); y, Chile (artículo 1(3)(a) de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional.- «Las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes»). Sin embargo, ninguna de estas leyes define en momento alguno qué se entiende por «establecimiento».

⁽³³⁾ Aníbal SIERRALTA RÍOS y Luiz OLAVO BAPTISTA, *Aspectos Jurídicos del Comercio Internacional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2da. Ed., Lima, 1993, pp. 84-86.

⁽³⁴⁾ *Ibidem*, pp. 85-86.

La falta de reglamentación en el Perú acerca de lo que debe entenderse por «establecimiento»⁽³⁵⁾, así como la carencia de una interpretación siquiera medianamente aceptada a nivel internacional⁽³⁶⁾, son las razones que han llevado a la LGA, en nuestra opinión de manera correcta, a utilizar un término más preciso y reconocido por nuestro sistema jurídico, como es el «domicilio».

Esta sabia decisión sigue además el camino trazado por Estados como Suiza e Inglaterra, que han preferido utilizar criterios más precisos, como son el domicilio o la nacionalidad de las partes, al momento de determinar el ámbito de aplicación de sus normas sobre Arbitraje Internacional⁽³⁷⁾.

⁽³⁵⁾ Cuando se redactó la LGA, el Perú no se había adherido a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980), del que a enero de 2005 forma parte con otros 64 Estados: Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Bielorrusia, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Burundi, Canadá, Colombia, Corea, Croacia, Cuba, Chile, China, Dinamarca, Egipto, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Federación Rusa, Finlandia, Francia, Gabón, Georgia, Grecia, Guinea, Honduras, Hungría, Iraq, Islandia, Israel, Italia, Kirguistán, Lesotho, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Mauritania, México, Mongolia, Noruega, Nueva Zelandia, Países Bajos, Polonia, República Árabe Siria, República Checa, República de Moldova, Rumania, San Vicente y las Granadinas, Serbia y Montenegro, Singapur, Suecia, Suiza, Ucrania, Uganda, Uruguay, Uzbekistán y Zambia.

⁽³⁶⁾ Jorge OVIEDO ALBÁN, «Aplicaciones de los Principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales», en *Revista Jurídica del Perú* N° 49, Lima, 2003, pp. 9-42. «... sobre el concepto ‘establecimiento’, la doctrina ha sentado varias posiciones. La inclusión de una definición sobre el concepto establecimiento fue un tema ampliamente discutido al seno de la conferencia diplomática de Viena de 1980 que condujo a la adopción de la Convención... [de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías]... El término ‘establecimiento’, a nuestro modo de ver debe ser entendido, siguiendo a GARRO, en el marco de la Convención, como el lugar donde se celebran los negocios de manera habitual, y no como el lugar donde el comerciante tenga la locación o lugar físico para desarrollar su negocio».

⁽³⁷⁾ España ha hecho lo mismo en su reciente Ley de Arbitraje de 2003: «Artículo 3. Arbitraje Internacional.

1. El arbitraje tendrá carácter internacional cuando en él concurra alguna de las siguientes circunstancias:

Muy bien, regresemos a explicar cómo es que se aplica este primer criterio: Para estos efectos, bastará, por ejemplo, que las partes al momento de celebrar el convenio arbitral tengan sus domicilios una en Argentina y la otra en Brasil, para que en caso acuerden arbitrar en el Perú, lo hagan al amparo de las disposiciones sobre Arbitraje Internacional, sin importar otros elementos o criterios, como la nacionalidad, materia controvertida, etc⁽³⁸⁾.

Además, como solo se exige que las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes, en caso una lo tenga en el Perú y la otra en la Argentina, también procederá arbitrar en nuestro país aplicando las normas de la Sección Segunda de la LGA⁽³⁹⁾.

a) Que, en el momento de celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes.

b) Que el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, 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 ésta 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 intereses del comercio internacional.

2. A los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, si alguna de las partes tiene más de un domicilio, se estará al que guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral; y si una parte no tiene ningún domicilio, se estará a su residencia habitual».

⁽³⁸⁾ Arthur VON MEHREN, «*International Commercial Arbitration: Cases and Materials*», *Harvard Law School*, 1991, p. 132. En estos materiales de enseñanza puede encontrarse el Comentario Analítico preparado por la Comisión de las Naciones Unidas encargada de la redacción de la Ley Modelo de UNCITRAL, en el que se señala que: «*The basic criterion... is modelled on the test of internationality adopted in article 1(1) of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980...).* It uses as determining factor the location of the places of business of the parties to the arbitration agreement. Accordingly, other characteristics of a party such as its nationality... are not determinative». En el caso del Perú, cabe recordar que se utiliza el factor de conexión domicilio, en vez del de establecimiento.

⁽³⁹⁾ *Ibidem*, p. 132. «*Since a given case is international if the parties have their places of business in different States, it is irrelevant whether any of these States is State X (i.e. the one enacting this Law).* Included are, thus, any arbitration between 'foreigners' (e.g. parties with place of business in State Y and State Z) and any arbitration between a party in State X and a party in

De esta manera, no se aplicará este primer criterio, únicamente cuando ambas partes tengan a la fecha de celebración del convenio arbitral sus domicilios en un mismo Estado. En cambio, cada vez que se acuerde arbitrar en el Perú y las partes tengan en ese momento sus domicilios en Estados diferentes, dicho arbitraje necesariamente será internacional⁽⁴⁰⁾.

a foreign State (Y)». Nuevamente hay que tener presente que el factor de conexión peruano es el domicilio.

(40) El artículo 88º de la LGA peruana, aplicable al Arbitraje Internacional, establece que «[l]as disposiciones de la presente Sección se aplicarán al arbitraje internacional, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en la República».

Esto significa que para determinar el domicilio habrá que apelar en primer lugar a un Tratado y, a falta, a lo que dispone la legislación peruana sobre la materia.

En ese sentido, en lo que se refiere al domicilio de una persona natural, tenemos la Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado, adoptada en Montevideo, Uruguay (1979). Forman parte de este Tratado Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, Perú y Uruguay.

Cuando corresponda la aplicación de este Tratado, el domicilio de una persona física será determinado, en su orden: por el lugar de la residencia habitual; por el lugar del centro principal de sus negocios; en ausencia de los dos primeros, por el lugar de la simple residencia; y, en defecto, por el lugar donde se encontrare (artículo 2º). Si una persona física tiene domicilio en dos Estados Parte, se le considerará domiciliada en aquél donde tenga la simple residencia y si la tuviera en ambos se preferirá el lugar donde se encontrare (artículo 6º). Si se aplica en cambio el Código Civil peruano, el artículo 33º dispone que el «... domicilio [de una persona física] se constituye por la residencia habitual de la persona en un lugar» y si la persona física «... vive alternativamente o tiene ocupaciones habituales en varios lugares se le considera domiciliada en cualquiera de ellos» (artículo 35º).

Por su parte, el Tratado de Montevideo considera que el «... domicilio de los cónyuges será aquél en el cual éstos viven de consuno, sin perjuicio del derecho de cada cónyuge de fijar su domicilio en la forma prevista en el artículo 2». El Código Civil peruano establece en su artículo 36º una regla similar: «El domicilio conyugal es aquel en el cual los cónyuges viven de consuno o, en su defecto, el último que compartieron».

Cuando se trate de una persona jurídica privada, si bien el Perú no se ha adherido a la Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado, adoptada en La Paz, Bolivia (1984), y del que forman parte Brasil, Guatemala, México y Nicaragua; cabe destacar que el

b. El inciso 2) del artículo 91º de la LGA, establece que un arbitraje será internacional, si: a) el lugar del arbitraje (determinado en el convenio arbitral o con arreglo al convenio arbitral) o, b) el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, se encuentran situados fuera del Estado en el que las partes tienen sus domicilios⁽⁴¹⁾.

Analicemos cada supuesto por separado:

- El primero exige que el «lugar del arbitraje» se encuentre situado «... fuera del Estado en el que las partes tienen sus domicilios»⁽⁴²⁾, criterio que, al igual que el primeramente

artículo 2º de este Tratado establece que la «... existencia, la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, el funcionamiento, la disolución y la fusión de las personas jurídicas de carácter privado se rigen por la ley del lugar de su constitución» («... donde se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas personas»), supuesto también reconocido por el artículo 2073º del Código Civil peruano («La existencia y la capacidad de las personas jurídicas de derecho privado se rigen por la ley del país en que fueron constituidas»). Sin embargo, la Ley General de Sociedades peruana (Ley N° 26887 de 9 de diciembre de 1997), entiende que la «... sociedad constituida en el Perú tiene su domicilio en territorio peruano, salvo cuando su objeto social se desarrolle en el extranjero y fije su domicilio fuera del país». Por su parte, el segundo párrafo del artículo 21º de esta norma, establece que la «... sociedad constituida y con domicilio en el extranjero que desarrolle habitualmente actividades en el Perú puede establecer sucursal u oficinas en el país y fijar domicilio en territorio peruano para los actos que practique en el país». Sobre el particular, leer a: Enrique ELÍAS, *Derecho Societario Peruano –La Ley General de Sociedades del Perú*, Editora Normas Legales, Lima, 1999, Tomo I, pp. 69-73; y, Pedro FLORES POLO, *Nuevo Derecho Societario Peruano. Nueva Ley General de Sociedades*, Cámara de Comercio de Lima, Lima, 1998, p. 39.

⁽⁴¹⁾ Aquí también la LGA peruana ha reemplazado el término «establecimiento» utilizado por la Ley Modelo de UNCITRAL, por el de «domicilio».

⁽⁴²⁾ Colombia (artículo 1(3) de la Ley N° 315: «Cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios, siempre que se hubiere pactado tal eventualidad en el pacto arbitral); El Salvador (artículo 3(h)(2)(a) de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje.- «Si uno de los lugares siguientes está situado fuera del estado en el que las partes tienen sus domicilios: a) El lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el Convenio Arbitral, o con arreglo al mismo sea distinto»); Honduras (artículo 86(2)(a) de la Ley de Conciliación y Arbitraje.-

analizado, también es mecánico y objetivo: domicilio en un mismo Estado, pero diferente al del lugar del arbitraje.

Si seguimos lo que dispone esta norma, tendremos que concluir necesariamente que se aplicará cuando ambas partes tengan sus domicilios en un mismo Estado, pero diferente al Perú⁽⁴³⁾. De esta manera, por ejemplo, si ambas partes domicilian en la Argentina y deciden arbitrar en el Perú⁽⁴⁴⁾, pues lo harán en base a nuestras disposiciones arbitrales internacionales.

«Si uno de los lugares siguientes está situado fuera del estado en el que las partes tienen sus domicilios: a) El lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el convenio arbitral o con arreglo al mismo sea distinto»; Panamá (artículo 5(2) de la Ley de Arbitraje y Mediación.- «Si el lugar de arbitraje que se ha determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, está situado fuera del país en que las partes tienen sus establecimientos»); México (artículo 1416(III) (b) del Código de Comercio Reformado.- «El lugar de arbitraje, determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al mismo ... esté situado fuera del país en el que las partes tienen su establecimiento»); Guatemala (artículo 2(1) (b) (i) de la Ley de Arbitraje.- «Uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus domicilios: i) El lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje»); y, Chile (artículo 1(3) (b) (i) de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional.- «Uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos: i) El lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje»).

Las legislaciones de Ecuador, Bolivia y Paraguay carecen de este supuesto. ¿Qué pasará cuando ambas partes domicilien fuera de algunos de estos países, pero en un mismo Estado; es decir, que no se dé el supuesto de diversidad de domicilios que ya hemos tratado? Ejemplo, cuando ambas partes domicilian en el Perú y acuerdan arbitrar en Ecuador. ¿Será éste un arbitraje internacional en Ecuador? Al parecer la respuesta es positiva en base a un supuesto que será tratado seguidamente. Sin embargo, en el caso de Bolivia y Paraguay, creemos que aquí existe un grave vacío.

(43) Forzosamente tiene que ser así, porque si las partes tienen sus domicilios en Estados diferentes, será de aplicación el inciso 1) del artículo 91º de la LGA.

(44) Para estos efectos, habrá que analizar si las partes han identificado al Perú en el convenio arbitral como la sede del arbitraje o si, «con arreglo al convenio arbitral» es el Perú la sede del arbitraje. Esto último sucederá, por ejemplo, cuando las partes pacten un arbitraje institucional o administrado ante un centro de arbitraje que tenga su sede en el país. William W. PARK, «Duty and Discretion in International

- El segundo supuesto resulta un tanto más complicado de determinar, ya que a diferencia de los dos criterios antes analizados en los que basta apelar al elemento «domicilio» para confirmar o descartar la aplicación de las disposiciones arbitrales internacionales peruanas, aquí deberá probarse que la relación jurídica está vinculada con terceros Estados⁽⁴⁵⁾.

Arbitration», en *The American Journal International Law*, vol. 93, 1999, p. 815. «... *the parties commit themselves to a specific arbitral venue, selected by them either directly or through their chosen arbitral institution*».

(45) Colombia (artículo 1(4) de la Ley N° 315.- «Que el lugar de cumplimiento de aquella parte sustancial de las obligaciones directamente vinculadas con el objeto del litigio, se encuentre situada fuera del Estado en el cual las partes tienen su domicilio principal»); Bolivia (artículo 71(I)(2) de la Ley de Arbitraje y Conciliación.- «Cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar con el cual el objeto de la controversia tenga una relación más estrecha se encuentre fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos»); El Salvador (artículo 3(h)(2)(b) de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje.- «Si uno de los lugares siguientes está situado fuera del estado en el que las partes tienen sus domicilios: b) «El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha»); Honduras (artículo 86(2)(b) de la Ley de Conciliación y Arbitraje.- «Si uno de los lugares siguientes está situado fuera del estado en el que las partes tienen sus domicilios: b) «El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha»); Panamá (artículo 5(3) de la Ley de Arbitraje y Mediación.- «Si el lugar de cumplimiento de las obligaciones derivadas de la relación jurídica que vincula a las partes, está situado fuera del país en que las partes tienen sus establecimientos»); México (artículo 1416(III)(b) del Código de Comercio Reformado.- «El ... lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial ... esté situado fuera del país en el que las partes tienen su establecimiento»); Guatemala (artículo 2(1)(b)(ii) de la Ley de Arbitraje.- «Uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus domicilios: ii) El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto de litigio tenga una relación más estrecha»); y, Chile (artículo 1(3)(b)(ii) de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional.- «Uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos: ii) El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha»).

En primer lugar, resulta necesario precisar que este supuesto se aplicará únicamente cuando ambas partes del acuerdo arbitral domicilién en el Perú, ya que si ambos o al menos uno de ellos domicilia fuera de nuestro país, se aplicarán los criterios contenidos en los incisos 1) o 2) (a) del artículo 91º de la LGA.

De esta manera, aun cuando ambas partes domicilién en el Perú, si acuerdan arbitrar en nuestro país dicho arbitraje se desarrollará al amparo de las disposiciones sobre Arbitraje Internacional, siempre y cuando «...el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha», se encuentren situados fuera de nuestro país⁽⁴⁶⁾.

Sin embargo, el problema con este criterio es que será necesario especular acerca de cuándo dos domiciliados en el Perú tienen suficientes contactos con el extranjero, como para que el arbitraje que se lleve a cabo en nuestro país deba ser considerado «internacional».

En el caso de Ecuador, el artículo 41 (b) de la Ley de Arbitraje y Mediación, dispone lo siguiente: «Cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar en el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, está situado fuera del estado en que, por lo menos una de las partes, tiene su domicilio».

⁽⁴⁶⁾ Este supuesto recoge en parte el criterio promovido por Francia durante las discusiones acerca del ámbito de aplicación de la Ley Modelo de UNCITRAL, al considerar como «internacional» a los arbitrajes a ser desarrollados en el foro entre domiciliados, respecto de intereses comerciales internacionales.

En efecto, Gerold HERRMANN, «UNCITRAL's work towards a Model Law on International Commercial Arbitration», ob. cit., p. 547, explica que durante las discusiones en el foro de las Naciones Unidas, un grupo liderado por Francia propuso una fórmula mediante la cual se considerara «internacional», a los arbitrajes que se desarrollaran dentro de cada Estado, pero respecto de intereses comerciales internacionales; mientras que otros, entre éstos Holanda y Canadá, recomendaron aplicar el criterio contenido en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, mediante el cual un arbitraje a ser desarrollado en el foro será internacional, si las partes tienen al momento de suscribir el convenio arbitral sus establecimientos en Estados diferentes (Artículo 1.1. de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de

Este problema no se presenta, por ejemplo, en Francia⁽⁴⁷⁾, Estado que ha promovido este criterio, ya que desde hace muchos años, gracias a una ardua labor jurisprudencial⁽⁴⁸⁾ y doctrinal, se ha ido aclarando su contenido, que se encuentra vagamente recogido en un Decreto de 1981. En ese sentido, Vanderelst⁽⁴⁹⁾ señala que:

«...the French Decree of 1981 provides that the arbitral proceedings are international if they involve international commercial interests... The test is more economic than legal. In order to determine whether the arbitration meets this somewhat vague standard, one should consult the applicable French case law, which goes back as far as 1930»⁽⁵⁰⁾.

Compraventa Internacional de Mercancías, adoptada en Viena, 1980: «La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes»). Al final se optó por integrar ambas propuestas, lo que en la práctica podrá generar algunos problemas de interpretación acerca del ámbito de aplicación de las normas sobre Arbitraje Internacional.

(47) Laurence CRAIG, William PARK & Jan PAULSSON, «French Codification of a Legal Framework for International Commercial Arbitration: The Decree of May 12, 1981», en *Law & Policy in International Business*, vol. 13, N° 3, 1981, p. 735. «The Decree defines 'international arbitration' by a sparse economic standard: 'arbitration is international if it implicates international commercial interests'. These are words of art, traceable to a 1930 Cour de Cassation pronouncement. Subsequent case law has shed considerable light on what constitutes the 'implication' of elements of international commerce». Sobre el tema recomendamos leer a: Thomas E. CARBONNEAU, «The elaboration of a French Court Doctrine on International Commercial Arbitration: A study in liberal civilian judicial creativity», en *Tulane Law Review*, Tulane University, Louisiana, 1980, vol. 55, N° 1, pp. 16 y ss.

(48) En ese sentido, W. Laurence CRAIG, William W. PARK & Jan PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, ob. cit., 3era ed., p. 550, explican que la Corte de Apelaciones de París en el caso Rawlings c. Société Kevorkian (1994), consideró que «... an arbitration between attorneys of a French law firm implicated international commerce, given that the firm included American nationals practicing both in France and in the United States».

(49) Alain VANDERELST, «Increasing the Appeal of Belgium as an International Arbitration Forum? -The Belgian Law of March 27, 1985 concerning the Annulment of Arbitral Awards», en *Journal of International Arbitration*, 1986, vol. 3, p. 83.

(50) Sobre este particular, leer a E. GAILLARD y J. SAVAGE (Eds.), *Fouchard GAILLARD Goldman on International Commercial Arbitration*, 1999, pp. 59-62.

En el caso peruano, consideramos que este supuesto forzosa-mente requerirá de un desarrollo jurisprudencial y doctrinal que poco a poco lo vaya precisando⁽⁵¹⁾.

⁽⁵¹⁾ El problema con la falta de contenido preciso de este criterio, se refleja en el siguiente caso resuelto por la *High Court of Hong Kong*, en dos fallos de 22 de junio y 12 de julio de 1993, en los seguidos por *Ananda Non-Ferrous Metals Ltd. c. China Resources Metal and Minerals Co. Ltd.*

En este caso, la demandante, una empresa con establecimiento en Hong Kong, acordó vender a otra empresa, también con establecimiento en Hong Kong, 40 toneladas métricas de cadmio, CIF Rotterdam. Inspeccionados los bienes en Rotterdam, la demandante sostuvo que no se ajustaban a la descripción contenida en el contrato, lo cual motivó el inicio de un arbitraje en Hong Kong, cuyo laudo arbitral fue en favor del demandado.

Recurrido el laudo arbitral ante el poder judicial, la discusión giró acerca de si se trataba de un arbitraje nacional o internacional, lo que para la legislación de Hong Kong resultaba muy importante, ya que si se trataba de un arbitraje nacional, cabía interponer recurso de apelación.

«El tribunal, aplicando el artículo 1 3 b) ii) de la Ley Modelo y citando su decisión respecto de la causa *Fung Sang Trading Limited*... estimó que se trataba de un arbitraje internacional, ya que una parte sustancial de las obligaciones derivadas de la relación comercial debían cumplirse fuera de Hong Kong» (citado en: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Jurisprudencia relativa a los textos de la CNUDMI, A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/4, de 30 de agosto de 1994).

Sobre esta materia, también ver el siguiente caso: *Fung Sang Trading Limited c. Kai Sun Sea Products and Food Company Limited* (High Court of Hong Kong, 1991), en el que se dispuso la aplicación de las normas sobre arbitraje internacional, ya que si bien se trataban de dos empresas de Hong Kong que acordaron arbitrar en ese lugar, la entrega de la mercadería se realizaría en Dalian, ciudad de China (citado en: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Jurisprudencia relativa a los textos de la CNUDMI, A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/1, de 17 de mayo de 1993).

De la misma manera, en Italia la Ley de Arbitraje N° 25 de 1994 que introdujo un capítulo especial referido al Arbitraje Internacional, establece como uno de los supuestos para considerar a un arbitraje como internacional, cuando «una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica sometida a disputa se ejecutará fuera de Italia». Pues bien, en un fallo de 29 de abril de 2004, la Corte Suprema de Italia (Corte di Cassazione) en los seguidos por *Consorzio per la Riabilitazione Idrica della Città di Alessandria d'Egitto c. Ministero Affari Esteri* (ITA Monthly Report, January 2005, vol. III, N° 7, www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/newsletter/january2005/), consideró que «una parte sustancial de las obligaciones» debe ser interpretada en el sentido que una parte significativa o importante se ejecutará

Mientras tanto, creemos que será arriesgado el tratar de arbitrar en base a las disposiciones sobre Arbitraje Internacional⁽⁵²⁾.

Por ello, nos aventuramos a recomendar que en casos como éste las partes acuerden arbitrar en el país al amparo de las disposiciones sobre Arbitraje Nacional o lo hagan fuera del Perú⁽⁵³⁾, salvo cuando conste de forma indubitable que la relación jurídica entre partes domiciliadas en el Perú se ejecutará íntegramente en otro país⁽⁵⁴⁾.

Es más, nosotros consideramos que este criterio, al igual que uno más dispuesto en la Ley Modelo de UNCITRAL que no fue recogido por la LGA peruana, hubiera sido preferible no regularlo por la incertidumbre que genera⁽⁵⁵⁾.

fuera de Italia, sin que ello implique que deba ser la parte principal de las obligaciones. Como se puede verificar del fallo, determinar este escenario es, por decir lo menos, oscuro e impreciso.

- (52) Hemos identificado al inicio de este trabajo que algunos temas varían en mayor o menor medida dependiendo si aplicamos las normas sobre Arbitraje Nacional o las disposiciones sobre Arbitraje Internacional. Si dos domiciliados en el Perú deciden arbitrar en base al criterio bajo estudio, corren el riesgo de que el Poder Judicial peruano considere a dicho arbitraje como uno nacional y pueda potencialmente anular el laudo, por la no observancia de alguna disposición de orden público nacional.
- (53) Y luego procedan al reconocimiento y ejecución del laudo arbitral foráneo al amparo de la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros de 1958. Sobre este particular, leer a Fernando CANTUARIAS SALAVERRY, «Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Internacionales», en *Themis, Revista de Derecho*, N° 21, Lima, 1992.
- (54) Arthur VON MEHREN, *International Commercial Arbitration: Cases and Materials*, ob. cit., p. 183. En el Comentario Analítico de la Ley Modelo de UNCITRAL, se informa sobre este tema lo siguiente: «*This would be the case, for example, where a producer and a trader conclude a sole distributorship agreement concerning a foreign market or where a general contractor employs an independent sub-contractor for certain parts of a foreign construction project*».
- (55) La Ley Modelo de UNCITRAL establece un último criterio, cual es el que las «...partes han convenido expresamente que la cuestión objeto del convenio arbitral está relacionada con más de un Estado». Este obviamente es un criterio casi imposible de objetivar, razón por la cual fue desechado por la LGA peruana. Ulrich DROBNIG, «Assessing arbitral autonomy in European Statutory Law», en *Lex Mercatoria and Arbitration*, Thomas E. CARBONNEAU (Ed.), Juris Publishing Inc., 1998, p. 197. «...the UNCITRAL Model Law... adds several alternatives, the last of which is indeed striking: The parties may expressly agree that their arbitration has an international character». Fouchard

III. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿CUÁNDO UN ARBITRAJE ES INTERNACIONAL Y CUÁNDO ES NACIONAL?

Luego de haber desarrollado los criterios contenidos en el artículo 91º de la LGA, podemos afirmar que:

Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, ob. cit, p. 56. «*This ... is entirely within the control of the parties and may therefore prove to be fictitious. It is not up to the parties to agree that their arbitration 'relates to more than one country', so as to ensure that it will be governed by rules that are more liberal than those governing domestic arbitration. Even if this does not constitute a fraud against the law ordinarily applicable, it does at least allow the parties to avoid its application without being objectively justified to do so by the requirements of international trade*». Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, «Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional», nota de la Secretaría (U.N.A/CN.9/264), 1985, p. 11. «*The solution presented in paragraph (2) starts with a rather precise criterion in sub-paragraph (a), which covers the great bulk of worthy cases, and then widens its scope in sub-paragraphs (b) and (c) with an increasing reduction in precision*». Los propios redactores del Comentario Analítico de la Ley Modelo de UNCITRAL reconocen que tanto el criterio de «relación jurídica», como este último supuesto no aceptado por la LGA peruana, son de difícil precisión.

Por estas razones, en un anterior trabajo: Fernando CANTUARIAS SALAVERRY, «Algunas modificaciones que deben hacerse con urgencia a las disposiciones sobre Arbitraje Internacional contenidas en la Ley General de Arbitraje», en *Scribas, Revista de Derecho*, Nº 1, Arequipa, 1996, p. 18, propusimos el siguiente articulado que finalmente no fue recogido en la actual LGA: «Artículo .- Ámbito de aplicación.- Un arbitraje es internacional si:

1. Las partes de un convenio arbitral tienen, al momento de la celebración del convenio, sus domicilios en Estados diferentes; o
2. El lugar del arbitraje está situado fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios.

A los efectos de este artículo si algunas de las partes tiene más de un domicilio, el domicilio será el que guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral; si una parte no tiene ningún domicilio, se tomará en cuenta su residencia habitual». Esta propuesta se hizo considerando la legislación arbitral suiza, que reduce la aplicación de sus disposiciones sobre Arbitraje Internacional, a cuando al menos una de las partes no domicilia o tiene su residencia habitual en ese país. Emmanuel GAILLARD, *The UNCITRAL Model Law and Recent Statutes on International Arbitration in Europe and North America*, ob. cit., p. 428. El artículo 176(1) de la Ley Federal Suiza sobre Derecho Internacional Privado dispone que: «*The provisions of this chapter [on international arbitration] shall apply to all arbitrations if the seat of the arbitral tribunal is situated in Switzerland and if, at the time when the arbitration agreement was concluded, at least one of the parties had neither its domicile nor its habitual residence in Switzerland*».

«Para saber cuál Sección de la LGA se aplicará a un arbitraje con sede en el Perú, habrá que apelar a lo dispuesto en el artículo 91 de la LGA. De conformidad con esta norma, un arbitraje con sede en el Perú será internacional, cuando al momento de la celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes (Ej. uno domicilia en el Perú y el otro en Colombia), o ambas partes domicilien en el mismo Estado pero fuera del Perú (Ej. ambos domicilian en Argentina) o ambas partes domicilien en el Perú, pero el cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones emanadas de la relación jurídica se ejecutará en otro Estado (Ej. dos empresas peruanas que ejecutarán una obra en Chile).

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

Sin embargo, Bolivia (artículo 71(I)(3) de la Ley de Arbitraje y Conciliación.- «Cuando las partes hubieren convenido expresamente que la materia arbitrable está relacionada con más de un Estado»); Guatemala (artículo 2(1)(c) de la Ley de Arbitraje.- «Las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado»); y, Chile (artículo 1(3)(c) de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional.- «Las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado»), contienen esta imprecisa disposición de la Ley Modelo de UNCITRAL.

Otros supuestos imprecisos contenidos en varias legislaciones arbitrales latinoamericanas son: Colombia (artículo 1(4) de la Ley N° 315.- «Cuando la controversia sometida a decisión arbitral afecte directa e inequívocamente los intereses del comercio internacional ...»); Ecuador (artículo 41(c) de la Ley de Arbitraje y Mediación.- «Cuando el objeto del litigio se refiere a una operación de comercio internacional»); y, Panamá (artículo 5(5) de la Ley de Arbitraje y Mediación.- «Si la materia objeto del arbitraje es de naturaleza civil o mercantil internacional y/o está relacionada con más de un Estado y/o consista en prestaciones de servicios, enajenación o disposiciones de bienes o transferencia de capitales que produzcan efectos transfronterizos o extraterritoriales»). Se tratan pues de supuestos difíciles de precisar y que no garantizan que un arbitraje en estos países se realizará conforme a sus disposiciones internacionales.

En cambio, un arbitraje con sede en el Perú será Nacional y por tanto se le aplicarán las disposiciones de la Sección Primera de la LGA, cuando ambas partes domicilien en el Perú y el cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones emanadas de la relación jurídica se ejecutarán en el país»⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵⁶⁾ Fernando CANTUARIAS SALAVERRY, «Nuevo marco normativo aplicable al Arbitraje en nuestro país: Ley General de Arbitraje -Ley N° 26572», en *Scribas, Revista de Derecho*, Arequipa, 1996, N° 2, p. 252. Fernando VIDAL RAMIREZ, *Manual de Derecho Arbitral*, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2003, p. 39. «La LGA no establece elementos o requisitos que permitan calificar al arbitraje como nacional pero sí lo hace respecto del que califica de internacional. De este modo, a *contrariu sensu*, el arbitraje que no reúne los elementos y requisitos para ser calificado de internacional viene a ser arbitraje nacional».

ARBITRAJE INSTITUCIONAL O ARBITRAJE AD-HOC ¿HE AHÍ EL DILEMA? (*)

PAOLO DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO (**)

SUMARIO: I. Introducción. II. Arbitraje institucional vs. arbitraje ad-hoc: primer acercamiento a la cuestión. 1. Arbitraje Institucional. 2. Arbitraje Ad-hoc. III. Arbitraje institucional vs. arbitraje ad-hoc: visión comparativa. 1. Composición del Tribunal Arbitral. 2. Previsión normativa. 3. Flexibilidad vs. Formalismo. 4. Supervisión de Conductas. 5. Intervención Judicial. 6. Costos del Arbitraje. 7. Soporte Institucional. IV. El papel de las instituciones arbitrales. 1. Apuntes introductorios. 2. Las instituciones arbitrales en el contexto interno del arbitraje. 3. Las instituciones arbitrales en el contexto externo del arbitraje. V. A manera de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

El arbitraje es una manifestación tangible de la autonomía de voluntades que detentan las partes para alcanzar una solución heterocompositiva de sus diferencias, a través de una vía alternativa a la ofrecida por el Poder Judicial. En cierta medida, el monopolio estatal para la administración de justicia cede terreno y ofrece otros

(*) Al doctor Manuel de la Puente y Lavalle, maestro de varias generaciones de abogados, con aprecio y gratitud.

(**) Secretario General del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima.

(1) Al respecto, el arbitraje en el Perú se consagra en la Constitución de 1979, que lo declara como jurisdicción al lado de la emanada por los jueces y tribunales peruanos.

mecanismos –muchas veces– más técnicos, rápidos, imparciales y predecibles al de la denominada justicia ordinaria; uno de ellos, es precisamente el sistema arbitral.⁽¹⁾

Los profundos cambios del sistema económico que nuestro país ha tenido en los últimos años, derivados de la apertura de mercados, el creciente comercio internacional, la celebración de tratados de integración y la participación del Perú en organismos multilaterales, ha conllevado que nuestras relaciones jurídico-económicas se internacionalicen y, de esta manera, el país, sus empresas y consumidores, se integren a la «aldea global». Lo anterior, por supuesto, también repercute sustantivamente en el régimen económico interno.

Así, la capacidad de respuesta de la justicia tradicional u ordinaria ha sido insuficiente, lo cual resultaba fácil de suponer. En efecto, si para la solución de conflictos en un mercado pequeño y centralmente planificado a través de la actividad empresarial del Estado, el Poder Judicial dejaba traslucir todas sus inoperancias, para una situación como la descrita líneas arriba, el estado de las cosas iba a ser peor.

No es, por tanto, una mera coincidencia que la legislación arbitral haya iniciado su despegue hace tan sólo una década y que, asimismo, la promoción y uso del arbitraje se haya intensificado hace muy pocos años⁽²⁾. Nos atrevemos a pensar que el mundo moderno necesita del arbitraje, como si se tratase del «capital» para la justicia. Para países en vías de desarrollo, como el nuestro, esta es una verdad irrefutable; por lo que su rechazo, desconocimiento o ignorancia solamente puede llevarnos a perder el «tren del tiempo».⁽³⁾

La Constitución Política de 1993 sigue esta línea de pensamiento cuando en su artículo 139º, numeral 1, referido a los principios y derechos de la función jurisdiccional declara que «No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y arbitral».

(2) La Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572, se promulgó el 20 de diciembre de 1995; en tanto los principales Centros de Arbitraje se constituyeron la década pasada y a inicios de la presente.

(3) Afortunadamente, la Constitución de 1993 ha rescatado estas ideas de vital importancia para el desarrollo del país. A modo de ejemplo, basta mencionar que

En consecuencia, el mensaje se decanta sólo: el arbitraje es un mecanismo eficiente para la solución de controversias. El orden jurídico nos ofrece esta alternativa, y el orden económico nos conduce a su utilización. Siendo ésta la realidad actual, ¿cómo implementamos el arbitraje de manera eficaz, ponderando los aspectos positivos que esta institución nos ofrece y, al mismo tiempo, reduciendo los riesgos de su eventual uso?

Aquí encontramos dos caminos que, con características distintas, apuntan a la solución arbitral del conflicto como meta común: ¿arbitraje institucional o arbitraje ad-hoc? ¿cuál camino debemos tomar? Para establecer una respuesta sustentada debemos, primero, conocer en detalle qué implica uno y otro tipo de arbitraje, así como los efectos y resultados que su uso adecuado nos puede traer. Este es el objetivo del presente trabajo: brindar una respuesta que, si bien no tiene que ser necesariamente compartida por todos los lectores, al menos servirá como punto de partida, cuestionamiento y reflexión cuando nos toque elegir entre el arbitraje institucional y el arbitraje ad-hoc.

A efectos de lo anterior, el presente trabajo tendrá cuatro secciones: en la primera, alcanzaremos reflexiones y conceptos fundamentales expuestos por la doctrina entendida acerca del arbitraje institucional y el arbitraje ad-hoc; en la sección segunda, brindaremos un análisis comparativo de ambos sobre la base de sus aspectos medulares como la composición del Tribunal Arbitral, las formas del procedimiento, la flexibilidad de sus reglas, entre otros, deteniéndonos en algunas disposiciones de la Ley General de Arbitraje (en adelante, LGA) que inciden en estas modalidades de arbitraje; seguidamente, en la sección tercera, ofreceremos algunos apuntes sobre el papel que ocupan las instituciones arbitrales, rescatando su impor-

el artículo 62º, incluido en los principios generales del régimen económico, señala que «Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley...» Un paso más adelante, el artículo 64º de la Constitución, declara que el Estado y las personas de derecho público pueden someter sus controversias derivadas de relación contractual a arbitraje nacional o internacional. Con esto, el Estado peruano otorga a la institución arbitral el lugar que los actores económicos exigen y el mundo moderno le reconoce.

tancia en el contexto económico actual; para finalmente arribar, a manera de conclusión, a una respuesta de nuestra pregunta inicial.

II. ARBITRAJE INSTITUCIONAL VS. ARBITRAJE AD-HOC: PRIMER ACERCAMIENTO A LA CUESTIÓN

El arbitraje institucional y el arbitraje ad-hoc son dos géneros de la misma especie: el arbitraje. De hecho, para hablar (y entender) qué caracteres e implicancias detenta uno, no lo podemos hacer sin considerar al otro, asunto que veremos en detalle en la siguiente sección. Sin embargo, nos permitiremos alcanzar, por el momento, algunas definiciones que bien pueden servirnos para tener un primer alcance, claro y sencillo, de los aspectos medulares de uno y otro tipo de arbitraje.

1. Arbitraje Institucional

El arbitraje institucional es un tipo de arbitraje que tiene su rasgo distintivo en la intervención de una institución arbitral, especializada y con carácter de permanencia, en el desarrollo del arbitraje. Son las partes quienes acuerdan en el convenio arbitral la participación de dicha institución con el ánimo de facilitar las actuaciones propias y de los árbitros a lo largo del proceso, principalmente, a través de la aplicación de las normas reguladoras de la institución arbitral, así como de los medios físicos y logísticos que ésta proporciona.

Usualmente el arbitraje institucional ha sido denominado como «arbitraje administrado», vocablo que presenta problemas dada las características que denota. Al respecto, compartimos la opinión de José María Roca Martínez cuando cuestiona dicho término por cuanto «... recoge un aspecto parcial de la actividad de la institución arbitral, olvidando otros como la organización o el control del arbitraje, tan importantes como aquella...»⁽⁴⁾.

⁽⁴⁾ ROCA MARTÍNEZ, José María, *Arbitraje e instituciones arbitrales*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1992, p. 174.

Nótese que la intervención de la institución arbitral está enfocada al apoyo e intermediación en la relación principal entre las partes y los árbitros, así como en la regulación, por voluntad expresa o defecto de acuerdo de aquéllas, de situaciones diversas al interior del proceso. En tal sentido, en modo alguno puede tener injerencia en las apreciaciones de hecho y derecho que formulen los árbitros, mucho menos en sus resoluciones ni en el laudo arbitral, lo cual es concordante con el papel que desempeñan los árbitros, recogido en el artículo 18º de la LGA⁽⁵⁾. Como dice Roque Caivano «... la cuestión litigiosa específica es resuelta por árbitros escogidos por las partes, sin la participación directa de la entidad, quien se limita a dar apoyo a las partes y a los árbitros. Estos son quienes tienen personalmente la tarea de sustanciar y decidir el caso, sin que la entidad como tal tenga injerencia en ello».⁽⁶⁾

Es importante acotar que, dada su importancia, el arbitraje institucional fue reconocido en el artículo 6º de la LGA, que a la letra dice: «La organización y desarrollo del arbitraje pueden ser encomendadas a una Institución Arbitral, la cual necesariamente deberá constituirse como Persona Jurídica. En tal caso, la institución arbitral estará facultada para nombrar a los árbitros, así como para establecer el procedimiento y las demás reglas a las que se someterá el arbitraje, de conformidad con su reglamento arbitral».

Los alcances de la disposición precitada nos permite señalar lo siguiente: (i) la facultad otorgada a las partes para pactar un arbitraje institucional, con la consiguiente intervención de una institución arbitral⁽⁷⁾; (ii) las funciones que ocupan a la institución arbitral por

(5) «Artículo 18º.- *Disposición general.*- Los árbitros no representan los intereses de ninguna de las partes y ejercen el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción. En el desempeño de sus funciones tienen plena independencia y no están sometidos a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones, gozando además del secreto profesional.»

(6) CAIVANO, Roque, *Negociación, Conciliación y Arbitraje*, APENAC, Lima, 1998, p. 239.

(7) Usualmente el sometimiento de las partes a la administración y organización del arbitraje ante un Centro se plasmará en el convenio arbitral. Sin embargo, nada impide que posteriormente la cláusula arbitral ad-hoc pueda ser novada por las

encargo de las partes circunscritas a la administración y organización del arbitraje, siendo entonces que los límites a tales funciones también se someten a la voluntad del encargo conferido por las partes; (iii) el tipo de persona que puede asumir dicho encargo, esto es, exclusivamente personas jurídicas, sean de derecho público o de derecho privado, descartando a las personas físicas o naturales; y (iv) la previsión al reglamento de la institución para establecer las normas del procedimiento y otras vinculadas al arbitraje.

Existe, por tanto, una relación de confianza que depositan las partes en la institución arbitral para permitir; primero, su intervención en el arbitraje; y luego, el despliegue de todas sus actividades conducentes al desarrollo eficaz del mismo, que se extiende incluso en la relación de la entidad con los árbitros. A decir de Cremades «en el funcionamiento real y práctico del procedimiento arbitral tiene una misión importantísima la institución arbitral, si las partes hubieran encomendado la administración del arbitraje a una entidad que les merezca confianza. La labor fundamental de ésta consiste principalmente en tutelar el desarrollo del procedimiento arbitral, para garantizar que los árbitros estén efectivamente cumpliendo la voluntad de las partes manifestada en el convenio arbitral»⁽⁸⁾

En consecuencia, el arbitraje institucional y la consiguiente intervención del tercero –la entidad arbitral– se justifica porque las partes, conscientes del carácter definitivo y, muchas veces, inapelable del laudo arbitral, quieren llegar a éste premunidas de toda la seguridad y estabilidad posibles, tanto en el nivel administrativo, como organizativo del proceso, y en el eventual control del comportamiento de los árbitros y de ellas mismas. Esto, sin menoscabar las responsabilidades y competencias que corresponden a los árbitros, sino por el contrario, coadyuvando a la eficacia del arbitraje a través de la participación decidida y permanente de una institución arbitral.

mismas partes con la finalidad de propiciar un arbitraje institucional, antes o incluso después de producido el conflicto.

(8) CREMADES, Bernardo María, «El proceso arbitral en los negocios internacionales», en *Themis*, N° 11, Lima, 1988, p. 12.

2. Arbitraje Ad-hoc

En contraposición con las apreciaciones efectuadas acerca del arbitraje institucional, en el arbitraje ad-hoc solamente se presentan las partes con los árbitros, prescindiendo del apoyo de terceros para la organización y administración del arbitraje. No se involucra, por tanto, a ninguna institución arbitral como facilitadora de las partes y árbitros para la resolución de la controversia; siendo, en ese sentido, la administración y organización aludidos de cargo de tales actores.

Jorge O'Farrell⁽⁹⁾ describe dos formas de arbitraje ad-hoc que nos parece pertinente mencionar: (i) el arbitraje ad-hoc en sentido estricto, mediante el cual las partes establecen sus propias reglas procesales; y (ii) el arbitraje ad-hoc en sentido amplio, por el que las partes se someten a un reglamento predeterminado, adecuando o sustituyendo disposiciones que supongan la intervención de la institución arbitral.

En una u otra forma, siempre van a tener las partes, con la colaboración de los árbitros, las prerrogativas a efectos de llenar de contenido el proceso arbitral; sea que opten por elaborar reglas ad-hoc, es decir, específicas para el caso concreto; o que, basándose en el reglamento de una institución arbitral, elaboren una mixtura de normas destinadas a pautear el desarrollo del proceso arbitral, eliminando cualquier rezago de participación de la institución titular de dicho reglamento.

Lo anterior, se ha identificado con el concepto de libertad o flexibilidad en el desarrollo del arbitraje, denominando por esa razón a este mecanismo como un «arbitraje libre» o «arbitraje flexible»; cuestión que, como trataremos más adelante, puede ser cierta, pero no excluyente del arbitraje ad-hoc, sino que también puede ser perfectamente aplicable al arbitraje institucional.

Finalmente, acerca de la relación de confianza que en el arbitraje institucional las partes depositan en la institución arbitral –tema

⁽⁹⁾ O'FARRELL, Jorge, «Arbitraje internacional, solución de futuro», en *Revista Jurídica Argentina La Ley*, T. 1992-C, Buenos Aires, 1992, p. 804.

referido líneas arriba-, en el arbitraje ad-hoc esa confianza se traslada a los árbitros, quienes son premunidos de todas las competencias del caso para resolver el conflicto existente⁽¹⁰⁾. Por esta razón, algunos autores, más que referirse a un arbitraje ad-hoc, prefieren llamarlo arbitraje personalizado, en tanto son las personas naturales en quienes recae la designación de árbitros, las que asumirán directamente la responsabilidad del arbitraje.⁽¹¹⁾

III. ARBITRAJE INSTITUCIONAL VS. ARBITRAJE AD-HOC: VISIÓN COMPARATIVA

Pensamos que el mejor camino para mostrar y comprender las características que embargan uno y otro tipo de arbitraje es a través de un análisis comparativo/temático, respecto de ambos, lo que nos permitirá identificar con mayor claridad sus fortalezas y debilidades, así como la ventaja comparativa de uno sobre el otro. A tales efectos, hemos identificado siete temas sustantivos que ayudarán a este propósito.

1. Composición del Tribunal Arbitral

Tradicionalmente, una diferencia gravitante establecida entre el arbitraje institucional y el arbitraje ad-hoc se encontraba en la forma por la cual se iba a componer el Tribunal Arbitral. En efecto, bajo esa línea de pensamiento, en tanto la designación era hecha por las partes nos encontrábamos ante un arbitraje ad-hoc, siendo que la misma designación por parte de una institución arbitral, derivada

⁽¹⁰⁾ Algunos autores apuntan a una obligación «*intuitu personae*» del árbitro, quien asume una obligación personalísima y, por tanto, indelegable para resolver el conflicto. En tal sentido, se llega a decir que «... la resolución de una controversia por parte de un árbitro es una obligación personalísima al consistir en una actividad intelectual en función de sus conocimientos, especialidad, experiencia, disponibilidad, etc. Cualidades todas ellas infungibles que contribuyen al carácter indelegable de las obligaciones *intuitu personae* del árbitro» (MUNNÉ CATARINA, Frederic, *La administración del arbitraje: Instituciones arbitrales y procedimiento arbitral*, Arazandi, Navarra, 2002, p. 22).

⁽¹¹⁾ LOHMANN, Juan Guillermo, *El Arbitraje*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1989.

del encargo de las partes, suponía ubicarnos ante un arbitraje institucional⁽¹²⁾.

Consideramos errada dicha aseveración por cuanto la forma de designación directa de un Tribunal Arbitral, es decir, por nominación de las partes, no es exclusiva de un arbitraje de tipo ad-hoc.

El sustento es simple: el arbitraje –sea de tipo institucional o de tipo ad-hoc– parte de un principio elemental, cual es la autonomía privada de la que gozan las partes para establecer el mecanismo arbitral que más les convenga para resolver sus controversias, sin recurrir a la jurisdicción ordinaria. En tal sentido, las partes que celebran un convenio arbitral, bien pueden establecer en su cláusula un sistema de composición del Tribunal Arbitral delegado en una institución arbitral, pero sin someterse a su administración, estableciendo así un arbitraje ad-hoc; o también, pueden acordar someterse a la organización y administración del arbitraje por parte de una institución, pero fijando un sistema de designación directo del órgano arbitral.

Lo acotado es concordante con el espíritu de la LGA cuando permite la intervención de terceros en el arbitraje a efectos de decidir libremente sobre asuntos donde las partes tienen disposición para resolver directamente⁽¹³⁾, entre los cuales está la designación de árbitros. De la misma manera, el artículo 6º de la LGA –referido en la sección precedente– circunscribe las funciones de las instituciones arbitrales al acuerdo de voluntades. Incluso, habiendo un someti-

(12) Así, distinguimos «entre arbitraje institucional y arbitraje ad hoc por la forma reglada o convencional de designar y constituir al árbitro o al colegio arbitral, y por la forma de dar inicio a su intervención. En el arbitraje ad hoc, las propias partes designan de forma directa o indirecta al árbitro, sin que existan reglas predeterminadas, mientras que en el arbitraje institucional las partes encomiendan a una institución la designa o confirmación del árbitro y la administración del arbitraje, de acuerdo con un procedimiento preestablecido» (MUNNÉ CATARINA, Frederic, *La administración del arbitraje: Instituciones arbitrales y procedimiento arbitral*, cit., p. 20).

(13) «Artículo 5º.- *Intervención de terceros*.- Las partes podrán acordar la intervención de un tercero, incluida una institución arbitral, para decidir libremente sobre una cuestión que ellas mismas pueden resolver directamente».

miento incondicional de las partes a un reglamento arbitral, algunas instituciones arbitrales contemplan en sus normas procesales mecanismos directos a fin de que las partes compongan su Tribunal Arbitral, actuando tan sólo por defecto o falta de acuerdo de éstas para designar al árbitro⁽¹⁴⁾.

Como bien señalan Lorca Navarrete y Silguero «el arbitraje institucional supone que las partes, previo convenio arbitral, acuerden que sea una institución de las que en sus estatutos o normas reguladoras se previene la realización de funciones arbitrales, la que resuelva las cuestiones litigiosas (...) bien encomendándole sólo la administración del arbitraje y reservándose a sí mismas el nombramiento de los árbitros, bien encomendándole tanto la gestión del arbitraje, como la elección de los árbitros a la institución que designen.»⁽¹⁵⁾

⁽¹⁴⁾ A modo de ejemplo, la parte pertinente del Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, señala:

«Artículo 23º.- *Procedimiento de designación del Órgano Arbitral por acuerdo de las partes.*- La Secretaría General iniciará el proceso de designación del Órgano Arbitral por acuerdo de las partes, una vez admitida la petición de arbitraje, adoptando las siguientes medidas:

a) Si las partes hubieran designado árbitro(s) en el convenio arbitral, en la petición de arbitraje o en su contestación, se encuentren incluidos o no en el Registro de Árbitros del Centro, la Secretaría General procederá a notificarlo(s) a fin de que exprese(n) su aceptación a la designación dentro de los cinco (5) días de notificado(s), salvo lo dispuesto en el literal b) de este artículo.

(...)»

Nótese cómo, pese a ser un arbitraje institucional, las normas procesales de la entidad referida: (i) otorgan a las partes plena capacidad de decisión en cuanto a la designación del Tribunal, lo que puede ocurrir a la hora de celebrar el convenio arbitral, al momento que el demandante presente la petición de arbitraje, o cuando el demandado efectúe la contestación; y (ii) la elección de los árbitros no se reduce a una lista cerrada de árbitros, previamente calificada por la institución, sino que permite que las partes designen a personas que no pertenecen al Registro de Árbitros, dada la relación de confianza que, se busca, exista entre éstos y las partes.

⁽¹⁵⁾ LORCA NAVARRETE, Antonio María y Joaquín SILGUERO ESTAGNAN, *Derecho de Arbitraje Español*, Dykinson, Madrid, 1994, p. 131.

En suma, definir un tipo de arbitraje, como ad-hoc o institucional, por la forma directa o delegada para designar a los árbitros, es abiertamente equivocado, por cuanto, como hemos visto, en el arbitraje institucional la designación puede reservarse a las partes, ya sea porque así lo contempla el convenio arbitral o las propias reglas procesales de la entidad a la que están sometidas; en tanto, en un arbitraje ad-hoc, es común y lícito que las partes encarguen a un tercero tal designación, o bien ésta sea efectuada por un órgano judicial, a falta de acuerdo de las partes.

2. Previsión normativa⁽¹⁶⁾

El arbitraje ad-hoc empieza de «cero», es decir, las partes que acuerdan dirimir sus actuales o futuras controversias a través del arbitraje, deben también definir las reglas procesales para llevarlo a cabo de una manera efectiva. En ese sentido, el convenio arbitral debe ser lo suficientemente amplio para regular distintas situaciones que se van a generar –o podrían generarse– al inicio del arbitraje, durante su tramitación, e incluso, luego de emitido el laudo arbitral. Esto exige de las partes dos cosas fundamentales: (i) una muy buena disposición para negociar; y (ii) bastante conocimiento y experiencia en lo que se está negociando.

Sobre este punto, Sara Feldstein señala que «la principal ventaja del arbitraje ad hoc o libre consiste en su facilidad de adaptación a los deseos de las partes como a las características especiales de cada conflicto. Sin embargo, no puede olvidarse que para maximizar este beneficio, resulta imprescindible contar con la cooperación entre las partes como la de sus asesores. De modo que, acordadas las reglas como lograda la instalación del tribunal arbitral, este tipo de arbitraje puede alcanzar la fluidez adecuada, constituyéndose en una suerte

(16) Sobre el particular, el artículo 33º de la LGA prevé: «Las partes pueden pactar el lugar y las reglas a las que se sujeta el proceso correspondiente. Pueden también disponer la aplicación del reglamento que tenga establecido la institución arbitral a quien encomiendan su organización (...)». Nótese cómo la legislación arbitral peruana otorga amplia libertad de regulación del proceso a las partes, pudiendo ellas acomodarse a un arbitraje ad-hoc o a uno institucional.

de traje a medida para quienes lo eligen. Pero si desciende el nivel de cooperación entre las partes, simétricamente tiende a disminuir, a disiparse sus virtudes».⁽¹⁷⁾

El arbitraje institucional es más simple en ese aspecto, en vista que las partes, al someterse a los reglamentos de la institución arbitral, implícitamente están consintiendo que las cuestiones que ocurran o puedan ocurrir al interior del arbitraje, así como en la relación entre ellas, o en su relación con los árbitros o con la entidad arbitral, sean definidas por lo que la normativa de esta última dispone; sin perjuicio que puedan precisar, eventualmente, ciertos pactos en contrario.

Al respecto, Craig, Park y Paulsson ponen «el dedo en la llaga» cuando dicen «In practice, once litigation ensues, agreements for ad hoc arbitration have created adversity (and in some cases disaster) for the claimant. It is impossible to foresee and provide for all the procedural issues which may come up. In the case of institutional arbitration, such issues are handled by reference to a pre-established body of rules».⁽¹⁸⁾

En efecto, el arbitraje ad-hoc nos conduce a un grado de previsión normativa absoluto, lo cual es muy difícil de lograr, siendo por el contrario, un lugar propicio para que aparezcan las denominadas cláusulas patológicas, las que rara vez son eliminadas una vez que aparece el litigio.⁽¹⁹⁾

Por lo expuesto, las ventajas comparativas que trae el arbitraje institucional sobre el arbitraje ad-hoc relativas a la previsión normativa, son las siguientes:

(17) FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara, «Los beneficios del arbitraje comercial internacional», en *Revista Iberoamericana de Arbitraje*. www.servilex.com.pe/arbitraje.

(18) CRAIG, Laurence; PARK, William y Jan PAULSSON, *International Chamber of Commercial Arbitration*, 2^a ed., ICC Publishing, New York, 1990, p. 51.

(19) CREMADES, Bernardo María, «España ante el arbitraje comercial internacional», en *Estudios sobre arbitraje comercial internacional*, Centro de Estudios Comerciales (CECO), Madrid, 1983, p. 38.

- a) *Simplicidad*: por cuanto las partes incorporan las reglas del proceso a su cláusula arbitral. Como dice Caivano «el arbitraje institucional simplifica la celebración del acuerdo arbitral al disponer las partes de normas reglamentarias elaboradas por instituciones idóneas y experimentadas, plasmadas en modelos sencillos que permiten concluir un acuerdo arbitral de manera práctica y rápida»⁽²⁰⁾. Justamente, estas cláusulas modelo o cláusulas tipo pertenecientes a las instituciones arbitrales, buscan sintetizar las cuestiones principales que debe haber en un convenio arbitral, sin que las partes tengan que «descubrir la pólvora» para llevar a cabo un arbitraje efectivo, lo que linda con una sobrerregulación innecesaria y predispuesta al error.
- b) *Predictibilidad*: por cuanto las partes saben de antemano cómo se van a regular las distintas situaciones que se presenten en el proceso, en vista que las normas de la entidad a la cual se han sometido, lo hace de manera anticipada, como por ejemplo, el número de árbitros que componen el Tribunal, la sede del arbitraje, los días habilitados para las audiencias o el idioma a utilizar, entre otras cuestiones elementales. De alguna manera se alcanza una eficacia «ex ante» en el proceso, que en términos de plazos, costos y posibilidades reales de solución del litigio, es sumamente atractivo. Es importante –por no decir obvio– que las partes deben conocer los reglamentos de la institución arbitral antes de celebrar el convenio y someterse a su administración.
- c) *Reducción de contingencias*: por cuanto los «baches» que pueden presentarse en cualquier etapa del arbitraje, tienen una solución prevista en los reglamentos de la institución arbitral⁽²¹⁾.

⁽²⁰⁾ CAIVANO, Roque, «El arbitraje como modelo alternativo para la prestación de la justicia», en *La Ley*, N° 121, Buenos Aires, 1989, p. 1.

⁽²¹⁾ Sobre el particular, Gary BORN dice: «Institutional arbitration is conducted according to a standing set of procedural rules and supervised, to a greater or lesser extent, by a professional staff. This reduces the risk of procedural breakdowns, particularly at the beginning of the arbitral process, and technical defects in the arbitral award» (Born Gary, *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Planing, Drafting and Euforcing*, Kluwer, Boston, 1999).

Por ejemplo, pensemos en la recusación del árbitro único, donde es el juez quien debe resolver acerca de la procedencia o no de la misma, tratándose de un arbitraje ad-hoc; o la institución arbitral, conforme a su reglamento, si es que nos encontramos frente a un arbitraje institucional. En el primer supuesto, tenemos que justo lo que las partes quisieron evitar –la intervención del Poder Judicial– en la resolución de su conflicto, no puede esquivarse, lo que usualmente va a generar inseguridad e incertidumbre en el resultado; en el segundo supuesto, es la institución arbitral que conoce el caso por voluntad de las partes, que tiene reglas predeterminadas, y que además cuenta con la experiencia suficiente en la práctica arbitral, la que resolverá la recusación⁽²²⁾.

- d) *Adaptación permanente*: por cuanto los nuevos requerimientos y necesidades de las partes van a promover la modificación de los reglamentos de las instituciones con la finalidad de satisfacer las expectativas de los usuarios del arbitraje institucional. Además, el número cada vez mayor de instituciones arbitrales que ofrecen este servicio conlleva a una sana competencia entre ellas, donde una de las mejores formas de distinguirse de las otras, y tener una mejor posición en el mercado de los servicios de organización de arbitrajes, es contando con reglamentos arbitrales modernos, que permitan un proceso fluido, simple y eficaz.⁽²³⁾

3. Flexibilidad vs. Formalismo

Uno de los principales mitos del arbitraje dice que el arbitraje ad hoc es sumamente flexible a las necesidades de las partes, en tanto el arbitraje institucional está saturado de formalismos.

⁽²²⁾ Al respecto, ver el artículo 31º de la LGA.

⁽²³⁾ Sobre este punto CAIVANO, al referirse a las instituciones arbitrales explica que «...suele tratarse de instituciones de reconocida versación y prestigio, que a lo largo del tiempo han ido perfeccionando y adaptando las reglas a las necesidades que se plantean en materia de solución de disputas» (CAIVANO, Roque, *Arbitraje: su eficacia como sistema alternativo de solución de conflictos*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 68).

Creemos que con todas las ventajas apuntadas en el numeral anterior, relativas a la previsión normativa que caracteriza uno y otro tipo de arbitraje, este mito debe haber desaparecido. No obstante, para evitar su reaparición, consideramos importante precisar lo siguiente:

- a) La flexibilidad es inherente al arbitraje, dejando de lado el mecanismo que uno opte para ejecutarlo. Esto, producto de la libertad de regulación del proceso que asiste a las partes. Entonces, un arbitraje institucional –en apariencia, «menos flexible»– se torna muy flexible cuando las partes facilitan su tarea regulatoria sometiéndose a un reglamento arbitral predeterminado, pero adaptándolo, en ciertos aspectos, a las particularidades del caso concreto.
- b) La formalidad, por su parte, no tiene un contenido peyorativo, ni está reñida con la flexibilidad propia del arbitraje; por el contrario, contribuye con la adecuada organización y administración del arbitraje, evitando incluso potenciales anulaciones del laudo arbitral.
- c) Adicionalmente, gracias al arbitraje institucional y su previsión normativa, asistimos a un fenómeno saludable: la estandarización del proceso. La estandarización debe ser vista como un mecanismo de puesta en práctica por la institución arbitral que coadyuva con la celeridad, simplificación, certidumbre y eficacia del proceso. Desde la forma de redacción de la cláusula arbitral, pasando por detalles como la notificación a las partes, el contenido mínimo de las actas de las diferentes audiencias, las formas seguidas para presentar los alegatos o la custodia del expediente arbitral, van a ser materia de este mecanismo o instrumento de estandarización propio del arbitraje institucional; y que el arbitraje ad-hoc, no tiene⁽²⁴⁾.

⁽²⁴⁾ Sobre este tema, RUBIO manifiesta que en el arbitraje institucional se incorporan reglas procesales estándares elaboradas sobre la base de la experiencia de la institución arbitral, la que, igualmente, deja un margen de discreción a las partes para regular acerca de aspectos esenciales del arbitraje, bajo criterios diferentes a los puestos en el reglamento de la entidad arbitral (RUBIO GUERRERO, Roger, *Desarrollo*

4. Supervisión de Conductas

Con toda razón se dice que las libertades otorgadas a los individuos no pueden ser llevadas por éstos a límites que supongan violaciones a derechos de terceros. El campo arbitral no puede ser la excepción.

En efecto, el libre procedimiento para el nombramiento de árbitros y la libertad de regulación del proceso conferido a las partes, así como la independencia de funciones puesta a favor de los árbitros, de conformidad con la legislación arbitral vigente⁽²⁵⁾, no los exonera del seguimiento de principios o normas de conducta cuyo cumplimiento deben respetar durante toda su participación en el arbitraje.

Dejando de lado el hecho concreto que las actuaciones de las partes –incorporando a ellas a sus representantes, abogados y asesores– y de los árbitros, voluntariamente y sin necesitar una institución que los controle, siguen en muchas ocasiones los cánones de conducta elementales para dotar al arbitraje de transparencia y confianza, no es menos cierto que, en otros casos, se han detectado irregularidades de contenido ético que no se ha sabido cómo solucionar.

Creemos que el arbitraje ad-hoc es más proclive de presentar estas inseguridades de orden ético en la actuación de partes y árbitros, dado que frente a ellos no existe una institución arbitral que defina a ciencia cierta lo que se puede o no se puede hacer, o decir, en las relaciones partes-árbitros-terceros. En cambio, en el arbitraje institucional se presenta una situación inversa: las partes y árbitros saben previamente cuáles son las líneas de conducta que deben seguir. Las primeras, al someterse y aceptar las normas de la entidad arbitral; y los segundos, al señalar que no tienen impedimento alguno para encargarse del arbitraje, sometiéndose a las reglas de la institución arbitral que los acoge.

Cabe advertir que los principales reglamentos arbitrales como los de la CCI, CIADI y UNCITRAL contemplan normas de conducta

y posibilidades del arbitraje institucional en el Perú, Tesis para optar el título de abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002).

⁽²⁵⁾ Sobre estos asuntos, ver los artículos 18º, 21º y 33º de la LGA.

y principios éticos, como son los de independencia e imparcialidad⁽²⁶⁾. Sin embargo, ¿descartamos el arbitraje ad-hoc por la inexistencia de normas de conducta prefijadas y de una institución arbitral que las haga respetar? La respuesta es no, toda vez que no se requiere un código de ética para que las partes y árbitros se comporten debidamente. No obstante ello, la ventaja que trae un arbitraje institucional respecto del arbitraje ad-hoc, es que las normas de conductas reguladas en un código de ética bien estructurado, marca un derrotero que partes y árbitros están obligados a seguir.

En el caso particular de los árbitros, el arbitraje institucional destaca nítidamente sobre el arbitraje ad-hoc. Nos explicamos: no tenemos duda que el arbitraje vale por lo que valen los árbitros, siendo por tanto su elección, un factor determinante del futuro éxito del arbitraje⁽²⁷⁾. Por este motivo, las instituciones arbitrales procuran tener listas o registros de árbitros propios, con el objeto de destacar ante los usuarios de sus servicios, el grupo profesional y experimentado que tienen a su disposición; es más, el ingreso a estas listas de árbitros se perfecciona cada día más, pasando el postulante por una rigurosa evaluación de la institución arbitral, la que examina sus antecedentes académicos, profesionales y también personales.

De esta forma, las instituciones arbitrales tienen como una de sus principales tareas conformar una lista de árbitros idónea y especializada. Idoneidad, entendida como la aptitud del árbitro para solucionar las controversias presentadas, con el máximo de diligencia y

⁽²⁶⁾ Por ejemplo, el artículo 1º del Código de Ética del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima establece su observancia obligatoria para todos los árbitros, siendo también aplicable, entre otros, a las partes, sus representantes, abogados y asesores. Asimismo, sobre las normas éticas contenidas en el citado código se dice que éstas «...constituyen principios generales con el objetivo de fijar conductas de actuación procesal. No son limitativas ni excluyentes de otras reglas...». De lo expuesto, podemos ver cuatro características centrales de este código: (i) el carácter vinculante; (ii) la aplicación general; (iii) la definición de principios; y (iv) la descripción enunciativa, mas no taxativa, de conductas que pueden vulnerar las normas éticas del Centro.

⁽²⁷⁾ CREMADES, Bernardo María, *Análisis comparativo de tribunales arbitrales permanentes*, cit. por ROCA MARTÍNEZ, *Arbitraje e instituciones arbitrales*, cit., p. 201.

conocimiento de la cuestión; y especialización de los árbitros, enfocada en los diversos campos del ordenamiento jurídico y de las actividades económicas. Al mismo tiempo, las listas de árbitros avaladas por la institución arbitral deben ofrecer transparencia, así como seguridad de imparcialidad y de independencia a las partes.

Lo anterior proyecta una doble confianza a las partes con relación a los árbitros: (i) que éstos, así no lo quieran internamente, se verán compelidos a cumplir ciertas normas de conducta y asumir responsabilidades definidas, como el deber de declaración por ejemplo; y (ii) en la eventualidad de su incumplimiento, se sujetarán a las sanciones que les imponga la institución arbitral, las que pueden ir desde una simple amonestación, pasando a la suspensión temporal de su derecho a ser elegido como árbitro, llegando incluso a su separación definitiva de la lista, en caso se halle incorporado. Siendo que los árbitros «venden» su imagen de profesionales probos y competentes, la supervisión de sus conductas por parte de la institución arbitral resulta de vital importancia. Esto, se presenta siempre en el arbitraje institucional, pero no en el arbitraje ad-hoc.

5. Intervención Judicial

Una de las diferencias más importantes que distingue al arbitraje institucional del arbitraje ad-hoc es el grado de intervención que sobre ambos ejerce el Poder Judicial. Como principio, conviene señalar, el arbitraje goza de plena autonomía e independencia respecto del fuero judicial, salvo en aspectos limitados por la propia LGA que permite la participación de éste último, pero de manera residual⁽²⁸⁾.

⁽²⁸⁾ Nos estamos refiriendo, básicamente, a los recursos de apelación y anulación que pueden presentarse contra el laudo arbitral, así como a las medidas cautelares y ejecución del laudo que se realizan en sede judicial. Al respecto, puede consultarse los artículos 63º, 71º, 79º y 83º de la LGA. En estos casos, obsérvese cómo la intervención del Poder Judicial es necesaria, incluso inexorable, en tanto los árbitros no pueden revisar sus propios laudos (salvo que se trate de la corrección, integración o aclaración del laudo) ni tampoco ejecutarlos al carecer del poder de coerción respectivo.

Sin embargo, ese rol subsidiario que ocupan los órganos judiciales, puede desbordarse cuando nos hallamos frente a un arbitraje ad-hoc. Nos explicamos mejor: en el arbitraje institucional situaciones de potencial entrapamiento del arbitraje, sea por falta de regulación de las partes o simplemente por ausencia de acuerdo entre ellas, viene ya solucionada por el reglamento de la institución a la cual han confiado la organización y administración del arbitraje. Justamente, en eso consiste el aporte en predictibilidad y reducción de riesgos que ofrece el arbitraje institucional, en contraposición al arbitraje ad-hoc, y que fuera materia de comentario líneas arriba.

En el arbitraje ad-hoc, por el contrario, son estas situaciones, siempre imprevistas e impensadas las que, de no existir buena voluntad de las partes ni mucho ánimo conciliador, van a terminar en manos de un órgano judicial, pese a que inicialmente fue eso lo que se buscó evitar⁽²⁹⁾.

A mayor abundamiento, vamos a presentar algunas situaciones previstas en la LGA que conllevan a una intervención judicial más allá de lo estrictamente necesario, pero que sucede producto de las limitaciones propias del arbitraje ad-hoc:

- a) *Designación de árbitros*: supone tomar decisiones o llegar a acuerdos con la parte contraria dentro de plazos establecidos, sea para el nombramiento del árbitro de parte –en caso se trate de un cuerpo arbitral colegiado–, sea para el nombramiento del árbitro común –en caso se trate de un arbitraje unipersonal–; en caso no se alcance el nombramiento, éste será efectuado por el juez. Lo mismo ocurrirá si los árbitros de parte no se ponen de acuerdo acerca de la designación del tercer árbitro⁽³⁰⁾.

⁽²⁹⁾ Sobre el particular, con total acierto CRAIG, PARK y PAULSSON señalan «...every time the defendant creates delays, or fails to file pleadings or evidence, or refuses to participate in hearings, the claimant has an unattractive choice: a) to ask a judge to intervene, thus ending up in an ordinary court, which is exactly what one wanted to avoid by drafting the arbitration clause...» (CRAIG/PARK/PAULSSON, *International Chamber of Commercial Arbitration*, cit., p. 51).

⁽³⁰⁾ «Artículo 21º.- *Libertad de procedimiento de nombramiento*.- Las partes podrán determinar libremente el procedimiento para el nombramiento de el o los árbitros. A falta de

- b) *Incumplimiento del encargo para la designación de árbitros*: de conformidad con el artículo 20º de la LGA, las partes pueden encargar a terceros la designación de uno o más árbitros⁽³¹⁾. Sin embargo, el incumplimiento o rechazo expreso del encargo, sumado a la falta de acuerdo de las partes para designar a un nuevo encargado dentro de un plazo prefijado, conllevará al nombramiento judicial del árbitro o árbitros⁽³²⁾. En este caso, como en el supuesto anterior, el nombramiento por el juez debe seguir un trámite sumamente engorroso, lleno de recursos, actuaciones y audiencias que terminan retrasando de manera considerable el inicio del arbitraje⁽³³⁾.

acuerdo entre las partes, en los arbitrajes con tres árbitros, cada una nombrará a un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero quien presidirá el tribunal arbitral.

Si una de las partes no nombra al árbitro que le corresponde dentro del plazo de diez (10) días de haberse requerido su nombramiento, la designación será hecha por el juez. Por su parte, si los árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del tercer árbitro dentro del mismo plazo, el nombramiento lo efectuará el juez.

En el arbitraje con árbitro único, o cuando las partes hayan acordado que el nombramiento de los árbitros se efectuará de común acuerdo, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre su designación, transcurrido diez (10) días de la primera propuesta, el nombramiento lo efectuará el juez.

(...).

⁽³¹⁾ «Artículo 20º.- *Nombramiento*.- Los árbitros serán designados por las partes o por un tercero, quien puede ser persona natural o jurídica, incluida una institución arbitral. La designación deberá ser comunicada a la parte o partes, según el caso, inmediatamente después de efectuada.

Podrán designarse igualmente uno o más árbitros suplentes.»

⁽³²⁾ «Artículo 22º.- *Incumplimiento del encargo*.- Si el tercero a que se refiere el Artículo 20º, encargado de efectuar la designación de el o los árbitros, no lo hiciera dentro del plazo determinado por las partes o del establecido en el reglamento de la institución arbitral o, a falta de ellos, dentro del plazo de diez (10) días de solicitada su intervención, se considerará que rechaza el encargo. En tal caso, las partes podrán designar a un nuevo tercero con ese propósito. A falta de acuerdo entre las partes sobre la designación del tercero dentro del mismo plazo, el juez procederá a la designación de el o los árbitros.»

⁽³³⁾ Al respecto, ver el artículo 23º de la LGA.

- c) *Recusación de árbitros*: nuevamente tenemos otro supuesto de hecho para la intervención judicial, este es, cuando se presenta la recusación del árbitro único al interior de un arbitraje ad-hoc; situación distinta ocurre en un arbitraje institucional, donde la recusación del árbitro único, de un miembro del Tribunal Arbitral, o incluso, de todos los integrantes del Tribunal, siempre será resuelta por la Corte o Consejo de Arbitraje de la institución arbitral⁽³⁴⁾. Igualmente, el trámite judicial resulta engorroso y lleno de obstáculos, perjudicando la celeridad y eficacia del arbitraje, lo cual es evidente que sea así, por cuanto se recurre a un tercero ajeno totalmente al proceso –el juez– quien muchas veces no tiene la experiencia ni el manejo de los temas arbitrales.

Asimismo, podríamos extender esta parte del artículo citando y comentando otros supuestos donde la falta de previsión normativa del arbitraje ad-hoc nos lleva a una intervención judicial, como es el caso de la designación de árbitros sustitutos por ausencia, enfermedad o muerte del titular, entre otros.

Nótese, además, que la intervención del Poder Judicial en cada uno de los casos presentados en nada atenta contra la independencia y autonomía del fuero arbitral. No es, por tanto, una interferencia

⁽³⁴⁾ «Artículo 31º.- Procedimiento de recusación.- Iniciado el proceso arbitral, la parte que formula recusación debe hacerlo inmediatamente después de conocida la causa que la motiva, justificando debidamente las razones en que se basa y siempre que no haya vencido el plazo probatorio. Si el recusado niega la razón y el arbitraje fuera unipersonal, el Juez, conforme al trámite indicado en el Artículo 23º, en lo que fuera pertinente, o la institución organizadora del arbitraje, conforme a su reglamento, resolverán sobre la procedencia o no de la recusación, después de oídas las partes y el árbitro.

Si el arbitraje fuera colegiado, la institución organizadora del arbitraje, cuando correspondiera, o el tribunal arbitral, resolverá la recusación por mayoría absoluta sin el voto del recusado. En caso de empate resuelve el presidente, salvo que él sea el recusado, en cuyo caso resuelve el de mayor edad.

Contra la resolución que el Juez, la Institución Organizadora o el tribunal pronuncien, no procede ningún medio impugnatorio.

El trámite de recusación no interrumpe la prosecución del proceso arbitral.»

indebida, sino una participación necesaria para subsanar los «huecos» dejados por la falta de regulación presentada en el arbitraje ad-hoc⁽³⁵⁾.

6. Costos del Arbitraje

Definitivamente un tema delicado (casi tabú) es el relativo a los costos que las partes deben asumir para llevar a cabo un arbitraje, asunto que, por cierto, termina siendo el peso real de la balanza para inclinarse por un arbitraje ad-hoc, en vez de seguir un arbitraje institucional.

Se ha sentado –equivocadamente desde mi punto de vista– la idea de que el arbitraje ad-hoc es más económico que el arbitraje institucional por dos factores: (i) los honorarios de los árbitros pueden ser tabulados con ellos; y (ii) no se pagan gastos administrativos por los servicios que presta la institución arbitral. Si bien es cierto, dicen los defensores de esta postura, hay una serie de costos fijos y gastos corrientes que deben asumirse, el balance termina siendo siempre positivo para el arbitraje ad-hoc contra lo que puede arrojar un arbitraje institucional.

La anterior es una verdad a medias, por lo tanto, no es correcta esa afirmación. En primer lugar, en un arbitraje ad-hoc las partes no

⁽³⁵⁾ Fenómeno distinto hemos venido apreciando en los últimos tiempos, donde a través de acciones de garantía y medidas cautelares presentadas cuando ya se inició el arbitraje, la parte inconforme con el sometimiento al fuero arbitral o con las decisiones adoptadas por los árbitros, interrumpe el trámite del proceso, buscando la suspensión o archivo definitivo del expediente arbitral.

Lo acontecido motivó un pronunciamiento acertado del Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República, quien, a través del Oficio Circular N° 005-2005-P-CS-PJ de fecha 4 de julio de 2005 señaló: «Conforme a nuestro ordenamiento jurídico, el Arbitraje es un instrumento o medio destinado a solucionar controversias disponibles y, generalmente, tiene su origen en la autonomía de la voluntad de las partes - convenio arbitral -; es decir, búsqueda de solución consensual; y se desarrolla conforme a sus propias reglas de procedimiento. Conviene a la elevada finalidad de la función judicial, que la intervención de los órganos jurisdiccionales se produzca en los casos taxativamente prescritos en la Constitución del Estado, la Ley General de Arbitraje N° 26572 y, demás disposiciones legales sobre la materia; esto, a efecto de evitar colisiones innecesarias...».

saben cuánto van a pagar, en otras palabras, inician el proceso sin certeza respecto al monto de los gastos arbitrales, asunto que se decidirá posteriormente cuando se instale el Tribunal Arbitral. En segundo lugar, los criterios para determinarlos son subjetivos, quedando generalmente a criterio o discreción de los árbitros. Y en tercer lugar, las partes poco o nada pueden hacer si se les exige un incremento en el pago de los gastos arbitrales, requerimiento que, de no cumplirse, implica serios inconvenientes en el desarrollo del proceso arbitral.

En el arbitraje institucional, en cambio, la determinación de los gastos arbitrales⁽³⁶⁾ tiene dos factores fundamentales: (i) existe certeza acerca del monto desde un primer momento, en vista que las instituciones arbitrales cuentan con Reglamentos de Aranceles que determinan de antemano el costo del arbitraje, por lo que, sea mucho o poca la suma a cancelar, las partes saben antes de iniciar el arbitraje cuánto les va a costar; y (ii) las tarifas son fijadas siguiendo criterios objetivos, ya que las instituciones arbitrales toman como punto de referencia la suma controvertida, a la que se aplica una tasa predeterminada, incluyendo, en casos con cuantías muy elevadas, topes máximos de pago, eliminando así cualquier atisbo de discrecionalidad o arbitrariedad de parte de la institución⁽³⁷⁾.

En conclusión, certidumbre y objetividad son los rasgos distintivos del costo del arbitraje en un arbitraje institucional. Sin embargo, podría refutarse que, pese a estas bondades, el arbitraje ad-hoc sigue siendo en algunos casos menos oneroso que el arbitraje institucional.

⁽³⁶⁾ Los gastos arbitrales son resultado de la sumatoria de los honorarios de los árbitros por el desempeño de sus funciones, más los gastos administrativos correspondientes a la institución arbitral por los servicios que presta en la administración y organización del arbitraje.

⁽³⁷⁾ Conviene advertir que esto funciona cuando las pretensiones invocadas por las partes son determinadas. De esa manera, al tener cuantía conocida, puede efectuarse el cálculo de los gastos arbitrales respectivos sobre la base de la Tabla de Aranceles. Sin embargo, si la cuantía es indeterminada, deberá ser la Corte o Consejo de Arbitraje de la institución arbitral el encargado de fijarlos.

Nuevamente una verdad a medias, y explicamos por qué. En valores nominales, puede ser que la suma a pagar en un arbitraje ad-hoc resulte menor que en un arbitraje institucional, para el mismo caso. No obstante, el valor real sí varía, y muchas veces, de manera considerable, con lo que los costos del arbitraje terminan elevándose más en un arbitraje ad-hoc que en uno institucional.

Pensemos, a modo de ejemplo, en la dificultad de iniciar el proceso por falta de acuerdo de las partes en la conformación del Tribunal Arbitral, o en los problemas para llevar a cabo actuaciones probatorias por falta de previsión normativa, o en los retrasos como consecuencia de la recusación o renuncia de algún árbitro y la consiguiente intervención del Poder Judicial, entre otros⁽³⁸⁾.

¿No termina, frente a estas hipótesis, cumpliéndose el viejo refrán en el sentido que siempre «lo barato sale caro»?

En suma, consideramos que el arbitraje institucional reduce costos de transacción, anteponiendo el valor real –medido en términos de rapidez, previsibilidad, experiencia y eficacia– sobre el mero valor nominal que se muestra para promocionar el arbitraje ad-hoc.

7. Soporte Institucional

Si hay un valor agregado propio del arbitraje institucional que los arbitrajes ad-hoc nunca van a estar en posibilidad de ofrecer, ése es el soporte institucional. Entendemos por este soporte, la capacidad que tienen las instituciones que auspician arbitrajes de «proteger» a sus centros de arbitraje y a sus árbitros de factores externos que puedan perturbar el normal desarrollo de sus actividades.

⁽³⁸⁾ ROCA MARTÍNEZ, en un criterio que compartimos plenamente, afirma que «... la intervención de una institución arbitral va a suponer un encarecimiento del arbitraje, debiendo las partes sufragar tanto los honorarios de los árbitros como los gastos originados por la administración del mismo. Aún así, las ventajas apuntadas creo que son lo suficientemente significativas como para valorar de forma muy positiva la utilización del arbitraje institucional, y considero lógica y comprensible la acogida favorable que la doctrina científica le ha dispensado...» (ROCA MARTÍNEZ, *Arbitraje e instituciones arbitrales*, cit., p. 184).

De alguna manera, las presiones externas son asumidas por la «institución madre», dentro de la cual el centro de arbitraje y los árbitros ejercen sus funciones, dejando a éstos enfocados exclusivamente en la problemática del caso arbitral.

Incluso, cuestiones trascendentes como la ejecución de laudos se ven fortalecidos con el «blindaje» que le ofrece la institución arbitral. Como dice Born «... an award rendered under the auspices of a leading arbitration institution may carry greater weight in national court enforcement proceedings than an ad hoc award. U.S., English, and other courts have commented favorably on various arbitral institutions in enforcing their awards»⁽³⁹⁾.

El soporte institucional funciona mejor cuanto más reconocido sea el prestigio y la experiencia de la institución que auspicia su centro. Esto último permite, además, que se decante un proceso de institucionalización, altamente positivo en toda esfera de la convivencia social. Adicionalmente, para seguir ese camino, la institución debe modernizarse y adaptarse a los nuevos tiempos, lo que termina, de manera colateral, modernizando y adaptando a su centro de arbitraje a las nuevas etapas de su vida institucional en función a los requerimientos sociales; siendo ello un fenómeno sumamente interesante que en un arbitraje ad hoc no se va a presentar.

IV. EL PAPEL DE LAS INSTITUCIONES ARBITRALES

1. Apuntes introductorios

La institución arbitral es una entidad especializada, cuya actividad es la prestación de servicios de organización y administración de arbitrajes. En tal sentido, está constituida por técnicos y profesionales conocedores del fenómeno arbitral, razón por la cual, las partes no requieren tener un conocimiento al detalle del arbitraje ni de sus normas reguladoras⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁹⁾ BORN, Gary, *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Planning, Drafting and Enforcing*, Kluwer, Boston, 1999, p. 56.

⁽⁴⁰⁾ ROCA MARTÍNEZ, *Arbitraje e instituciones arbitrales*, cit., p. 181.

Las instituciones arbitrales pueden clasificarse como públicas o privadas. Estas últimas, a su vez, pueden ser de carácter amplio o exclusivo.

En concreto, se dice que una institución arbitral privada es de carácter amplio cuando sus funciones arbitrales son complementarias o adicionales a otras funciones que esa institución tiene, principalmente de tipo comercial o gremial⁽⁴¹⁾. En tanto, una institución arbitral privada es de carácter exclusivo cuando su fin u objeto específico es brindar los servicios de arbitraje. En cualquier caso, estas instituciones deben constituirse como personas jurídicas o estar integradas a una persona jurídica, conforme a la legislación nacional.

Tema adicional relacionado con la constitución de instituciones arbitrales privadas es el referido a la libertad normativa para la aprobación de sus reglamentos, asunto consagrado en nuestra legislación arbitral⁽⁴²⁾. En ese sentido, la aprobación o modificación de los

(41) Piénsese, por ejemplo, en los Centros de Arbitraje que funcionan al interior de Cámaras de Comercio o de Colegios Profesionales.

(42) «Artículo 6º.- *Instituciones arbitrales*.- La organización y desarrollo del arbitraje pueden ser encomendadas a una Institución Arbitral, la cual necesariamente deberá constituirse como Persona Jurídica. En tal caso, la institución arbitral estará facultada para nombrar a los árbitros, así como para establecer el procedimiento y las demás reglas a las que se someterá el arbitraje, de conformidad con su reglamento arbitral.»

«Tercera Disposición complementaria y transitoria.- *Constitución de Instituciones Arbitrales*.- Las instituciones arbitrales deberán constituirse en la forma de Personas Jurídicas.

Para la inscripción en los Registros Públicos de la constitución y estatuto de las instituciones arbitrales, bastará la presentación de los formularios que el Poder Ejecutivo aprobará mediante Decreto Supremo, no requiriéndose autorización de abogado. En estos casos, las instituciones arbitrales se constituirán bajo la forma de asociaciones.

(...)

Nótese cómo en ambas disposiciones se pone de relieve el carácter autónomo y privado de los estatutos y normas reglamentarias de las instituciones arbitrales, usados para el desempeño de sus funciones, bastando para su formalización la inscripción en los Registros Públicos.

reglamentos arbitrales de tales instituciones no está sujeto a autorización previa ni control posterior por parte de alguna entidad estatal.

De otro lado, las instituciones arbitrales públicas son fenómenos más recientes. Proviene de la voluntad del Estado para modernizar su administración pública, creando organismos especializados en temas de interés general (servicios públicos, por ejemplo). De esta forma, se regula el arbitraje como vía alterna u obligatoria para resolver conflictos que acompañan a sus sectores a través de la creación de cuerpos colegiados arbitrales dentro del organismo correspondiente⁽⁴³⁾.

De la misma manera que los reglamentos arbitrales están libres de toda injerencia estatal; la constitución, cambios y desarrollos de las instituciones arbitrales no están sujetos a control del Estado, ni dependen o rinden cuentas a ningún supervisor, lo que garantiza la plena autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones y descarta cualquier intromisión indebida por parte de cualquier autoridad⁽⁴⁴⁾.

Nuestro último apunte descansa en la necesaria estructura organizativa con la que debe contar cualquier institución arbitral a efectos de brindar un servicio eficiente a las partes y a los árbitros. En esa línea, compartimos la opinión de Roca Martínez para quien «... cualquier institución arbitral debe ampararse en una doble normativa: una orgánica, en la que se establezca su estructura interna, los órganos de que se compone, la adopción de acuerdos, las funciones que tiene encomendadas, etc.; otra funcional, dirigida fundamentalmente al establecimiento del procedimiento a seguir en el desempe-

(43) RUBIO GUERRERO, Roger, *Desarrollo y posibilidades del arbitraje institucional en el Perú*, Tesis para optar el título de abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002.

(44) Esto difiere diametralmente con los centros de conciliación, los que sí están sujetos a la autorización y supervisión del Ministerio de Justicia. Así, el artículo 26º de la Ley de Conciliación, Ley N° 26872, señala que «El Ministerio de Justicia tiene a su cargo la autorización de funcionamiento, registro y supervisión de los Centros de Conciliación, pudiendo suspender o privar de su facultad conciliadora, cuando éstos no cumplan con los principios u objetivos legales previstos en la presente ley, o incurran en faltas éticas».

ño de las funciones encomendadas. Ambas estructuras (orgánica y funcional) son imprescindibles...»⁽⁴⁵⁾

2. Las instituciones arbitrales en el contexto interno del arbitraje

Nos referimos al papel de la institución arbitral cuando es encomendada por las partes para tramitar un arbitraje. Es en ese contexto donde ella despliega una serie de actividades, distintas a las resolutorias de los árbitros, pero igual de importantes para el correcto manejo del arbitraje, las que pasamos a enumerar:

- a) *Determinación de competencia*: no debe confundirse con el principio de «Kompetenz-kompetenz» atribuido a los árbitros en exclusividad⁽⁴⁶⁾, sino al análisis que efectúa la institución arbitral cuando, presentada la petición de arbitraje, debe observar dos aspectos centrales: (i) la existencia de un convenio arbitral inequívoco entre los involucrados en el litigio; y (ii) el sometimiento expreso a la administración y organización del arbitraje ante esa institución arbitral⁽⁴⁷⁾.
- b) *Organización del arbitraje*: implica dotar de la forma necesaria al arbitraje para que este pueda desenvolverse sin problemas y, de esa manera, desplegar sus efectos. Relacionada

⁽⁴⁵⁾ ROCA MARTÍNEZ, *Arbitraje e instituciones arbitrales*, cit., p. 210.

⁽⁴⁶⁾ Al respecto, ver el artículo 39º de la LGA.

⁽⁴⁷⁾ Sobre el particular, el artículo 20º del Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima nos ayuda a comprender mejor lo anterior. La citada norma señala:

«Artículo 20º.- *Oposición a la petición de arbitraje*.- Si en la contestación a la petición de arbitraje, el demandado se opone a la petición de arbitraje alegando que no existe un convenio arbitral con el demandante o que dicho convenio no hace referencia a la administración del arbitraje por el Centro, la Secretaría General correrá traslado de la oposición al arbitraje a este último, para que dentro del plazo de cinco (5) días de notificado, se pronuncie al respecto.

Efectuado o no dicho pronunciamiento, el Consejo Superior de Arbitraje resolverá la oposición a la petición de arbitraje.

(...)».

con el sometimiento a los reglamentos arbitrales de la institución, las partes atribuyen a la entidad una función de gestión especial en el sentido de completar su voluntad en los aspectos no previstos por ellas⁽⁴⁸⁾. Aspectos medulares como si el arbitraje es de derecho o de conciencia, el número y procedimiento de designación de árbitros, el lugar donde se llevarán las actuaciones arbitrales, entre otros temas sustantivos, serán organizados por la institución arbitral. Aquí también resalta la labor resolutive que ocupan a las Cortes o Consejos de las instituciones arbitrales para dirimir asuntos organizativos de importancia, tales como el nombramiento de árbitros, la procedencia o no de una recusación, y otros conforme a su Estatuto.

- c) *Administración del arbitraje*: son actividades de apoyo a las partes y árbitros para el buen desarrollo del arbitraje. Tenemos, a modo de ejemplo, la recepción de escritos, las notificaciones, la disposición de personal técnico de ayuda en las audiencias, la custodia del expediente en los archivos de la entidad, la liquidación y cobro de los gastos arbitrales, entre otros.
- d) *Control del arbitraje*: algunas instituciones arbitrales están facultadas para tener un control formal sobre el laudo, enfocado al cumplimiento de ciertos parámetros que revisa con la finalidad de evitar futuras anulaciones. Otras entidades se ciñen a un control o vigilancia del comportamiento de partes y árbitros, acorde con las normas éticas de la institución, cuyo incumplimiento puede acarrear eventuales sanciones.
- e) *Otros servicios*: son actividades adicionales de la institución arbitral en procura de un mejor servicio a los usuarios del centro. Como ejemplo de esto podemos citar: orientación y asesoría general para la administración del caso, servicios

⁽⁴⁸⁾ ROCA MARTÍNEZ, *Arbitraje e instituciones arbitrales*, cit., p. 215.

de conciliación, biblioteca y fuentes de información diversas, entre otros⁽⁴⁹⁾.

3. Las instituciones arbitrales en el contexto externo del arbitraje

Consideramos que el crecimiento principal de las instituciones arbitrales se ha dado en el ámbito internacional. No nos queda duda que el arbitraje institucional es una fuente o vehículo de apoyo fundamental para el auge y el desarrollo del arbitraje internacional en un contexto donde la globalización, el comercio multilateral, la contratación masiva a través de sistemas de información y de alta tecnología, entre otras novedades mercantiles de la vida moderna, son cosa de todos los días.

Este predominio del arbitraje institucional en la resolución de conflictos en el ámbito internacional es, hasta cierto punto, inevitable, toda vez que sería muy complicado que partes pertenecientes a Estados diferentes y con ordenamientos jurídicos distintos, puedan ponerse de acuerdo en la solución de sus eventuales conflictos, sin recurrir a un sistema normativo conocido y uniforme en el comercio internacional; cuya administración se encargue a una institución arbitral prestigiosa a nivel mundial.

De esta manera, son numerosas las instituciones arbitrales que están dedicadas, desde hace varias décadas atrás, a la administración de arbitrajes en el ámbito internacional⁽⁵⁰⁾. Cabe mencionar, además,

⁽⁴⁹⁾ Sobre este particular, Dunshee nos da más ejemplos como «... el asesoramiento para la firma del acuerdo arbitral; el uso eventual de los buenos oficios para la solución de la controversia por medio de una transacción, antes de iniciarse o en curso del procedimiento arbitral; la asistencia a los árbitros para el trabajo de secretaría y el uso de las instalaciones y demás facilidades de la misma institución para reuniones de juicio arbitral» (DUNSHEE DE ABRANCHES, Carlos Alberto, «El Acuerdo Arbitral», en *El arbitraje comercial en Iberoamérica*, Madrid, 1982, p. 14).

⁽⁵⁰⁾ Solamente para identificar a las más importantes en el contexto internacional, podemos mencionar a:

1. International Chamber of Commerce (ICC),
2. London Court of International Arbitration (LCIA),

que dentro del contexto externo al que apuntan estas instituciones arbitrales, unas tienen carácter general y vocación universal; en tanto otras, están limitadas a determinado sector de las relaciones comerciales. Sin perjuicio de ello, es la Cámara de Comercio Internacional (ICC) con sede en París, la institución arbitral que destaca nítidamente entre todas dado que, aparte de su vocación universal, se dirige al ámbito interno a través de sus correspondientes secciones nacionales que funcionan en un sinnúmero de países del orbe, en donde las Cámaras de Comercio nacionales han desempeñado un papel germinal para su consolidación⁽⁵¹⁾.

La situación descrita hace de las principales instituciones arbitrales a nivel mundial, los máximos representantes y promotores del arbitraje; así como, los creadores de una legislación arbitral uniforme y moderna, para el uso de los agentes económicos privados entre sí, y de éstos en sus relaciones comerciales y de inversión con los Estados⁽⁵²⁾.

En ese orden de ideas, las relaciones comerciales internacionales, sea con participación estatal o exclusivamente privada, requiere de un lubricante que le brinde seguridad jurídica a la contratación,

3. American Arbitration Association (AAA),

4. Stockholm Chamber of Commerce Arbitration Institute (SCC),

5. Singapore International Arbitration Centre (SIAC),

6. German Institution of Arbitration (DIS),

7. British Columbia International Commercial Arbitration Centre (BCICAC); entre muchas más.

⁽⁵¹⁾ ROCA MARTÍNEZ, *Arbitraje e instituciones arbitrales*, cit., pp. 194-195.

⁽⁵²⁾ A decir de HOELLERING: «The present-day vitality of international commercial arbitration owes a great deal to institutional efforts in promoting full recognition of the consensual agreement to arbitrate. Throughout much of this century, leading arbitral institutions have devoted their energies to promoting the use of arbitration, encouraging the enactment of modern arbitration legislation, providing education on arbitration law and practice, and developing procedures for the conduct of arbitral proceedings» (HOELLERING, Michael F., «International Arbitration Agreements: A look behind the scenes», en *Dispute Resolution Journal*, Vol. 53, 1998, p. 64).

reduzca los riesgos del incumplimiento del acuerdo, y la eventual solución del conflicto sea administrada de forma rápida y eficaz. Ese lubricante es el arbitraje institucional.

V. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Arbitraje institucional o arbitraje ad-hoc ¿He ahí el dilema?

Con esta pregunta titulamos el presente trabajo y, definitivamente, parte de una premisa fundamental: en la mayoría de controversias sobre derechos dispositivos, se ubiquen en el ámbito nacional o internacional, el arbitraje se constituye en el medio más adecuado para solucionar tales conflictos.

Hemos anotado falencias y debilidades intrínsecas del arbitraje ad-hoc, sobretodo en el tratamiento que le otorga la legislación arbitral, lo cual podría significar su auto-eliminación. Sin embargo, sería mezquino no identificar bondades reales que este mecanismo de arbitraje lleva consigo y que, justamente, hace que su uso sea recurrente en nuestro medio. Al respecto, podemos decir que el arbitraje ad-hoc brinda a las partes flexibilidad para la elección de los árbitros; el arbitraje ad-hoc también ofrece a éstas amplia libertad para establecer las reglas del proceso; y adicionalmente, el arbitraje ad-hoc resulta más económico que acudir al Poder Judicial.

Categoricamente, todo lo anterior es correcto. Sin embargo, el arbitraje institucional es mejor. En efecto, creemos que las ventajas comparativas del arbitraje institucional en todos los aspectos –reglamentario, procedimental, organizativo, administrativo y supervisor–, son superiores al arbitraje ad-hoc. A tal efecto, nos remitimos a la visión comparada efectuada en el presente trabajo donde se muestran las fortalezas y oportunidades del arbitraje institucional.

Igualmente, el papel fundamental de las instituciones arbitrales en la promoción, desarrollo y soporte del arbitraje, sea en los casos concretos que administra o incentivando su uso en el ámbito internacional, es un aspecto propio del arbitraje institucional, que el arbitraje ad-hoc no tiene ni puede ofrecer.

Por lo tanto, el mayor beneficio que las partes que apuestan por el arbitraje pueden alcanzar, se decanta a favor del arbitraje institucional. Esperamos, entonces, haber colaborado con la solución del dilema.

INTERFERENCIA JUDICIAL EN LOS ARBITRAJES

GUILLERMO LOHMANN LUCA DE TENA (*)

Un enfoque adecuado sobre el tema que nos convoca aconseja mirar unos segundos hacia el pasado para constatar que la llamada interferencia judicial en los arbitrajes tiene una causa que podríamos llamar genética u originaria.

A poco que algo se conozca de historia, sin esfuerzo alguno se recordará que la administración o servicio de justicia –como prefiera llamársele– era privilegio de los gobernantes, bien por ellos mismos, bien por sus delegados. Quiero decir con esto que las tareas que los estados modernos hoy asignan a sus respectivos poderes judiciales eran, precisamente, unas de las expresiones más acusadas y notorias del poder, entendido este como efectiva potestad de decisión y de control soberano sobre los súbditos. En el Virreinato del Perú, sin ir más lejos, la Real Audiencia de Lima era presidida por el Virrey. La *jurisdictio* en ancho sentido, esto es, el ejercicio del derecho a pronunciar una decisión final sobre mejores o más justas razones terrenales, siempre ha sido una de las manifestaciones más significativas atribuidas a quien ostenta, encarna o usurpa la suprema función del Estado. No por gusto Alfonso Décimo el Sabio (cuya vena legisladora acaso le vino de sus abuelos maternos, un alemán y una bizantina,

(*) Socio de Rodrigo, Elías & Medrano Abogados. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho.

como Justiniano), Alfonso el Sabio, digo, era muy conocedor de ser quien era y de sus preeminencias y potestades, por lo que declaró (Ley XIII, Título III, Partida I) que «... Los Reyes Christianos tienen su lugar en este mundo para fazer justicia, e derecho ...». Y dispuso en otro lugar (Ley I, Título III, Partida III) que no es «... por mano de otro...», sino de Reyes o Emperadores, que han de ser puestos los Jueces. Pero, ¡Oh sorpresa!, el mismo Título se refiere a la existencia de otros jueces «... que son llamados en latín arbitros: que muestran tanto que son judgadores de aluedrio, que son escogidos para librar algund pleyto señalado, con otorgamiento de ambas partes». Y poco más abajo expresa estas palabras que hoy, ocho siglos más tarde, nos suenan actualizadas al presente: « ... los jueces de albedrío no pueden ser puestos sino por avenencia de ambas partes». Más adelante aún (Ley XXIII, Título III, Partida III) establecía criterios que a la fecha seguimos reconociendo, pues enseñaba que los árbitros son «... de dos maneras. La una es quando los omes ponen sus pleytos e sus contiendas en manos dellos, que los oyan e los libren segund derecho[...] e sobre todo deuen dar su juycio afinado segund entendieren que lo deuen fazer en derecho. La otra manera de jueces de avenencia es la que llaman en latin arbitratōres [...] para avenir e librar las contiendas en qual manera quisieren». Concluye el Título de la Partida sobre árbitros con expresiones que hoy no sólo no nos suenan descabelladas, sino incluso de sensatez más allá de duda posible: «... E si alguna de las partes pidiese después [de expedida la sentencia] al juez ordinario del lugar que la fiziese cumplir, débelo fazer tambien como si fuese dada por otro juez de aquellos que han poder de oyr e librar todos los pleytos». Óigase: que la decisión de los árbitros es como si hubiese sido dada por otro juez de aquellos que tienen poder ordinario.

He creído apropiado aportar lo dicho como introducción para hacer notar que, sin importar qué lugares de la antigüedad y cuáles tiempos más o menos remotos, el arbitraje siempre ha sido concebido como una suerte de licencia o concesión del soberano, como excepción de su justicia ordinaria.

O dicho con otras palabras: que con la salvedad de los atributos de coerción y ejecución que el sistema estatal siempre se ha reserva-

do, el arbitraje fue y es una anomalía –una exclusión, si se quiere– del monopolio estatal de justicia, sea que este monopolio esté en manos del gobernante unipersonal que lo tiene por derecho propio o por la fuerza, sea que esté en manos del Poder Judicial como repartición del Estado, en quien los ciudadanos lo delegan.

Como toda excepción, como toda exclusión, como todo aquello que no forma parte de unas reglas, yo diría que el arbitraje ha sido visto, en general, por quienes ejercen el monopolio, no exactamente como un intruso en el sistema de justicia, sino más como una especie de pariente pobre, de pocas luces, que se desvela por ser simpático, por encontrar un lugar en las reuniones de familia, pero sin poder lograrlo a pesar de sus esfuerzos.

No nos engañemos, pues: pese a tener partida de familia, o sea, gozar de reconocimiento legal, esa realidad de pariente pobre y desvalido ha sido la constante del arbitraje en muchos países hasta bien entrado el siglo XX. Más que mérito propio de la institución arbitral *per se* –que a estar de las viejas legislaciones, poco ha cambiado en sus esencias–, tres razones externas son las que, digamos, lo han revitalizado. La primera, y a mi juicio principal, ha sido no diría la quiebra, pero sí el desfallecimiento, las falencias o insuficiencias de distinta índole y la incapacidad de muchos sistemas judiciales, y hasta procesales, para adaptarse a las circunstancias y necesidades y, sobre todo, especialidades del conocimiento jurídico, cada día más complejas y singulares. Sin duda alguna, hasta con estremecimientos y dolores de parto, tarde o temprano inevitablemente las justicias estatales tendrán que alumbrar modos distintos de conducta, ya que es inconcebible que puedan extinguirse como ocurrió con aquellas especies animales que lo hicieron por falta de adaptación al medio. En fin, cada país, con sus recursos y sus gentes, sabrá encontrar lo mejor, aunque sea tarde. La segunda razón es la internacionalización en todas sus expresiones: de productos, de servicios, de capitales, de conocimientos y de posibilidades. Las justicias estatales, diseñadas y concebidas con carácter esencialmente limitado a un territorio, terminan, como todo en la vida, defendiendo lo suyo, es decir, sus fueros y competencias locales, padecimiento contra el que el arbitraje nació inmunizado, pues tiene el don de ubicuidad y carece de asien-

to fijo y si el refrán dice que allá van leyes do quieren reyes, del arbitraje diremos que va allá do quieren las partes o los árbitros. La tercera razón es una mixtura: independencia en lo más genuino de ella, que es tanto como decir, soberanía intelectual en el juzgamiento y consiguiente capacidad creativa, sin tener que ajustarse a los manidos corsés, usos judiciales y precedentes que se siguen sin posible discusión, para que no vaya a pensarse que el juzgador ha sido influido indebidamente para apartarse de la regla; y tanto como decir especialidad, que precisamente es la independencia de lo general u ordinario; y tanto como decir libertad, que se traduce en la capacidad de dirección del proceso como, sobre todo, de aceptar o no aceptar el proceso, lo que al juez estatal no le está permitido por lo común.

La sociedad como reflejo ordenado de la humanidad –y con aquélla, por supuesto, los conflictos que de suyo surgen–, no ha sido ajena a los inconvenientes de un lado y las conveniencias de otro, que he descrito, y a ello se debe que el arbitraje, que poco sol podía disfrutar para crecer por la sombra judicial que lo cubría, haya podido prosperar apenas las ramas y hojas del árbol judicial estatal le han abierto lugar, porque se han secado o no han crecido para cubrir espacio.

Pero no teman, no voy a continuar con otras disquisiciones históricas, ni sociológicas ni con metáforas botánicas. He dicho todo lo anterior solamente para poner de relieve que el arbitraje y el sistema judicial están ineludiblemente destinados a convivir y deben hacerlo armoniosamente, cada uno en lo que es propio y que pueda hacer mejor con el menor costo social. El arbitraje ha de enfocar sus ambiciones a reducir sus costos y a disminuir la duración de los procesos, aceptando con humildad sus limitaciones, y procurando desprenderse –¡empecemos de una vez!– de ese lastre de negocio de pocos (y además rendidor negocio) con que hoy se le mira y que, dicho sea de paso, creo que, al menos en el Perú, no se lo ha ganado inmerecidamente. A su vez, los Poderes Judiciales han de prestar su apoyo al hermano menor, que no quiere ser díscolo, ni levantisco, ni opositor de los fueros judiciales, sino que sólo reclama un respetado espacio en la familia de la justicia sobre derechos disponibles en los que la voluntad pueda desenvolverse sin restricciones.

Bueno, lo cierto es que hoy en el Perú (y sospecho que con mayor o menor grado así ya sucedió en algunos países o también sucede en otros) los necesarios contactos del arbitraje con el Poder Judicial no son tan provechosos como es deseable y se requiere. Diré en voz alta lo que he sentido que se expresa en voz baja y entre dientes en algunas sedes judiciales: a este señorito arbitraje hoy de moda y mimado por los legisladores y empresarios, vamos a dejarlo o ponerlo en su sitio.

¿Y cómo se hace?. De varias maneras: por la legislación y por su aplicación; por los tiempos, antes, durante y después de los procesos; por el enfoque sobre las materias arbitrales, aspecto éste en el cual, por ejemplo, ha sido sumamente censurada, con justicia, creo, una resolución de la Corte Suprema que anuló un laudo que se pronunció sobre la validez de un contrato que una de las partes consideraba nulo, argumentando la polémica resolución judicial que los árbitros no pueden pronunciarse sobre nulidades, pese a que sí lo permite, con otras expresiones, el artículo 14 de la Ley General de Arbitraje (en adelante LGA).

Permítaseme dedicar unos minutos a enunciar –más que a explicar o proponer soluciones sin el apropiado debate previo– ; enunciar digo, esos conflictivos o ásperos puntos de contacto, limitándome a los más frecuentes y llamativos.

1º. La normativa legal sobre designación judicial de árbitros. Me refiero, como supondrán, a los casos en los que no se ha previsto la forma de designarlos directamente o por referencia al reglamento de una institución. Y, claro, como el arbitraje deriva de un acuerdo, cuando una de las partes se rehúsa a cumplirlo se requiere auxilio judicial para obtener el cumplimiento. No estamos, pues, ante un caso de interferencia propiamente dicha ni menos aún que no esté justificada. Tampoco han llegado a mis manos informaciones de que hayan habido obstrucciones judiciales, sino más bien carencia de eficacia. Mi crítica se enfoca más bien a la conveniencia de revisar el artículo 23 y concordantes de la LGA, para que la designación judicial sea más pronta y no posibilite dilaciones por quien se niega a someterse al arbitraje pactado.

2º. La excepción judicial de arbitraje, que en estricto es una pugna jurisdiccional con claro desequilibrio, pues quien la resuelve no es precisamente independiente, ya que puede resolver en su propio favor. La excepción está prevista en los artículos 446.13º y 448, segundo párrafo del Código Procesal Civil (en adelante CPC), y en el artículo 16 de la LGA. La regulación normativa es, en la práctica, manifiestamente obstructiva del arbitraje. No es difícil solucionar los inconvenientes con sólo unos retoques a la legislación que me limito a anunciar:

2.1 La excepción de arbitraje sí debe suspender la tramitación del proceso principal, pues precisamente persigue que la materia discutida no sea conocida judicialmente. Debe, pues, modificarse el artículo 447 del CPC. Lo contrario permite que durante el trámite de la excepción, desgraciadamente lento, haya que continuar el litigio en sede judicial. Además, hay contradicción, pues el artículo 16 de la LGA establece que «encontrándose en trámite la excepción de convenio arbitral, las actuaciones arbitrales podrán iniciarse o proseguirse e inclusive dictarse el laudo».

2.2 Atendiendo a que la excepción arbitral necesariamente debe fundarse en el documento que acredite la existencia del convenio, no debe serle de aplicación el trámite a que alude el artículo 449 del CPC, sino inmediato pronunciamiento una vez absuelto el traslado de la excepción. La audiencia de obligatoria realización cuando el Juez no declara infundada la excepción de plano, constituye una dilación innecesaria cuando la prueba es documental. Bien sabemos que, desgraciadamente, la carga procesal hace que las audiencias ocurran dos o hasta tres meses luego de su citación y que debe citarse a una segunda fecha en caso de inasistencia a la primera.

2.3 El artículo 450 del CPC dispone que el auto que declara fundada la excepción es apelable con efecto suspensivo. Es decir, que quedan en suspenso los efectos de la decisión del Juez amparando la excepción, lo que no sólo contradice el artículo 16 *in fine* de la LGA, sino que ostensiblemente prolonga la duración del trámite la excepción.

- 2.4 Y para coronar el problema, el artículo 385.2º del CPC permite el recurso de casación contra los autos de la Corte Superior que en revisión pondrían fin al proceso judicial, de manera que cabe el recurso de casación contra la resolución que declare fundada la excepción de arbitraje.
- 3º. La celebración del convenio arbitral durante un proceso judicial. A contrapelo del interés de las partes y del principio de que los árbitros califiquen su propia competencia, incluso de oficio, el artículo 17 de la LGA permite que el Juez que conozca del proceso que las partes quieren trasladar al arbitraje, niegue dicha posibilidad si, a su criterio, la materia no es arbitrable.
- 4º. Asistencia judicial. La actuación de medios probatorios y medidas cautelares.
- 4.1 Es de regla en todo ordenamiento procesal civil occidental moderno, que la justicia civil debe prestar su auxilio a la arbitral para la actuación de medios probatorios. El corpus peruano no es ajeno a ello y a ello, precisamente, se contrae el artículo 40 de la LGA. Lo que ocurre es que, según me han referido, aunque no tengo conocimiento fehaciente, algún juzgado civil habría interpretado que la actuación probatoria dispuesta por el órgano arbitral habría que tramitarla como se haría en un proceso, esto es, auto de admisión, posibilidad de oposición por el obligado o la otra parte, etc. Y no hay tal: es claro que el Juez civil no puede calificar el mandamiento arbitral, ni juzgar la pertinencia, posibilidad o procedibilidad del medio probatorio ni, en modo alguno, obstruir su realización. Todo eso es clara atribución y facultad del órgano arbitral, como dispone el artículo 37 de la LGA en su primer párrafo. De modo, pues, que si es cierto aquello de que cuando el río suena es que piedras trae, habrá que tomar como cierto lo que me contaron y que algún desaprensivo magistrado se puso de juez de las decisiones arbitrales antes de emitido el laudo y, por tanto, se requiere ajustar el texto del artículo 40 de la LGA para señalar, como lo hace el artículo 61 de la LGA con otras

palabras, que el Juez no puede revisar, bajo responsabilidad, la decisión de los árbitros.

4.2 Lo tocante a ejecución de medidas cautelares dispuestas en sede arbitral, lo anuncio al paso, pues con ellas se repite lo que ocurre con la actuación de los medios probatorios.

5º. Anulación. Conductas de los abogados.

Donde con más frecuencia y más acusada se advierte la tensión entre arbitraje y justicia estatal es en materia de anulación de laudo. En ello, infelizmente, se llega a grados extremos, tanto como lo permiten la imaginación de los abogados y la severidad o laxitud del órgano judicial que resuelva.

Partamos de una premisa, que viene dada por la poca conocida (porque está un tanto a trasmano) regla contenida en la segunda frase del primer párrafo del artículo 18 de la LGA: «En el desempeño de sus funciones [los árbitros] tienen plena independencia y no están sometidos a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones».

Si esto es así, y no hay duda de que lo es, es del todo indisputable que durante la tramitación del proceso los árbitros ostentan una suerte de invulnerable, a la par que transitorio, señorío decisorio. Lo cual se traduce en que cualquier decisión que a juicio de una parte le cause agravio, sólo podrá ser objeto de reconsideración por los propios árbitros, pero nunca salir del foro arbitral. O dicho a la inversa: que el agravio sólo podrá ser materia de revisión judicial luego de emitido el laudo.

¿Cualquier agravio?. No: sólo se podrá invocar aquellos agravios de sustancia, susceptibles de haber producido una grave brecha en la actividad de juzgamiento. He ahí uno de los pilares del sistema sobre el que, hasta donde sé, el Poder Judicial aún no ha emitido robustas y claras decisiones para frenar el exceso, o si se quiere, el abuso. Abuso del que, en gran medida, todo hay que decirlo, los abogados tienen buena parte de responsabilidad al exagerar. A este respecto, voy a referirme solamente a aquellos casos más socorridos por los atacantes de los laudos.

5.1 Que se ha perjudicado el derecho de defensa. Estoy muy lejos de negar, por supuesto, la necesidad de anular el laudo en estos casos. Empero, hay que recordar que el inciso 2º del artículo 73 de la LGA dispone que la causal procede «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». Esto significa, por lo tanto, que de ninguna manera debiera admitirse una pretensión anulatoria si la parte pretendiente no hizo valer, en su momento, un recurso de reconsideración ante el órgano arbitral.

5.2 Aunque no esté previsto expresamente como causal de anulación, el argumento más frecuentemente invocado de lesión al derecho al debido proceso, es el de falta de motivación del laudo. Y en esto yo quisiera ser un poco crítico, porque se ha exagerado, tanto por reclamantes como por el Poder Judicial. Es cierto que el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución reclama «La motivación escrita de las resoluciones...», pero se refiere explícitamente a las judiciales. Y los artículos 50 y 51 de la LGA, sobre laudos de derecho y de conciencia, respectivamente, reclaman también motivación. Pero sostengo que en materia arbitral cuando el laudo no sea apelable, el deber de motivación no puede ser exigido con tanta severidad como en las resoluciones judiciales, fundamentalmente porque no hay doble instancia sobre el fondo. A lo que se agrega que los artículos 54 y 55 de la LGA han previsto la posibilidad de integrar y aclarar el laudo.

De manera, pues, que aunque la motivación sea parca, pobre o incluso aparente, hace mal a mi juicio el Poder Judicial cuando anula un laudo por esta razón si la parte interesada no hizo valer en su momento la posibilidad de integración o de aclaración, o si la motivación complementaria no cambia el sentido de lo decidido. Insisto, el deber-derecho a una motivación responde, principalmente, a que una instancia revisora conozca la *ratio decidendi* y, consiguientemente-

te, a que las partes puedan cuestionar tales motivos en apelación. Pero, reitero, cuando el laudo no es apelable debe aliviarse esta exigencia, siempre, claro está, que permita conocer el motivo esencial decisorio excluyente de la plena arbitrariedad. Y apunto, finalmente, una razón práctica. El artículo 78.2º de la LGA dispone que si el laudo ha sido anulado por la causal del inciso 2 del artículo 73, esto es, lesión al derecho de defensa o, más ampliamente, el de un debido proceso, «... el Poder Judicial remitirá la causa a los árbitros para que estos reinicien [me parece que debió decir «reanuden»] el arbitraje en el estado en que se cometió la violación». De modo que el resultado final es el siguiente: que tras un agotador, lento y largo proceso judicial de anulación, en el mejor de los casos el impugnante obtendrá lo mismo que hubiera podido obtener de haber solicitado integración.

Sólo como colofón de este punto, anoto la conveniencia de mejorar la redacción del artículo 54 de la LGA para evitar que se produzca el abuso que he mencionado.

- 5.3 Situación hasta cierto punto análoga se presenta cuando, de acuerdo al inciso 6º del artículo 73 de la LGA, la acción anulatoria se basa en que el laudo se ha pronunciado sobre materia no sometida expresa o implícitamente a los árbitros. Recuérdese a estos fines que el artículo 44 de la LGA reconoce competencia a los árbitros sobre «todas las cuestiones subsidiarias, accesorias o incidentales que se promuevan durante el proceso [así como sobre aquellas] cuya sustanciación en sede arbitral hayan sido consentidas por las partes en el proceso».

La idea que trasuntan los citados preceptos es, como se advierte, privilegiar la conservación y validez del laudo siempre que el asunto haya sido discutido, aunque de manera implícita. Ciertamente que en esto la experiencia de los árbitros tiene mucho que hacer, cuidando de señalar en el laudo cómo el punto sobre el que se decide ha llegado a la controversia. Pero aunque así no

fuera y el órgano arbitral no hubiera tenido la prolijidad que las circunstancias aconsejen, abogo a favor de una pronta modificación de la LGA en este aspecto. En efecto, la regulación actual permite la acción anulatoria invocando el exceso en lo laudado, y aunque la norma posibilita declarar la nulidad parcial, cuando lo laudado en demasía tenga autonomía que le permita escindirlo del resto bien laudado, lo cierto es que inevitablemente conduce a que el Poder Judicial tenga que hacer una revisión del fondo de la controversia y, por supuesto, de todo lo actuado. El abogado habilidoso cuyo cliente esté insatisfecho con el laudo, intentará, desde luego, la anulación completa y procurará impedir la ejecución de la decisión. Siendo así las cosas, encuentro que hay un fácil remedio: no podrá pedirse la anulación judicial sin que previamente el interesado haya pedido al órgano arbitral la exclusión del laudo de aquello que, a su juicio, constituye exceso, y que el tribunal, por supuesto, lo haya denegado. En estricto, si bien se mira, es el reverso de la medalla de la solicitud de integración del laudo, porque se persigue lo contrario: separación, supresión o eliminación del argüido exceso, para lo cual, naturalmente, los árbitros que han conocido del asunto están más calificados que jueces que no lo han visto.

- 6º. Cuestiones constitucionales y de competencia. Donde la colisión o roce de atribuciones resulta más conflictiva, y en fechas recientes ha sido sin duda urticante y casi de enfrentamiento, y que desgraciadamente aún continúa mortificando a distinguidos colegas, concierne a cuestionamientos de competencia, y a reclamos de lesión constitucional en el curso de un proceso arbitral.

Me atrevo a pensar –quisiera que así fuera, y no algo mucho peor– que en ambos casos la disputa se ha debido a negligente ignorancia.

- 6.1 Respecto de la competencia, el problema se ha suscitado cuando una de las partes sujeta a un convenio arbitral ha formulado contienda judicial de competencia entre un juez

ordinario y un tribunal arbitral. Disfrazando como asunto de competencia una materia de conflicto jurisdiccional, el caso que ha llegado a mi *conocimiento* fue el *cuestionamiento* de la competencia del tribunal arbitral formulado como pedido de inhibición. Es decir, como un conflicto de competencia positivo (artículo 37 del CPC). Sin embargo, el artículo 44 del CPC dispone que «*Es inadmisibile el conflicto de competencia positivo entre órganos jurisdiccionales de diferente nivel jerárquico*».

Si bien un tribunal arbitral forma parte del sistema constitucional de justicia con atribución de jurisdicción [hay quienes sostienen que el fuero arbitral no tiene jurisdicción], ciertamente no es uno de los «*órganos jurisdiccionales*» a los que alude dicho artículo 44, que no son otros que los que componen la estructura orgánica del Poder Judicial (artículo 26, Ley Orgánica del Poder Judicial - LOPJ). Y, por eso, un tribunal arbitral no tiene más permanencia que la requerida mientras dure el proceso respectivo, ni participa ni se integra dentro de ninguna jerarquía.

Lo que el artículo 44 del CPC postula es que el cuestionamiento de la competencia (territorial, como veremos) solamente se admite entre «*órganos jurisdiccionales*» judiciales de igual nivel. En consecuencia, *es inadmisibile* un cuestionamiento de esta naturaleza contra un tribunal arbitral que no es «*órgano*» en el sentido establecido en el artículo 26 de la LOPJ y que no está asignado a un nivel jerárquico predeterminado. Es obvio, a mi juicio, que procesalmente un Juzgado sólo puede reclamar la inhibición de otro Juzgado de la misma jerarquía (artículo 46 *in fine* de la LOPJ).

En resumen: el Código Procesal Civil no autoriza el conflicto de competencia por inhibición sino solamente entre Juzgados iguales (de Paz Letrados o Civiles) o entre Salas Superiores de distinto territorio. Es impensable el conflicto de competencia positivo (inhibición) entre órganos judiciales

de distinta jerarquía o entre uno de estos y una institución jurisdiccional no judicial.

El conflicto de competencia inhibitorio sólo puede formularse cuando lo que se discute es competencia territorial prorrogable (artículo 37 del CPC). No cabe formular cuestionamiento inhibitorio por otra razón, como serían la materia (que habría sido el argumento en el caso que se me consultó), la cuantía o el territorio no prorrogable, supuestos en los cuales el cuestionamiento de competencia forzosa-mente debe hacerse como excepción (artículo 35 del CPC).

Es indudable, pues, que un Juzgado Civil no ostenta ninguna preferencia legal singular sobre un tribunal de arbitraje nacional, el cual tiene atribución jurisdiccional en todo el territorio nacional por su esencia y reconocimiento constitucional.

Es decir, prescindiendo de cuál sea la sede de las actuaciones arbitrales *ningún tribunal arbitral nacional tiene restricción alguna de competencia territorial; su competencia cubre todo el territorio nacional.*

Una vez iniciado el proceso arbitral, el cuestionamiento de la competencia del tribunal arbitral sólo puede ser planteado ante los propios árbitros y decidido por ellos. Es la conocida regla *kompetenz-kompetenz* que aparece recogida en el artículo 39 de la LGA, la que tiene el mismo rango que el CPC, que es posterior a él y sobre el que tiene preferencia por especialidad.

Durante un proceso arbitral la competencia de los árbitros no puede ser examinada ni resuelta por nadie ajeno a ellos, menos aún por un Juez Civil o un Juez Mixto. La regla en materia arbitral es que la excepción de incompetencia de los árbitros se formula ante el propio tribunal (artículo 39 de la LGA). Conciérne en exclusiva a los árbitros decidir sobre su propia competencia, porque ellos son toda y la única jurisdicción

existente sobre ese caso arbitral (a diferencia de un caso judicial en el que la jurisdicción y competencia se extienden a las instancias o grados previstos según el tipo de proceso). Por tanto, tal decisión arbitral sólo puede ser impugnada mediante recurso de anulación de laudo. La LGA ha querido, pues, que las actuaciones arbitrales no sean afectadas por interferencias externas. Cualquier cuestionamiento de la decisión del tribunal que declare su competencia, tendrá que ser resuelto *a posteriori* ante la Corte Superior y, en su caso, ante la Corte Suprema, como impugnación del laudo.

No es correcto, por tanto, que un Juzgado pretenda atribuirse él la competencia para resolver materias que ya están siendo conocidas por los árbitros, pues lesiona el artículo 18 de la LGA («*los árbitros no están sometidos a orden, disposición o autoridad alguna que menoscabe sus atribuciones*») y conduce directamente a inmiscuirse en jurisdicción independiente y a usurpar atribuciones que la LGA ha encomendado a las Cortes Superiores y a la Corte Suprema por vía de recurso de anulación de laudo.

Por lo tanto, *mutatis mutandis*, es pertinente a la jurisdicción arbitral lo mismo que para la jurisdicción judicial establecen el artículo 139.2º de la Constitución y el artículo 4 de la LOPJ. *Para estos fines, mientras haya proceso arbitral en trámite ninguna autoridad judicial tiene preeminencia alguna sobre la arbitral, ni viceversa.* La autoridad judicial adquiere facultades sobre un caso arbitral sólo cuando los árbitros requieren su auxilio o una vez que se ha expedido el laudo y, por tanto, cuando ya no hay jurisdicción arbitral porque los árbitros terminaron su función.

- 6.2 Asunto afín al anterior de la competencia respecto del propósito perseguido, ha sido el de acudir a la demanda judicial de amparo constitucional por pretendida lesión del derecho constitucional a un debido proceso y negativa de tutela jurisdiccional por juez natural.

El primer antecedente que conozco (y que quizá ha servido de inspiración en nuestras tierras) fue un caso surgido en Venezuela a finales de los 90' y afortunadamente el Tribunal Supremo de ese país declaró improcedente el amparo.

La colisión se plantea, en una triple vertiente. La primera, sobre si el árbitro puede o no ser calificado como Juez Natural y jurisdicción predeterminada, a lo que sin vacilación alguna tenemos que responder que quien se encargará de decidirlo es precisamente el árbitro, a quien expresamente la LGA le confiere el poder de resolver sobre la existencia, eficacia o validez del convenio arbitral para examinar la materia en disputa y contra lo que resuelva podrá en su momento, pero no mientras discorra el proceso arbitral, recurrir para anular el laudo.

Lo segundo es sobre los irrestrictos derechos de defensa, contradicción, y probanza. Tampoco en ello cabe interferencia por amparo constitucional, porque se trata de asuntos que, si ocurrieran, explícitamente la LGA considera como causales de anulación de laudo. Para estos fines, afortunadamente, el reciente Código Procesal Constitucional ya ha dispuesto (artículos 4 y 44) que no procede el amparo sino cuando, tratándose de resoluciones judiciales, hayan quedado consentidas o firmes. Sostengo que, por lógica y por aplicación supletoria y de integración que establece el artículo IX del Título Preliminar del mismo Código, un tratamiento idéntico ha de dispensarse a las resoluciones arbitrales, de suerte que mientras sea posible un recurso contra ellas, como lo es el de anulación del laudo por lesión al derecho de tutela efectiva, no cabe demanda de amparo.

Lo tercero es que, en estricto, si es improcedente el amparo hasta que no concluya el arbitraje o el recurso de anulación de laudo, mal puede proceder una medida cautelar judicial disponiendo la detención o suspensión del arbitraje o de la resolución arbitral que se estima lesiva.

Con la circunspección y medida que son de estilo en las Circulares que expide la Sala Plena Corte Suprema –y ¡cuidado, que la Sala Plena se pronuncia muy de tarde en tarde!– una de fecha muy reciente ha dicho, con tiento pero seriamente (y a buen entendedor pocas palabras) que «El arbitraje se desarrolla conforme a sus propias reglas» y que «Conviene a la elevada finalidad de la función jurisdiccional que la intervención de los órganos jurisdiccionales [en asuntos relativos al arbitraje] se produzca en los casos taxativamente prescritos (...) a efectos de evitar colisiones innecesarias».

En definitiva, que pese a los tropiezos anunciados, el máximo organismo del Poder Judicial ha respaldado explícitamente las atribuciones jurisdiccionales del arbitraje y con ello, la independencia respecto de cualquier otra jurisdiccional mientras duren los procesos arbitrales. Más vale tarde que nunca.

Ahora, pues, y con esto concluyo, sólo queda abrigar la esperanza de que los abogados ajusten la defensa de sus clientes a lo racional y que no existan magistrados desaprensivos injustificadamente celosos de fueros judiciales que no quieren ser defendidos.

Laudos Arbitrales

Laudos Arbitrales

Caso Arbitral
N° 015-2002/SNCA-CONSUCODE

Demandante: **Javi Contratistas Generales S.A.**
Demandado: **Instituto Nacional Penitenciario - Inpe**
Tribunal Arbitral: **Dra. Mayte Remy Casatagnola, Ing. Carlos Carhuavilca**
 Mechato, Ing. Julián Mendoza Flores.

Resolución N° 22

Lima, 27 de mayo de dos mil tres

VISTOS

1. Con fecha 11 de setiembre de 2002 JAVI S.A. CONTRATISTAS GENERALES interpone demanda arbitral contra el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO (INPE) para que:
 - Se declare la nulidad e insubsistencia de la Resolución de Presidencia N° 097-2002-INPE/P de fecha 08 de febrero de 2002, que ha declarado la nulidad de la Resolución Directoral N° 164-2001-INPE/DGI del 24 de agosto de 2001, que aprobó el Presupuesto Adicional N° 01 por «Emergencia Sanitaria»;
 - Se declare la validez y eficacia de la Resolución Ministerial N° 203-2002-JUS del 12 de junio de 2002 que ha declarado nula la Resolución de Presidencia N° 097-2002-INPE/P y la validez de la Resolución Directoral N° 164-2001-INPE-DGI;
 - En ejecución del laudo arbitral, se ordene a la demandada que cumpla con pagarle la suma de S/. 76,128.4 por los trabajos del presupuesto adicional ejecutado, más los intereses de ley desde la fecha del nacimiento de la obligación hasta la fecha de su pago; y

- En ejecución del laudo arbitral, se ordene a la demandada que cumpla con considerar el Presupuesto Adicional N° 01 por «Emergencia Sanitaria» para efectos de la Liquidación Final del Contrato de Obra.
2. Los fundamentos de hecho de la demanda son los siguientes:
- El 13 de junio de 2001 se suscribió el Contrato de Obra a Precios Unitarios, de la Adjudicación Directa Pública N° 003-2001-INPE-DGI, para la ejecución de la obra «Rehabilitación total de las instalaciones de agua potable, desagüe, eléctricas y sistema de seguridad en el Establecimiento Penitenciario de Sentenciados Río Seco Piura».
 - El presupuesto base del proyecto fue de S/. 804,608.72 y fue adjudicado por S/. 563,226.11.
 - En la ejecución de los trabajos se detectaron deficiencias en el proyecto relacionados con la necesidad de ejecutar las partidas de: i) instalaciones sanitarias (construcción de buzones, nivelación y entubado de zanjas, empalme de buzones a tuberías de 10' y 12', dados de concreto e instalaciones de agua fría y desagües); ii) instalaciones eléctricas (artefactos de alumbrado, reflectores y accesorios, conductores eléctricos, alimentadores eléctricos y obras de albañilería); y iii) sistema de agua contra incendios (tuberías de F° G° y accesorios, demolición de pisos, movimiento de tierras y reposición de pisos, colocación de válvulas y pruebas hidráulicas).
 - La demandada realizó el deductivo de la partida de compra de una nueva Planta de Tratamiento de agua potable, que fue sustituido por trabajos de mantenimiento a la Planta de Tratamiento de agua potable existente.
 - Los adicionales y el deductivo de la obra fueron anotados en los Cuadernos de Obras. Dichas anotaciones constituyen órdenes impartidas por la Supervisión en representación del INPE, que se hicieron por la necesidad de ejecutar los trabajos bajo la naturaleza de Presupuesto Adicional, que fue definido por la Supervisión como trabajos de emergencia sanitaria porque eran esenciales.
 - Se prescindió del trámite de la aprobación previa de su autorización porque la demora perjudicaría el programa de trabajo y la estabilidad de los internos. Ante la posibilidad de que se produzca un amotinamiento se resolvió ejecutar los trabajos bajo el compromiso de los funcionarios de la anterior administraciones de expedir la resolución autoritativa.
 - El 24 de agosto de 2001 se expidió la Resolución Directoral N° 164-2001-INPE-DGI la cual: i) aprobó el Presupuesto Adicional N° 01 por la suma de S/. 76,128.41, con un porcentaje de incidencia de 13.52%; ii) aprobó el Presupuesto Deductivo N° 01 por la suma de S/. 118,546.81, con un

- porcentaje de incidencia de 21.05%; y iii) aprobó la ampliación de plazo N° 01 por 08 días calendario a favor de la contratista.
- El 01 de febrero de 2002 presentó la Liquidación Final del Contrato, el cual fue observado. Posteriormente, la liquidación fue subsanada con la presentación de una nueva versión de la liquidación final corregida, dentro de la cual se consideró los cálculos correspondientes al Presupuesto Adicional N° 01 por «Emergencia Sanitaria», por la suma de S/. 89,924.39, incluyendo intereses.
 - El 12 de febrero de 2002 se le notificó la Resolución de Presidencia N° 097-2002-INPE/P que declara la nulidad de la Resolución Directoral N° 164-2001-INPE-DGI.
 - Con la finalidad de resolver la controversia, mediante carta de fecha 20 de febrero de 2002, solicitó la conciliación al Centro de Conciliación «Bona Fide», la que no se llevó a cabo por inasistencia del INPE. Posteriormente, mediante carta notarial del 14 de marzo de 2002 solicitaron al INPE el ingreso al proceso de arbitraje de derecho y que aquel proceda a nombrar a su árbitro.
 - Debido al incumplimiento por parte del INPE, el 01 de abril de 2002 solicitaron a CONSUCODE que, por cuenta del INPE, designe al árbitro a fin de continuar con el proceso arbitral.
 - El 12 de junio de 2002 el Ministerio de Justicia expidió la Resolución Ministerial N° 203-2002-JUS, mediante la cual se declaró nula la Resolución de Presidencia N° 097-2002-INPE/P.
 - El 26 de julio de 2002 la demandada les ha comunicado que ha iniciado un nuevo procedimiento administrativo.
 - Mediante carta notarial del 25 de abril de 2002 le comunicaron al INPE que en virtud del artículo 164º del Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, la nueva liquidación subsanada ha quedado consentida. Por su parte, mediante carta notarial del 14 de mayo de 2002, el INPE pretende cuestionar el estado legal de consentida de la liquidación final presentada por la contratista.
3. La demandante fundamenta su derecho en el artículo 42º de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; los artículos 164º y 194º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; los artículos IV, 3º, 4º 5º y 14º incisos 14.1, 14.2.3, 14.2.4 y 14.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo General; los artículos II del Título Preliminar y 140º, 219º, 221º, 230º, 231º y 232º del Código Civil; el artículo 23º de la Constitución Política del Perú.

4. Corrido el traslado de la demanda, con fecha 14 de octubre de 2002, el Instituto Nacional Penitenciario la niega y contradice en todos los hechos y pretensiones pidiendo que se declare infundada, para lo cual como fundamentos de hecho señala básicamente que:
- No existe punto controvertido sobre la nulidad e insubsistencia de la Resolución Presidencial del INPE N° 097-2002-INPE/P toda vez que este extremo ya sido resuelto mediante la Resolución Ministerial N° 203-2002-jus.
 - No existe punto controvertido sobre la validez y eficacia de la Resolución Ministerial N° 203-2002-JUS porque no se le ha negado tal atributo. Como consecuencia de ello de oficio y mediante Resolución Presidencial N° 720-2002-INPE/P del 02 de setiembre de 2002 se declaró la nulidad de un acto administrativo nulo de pleno derecho, la Resolución Directoral N° 164-2001-INPE-DGI.
 - Las pretensiones accesorias, referidas a ejecución de laudo arbitral, deben desestimarse por no existir puntos controvertidos.
 - La Resolución Directoral N° 164-2001-INPE-DGI contraviene el artículo 42° del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, los artículos 135° y 159° de su Reglamento, la cláusula décimo quinta del contrato y la cláusula V de la Directiva N° 012-2000-CG/OATJ-PRO, aprobada por Resolución de Contraloría N° 260-2000-CG, modificada por Resolución de Contraloría N° 036-2001-SG. Además es imposible su convalidación.
 - Los trabajos adicionales se inician a partir del 04 de agosto de 2001 al 22 del mismo mes y año, antes de que se expida la Resolución Directoral N° 164-2001-INPE-DGI.
 - Las anotaciones del supervisor, sin contar con la resolución de aprobación, no son órdenes para ejecutar trabajos adicionales ni para calificarlos de emergencia sanitaria, ni tampoco para prescindir del trámite de aprobación previa de su autorización.
 - No existe causal prevista denominada «emergencia sanitaria» para prescindir de la aprobación previa y expresa del adicional, por lo que la Resolución Directoral N° 164-2001-INPE-DGI es nula de pleno derecho.
 - La demandante interpreta indebida y erróneamente los alcances de la Resolución Ministerial N° 203-2002-JUS. Dicha resolución declaró nula la Resolución N° 097-2002-INPE/P, pero no el procedimiento administrativo que lo sustenta. La nulidad se dio por la contravención del artículo 161.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, por ello se le concedió el plazo de 05 días hábiles para que presente sus alegatos o

las correspondientes pruebas de descargo. Una vez realizado su descargo se declaró la nulidad de la Resolución Directoral N° 164-2001-INPE-DGI mediante Resolución Presidencial N° 720-2002-INPE/P.

- No es cierto que la liquidación presentada no haya merecido reparo u observación. Pues mediante Oficio N° 125-2002-INPE/15 del 25 de enero de 2002 se le comunicó que los presupuestos adicionales se encuentran en revisión. Asimismo, mediante carta N° 079-2002-INPE/15 del 14 de mayo de 2002 se le comunicó que la Resolución Directoral N° 164-2001-INPE-DGI fue declarada nula por Resolución Presidencial N° 097-2002-INPE/P, que la liquidación de obra no había quedado consentida por encontrarse en arbitraje esta última resolución.
5. El Instituto Nacional Penitenciario fundamenta su derecho en lo dispuesto por los artículos 139° inciso 3) de la Constitución Política del Perú; artículos 4°, 29° y 53° del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; artículos 185° y 186° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; la Directiva N° 012-2000-CG/OATJ-PRO, aprobada por Resolución de Contraloría N° 260-2000-CG/OATJ-PRO, modificada por Resolución de Contraloría N° 036-2001-CG; los artículos 1° y 3° de la Ley General de Arbitraje; artículos II, IV, 5°, 8°, 9°, 10°, 12°, 56° y 202° de la Ley del Procedimiento Administrativo General.
 6. Que, el día 14 de febrero de 2003 se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación, Saneamiento y Fijación de Puntos Controvertidos, en la cual el Tribunal Arbitral declaró saneado el proceso y además invitó a las partes a conciliar sus posiciones, lo que no fue posible. Asimismo el Tribunal fijó como punto controvertido el siguiente:

«Determinar si procede o no el pago de S/. 76,128.41 (setenta y seis mil ciento veintiocho y 41/100) a favor de la empresa JAVI S.A. Contratistas Generales y a cargo del Instituto Nacional Penitenciario (INPE), por concepto de presupuesto adicional ejecutado, más los intereses de ley generados.

En la misma Audiencia el Tribunal admitió los siguientes medios probatorios:

 - De la demandante: los ofrecidos en los numerales 1 al 15 del acápite V de la demanda.
 - De la demandada: los ofrecidos en los numerales 1 al 22 del punto IV de su escrito de contestación. No se admitió el medio probatorio signado con el numeral 23 por considerarlo impertinente.
 7. El día 28 de febrero de 2003 se llevó a cabo la Audiencia de Pruebas, en la cual el señor Guillermo Alberto Ochoa Cortéz rindió su declaración testimonial.

8. Con fecha 06 de marzo de 2003 JAVI S.A. Contratistas Generales presentó su escrito de alegatos.
9. Mediante escrito de fecha 07 de marzo de 2003 el Instituto Nacional Penitenciario formuló sus alegatos.
10. Con fecha 17 de marzo de 2003 se llevó a cabo la Audiencia de Sustentación de Alegatos.
11. Mediante resolución N° 17 de fecha 17 de marzo de 2003 el Tribunal Arbitral resolvió tráiganse los autos para laudar y además suspendió el arbitraje hasta que las partes cumplan con efectuar el segundo pago señalado mediante resolución N° 08.
12. Mediante resolución N° 18 de fecha 01 de abril de 2003 el Tribunal resolvió dejar sin efecto la suspensión del arbitraje y fija el plazo para laudar en veinte (20) días hábiles.
13. Mediante resolución N° 21 de fecha 05 de mayo de 2003, notificada a ambas partes el día 06 de mayo, el Tribunal Arbitral dispuso la ampliación del plazo para emitir el laudo por quince (15) días adicionales, como se procede en esta resolución;

CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Que, con fecha 13 de junio de 2001 la Dirección General de Infraestructura del Instituto Nacional Penitenciario y JAVI S.A. Contratistas Generales celebraron el contrato de obra a precios unitarios para la ejecución de la obra «Rehabilitación total de las instalaciones de agua potable, desagüe, eléctricas y sistema de seguridad en el establecimiento Penitenciario de Sentenciados Río Seco Piura».

SEGUNDO.- Que, JAVI S.A. Contratistas Generales pretende el pago de S/. 76,128.41 por los trabajos del presupuesto adicional ejecutado, más los intereses de ley desde la fecha del nacimiento de la obligación hasta la fecha de su pago;

TERCERO.- Que, el numeral 3.4 de la Cláusula Tercera del indicado contrato dispone que los trabajos adicionales deben ser previamente ordenados por la Dirección General de Infraestructura del Instituto Nacional Penitenciario, de acuerdo a la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, su Reglamento y la Resolución de Contraloría N° 036-2001-CG de fecha 14 de marzo de 2001 que modifica el Texto de la Directiva N° 012-2000-CG/OATJ-PRO.

CUARTO.- Que, además específicamente los numerales 15.1, 15.2 y 15.3 de la Cláusula Décimo Quinta del contrato establece que la Dirección General de Infraestructura del Instituto Nacional Penitenciario está facultada por ordenar

y pagar directamente la ejecución de obras adicionales hasta por el quince por ciento (15%) de su monto. Para ello es necesario que concurren los siguientes requisitos: i) que las obras adicionales resulten indispensables para alcanzar la finalidad del contrato; y ii) que se cuente previamente con la Resolución emitida por la Dirección General de Infraestructura del Instituto Nacional Penitenciario, siempre que su valor no supere el quince por ciento (15%) del monto total del contrato.

QUINTO.- Que, asimismo, el numeral 15.4 de la indicada cláusula establece expresamente que la ejecución de las obras adicionales está condicionada a que previamente se expida la Resolución Directoral, la que de conformidad con los numerales 15.2 y 15.3 debe ser emitida por la Dirección General de Infraestructura del Instituto Nacional Penitenciario.

SEXTO.- Que, a mayor abundamiento, el numeral 15.5 de la mencionada cláusula décimo quinta señala que en caso que no se cumpla los requisitos indicados en los considerandos precedentes, las obras así ejecutadas no generan derecho alguno a favor de la contratista.

SÉTIMO.- Que, lo acordado por las partes en el contrato de obra a precios unitarios se ajusta a lo que establece la normatividad sobre contrataciones y adquisiciones del Estado. En efecto, conforme a lo dispuesto por el artículo 42º del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 012-2001-PCM, la entidad podrá ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el quince por ciento (15%) de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato.

OCTAVO.- Que, asimismo, conforme a lo dispuesto por el artículo 135º del Reglamento de la citada ley, aprobado mediante Decreto Supremo N° 013-2001-PCM, para disponer la ejecución de prestaciones adicionales se requiere contar con resolución previa del Titular del Pliego o máxima autoridad administrativa, además de contar con la asignación presupuestal necesaria;

NOVENO.- Que, específicamente para la aprobación de adicionales de obras se requiere cumplir con lo dispuesto en el artículo 159º del citado Reglamento; en virtud del cual únicamente procederá la ejecución de obras adicionales cuando se cuente previamente con la resolución del Titular del Pliego o la máxima autoridad administrativa de la entidad en tanto dichas obras adicionales no superen el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original;

DÉCIMO.- Que, además la cláusula V de la Directiva N° 012-2000-CG/OATJ-PRO, aprobada por Resolución de Contraloría N° 260-2000-CG/OATJ-PRO, modificada por Resolución de Contraloría N° 036-2001-CG incide en que para la ejecución de obras adicionales que no superen el quince por ciento (15%) del monto total del contrato, se requiere previamente de resolución aprobatoria.

DÉCIMO PRIMERO.- Que, en el caso de autos se tiene que la propia demandante acepta que para la ejecución de las obras adicionales se prescindió del trámite de la aprobación previa de autorización, aduciendo que ello se debió a que la demora en la aprobación perjudicaría el programa de trabajo y la estabilidad de los internos. Asimismo señala que los trabajos adicionales fueron definidos por la Supervisión como trabajos de emergencia sanitario debido a que eran esenciales para lograr la meta física de la obra;

DÉCIMO SEGUNDO.- Que, al respecto, debe tenerse en cuenta que de conformidad con las normas legales antes citadas y de las cláusulas del contrato celebrado entre las partes, la autorización previa por parte de la Dirección General de Infraestructura del Instituto Nacional Penitenciario constituye requisito *sine qua non* para la ejecución de los trabajos adicionales; por lo que al no haberse observado esta formalidad, no cabe reconocer el monto de los trabajos ejecutados con anterioridad a la expedición de la resolución autoritaria;

DÉCIMO TERCERO.- Que, según es de verse de las copias del cuaderno de obra que corren en el expediente, parte de las obras adicionales han sido ejecutadas antes de la resolución autoritaria, toda vez que recién el 24 de agosto de 2001 el Director General de la Oficina General de Infraestructura del Instituto Nacional Penitenciario aprobó el Presupuesto Adicional N° 01 mediante Resolución Directoral N° 164-2001-INPE-DGI;

DÉCIMO CUARTO.- Que, asimismo, del cuaderno de obra se desprende que ciertos trabajos adicionales han sido ejecutados por la contratista cuando ya se había expedido la Resolución Directoral que aprobó el Presupuesto Adicional N° 01, los que deberán ser reconocidos por la demandada en virtud de las normas legales antes glosadas.

DÉCIMO QUINTO.- Que, respecto a la alegación de la demandante respecto a que los trabajos adicionales fueron definidos por la Supervisión como trabajos de emergencia sanitaria debido a que eran esenciales para lograr la meta física de la obra; cabe indicar que de conformidad con el artículo 149° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, el supervisor es el responsable de velar directa y permanentemente por la correcta ejecución de la obra y del cumplimiento del contrato. Dicho artículo además establece cuáles son las funciones del supervisor, por lo que carece de sustento alegar que la orden impartida por aquel pueda reemplazar al requisito de la resolución autoritaria; tanto más si el indicado artículo *in fine* establece expresamente que la actuación del supervisor se debe ajustar al contrato, el que como se ha señalado anteriormente, dispone que para la ejecución de trabajos adicionales es necesario contar previamente con la resolución autoritaria;

DÉCIMO SEXTO.- Que, en cuanto a las costas y costos, este Tribunal estima que, atendiendo a la naturaleza y complejidad de la controversia, se aprecia que

ambas partes han tenido motivos atendibles para litigar, por lo que corresponde que cada una de ellas asuma los honorarios de sus propios abogados y, en partes iguales, el pago de los honorarios de los árbitros y los gastos del arbitraje.

Por estas consideraciones, de conformidad con lo previsto en las normas legales y reglamentarias citadas, el contrato de obra a precios unitarios celebrado entre las partes y las reglas procesales establecidas por el Tribunal Arbitral en el Acta de su Instalación:

LAUDAMOS:

1. Declarando **FUNDADA** en parte la demanda; en consecuencia el Instituto Nacional Penitenciario debe pagar a JAVI S.A. Contratistas Generales el monto de las obras adicionales ejecutadas con posterioridad a la emisión de la Resolución Directoral N° 164-2001-INPE/DGI del 24 de agosto de 2001, más los intereses legales. Para este efecto la entidad demandada deberá proceder a efectuar la liquidación correspondiente en el plazo de cinco (5) días hábiles.
2. Estableciendo que tanto la demandante como la demandada deben asumir el pago de las costas de este proceso en partes iguales y cada parte debe asumir los honorarios de sus propios abogados.

MAYTE REMY CASTAGNOLA
Presidenta del Tribunal Arbitral

JULIÁN MENDOZA FLORES
Arbitro

VOTO PARTICULAR DEL SEÑOR ARBITRO, CARLOS CARHUAVILCA MECHATO:

Lima, 27 de mayo del 2003

CONSIDERANDO:

- 1.- Que el presente proceso Arbitral es uno de Derecho de acuerdo a lo establecido en el artículo 186º, del Reglamento del Texto Unico Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento. Esta disposición concuerda con lo establecido en el artículo 3º de la Ley General de Arbitraje vigente, Ley N° 26572. Esta concordancia establece como regla

general que en el Arbitraje de Derecho, los árbitros resuelven la cuestión controvertida con arreglo al Derecho aplicable.

- 2.- El demandante en ejercicio de su derecho establecido en el artículo 186º del Reglamento del Texto Unico Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, demanda el reconocimiento y pago de los trabajos realizados en el Presupuesto Adicional N° 01 que según su Resolución aprobatoria se han realizado por «Emergencia Sanitaria». Así mismo reclama dentro de los fundamentos de su demanda que estos trabajos fueron ordenados directamente por los funcionarios de la demandada, Instituto Nacional Penitenciario y con, expresas órdenes de la Supervisión de la obra, representante del Instituto Nacional Penitenciario en la obra.
- 3.- Se puede apreciar plenamente en este proceso Arbitral, tanto en la demanda como en la contestación de la misma; que la propia demanda expidió la Resolución Directoral N° 164-2001-INPE-DGI fechada el 24/08/01 firmada por el entonces Director General de la Oficina General de Infraestructura del Instituto Nacional Penitenciario, Arq. Guillermo Ochoa Cortéz, aprobando sin restricción alguna el citado Presupuesto Adicional N° 01, el Deductivo de Obra y concediendo la Ampliación de Plazo correspondiente.
- 4.- Dentro del proceso Arbitral y los actos practicados por las partes se acredita y se aprobó dentro del proceso, que el Presupuesto Adicional en controversia habiendo sido reconocido y aprobado con la Resolución Directoral N° 164-2001-INPE-DGI de fecha 24/08/01, ha formado parte de la Liquidación Final del Contrato de Obra que el demandante en cumplimiento del artículo 164º del Reglamento del Texto Unico Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, cumplió con presentar para el trámite de aprobación correspondiente por parte del INPE. Como resultado de esta liquidación del demandante, la observo con oficio N° 125-2002-INPE/15 de fecha 25/01/01 y recepcionado por el demandante el 30 del mismo mes y año, con la finalidad de que este último cumpliera con subsanar las observaciones a la liquidación formulada por las cartas del INPE N° 068-2001-INPE/15 y de la Supervisión s/n fechados el 11 y 15/01/02, en el cual específicamente solicitaban que JAVI S.A. presentará junto con otros documentos una copia de la referida Resolución Directoral N° 164-2001-INPE-DGI de fecha 24/08/01.

Esta probado en el Expediente de este proceso, que el Demandante con Carta N° 82-02-JAVI S.A. de fecha 05/02/02 y conforme sello de recepción fue recibida el 06 del mismo mes y año por el INPE, que JAVI S.A. cumplió con remitir la nueva Liquidación Final subsanada y corregida a la que adjunto los documentos que fueron solicitados por el INPE.

También está probado, porque no existe prueba en contrario, ni medio probatorio alguno ofrecido por la Demandada que lo desvirtúe, que una vez recepcionada la nueva Liquidación Final corregida y subsanada, el Demandado no realizó ninguna observación ni cuestiono los cálculos, conceptos o detalles de la Liquidación, venciendo así el plazo de quince días hábiles para que dicho demandado ejerza su facultad de aprobar o desaprobado la Liquidación del Contratista.

La omisión del Demandado, en no ejercer sus atribuciones, conllevó a que quede consentida la Liquidación Final del Contrato elaborada por el Contratista, por efecto del transcurso del plazo establecido en el Reglamento del Texto Unico Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. En este contexto resulta imperativo considerar dentro de este hecho lo dispuesto por el tercer párrafo del artículo 164º del Reglamento del Texto Unico Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, esto es que, la Liquidación quedará consentida cuando practicada por una de las partes, no sea observado por la otra dentro del plazo antes referido.

- 5.- Debe repararse en el hecho que el Demandado al contestar la demanda argumenta como medio de defensa que, la nulidad de la Resolución Directoral N° 164-2001-INPE-DGI de fecha 24/08/01, se ha producido por cuanto los trabajos ejecutados en el Presupuesto Adicional N° 01 se habían ejecutado sin contar con la aprobación previa de la resolución que lo autorice; contraviniendo así la cláusula tercera, numeral 3.4 del contrato de obra y la cláusula V de la Directiva N° 012-2000-CG-OATJ-PRO aprobado por Resolución de Contraloría N° 260-2000-CG/OATJ-PRO; esto es de que la ejecución de obras adicionales que no superen el 15% del monto total del contrato, para su ejecución requiere previamente de resolución que lo apruebe.

Sin embargo, es necesario destacar que la controversia venida a este Tribunal Arbitral se ubica dentro de otro contexto, en cuanto a los hechos concurrentes y actos legales y jurídicos practicados por el INPE, de tal manera que, la aplicación de la norma que dispone la aprobación previa de la ejecución de trabajos adicionales no resulta aplicable al presente caso; por lo que resulta necesario interpretar esta normatividad dentro de su contexto que no es este. Lo contrario resultaría auspiciar la violación de los derechos adquiridos del Contratista y permitir la materialización del abuso de derecho que nuestro ordenamiento civil reprueba, y que este Tribunal no puede permitir.

- 6.- Conforme los principios contenidos en el derecho procesal civil nacional los medios probatorios deben causar certeza a los fundamentos de las partes y los medios probatorios establecer la vinculación necesaria que responda a

la verosimilitud de los hechos. Así mismo que debe aplicarse el derecho que corresponde al proceso aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente, sin embargo, no puede ir mas allá del petitorio ni fundar una decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes.

Para los efectos de un pronunciamiento justo, equitativo y jurídicamente válido, se debe tener presente la secuencia seguida por el procedimiento administrativo ejercido por el Demandante. Los hechos producidos dentro del proceso administrativo seguido por el Demandado como resultado de la nulidad de la Resolución N° 164-2001-INPE/DGI de fecha 24/08/01, que fue materializado a la expedición de la Resolución de Presidencia del INPE N° 097-2002-INPE /PE de fecha 08/02/02.

Es necesario dejar claramente establecido que la Resolución de Presidencia del INPE N° 097-2002-INPE/PE de fecha 08/02/02 que anuló la Resolución Directoral N° 164-2001-INPE/DGI, fue así mismo anulado por la Resolución Ministerial N° 203-2002-JUS de fecha 12/06/02, y, restituyó la validez de la citada Resolución Directoral N° 164-2001-INPE/DGI. Posteriormente el demandado, nuevamente, procedió a volver a anular la Resolución Directoral N° 164-2001-INPE/DGI, para cuyo efecto expidió con fecha 24/08/01 la Resolución Presidencia N° 720-2002/INPE/PE; que posteriormente y a solicitud del Demandante no fue admitido como prueba dentro del proceso por haberse expedido en contravención al artículo 190º del Reglamento del Texto Unico Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, situación que fue resuelta mediante Resolución del Tribunal Arbitral; y no fue admitida como medio probatorio. Concordante con este hecho debe tenerse en cuenta que en la Audiencia de Conciliación, Saneamiento y Fijación de Puntos Controvertidos de fecha 14/02/03, el punto controvertido se estableció para: «determinar si procede o no el pago de S/. 76,128.41 (Setenta y Seis Mil Ciento Veintiocho con 41/100) por de la Empresa JAVI S.A. Contratistas Generales y a cargo del Instituto Nacional Penitenciario – INPE, por concepto de presupuesto adicional ejecutado, más los intereses de ley generados.»

Así mismo, al absolver el cuadro de la demanda el Demandado niega y contradice todos los hechos y la pretensión y pide que se declare infundada y, en el acto de la audiencia de Saneamiento y puntos controvertidos manifestaron su desacuerdo con el punto controvertido fijado por el Tribunal Arbitral, por cuando consideran de que no existe ningún punto controvertido de acuerdo a los términos en que fueron planteadas las demandas y la contestación a la misma.

Más aun concordante con los hechos anotados en este acápite el Demandante, justificando su accionar en razón de ser un hecho sobreviniente al

proceso en el estado en que se encuentra se me remitió la Resolución Presidencial del Instituto Nacional Penitenciario N° 346-2003-INPE/PE expedido el 15/05/03, por el cual en su artículo 1º ha resuelto dejar sin efecto la Resolución Presidencial del Instituto Nacional Penitenciario N° 720-2002-INPE/PE de fecha 02/09/02 y en su artículo 2º ha declarado nulo todo lo actuado con posterioridad al inicio del proceso arbitral, debiendo retrotraerse hasta el momento en que se ha iniciado dicho proceso arbitral y disponer el archivamiento definitivo del proceso administrativo.

- 7.- Atendiendo a los antecedentes del párrafo precedente y en especial al hecho nuevo de la nulidad dispuesta por el INPE es evidente que en mi criterio no existe punto controvertido, dado que la Resolución por cuya causa se demandó, fue anulada por el Superior Jerárquico, esto es el Ministro de Justicia, y la posterior Resolución Presidencial del Instituto Nacional Penitenciario N° 720-2002-INPE/PE de fecha 02/09/02, que al margen de su ineficacia en el presente proceso arbitral, la propia decisión del Demandado lo ha anulado en virtud de la referida Resolución Presidencial del Instituto Nacional Penitenciario N° 346-2003-INPE/PE expedido el 15/05/03
- 8.- Dentro del contexto de los actos practicados por las partes, tanto en el procedimiento administrativo como del trámite que siguió la Liquidación Final del Contrato de Obra, los actos administrativos expedidos por el propio INPE al haber convalidado su propia omisión de no haber aprobado en su oportunidad y previamente la ejecución del Presupuesto Adicional N° 01 en controversia, no resulta arreglado a derecho ni dentro de los principios que inspiran el animo de justicia, mucho menos principios constitucionales de superior rango normativo que cautelan el derecho al trabajo y al pago de una justa retribución, resulta preocupante que los actos irregulares y extemporáneos de la administración sean trasladados al Demandante en su posición de contratista; pues esta probado por el Acta de Audiencia de Pruebas de fecha 28/02/03, realizada con el objeto de la actuación de prueba de absolución de pliego interrogatorio del Arquitecto Guillermo Ochoa Cortéz en su calidad de Ex – Director General de la Oficina de Infraestructura del INPE, como el funcionario que aprobó, autorizó y expidió la Resolución N° 164-2001-INPE-DGI de fecha 24/08/01; quien a las preguntas 1, 3, 4, 5 y 6 del referido pliego, ha absuelto en sentido afirmativo que fue el funcionario en ejercicio que suscribió el contrato de obra materia de la controversia, que se aprobó el Presupuesto Adicional N° 01 por la necesidad de las obras para cumplir con las metas previstas, las mismas que se estaban ejecutando contando con los informes favorables de las diferentes áreas técnicas y legal, por lo que firmó la Resolución Aprobatoria; Que expidió la referida Resolución con la sustentación técnica y documentaria requerida a las diferentes áreas del INPE; Que la obra se ejecuto realmente y no hubo ninguna irregu-

laridad que invalide su aprobación; y que si se cumplieron todos los requisitos administrativos tanto en la obra como en el INPE.

No está demás señalar que como lo refiere el demandante y esta probado en el expediente que las sucesivas nulidades no tienen como fundamento ningún pronunciamiento, dictamen o auditoria que haya establecido de parte del Organo de Control Interno o de la Contraloría General de la República que evidencie irregularidades en su aprobación y haya establecido responsabilidades al respecto; resulta necesario dejar claramente establecido que el INPE, procede en forma poco correcta a anular la Resolución que aprueba el Presupuesto Adicional N° 01, cuando se percata que la Liquidación Final de Obra, en base a lo establecido en el Reglamento del Texto Unico Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, ha quedado consentida y contiene el Presupuesto Adicional N° 01; con lo que no le quedaba al INPE otra alternativa que refrendar la Liquidación presentada por el Contratista, en estricto cumplimiento de la ley específica de la materia.

Resulta necesario ser coherente con nuestros pronunciamientos, ya que si aprobamos parcialmente el monto del adicional, esto no se condice con el derecho que tiene el Contratista de cobrar el integro de su liquidación, la misma que contiene el Presupuesto Adicional N° 01; que como volvemos a repetir, esta ha quedado consentida por la propia Entidad, en estricto cumplimiento del artículo 164.- LIQUIDACION DEL CONTRATO DE OBRA.- Del Reglamento del Texto Unico Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

- 9.- Por todo lo expuesto, esta probado objetiva y realmente que el Tribunal Arbitral debe resolver esta controversia en atención a los medios probatorios ofrecidos y los hechos que de ella indubitablemente se evidencian, esto es que la Resolución Directoral N° 164-2001-INPE-DGI de fecha 24/08/01 se encuentra plenamente vigente y es eficaz y goza de la plenitud de sus efectos legales y administrativos al no existir ninguna Resolución que la invalide o la anule; en tanto este Tribunal no podría y en todo caso esta materialmente imposibilitado de cuestionar el fondo o contenido o los actos jurídicos de las resoluciones que han sido expedidos por Funcionarios en ejercicios de sus cargos y atribuciones que la Ley y la Constitución lo señala. Lo contrario sería resolver puntos controvertidos que no son materia de la demanda, muchos menos ha sido materia de reconvencción al no haberse formulado esta por el INPE en ese sentido. No nos corresponde pues cuestionar la validez o invalidez de las Resoluciones sino si corresponde o no reconocer y pagar al Demandado el valor de los trabajos ejecutados en virtud de los actos administrativos que así lo ha reconocido que, en todo caso deberá aplicarse el artículo 14° inciso 14.1, 14.2.3 y 14.2.4 de la Ley del

Procedimiento Administrativo General, que establece que el vicio del acto administrativo por el incumplimiento a sus elementos de validez, no sea trascendente, prevalece la conservación del acto procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora; que el acto emitido con infracción a las formalidades del procedimiento, considerando como tales aquellas cuyas realización correcta no hubiera impedido o cambiado el sentido de la decisión final en aspectos importantes, o cuyo incumplimiento no afectare el referido proceso de la administrado; y cuando se concluye indudablemente de cualquier otro modo que el acto administrativo hubiese tenido el mismo contenido, de no haberse contenido el vicio y que la administración no puede justificar su omisión y negligencia en hechos propios.

Por estas consideraciones, de conformidad con lo previsto en las normas legales reglamentarias, glosadas y las reglas procesales establecidas por el Tribunal en el Acta de Instalación:

LAUDO:

- 1.- Declarando fundada la demanda interpuesta por JAVI S.A. Contratistas Generales, en tal virtud el Instituto Nacional Penitenciario debe dar cumplimiento a la Resolución Directoral N° 164-2001-INPE-DGI de fecha 24/08/01; por cuanto este acto administrativo resolutivo se encuentra en plena vigencia al haber sido restablecida su validez y eficacia legal por propia decisión del demandado; y en la medida de que dicho reconocimiento será extemporáneo, deberá corresponder el reconocimiento de los intereses de Ley.
- 2.- Disponiendo que tanto la Demandada como la Demandante deben asumir el pago de las costas de este proceso en partes iguales y cada parte debe asumir los honorarios de sus propios abogados.

Carlos Carhuavilca Mechato
Arbitro

Caso Arbitral
N° 082-2003/SNA-CONSUCODE

Demandante : Jenny Hortencia Egúsquiza Oliveros
Demandado : Instituto Nacional De Desarrollo - INADE
Árbitro Único : Dr. Giovani Hospinal Munive

LAUDO ARBITRAL

Lima, 1 de abril de dos mil cuatro.

I. VISTOS

1. DEMANDA

Con fecha 30 de septiembre de 2003 **JENNY HORTENCIA EGÚSQUIZA OLIVEROS** (en adelante «**LA CONTRATADA**») interpone demanda arbitral contra el **INSTITUTO NACIONAL DE DESARROLLO** (en adelante, **INADE**), solicitando que esta entidad cumpla con pagarle la suma ascendente a US \$ 56,618.44, cifra que incluye el Impuesto General a las Ventas. Asimismo, solicita el pago de los intereses moratorios devengados desde la fecha de emisión de la factura hasta la fecha en que se verifique el pago, por concepto de los servicios profesionales prestados por «**LA CONTRATADA**» a favor de **INADE**, según factura N° 08 de fecha 8 de abril de 2003, haciendo extensiva la demanda al pago de costas y costos del proceso.

La demandante ampara su demanda en los siguientes fundamentos de hecho:

- El 14 de noviembre de 2002 se dictó la Resolución Jefatural N° 188-2002-INADE-1100, mediante la cual se exonera del proceso de selección para la contratación por servicios personalísimos a la demandante. En dicha resolución se hace un detalle de las cantidades a recuperar, a saber:

- a) Proyecto Especial Chavimochic: US \$ 1'069,222.40
- b) Proyecto Especial Chira Piura: US \$ 737,743.09
- c) Proyecto Especial Pasto Grande: US \$ 127,780.16
- d) Proyecto Especial Chincas: US \$ 53,757.95
- e) Proyecto Especial Jequetepeque Zaña US \$ 65,888.81

Asimismo, refiere «**LA CONTRATADA**», se establecieron los porcentajes con los cuales se pagarían los honorarios profesionales por la recuperación de las sumas indicadas, señalándose 10%, 8% y 5% si el recupero se producía dentro de los 30, 60 y 90 días, respectivamente.

- Con fecha 25 de noviembre de 2002, INADE y «**LA CONTRATADA**» suscribieron un Contrato de Servicios Personalísimos, por el cual se formaliza el encargo de cobranza de una suma de dinero a la empresa Popular y Porvenir Cía. de Seguros y Reaseguros S.A. en Liquidación y/o las empresas reaseguradoras relacionadas, correspondiente al pago de una indemnización pendiente, proveniente de la póliza de seguros que tenía contratada INADE con la entidad aseguradora; pactándose como retribución un pago equivalente a un determinado porcentaje, según las cantidades que se recuperen y el plazo de recuperación de las mismas.
- Mediante cartas fechadas el 19 de noviembre de 2002, **LA CONTRATADA** comunica, tanto a Heath Lambert Perú como a la Junta Liquidadora de Popular y Porvenir Compañía de Seguros, la designación efectuada por INADE y solicita a ambas empresas la realización de una reunión para tratar lo concerniente a las gestiones de pago.
- El día 20 de noviembre de 2002, mediante carta dirigida al Presidente de INADE, se le informa del inicio de las gestiones tanto con el broker de reaseguro como con la compañía aseguradora.
- El 22 de noviembre de 2002, mediante carta N° 1500-2002/JLPyP, Popular y Porvenir Compañía de Seguro en Liquidación acusa recibo de la comunicación fechada el 19 de noviembre, saludando tal designación y solicitando que el INADE les comunique la designación.
- Según sostiene la demandante, el día 21 de noviembre tuvo una reunión con el señor Jorge Pérez Garreaud del corredor Heath Lambert Perú, a efectos de coordinar las acciones correspondientes para el pago del seguro.
- El 22 de noviembre de 2002 Heath Lambert Perú Corredores de Reaseguros S.A. remite un fax a Popular y Porvenir, con atención al señor Luis Talavera, informando que han contactado con la demandante y que están haciendo

los máximos esfuerzos para lograr la cobranza de los saldos pendientes de los siniestros de INADE, y que han dado el nombre de las personas a contactar en Londres para hacer las gestiones de cobro correspondientes.

- Con fecha 9 de diciembre de 2002, INADE remite el Oficio N° 04557-2002-INADE-1101, de fecha 2 de diciembre de 2002, a la Junta Liquidadora de Popular y Porvenir, comunicando la contratación de la demandante.
- Mediante carta de fecha 9 de diciembre de 2002, remitida a la Junta Liquidadora de Popular y Porvenir, con copia a la Presidencia y Gerencia General del INADE, la demandante solicita una cita para tratar lo relacionado con el pago de la obligación insoluta.
- El 11 de diciembre de 2002, Popular y Porvenir Compañía de Seguros en Liquidación dirige la carta N° 545-2002/JLPyP a INADE, con copia a la demandante, informando que han tomado conocimiento de la designación de la recurrente; así como que los señores de Heath Lambert Perú les han referido verbalmente que en los siguientes días les estarían remesando un adelanto de aproximadamente US \$ 1'000,000.00 (Un millón de Dólares Americanos).
- Mediante carta de fecha 11 de diciembre de 2002, dirigida al Presidente de INADE, copiada a la Gerencia General de INADE, se le informa de los avances de las gestiones de cobranza. En la carta se menciona también que en los próximos días, esto es a la fecha de la carta, le estarían haciendo una remesa a favor de la aseguradora a fin de cumplir con el pago a INADE.
- El día 16 de diciembre de 2002, **LA CONTRATADA** remite una carta a la Presidencia de INADE, en la cual comunica acerca de la suspensión de labores en Popular y Porvenir Compañía de Seguros en Liquidación, en virtud al D.S. 121-2002-PCM, y la afectación de los plazos que esta norma legal representa en el contrato que se tiene celebrado.
- El 2 de enero de 2003, **LA CONTRATADA** remite al Presidente de INADE una carta en la cual le informa de las gestiones que venía efectuando.
- Mediante carta, de fecha 6 de enero de 2003, dirigida a la Junta Liquidadora de Popular y Porvenir Compañía de Seguros, **LA CONTRATADA** reitera el pedido de una reunión, toda vez que habían reanudado sus labores interrumpidas por el D.S. 121-2002-PCM.
- Mediante carta de fecha 7 de enero de 2003, dirigida a la Presidencia de INADE, **LA CONTRATADA** informa que los reaseguradores estarían abonando la suma de US \$ 1'700,000.00 a la compañía aseguradora, razón por la cual se podría solicitar a Popular y Porvenir les haga el abono correspondiente.

- Con fecha 10 de enero, Heath Lambert Perú hace un abono ascendente a US \$ 1'003,552.17 a Popular y Porvenir a favor de INADE.
- El día 13 de enero de 2003, **LA CONTRATADA** se dirige a la Junta Liquidadora de Popular y Porvenir Compañía de Seguros, a fin de comunicar que ha tomado conocimiento que los reaseguradores han abonado el monto de US \$ 1'003,500.00, y les solicita que procedan con el pago de la suma indicada a INADE.
- EL 13 de enero de 2003, **LA CONTRATADA** comunica al Presidente de INADE que el reasegurador ha procedido a abonar a Popular y Porvenir la suma de 1'003,500.00, y solicita que se proceda a disponer que la Gerencia General del INADE coordine con ella, para que la entidad reciba la suma abonada.
- El 14 de enero de 2003, Heath Lambert Perú remite un fax a Popular y Porvenir, en el cual indica el detalle de los montos correspondientes a los proyectos involucrados en el monto de US \$ 1'003,552.17.
- El 15 de enero de 2003, INADE remite a **LA CONTRATADA** el Oficio N° 00101-2003-INADE-1201-OGAJ, mediante el cual da respuesta a la carta de fecha 16 de diciembre de 2002, relacionada al D.S. 121-2002-PCM, norma que suspendía las labores en el Sector Público. **LA CONTRATADA** dio respuesta al referido Oficio mediante comunicación de fecha 22 de enero de 2003.
- El 23 de enero de 2003, Popular y Porvenir remite la carta N° 038-2003/JLPyP a INADE, en la cual comunica que les serán transferidos los fondos acreditados en cuanto Heath Lambert Perú les proporcione el detalle de los montos a aplicar en cada siniestro.
- El 13 de febrero de 2003, LA CONTRATADA envía una carta al Presidente de INADE, en la misma solicita que INADE requiera el pago a la Compañía de Seguros ya que los fondos habían sido acreditados hace un mes.
- El 19 de febrero de 2003, INADE remite el Oficio N° 488-2003-INADE/1101 a Heath Lambert Perú, a través del cual solicitan información respecto del detalle de los saldos de las indemnizaciones.
- El 20 de febrero de 2003, INADE remite a LA CONTRADA el oficio N° 502-2003-INADE-1201-OGAJ, en el cual reconoce que la acreditación de los fondos les ha sido comunicada formalmente por Popular y Porvenir.
- Mediante Oficio N° 517-2003-INADE-1101, de fecha 21 de febrero de 2003, INADE se dirige a LA CONTRADA, adjuntando un informe legal y expresa que su Presidencia comparte dicho pronunciamiento, y queda a disposición de la solicitante para las coordinaciones del caso, a fin de superar el inconveniente surgido.

- El 26 de febrero de 2003 LA CONTRADA envía una carta a INADE solicitando ampliar el plazo del contrato por 90 días adicionales, puesto que era posible cobrar US \$ 400,000.00 adicionales a la suma ya cobrada.
- Con fecha 26 de febrero, se suscribió un Acta de Conciliación entre INADE y la recurrente, en la cual se acuerda la concesión de un plazo de 50 días contados a partir del 23 de febrero de 2003, estableciendo un porcentaje de 5 % de los montos ya recuperados y el mismo porcentaje a los montos que estaban por recuperarse.
- El día 24 de marzo de 2003, INADE recibe los fondos de parte de la Compañía de Seguros.
- El 3 de abril de 2003, **LA CONTRATADA** comunica a INADE que el día 24 de marzo de 2003 Popular y Porvenir Compañía de Seguros en Liquidación había efectuado el abono ascendente a la suma de US \$ 959,634.78; además, señala que continuaría con las gestiones para conseguir el desembolso de la diferencia pendiente de pago.
- Con fecha 4 de abril de 2003, **LA CONTRATADA** envía la factura correspondiente por el 5% del monto recuperado.
- El 30 de abril de 2003, el asesor legal de INADE, Dr. Carlos Hermoza Seminario remite el Oficio N° 035-2003-INADE-3201-OGAJ, mediante el cual solicita a **LA CONTRATADA** retire la factura porque los documentos presentados por ésta estaban siendo analizados.
- El 5 de mayo de 2003, se remite a **LA CONTRATADA** copia certificada de la Resolución Presidencial N° 064-2003-INADE-110; a través de esta comunicación, INADE le comunica a **LA CONTRATADA** que se le negaba el pago de los honorarios profesionales.
- El 12 de mayo de 2003, la demandante remite dos cartas notariales a INADE, en una se pronuncia respecto a la Resolución Presidencial N° 064-2003-INADE-1100 y, en la otra, requiere el pago de la factura emitida por US \$ 56,618.44.
- El 2 de junio de 2003, INADE da respuesta a las comunicaciones de **LA CONTRATADA** de fechas 3 y 21 de abril y 12 de mayo de 2003, señalando que no corresponde el reconocimiento de honorarios a su favor, por existir incumplimiento de las obligaciones dentro del plazo del contrato, y porque el pago a cuenta efectuado por la Reaseguradora, ascendente a US \$ 959,634.78 se había concretado por las gestiones realizadas por la empresa de seguros.

LA CONTRATADA fundamenta su demanda en el artículos II del Título Preliminar y 1246º, 1314º, 1317º, 1361º, 1362º, 1755º, 1760º, 1764º, 1765º y 1766º del Código Civil.

2. TRASLADO DE LA DEMANDA

Mediante Resolución N° 04, de fecha 07 de octubre del año 2003, se corre traslado de la demanda.

3. DEFENSA PREVIA, EXCEPCIÓN Y TACHA

Mediante escrito de fecha 16 de octubre de 2003, el Instituto Nacional de Desarrollo – INADE propone una defensa, deduce una excepción e interpone tacha contra un documento presentado por la demandante.

3.1 Defensa previa

INADE propone como cuestión previa el emplazamiento de los Proyectos Especiales Chira Piura, CHAVIMOCHIC, Jequetepeque Zaña y CHINECAS, a través de sus correspondientes representantes legales, debido a que, tanto en la Resolución Autoritativa, Términos de Referencia y Contrato recaudado por la demandante, estarían en obligación de asumir el pago que correspondería, hipotéticamente, por las recuperaciones supuestamente efectuadas por la demandante.

3.2 Excepción

Asimismo, en el mismo escrito propone la excepción de FALTA DE LEGITIMIDAD PARA OBRAR DEL DEMANDADO, por cuanto, según sostiene INADE, la calidad de obligado al pago corresponde a los Proyectos Especiales Chira Piura, Chavimochic, Jequetepeque Zaña y Chinecas y no a la entidad, debiendo ser emplazados los Proyectos Especiales en mención, a través de sus correspondientes representantes legales.

3.3 Tacha

Finalmente, en el escrito antes mencionado, INADE formula tacha contra el documento denominado Acta de Conciliación, de fecha 26 de febrero del 2002, debido a que no ha sido suscrito por funcionario competente, siendo nulo de pleno derecho, conforme a lo previsto por el Art. 10 incisos 1 y 2 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

4. TRASLADO DE DEFENSA PREVIA, EXCEPCIÓN Y TACHA

Mediante Resolución N° 5, de fecha 22 de octubre de 2003, se corre traslado del escrito N° 2 de INADE.

5. CONTESTACIÓN Y RECONVENCIÓN

5.1 Contestación

Mediante escrito de fecha 23 de octubre de 2003, INADE contesta la demanda arbitral, negándola y contradiciéndola, según sostiene la entidad «por ser manifiestamente infundada», señalando básicamente lo siguiente:

- La documentación recaudada por la demandante no demuestra que haya efectuado los servicios de cobranza, dentro de un plazo máximo de 90 días contados a partir del 25 de noviembre del 2002, a la empresa Popular y Porvenir Cía. de Seguros S. A., conforme aparece en los ítems 2.1 y 2.2 del rubro 2.0 Alcances de los Servicios, de los Términos de Referencia de su contrato de servicios Personalísimos, los cuales forman parte del mismo, según lo pactado expresamente en la cláusula tercera del mencionado contrato.
- Con fecha 11 de diciembre del 2002, mediante carta N° C.545-2002/JLPyP, la Compañía aseguradora comunica al INADE que hasta dicha fecha la demandante no se había apersonado para tratar los temas relacionados con los saldos de las indemnizaciones de siniestros pendientes.
- La recurrente no acredita que antes de la fecha de vencimiento del contrato, es decir al 23 de febrero de 2003, los Proyectos Especiales del INADE involucrados hayan recuperado algún monto efectivo, es decir ingresado montos recuperados por indemnizaciones por siniestros en las correspondientes tesorerías de sus Oficinas de Administración. En consecuencia, no le corresponde comisión alguna por cobranza, conforme a los indicados Términos de Referencia del Servicio, que forman parte del contrato. Asimismo, señala que dicho contrato no fue prorrogado, según la misma documentación que aparece.
- La actora omite expresamente recaudar a su acción los Términos de Referencia que forman parte del contrato.
- La documentación que recauda la demandante solo acredita que al 10 de enero de 2003 Popular y Porvenir S.A. en Liquidación había conseguido que el reasegurador Heath Lambert Perú efectuara un abono para el pago de diversos asegurados, dentro de los cuales se encontraba INADE. No acredita que, en cumplimiento de su obligación contractual, le haya cobrado cantidad alguna a Popular y Porvenir.
- El depósito efectuado por el reasegurador, fue producto de la gestión directa de Popular y Porvenir, lo que permitió un monto recuperado efectivo recién a partir del 24 de marzo, un mes después de vencido el contrato de cobranza por comisión.

- Asimismo, sostiene que la diferencia de montos que afirma la demandante haber recuperado en efectivo al 10 de enero de 2003 (US \$ 1'003,552.17) y el monto recuperado efectivamente por lo Proyectos del INADE involucrados, con fecha posterior al vencimiento del contrato (US \$ 959,634.79), demuestra que la actora no gestionó dicha recuperación, la cual estaba sujeta a la voluntad de la compañía aseguradora. Agrega que como ha sido Popular y Porvenir quien dispuso el pago, generando un monto efectivo recuperado, resulta de aplicación el ítem 2.3 del rubro 2.0 de los Términos de Referencia, es decir dicha cantidad recuperada se debe considerar como no puesta en cobranza.
- La demandante acredita no tener noción cabal de los Términos de Referencia y condiciones contractuales pactadas, puesto que su recibo de honorarios lo ha presentado sobrevaluado en US \$ 8,636.71, pues indica IGV a cargo del INADE, a pesar de que el ítem 2.2 de dichos términos de referencia establece que el pago incluye gastos de cobranza y el IGV.

5.2 Reconvencción

El demandado interpone reconvencción contra la demanda incoada, pues señala que ha sido el comportamiento tardío y defectuoso de la demandante, lo que le ha causado serio perjuicio económico, puesto que se le contrató única y exclusivamente por la celeridad de trámites que ofertó para la recuperación de las sumas puestas en cobranza, no habiendo realizado ninguna cobranza entre el 25 de noviembre del 2002 y el 23 de febrero del 2003. Agrega que las pérdidas que creó la expectativa frustrada de las recuperaciones ofrecidas por la actora, ascienden a la suma de US \$ 5,000.00 (Cinco Mil Dólares Americanos), suma que corresponde a las gestiones de modificaciones presupuestales para afrontar la falta de liquidez para la reparación de las obras siniestradas, durante el periodo indicado, lapso dentro del cual no se pudo contratar a otra persona para la cobranza efectiva ni se recuperó cantidad alguna.

El demandado ampara la reconvencción en los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

- Los Proyectos Especiales Chira Piura, CHAVIMOCHIC, Jequetepeque Zaña y CHINECAS, recibieron recién a partir del 24 de marzo del 2003, parte de las indemnizaciones puestas en cobranza.
- Mientras tanto, los Proyectos Especiales solamente contaban con una situación expectática para el ingreso de los fondos que requerían con urgencia, para afrontar los gastos de las obras de rehabilitación y reconstrucción motivadas por los siniestros acontecidos.

Esta situación obligó a la realización de múltiples gestiones ante el Ministerio de Economía y Finanzas, para la provisión de los recursos que supuestamente serían recuperados gracias a la intervención de la demandante, conforme a su ofrecimiento contractual.

- INADE sostiene que la cantidad que se menciona como monto materia de reconvencción, es expresada referencialmente, debido a que los Proyectos Especiales afectados iniciarán, independientemente, las acciones indemnizatorias correspondientes contra la demandante, por los perjuicios ocasionados.

6. TRASLADO DE LA RECONVENCIÓN

Mediante Resolución N° 06, de fecha 24 de octubre de 2003, el Tribunal resolvió tener por contestada la demanda, admitir la reconvencción y correrse traslado de la misma.

7. ABSOLUCIÓN DE CUESTIÓN PREVIA, EXCEPCION y TACHA

Mediante escrito N° 4, de fecha 31 de octubre de 2003, la demandante absuelve tramite de Cuestión Previa, Excepción y Tacha, promovidas por INADE.

8. TACHA FORMULADA POR LA DEMANDANTE

8.1 Con fecha 31 de octubre de 2003, Jenny Egúsquiza Oliveros presentó su escrito N° 05, mediante el cual tacha de falso el documento denominado Términos de Referencia, presentado por el demandado.

Agrega que si bien en el contrato se hizo referencia al documento denominado «Términos de Referencia», éste nunca fue entregado por esa parte, y no fue firmado en señal de conformidad y de adhesión al contrato.

8.2 Asimismo, solicita que la demandada exhiba el cargo o documento mediante el cual se acredite que entregó el documento materia de la tacha a la demandante.

8.3 Mediante Resolución N° 07, de fecha 06 de noviembre de 2003, el Árbitro Único resolvió tener presente al momento de resolver la Tacha respecto del documento denominado «Términos de Referencia».

9. ABSOLUCIÓN DE RECONVENCIÓN

Con fecha 06 de noviembre de 2003, Jenny Egúsquiza Oliveros presentó escrito N° 06, en el que absuelve tramite de Reconvencción planteada por la parte demandada, la cual niega y contradice, y solicita se declare infundada en todos sus extremos, para lo cual señala básicamente que:

- a) De acuerdo con las normas de proceso, la reconvencción debe reunir los requisitos de la demanda, siendo uno de ellos la fundamentación jurídica del petitorio, la cual no ha sido cumplida por el INADE, al no señalar norma legal que pueda ampara su pretensión, resultando inadmisibile por tal carencia de orden procesal.
- b) INADE reclama con su reconvencción el pago de una suma de dinero por una obligación que como se ha expuesto en la demanda se ha cumplido a cabalidad.
- c) El encargo de cobranza abarcaba las gestiones tanto con la empresa aseguradora como con los reaseguradores, lo cual se puede constatar del contrato y la Resolución Jefatural N° 188-2002-INADE-1100, y la suma recuperada por la gestión de la demandante fue acreditada por los reaseguradores a la Compañía de Seguros el día 10 de enero de 2003.
- d) Ni en el contrato ni en la Resolución Jefatural se indica que el dinero debía estar acreditado en la cuenta de los Proyectos, que no son personas jurídicas, siendo INADE una persona jurídica con autonomía técnica, económica, administrativa y financiera, la que actúo.

10. ABSOLUCIÓN DEL TRASLADO DE TACHA Y OPOSICION

Mediante escrito de fecha 18 de noviembre de 2003, INADE absuelve el traslado de Tacha. Asimismo, formula oposición a la exhibición solicitada por **LA CONTRATADA** y referida al cargo o documento mediante el cual se acreditaría la entrega del documento denominado «Términos de Referencia» a esta última.

11. PRONUNCIAMIENTO SOBRE CUESTION PREVIA Y EXCEPCIÓN

Mediante Resolución N° 09, de fecha 24 de noviembre de 2003, el Tribunal resolvió declarar infundadas la cuestión previa y la excepción planteadas por el Instituto Nacional de Desarrollo.

12. RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRA LA RESOLUCIÓN N° 9

12.1 Con fecha 01 de diciembre de 2003, INADE interpone el recurso de Reposición contra la Resolución N° 9, en la parte que declara infundada la Cuestión Previa planteada.

12.2 Mediante Resolución N° 11, de fecha 17 de diciembre de 2003, el Árbitro Único resolvió declarar infundado el Recurso de Reposición interpuesto por el INADE, y citó a las partes a la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos para el día 05 de enero de 2004.

13. AUDIENCIA DE SANEAMIENTO PROCESAL, CONCILIACIÓN, FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y SANEAMIENTO PROBATORIO

- 13.1 El día 05 de enero de 2004 se llevó a cabo la Audiencia de Saneamiento Procesal, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Saneamiento Probatorio.
- 13.2 Mediante Resolución N° 13, de fecha 09 de enero de 2004, el Árbitro Único resolvió dejar sin efecto la Audiencia de Conciliación, Saneamiento Procesal, Fijación de Puntos Controvertidos y Saneamiento Probatorio de fecha 05 de enero de 2004, y reprogramó la misma para el día 23 de enero de 2004.
- 13.3 El día 23 de enero de 2004 se llevó a cabo la Audiencia de Saneamiento Procesal, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Saneamiento Probatorio, en la cual el Arbitro Unico declaró saneado el proceso; además, ante la falta de una debida representación del Instituto Nacional de Desarrollo – INADE fue imposible arribar a un acuerdo conciliatorio entre las partes.

Asimismo, el Árbitro Único fijó como puntos controvertidos los siguientes:

- a) Determinar si procede ordenar el pago de US \$ 56,618.44 (Cincuenta y seis mil seiscientos dieciocho con 44/100 Dólares Americanos) monto que incluye el Impuesto General a las Ventas, por concepto de los servicios profesionales prestados por la doctora Jenny Hortencia Egúsquiza Oliveros a favor del Instituto Nacional de Desarrollo – INADE.
- b) Determinar si procede reconocer y ordenar, el pago de los intereses moratorios respectivos devengados desde la fecha de emisión de la factura hasta el día que se realice el pago.
- c) Determinar si procede reconocer y ordenar el pago de US \$ 5,000.00 (Cinco Mil con 00/100 Dólares Americanos) como indemnización a favor del INADE, por concepto de las supuestas perdidas que originó la expectativa frustrada de las recuperaciones ofrecidas.

- 13.4 Se admitieron medios probatorios documentales ofrecidos por ambas partes.

Asimismo, el Arbitro Unico requirió que los informes ofrecidos por el INADE en su escrito N° 3 de Contestación de demanda y Reconvención, sean presentados en un plazo no mayor de 5 días, bajo apercibimiento de prescindirse de ellos¹.

¹ Posteriormente, mediante escrito N° 10 de fecha 30 de enero de 2004, INADE cumplió el mandando, adjuntando los medios probatorios ofrecidos en su escrito de fecha 23 de octubre de 2003.

14. ALEGATOS E INFORME ORAL

Con de fecha 30 de enero, dentro del plazo establecido en el Acta de Instalación de Árbitro Único, INADE presentó su escrito de alegatos.

Con fecha 10 de febrero las partes sustentaron sus posiciones en la Audiencia de Informe Oral. El árbitro fijó un plazo para laudar de 20 días, el mismo que fue prorrogado en 15 días hábiles, mediante Resolución N° 23 de fecha 10 de marzo de 2003.

15. PRUEBA DE OFICIO

15.1 Mediante Resolución N° 19, de fecha 16 de febrero de 2004, se requiere a INADE la remisión de tres (03) copias debidamente autenticadas del Reglamento de Organización y Funciones – ROF de la entidad.

15.2 Con de fecha 19 de febrero de 2004, INADE cumple lo requerido en la Resolución N° 19.

II. CONSIDERANDO:

PRIMERO: Debe precisarse que según se estableció en el punto 3 del Acta de Instalación de Árbitro Único, las normas aplicables al presente proceso serían la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado², en adelante la Ley, y su Reglamento³, en adelante el Reglamento, y, supletoriamente, la Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572. Ello no implica que no se aplique supletoriamente otras normas como el Código Civil o el Código Procesal Civil sino que, dado el carácter de especialidad, se aplicarán en primer lugar la Ley y el Reglamento y la Ley General de Arbitraje.

SEGUNDO: Con relación a la **TACHA** formulada por INADE, debe indicarse:

2.1 Que, con fecha 26 de febrero de 2002, se suscribió el documento denominado Acta de Conciliación, el mismo que se encuentra suscrito por **LA CONTRATADA** y por el señor Carlos Hermosa Seminario y Federico Vargas Centeno, Jefe de la Oficina General de Asesoría Jurídica de **INADE**.

2.2 De otro lado, es preciso acotar que el artículo 19 del Reglamento de Organización y Funciones de INADE señala que la «(...) *Oficina General de Asesoría Jurídica es el órgano encargado de asesorar a la Alta Dirección y a las demás dependencias del Instituto en asuntos de carácter Jurídico-Legal. Está a cargo de un Jefe de Oficina General con nivel de Gerente. Tiene como funciones:*

² Aprobada por Decreto Supremo N° 012-PCM-2003

³ Aprobado por Decreto Supremo N° 013-PCM-2003

a) *Resolver los asuntos jurídicos del Instituto (...)*»

- 2.3 De conformidad con lo establecido por el artículo 75 del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente según lo establece la Primera Disposición Final del referido Código, el otorgamiento de facultades se rige por el principio de literalidad.
- 2.4 De la revisión del artículo 19 del Reglamento de Organización y Funciones de la entidad, se tiene que el Sr. Carlos Hermosa Seminario no tiene facultades expresas para suscribir documentos denominados «Actas de Conciliación».
- 2.5 Es decir, el señor Sr. Carlos Hermosa Seminario no tenía competencia⁴ para suscribir el documento denominado Acta de Conciliación de fecha 26 de febrero de 2002, por lo que el referido acto es nulo de pleno derecho, conforme lo establece el numeral 2 del artículo 10 de la Ley del Procedimiento Administrativo General; ello, sin perjuicio de la eventual responsabilidad –a título personal– del mencionado Sr. Hermosa, por lo que la **TACHA** formulada por INADE merece ser atendida.

TERCERO: Respecto de la **TACHA** formulada por LA CONTRATADA, es preciso señalar:

- 3.1 Que, según el numeral 36 del artículo 2 del Reglamento, por Términos de Referencia debemos entender aquella *«descripción elaborada por la Entidad, de las características técnicas, alcance y documentos a producirse en la prestación de servicios de consultoría»*.
- 3.2 Cabe señalar que de acuerdo al tenor de las cláusulas tercera y sexta del «Contrato de Servicios Personalísimos», las partes declaran conocer la existencia del documento denominado Términos de Referencia, el mismo que como se señala en el párrafo anterior es elaborado por la Entidad. En efecto, ello se infiere cuando en la cláusula tercera se señala que INADE toma los servicios de LA CONTRATADA *«para efectuar las labores que se indican en los términos de referencia»*.
- 3.3 Asimismo, en la cláusula sexta del referido contrato, se establece lo siguiente: *«El presente contrato será resuelto por incumplimiento de LA CONTRATADA de las obligaciones que aparecen en los Términos de Referencia, el mismo que forma parte del presente contrato»*.

⁴ Requisito de validez del acto administrativo, según se establece en el artículo 3 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444

- 3.4 Además, en las comunicaciones cursadas por la Entidad, a saber: a) Oficio N° 00101-2003-INADE-1201-OGAJ, de fecha 15 de enero de 2003 y b) Oficio N° 503-2003-INADE-1201-OGAJ, de fecha 20 de febrero de 2003, se hace alusión a los Términos de Referencia por parte de la Entidad siendo que la actora no cuestiona en comunicaciones posteriores la existencia de tal documento.
- 3.5 Por lo señalado anteriormente, se infiere que LA CONTRATADA tenía conocimiento de la existencia del documento denominado «Términos de Referencia», tanto es así que suscribió el «Contrato de Servicios Personalísimos», de fecha 25 de noviembre de 2002. En tal sentido, corresponde desestimar la tacha interpuesta por LA CONTRATADA.

CUARTO: Con relación a la **OPOSICIÓN** formulada por INADE a la exhibición solicitada por LA CONTRATADA y referida al cargo o documento mediante el cual se acreditaría la entrega del documento denominado «Términos de Referencia» a esta última, es preciso reiterar que el documento denominado Términos de Referencia es elaborado por la Entidad y la existencia y conocimiento del mismo se encuentra acreditado conforme se ha expuesto en el tercer considerando, por lo que la **OPOSICIÓN** planteada por INADE debe ser amparada.

QUINTO: Respecto a las cuestiones de fondo, corresponde analizar en primer lugar el primer punto controvertido, es decir:

Determinar si procede ordenar el pago de US \$ 56,618.44, monto que incluye el Impuesto General a las Ventas por concepto de los servicios profesionales prestados por «LA CONTRATADA» a favor de INADE.

- 5.1 Conforme se señala en el primer párrafo del artículo 117 de la Reglamenteo, y acorde con el principio de integración⁵, el contrato «(...) *está conformado por el documento que lo contiene, las bases integradas y la oferta ganadora. Los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato, también forman parte de éste. (...)*».
- 5.2 Se tiene que con fecha 25 de febrero de 2002 INADE y LA CONTRATADA suscribieron el documento denominado «Contrato de Servicios Personalísimos».

⁵ Roberto Dromi señala que «los documentos de la licitación completan un todo con la formalización escrita del vínculo contractual.» En tal sentido, integran el contrato, pasando a formar parte de él».

DROMI, Roberto. Licitación Pública. Editorial de Ciencia y Cultura. Segunda Edición. Buenos Aires, Argentina. 1999, pág. 489.

Conforme se expresó en el punto 5.1., se entiende que los Términos de Referencia también forman parte del contrato, así se puede colegir del tenor del artículo 117 y también de lo que expresa la cláusula tercera del referido contrato.

- 5.3 Mediante la suscripción del contrato, LA CONTRATADA se obligó a gestionar la cobranza de US \$ 2'054,392.20 a la empresa Popular y Porvenir Cía. de Seguros y Reaseguros S.A. en Liquidación y/o las empresas reaseguradoras relacionadas, proveniente de siniestros ocurridos en cinco Proyectos Especiales Hidráulicos de INADE.⁶
- 5.4 Asimismo, se pactó que el costo de los servicios de LA CONTRATADA se efectuará en función de cantidades cobradas y plazos de recupero, como se detalla a continuación:
- a. Por montos recuperados hasta 30 días calendario: 10%
 - b. Por montos recuperados de 31 a 60 días calendario: 8%
 - c. Por montos recuperados de 61 a 90 días calendario: 5%
- 5.5 Respecto al plazo, en la cláusula quinta del contrato se establece que el plazo del contrato era de 90 días improrrogables, contados desde el 25 de noviembre de 2002, con vencimiento el 23 de febrero de 2003.
- 5.6 Corresponde entonces analizar si LA CONTRATADA cumplió con su obligación de acuerdo a los términos expresados en el contrato. Siendo que el contrato es ley entre las partes, éstas no pueden sustraerse del contenido del mismo⁷.
- 5.6.1 De la revisión del contrato se establece que el pago de los honorarios de la contratada no estaba en función del conocimiento, esfuerzo y diligencia de ésta sino que se encontraba supeditado a determinado resultado, en este caso a obtener la cobranza de US \$ 2'054,392.20, o incluso de montos menores, en determinado plazo, pactándose un porcentaje dependiendo de la fecha de cobro. Esta modalidad de honora-

⁶ Ver cláusulas primera y tercera del contrato y punto 2.1 de los Términos de Referencia

⁷ Código Civil, aprobado por Decreto Legislativo 295

Artículo 1361.- Obligatoriedad de los contratos

Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.

Se presume que la declaración expresada en el contrato corresponde a la voluntad común de las partes y quien niega esa coincidencia debe probarla.

rios la asumió a sabiendas que la cobranza no dependía exclusivamente de su conocimiento y diligencia sino también de factores externos, como son los propios plazos que manejan las entidades aseguradoras y reaseguradoras para dar trámite a las solicitudes de cobros de pólizas.

5.6.2 En efecto, las múltiples comunicaciones de LA CONTRATADA con la Entidad y con las compañías aseguradora y reaseguradora demuestran un desempeño diligente de LA CONTRATADA; sin embargo, de acuerdo a lo expresado en la cláusula cuarta del contrato y en el punto 2.2. de los Términos de Referencia, para que LA CONTRATADA tenga el derecho a percibir honorarios debía haber algo más que conocimiento, esfuerzo y diligencia, puesto que debía existir un resultado concreto: montos efectivamente recuperados dentro de determinado plazo, teniendo como límite los 90 días calendario.

5.6.3 Según afirma LA CONTRATADA, con la suscripción del Acta de Conciliación se le habría concedido un plazo de 50 días contados a partir del 23 de febrero de 2003.

Sin perjuicio de lo indicado en el segundo considerando, de conformidad con lo expresado en la cláusula quinta del Acta de Conciliación se advierte que INADE estaría otorgando una prórroga de plazo de 50 días calendario, contados a partir del 23 de febrero de 2003, además de fijar un monto porcentual por concepto de honorarios profesionales, ascendente a 5% de los montos recuperados y los que pudieran generarse en el plazo ampliatorio; lo que implicaría una modificación del «Contrato de Servicios Personalísimos» suscrito con fecha 25 de noviembre de 2002, específicamente de las cláusulas cuarta y quinta del mencionado contrato.

5.6.4 Que, según lo establece el segundo párrafo del artículo 35 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado:

«Artículo 35: (...) El contrato entra en vigencia cuando se cumplan las condiciones establecidas para dicho efecto en las Bases y podrá incorporar otras modificaciones, siempre que no impliquen variación alguna en las características técnicas, precio, objeto, plazo, calidad y condiciones ofrecidas en el proceso de selección», el resaltado es nuestro.

5.6.5 Ello implica que, en principio, el plazo contractual no puede modificarse, salvo el supuesto contemplado en el penúltimo párrafo del artículo 42 de la Ley⁸, para ello LA CONTRATANTE debió proce-

⁸ «Artículo 42.- Adicionales, reducciones y ampliaciones.-

(...)

der conforme lo establece el primer párrafo del artículo 136 del Reglamento, es decir, solicitando la ampliación del plazo contractual mediante comunicación fundamentada y presentada dentro de los 15 días siguientes de finalizado el hecho que la motiva.

5.6.6 Sin embargo, de autos se advierte que, si bien es cierto mediante comunicaciones fechadas el 16 de diciembre de 2002 y 26 de febrero de 2003, LA CONTRATADA solicitó tener en cuenta la paralización de labores en el Sector Público, ordenada por Decreto Supremo N° 121-2002-PCM, y la ampliación del plazo en 90 días calendario adicionales, respectivamente, no sustentó su solicitud en alguno de los supuestos de hecho establecidos en el penúltimo párrafo del artículo 42 de la Ley.

Así, mediante Resolución Presidencial N° 064-2003-INADE-1100, la Entidad declaró infundadas las solicitudes de ampliación de plazo solicitadas.

5.6.7 En tal virtud, se colige que el contrato no tuvo ampliación o prórroga alguna, ya sea mediante la concesión de un plazo adicional por parte de la Entidad o vía una addenda al contrato original, hecho que si bien es cierto no autoriza la Ley en tanto pacto entre las partes puede ser exigible entre éstas. De tal suerte que el contrato venció indefectiblemente el día 23 de febrero de 2003.

5.6.8 Que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 133 del Reglamento, los pagos se efectúan después de ejecutada la respectiva prestación.

Del tenor del contrato y de los Términos de Referencia, se infiere que el derecho al pago de honorarios a favor de LA CONTRATADA se daría por montos efectivamente recuperados, teniendo al nonagésimo día como fecha límite para percibir estos honorarios.

5.6.9 Respecto a la fecha en que se hizo efectivo el abono, es importante indicar que según lo afirma LA CONTRATADA en el punto 30 de los fundamentos de hecho de su escrito de demanda, «el día 24 de marzo de 2003 INADE recibe los fondos de parte de la compañía de seguros, producto que efectuara de la compañía aseguradora (sic)». Este hecho ha sido confirmado por INADE en su escrito de alegatos, de fecha 30 de enero de 2004.

5.6.10 Habiendo vencido el contrato el día 23 de febrero, cualquier cobro posterior por parte de INADE, de acuerdo a los términos del contrato

El contratista podrá solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y/o paralizaciones ajenos a su voluntad, atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad contratante, y por caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados que modifiquen el calendario contractual. (...)

y de los «Términos de Referencia», no otorga a LA CONTRATADA el derecho al pago de honorarios, ya que no se enmarcaría dentro de la modalidad de pago establecida en la cláusula cuarta del contrato y, también, en el punto 2.2. de los Términos de Referencia.

SEXTO: Corresponde, asimismo, analizar el segundo punto controvertido:

Determinar si procede reconocer y ordenar el pago de los intereses moratorios respectivos, devengados desde la fecha de emisión de la factura hasta la fecha en que se realice el pago.

De acuerdo al análisis efectuado en cada uno de los puntos del quinto considerando, el cobro efectuado por LA CONTRATADA no se encuadra dentro de los supuestos de pago establecidos por las partes en el contrato, en tal sentido, carece de sentido ahondar respecto de la pretensión referida al pago de los intereses moratorios devengados, puesto que no podrían originarse sin la preexistencia de la deuda.

SÉPTIMO: Finalmente, debemos pronunciarnos respecto del último punto controvertido:

Determinar si procede reconocer y ordenar el pago de US \$ 5,000.00 como indemnización a favor de INADE, por concepto de las supuestas pérdidas que originó la expectativa frustrada de las recuperaciones ofrecidas.

- 7.1 En principio, para que se configure algún supuesto de indemnización proveniente de una relación contractual tendría que haber incumplimiento, en este caso de LA CONTRATADA. Además, este supuesto incumplimiento de LA CONTRATADA debe provocar un daño cierto⁹ en la Entidad.
- 7.2 Tal como se manifestó en el punto 5.3, mediante la suscripción del contrato, LA CONTRATADA se obligó a gestionar la cobranza de US \$ 2'054,392.20 a la empresa Popular y Porvenir Cía. de Seguros y Reaseguros S.A. en Liquidación y/o las empresas reaseguradoras relacionadas, proveniente de siniestros ocurridos en cinco Proyectos Especiales Hidráulicos de INADE.

⁹ Según Alfredo Orgaz, citado por Fernando De Trazegnies, «(...)el daño cualquiera que sea su naturaleza, debe ser cierto si quiere aspirar a una reparación: presente o futuro pero cierto. No puede ser eventual o hipotético: el simple peligro no da lugar a indemnización, ni tiene que materializarse en daño».

De Trazegnies Fernando: La Responsabilidad Extracontractual. Cuarta Edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1990. Pág. 17.

- 7.3 La obligación asumida por LA CONTRATADA fue de medios y no de resultados¹⁰, es decir el servicio contrato por INADE implicaba que LA CONTRATADA pusiera todo su conocimiento y diligencia con el fin de lograr la cobranza de US \$ 2'054,392.20 a la empresa Popular y Porvenir Cía. de Seguros y Reaseguros S.A. en Liquidación y/o las empresas reaseguradoras relacionadas. Distinto es que el pago se haya fijado en función a resultados concretos, esto último no desnaturaliza la esencia de la obligación de medios asumida por LA CONTRATADA.
- 7.4 Tal como se indica en el punto 5.6.2, las múltiples comunicaciones de LA CONTRATADA con la Entidad y con las compañías aseguradora y reaseguradora demuestran un desempeño diligente de LA CONTRATADA.
- 7.5 No habiéndose cumplido uno de los requisitos concurrentes para que proceda la indemnización, esto es el incumplimiento por parte de LA CONTRATADA, carece de sentido pronunciarse respecto del supuesto daño que se le habría provocado a la entidad.
- 7.6 En consecuencia, ha quedado demostrado que LA CONTRATADA no ha incumplido con su obligación de medios, habiendo procedido diligentemente con el encargo de cobranza encomendado, por lo que no corresponde amparar la pretensión de indemnización a favor de la Entidad.

III. RESUELVE:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la TACHA formulada por INADE respecto del documento denominado Acta de Conciliación.

SEGUNDO: Declarar **INFUNDADA** la TACHA formulada por **LA CONTRATADA** respecto del documento denominado Términos de Referencia.

TERCERO: Declarar **FUNDADA** la OPOSICIÓN formulada por INADE a la exhibición solicitada por LA CONTRATADA y referida al cargo o documento

¹⁰ «(...) la palabra medio subraya oportunamente el carácter instrumental del comportamiento del deudor, esto es su naturaleza de fin, intermediario o de etapas hacia el objeto», a la vez que señala también «la masa de esfuerzo que el deudor se compromete a aportar con el propósito de lograr ese fin». Frente a esta obligación de medios, tenemos la obligación de resultados, y como podemos significar, por ejemplo, lo que ocurre en el contrato de transporte, lo que pasa a primer plano no es ya la actividad o comportamiento del deudor, sino un resultado preciso, rígidamente individualizado: llevar al pasajero al punto de destino (...)

Ver: <http://www.elderechodigital.com.uy/smu/doctri/SDMD0021.html>

mediante el cual se acreditaría la entrega del documento denominado «Términos de Referencia».

CUARTO: Declarar **INFUNDADA** la demanda interpuesta por **LA CONTRATADA** contra **INADE**, referida al pago de US \$ 56,618.44 (Cincuenta y seis mil seiscientos dieciocho con 44/100 Dólares Americanos), monto que incluye el Impuesto General a las Ventas, por concepto de los servicios profesionales prestados por la primera a favor de la segunda.

QUINTO: Declarar **INFUNDADA** la demanda de **LA CONTRATADA** en cuanto a la pretensión del pago de los intereses moratorios respectivos devengados desde la fecha de emisión de la factura hasta el día que se realice el pago.

SEXTO: Declarar **INFUNDADA** la reconvenición planteada por **INADE** y referida al pago de US \$ 5,000.00 (Cinco Mil con 00/100 Dólares Americanos) como indemnización a su favor.

SÉPTIMO: Declarar **NO A LUGAR** a la condena de costos y costas solicitada por **LA CONTRATADA**, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 52 de la Ley General de Arbitraje, cada parte cubrirá sus gastos y los que sean comunes en iguales proporciones, entendiéndose como comunes los honorarios del Árbitro Único y los costos de la Secretaría Arbitral.

El presente laudo es inapelable y tiene carácter imperativo para las partes. En consecuencia, una vez firmado, notifíquese a las partes, con arreglo a la Ley General de Arbitraje, para su cumplimiento.

Giovani Aníbal Hospinal Munive
Árbitro Único

**Centro Internacional de Arreglo de
Diferencias relativas a Inversiones**

CASO No. ARB/03/4
EMPRESAS LUCCHETTI, S.A.

Y

LUCCHETTI PERÚ, S.A.
(Demandantes)

c.

LA REPÚBLICA DEL PERÚ
(Demandada)

LAUDO

Miembros del Tribunal:

Juez Thomas Buergenthal, Presidente
Dr. Bernardo M. Cremades, Árbitro
Sr. Jan Paulsson, Árbitro

Secretaria del Tribunal:
Sra. Gabriela Alvarez-Avila

Fecha de envío: 7 de febrero 2005

EL TRIBUNAL

Integrado en la forma antes señalada,
Habiendo completado sus deliberaciones,
Dicta por la presente el laudo siguiente:

I. INTRODUCCIÓN

1. Las Demandantes, Empresas Lucchetti, S.A. y Lucchetti Perú, S.A. (Demandantes o Lucchetti), compañías constituidas conforme a la legislación de Chile y del Perú, respectivamente, están representadas en estas actuaciones por las siguientes personas:

Sres. Edmundo Eluchans Urenda
Gastón Gómez B. y
Gonzalo Molina A.
Edmundo Eluchans y Cia.
Miraflores 178, Piso 16
Santiago de Chile,
Chile

y

Sres. Robert Volterra
Alejandro Escobar y
Sra. Francesca Albert
Herbert Smith,
Primrose Street
London EC2A 2IIS
Reino Unido

2. La Demandada es la República del Perú (Demandada o Perú), representada en estas actuaciones por:

Excelentísimo Señor Embajador Eduardo Ferrero Costa
Embajada del Perú
1700 Massachusetts Avenue N.W.
Washington, D.C. 20036

Juez Stephen M. Schwebel

Sres. Daniel M. Price y Stanimir A. Alexandrov
Sidley Austin Brown & Wood LLP
1501 K Street N.W.
Washington, D.C. 20005

II. HISTORIA PROCESAL

3. El 24 de diciembre de 2002 el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI o el Centro) recibió de Empresas Lucchetti, S.A. y Lucchetti Perú, S.A. una solicitud de arbitraje contra la República del Perú. La controversia se refería a una fábrica de pastas en la Municipalidad de Lima, y fue planteada al CIADI en el marco del Convenio del CIADI. Las Demandantes invocan las disposiciones sobre solución de controversias del Convenio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República del Perú para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (el BIT).

4. El Secretario General Adjunto registró la solicitud el 23 de marzo de 2003, conforme al Artículo 36(3) del Convenio del CIADI, y conforme a la Regla de Iniciación 7 e hizo saber a las partes que se había registrado la solicitud, y las invitó a constituir cuanto antes un Tribunal de Arbitraje.

5. Según lo convenido por las partes, el Tribunal estaría formado por tres miembros, uno designado por cada parte, y un tercero, designado como Presidente del Tribunal por acuerdo de las partes o, a falta de acuerdo, designado por el Secretario General. Las Demandantes designaron como árbitro al Sr. Jan Paulsson, de nacionalidad francesa. La Demandada designó al Dr. Bernardo M. Cremades, de nacionalidad española. Como las partes no se pusieron de acuerdo en la designación del Presidente del Tribunal, el Secretario General Adjunto, después de consultar con las partes, designó como Presidente del Tribunal al Juez Thomas Buerghenthal, de nacionalidad estadounidense.

6. El 1 de agosto de 2003, conforme a lo dispuesto en el Artículo 6(1) de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (Reglas de Arbitraje) del CIADI, el Secretario General Adjunto del Centro informó a las partes que todos los árbitros habían aceptado sus nombramientos y podía considerarse constituido el Tribunal e iniciados los procedimientos en dicha fecha. A través de la misma carta se informó a las partes que la Sra. Gabriela Alvarez Avila, consejero jurídico principal del CIADI, actuaría como Secretaria del Tribunal.

7. El 7 de agosto de 2003, la Demandada presentó una solicitud de suspensión de los procedimientos en virtud del hecho de que la «solicitud de arbitraje de las Demandantes [estaba] (...) siendo objeto de una controversia concurrente entre Estados, entre la República del Perú y la República de Chile». Siguiendo las instrucciones del Tribunal, el 11 de septiembre de 2003 las partes presentaron sus escritos sobre la solicitud de suspensión formulada por la Demandada. El Tribunal también invitó a las partes a presentar argumentos orales sobre este tema durante la primera sesión.

8. El 15 de septiembre de 2003 se celebró en La Haya (Holanda), la primera sesión del Tribunal con las partes. Éstas coincidieron en que el Tribunal había

sido constituido en debida forma, en observancia de las disposiciones pertinentes del Convenio del CIADI y de las Reglas de Arbitraje, y manifestaron que no tenían objeciones que formular a ese respecto. Durante la sesión se produjo un intercambio de opiniones con respecto al lugar del arbitraje y a las objeciones a la jurisdicción planteadas por la Demandada. Se decidió que el lugar del arbitraje sería la sede del Centro en la ciudad de Washington, y que se suspenderían las actuaciones sobre el fondo del asunto conforme a la Regla 41 (3) de las Reglas de Arbitraje. Tras mantener consultas con las partes, el Tribunal estableció los plazos de presentación de escritos sobre la jurisdicción.

9. En la primera sesión el Tribunal escuchó también argumentos orales referentes a la solicitud de suspensión formulada por la Demandada el 7 de agosto de 2003. En virtud de una decisión comunicada a través del Secretariado el 16 de septiembre de 2003, el Tribunal concluyó que no se habían cumplido las condiciones de suspensión de las actuaciones y confirmó el cronograma de presentación de escritos referentes a las objeciones a la jurisdicción.

10. En virtud de ese cronograma, la Demandada presentó su memorial sobre la jurisdicción el 15 de diciembre de 2003 y las Demandantes presentaron su memorial de contestación el 15 de marzo de 2004. La réplica y la dúplica sobre la jurisdicción se presentaron los días 17 de mayo de 2004 y 16 de julio de 2004, respectivamente.

11. El 24 de agosto de 2004, el Tribunal impartió directrices referentes a la organización de la audiencia sobre la jurisdicción, conforme a las cuales las partes presentaron documentos que habían de considerarse durante la audiencia sobre jurisdicción el 26 de agosto de 2004. El Tribunal se reunió en la sede del Banco Mundial, en la ciudad de Washington, los días 2 y 3 de septiembre de 2004, para escuchar los argumentos orales de las partes sobre jurisdicción. Las partes estuvieron representadas del modo siguiente:

Comparecieron en nombre de las Demandantes:

Edmundo Eluchans Urenda, Edmundo Eluchans y Cía.
Gonzalo Molina Ariztía, Edmundo Eluchans y Cía.
Robert Volterra, Herbert Smith
Alejandro Escobar, Herbert Smith

Comparecieron en nombre de la Demandada:

Roberto Rodríguez, Consejero, Embajada del Perú
Alejandro Riveros, Consejero, Embajada del Perú
Álvaro Rey de Castro, Ministro de Relaciones Exteriores del Perú
César Julio Pantoja Carrera, Procuraduría General de la República del Perú
Stephen M. Schwebel

Daniel M. Price, Sidley Austin Brown & Wood LLP
Stanimir A. Alexandrov, Sidley Austin Brown & Wood LLP
Nicolás Lloreda, Sidley Austin Brown & Wood LLP
Lisa A. Crosby, Sidley Austin Brown & Wood LLP
Carlos Carpio, Estudio Jurídico Rodrigo, Elías & Medrano

12. El Tribunal escuchó al Juez Stephen M. Schwebel y a los Sres. Daniel M. Price, Stanimir A. Alexandrov y Alejandro Riveros, en nombre de la parte demandada, y a los Sres. Robert Volterra, Alejandro Escobar y Edmundo Eluchans Urenda, en nombre de la parte demandante. En el curso de la audiencia las partes respondieron a preguntas del Tribunal.

13. Se prepararon y distribuyeron a las partes y a los miembros del Tribunal transcripciones en inglés y español de la audiencia sobre la jurisdicción.

14. El 2 de noviembre de 2004, tras haber recibido una comunicación de las Demandantes fechada el 27 de octubre de 2004, a la que adjuntaron una decisión del Dr. Pablo Sánchez Velarde, fiscal superior anticorrupción, fechada el 31 de agosto de 2004, el Tribunal invitó a las partes a formular comentarios al respecto a más tardar el 16 de noviembre de 2004. El Tribunal recibió sus respectivos comentarios, con documentos adicionales, en la fecha antes mencionada.

III. LA SOLICITUD DE ARBITRAJE

15. En la solicitud de arbitraje se establece que la Primera Demandante es una compañía constituida conforme a la legislación de Chile y propietaria de más del 98% de las acciones de la Segunda Demandante, por lo cual, según lo previsto en el Artículo 8.3 del Convenio Bilateral entre el Perú y Chile, la Segunda Demandante debe también considerarse como inversionista chilena a los efectos de las disposiciones del Convenio Bilateral sobre solución de controversias.

16. La Segunda Demandante es la propietaria de un inmueble ubicado en la Avenida Prolongación de los Defensores del Morro No. 1277, Distrito de Chorrillos, ciudad de Lima, en que construyó una planta industrial para la fabricación y venta de pastas.

17. La Primera Demandante es una de las principales empresas del mercado chileno en el sector de producción de pastas y productos conexos, quien decidió ampliar sus actividades a otros países y en 1995 se concentró en el Perú, en cuyo mercado no tardó en alcanzar posición destacada. La producción y operación de la planta de la Segunda Demandante, en Lima, estaba destinada al mercado local y al de exportación. El monto agregado de la inversión realizada en el Perú superaba los US\$150 millones.

18. Las Demandantes sostienen que todas las autorizaciones y permisos administrativos y municipales necesarios para la construcción de la planta industrial los obtuvieron conforme a las leyes, reglamentos y prácticas habituales en el Perú. No obstante, al final de 1997 y a principios de 1998 la Municipalidad Metropolitana de Lima (*Municipalidad de Lima*) anuló los permisos otorgados a la Segunda Demandante para la construcción de su planta, invocando problemas ambientales y supuestos vicios de los actos de otorgamiento de los permisos. Todos los actos de anulación de los permisos, y sus fundamentos, fueron, sin excepción, impugnados judicialmente en el Perú. Las actuaciones judiciales concluyeron con pronunciamientos favorables a la Segunda Demandante. Las Demandantes sostienen que esos procesos judiciales se resolvieron definitiva e irrevocablemente conforme a la legislación peruana, y tienen ahora el carácter de cosa juzgada. Ninguna entidad pública o privada intentó siquiera impugnar esas sentencias judiciales.

19. La planta de la Segunda Demandante se construyó cerca, pero no dentro, de un humedal protegido denominado Pantanos de Villa. La Segunda Demandante había presentado oportunamente dos estudios de impacto ambiental. El segundo de ellos fue aprobado en debida forma por el INRENA (Instituto Nacional de Recursos Naturales, la entidad estatal peruana competente en materia ambiental, dependiente del Ministerio de Agricultura), a través de una Resolución Directorial que imponía a la Segunda Demandante la obligación de cumplir diversos requisitos ambientales. Las Demandantes sostienen que desde la fecha de aprobación de su estudio de impacto ambiental, la planta ha sido controlada periódicamente por el INRENA y que en todos los casos se ha comprobado que cumple las normas ambientales previstas por la ley y los reglamentos peruanos. Las Demandantes sostienen que la planta no utiliza agua de los pantanos ni de los humedales, ni de pozos subterráneos de la zona, sino que posee su propio sistema de suministro y eliminación del agua por cañería. Asimismo se midieron los niveles de ruido y luz de la planta, comprobándose que eran claramente inferiores a los umbrales previstos en los reglamentos y directrices. En su totalidad la planta goza de certificación internacional ISO 14.001, que pocas fábricas han obtenido en el Perú.

20. Después de que la Municipalidad de Chorrillos concedió a la Segunda Demandante su licencia operacional, en diciembre de 1999, la Segunda Demandante desarrolló sus actividades sin obstáculos legales, hasta la revocación de su licencia, en agosto de 2001. El Concejo de la Municipalidad de Lima promulgó los Acuerdos de Concejo No. 258 y No. 259 el 16 de agosto de 2001 (publicados oficialmente el 22 de agosto de 2001). En su Artículo 3, el Acuerdo de Concejo No. 258 (titulado: *Disponen que la Alcaldía Metropolitana de Lima solicite al Congreso de la República declarar de necesidad pública la preservación, mantenimiento y defensa de la Reserva Ecológica Pantanos de Villa*) encomendaba al Alcalde

de Lima presentar al Parlamento peruano proyectos de leyes de expropiación, por razones de necesidad pública, de todas las áreas necesarias para la preservación, el mantenimiento y la defensa permanente de la Reserva Ecológica Pantanos de Villa. Tras un largo preámbulo, la parte operativa del Acuerdo de Concejo No. 258 tiene el texto siguiente:

«ACUERDO:

Artículo 1º.- Disponer que la Alcaldía Metropolitana de Lima, en representación de la Municipalidad Metropolitana de Lima, proceda a adoptar, previo los informes técnicos que considere pertinentes, todas las decisiones, actos administrativos, resoluciones y, en general, medidas que sean necesarias para dar solución integral y definitiva a la preservación, mantenimiento y defensa permanente de la Reserva Ecológica Pantanos de Villa.

Artículo 2º.- Disponer que la Alcaldía Metropolitana de Lima, en representación de la Municipalidad Metropolitana de Lima, proceda a solicitar al Congreso de la República que declare de necesidad pública la preservación, mantenimiento y defensa permanente de la Reserva Ecológica Pantanos de Villa.

Artículo 3º.- Encargar a la Alcaldía Metropolitana de Lima para que, en representación de la Municipalidad Metropolitana de Lima, previo los informes técnicos que se realicen mediante concurso público, con la participación de las Universidades y los Colegios Profesionales, presente al Congreso de la República los proyectos de ley de expropiación por causa de necesidad pública afectando las áreas necesarias que lo integran y las adyacentes que conforman su entorno, que sean necesarias para dar solución integral y definitiva a la preservación, el mantenimiento y la defensa permanente de la Reserva Ecológica Pantanos de Villa.

Regístrese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

ALBERTO ANDRADE CARMONA
Alcalde de Lima»

21. El Acuerdo de Concejo No. 259 (titulado: *Revocan licencia municipal de funcionamiento a Lucchetti Perú, S.A. y disponen la clausura definitiva de su establecimiento*) revocó específicamente la licencia de funcionamiento de la Segunda Demandante. Tras un largo preámbulo, la parte operativa del Acuerdo de Concejo No. 259 tiene el texto siguiente:

«ACORDÓ:

Artículo 1º.- Revocar la licencia municipal de funcionamiento otorgada por Resolución de Alcaldía No. 6856-98-MDCH a Lucchetti Perú, S.A. para su establecimiento industrial en avenida Prolongación Defensores del Morro s/n, altura km

20,5 de la carretera, Panamericana Sur, Chorrillos, para el giro de elaboración de pastas alimenticias y su comercialización.

Artículo 2º.- Disponer la clausura definitiva del establecimiento industrial referido en el artículo anterior y su integral erradicación; medidas que se harán efectivas en un plazo máximo de doce meses, contado a partir del día siguiente de la publicación del presente acuerdo.

Artículo 3º.- Encargar a la Alcaldía Metropolitana de Lima que constituya una Comisión Técnica Ad Hoc, que estudie y recomiende las medidas que sean necesarias para la efectiva ejecución de lo dispuesto en el artículo precedente, en cuya integración deberá incorporarse a representantes de la sociedad civil y de las instituciones dedicadas a la preservación y defensa del medio ambiente y la diversidad biológica.

Artículo 4º.- Disponer se proceda a interponer las acciones civiles y penales que correspondan, en resguardo de la Reserva Ecológica Pantanos de Villa, de la Municipalidad Metropolitana de Lima, de sus autoridades y de los vecinos de la capital de la República.

Regístrese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

*ALBERTO ANDRADE CARMONA
Alcalde de Lima»*

22. Las Demandantes sostienen que la responsabilidad del Estado del Perú en esta situación es doble. Primero, porque le son imputables los actos de la Municipalidad de Lima conforme a la jurisprudencia del CIADI y al Derecho Internacional. Segundo, porque incurrió en responsabilidad directa, ya que transcurrió un período considerable desde la promulgación de esos Acuerdos de Concejo sin que cumpliera la obligación que le impone el Convenio Bilateral entre el Perú y Chile de corregir la situación y proteger la inversión. Las Demandantes sostienen que el Acuerdo de Concejo No. 258 es inconstitucional e ilegal, conforme al derecho interno peruano y al Derecho Internacional por varias razones. Además, el Acuerdo de Concejo No. 259 representa una clara amenaza para los derechos del inversionista.

23. Las Demandantes sostienen asimismo que la Demandada infringió las obligaciones que le imponen tres diferentes artículos del Convenio Bilateral entre el Perú y Chile: el Artículo 3.2 (protección conforme a la ley y frente a medidas injustificadas o discriminatorias); el Artículo 4.1 (garantías de un tratamiento justo y equitativo, nacional y de nación más favorecida); y el Artículo 6.1 (protección frente a expropiaciones ilegales, discriminatorias o sin compensación). El siguiente es el texto de esos artículos del Convenio Bilateral entre el Perú y Chile:

«ARTÍCULO 3

Promoción y Protección de las Inversiones

1....

2. Cada Parte Contratante protegerá dentro de su territorio las inversiones efectuadas de conformidad con sus leyes y reglamentos por los inversionistas de la otra Parte Contratante y no perjudicará la administración, mantenimiento, uso, usufructo, extensión, venta y liquidación de dichas inversiones mediante medidas injustificadas o discriminatorias.

ARTÍCULO 4

Tratamiento de las Inversiones

1. Cada Parte Contratante deberá garantizar un tratamiento justo y equitativo dentro de su territorio a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante. Este trato no será menos favorable que aquel otorgado por cada Parte Contratante a las inversiones de sus propios inversionistas efectuadas dentro de su territorio, o aquel otorgado por cada Parte Contratante a las inversiones de inversionistas de la nación más favorecida efectuadas dentro de su territorio, si este último tratamiento fuere más favorable.

ARTÍCULO 6

Expropiación y Compensación

1. Ninguna de las Partes Contratantes adoptará medida alguna que prive, directa o indirectamente, a un inversionista de la otra Parte Contratante, de una inversión, a menos que se cumplan las siguientes condiciones:

- a) las medidas sean adoptadas en virtud de la ley y en conformidad con las normas constitucionales correspondientes;
- b) las medidas no sean discriminatorias;
- c) las medidas vayan acompañadas de disposiciones para el pago de una compensación inmediata, adecuada y efectiva. Dicha compensación se basará en el valor de mercado de las inversiones afectadas en una fecha inmediatamente anterior a aquella en que la medida llegue a conocimiento público. Ante cualquier atraso en el pago de la compensación se acumularán intereses a una tasa comercial establecida sobre la base del valor de mercado, a contar de la fecha de expropiación o pérdida hasta la fecha de pago. La legalidad de cualquiera de dichas expropiaciones, nacionalizaciones o medidas similares y el monto de la compensación estarán sujetos a revisión según el debido procedimiento legal».

24. Las Demandantes sostienen que los Acuerdos de Concejo No. 258 y No. 259 y los actos subsiguientes causaron enormes pérdidas y perjuicios a su inver-

sión y violaron sus derechos. En estas circunstancias las Demandantes solicitan a este Tribunal que dicte lo siguiente:

- « 1. *Que se declare que el Estado Peruano ha violado las obligaciones asumidas en el APPI y los principios aplicables del derecho internacional y que por consiguiente es responsable ante las reclamantes.*
2. *Que se otorgue a las reclamantes una indemnización por el daño emergente y lucro cesante asociado con la inversión realizada, todas cantidades cuyos montos se indicarán en la demanda arbitral.*
3. *Que se otorgue a las reclamantes el reembolso de los costos incurridos en este arbitraje, incluyendo todos los honorarios profesionales.*
4. *Que se otorguen a las reclamantes los intereses que procedan con anterioridad y con posterioridad a la sentencia, cuya tasa y método de cálculo se indicarán en la demanda arbitral.*
5. *Que se otorguen a las reclamantes otras formas de indemnización y reparación que se harán presentes».*

IV. OBJECIONES A LA JURISDICCIÓN PRESENTADAS POR LA DEMANDADA

25. La Demandada plantea las tres excepciones siguientes con respecto a la jurisdicción del Tribunal:

1. Incompetencia *ratione temporis*.

- i) Las disposiciones del Convenio Bilateral no se aplican a diferencias y controversias surgidas antes de que entrara en vigencia dicho Convenio.
- ii) El Convenio Bilateral entró en vigencia el 3 de agosto de 2001.
- iii) La diferencia entre la Demandante y las autoridades peruanas comenzó en 1997-98;
- iv) Por lo tanto, como la controversia surgió antes de que entrara en vigencia el Convenio Bilateral, el Tribunal carece de competencia.

Ese escrito se basa en el Artículo 2 del Convenio Bilateral (Ámbito de aplicación), cuyo texto es el siguiente:

«ARTÍCULO 2 Ámbito de aplicación

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 última. Sin embargo, no se aplicará a divergencias o controversias que hubieran surgido con anterioridad a su entrada en vigencia».

No es objeto de debate que el Convenio Bilateral entró en vigencia el 3 de agosto de 2001. Las Demandantes sostienen que la controversia comenzó después de la entrada en vigencia del Convenio Bilateral y que, por lo tanto, el Tribunal es competente *ratione temporis*.

Según las Demandantes, la controversia se relaciona con los dos Acuerdos de Concejo dictados por la Municipalidad de Lima en 2001 cuyo texto figura en el párrafo 20, *supra*. La controversia fue planteada inicialmente por las Demandantes en una carta dirigida al Presidente de la República del Perú fechada el 3 de octubre de 2001.

2. Falta de competencia por presentación previa de la controversia ante los tribunales locales.

- i) Conforme al Artículo 8 del Convenio Bilateral, la decisión de un inversionista de plantear una controversia ante los tribunales locales tiene carácter definitivo y vinculante;
- ii) Las Demandantes plantearon anteriormente esta controversia ante los tribunales del Perú;
- iii) Por lo tanto el Tribunal no es competente para conocer de esta controversia.

El Artículo 8 del Convenio Bilateral dispone lo siguiente:

«ARTÍCULO 8

Controversias entre una Parte Contratante y un Inversionista

1. *Las Partes involucradas deberán consultarse con miras a obtener una solución amigable de las controversias entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante.*
2. *Si mediante dichas consultas no se llegare a una solución dentro de seis meses a contar de la fecha de solicitud de arreglo, el inversionista podrá remitir la controversia a:*
 - *el tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se hubiera efectuado la inversión, o*
 - *arbitraje internacional del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), creado por la Convención para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, firmado en Washington con fecha 18 de marzo de 1965.*

Una vez que el inversionista haya remitido la controversia al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se hubiera efectuado la inversión o al tribunal arbitral, la elección de uno u otro procedimiento será definitiva.

3. *Para los efectos de este artículo, cualquier persona jurídica que se hubiere constituido de conformidad con la legislación de una de las Partes y cuyas acciones, previo al surgimiento de la controversia, se encontraren mayoritariamente en poder de inversionistas de la otra Parte Contratante, será tratada, conforme al artículo 25 2) b) de la referida Convención de Washington, como una persona jurídica de la otra Parte Contratante.*
4. *La decisión arbitral será definitiva y obligará a ambas Partes».*

Las Demandantes niegan que esta controversia haya sido planteada anteriormente ante los tribunales peruanos.

3. Incompetencia *ratione materiae*.

- i) El Convenio Bilateral sólo se aplica a «inversiones» realizadas conforme a las disposiciones legales de la otra Parte Contratante;
- ii) La definición de «inversiones» contenida en el Artículo 1 del Convenio Bilateral limita el significado de ese término a las inversiones efectuadas conforme a las leyes y reglamentos de la Parte Contratante en cuyo territorio se haya efectuado la inversión; a saber, el Perú;
- iii) Las Demandantes violaron numerosas leyes y reglamentos del Perú que rigen la construcción y el funcionamiento de su planta;
- iv) Por lo tanto, la planta no es una «inversión» protegida en el sentido del Artículo 1 del Convenio Bilateral, ni está comprendida en el ámbito del Convenio Bilateral en virtud de lo dispuesto por el Artículo 2.

El Artículo 1(2) del Convenio Bilateral define en los términos siguientes el término «inversión»:

«2. El término «inversión» se refiere a cualquier clase de bien, siempre que la inversión se haya efectuado de conformidad con las leyes y reglamentos de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión e incluirá, en particular, aunque no exclusivamente:

- a) Los bienes muebles e inmuebles, así como todos los demás derechos reales, tales como servidumbres, hipotecas, usufructos, prendas;*
- b) Las acciones, cuotas sociales y cualquier otro tipo de participación en sociedades;*
- c) Los créditos, valores, derechos sobre dineros y cualquier otra prestación que tenga valor económico;*

- d) *Derechos de propiedad intelectual e industrial, incluidos derechos de autor, patentes, marcas comerciales, nombres comerciales, procesos y conocimientos tecnológicos, derechos de llave y otros derechos similares;*
- e) *Concesiones comerciales otorgadas por la ley o en virtud de un contrato, incluidas concesiones para explorar, cultivar, extraer o explotar recursos naturales».*

El Artículo 2 define en los términos siguientes el ámbito de aplicación del Convenio Bilateral:

**«ARTÍCULO 2
Ámbito de aplicación**

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 última. Sin embargo, no se aplicará a divergencias o controversias que hubieran surgido con anterioridad a su entrada en vigencia».

Las Demandantes sostienen que realizaron su inversión en el Perú dando cumplimiento a las leyes y reglamentos de ese país.

26. Si el Tribunal considera fundada cualquiera de las tres objeciones a la jurisdicción deberá desestimar el caso.

V. COMPETENCIA RATIONE TEMPORIS

27. La Demandada sostiene que la solicitud de arbitraje se refiere a una controversia continua iniciada en 1997, y que por lo tanto no comprendida en el ámbito de aplicación del Convenio Bilateral entre el Perú y Chile. Según las Demandantes, la controversia se planteó como consecuencia de la promulgación de los Acuerdos de Concejo No. 258 y No. 259, posterior a la entrada en vigencia del Convenio Bilateral.

28. La Demandada sostiene que las Demandantes comenzaron la construcción de su planta sin obtener los actos de aprobación necesarios sobre habilitación urbana y requisitos ambientales, y que su actitud, a lo largo de todo el proceso de construcción, consistió en construir rápidamente su planta, sin tener en cuenta las leyes y reglamentos peruanos, esperando así presentar un *fait accompli* a las autoridades municipales y de ese modo presionarlas para que aprobaran el proyecto y otorgaran los permisos necesarios *ex post facto*. Las Demandantes manifiestan haber cumplido las leyes y reglamentos del Perú, haber cooperado con las autoridades y, en algunos casos, por ejemplo en relación con las condiciones impuestas por el INRENA, haber cumpli-

do criterios más severos que los obligatorios y haber adoptado medidas adicionales. Según las Demandantes, la oposición a la construcción de su planta, empezó alrededor de agosto de 1997 por el Alcalde de Lima, Alberto Andrade Carmona. Esa oposición fue motivada por razones políticas y fue un factor en las interferencias administrativas subsecuentes que se presentaron con la construcción de la planta.

29. No es necesario que el Tribunal examine los motivos que puedan haber inspirado las medidas administrativas relacionadas con la planta adoptadas entre agosto de 1997 y enero de 1998. Basta señalar que se dictaron una serie de medidas administrativas que afectaron negativamente el avance de la construcción; por ejemplo, las siguientes:

- i) 18 de agosto de 1997: La Municipalidad de Chorrillos emitió una notificación de paralización de obras dirigida a las Demandantes;
- ii) 25 de septiembre de 1997: El Concejo de la Municipalidad de Lima aprobó el Acuerdo de Concejo No. 111 que ordenó el cese inmediato de las obras de construcción de la planta. El acuerdo también designaba una Comisión Especial (*Comisión Ruiz de Somocurcio*) encargada de examinar las autorizaciones destinadas a la planta de las Demandantes y formular propuestas de mejoramiento del control urbano y ambiental de los Pantanos de Villa. El siguiente es el texto de la parte operativa del Acuerdo de Concejo No. 111:

«ACORDÓ:

1º. *Declarar que es conveniente y necesario, se proceda a disponer a la brevedad y bajo responsabilidad la inmediata paralización de las obras de construcción de la Planta Lucchetti Perú, S.A.*

2º. *Conformar una Comisión Especial constituida por los Regidores:*

Jorge Ruiz de Somocurcio, quien la presidirá

Santiago Agurto Calvo

Ricardo Giesecke Sara Lafosse

Luzmila Zapata García

Luis Carlos Rodríguez Martínez

Olimpia Méndez León

Martha Moyano Delgado

encargada de revisar los expedientes administrativos seguidos por la Empresa LUCHETTI S.A.(sic), y recomendar al Concejo Metropolitano los criterios y las medidas correctivas a que hubiera lugar, formulándose entre otros, propuestas de prevención y fortalecimiento de medidas de control urbano y ambiental del área natural y del área de influencia de los Pantanos de Villa.

3º. *Solicitar opinión a las Comisiones de Servicios a la Ciudad y Medio Ambiente y de Asuntos Legales, y la elaboración de un informe legal que precise el alcance de las acciones complementarias y específicas a realizar al respecto.*

Regístrese, comuníquese y cúmplase.

ALBERTO ANDRADE CARMONA

Alcalde de Lima».

La Comisión Ruiz de Somocurcio emitió su informe el 17 de octubre de 1997, y llegó a las siguientes conclusiones con respecto a la planta de las Demandantes:

«Conclusiones y Recomendaciones:

1. *En los procedimientos de habilitación urbana y de otorgamiento de licencia de construcción de la planta industrial Lucchetti Perú, S.A. ubicada en la zona adyacente de los Pantanos de Villa, distrito de Chorrillos, se han transgredido y violado expresas disposiciones del Reglamento Nacional de Construcciones, el Código del Medio Ambiente, normas y convenios sobre protección ambiental y el Reglamento de Licencias de Construcción.*
2. *...La edificación de la planta industrial Lucchetti Perú, S.A. representa un peligro ambiental inminente al Área Natural Protegida de los Pantanos de Villa, distrito de Chorrillos y, habiéndose determinado que en el presente caso se han transgredido las normas de orden público sobre la materia, es necesario que la Municipalidad Metropolitana de Lima disponga la paralización de las construcciones en vista de que la Municipalidad Distrital de Chorrillos no ha dispuesto la paralización de las mismas y que los órganos competentes, bajo responsabilidad, procedan a anular la correspondiente licencia de construcción provisional y apliquen las más severas sanciones correspondientes, restableciendo el principio de autoridad...».*

iii) 21 de octubre de 1997: El Concejo de la Municipalidad de Lima promulgó el Acuerdo de Concejo No. 126, que estableció la Zona de Reglamentación Especial de Pantanos de Villa y entre otras cosas disponía lo siguiente:

«ACORDÓ:

Artículo 1º.- Establecer la «Zona de Reglamentación Especial Pantanos de Villa»...

....

Artículo 4º.- Suspender todos los procedimientos de habilitaciones urbanas, licencias de construcción, licencias de funcionamiento de establecimientos y demás actos administrativos de naturaleza municipal, cualquiera que fuera su estado de tramitación, respecto de solicitudes presentadas para desarrollarse dentro de la

«Zona de Reglamentación Especial Pantanos de Villa» descrita en los Artículos 1º y 2º del presente Acuerdo. Esta suspensión comprende a los actos de las Municipalidades Distritales que tienen jurisdicción en la zona de amortiguamiento del Área Ecológica Metropolitana Pantanos de Villa».

- iv) 2 de enero de 1998: La Comisión Técnica Provincial de la Municipalidad de Lima dictó el Acuerdo No. 01 (*Declaran nulos* actos administrativos que autoricen ejecución de obras de construcción de planta industrial en terreno ubicado en el distrito de *Chorrillos*). Tras un largo preámbulo, la parte operativa del Acuerdo No. 01 establece:

«ACORDÓ:

- 1.- Declarar la nulidad de pleno derecho del supuesto otorgamiento de licencia de construcción definitiva, por silencio administrativo positivo, y de cualquier otro acto administrativo expreso o presunto que autorice la ejecución de obras de construcción, de la planta industrial cuya edificación pretende la empresa LUCCHETTI PERÚ, S.A. en el terreno de 59,943.00 m² de extensión, ubicado entre la avenida Los Héroes de Villa y la antigua carretera Panamericana Sur (avenida Huaylas), lotes 1A y 2, de la lotización Villa Baja, del distrito de Chorrillos, de la provincia y departamento de Lima.
 - 2.- Declarar improcedente la ubicación del proyecto referido en el punto anterior, por no ajustarse a los niveles operacionales de Industria Liviana (I-2) correspondiendo a una Zona de Gran Industria (I-3), de acuerdo a los parámetros establecidos en el Reglamento de Zonificación General de Lima Metropolitana y en el Reglamento Nacional de Construcciones.
 - 3.- Declarar nula la aprobación efectuada por la Comisión Técnica Distrital de la Municipalidad Distrital de Chorrillos del Proyecto Arquitectónico presentado por la firma LUCCHETTI PERÚ, S.A. al que se contraen los puntos precedentes, así como los demás actos sucesivos producidos al amparo de dicha irregular aprobación.
 - 4.- Transcribir en la fecha el presente acuerdo a la Municipalidad Distrital de Chorrillos, para su inmediato cumplimiento y demás fines pertinentes, bajo responsabilidad, debiéndose informar a la Dirección Municipal de Desarrollo Urbano de la Municipalidad Metropolitana de Lima sobre las acciones tomadas.
 - 5.- Transcribir en la fecha el presente acuerdo a la firma LUCCHETTI PERÚ, S.A. y a la Inspectoría General de la Municipalidad Metropolitana de Lima.
- Lima, 2 de enero de 1998»

30. La reacción de la Demandante ante este acuerdo y ante la revocación de su licencia de construcción consistió en acudir a la justicia para que autorizara la continuación de la construcción y operación de la planta.

31. Las Demandantes promovieron las actuaciones judiciales en enero de 1998 a través de una acción de Amparo Constitucional contra el Concejo Provincial de la Municipalidad de Lima, el Alcalde de la Municipalidad de Lima (Alberto Andrade Carmona) y el Concejo de Distrito de la Municipalidad Distrital de Chorrillos. A través de la acción de Amparo Constitucional se perseguía la inmediata suspensión de los efectos del Acuerdo No. 01; el dictado de una orden que impusiera al Alcalde la obligación de abstenerse de formular amenazas o realizar o ejecutar, por sí mismo o a través de sus subordinados, cualquier acto o hecho de demolición, o cualquier acto que implicara transferencia o pérdida, por parte de las Demandantes, de sus legítimos derechos de propiedad en su planta; la no aplicación a las Demandantes del Artículo 4 del Acuerdo de Concejo No. 126, del 21 de octubre de 1997, y la suspensión y no aplicación de la notificación de paralización de obra dictada por la Municipalidad Distrital de Chorrillos según lo dispuesto por el Acuerdo de Concejo No. 111 del Concejo de la Municipalidad de Lima. Como parte de su acción de Amparo Constitucional, las Demandantes solicitaron el dictado inmediato de órdenes de aplicación de medidas cautelares.

32. La acción de Amparo Constitucional dio lugar a cuatro sentencias independientes, todas ellas favorables a las Demandantes:

- i) 19 de enero de 1998: El Primer Juzgado Corporativo Transitorio Especializado en Derecho Público declaró fundada la solicitud de medidas cautelares formulada por las Demandantes e hizo lugar a las medidas correctivas promovidas a través de la acción de Amparo Constitucional presentada, incluida la suspensión del Acuerdo No. 01 y del Artículo 4 del Acuerdo de Concejo No. 126, así como la notificación de paralización de las obras de construcción de la planta de las Demandantes.
- ii) 6 de febrero de 1998: La Demandantes obtuvieron del Primer Juzgado Corporativo Transitorio Especializado en Derecho Público una sentencia a la acción de Amparo Constitucional en los términos siguientes:

FALLA:

Declarando INFUNDADA la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado promovida por la emplazada MUNICIPALIDAD METROPOLITANA DE LIMA, e INFUNDADA la demanda en el extremo que comprende a la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE CHORRILLOS como co-actora de la agresión constitucional aludida y FUNDADA la demanda contra el Concejo Provincial de la Municipalidad Metropolitana de Lima y contra don Alberto Andrade Carmona, Alcalde de la Municipalidad Metropolitana de Lima.

Además de acceder a varias otras solicitudes planteadas por las Demandantes, el juez ordenó, el 9 de febrero, que se remitiera la sentencia a la Fiscalía Pública.

- iii) 4 de marzo de 1998: La Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público confirmó en apelación la orden dictada el 19 de enero de 1998 con respecto a las medidas cautelares, y asimismo ordenó la ejecución de esa sentencia el 13 de marzo de 1998.
- iv) 18 de mayo de 1998: La Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público confirmó, con una pequeña enmienda, la sentencia dictada en relación con la acción de Amparo Constitucional.

33. El 16 de marzo de 1998 las Demandantes incoaron una Acción Ejecutiva en que promovieron el dictado de una orden judicial en relación con la continuación de las obras en la planta de las Demandantes, bajo supervisión policial. Al parecer la sentencia dictada en primera instancia en la Acción Ejecutiva estaba fechada el 23 de abril de 1998. La sentencia de segunda instancia dictada el 11 de septiembre de 1998 por la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público rechazó las objeciones a la jurisdicción y fallas procesales interpuestas por la Demandada y ordenó a la Municipalidad de Lima que aprobara los planos definitivos y autorizara la construcción de la planta de las Demandantes.

34. El 9 de diciembre de 1998 el Primer Juzgado Corporativo Transitorio Especializado en Derecho Público dictó sentencia de primera instancia a favor de las Demandantes, que habían impugnado la Ordenanza No. 184 del Concejo de la Municipalidad de Lima, fechada el 4 de septiembre de 1998, en relación con la reglamentación, conservación y obras de fomento en los Pantanos de Villa (*acción relacionada con la Ordenanza No. 184*). En la sentencia se concluye que las disposiciones de la Ordenanza No. 184 impedirían la ejecución de la sentencia del 11 de septiembre de 1998 recaída en la Acción Ejecutiva, y por lo tanto declaró:

INAPLICABLE para la empresa recurrente Lucchetti Perú Sociedad Anónima, los efectos de la Ordenanza número 184 expedida por la Municipalidad Metropolitana de Lima con fecha cuatro de Septiembre último y publicada en el Diario Oficial «El Peruano» el día once de Noviembre último; debiendo continuar la ejecución en el estado en que se encuentra.

35. El 23 de diciembre de 1998, la Municipalidad de Chorrillos expidió una licencia de construcción a favor de las Demandantes. El 29 de diciembre de 1998 expidió también una licencia de funcionamiento para la fabricación y venta, las 24 horas del día, de productos de pasta en la planta de las Demandantes.

tes. En el preámbulo de la licencia de funcionamiento se establecía específicamente que la Ordenanza No. 184 no era aplicable a la planta de las Demandantes en virtud de la orden judicial anterior:

Que, no obstante, lo antes expuesto y pese a encontrarse la planta industrial de la recurrente en la Zona de Reglamentación establecida por la Ordenanza No. 184, en virtud a lo ordenado por el Primer Juzgado de Derecho Público de Lima, en la Acción de Amparo seguida por cual, en ejecución de sentencia, por resolución del 9 de diciembre de 1996, se ha declarado INAPLICABLE para la recurrente, los efectos de la Ordenanza No. 184 de la Municipalidad Metropolitana.

36. Las Demandantes sostienen que las arriba mencionadas sentencias dictadas en su favor son definitivas y concluyentes. Por lo tanto, en esa oportunidad los tribunales resolvieron definitivamente la controversia con la Municipalidad de Lima planteada en 1998, lo que excluye una posible continuidad entre esa controversia y la que se suscitó entre las Demandantes y la República del Perú el 22 de agosto de 2001.

37. Sostiene la Demandada que las sentencias arriba referidas forman parte de una controversia continua, «suprimida, pero no resuelta, por las sentencias». La Demandada sostiene que el Tribunal «debe considerar el contexto de corrupción y las atroces circunstancias bajo las cuales se dictaron las sentencias». También se sostiene que el hecho de que este Tribunal atribuyera «efectos preclusivos a esas sentencias ilícitamente obtenidas, a los efectos de permitir que las Demandantes puedan obtener acceso al foro del CIADI constituiría una gruesa desfiguración de la justicia y subvertiría el Estado de Derecho».

VI. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

38. Conforme al Artículo 2 del Convenio Bilateral, éste se aplica a inversiones realizadas antes o después de la entrada en vigencia del Convenio. Éste, sin embargo, establece además que no se aplica a diferencias o controversias surgidas antes de su entrada en vigencia. Por lo tanto, antes de seguir adelante el Tribunal debe establecer cuándo se planteó la presente controversia, pues si esa fecha precede a la de entrada en vigencia del Convenio Bilateral el Tribunal carece de competencia para entender en la controversia. Será competente si se concluye que la controversia se planteó después de la entrada en vigencia del Convenio Bilateral. Las partes adoptan posiciones diametralmente opuestas sobre esta cuestión.

39. La Demandada sostiene que el Tribunal carece de competencia para conocer de la presente controversia porque ésta estaba plenamente materializada antes de que entrara en vigencia el Convenio Bilateral, y si bien prosiguió

después de esa fecha, los hechos posteriores no generaron una nueva controversia; meramente representaron la continuación de la controversia anterior. A su juicio, en consecuencia, el Artículo 2 del Convenio Bilateral impide al Tribunal conocer de esta reclamación.

40. Según las Demandantes hubo dos controversias, y la primera se resolvió definitivamente en 1998 en virtud de las sentencias dictadas a su favor por los tribunales peruanos. Según las Demandantes, la controversia que tiene ante sí el Tribunal se planteó en 2001, después de la entrada en vigencia del Convenio Bilateral, y fue suscitada por los Acuerdos de Concejo No. 258 y No. 259, que determinaron la cancelación de la licencia de producción de las Demandantes y la orden de remoción de su planta.

41. Para respaldar su afirmación de que sólo existió una controversia y que ésta se planteó antes de la entrada en vigencia del Convenio Bilateral y prosiguió después de esa fecha, la Demandada sostiene que el objeto de la controversia planteada en 1997-98 era idéntico al de 2001, en que se sancionaron los Acuerdos de Concejo No. 258 y No. 259, y que el conflicto entre las Demandantes y las autoridades municipales en la totalidad de ese período representó una serie interrelacionada de hechos que en conjunto constituyen una única controversia. En respuesta a las manifestaciones de las Demandantes de que en 1998 las sentencias dictadas en el Perú habían pasado a ser *res judicata*, lo que puso fin a la primera controversia, la Demandada sostiene que el concepto de *res judicata*, destinado a impedir un nuevo litigio sobre las mismas reclamaciones, es ajeno a la cuestión que tiene que decidir el Tribunal, porque no guarda relación con el hecho de que persista entre las partes la controversia en que se basa el litigio. Agrega que las sentencias en cuestión fueron obtenidas mediante corrupción, lo que impide admitir que hayan puesto fin a la controversia entre las partes que comenzó en 1997.

42. Las Demandantes sostienen que la presente controversia se planteó después de la entrada en vigencia del Convenio Bilateral. Se trata, a su juicio, de una nueva controversia, porque se define en relación con las obligaciones de la Demandada en el marco del Convenio Bilateral. La controversia guarda relación con los Acuerdos de Concejo No. 258 y No. 259, que se promulgaron después de la entrada en vigencia del Convenio Bilateral y dieron lugar a la presente controversia porque violaron los derechos de las Demandantes en el marco de dicho Convenio. Sostienen asimismo las Demandantes que las medidas adoptadas después de la entrada en vigencia del Convenio Bilateral dan lugar a una nueva controversia, aunque se refieran a hechos o situaciones ocurridos con anterioridad. Según las Demandantes, las medidas específicas que están en cuestión en la presente controversia tuvieron lugar después de la entrada en vigencia del Convenio Bilateral, por lo cual difieren, en sustancia y contenido, de las que suscitaron la controversia anterior. A este respecto las

Demandantes sostienen que el Acuerdo No. 01 declaró nula *ab initio* la licencia de construcción otorgada a Lucchetti Perú, en tanto que el Acuerdo de Concejo No. 259 revocó la licencia de funcionamiento de la planta otorgada a esa compañía. También sostienen que las razones aducidas como fundamento del Acuerdo No. 01 difieren de las esgrimidas con respecto al Acuerdo de Concejo No. 259, y que las primeras implican una violación de los requisitos de zonificación aplicables para industrias ligeras, en tanto que las segundas se refieren al incumplimiento de diversas condiciones ambientales sobre cuya base se habría otorgado la licencia. Las Demandantes subrayan asimismo que entre las fechas de adopción de esos dos acuerdos se completó la construcción de la fábrica, y ésta fabricó pastas durante un período de dos años y medio antes de que se promulgara el Acuerdo de Concejo No. 259.

43. La Demandada rechaza los argumentos de las Demandantes aduciendo que el conflicto de intereses jurídicos que en el período de 1997-98 había generado una controversia –con la adopción del Acuerdo No. 01 (1998) y el litigio planteado ante los tribunales peruanos– no se convirtió en una nueva controversia por el mero hecho de que las Demandantes hubieran planteado su reclamación como violación del Convenio Bilateral. La Demandada considera infundada la manifestación de las Demandantes de que debe considerarse que los actos o medidas legales dictados después de la entrada en vigencia del Convenio Bilateral dieron lugar a una nueva controversia en virtud de lo previsto en el Artículo 2 del Convenio Bilateral. También niega la afirmación de las Demandantes de que las sentencias dictadas a favor de éstas por los tribunales peruanos permitieran resolver la controversia anterior. Según la Demandada, esas sentencias fraudulentas no podían poner fin a la controversia, ni lo hicieron, sino que fueron un episodio de una controversia continua entre las partes. A este respecto la Demandada considera no pertinente, a los efectos de la actividad de este Tribunal, que las sentencias dictadas en el Perú fueran fundadas o infundadas conforme a la legislación peruana. Lo pertinente, y lo que debe decidir el Tribunal, es si el objeto de la controversia de 1997-98 es idéntico al de la controversia referente a los Acuerdos de Concejo No. 258 y No. 259. Si lo es, no puede admitirse que las sentencias, desde el punto de vista jurídico, hayan puesto fin a la controversia continua y, según la Demandada, el Tribunal debe declararse incompetente conforme al Artículo 2 del Convenio Bilateral. La Demandada menciona también los esfuerzos realizados por las Demandantes para hacer «regularizar» las obras de construcción de su fábrica en julio de 2001 –a esa fecha no estaban en vigencia el Convenio Bilateral ni los Acuerdos de Concejo No. 258 y No. 259– como prueba de que las propias Demandantes consideraron que las sentencias dictadas en el Perú no habían puesto fin a la controversia anterior. El proceso de regularización recién se completó en 2003.

44. La Demandada se refiere a continuación a las manifestaciones de las Demandantes de que la cuestión a la que se refiere el Acuerdo de Concejo No.

259 difiere de la del Acuerdo No. 01. La Demandada sostiene que las cuestiones en disputa en 1998 no se referían exclusivamente a la legalidad de la licencia de construcción de las Demandantes, como éstas sostienen, sino que representan una serie de medidas legales que guardan relación con la inobservancia, por parte de las Demandantes, de los reglamentos peruanos pertinentes. A juicio de la Demandada, los Acuerdos de Concejo No. 258 y No. 259 son apenas las medidas legales más recientemente impugnadas por las Demandantes en relación con la construcción y operación de su fábrica. Además, si se compara el contenido del Acuerdo No. 01 (1998) y de otras medidas adoptadas por las autoridades municipales, con el Acuerdo de Concejo No. 259 (2001), resulta evidente que se referían a problemas ambientales y tenían como fin resolverlos.

45. Con respecto a la manifestación de las Demandantes de que la presente controversia es nueva porque se planteó como reclamación en el marco del Convenio Bilateral, la Demandada sostiene que el Tribunal no está llamado a pronunciarse sobre la forma en que se planteó la reclamación, sino a establecer si la controversia se planteó antes o después de la entrada en vigencia del Convenio Bilateral. Por lo tanto rechaza el supuesto de las Demandantes de que pueda eludirse la reserva *ratione temporis* establecida en el Artículo 2 del Convenio Bilateral formulando la reclamación como enmarcada en el Convenio Bilateral. A su juicio, admitir la posición de las Demandantes haría de la reserva *ratione temporis* una nulidad jurídica, lo que según la Demandada violaría reglas generalmente aceptadas de interpretación de los tratados.

46. Las Demandantes rechazan la afirmación de la Demandada de que el Acuerdo de Concejo No. 259 no fue más que un episodio de una controversia continua, ya que no se habría planteado una controversia entre las partes si no se hubiera aprobado ese acuerdo, cuya sanción marca el comienzo de la controversia que tiene ahora ante sí el Tribunal. Consideran insostenible la aseveración de que las sentencias de los tribunales peruanos no hicieron más que suspender la controversia pendiente. A su juicio, la obligación asumida por el Perú, en el marco del Convenio Bilateral, de proteger la inversión de las Demandantes en ese país, recién surgió cuando entró en vigencia el Convenio Bilateral. Esa obligación fue infringida por el Acuerdo de Concejo No. 259, promulgado después de la fecha de entrada en vigencia del Convenio Bilateral. Por lo tanto no puede existir continuidad entre lo ocurrido entre 1998 y la promulgación del Acuerdo de Concejo No. 259.

47. Las Demandantes sostienen asimismo que el Artículo 2 del Convenio Bilateral no revoca la norma de derecho internacional aceptada de que los tratados no surten efecto retroactivo. Sostienen que el Artículo 2 no impide al Tribunal asumir competencia en una controversia referente a la violación del Convenio Bilateral por el mero hecho de que pueda relacionarse de algún modo con una controversia anterior planteada antes de la entrada en vigencia del

Convenio Bilateral, y resuelta antes de esa fecha. También sostienen que la jurisprudencia internacional pertinente respalda su conclusión de que la controversia de autos se planteó después de la entrada en vigencia del Convenio Bilateral, ya que según esa jurisprudencia la fecha en que se planteó la presente controversia debe determinarse en relación con su origen, que consistió en la promulgación de los Acuerdos de Concejo No. 258 y No. 259. De ello se deduce, según las Demandantes, que la adopción, en 1998, del Acuerdo No. 01, no pudo dar origen a la presente controversia, dado que su aplicación se resolvió en los procedimientos de amparo seguidos ante los tribunales peruanos.

VII. CONCLUSIONES DEL TRIBUNAL

48. El Tribunal señala que como noción jurídica, la expresión controversia tiene un significado comúnmente aceptado. Ha sido definida, en forma autoritativa, como «un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, un conflicto de puntos de vista jurídicos o de intereses entre las partes»,¹ o como una «situación en que dos partes sostienen posiciones claramente opuestas con respecto a la cuestión del cumplimiento o incumplimiento» de una obligación jurídica.² En resumen, puede considerarse que existe una controversia cuando las partes mantienen reclamaciones de derecho o de hecho contrapuestas referentes a sus respectivos derechos u obligaciones, o cuando «la reclamación de una parte se opone positivamente a la de la otra».³

49. Es evidente, y no parece ser objeto de disputa entre las partes, que en 1998, tras la adopción del Acuerdo No. 01 y su impugnación por las Demandantes mediante la acción de amparo, se había planteado una controversia entre las Demandantes y las autoridades municipales de Lima. El Tribunal concluye que a esa altura se había suscitado una controversia entre las partes, y cada una de ellas sostenía opiniones encontradas sobre sus respectivos derechos y obligaciones.

50. No obstante, las partes discrepan acerca de si las sentencias dictadas por los tribunales peruanos a favor de las Demandantes pusieron fin a la controver-

¹ Mavrommatis Palestine Concessions (Grecia vs. Reino Unido), Sentencia del 30 de agosto de 1924 (Fondo del Asunto), 1924, Corte Permanente de Justicia Internacional (serie A), No. 2, pág. 11.

² Interpretación de los Tratados de Paz entre Bulgaria, Hungría y Rumania, Opinión Consultiva de marzo de 1950, Corte Internacional de Justicia, *Reports 1950*, pág. 65, punto 74.

³ South West Africa, Excepciones Preliminares, Sentencia, Corte Internacional de Justicia, *Reports 1962*, pág. 319, punto 328.

sia anterior, o si ésta continuó y llegó a su fin en 2001 con la adopción de los Acuerdos de Concejo No. 258 y No. 259. Por lo tanto el Tribunal debe considerar si a la luz de otros factores aquí pertinentes la controversia de que se trata constituye o no una nueva controversia. Para abordar ese tema el Tribunal debe examinar los hechos que dieron lugar a la controversia de 2001 y los que culminaron con la controversia de 1998, tratando de establecer, en cada caso, si, y en qué medida, el objeto o los hechos que fueron la causa real de la controversia difieren entre sí o son idénticos.⁴ Según un caso reciente planteado ante el CIADI, el factor clave para determinar la existencia de una o de dos controversias independientes es la identidad de objeto de las mismas.⁵ El Tribunal considera que independientemente de que la atención deba centrarse en las «causas reales» de la controversia o en el «objeto» de la misma, habrá que determinar en cada caso si los hechos o consideraciones que hayan dado lugar a la controversia anterior han seguido ocupando una posición central en la controversia ulterior.

51. No se debate el hecho de que el objeto o el origen de la controversia de 2001, si es que fue una nueva controversia, consistió en la promulgación de los Acuerdos de Concejo No. 258 y No. 259. El Acuerdo de Concejo No. 258 tenía como fin establecer un marco regulatorio para la protección permanente de los Pantanos de Villa como reserva ecológica, y confirió a las autoridades municipales de Lima la potestad de adoptar las medidas necesarias para alcanzar ese objetivo. El Acuerdo de Concejo No. 259 dispuso la revocación de la licencia de funcionamiento concedida a las Demandantes para la producción de pastas, y decretó el cierre y la remoción de la fábrica. En el largo preámbulo del Acuerdo de Concejo No. 259 se mencionan las conclusiones en que se basa la decisión, tales como el incumplimiento, por parte de Lucchetti, desde 1997, de las normas jurídicas aplicables a la construcción de la planta cerca de los Pantanos de Villa, con el consiguiente peligro para la reserva ecológica. Se hace referencia al litigio entablado por Lucchetti contra las medidas dictadas por la municipalidad para proteger el medio ambiente de la región y se señala que los hechos que surgen de videos recientemente publicados y presentados como prueba ante una comisión parlamentaria revelan la existencia de corrupción para el logro de las sentencias a favor de Lucchetti. Además se hace mención a diversas normas legales y reglamentarias, tales como el Acuerdo de Concejo No. 126-97-MML, que creó la Zona de Reglamentación Especial Pantanos de Villa, declarada de interés ecológico para la municipalidad, y el Acuerdo No. 01, del 2 de

⁴ Véase *Electricity Company of Sofia and Bulgaria (Excepción Preliminar)*, 1939, Corte Permanente de Justicia Internacional, págs. 64, punto 82.

⁵ *CMS Gas Transmission Co. vs. Argentina*, Caso No. ARB/01/8, 17 de julio de 2003, 42 ILM 788, párrafo 109 (2003).

enero de 1998, y se señala que éste declaró nula y carente de todo valor la licencia de construcción, que Lucchetti habría logrado en virtud de omisiones administrativas y de la aprobación de sus planos arquitectónicos para la construcción de la fábrica. A continuación se menciona la acción de *amparo* incoada por Lucchetti para dejar sin efecto el Acuerdo No. 01 y el Artículo 4 del Acuerdo de Concejo No. 126-97 y obtener autorización para la operación de la planta industrial. También se invoca la Resolución No. 6856-98-MDCH, del 29 de diciembre de 1998, que habiendo sido dictada «en cumplimiento de fraudulentos fallos judiciales dictados en las actuaciones judiciales en cuestión», concedió a Lucchetti una licencia municipal de funcionamiento para su fábrica de pastas y para la venta de sus productos. Finalmente se señala que la Resolución No. 6556-98 establecía, en su Artículo 2, que el otorgamiento de la licencia en cuestión estaba condicionado a la plena observancia de las limitaciones y restricciones previstas en el estudio de impacto ambiental pertinente y a que se evitaran otras actividades ambientalmente nocivas como, por ejemplo, la emisión de gases y humos nocivos.

52. Al enunciar la historia administrativa, legal y judicial de los esfuerzos realizados por las Demandantes para obtener permiso para construir y operar su fábrica de pastas en las vecindades de la reserva ambiental de los Pantanos de Villa, el Acuerdo de Concejo No. 259 estableció una relación directa entre las actividades dispuestas por esa norma con las medidas que las autoridades municipales adoptaron en 1998 para obligar a las Demandantes a cumplir los requisitos ambientales y de zonificación aplicables a la construcción de su fábrica de pastas. Señaló también que las autoridades municipales no habían logrado su objetivo en virtud de las sentencias dictadas a favor de las Demandantes en 1998, que las obligaron a expedir las licencias que anteriormente habían denegado a las Demandantes.

53. Las razones que llevaron a la adopción del Acuerdo de Concejo No. 259 estuvieron, pues, directamente relacionadas con las consideraciones que dieron lugar a la controversia de 1997-98: el compromiso asumido específicamente por la municipalidad de proteger la integridad del medio ambiente de los Pantanos de Villa y sus repetidos esfuerzos encaminados a obligar a las Demandantes a cumplir los reglamentos aplicables a la construcción de su fábrica en las vecindades de la referida reserva ambiental. Por lo tanto, el objeto de la controversia anterior no difería de las medidas adoptadas por la municipalidad en 2001, que obligaron a las Demandantes a incoar el presente procedimiento. También en ese sentido las controversias tuvieron el mismo origen o fuente: el deseo de la municipalidad de hacer efectivo el cumplimiento de las políticas ambientales, y los esfuerzos de las Demandantes para impedir su aplicación a la construcción y producción de la fábrica de pastas. En consecuencia, el Tribunal considera que en 1998 la presente controversia estaba formalizada. La adopción de los Acuerdos de Concejo No. 258 y No. 259 y su impugnación por las

Demandantes no representaron más que la continuación de la controversia anterior.

54. Antes de inferir, sin embargo, que la conclusión que antecede resulte decisiva para la sentencia del presente caso, el Tribunal cree necesario abordar la cuestión adicional de si otros factores jurídicamente pertinentes imponen el dictado de una decisión conforme a la cual la controversia de 2001 deba considerarse, de todos modos, como una nueva controversia. A este respecto las Demandantes mencionan el hecho de que el Acuerdo de Concejo No. 259 revocó su licencia de funcionamiento, en tanto que el Acuerdo No. 01 declaró nula la licencia de construcción que se les había concedido, y que la controversia anterior se refería exclusivamente al Acuerdo No. 01, que se refería a cuestiones de construcción, y no a los temas ambientales a los que referían los Acuerdos de Concejo No. 258 y No. 259. También señalan que su planta había funcionado durante más de dos años antes de que se dictara el Acuerdo de Concejo No. 259. Por lo tanto transcurrió un período considerable entre la adopción de ese acuerdo y las sentencias de 1998 que, según las Demandantes, pusieron fin a la controversia anterior y habían pasado a ser *res judicata*. Finalmente, las Demandantes sostienen que en su reclamación ante el Tribunal aducen la violación del Convenio Bilateral, que aún no había entrado en vigencia en 1998, por lo cual puede considerarse como una nueva controversia. Un procedimiento tendiente a hacer efectivos derechos y obligaciones previstos en el Convenio Bilateral, que no existía en 1998. A su juicio, una reclamación enmarcada en el Convenio Bilateral no se rige por las disposiciones de la reserva *ratione temporis* prevista en el Artículo 2 del Convenio Bilateral.

55. El Tribunal concluye que las cuestiones en disputa en 1998 no se referían exclusivamente a asuntos previstos en el Acuerdo No. 01, sino a una serie de normas jurídicas referentes a asuntos ambientales, como el Acuerdo No. 01 y el Acuerdo de 23 Concejo No. 126, y la Carta Oficial 771-MML-DMDU, que sirvieron de base a la acción de amparo resuelta en favor de las Demandantes. Además, la municipalidad sancionó ulteriormente la Ordenanza No. 184, que estableció un marco general de regulación ambiental y dispuso que las actividades que se estuvieran realizando en inobservancia del plan se regularizaran dentro de un período de cinco años. Las Demandantes impugnaron con éxito esa ordenanza, en cuanto les había sido aplicada, ante el mismo tribunal que había resuelto en su favor su acción de *amparo*. En virtud de esa sentencia se obligó a las autoridades municipales a conceder a las Demandantes su licencia de construcción y funcionamiento. Por lo tanto resulta evidente que las cuestiones que estaban en disputa en 1998 se referían a problemas ambientales idénticos a los que se reflejan en los Acuerdos de Concejo No. 258 y No. 259 de 2001, y que esos problemas no sólo se referían a la construcción, sino también al funcionamiento de la planta.

56. En cuanto al período transcurrido entre las sentencias dictadas a favor de las Demandantes en 1998 y el Acuerdo de Concejo No. 259, el mismo no basta de por sí para transformar una controversia continua en dos controversias, a menos que las pruebas recogidas indicaran que la controversia anterior había llegado a su fin o aún no había nacido.⁶ En el presente caso la municipalidad siguió aplicando en todo momento su régimen de regulación ambiental a la planta de las Demandantes, pero sus esfuerzos se vieron frustrados por las diversas acciones judiciales entabladas por las Demandantes, que la municipalidad cuestionó vigorosamente y trató de eludir. Véase, por ejemplo, la Ordenanza No. 184. Además, la municipalidad adoptó los Acuerdos de Concejo No. 258 y No. 259 no bien llegó a la conclusión de que los hechos comprobados acerca de la manera en que se había logrado el dictado de las sentencias le permitía volver a afirmar su posición anterior y aplicar su régimen de reglamentación ambiental a las operaciones de las Demandantes. El hecho de que la municipalidad nunca consideró que su controversia con las Demandantes hubiera finalizado con las sentencias está comprobado asimismo por el texto del preámbulo del Acuerdo de Concejo No. 259 que, como se vio, reseña e invoca los esfuerzos anteriores de la municipalidad tendientes a obligar a las Demandantes a cumplir los reglamentos ambientales de esa autoridad. En consecuencia, el Tribunal opina que el transcurso de dos años y medio entre esas sentencias y la adopción de los Acuerdos de Concejo No. 258 y No. 259 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 Tribunal considera, asimismo, que los Acuerdos de Concejo No. 258 y No. 259 no generaron una nueva controversia por más que las sentencias de 1998 hubieran pasado a ser *res judicata* conforme a la legislación peruana. 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, como ya se ha demostrado, que la

⁶ Cf. *Maffezini vs. España* (Decisión sobre jurisdicción), Caso CIADI No. ARB/97/77, 16 *ICSID Review* 212, párrafos 90 a 98 (2001). En ese caso el Tribunal tuvo ante sí una disposición similar al Artículo 2 del Convenio Bilateral aplicable en el presente caso, y concluyó que los hechos que habían suscitado la controversia habían venido debatiéndose entre las partes durante varios años antes de la entrada en vigencia del acuerdo bilateral que estaba en cuestión. Esos debates recién produjeron «el conflicto de puntos de vista jurídicos y de intereses» necesario para que se transformaran en una controversia cuando entró en vigencia el acuerdo bilateral, que, por lo tanto, no impidió la controversia cuestionada. Ídem, párrafo 96. En el presente caso, «el conflicto de puntos de vista jurídicos y de intereses» se había formalizado antes de la entrada en vigencia del Convenio Bilateral. Si ello hubiera ocurrido en el caso *Maffezini*, el tribunal que entendió en el mismo habría llegado a la misma conclusión que este Tribunal.

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.

57. Considerando ahora las supuestas ilegalidades que rodearon la obtención de las sentencias de 1998, el Tribunal opina que esos vicios, si se probaran, constituirían una razón independiente para sostener que las sentencias no pusieron fin a la controversia anterior. No obstante, como el Tribunal ya concluyó, por otras razones, que esas sentencias no pusieron término a la controversia, no es preciso que aborde esa cuestión.

58. Finalmente, las Demandantes sostienen que en estas actuaciones invocaron los derechos y obligaciones emanados del Convenio Bilateral, por lo cual tienen derecho a que el Tribunal se pronuncie sobre la presente reclamación. Sostienen además, que tratándose de una reclamación formulada en el marco del Convenio Bilateral, la presente controversia no es ni puede ser igual a una controversia existente antes de que entrara en vigencia el Convenio Bilateral.

59. Naturalmente, las Demandantes tienen derecho a que este Tribunal se pronuncie sobre los derechos y obligaciones establecidos en el Convenio Bilateral, pero sólo si y cuando a través de la reclamación se busque la resolución de una controversia que conforme al Artículo 2 del Convenio Bilateral no hubiera sido planteada antes de la entrada en vigencia de ese convenio. La alegación de una reclamación en el marco del Convenio Bilateral, por sólidos que sean sus fundamentos, no tiene ni puede tener como resultado la anulación o privación de sentido de la reserva *ratione temporis* enunciada en el Artículo 2 del Convenio Bilateral.⁷ Además, una controversia anterior al Convenio Bilateral puede relacionarse con el mismo asunto que una posterior a dicho convenio, y por ese motivo ser incompatible con el Artículo 2, lo cual, como se vio, es lo que aquí sucede.

60. Dado que el presente laudo se pronuncia sobre una objeción a la jurisdicción, no se han considerado, naturalmente, las cuestiones de hecho y de derecho que revisten capital importancia, desde el punto de vista sustancial, en el caso Lucchetti. Lucchetti sostiene que fue invitada a invertir en el Perú, realizó su inversión en debida forma, gastó decenas de millones de dólares en la construcción de las instalaciones industriales más avanzadas del país y estable-

⁷ Véase, por ejemplo, Asian Agricultural Products, LTD. (AAPL) vs. Sri Lanka, Caso CIADI No. ARB/87 /3, 6 *ICSID Review* 526 (1991), en que el tribunal señala que «ninguna conclusión es más sólida, como criterio de interpretación en todos los sistemas de Derecho, que toda cláusula debe interpretarse en forma que tenga sentido y no que esté desprovista del mismo». Ídem, párrafo 40, Regla (E).

ció un modelo de éxito operacional, dando empleo a buen número de trabajadores y fabricando productos buenos y competitivos con potencial de exportación. También subraya que no se ha aducido (ni mucho menos probado) que para establecerse en el Perú como inversionista se haya valido de medios irregulares, siendo por lo tanto su posición fundamentalmente diferente de la de una entidad a la que se impute haberse establecido mediante fraude o corrupción. Sostiene, principalmente, que fue despojada de sus activos en forma puramente arbitraria y con falsos pretextos.

61. Por lo tanto, Lucchetti puede considerarse agraviada por el hecho de que sus esfuerzos tendientes a lograr amparo internacional se frustren sin que siquiera se hayan examinado sus alegaciones sobre el fondo del asunto, pero esa conclusión no se justifica, ya que Lucchetti carecía de legitimación *a priori* para acceder a este foro internacional. La empresa no puede aducir que haya realizado su inversión basándose en el Convenio Bilateral, por la sencilla razón de que éste entró en vigencia años después que hubiera adquirido el sitio, construido la fábrica y alcanzado su segundo año de funcionamiento pleno, por lo cual no cabe concebir que su decisión de invertir se basara en la existencia de dicho instrumento internacional.

62. La única cuestión que debe abordar este Tribunal consiste, precisamente, en establecer si la reclamación planteada por Lucchetti está abarcada por el consentimiento del Perú a una jurisdicción internacional enmarcada en el Convenio Bilateral, lo que Lucchetti no probó al Tribunal. En consecuencia, la empresa se encuentra en la misma situación en que estaría si no se hubiera sancionado el Convenio Bilateral. Por lo tanto, sus alegaciones sobre el fondo del asunto permanecen como estaban, deben plantearse, negociarse o resolverse del modo y ante las instancias que puedan estar a disposición de la compañía.

VIII. LAUDO

En virtud de todas las consideraciones que anteceden, el Tribunal se declara incompetente para conocer sobre el fondo de la presente controversia.

El Tribunal decide que cada parte deberá pagar la mitad de las costas del arbitraje y cubrirá sus propios gastos legales.

Thomas Buergenthal
Presidente

Bernardo Cremades
Árbitro

Jan Paulsson
Árbitro

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

Sobre el procedimiento de anulación
en el arbitraje entre

COMPAÑÍA DE AGUAS DEL ACONQUIJA S.A.

y

VIVENDI UNIVERSAL (antes COMPAGNIE GÉNÉRALE DES EAUX)

Demandantes

c.

REPÚBLICA ARGENTINA

Demandada

Caso No. ARB/97/3

DECISIÓN SOBRE LA ANULACIÓN

ÍNDICE

A. EL PROCEDIMIENTO DE ANULACIÓN

B. EL LAUDO DEL TRIBUNAL

- 1) Fundamentos del Tribunal en materia jurisdiccional
- 2) Fundamentos del Tribunal sobre el fondo
 - (a) Las reclamaciones federales
 - (b) Las reclamaciones por actos de Tucumán

C. ANÁLISIS DEL COMITÉ

- 1) Cláusulas pertinentes del TBI Francia-Argentina
 - (a) Definición de «inversores» e «inversiones»
 - (b) Recursos locales y su relación con el arbitraje bajo el TBI
 - (c) El alcance y la aplicación de las cláusulas sustantivas del TBI
- 2) El papel de la anulación según el Convenio del CIADI
- 3) Los fundamentos de la anulación
 - (a) La decisión del Tribunal en materia de jurisdicción
 - (b) La decisión del Tribunal sobre el fondo
 - (i) *Quebrantamiento grave de una norma de procedimiento: Artículo 52(1)(d)*
 - (ii) *Extralimitación manifiesta de las facultades: Artículo 52(1)(b)*
 - Las reclamaciones por actos a nivel federal
 - Las reclamaciones por actos de Tucumán
 - (iii) *Omisión de expresar motivos: Artículo 52(1)(e)*

D. COSTAS

E. DECISIÓN

Presidente: Sr. L. Yves FORTIER, C.C., Q.C.
Miembros del Comité ad hoc: Profesor James R. CRAWFORD, S.C., F.B.A.
Profesor José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS
Secretario del Comité: Sr. Alejandro A. Escobar

En el caso No. ARB/97/3

**ENTRE: COMPAÑÍA DE AGUAS DEL ACONQUIJA S.A. Y
COMPAGNIE GÉNÉRALE DES EAUX («Demandantes»)**

Representadas por:

Juez Stephen M. Schwebel
en calidad de asesor letrado

Sr. Bernardo M. Cremades
de la firma *B. Cremades y Asociados*, en calidad de asesor letrado

Sr. Daniel M. Price y Sr. Stanimir A. Alexandrov
de la firma *Powell, Goldstein, Frazer & Murphy LLP*, en calidad de asesores
letrados

Sr. Luis A. Erize
de la firma *Abeledo Gottheil Abogados*, en calidad de asesor letrado

Sr. Ignacio Colombres Garmendia
de la firma *Ignacio Colombres Garmendia & Asociados* en calidad de asesor
letrado

Y

REPÚBLICA ARGENTINA («Demandada»)

Representada por:

**Dr. Rubén Miguel Citara, Dr. Ernesto Alberto Marcer, Sr. Hernán M.
Cruchaga y Sr. Carlos Ignacio Suárez Anzorena**
de la *Procuración del Tesoro de la Nación*, en calidad de asesores letrados

EL COMITÉ *AD HOC*

Después de deliberar,

Adopta la siguiente Decisión:

A. EL PROCEDIMIENTO DE ANULACIÓN

1. El día 20 de marzo de 2001, la Compañía de Aguas del Aconquija S.A. (en adelante, «CAA») y Compagnie Générale des Eaux (en adelante, «CGE»; CGE y CAA denominados en forma conjunta las «demandantes») presentaron ante el Secretario General del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, el «Centro» o «CIADI») un escrito (la «solicitud») solicitando la anulación parcial de un Laudo fechado el 21 de noviembre de 2000 (el «Laudo») dictado por el Tribunal en el arbitraje entre las demandantes y la demandada.¹

2. La solicitud se presentó dentro del plazo establecido en el Artículo 52 (2) del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (el «Convenio»). La solicitud pedía la anulación parcial del Laudo sobre la base de tres de las cinco causales contempladas en el Artículo 52 (1) del Convenio, a saber: que el Tribunal había incurrido en extralimitación manifiesta de sus facultades; que hubo un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento, y que se había omitido expresar los motivos sobre los cuales se fundó el Laudo.

3. La solicitud fue registrada por el Secretario General del CIADI el 23 de marzo de 2001.

De conformidad con la Regla 50 (2) de las Reglas de Arbitraje, el Secretario General transmitió ese mismo día una notificación de registro a las partes y, asimismo, envió a la demandada copias de la solicitud así como su documentación justificativa. Luego, de acuerdo con el Artículo 52 (3) del Convenio y a pedido del Secretario General, el presidente del Consejo Administrativo procedió a designar a los miembros del Comité *ad hoc* (en adelante, el «Comité»).

4. El Comité –integrado por el profesor James R. Crawford, el profesor José Carlos Fernández Rozas y el señor L. Yves Fortier– se constituyó debidamente y las partes fueron notificadas por el Secretario General el día 18 de mayo de 2001, conforme a la Regla 52 (2) de las Reglas de Arbitraje. El 25 de mayo de 2001, el Secretario del Comité informó a las partes que el señor L. Yves Fortier había sido designado presidente del Comité.

¹ El texto del Laudo, en inglés, se encuentra publicado en 40 ILM 426 (2001). El texto de su traducción al español aparece en el sitio internet del Centro. En lo sucesivo, las notas al pie hacen referencia al texto en inglés del Laudo.

5. La primera reunión del Comité tuvo lugar en la sede del Centro, en Washington D.C., el 21 de junio de 2001. En la sesión, todos los miembros efectuaron declaraciones en los términos de la Regla 6 de las Reglas de Arbitraje. El Sr. Fortier calificó su declaración en un punto particular, y la demandada se reservó su derecho a proponer su recusación. Posteriormente así lo hizo, de conformidad con los Artículos 14 y 57 del Convenio del CIADI y la Regla 53 de las Reglas de Arbitraje. La recusación se relacionaba con la comunicación por parte del Sr. Fortier que uno de los socios de su estudio había sido encargado por CGE para aconsejar acerca de ciertos asuntos específicos relativos a impuestos bajo el derecho de Québec. El Sr. Fortier no había tenido participación personal alguna en esta labor, la que estaba por completo desvinculada al presente caso y que no conllevaba una retención general de servicios jurídicos. Luego de haber recibido presentaciones escritas de las partes, los otros dos miembros del Comité, mediante decisión del 3 de octubre de 2001, desestimaron la recusación.

6. De acuerdo con el cronograma procesal fijado en dicha reunión, las partes presentaron sus respectivos memoriales el día 20 de agosto de 2001 y el día 12 de noviembre de 2001; el memorial de las demandantes fue acompañado por un dictamen pericial preparado por el profesor Christoph H. Schreuer, mientras que la demandada presentó un dictamen pericial confeccionado por el profesor Arthur T. von Mehren. Con posterioridad, las demandantes presentaron una réplica el día 10 de diciembre de 2001; por su parte, la demandada presentó una dúplica el 8 de enero de 2002.

7. En este procedimiento de anulación se celebró una audiencia de dos días en la sede del Centro, el 31 de enero y el 1º de febrero de 2002, en la cual los asesores letrados de ambas partes presentaron sus argumentos y alegaciones, y respondieron a las preguntas formuladas por los miembros del Comité. Las partes a continuación hicieron observaciones a las transcripciones en inglés y español que se hicieron de la audiencia, las que han sido tomadas en cuenta por el Comité.

8. En virtud de que las partes no convinieron en presentar una solicitud para modificar las reglas procesales establecidas en el Convenio y en las Reglas de Arbitraje, el procedimiento de anulación se llevó a cabo en todo momento de conformidad con las cláusulas aplicables de la sección 3, capítulo IV del Convenio y de las Reglas de Arbitraje.²

² El Artículo 52 (4) del Convenio establece: «Las disposiciones de los Artículos 41-45, 48, 49, 53 y 54, y de los Capítulos VI y VII [del Convenio relativo a los procedimientos de arbitraje] se aplicarán, *mutatis mutandis*, al procedimiento que se tramite ante [el Comité]».

B. EL LAUDO DEL TRIBUNAL

9. La diferencia que dio lugar al arbitraje surgió de ciertos supuestos actos cometidos por la República Argentina y su subdivisión, la provincia de Tucumán, que, a juicio de las demandantes, motivaron la terminación del contrato de concesión (el «Contrato de Concesión») celebrado por un periodo de treinta años entre Tucumán y CAA. En el proceso de arbitraje, las demandantes adujeron que la totalidad de tales actos eran atribuibles a la República Argentina y, por tal razón, constituían una violación de las obligaciones de la Argentina conforme al Acuerdo para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Francesa³ (en adelante, el «TBI», el «Tratado» o el «Acuerdo»). Disposiciones relevantes del TBI se reproducen más adelante en esta decisión.

10. El Laudo objeto del presente procedimiento de anulación fue dictado el 21 de noviembre de 2000. El Tribunal rechazó en su Laudo las objeciones a su jurisdicción planteadas por la República Argentina. Habiendo sostenido su jurisdicción, el Tribunal no obstante desestimó la reclamación.

11. Con el objeto de presentar el contexto y los antecedentes pertinentes relativos a la presente Decisión, y antes de proceder a considerar los fundamentos detallados del Tribunal así como los motivos de la anulación a los que supuestamente dan origen tales fundamentos, el Comité no puede más que citar la «Introducción y Resumen» del correspondiente Laudo, redactados por el propio Tribunal.

A. Introducción y resumen

Este caso surge de una controversia compleja y a menudo amarga relacionada con un Contrato de Concesión de 1995 que una sociedad francesa, Compagnie Générale des Eaux, y su filial argentina, Compañía de Aguas del Aconguija, S.A. (denominadas conjuntamente «las demandantes» o «CGE»), celebraron con la provincia argentina de Tucumán, y con la inversión en Tucumán derivada de dicho acuerdo. La República Argentina no era parte del Contrato de Concesión ni de las negociaciones que llevaron a su celebración. ...

³ Suscrito el 3 de julio de 1991; en vigencia a partir del 3 de marzo de 1993; *United Nations Treaty Series*, vol. 1728 página 282 (versión en francés). Las cláusulas del TBI citadas, en inglés, en la presente Decisión han sido extraídas de la traducción oficial al inglés de las Naciones Unidas: *United Nations Treaty Series*, vol. 1728 página 298. El *Appendix 1* del Laudo del Tribunal del 21 de noviembre de 2001 constituye la fuente de la traducción al inglés de las cláusulas del Contrato de Concesión que aquí se menciona.

El Contrato de Concesión en sí no hace referencia al TBI ni al Convenio del CIADI ni a los recursos disponibles a inversores franceses en Argentina bajo estos tratados. Los artículos 3 y 5 del TBI disponen que cada una de las Partes Contratantes otorgará «un tratamiento justo y equitativo, conforme a los principios de Derecho Internacional, a las inversiones efectuadas por los inversores de la otra Parte», que las inversiones gozarán de «protección y plena seguridad en aplicación del principio del tratamiento justo y equitativo», y que las Partes Contratantes no adoptarán medidas de expropiación o nacionalización salvo por causa de utilidad pública, sin discriminación y dando lugar al pago de «una compensación pronta y adecuada». El artículo 8 del TBI Argentina-Francia dispone que, si surge una controversia entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante y la controversia no hubiera podido ser solucionada dentro de seis meses por medio de consultas amistosas, entonces el inversor podrá someter la controversia, o bien a las jurisdicciones nacionales de la Parte Contratante implicada en la controversia, o bien, a elección del inversor, al arbitraje bajo el Convenio del CIADI o a un tribunal «ad hoc» de acuerdo con las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

La cláusula 16.4 del Contrato de Concesión entre CGE y Tucumán disponía para la resolución de controversias contractuales, relativas tanto a su interpretación como a su aplicación, que aquellas fueran sometidas a la jurisdicción exclusiva de los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de Tucumán. Si bien este caso presenta muchas interrogantes preliminares y otras interrogantes relacionadas, la cuestión medular ante este Tribunal concierne el significado jurídico que ha de atribuirse a esta cláusula de elección de foro en el Contrato de Concesión a la luz de las disposiciones que regulan los recursos bajo el TBI y el Convenio del CIADI. Esta cuestión tiene implicancias tanto para la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal bajo el Convenio del CIADI, como para el análisis jurídico del fondo de la controversia entre CGE y la República Argentina.

Cuando CGE invocó la jurisdicción del CIADI basándose en los términos del TBI y del Convenio del CIADI y reclamó una indemnización de más de US\$300.000.000, la República Argentina respondió que no había consentido que se sometiera la controversia para su resolución bajo el Convenio del CIADI. Debido a la relación estrecha entre la cuestión jurisdiccional y los aspectos subyacentes del fondo de las reclamaciones, el Tribunal decidió que no podía resolver la cuestión jurisdiccional sin una presentación completa de las cuestiones de hecho relacionadas con el fondo. En consecuencia, el Tribunal, después de recibir los escritos de las partes y de oír sus alegatos orales, unió la cuestión jurisdiccional al fondo.

Por la razones expuestas en el presente Laudo, el Tribunal resuelve que tiene jurisdicción para conocer la reclamaciones de CGE en contra de la República Argentina por violación de las obligaciones de la República Argentina

bajo el TBI. Ni la disposición de elección de foro del Contrato de Concesión, ni las disposiciones del Convenio del CIADI y del TBI en los que se apoya la República Argentina, precluyen el recurso ante este Tribunal por parte de CGE sobre la base de los hechos que se han presentado.

Con respecto al fondo, CGE no ha alegado que la propia República afirmativamente interfirió con su inversión en Tucumán. Más bien, CGE alega que la República Argentina *omitió impedir* que la Provincia de Tucumán tomara determinadas acciones con respecto al Contrato de Concesión que, según alegan las demandantes, por consiguiente infringieron sus derechos bajo el TBI. CGE también alega que la República Argentina *omitió causar* a la Provincia que tomara ciertas acciones con respecto al Contrato de Concesión, de ese modo también infringiendo los derechos de las demandantes bajo el TBI. Además, CGE sostiene que el derecho internacional atribuye a la República Argentina las acciones de la Provincia y de sus funcionarios y alega que esas acciones constituyen infracciones de las obligaciones de la República Argentina bajo el TBI.

Si bien CGE reclamó de las acciones de Tucumán ante los organismos administrativos de la Provincia, CGE reconoce que nunca buscó, de conformidad con la cláusula 16.4, reclamar de acción alguna de Tucumán ante los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de Tucumán como violaciones de los términos del Contrato de Concesión. CGE sostiene que cualquier recurso de este tipo habría constituido una renuncia de sus derechos de recurrir al CIADI bajo el TBI y el Convenio del CIADI.

El Tribunal no acepta la posición de CGE en cuanto a que reclamaciones hechas por CGE ante los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de Tucumán por infracción de los términos del Contrato de Concesión, como lo exige la cláusula 16.4, hubieran constituido una renuncia de los derechos de las demandantes bajo el TBI y el Convenio del CIADI. Además, como el Tribunal demuestra más adelante, la naturaleza de los hechos en que se fundamentan la mayor parte de las reclamaciones presentadas en este caso, hacen imposible que el Tribunal distinga o separe violaciones del TBI de violaciones del Contrato de Concesión sin antes interpretar y aplicar las disposiciones detalladas de ese acuerdo. En virtud de la cláusula 16.4, las partes al Contrato de Concesión asignaron esa tarea expresa y exclusivamente a los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de Tucumán. En consecuencia, y porque las reclamaciones en este caso surgen casi exclusivamente de supuestos actos de la Provincia de Tucumán que se relacionan directamente con su cumplimiento del Contrato de Concesión, el Tribunal resuelve que las demandantes tenían el deber de hacer valer sus derechos con respecto a tales reclamaciones en contra de Tucumán ante los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de Tucumán como lo exige la cláusula 16.4 de su Contrato de Concesión.

CGE presentó ciertas reclamaciones adicionales relativas a acciones supuestamente *soberanas* de Tucumán que las demandantes sostienen no guarda-

ban relación con el Contrato de Concesión. CGE afirma que tales acciones de la Provincia daban lugar a la responsabilidad internacional atribuible a la República Argentina bajo el TBI, interpretado conforme al derecho internacional aplicable. Además, CGE alega que la República Argentina era también responsable por su falta de cumplimiento de ciertas obligaciones bajo el TBI, lo que, según las demandantes, da lugar a la responsabilidad internacional independientemente del cumplimiento del Contrato de Concesión por Tucumán. El Tribunal resuelve que muchas de estas otras reclamaciones surgieron, de hecho, de acciones de la Provincia vinculadas al fondo de la controversia bajo el Contrato de Concesión y, por esa razón, se encontraban sujetas a ser resueltas inicialmente ante los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de Tucumán bajo la cláusula 16.4. En la medida que tales reclamaciones son el resultado de acciones de la República Argentina o de la Provincia que son discutiblemente independientes del Contrato de Concesión, el Tribunal resuelve que la prueba presentada en este procedimiento no estableció los fundamentos para determinar una violación por parte de la República Argentina de sus obligaciones jurídicas bajo el TBI, ya sea por sus propias acciones u omisiones, ya sea a través de la atribución a la República Argentina de los actos de las autoridades de Tucumán⁴.

12. En la sección final del Laudo, después de revisar los antecedentes procesales del arbitraje,⁵ resumir los hechos y las respectivas posiciones jurídicas de las partes,⁶ y después de explicar su análisis, razonamiento y fundamentos en cuanto a la jurisdicción⁷ y al fondo,⁸ el Tribunal decidió acerca del caso presentado por las demandantes en los siguientes términos:

G. Laudo

El Tribunal desestima por el presente las reclamaciones presentadas por las demandantes contra la República Argentina.⁹

⁴ Laudo, Parte A., páginas 1-3; 40 ILM 426 (2001), pp. 427-429 (notas al pie de página omitidas).

⁵ Laudo, Parte B, párrafos 1-23; 40 ILM 426 (2001), pp. 429-433.

⁶ Laudo, Parte C, párrafos 24-39; 40 ILM 426 (2001), pp. 433-435.

⁷ Laudo, Parte D, párrafos 40-55; 40 ILM 426 (2001), pp. 435-439.

⁸ Laudo, Parte E, párrafos 56-92; 40 ILM 426 (2001), pp. 439-446.

⁹ Laudo, Parte G, página 35; 40 ILM 426 (2001), p. 447. La Parte F. del Laudo párrafos 93-96, contiene la evaluación y determinación del Tribunal acerca de la asignación de las costas y honorarios vinculados al arbitraje: 40 ILM 426 (2001), pp. 446-447.

13. Antes de considerar las causales de anulación presentadas al Comité, es necesario dar cuenta con más detalle del razonamiento del Tribunal tanto acerca de la jurisdicción como acerca del fondo de la reclamación.

(1) Fundamentos del Tribunal en materia jurisdiccional

14. El punto central del razonamiento del Tribunal en apoyo a su decisión en materia jurisdiccional aparece en los párrafos 49 a 54 del Laudo. Reformulada brevemente, la decisión del Tribunal es la siguiente:

- (a) Las reclamaciones de las demandantes por las acciones del gobierno federal de la Argentina así como por aquellas cometidas por las autoridades provinciales de Tucumán están debidamente caracterizadas como reclamaciones derivadas del Tratado y no como reclamaciones resultantes del acuerdo de concesión.¹⁰
- (b) De acuerdo con el derecho internacional, los actos de los organismos tanto del gobierno central como de la autoridad provincial son atribuibles al Estado – en este caso, la República Argentina – con el consiguiente resultado de que la Argentina no puede basarse en su estructura federal para limitar las obligaciones que le caben en virtud de un tratado.¹¹
- (c) El Artículo 25 (3) del Convenio tiene por objeto permitir que una subdivisión o un organismo de un Estado esté sujeto a la jurisdicción del CIADI y sea parte en los casos planteados ante el CIADI, en su propio nombre, cuando así lo hubiesen consentido y el Estado Contratante en cuestión así lo hubiese aprobado. El Artículo 25 (3) no limita el alcance de las responsabilidades internacionales del Estado como tampoco califica la jurisdicción que un tribunal del CIADI tiene sobre dicho Estado. En este caso, no restringe en modo alguno la jurisdicción del Tribunal sobre la República Argentina en virtud del TBI como tampoco impide que la provincia de Tucumán sea parte en el arbitraje por derecho propio.¹²
- (d) De manera similar, la cláusula 16 (4) del acuerdo de concesión – que establece que «[a] los efectos de la interpretación y aplicación de este Contrato las partes se someten a la jurisdicción exclusiva de los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Tucumán» – no excluye, de hecho no podría excluir, la jurisdicción del Tribunal que el TBI dispone. Las reclamaciones de las demandantes «no caen bajo la jurisdicción de los Tri-

¹⁰ Laudo, párrafo 50; 40 ILM 426 (2001), p. 438.

¹¹ Laudo, párrafo 49; 40 ILM 426 (2001), p. 437.

¹² Laudo, párrafo 51; en el párrafo 52, el Tribunal apoya esta conclusión en los *travaux* del Artículo 25; 40 ILM 426 (2001), p. 438.

bunales en lo Contencioso Administrativo de Tucumán, tan sólo debido a que, *ex hypothesi*, dichas reclamaciones no se fundamentan en el Contrato de Concesión sino que alegan una causa de pedir bajo el TBI.»¹³

15. El Tribunal prosiguió argumentando que «[b]ajo este mismo análisis»¹⁴, iniciar procedimientos contra la provincia de Tucumán ante los tribunales en lo contencioso administrativo habría sido «el tipo de elección de las demandantes de acciones legales ante las jurisdicciones nacionales (es decir, tribunales) en contra de la República Argentina que hubiera constituido una ‘elección de vías’ bajo el Artículo 8 del TBI.»¹⁵

(2) Fundamentos del Tribunal sobre el fondo

16. Al considerar los fundamentos del Tribunal en cuanto al fondo, es necesario distinguir entre lo que el Tribunal calificó como, por una parte, reclamaciones «que se fundamentan directamente en supuestas acciones o en la falta de acción de la República Argentina»¹⁶ y, por otra parte, las reclamaciones relacionadas con la conducta de las autoridades de Tucumán que, sin embargo, son impulsadas contra la Argentina «sobre la base del principio de atribución».¹⁷ A

¹³ Laudo, párrafo 53; 40 ILM 426 (2001), pp. 438-439 (pie de página omitido). Esta conclusión se funda *inter alia* en la referencia a la decisión del tribunal CIADI en el caso *Lanco International Inc c. República Argentina* (decisión del 8 de diciembre de 1998), 40 ILM 457 (2001) [texto en inglés].

¹⁴ Haciendo referencia al análisis contenido en los párrafos 53-54 del Laudo (40 ILM 426 (2001), pp. 438-439) y resumido en el párrafo 14 (d) de esta decisión.

¹⁵ Laudo, párrafo 55; 40 ILM 426 (2001), p. 439. Específicamente, este pasaje no constituye parte de los fundamentos del Tribunal en materia de jurisdicción, sino que surge de su análisis de la situación jurisdiccional. Volveremos a tratarlo más adelante.

¹⁶ Laudo, párrafo 50; 40 ILM 426 (2001), p. 438.

¹⁷ Id. La terminología empleada por el Tribunal en este sentido no es completamente afortunada. Todas las reclamaciones internacionales en contra de un Estado se basan en la atribución, ya sea que la conducta en cuestión sea aquella de un gobierno central o de uno provincial o de otra subdivisión. Ver Artículos de la CDI acerca de la responsabilidad de los Estados por actos internacionalmente ilícitos, anexados a la Resolución 54/83 de la Asamblea General, 12 de diciembre de 2001 (en adelante, «Artículos de la CDI»), Artículos 2 (a), 4 y el comentario de la Comisión al Artículo 4, párrafos (8)-(10).

Cabe hacer una observación similar respecto de la referencia que posteriormente hace el Tribunal a una «norma de atribución de responsabilidad absoluta» (Laudo, párrafo 63; 40 ILM 426 (2001), p. 440). La atribución no guarda relación alguna

los fines de esta Decisión, estas dos categorías de reclamaciones serán denominadas, respectivamente, reclamaciones «federales» y reclamaciones de «Tucumán».

17. Si bien, tal como se mencionó anteriormente, el Tribunal expresamente «desestima las reclamaciones presentadas por las demandantes en contra de la República Argentina»,¹⁸ lo que el Tribunal verdaderamente hizo – y omitió hacer – es sumamente cuestionado por ambas partes. De hecho, ésta es precisamente la esencia de la controversia sobre la que debe decidir este Comité. De acuerdo con la Argentina, el Tribunal consideró cuidadosamente y, tal como lo expresa el propio Laudo, desestimó toda reclamación sobre el fondo planteada por las demandantes. De acuerdo con las demandantes, el Tribunal nunca consideró realmente el fondo de las reclamaciones en virtud del Tratado; y al pretender desestimar dichas reclamaciones sin efectivamente considerarlas dentro de la cuestión de fondo, el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades. Más aún, las demandantes sostienen que, aun cuando podría decirse que el Tribunal efectivamente consideró sus reclamaciones sobre el fondo, omitió expresar las razones de dicha desestimación. Existe, por tanto, una diferencia fundamental entre las partes en cuanto a la manera en que debe caracterizarse la decisión del Tribunal.

(a) Las reclamaciones federales

18. El Tribunal consideró lo que hemos denominado las reclamaciones «federales» de las demandantes – es decir, las reclamaciones surgidas de la supuesta conducta por parte de las autoridades federales, a diferencia de las autoridades provinciales, de la República Argentina – en los párrafos 83-90 y 92 del Laudo.

19. El Tribunal comenzó haciendo notar que en tan sólo una ocasión – en una carta fechada el 5 de marzo de 1996 – las demandantes presentaron una alegación directamente contra las autoridades federales por violación del Tratado.¹⁹ El Tribunal hizo notar que en ningún lugar de dicha carta de las demandantes se «solicita a funcionarios argentinos que tomen alguna acción en particular en relación con el Contrato de Concesión o las diferencias pendientes

con la norma de responsabilidad. La cuestión sobre si una responsabilidad del Estado es «absoluta» o se basa en la debida diligencia o en alguna otra norma es una cuestión diferente a aquella de la atribución (cf. Artículos de la CDI, Artículos 2, 12). Pareciera, sin embargo, que ninguna de estas cuestiones terminológicas afectaron el razonamiento del Tribunal y no es necesario decir más al respecto.

¹⁸ Laudo, Parte G, página 35; 40 ILM 426 (2001), p. 447.

¹⁹ Laudo, párrafo 83; 40 ILM 426 (2001), p. 444.

entre las demandantes y las autoridades de Tucumán»²⁰. De hecho, el Tribunal decidió que «[l]os autos no contienen prueba de que funcionarios argentinos hayan jamás dejado de tomar alguna acción específica que haya sido solicitada por las demandantes.»²¹

20. El Tribunal, no obstante, prosiguió a tratar con cierto nivel de detalle las reclamaciones federales. Investigó el grado de «medios jurídicos y políticos» que, de acuerdo con las demandantes, las autoridades federales debieron haber agotado para «proteger los derechos de las demandantes».²² Estos incluyeron el inicio de acciones legales en contra de Tucumán en un tribunal federal (párrafo 87), el uso de influencia financiera (párrafo 88) y política (párrafo 89) sobre la provincia y la notificación a Tucumán de que sus acciones constituían una violación del Tratado (para. 90).

21. Ejemplo de este debate es el tratamiento de una potencial acción legal por parte del Estado, en un tribunal federal, destinada «a obligar a Tucumán a que cumpliera con el TBI».²³ El Tribunal reconoció (pero declinó resolver) este tema debatido de derecho argentino en cuanto a si una acción de un tribunal federal procedía respecto de una provincia por violación de un tratado y observó que el recurso ante los tribunales de Tucumán estaba a disposición de las demandantes (o al menos de CAA), en virtud de los términos y condiciones del Contrato de Concesión. Luego, decidió de la siguiente manera:

Sobre la base de los hechos que se han presentado, el Tribunal resuelve que no hubo una acción de la provincia de Tucumán que, a falta de tal proceso judicial local [es decir, por la cláusula 16(4) del Contrato de Concesión], violó el TBI de manera tan evidente que hubiera requerido que el gobierno argentino iniciara un recurso legal en contra de la Provincia ante los tribunales argentinos, ni los demandantes especificaron jamás, en este sentido, acción alguna de ese tipo a la República Argentina.²⁴

22. La conclusión general del Tribunal respecto de las reclamaciones de las demandantes fue la siguiente:

En conclusión, el Tribunal resuelve que los autos en este procedimiento no ofrecen una base fáctica para dictaminar que la República Argentina faltó a

²⁰ Id.

²¹ Laudo, párrafo 84; 40 ILM 426 (2001), p. 444.

²² Laudo, párrafo 86; 40 ILM 426 (2001), p. 445.

²³ Laudo, párrafo 87; 40 ILM 426 (2001), p. 445.

²⁴ Id.

su deber de responder a la situación en Tucumán y a las solicitudes de las demandantes de conformidad con las obligaciones del gobierno argentino bajo el TBI.²⁵

(b) Las reclamaciones por actos de Tucumán

23. Las reclamaciones de las demandantes en relación con las supuestas acciones de Tucumán y de sus funcionarios se presentan en los párrafos 57-82 y 91 del Laudo.

24. Después de una discusión inicial sobre los argumentos esgrimidos por las partes en relación con la denominada «norma de responsabilidad absoluta de atribución» (párrafos 57-61), el Tribunal declaró que resolvería el caso, no respondiendo a cualquier cuestión general sobre si los artículos del Tratado «imponen una norma de responsabilidad absoluta sobre el gobierno central por las acciones de una subdivisión política», sino analizando «las alegaciones específicas en las cuales las demandantes fundamentan sus reclamaciones y su significado jurídico a la luz de las condiciones del Contrato de Concesión y del TBI».²⁶ Luego, procedió a analizar lo que las demandantes identificaron como «cuatro categorías de ‘actos de la Provincia atribuibles a [la demandada] que violaron los derechos de las demandantes bajo el TBI.’»²⁷

25. La primera categoría de las supuestas violaciones del Tratado por parte de Tucumán se relacionaba con «[a]ctos que derivaron en una caída de la tasa de recuperación».²⁸ Éstos incluían una decisión por parte del Ombudsman, de diciembre de 1996, que, según las demandantes, le negó a CGE «su derecho a cortar el servicio a clientes morosos», así como a ciertas decisiones de una autoridad regulatoria local, ERSACT, que, en opinión de las demandantes, «forzaron una reducción en la tarifa y por ello crearon incertidumbre respecto de cuáles facturas debían pagarse». En relación con todas estas decisiones, el Tribunal concluyó que «las demandantes nunca objetaron ante los tribunales de Tucumán ninguna de estas acciones de los organismos administrativos de Tucumán relativas a la puesta en ejercicio del Contrato de Concesión.»²⁹

²⁵ Laudo, párrafo 92; 40 ILM 426 (2001), p. 446.

²⁶ Laudo, párrafo 62; 40 ILM 426 (2001), p. 440. Así, tal como se mencionó más arriba (ver nota 17), la confusión inherente a la frase «norma de responsabilidad absoluta de atribución» no parece haber tenido efecto operativo en el Laudo.

²⁷ Laudo, párrafo 63; 40 ILM 426 (2001), p. 440.

²⁸ Laudo, párrafo 65-66; 40 ILM 426 (2001), p. 440-441.

²⁹ Laudo, párrafo 65; 40 ILM 426 (2001), p. 440.

26. El Tribunal también consideró, bajo la primera categoría de acciones impugnadas, las alegaciones de las demandantes sobre las declaraciones públicas hechas por parte de los legisladores provinciales y otros que alentaban a los clientes a no pagar sus cuentas de suministro de agua. El Tribunal señaló que tales alegaciones se refieren a una «cuestión de hecho altamente disputada, es decir, si las autoridades de Tucumán organizaron una campaña para el no pago de las facturas emitidas por las demandantes»; pero decidió que «[e]n todo caso, esta cuestión de no pago se relaciona con las justificaciones de no pago bajo el Contrato de Concesión», y al igual que con las decisiones administrativas ya mencionadas, concluyó que «las demandantes dejaron de objetar cualquiera de estos actos ante los tribunales de Tucumán».³⁰

27. La segunda categoría de las acciones de Tucumán que supuestamente importan una violación de los derechos de las demandantes en virtud del TBI se relaciona con «[a]ctos que unilateralmente redujeron las tarifas».³¹ Al respecto, el Tribunal sostuvo que estos actos abarcaban básicamente los mismos actos incluidos en la primera categoría y el Tribunal decidió que, al igual que con las acciones de la primera categoría, ellas «nunca se objetaron ante los tribunales de Tucumán».³²

28. Con respecto a la tercera categoría de supuestas violaciones del TBI por parte de Tucumán, que aludían a ciertos «[a]busos de la autoridad regulatoria»,³³ el Tribunal hizo notar una vez más que «CGE nunca objetó ante los tribunales de Tucumán la interpretación que dieron los organismos públicos de Tucumán a las disposiciones del Contrato de Concesión con injerencia en esta cuestión.»³⁴

29. La cuarta categoría de supuestas violaciones del Tratado por parte de Tucumán se refería a ciertos «[t]ratos en mala fe».³⁵ Se dieron una serie de

³⁰ Laudo, párrafo 66; 40 ILM 426 (2001), pp. 440-441.

³¹ Laudo, párrafo 67; 40 ILM 426 (2001), p. 441.

³² Id.

³³ Laudo, párrafos 68-69; 40 ILM 426 (2001), p. 441.

³⁴ Laudo, párrafo 68. En el párrafo 69, el Tribunal obvió una controversia fáctica sobre si «la intervención del ERSACT» fue una intervención administrativa legítima o si estuvo políticamente motivada, en perjuicio de las demandantes; haciendo notar una vez más que «las demandantes nunca intentaron objeción legal alguna ante los tribunales de Tucumán [respecto] de la intervención de ERSACT sobre la base de que dicha acción violaba los derechos de CGE bajo el contrato de concesión». Ver 40 ILM 426 (2001), p. 441

³⁵ Laudo, párrafos 70-76; 40 ILM 426 (2001), pp. 441-442.

ejemplos, incluidas acciones por parte del gobernador de la provincia destinadas a alterar unilateralmente «los términos del segundo acuerdo renegociado que fue sometido a la Legislatura de Tucumán» en el período marzo-agosto de 1997 (párrafos 70-71). Después de revisar brevemente las diferencias fácticas que las partes mantenían sobre este punto (párrafo 72), el Tribunal observó que este aspecto de la controversia se relacionaba exclusivamente con los esfuerzos de las partes para lograr un acuerdo negociado. Hizo hincapié en que, tal como lo reconocieron las mismas demandantes, Tucumán no estaba «legalmente obligada a modificar el Contrato de Concesión» (párrafo 73). Después de observar que la propia Argentina participó en los intentos por resolver el impasse, el Tribunal sostuvo que «en vista de la prueba presentada, el Tribunal no halla una base para determinar la responsabilidad de la República Argentina por las acciones de las autoridades de Tucumán».³⁶

30. Las demandantes presentaron tres alegaciones adicionales para fundamentar sus alegaciones de mala fe. Una se refería a ciertas multas impuestas sobre las demandantes como resultado de exámenes de agua realizados por Tucumán. La Argentina argumentó que las multas estaban permitidas por el Contrato de Concesión y alegó que las multas nunca se cobraron; las demandantes afirmaron que las multas estaban motivadas en razones políticas y tenían la intención de inducir la modificación del Contrato de Concesión, lo que implicaba un abuso de poder. Por su parte, el Tribunal concluyó que «[y]a que ninguna de las multas jamás se hicieron cumplir en contra de las demandantes, el Tribunal no puede fundamentar una determinación de tratos en mala fe sobre esta supuesta acción, particularmente cuando la controversia relativa a su justificación parece depender en parte significativa de una interpretación del Contrato de Concesión que las partes al mismo acordaron sería decidida por los tribunales de Tucumán».³⁷ De manera similar, en cuanto a los otros actos de Tucumán cometidos supuestamente en mala fe, el Tribunal decidió que «las partes difieren acerca del significado y aplicabilidad de las disposiciones pertinentes del Contrato de Concesión, como también de los hechos subyacentes».³⁸

³⁶ Laudo, párrafo 73; 40 ILM 426 (2001), p. 442. Esta conclusión se repite en el párrafo 82 del Laudo: 40 ILM 426 (2001), p. 444.

³⁷ Laudo, párrafo 74; 40 ILM 426 (2001), p. 442.

³⁸ Laudo, párrafo 75; 40 ILM 426 (2001), p. 442. El Tribunal también se refirió brevemente a la conducta de las partes posterior a la terminación, específicamente a las alegaciones de las demandantes de que se vieron obligadas a continuar prestando servicios bajo el contrato de concesión mientras las autoridades provinciales continuaban obstruyendo sus intentos de cobrar las tarifas a sus clientes (párrafo 76). El Tribunal solamente resumió los argumentos presentados por las partes sobre este punto.

31. Las conclusiones del Tribunal, extraídas de su análisis de estas «cuatro categorías» de acciones de Tucumán, aparecen resumidas en los párrafos 77-84 del Laudo.

32. El Tribunal comienza esta sección del Laudo con la afirmación de que «se hace aparente que todas las ... acciones de la Provincia de Tucumán sobre las cuales las demandantes se apoyan ... están estrechamente vinculadas al cumplimiento o incumplimiento de las partes bajo el Contrato de Concesión»,³⁹ y concluye, por consiguiente, que «todas las cuestiones que son relevantes al fundamento jurídico de estas reclamaciones en contra de la demandada surgieron de las diferencias entre las demandantes y Tucumán respecto de su cumplimiento o incumplimiento bajo el Contrato de Concesión».⁴⁰ Estos fundamentos conducen a la conclusión central y más abarcadora del Tribunal, que, tal como se expone más adelante en esta Decisión, toca el punto medular a ser decidido por este Comité en este procedimiento:

[E]l Tribunal dictamina que, debido a la conexión crucial en este caso entre los términos del Contrato de Concesión y estas supuestas violaciones del TBI, no se puede hallar responsable a la República Argentina al menos y hasta que las demandantes hayan, como lo requiere la cláusula 16.4 del Contrato de Concesión, hecho valer sus derechos en procedimientos ante los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de Tucumán y se hayan visto denegados sus derechos, ya sea procesal o substantivamente.⁴¹

33. Seguidamente, el Tribunal enumera una serie de fundamentos adicionales en apoyo de esta conclusión de carácter abarcador:

[D]ada la naturaleza de la controversia entre las demandantes y la Provincia de Tucumán, no le es posible a este Tribunal determinar cuáles acciones de la Provincia fueron tomadas en el ejercicio de su autoridad soberana y cuáles en el ejercicio de sus derechos como parte al Contrato de Concesión ... Para hacer tales determinaciones, el Tribunal tendría que emprender una interpretación y aplicación detallada del Contrato de Concesión, una tarea entregada por las partes de ese contrato a la exclusiva jurisdicción de los tribunales administrativos de Tucumán.⁴²

(...)

³⁹ Laudo, párrafo 77; 40 ILM 426 (2001), p. 443.

⁴⁰ Id.

⁴¹ Laudo, párrafo 78; 40 ILM 426 (2001), p. 443.

⁴² Laudo, párrafo 79; 40 ILM 426 (2001), p. 443.

No existen alegaciones ante este Tribunal que los tribunales de Tucumán no se encontraban disponibles para conocer de dichas reclamaciones o que carecieran de independencia o equidad para su adjudicación.⁴³

(...)

Debido a que el Tribunal ha determinado que, sobre la base de los hechos que se han presentado, las demandantes debieron primero haber objetado las acciones de las autoridades de Tucumán en sus tribunales administrativos, cualquiera reclamación en contra de la República Argentina puede surgir sólo si se les denegara a las demandantes acceso a los tribunales de Tucumán para intentar sus acciones bajo la cláusula 16.4 o si se tratara a las demandantes de manera injusta ante tales tribunales (denegación de justicia procesal) o si la sentencia de tales tribunales fuera materialmente injusta (denegación de justicia material) o se les denegara de otro modo los derechos garantizados a los inversores franceses bajo el TBI por la República Argentina.⁴⁴

(...)

El Tribunal hace hincapié en que esta decisión no impone un requisito de agotamiento de recursos bajo el TBI porque tal requisito sería incompatible con el Artículo 8 del TBI y con el Artículo 26 del Convenio del CIADI. (...)

En este caso, sin embargo, la obligación de recurrir a los tribunales locales se impone debido a los términos expresos de la cláusula 16.4 del [Contrato de Concesión] y a la imposibilidad, sobre la base de los hechos concretos del presente caso, de separar reclamaciones por eventuales violaciones de contrato de violaciones del TBI sin interpretar y aplicar el Contrato de Concesión, una tarea que el Contrato asigna expresamente a los tribunales locales.⁴⁵

34. Cabe señalar dos puntos más. El primero se relaciona con el Artículo 10 del TBI, sobre el que las demandantes se han basado para evitar el efecto aparentemente preclusivo de la cláusula 16 (4) del contrato de concesión. El Artículo 10 dispone que:

Las inversiones que hayan sido objeto de un acuerdo especial entre una de las Partes Contratantes y los inversores de la otra Parte Contratante se registrarán, sin perjuicio de las disposiciones del presente acuerdo, por los términos de ese acuerdo especial en la medida en que el mismo incluya disposiciones más favorables que las previstas en el presente acuerdo.

⁴³ Id.

⁴⁴ Laudo, párrafo 80; 40 ILM 426 (2001), p. 443.

⁴⁵ Laudo, párrafo 81; 40 ILM 426 (2001), p. 444.

35. En un pie de página, el Tribunal declaró:

El Artículo 10 protege derechos otorgados a un inversor bajo un acuerdo especial si dichos derechos son más favorables al inversor que aquellos otorgados bajo el TBI. La pregunta aquí no es si uno u otro es más favorable, pero si el Tribunal está en posición, conforme a los hechos en este caso, de separar las cuestiones de violación del contrato de las violaciones del TBI, considerando que las partes en el Contrato de Concesión acordaron un recurso exclusivo ante los tribunales de Tucumán para la determinación de una diferencia sobre las cuestiones contractuales en disputa que no están regidas por el TBI.⁴⁶

36. El segundo punto se refiere a la explicación ofrecida por el Tribunal respecto de las razones por las cuales, en su opinión, el Artículo 8 (2) del TBI conocido como la cláusula sobre «elección de vías» no se aplica a las demandantes en las circunstancias de este caso. El Artículo 8 (2) dispone en parte pertinente que «[u]na vez que un inversor 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». En la opinión del Tribunal, el recurso de las demandantes ante los tribunales en lo contencioso administrativo de Tucumán no les habría impedido llevar sus reclamaciones ante un tribunal del CIADI, de conformidad con lo que establece el TBI, es decir, no habría sido equivalente a una elección definitiva «de uno u otro de esos procedimientos» bajo el Artículo 8 (2). El Tribunal aludió a esta cuestión en dos oportunidades, en los párrafos 55 y 81 del Laudo.

37. En el párrafo 55, el Tribunal expresó esta conclusión con las palabras introductorias «[b]ajo este mismo análisis». El análisis en cuestión se encuentra efectivamente en los párrafos 53 y 54 (incluida la nota al pie 19), donde, tras analizar la decisión adoptada en el caso *Lanco*, el Tribunal expresó lo siguiente:

53. (...) En este caso, las reclamaciones planteadas por CGE en contra de la demandada se fundamentan en la violación por la República Argentina del TBI ... Del modo en que están formuladas, estas reclamaciones contra la República Argentina no caen bajo la jurisdicción de los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de Tucumán, tan sólo debido a que, *ex hypothesi*, dichas reclamaciones no se fundamentan en el Contrato de Concesión sino que alegan una causa de pedir bajo el TBI.

54. De este modo, no se puede considerar que la cláusula 16.4 del Contrato de Concesión impide que el inversor proceda bajo el Convenio del CIADI en contra de la República Argentina con una reclamación que le imputa a la República Argentina una violación del TBI Argentina-Francia.

⁴⁶ Laudo, párrafo 78, nota 20; 40 ILM 426 (2001), p. 449.

55. *Bajo este mismo análisis*, una demanda por las demandantes en contra de Tucumán en los tribunales administrativos de Tucumán por violación de los términos del Contrato de Concesión no le hubiera cerrado el camino a las demandantes de intentar en seguida un recurso en contra de la República Argentina del modo previsto en el TBI y en el Convenio del CIADI. ...⁴⁷

38. Tal como claramente lo demuestran estos fragmentos, el Tribunal interpretó el Artículo 8 (2) de modo tal que se aplica sólo a las reclamaciones por violación del tratado, y no a lo que se consideró reclamaciones de carácter puramente contractual o de otro tipo dentro de la jurisdicción de los tribunales administrativos de Tucumán, aun cuando dichas reclamaciones se superpusieran con las reclamaciones por violación del Tratado. En otras palabras, en opinión del Tribunal, la elección de vías que establece el Artículo 8 (2) se limita en su aplicación a las reclamaciones que explícitamente «alegan una causa de pedir bajo el TBI» o que «[imputan] a la República Argentina una violación del TBI Argentina-Francia»; no se aplica en circunstancias en que existen reclamaciones «basadas en el Contrato de Concesión» ni a «una demanda por parte de las demandantes ... por violación de los términos del Contrato de Concesión».

39. El que esta sea la interpretación correcta de la conclusión del Tribunal respecto del Artículo 8 (2) se ve reforzado por la discusión presentada en la nota al pie 19, correspondiente al párrafo 53 del Laudo, en la que el Tribunal rechaza explícitamente el argumento de la demandada de que los tribunales de Tucumán hubiesen tenido jurisdicción respecto «a la reclamación en contra de la República Argentina basada en el TBI». Expuso, para ello, dos razones: en primer lugar, «la República Argentina podría haber tenido una conducta u omitido actuar en violación a sus obligaciones conforme al TBI aun cuando Tucumán no hubiese violado el Contrato de Concesión» y, en segundo lugar, «los tribunales de Tucumán no tienen jurisdicción respecto a dicho litigio [en contra de la República Argentina] a falta de consentimiento de la demandada». El supuesto subyacente de estas razones es, una vez más, que una reclamación ante los tribunales de Tucumán de conformidad con el Artículo 8 (2) estaría «basada en el TBI».

40. El Tribunal retomó el tema en el párrafo 81 del Laudo:

Por esa razón el Tribunal rechaza la posición de las demandantes de que no tenían obligación de intentar recursos internos en contra de la provincia o que, en el evento de una denegación de justicia de [sic] derechos bajo el TBI, cualquier acción legal de ese tipo ante los tribunales de Tucumán hubiera implicado

⁴⁷ 40 ILM 426 (2001), pp. 438-439 (énfasis añadido, sin nota al pie).

la renuncia de su derecho de recurrir al arbitraje en contra de la República Argentina ante el CIADI bajo el TBI.⁴⁸

41. La explicación brindada por el Tribunal sobre su decisión de rechazar la posición de las demandantes es la «imposibilidad, sobre la base de los hechos concretos del presente caso, de separar reclamaciones por eventuales violaciones de contrato de violaciones del TBI sin interpretar y aplicar el Contrato de Concesión, una tarea que el contrato asigna expresamente a los tribunales locales». Al parecer el Tribunal consideró que, en razón de que no podían separarse las reclamaciones contractuales de las reclamaciones relativas al Tratado planteadas por las demandantes, una reclamación diferenciada «basada en el TBI» era imposible en las circunstancias del caso, al menos antes de someter la controversia a los tribunales provinciales.

42. Por consiguiente, parece que la conclusión del Tribunal respecto de que nunca se llegó a la elección de vías en este caso se basa en una interpretación del Artículo 8 (2) que limita su aplicación exclusivamente a las reclamaciones que alegan una violación del TBI, es decir, reclamaciones por el Tratado como tales.

43. El Tribunal volvió a considerar las reclamaciones de Tucumán en el párrafo 91 del Laudo, en el que trata las alegaciones de las demandantes sobre las «acciones hostiles y concertadas por parte de los funcionarios legislativos y ejecutivos». En este respecto, el Tribunal simplemente dijo:

Además de señalar que los legisladores en cuyas acciones se apoyan las demandantes eran opositores del partido de gobierno en Tucumán a la época en que surgieron las diferencias bajo el Contrato de Concesión, la demandada presentó una refutación punto por punto de los demás elementos de prueba en los que se apoyan las demandantes para estas alegaciones. Luego de haber revisado cuidadosamente los escritos y el testimonio extensivos, el Tribunal resuelve que los autos en este procedimiento, en lo que se refiere a estas alegaciones, no establecen una base fáctica para atribuir responsabilidad a la República Argentina bajo el TBI por las supuestas acciones de los funcionarios de Tucumán.⁴⁹

C. EL ANÁLISIS DEL COMITÉ

44. Antes de proceder a analizar más detalladamente los razonamientos del Tribunal con miras a evaluar la validez de los fundamentos de la anulación esgrimidos por las partes, es necesario hacer un comentario sobre el Acuerdo

⁴⁸ Id., p. 444.

⁴⁹ Id., p. 446.

entre Francia y la Argentina del 3 de julio de 1991 y sobre el papel de las listas de anulación así como sobre el alcance de sus facultades.

(1) Cláusulas pertinentes del TBI Francia-Argentina

45. El Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República de Francia para la protección y promoción recíproca de las inversiones fue suscripto por Francia y la Argentina en París el 3 de julio de 1991 y entró en vigencia el día 3 de marzo de 1993.⁵⁰ Dicho convenio trata, *inter alia*, sobre los siguientes temas que resultan pertinentes a los efectos del presente procedimiento.

(a) Definición de «inversores» e «inversiones»

46. El Artículo 1 (1) contiene una definición amplia del término «inversiones», que incluye «las acciones, primas de emisión y otras formas de participación, aun minoritarias o indirectas, en las sociedades constituidas en el territorio de una de las partes contratantes», que son invertidas de conformidad con la legislación de la parte contratante con anterioridad o posterioridad a la entrada en vigor del TBI.⁵¹

47. El término «inversores» se encuentra definido en el Artículo 1 (2). Se establece que el término se aplica a (a) personas físicas; (b) personas jurídicas, que tengan la nacionalidad de una de las partes, y también

(c) Las personas jurídicas efectivamente controladas directa o indirectamente por los nacionales de una de las partes contratantes o por personas jurídicas que tengan su sede social en el territorio de una de las partes contratantes y constituidas de conformidad a la legislación de la misma.⁵²

48. Al momento de firmarse el Contrato de Concesión y de efectuarse la inversión original, la participación accionaria en CAA estaba dividida entre CGE, una compañía española, Dragados y Construcciones Argentina S.A. (Dycasa), y una compañía argentina, Benito Roggio e Hijos S.A. (Roggio), ninguna de las cuales tenía una participación accionaria de control en CAA. Al momento de escribirse la carta de fecha 5 de marzo de 1996, Dycasa mantenía su participación en CAA, por lo cual dicha carta se refería no sólo al TBI entre Argentina y Francia sino también al TBI entre España y Argentina. Con posterioridad, en junio de 1996, CGE adquirió la participación de Dycasa y por tanto tuvo control

⁵⁰ *Supra*, nota 3.

⁵¹ TBI, Artículo 1(1)(b).

⁵² TBI, Artículo 1(2)(c).

efectivo de CAA dentro del alcance del Artículo 1 (2) (c) del TBI entre Argentina y Francia al momento en que se inició el procedimiento de arbitraje.

49. No obstante estos hechos (acerca de los cuales parece no haber controversia entre las partes) el Tribunal dictaminó, en una nota a pie de página, que «CAA deberá ser considerada como un inversor francés desde la entrada en vigencia del Contrato de Concesión»⁵³. La demandada alega que esta determinación no se fundamentó con motivo alguno y que de hecho se contradecía con pruebas no objetadas ante el Tribunal. Según la demandada, CGE no era el accionista de control al momento que ocurrieron la mayoría de las supuestas violaciones al Acuerdo, y CAA por consiguiente no era en ese momento un «inversor» para los efectos del TBI.

50. Rasgo en común con otros TBI, el Artículo 1 claramente distingue entre accionistas extranjeros en compañías locales y dichas compañías mismas. Mientras que la participación accionaria extranjera es por definición una «inversión» y su titular un «inversor», las compañías locales sólo caen dentro del alcance del Artículo 1 si son «efectivamente controladas directa o indirectamente por los nacionales de una de las Partes Contratantes» o por personas jurídicas constituidas bajo sus leyes. De conformidad con estas disposiciones, que determinan el ámbito de operación del TBI, bien podrían surgir cuestiones cuando ha habido una transferencia de control de una compañía local de un accionista de una nacionalidad a un accionista de otra nacionalidad. Por ejemplo, si Dycasa tenía una reclamación por incumplimiento de un tratado español con anterioridad a la transferencia, podrían surgir cuestiones acerca de cómo dicha reclamación podría ser posteriormente transferida a una compañía francesa, o acerca de cómo CGE pudo haber adquirido una reclamación por incumplimiento de un tratado francés con respecto a la conducta relativa a una inversión que no tenía al momento en que se produjo tal conducta y que, en esa fecha, no tenía nacionalidad francesa. Cuanto menos, tales cuestiones podrían afectar la cuantía a recuperarse, pero pueden tener consecuencias jurídicas mayores y aún más básicas. Pero mientras que se puede argumentar que el Tribunal omitió expresar motivo alguno para su determinación que «CAA deberá ser considerada como un inversor francés desde la entrada en vigencia del Contrato de Concesión», esa determinación no fueron tomadas en cuenta en el razonamiento del Tribunal o para su desestimación de la reclamación. Más aún no puede argumentarse que CGE no tenía una «inversión» en CAA desde la fecha de la celebración del Contrato de Concesión, o que no era un «inversor» con respecto a su propia participación accionaria, aunque tuviera o no control de CAA en su conjunto. Cualquiera que haya sido la extensión de su inversión, le asistía el derecho en todo momento relevante de invocar el Acuer-

⁵³ Laudo, párrafo 24, nota 6; 40 ILM 426 (2001), pp. 447-448.

do con respecto a conducta que supuestamente incumplía los Artículos 3 o 5. También resulta claro que CGE controlaba CAA al momento de iniciarse el procedimiento, de modo que no había cuestión de que el Tribunal carecía de jurisdicción respecto de CAA como una de las demandantes en el arbitraje. En las circunstancias, y para los efectos del presente procedimiento, el Comité no necesita llegar a conclusión alguna acerca del alcance preciso de los derechos de CAA y CGE bajo el tratado en distintas épocas.

(b) Recursos locales y su relación con el arbitraje bajo el TBI

51. El papel y el efecto, si lo hubiere, de los recursos locales a disposición del inversor, de conformidad con el Acuerdo entre Francia y la Argentina, son abordados en el Artículo 8 del TBI, que es de importancia crucial en el presente caso así como en ciertos artículos del Convenio del CIADI, especialmente el Artículo 26.

52. De conformidad con el Artículo 26 del Convenio, el consentimiento al procedimiento de arbitraje del CIADI equivale al consentimiento a la «exclusión de cualquier otro recurso». Un Estado Contratante podrá condicionar su consentimiento al procedimiento de arbitraje exigiendo «el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales». La Argentina no impuso dicho condicionamiento cuando aceptó el Artículo 8 del Acuerdo de 1991. En consecuencia es un punto de común acuerdo (y el Tribunal así dictaminó) que la regla del agotamiento de recursos internos no se aplica a reclamaciones bajo el TBI.

53. El Artículo 8 (2) del TBI otorga expresamente a los inversores la alternativa de que:

1. Toda controversia relativa a las inversiones, en el sentido del presente acuerdo, entre una Parte Contratante y un inversor 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 inversor;
 - O bien a las jurisdicciones nacionales de la Parte Contratante implicada en la controversia;
 - O bien al arbitraje internacional en las condiciones descritas en el párrafo 3.

Una vez que un inversor 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 inversor;

- Al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.), creado por el convenio sobre arreglo de diferencias relativas a las inversiones entre 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 acuerdo 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 C.I.A.D.I.;
 - 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 (C.N.U.D.M.I.).
4. El órgano arbitral decidirá en base a las disposiciones del presente acuerdo, 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.

54. Es posible hacer dos observaciones iniciales acerca de estas cláusulas. En primer lugar, es absolutamente evidente que el término «jurisdicciones nacionales», tal como se lo utiliza en el Artículo 8 (2) («juridictions nationales»/ «jurisdicciones nacionales» en los textos originales en francés y español y «domestic courts» en la traducción al inglés de la UNTS), se refiere a todas las cortes y los tribunales de las partes contratantes y no sólo a aquellas de jurisdicción federal. En un tratado entre un estado unitario y un estado federal, como lo son Francia y la Argentina, respectivamente, no debe esperarse ninguna disparidad en la aplicación de una frase como «jurisdicciones nacionales»: todas las cortes y los tribunales de Francia son nacionales y, en el mismo sentido y a los propósitos del Acuerdo, lo son todas las cortes y los tribunales de la Argentina. El contraste, tal como lo explicita el Artículo 8 (2), está dado entre los términos «internacional» y «nacional», no entre «nacional» y «provincial». En consecuencia, no hay ninguna disparidad entre las frases «jurisdicciones nacionales [es decir, tribunales]» y «jurisdicciones [tribunales] de la parte contratante» en los dos párrafos del Artículo 8 (2). En consecuencia, los tribunales en lo contencioso administrativo de Tucumán deben ser considerados dentro del alcance del Artículo 8 (2).⁵⁴

⁵⁴ Si bien la asesoría letrada de la demandada sostuvo el argumento contrario ante el Comité, éste no parece haber sido el fundamento en que se basó el Tribunal para su decisión sobre el Artículo 8 (2). Ver los párrafos 35-41 precedentes, en los que el Comité presenta un resumen de cuál ha sido su interpretación del razonamiento del Tribunal sobre este punto.

55. En segundo lugar, el Artículo 8 se refiere, en términos generales, a diferencias «relativas a inversiones en el sentido del presente acuerdo, entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante». Son aquellas diferencias las que pueden ser sometidas, a la opción del inversor, para su adjudicación ya sea nacional o internacional. El Artículo 8 no utiliza una formulación más estrecha en el sentido de exigir que la reclamación del inversor alegue un incumplimiento del TBI mismo. Leído literalmente, los requisitos de jurisdicción arbitral del Artículo 8 no precisan que la demandante alegue un incumplimiento del TBI mismo: es suficiente que la diferencia guarde relación con una inversión efectuada bajo el TBI. Esto se puede contrastar, por ejemplo, con el Artículo 11 del TBI, que se refiere a una diferencia «relativa a la interpretación o aplicación del presente Acuerdo», o con el Artículo 1116 del TLCAN, que dispone que un inversor podrá someter a arbitraje bajo el Capítulo Once «una reclamación en el sentido de que otra Parte ha violado una obligación establecida» en disposiciones específicas de dicho Capítulo. En consecuencia, si el procedimiento nacional involucra «una diferencia relativa a inversiones», tal como se interpreta en el TBI, entonces se aplica el Artículo 8 (2).⁵⁵ En la opinión del Comité, una reclamación por parte de CAA contra la Provincia de Tucumán por incumplimiento del Contrato de concesión ante los tribunales en lo contencioso administrativo de Tucumán estaría *prima facie* dentro del alcance del Artículo 8 (2) y constituiría una elección de fuero y jurisdicción «de carácter definitivo», siempre y cuando se constate que dicha reclamación fuera idéntica en su extensión a una diferencia relativa a inversiones efectuadas bajo el TBI.

(c) El alcance y la aplicación de las cláusulas sustantivas del TBI

56. El pleito de las demandantes ante el Tribunal se basó en los Artículo 3 y 5 del Tratado, los que tratan, respectivamente, del «tratamiento justo y equitativo, conforme a los principios de derecho internacional» y de «medidas de expropiación ... o cualquier otra medida equivalente».

57. El Artículo 3 dispone que:

Cada una de las Partes Contratantes se compromete a otorgar, en su territorio y en su zona marítima, un tratamiento justo y equitativo, conforme a los principios de derecho internacional, a las inversiones efectuadas por los inversores de la otra Parte y a hacerlo de manera tal que el ejercicio del derecho así reconocido no sea de hecho ni de derecho obstaculizado.

58. El Artículo 5 dispone que:

⁵⁵ Cf. *Waste Management, Inc. c. Mexico (No. 1)*, (2000) 40 ILM 56 en 68 (párrafo 28) [texto en inglés; el texto en español aparece en el sitio internet del Centro].

1. Las inversiones efectuadas por inversores de una u otra de las Partes contratantes gozarán, en el territorio y en la zona marítima de la otra Parte Contratante de protección y plena seguridad en aplicación del principio del tratamiento justo y equitativo mencionado en el art. 3º del presente acuerdo.
2. Las Partes Contratantes se abstendrán de adoptar, de manera directa o indirecta, medidas de expropiación o de nacionalización o cualquier otra medida equivalente que tenga un efecto similar de desposesión, salvo por causa de utilidad pública y con la condición que estas medidas no sean discriminatorias ni contrarias a un compromiso particular.

Las medidas mencionadas que podrían ser adoptadas deberán dar lugar al pago de una compensación pronta y adecuada, cuyo monto calculado sobre el valor real de las inversiones afectadas deberá ser evaluado con relación a una situación económica normal y anterior a cualquier amenaza de desposesión.

Esta compensación, su monto y sus modalidades de pago serán fijados a más tardar a la fecha de la desposesión. Esta compensación será efectivamente realizable, pagada sin demora y libremente transferible. Y producirá intereses calculados a una tasa apropiada hasta la fecha de su pago.

3. Los inversores de una Parte Contratante cuyas inversiones hubiesen sufrido pérdidas a causa de una guerra o de cualquier otro conflicto armado, revolución, estado de emergencia nacional o rebelión ocurrido en el territorio o en la zona marítima de la otra Parte Contratante, recibirán de esta última un tratamiento de no menos favorable que el acordado a sus propios inversores o a los de la Nación más favorecida.

59. Ambos estos Artículos se refieren a una norma de derecho internacional, expresamente o por medio de una implicación clara. La protección otorgada bajo ambos Artículos se extiende a «las inversiones efectuadas por los inversores».

60. Nuevamente es evidente que una diferencia particular relativa a inversiones puede a un mismo tiempo implicar cuestiones de interpretación y aplicación de las normas del TBI y cuestiones contractuales. El Artículo 8 (4), al expresamente facultar al Tribunal para basar su dictamen sobre las disposiciones del Acuerdo como también sobre los términos de cualesquier acuerdos particulares concluidos en materia de la inversión, claramente reconoce dicha posibilidad. Así también lo hace el Artículo 8 (2), el que contempla que una misma diferencia puede ser sometida ya sea a los tribunales internos del Estado Contratante (a ser resuelta de conformidad con el derecho interno de dicho Estado), ya sea al arbitraje internacional (a ser resuelta de conformidad con el derecho aplicable identificado en el Artículo 8 (4)).

(2) El papel de la anulación según el Convenio del CIADI

61. Es contra este trasfondo que el Comité tiene que considerar las causales de anulación que se invocan ante el mismo. Ante de hacer esto, sin embargo, son necesarias algunas breves observaciones acerca del papel de la anulación en el sistema del CIADI.

62. Si bien el papel adecuado que desempeña una comisión de anulación dentro del sistema del CIADI no carece de significación y debe necesariamente incluir la tarea de informar acerca de su análisis y las conclusiones a las que arriba, es relativamente poco lo que necesita decirse al respecto en razón de que las discrepancias entre las partes son, al parecer, pequeñas. Las demandantes y la demandada concuerdan en que un comité *ad hoc* no es un tribunal de apelaciones y que su competencia se extiende sólo a la anulación sobre la base de una u otra de las causales expresamente mencionadas en el Artículo 52 del Convenio del CIADI. También parece estar establecido que no existe ninguna presunción ya sea a favor o en contra de la anulación,⁵⁶ punto éste que ha sido reconocido tanto por las demandantes como por la demandada.

63. No cabe duda de que el Comité debe tener sumo cuidado para garantizar que el razonamiento de un tribunal de arbitraje haya sido claramente comprendido, y no deben efectuarse anulaciones por una causa trivial. Pero «la extralimitación manifiesta en el ejercicio de las facultades» o «el quebrantamiento grave de una norma de procedimiento fundamental» por parte de un tribunal —ambos causales de anulación conforme al Artículo 52 del Convenio y alegados por las demandantes en este procedimiento— no son, por definición, asuntos triviales.

64. Una fuente de preocupación de mayor envergadura es el fundamento de la omisión de «expresar los motivos», ya que no está calificada con un adjetivo como «manifiesta» o «seria». Sin embargo, se acepta tanto en los casos como en la literatura que el Artículo 52 (1) (e) se refiere a la omisión de expresar motivo *alguno* respecto de todo o parte de un laudo, no a la falta de expresión de razones correctas o convincentes⁵⁷. Cabe reiterar que un comité *ad hoc* no es un tribunal de apelaciones. Siempre y cuando las razones que dé un tribunal puedan ser comprendidas y se relacionen con las cuestiones tratadas ante el tribunal, la exactitud de las mismas no es pertinente. Más aún, los motivos pueden manifestarse en forma sucinta o con todo detalle, y las diferentes

⁵⁶ Cf. *MINE c. Guinea*, Decisión sobre anulación de fecha 22 de diciembre de 1989, (1989) 4 ICSID Rep 79, en la página 86; ver también C. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge, Cambridge University Press, 2001) (en adelante, «Commentary»), páginas 902-903.

⁵⁷ Ver Schreuer, *Commentary*, pp. 984-1008.

tradiciones judiciales difieren en su manera de expresar las razones. Debe permitirse a los tribunales cierta discrecionalidad en cuanto al modo en que expresan sus razones.

65. En la opinión del Comité, la anulación conforme al Artículo 52 (1) (e) sólo debe ocurrir en un caso muy manifiesto. En opinión del Comité, es necesario que se satisfagan dos requisitos: en primer término, que la omisión de expresar los motivos en que se fundó el Laudo debe suponer que la decisión sobre una cuestión en particular carece de cualquier justificación expresa y, en segundo término, que esa cuestión debe ser en sí misma necesaria para la decisión del tribunal. Suele decirse que las razones contradictorias se cancelan recíprocamente, y así debe suceder si son genuinamente contradictorias. Pero en ocasiones los tribunales deben compensar consideraciones conflictivas una con otras, y un comité *ad hoc* debe tener mucho cuidado en no discernir que hay una contradicción cuando lo que en efecto se expresa en los fundamentos de un tribunal, según podría decirse con mayor exactitud, no es sino el reflejo de tales consideraciones conflictivas.

66. Por último, parece estar establecido que un comité *ad hoc* tiene una cierta medida de discreción en cuanto a si anula un laudo, aún cuando halle que existe un error anulable. El Artículo 52 (3) dispone que un Comité «tendrá facultad para resolver sobre la anulación total o parcial del laudo», y esto a sido interpretado en el sentido de otorgar a los Comités alguna flexibilidad en determinar si la anulación es apropiada en las circunstancias⁵⁸. Entre otros factores será necesario que un comité *ad hoc* considere cuán significativo es el error en relación a los derechos legales de las partes. Este asunto, tal como se aplica en las circunstancias del presente caso, se aborda a continuación.

67. Otra cuestión, que se debatió entre las partes en este caso, es si un comité *ad hoc* se encuentra limitado a las causales de anulación invocadas por la parte recurrente, o si la parte recurrida puede a su vez plantear causales adicionales de anulación. Las demandantes, en su solicitud, declaran que sólo pretenden una anulación *parcial* del Laudo fundada en tres motivos: (1) que el Tribunal manifiestamente se excedió en sus facultades; (2) que ha habido quebrantamiento grave de una norma de procedimiento fundamental, y (3) que en el Laudo no se consignaron los motivos sobre los que estaba fundamentado.⁵⁹ La demandada no sólo rechaza cada uno de estos tres puntos, sino que argumenta más aun que, si cualquiera de ellos fuere aceptado, debería anularse el Laudo *en su totalidad*, sobre la base de que el Tribunal carecía absoluta-

⁵⁸ Ver Schreuer, *Commentary*, pp. 1018-1023, con referencias a fuentes autoritarias, especialmente *MINE* en los párrafos 4.09-4.10.

⁵⁹ Solicitud de anulación, párrafo 3; ver también el párrafo 2 de la presente decisión.

mente de jurisdicción, o bien con el fundamento de que en el razonamiento del Tribunal existió una contradicción fundamental entre la parte que trataba sobre la jurisdicción y aquella que se refería a la cuestión de fondo. A modo de respuesta, en sus presentaciones por escrito, las demandantes argumentan que lo que denominan la «demanda reconvenicional» de la demandada para la anulación del Laudo en su totalidad, es inadmisibles, en razón de ser extemporánea y que el Artículo 52 no prevé de modo alguno las demandas reconvenionales.

68. El Comité concuerda con la demandantes que una reconvenición de anulación, esto es, una petición que no se plantee por la parte implicada como una solicitud independiente de conformidad con el Artículo 52 (1) del Convenio, no es admisible. Pero no se desprende de ello que una parte, como lo es la demandada en el presente caso, no pueda presentar sus propios argumentos sobre cuestiones de anulación, siempre y cuando dichos argumentos sean relativos a las materias específicas argumentadas por la parte que solicita la anulación, en este caso las demandantes. En opinión del Comité, ninguna parte involucrada en el procedimiento de anulación puede limitar los alcances sobre los que un comité puede expedirse respecto de la anulación de un Laudo impugnado, si alega y sostiene las causales de anulación dispuestas en el Artículo 52 (1). Algunas causas de anulación necesariamente afectarán el Laudo en su totalidad (por ejemplo, si el tribunal que dictó el Laudo se hubiera constituido incorrectamente (Artículo 52 (1) (a))). Otras pueden afectar sólo parte del Laudo. Un comité *ad hoc* está expresamente autorizado a resolver sobre «la anulación total o parcial» de un laudo (Artículo 52 (3)).

69. Por lo tanto, probadas que sean las razones de la anulación, corresponde al Comité y no a las demandantes determinar los alcances de la nulidad. En cuanto a dicha decisión, el Comité no está obligada por la caracterización realizada por las demandantes en ese aspecto, ya sea en la petición original o en otro documento, a decidir sobre la anulación «total» o «parcial» del Laudo. Esto se refleja en la diferencia de redacción entre los Artículos 52 (1) y (3), y está respaldado por los *travaux*. De hecho, las demandantes finalmente aceptaron esta perspectiva.

70. Al buscar la alternativa de la anulación de la parte jurisdiccional del Laudo, la demandada no estaba presentando una solicitud tardía de anulación mediante una demanda reconvenicional, procedimiento no contemplado en el Artículo 52 del Convenio del CIADI, tal como correctamente afirmaron las demandantes. En cambio, argumentaba que si fuera aceptada la posición de las demandantes sobre el fondo, ya sea según el Artículo 52 (1) (b) o (c), el efecto sería necesariamente la anulación total del Laudo. Esta posición era absolutamente clara para la demandada. No importaba una reconvenición inadmisibles en busca de una anulación fundada en nuevas causas.

(3) Los fundamentos de la anulación

71. El Comité se aboca por consiguiente a tratar los fundamentos para la anulación propiamente dichos. Dado que, tal como se explicó anteriormente, los fundamentos legítimamente alegados por la demandada implican la decisión del Tribunal en materia jurisdiccional, es pertinente considerar en primer lugar la cuestión de la jurisdicción del Tribunal.

(a) La decisión del Tribunal en materia de jurisdicción

72. El Comité ya ha resumido los fundamentos sobre los cuales el Tribunal sostuvo su jurisdicción. El Tribunal dio amplias razones para ello en su Laudo, y tales razones no son contradictorias en sí mismas.⁶⁰ Es verdad que la demandada argumentó, en cambio, que existía una contradicción entre esas razones y las expresadas por el Tribunal en cuanto al fondo. Pero la Argentina también alegó que el Tribunal carecía de toda jurisdicción. Si esto es correcto, el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades al proceder a considerar el fondo, y debería anularse el Laudo en su totalidad. En consecuencia, la omisión de expresar los motivos en que se fundó el Laudo, incluidas las posibles contradicciones, no atañe a la determinación del Tribunal en materia jurisdiccional.

73. Por su parte, sin embargo, el Comité no tiene reparos en aceptar ninguna de las cuatro proposiciones resumidas en el párrafo 14 de este documento, las que llevaron al Tribunal a sostener su jurisdicción y luego expresar que su jurisdicción se extendía a las reclamaciones por actos de Tucumán.

74. En particular el Comité concuerda con el Tribunal en su caracterización de la presente diferencia como una «relativa a las inversiones, en el sentido del presente acuerdo» tal como se dispone en el Artículo 8 del TBI. Aún cuando fuera necesario, para los efectos de fundamentar la jurisdicción del Tribunal, que la diferencia se caracterice no sólo como una relativa a una inversión sino como una relativa al trato de una inversión de conformidad con las normas establecidas bajo el TBI, en este caso (tal como hizo notar el Tribunal) las demandantes invocaron las disposiciones sustantivas del TBI.

75. El Comité igualmente acepta que el hecho que la inversión guarde relación con el Contrato de Concesión celebrado con Tucumán, una provincia de Argentina que no ha sido designada por separado al Centro bajo el Artículo 25 (1), no significa que la diferencia caiga fuera del alcance del TBI, o que la inversión deje de ser una «entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante» en el sentido del Artículo 8 (1) del TBI.

⁶⁰ Con la posible excepción del asunto relativo a las acciones de Dycasa, comentado en el párrafo 48, *supra*.

76. Siendo esto así, el hecho que el Contrato de Concesión remitía las diferencias contractuales a los tribunales en lo contencioso-administrativo de Tucumán no afectaba la jurisdicción del Tribunal con respecto a una reclamación basada en las disposiciones del TBI. La cláusula 16 (4) del Contrato de Concesión no pretendía expresamente excluir la jurisdicción de un tribunal internacional que derivada del Artículo 8 (2) del TBI, y cuando muy menos, una indicación clara de excluir dicha jurisdicción sería necesaria.

77. La decisión *Lanco*, citada por el Tribunal, apoya su determinación en cuanto a jurisdicción⁶¹. En ese caso el contrato era con una agencia federal de Argentina y una cláusula de jurisdicción exclusiva refería diferencias contractuales a un tribunal federal en lo contencioso-administrativo. El Tribunal en *Lanco* dictaminó:

la estipulación del Artículo 12 del Contrato de Concesión, según la cual las partes se someterán a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo Federal de la Ciudad de Buenos Aires. Las Partes podían haber previsto la sumisión a un arbitraje doméstico o internacional, pero la elección de los tribunales sólo podía abocar a la jurisdicción de los tribunales de lo contencioso administrativo, ya que la jurisdicción administrativa no puede prorrogarse.⁶²

78. Pero en todo caso el Tribunal en *Lanco* denegó que una cláusula de jurisdicción exclusiva pueda excluir la jurisdicción del CIADI, apoyándose en particular en el Artículo 26 del Convenio del CIADI. El Tribunal dijo:

§39 Un Estado puede exigir el agotamiento de los recursos internos como condición previa a su consentimiento al arbitraje CIADI. Esta exigencia puede ser realizada (i) en un tratado bilateral de inversión que ofrezca el sometimiento al arbitraje CIADI, (ii) en una legislación nacional, o (iii) en un acuerdo directo de inversión que contenga una cláusula CIADI. El Tratado ARGENTINA-EEUU no prevé en ningún momento el agotamiento de los recursos internos, y la República Argentina por su parte no ha alegado legislación nacional en dicho sentido. El único requisito que el Tratado ARGENTINA-EEUU sí prevé es el periodo de seis meses que se requiere para acudir al arbitraje CIADI.

§40 En nuestro caso, las Partes han dado su consentimiento al arbitraje CIADI, consentimiento que es válido, por lo que existe una presunción a favor del arbitraje CIADI, sin tener que realizar el agotamiento previo de los recursos internos. En efecto, una vez establecido el consentimiento válido al arbitraje CIADI, cualquier otro foro llamado a decidir la cuestión deberá declinar su competencia. El consentimiento del inversor, que proviene de su consenti-

⁶¹ 40 ILM 457 (2001) [texto en inglés], citado por el Tribunal en su Laudo, párrafo 53.

⁶² 40 ILM 457 (2001), p. 466 (§ 26).

miento escrito por carta de fecha 17 de septiembre de 1997 y su solicitud de arbitraje de fecha 1 de octubre de 1997, y el consentimiento del Estado que proviene directamente del Tratado ARGENTINA-EEUU que da la elección al inversor sobre el foro para resolver sus disputas, supone que no hay estipulación en contrario al consentimiento de las partes. Cabe recordar que el Artículo 25 (1) *in fine* establece que «*el consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado*», en nuestro caso por la República Argentina después de que el inversor haya aceptado el arbitraje CIADI. En efecto, el ofrecimiento realizado por el la República Argentina a sus inversores en el Tratado ARGENTINA-EEUU no puede ser menoscabado por un sometimiento a los tribunales internos argentinos a los que se remite el Contrato de Concesión.⁶³

79. En efecto, el caso *Lanco* era uno con más fundamento que el presente, en lo relativo al efecto de una cláusula de jurisdicción exclusiva, ya que en *Lanco* la demandante extranjera era efectivamente una parte de la cláusula de jurisdicción exclusiva, a diferencia de CGE en el presente caso⁶⁴.

80. Por todas las razones expuestas, se debe desestimar la solicitud de la demandada respecto de anular la decisión del Tribunal en materia jurisdiccional.

(b) La decisión del Tribunal sobre el fondo

81. Las demandantes invocaron tres causales enumeradas el Artículo 52 del Convenio del CIADI para apoyar su solicitud de anulación parcial. El Comité las tratará en el mismo orden.

(i) Quebrantamiento grave de una norma de procedimiento: Artículo 52 (1) (d)

82. La primera de estas causales es la relativa a una reclamación de «que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento» (Artículo 52(1)(d)).

⁶³ Id., §§ 39-40.

⁶⁴ Ver también *Salini Costruttori SpA c. Reino de Marruecos*, caso CIADI, decisión sobre jurisdicción de fecha 23 de julio de 2001, recopilada en [2001] *Journal de droit international* 196, con nota de Gaillard, id., p. 209. Esta fue una diferencia relativa a una construcción centrándose en torno al monto a pagar bajo un contrato con una cláusula de jurisdicción local. El Tribunal dictaminó que las disposiciones del TBI relativas a medidas de expropiación o de nacionalización «ne saurait être interprétée dans le sens d'une exclusion de tout grief d'origine contractuelle du champ de l'application de cet article» (p. 209, párrafo 59), y además que, no obstante la cláusula de jurisdicción local, «le Tribunal arbitral demeure compétent pour les violations du contrat qui constituerait en même temps, à la charge de l'Etat une violation de l'Accord bilatéral» (p. 209, párrafo 62).

Las demandantes argumentaron que el Tribunal había quebrantado una norma fundamental de procedimiento en cuanto que su eventual decisión, notablemente respecto de las reclamaciones por actos de Tucumán, implicaban una cuestión que no se había cubierto adecuadamente en los argumentos de las partes.

83. El Comité no pudo hallar, en el registro del arbitraje, incluido el Laudo, base alguna para las reclamaciones presentadas por las demandantes respecto de esta cuestión. Conforme al Artículo 52 (1) (d), el énfasis está puesto en el término «norma de procedimiento», es decir, en la manera en que el Tribunal procedió, no en el contenido de su decisión. Según la opinión del Comité, el Tribunal procedió cuidadosamente. Consideró, en primer lugar, la cuestión de la jurisdicción y decidió, en el ejercicio de sus facultades discrecionales, unir dicha cuestión a la cuestión de fondo. Luego consideró ampliamente el fondo y dictó un Laudo densamente fundamentado.

84. Las demandantes alegaron que la decisión del Tribunal se produjo sin anuncio previo, y que no tuvieron oportunidad de presentar argumentos sobre la decisión que desestimó la reclamación sobre el fondo en virtud de los fundamentos relacionados con la cláusula 16 (4) del Contrato de Concesión. Puede ser cierto que la particular actitud adoptada por el Tribunal en su intento por conciliar los diversos elementos conflictivos que enfrentaba haya caído de sorpresa para las partes, o al menos para algunas de ellas. Pero, aun cuando esto fuera cierto, de ninguna manera carecería de precedentes en la toma de decisiones judiciales, tanto a nivel internacional como nacional, y no guarda ninguna relación con la causal de nulidad contemplada por el Artículo 52 (1) (d) del Convenio. De hecho, el Tribunal ya había decidido que las cuestiones de jurisdicción y de fondo estaban estrechamente vinculadas, y había unido las dos. Más aún, en sus preguntas y especialmente en su solicitud de escritos posteriores a la audiencia, el Tribunal había indicado claramente que tenía preocupaciones en cuanto a cómo reconciliar el Artículo 8 del Tratado con la cláusula 16 (4) del Contrato de Concesión.

85. De los autos surge que las partes tuvieron amplias oportunidades de ser escuchadas en todas las etapas. Tuvieron numerosas oportunidades de realizar presentaciones escritas y orales sobre las cuestiones, y la audiencia oral fue conducida con meticulosidad de modo de permitirles presentar sus puntos de vista. En su análisis, el Tribunal hizo uso de los materiales presentados por las partes y en ningún sentido fue *ultra petita*. Por las razones expuestas, el Comité resuelve que no existió violación de ninguna norma de procedimiento, menos aún una violación grave.

(ii) *Extralimitación manifiesta de las facultades: Artículo 52 (1) (b)*

86. Se establece, y ninguna parte lo ha impugnado, que un tribunal del CIADI se extralimita en sus facultades no sólo si ejerce una jurisdicción que no

le corresponde de conformidad con el acuerdo o tratado pertinente y el Convenio del CIADI, interpretados en conjunto, sino también si omite ejercer una jurisdicción que sí le corresponde según los mencionados instrumentos jurídicos.⁶⁵ Esto podría calificarse si se sostiene que la omisión del ejercicio de una jurisdicción sólo puede ser caracterizada como una extralimitación manifiesta de las facultades sólo cuando claramente importa una diferencia significativa para el resultado. Salvo dicha calificación, sin embargo, la omisión de un tribunal en ejercer una jurisdicción que le es otorgada por el Convenio del CIADI y por un TBI, en circunstancias donde se veía afectado el resultado de su examen, en la opinión del Comité constituye una extralimitación manifiesta de facultades en el sentido del Artículo 52 (1) (b).

87. Sin duda, un tribunal del CIADI no tiene el deber de considerar en su Laudo todo argumento presentado por las partes, a condición, por supuesto, de que los argumentos que efectivamente considere sean por sí mismos capaces de guiarlo hacia la conclusión a la que arribe y de que todas las cuestiones sometidas a un tribunal se decidan expresa o implícitamente. En este caso, las demandantes alegan que, lejos de considerar sus reclamaciones relativas al incumplimiento del TBI antes de pretender desestimarlas, el Tribunal en efecto declinó decidir las alegaciones de las demandantes ya que consideró que, para hacerlo, era menester abordar cuestiones que caían dentro de la jurisdicción exclusiva de los tribunales de Tucumán según el Contrato de Concesión. Las demandantes alegan que, si el Tribunal incurrió en un error en cuanto a este enfoque—es decir, si el Tribunal erró al concluir que no podía considerar las reclamaciones por incumplimiento del TBI, dadas las circunstancias—, omitió ejercer su jurisdicción conforme al TBI, una jurisdicción que él mismo había sostenido. En dicho supuesto, su omisión as respecto podría calificarse también de manifiesta.

88. Teniendo en cuenta estos comentarios preliminares, el Comité se aboca al fondo de la solicitud de anulación parcial del Laudo que las demandantes presentaron fundadas en la extralimitación manifiesta de facultades. Al hacer esto, es necesario distinguir entre el tratamiento del Tribunal de las reclamaciones por actos a nivel federal y aquel de las reclamaciones por actos de Tucumán.

Las reclamaciones por actos a nivel federal

89. Una cuestión inicial concierne al argumento de las demandantes acerca de que hubo incumplimiento del TBI en virtud de las acciones y omisiones de ministros y funcionarios del Gobierno federal de la Argentina, las denominadas «reclamaciones federales.» Tal como se demuestra en la revisión del razo-

⁶⁵ Schreuer, Commentary, pp. 937-938.

namiento del Tribunal en los párrafos 18-22 precedentes, el Laudo claramente manifiesta cierta inclinación hacia la cláusula 16 (4) del Contrato de Concesión, aun en lo atinente a las reclamaciones federales; y la interpretación del Tribunal acerca de las obligaciones que incumbían a las autoridades federales de conformidad con el Tratado se torna más evidente por implicación a partir de su tratamiento de los hechos que como resultado de un análisis detallado. Sin embargo, no deja de ser claro, a juicio del Comité, que el Tribunal cuidadosamente consideró las reclamaciones federales sobre los hechos y que las desestimó. No hubo extralimitación de las facultades, manifiesta o no, en lo atinente a las reclamaciones de las demandantes contra el Gobierno federal.

90. Las demandantes alegaron que, aun si pudiera aseverarse que el Tribunal consideró las reclamaciones federales en cuanto al fondo, tal consideración se hallaba viciada en el sentido de que el tratamiento por parte del Tribunal de las reclamaciones federales y de las de Tucumán fue interdependiente. Específicamente, las demandantes alegaron que si los actos de Tucumán constituían efectivamente un incumplimiento del TBI, la Argentina debía asumir una obligación mucho más seria de responder y de corregir la situación que la que el Tribunal consideró que se tomó. Las demandantes alegan que el Tribunal — siempre teniendo en mente la cláusula 16 (4)— omitió considerar esta alternativa. En la opinión del Comité, es verdad que, tal como se mencionó en el párrafo anterior, la cláusula 16 (4) aún interfería, en cierta medida, en el análisis del Tribunal acerca de las reclamaciones federales. El Tribunal, empero, no sugirió en ningún sentido que las demandantes estaban obligadas a presentar las reclamaciones federales en alguna corte o en tribunales internos. En cambio, aseveró que las autoridades federales podrían, razonablemente, haber considerado la diferencia como de carácter contractual,⁶⁶ y el alcance de cualquier obligación federal de reaccionar podría, razonablemente, haber estado influido por esta percepción.

91. En cuanto a la decisión de hecho del Tribunal, el Comité no tiene ningún fundamento para disentir bajo el Artículo 52 del Convenio del CIADI. El Tribunal concluyó que las autoridades federales de la Argentina respondieron a las iniciativas de las demandantes, buscaron resolver el problema y de hecho tomaron medidas razonables, no omitieron realizar nada de lo que se les requirió y que ellas mismas nunca fueron acusadas directamente de ningún incumplimiento del TBI. En relación con las conclusiones de derecho del Tribunal, tal vez es verdad que el Laudo carece de un análisis detallado de las cláusulas pertinentes del TBI, tal como alegan las demandantes. Así todo, lo esencial del razonamiento del Tribunal es suficientemente claro. A plena vista, el Artículo 3 del TBI le impone a la República Argentina no más que una obligación de

⁶⁶ Laudo, párrafo 87; 40 ILM 426 (2001), p. 445.

tomar el cuidado que sea apropiado. Las conclusiones fácticas del Tribunal, tomadas en su conjunto, son más que suficientes para servir de fundamento para la clara conclusión del Tribunal de que las reclamaciones federales eran insostenibles y que no había habido incumplimiento del Artículo 3 como resultado de algún acto u omisión a nivel federal. Más aun, el Comité no considera que la desestimación por parte del Tribunal de las reclamaciones federales de las demandantes haya estado tan estrechamente vinculada a su propia decisión sobre las reclamaciones de Tucumán y a su presunta omisión de ejercer su jurisdicción con respecto a dichas reclamaciones como para que la determinación del Tribunal de las reclamaciones federales deba decaer en el evento que su decisión acerca de las reclamaciones de Tucumán sea anulada.

92. Por las razones expuestas, se rechaza la solicitud de anulación parcial del Laudo presentada por las demandantes en relación con la decisión del Tribunal respecto de las reclamaciones federales.

Las reclamaciones por actos de Tucumán

93. La segunda cuestión relativa al Artículo 52 (1) (b) es si el Tribunal, habiendo decidido válidamente que tenía jurisdicción respecto de las reclamaciones por actos de Tucumán, tenía sin embargo atribuciones para desestimarlas del modo en que lo hizo. Las demandantes, por su parte, argumentan que lo que hizo el Tribunal no fue desestimar las reclamaciones por actos de Tucumán, sino declinar abordarlas. Alegan que la única razón por la cual se desestimaron dichas reclamaciones era que se estimó que eran sustantivamente idénticas a reclamaciones en contra de Tucumán bajo el Contrato de Concesión, las que el Tribunal determinó que no podía resolver, y que la negativa del Tribunal de decidir dichas reclamaciones era una exceso manifiesto de sus facultades. La demandada alega que, en el supuesto que el Tribunal tenía jurisdicción respecto de estas reclamaciones, actuó correctamente al desestimarlas sobre la base de la cláusula 16 (4) del Contrato de Concesión, pero que en todo evento esta no fue la única razón por la cual se desestimaron ya que el Tribunal sí consideró las reclamaciones por actos de Tucumán en cuanto al fondo.

94. Al tratar estas cuestiones, es necesario en primer lugar considerar la relación entre la responsabilidad de Argentina bajo el TBI y los derechos y obligaciones de las partes del Contrato de Concesión (especialmente aquellos derivados de su cláusula 16 (4), la cláusula relativa a jurisdicción exclusiva); y, en segundo lugar, considerar precisamente qué fue lo que decidió el Tribunal respecto de las reclamaciones por actos de Tucumán.

95. En cuanto a la relación entre incumplimiento de contrato e incumplimiento del tratado en el presente caso, se debe hacer hincapié en que los Artículos 3 y 5 del TBI no se relacionan directamente al incumplimiento de un

contrato de derecho interno. En su lugar establecen una norma independiente. Un estado puede violar un tratado sin violar un contrato y *vice versa*, y este por cierto es el caso de estas disposiciones del TBI. El punto se deja en claro en el Artículo 3 de los Artículos de la CDI, titulado «Caracterización de un acto de un Estado como internacionalmente ilícito»:

La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno.

96. De conformidad con este principio general (que es sin duda declaratorio del derecho internacional general), son cuestiones distintas la de si ha habido incumplimiento del TBI y la de si ha habido incumplimiento de contrato. Cada una de estas reclamaciones será determinada en referencias a su propio derecho aplicable – en el caso del TBI, por el derecho internacional; en el caso del Contrato de Concesión, por el derecho propio del contrato, en otras palabras, el derecho de Tucumán. Por ejemplo, en el caso de una reclamación basada en un tratado, se aplican las reglas internacionales acerca de la atribución, con el resultado de que el Estado Argentino es internacionalmente responsable por los actos de sus autoridades provinciales.⁶⁷ Por otra parte, el Estado Argentino no es responsable por el cumplimiento de los contratos concluidos por Tucumán, que posee personalidad jurídica separada bajo su propio derecho y es responsable por el cumplimiento de sus propios contratos.

97. Se hace hincapié en la distinción entre el rol del derecho internacional y el derecho interno en materias de responsabilidad internacional en el comentario al Artículo 3 de los Artículos de la CDI, el que lee en su parte relevante del siguiente modo:

(4) La Corte Internacional ha mencionado y aplicado este principio a menudo. Por ejemplo, en el asunto *Reparación de los daños sufridos*, señaló que «[c]omo la reclamación se basa en el incumplimiento de una obligación internacional por un Miembro considerado responsable... ese Miembro no puede pretender que esa obligación se rija por su derecho nacional». En el asunto *ELSI*, una Sala de la Corte hizo hincapié en esta norma, declarando que:

«La conformidad con el derecho interno y la conformidad con las disposiciones de un tratado son cuestiones diferentes. Lo que constituye violación de un tratado puede ser lícito en derecho interno y lo que es ilícito en derecho interno puede no entrañar violación alguna de las disposiciones de un tratado. Aunque el Prefecto considerase que la requisición estaba totalmente jus-

⁶⁷ Ver párrafos 16, 23-33, 43, *supra*.

tificada en el derecho italiano, esto no excluiría la posibilidad de que ella constituyera una violación del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación.»

Por el contrario, tal como explicó la Sala:

«– el que un hecho de una autoridad pública pueda haber sido ilícito en derecho interno no significa necesariamente que el hecho sea ilícito en derecho internacional, por violación de un tratado o de cualquier otra manera. La conclusión de los tribunales nacionales de que un hecho es ilícito puede ser pertinente para argumentar que ha sido también arbitrario. Sin embargo, en sí misma y sin nada más que lo acompañe, la ilicitud no puede decirse que equivalga a arbitrariedad– Tampoco de la conclusión de un tribunal interno de que un hecho es injustificado, irrazonable o arbitrario cabe deducir que ese hecho deba considerarse necesariamente como arbitrario en derecho internacional, aunque la calificación dada al hecho impugnado por una autoridad interna pueda constituir una indicación valiosa.»

* * *

(7) La regla según la cual la calificación de un comportamiento como ilícito en derecho internacional no queda afectada por la calificación del mismo hecho como lícito en el derecho interno no admite excepción en los casos en que las reglas del derecho internacional exigen al Estado que aplique las disposiciones de su derecho interno, por ejemplo dando a los extranjeros el mismo trato jurídico que a los nacionales. Ciertamente es que en tal caso la aplicación del derecho interno es pertinente para la cuestión de la responsabilidad internacional, pero ello se debe a que la regla de derecho internacional la hace pertinente, por ejemplo incorporando la norma de conformidad con el derecho interno como norma internacional aplicable, o como un aspecto de ésta. Particularmente en materia de perjuicios causados a los extranjeros y a sus bienes y en materia de derechos humanos, el contenido y la aplicación del derecho interno serán a menudo pertinentes para la cuestión de la responsabilidad internacional. En cada caso se deberá analizar si las disposiciones del derecho interno son pertinentes, como hechos, para aplicar la norma internacional que proceda, o si están efectivamente incorporadas de alguna forma, condicional o incondicionalmente, en dicha norma.⁶⁸

98. En un caso donde la base esencial de una reclamación sometida a un tribunal internacional es el incumplimiento de un contrato, el tribunal dará

⁶⁸ Comentario al Artículo 3, párrafos (4), (7) (sin notas al pie). Los pasajes del caso *ELSI*, citados en el párrafo (4) del comentario, se encuentran en ICJ Reports 1989, p. 51, párrafo 73, y p. 74, párrafo 124.

efecto a cualquier cláusula válida de elección de foro en el contrato⁶⁹. Por ejemplo en el caso *Woodruff*⁷⁰, una decisión de la Comisión mixta estadounidense-venezolana de 1903, se sometió una reclamación por incumplimiento de un contrato que contenía la siguiente cláusula:

Doubts and controversies which at any time might occur in virtue of the present agreement shall be decided by the common laws and ordinary tribunals of Venezuela, and they shall never be, as well as neither the decision which shall be pronounced upon them, nor anything relating to the agreement, the subject of international reclamation.

99. La Comisión en ese caso dictaminó que Woodruff estaba obligado por esta cláusula a no referir su reclamación contractual a ningún otro tribunal. Al mismo tiempo la cláusula de jurisdicción exclusiva no precluía ni podía precluir una reclamación por parte de su gobierno en el evento que el tratamiento que se le diera llegara a constituir un incumplimiento del derecho internacional.

[W]hereas certainly a contract between a sovereign and a citizen of a foreign country can never impede the right of the Government of that citizen to make international reclamation, wherever according to international law it has the right or even the duty to do so, as its rights and obligations can not be affected by any precedent agreement to which it is not a party;

But whereas this does not interfere with the right of a citizen to pledge to any other party that he, the contractor, in disputes upon certain matters will never appeal to other judges than to those designated by the agreement, nor with his obligation to keep this promise when pledged, leaving untouched the rights of his Government, to make his case an object of international claim whenever it thinks proper to do so and not impeaching his own right to look to his Government for protection of his rights in case of denial or unjust delay of justice by the contractually designated judges;...⁷¹

⁶⁹ Esto es, al menos que el tratado en cuestión disponga lo contrario. Ver, v.gr., el Artículo II (1) del «Claims Settlement Declaration» [entre los EE.UU. e Irán] de fecha 19 de enero de 1981, 1 *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports* p. 9, el que prevaleció sobre cláusulas de jurisdicción exclusiva relativas a los tribunales de los EE.UU. pero no aquellas relativas a los tribunales iraníes: ver los casos citados en C.N. Brower & J.D. Brueschke, *The Iran-United States Claims Tribunal* (The Hague, Martinus Nijhoff, 1998) pp. 60-72. El Comité no necesita considerar si el Artículo 8 del TBI prevalece sobre las cláusulas de jurisdicción exclusiva de los contratos subyacentes a las inversiones a las cuales se aplica el TBI.

⁷⁰ *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IX, p. 213.

⁷¹ *Ibid.*, p. 222.

100. La Comisión, por consiguiente, desestimó la reclamación «sin perjuicio de su decisión en cuanto al fondo, al ser presentada a los jueces debidos», por el motivo de que «por el propio acuerdo que es la base fundamental de la reclamación, fue sustraída de la jurisdicción de esta Comisión»⁷².

101. Por otra parte, donde la «base fundamental de la reclamación» es un tratado asentando una norma independiente por la cual ha de juzgarse la conducta de las partes, la existencia de una cláusula de jurisdicción exclusiva en un contrato entre la demandante y el Estado demandado o una de sus subdivisiones no puede operar como impedimento a la aplicación de la norma bajo el tratado⁷³. A lo sumo, podría ser relevante – del modo en que el derecho interno muchas veces será relevante – al evaluar si ha habido un incumplimiento del tratado.

102. En la opinión del Comité, no le está permitido a un tribunal del CIADI, con jurisdicción bajo un TBI respecto de una reclamación basada sobre las disposiciones sustantivas de dicho TBI, desestimar la reclamación sobre a cause de que pudo o debió haber sido conocida por un tribunal nacional. En un tal caso, el examen que el tribunal del CIADI está obligado a efectuar es uno regido por el Convenio del CIADI, por el TBI y por el derecho internacional. Dicho examen no se determina en principio, ni se precluye, por una cuestión de derecho interno, incluyendo cualquier acuerdo de las partes bajo el derecho interno.

103. Más aún, el Comité no entiende cómo, si hubiera habido un incumplimiento del TBI en el presente caso (una cuestión de derecho internacional), la existencia de la cláusula 16 (4) del Contrato de Concesión pudiera haber impedido su caracterización como tal. Un Estado no puede apoyarse en una cláusula de jurisdicción exclusiva para evitar la caracterización de su conducta como internacionalmente ilícita bajo un tratado.

104. La demandada alega que, aún si el Tribunal tuviera jurisdicción, y aún si no le fuera permitido declinar el ejercicio de dicha jurisdicción en alusión a una cláusula de jurisdicción exclusiva en el Contrato de Concesión, esto no fue lo que hizo el Tribunal. Según la demandada, se desprende claramente del Laudo que las demandantes no tenía argumentos fundados para invocar el

⁷² Ibid., p. 223.

⁷³ No es necesario que el Comité se pronuncie acerca del contenido de la norma establecida por el TBI, en particular su Artículo 3. Puede ser que un «mero» incumplimiento de contrato, que no esté acompañado de mala fe u otras circunstancias agravantes, raramente constituya un incumplimiento de la norma acerca de trato justo y equitativo establecido en el Artículo 3. El Tribunal no ofreció, sin embargo, interpretación alguna del Artículo 3, ni procuró apoyarse sobre la base de esta consideración.

incumplimiento de los Artículos 3 o 5 del Tratado y que, cuanto más, su demanda era una por incumplimiento de contrato: la cuestión de una reclamación bajo el tratado sólo podía surgir en el evento que los tribunales en lo contencioso-administrativos de Tucumán denegaran justicia a las demandantes, sustantiva o procesalmente.

105. La cuestión por tanto viene a ser cómo caracterizar la decisión del Tribunal. Al considerar dicha cuestión, el Comité no estima que sea material ni que CGE no era una parte del contrato de concesión, ni que las partes del Contrato de Concesión hayan sido CAA y Tucumán, y no CAA y el gobierno federal de la Argentina. Si el Tribunal actuó acertadamente al expresar que no podía considerar ninguna alegación por incumplimiento de tratado que le exigiera interpretar o aplicar el Contrato de Concesión, resulta entonces que se puede argumentar que CGE no podría estar en una mejor posición que CAA. También se puede argumentar que esta conclusión debe mantenerse aunque el compromiso contractual se asumía con una provincia, ya que los actos de dicha provincia constituyen el meollo de la reclamación. Pero una cosa es ejercer jurisdicción contractual (discutiblemente de competencia exclusiva de los tribunales administrativos de Tucumán en virtud del Contrato de Concesión) y otra es tomar en cuenta los términos de un contrato al determinar si ha habido incumplimiento de una norma independiente del derecho internacional como aquella reflejada el Artículo 3 del Acuerdo de 1991.

106. Las demandantes hicieron una serie de alegaciones acerca de la conducta de Tucumán, mucha de la cual, según alegan, involucraba medidas tomadas de mala fe. Tales actos incluían supuestos incidentes de: actos del Ombudsman y otras autoridades regulatorias; la incitación a los consumidores por parte de miembros de la legislatura y otros a no pagar sus cuentas de agua; cambios no autorizados de tarifas; la imposición incorrecta de multas (en realidad nunca cobradas) a causa de calidad del agua supuestamente deficiente; facturación incorrecta de impuestos municipales y provinciales de aguas; conducta relativa al problema del «agua negra» por el cual se culpó a CAA, pero del cual CAA niega que fuera responsable; cambios unilaterales por el Gobernador provincial al segundo acuerdo renegociado; y varias conductas posterior a la terminación del contrato. Esta conducta, alegan, equivalió en su conjunto a una acción concertada por la autoridades de Tucumán parra frustrar la concesión.

107. El Tribunal expresó su opinión acerca de algunas de estas alegaciones pero de ningún modo acerca de todas. Por ejemplo, en el párrafo 82 del Laudo, el Tribunal opinó que los cambios unilaterales al acuerdo renegociado no llegaron a constituir un incumplimiento del TBI porque no había un deber jurídico de revisar el Contrato de Concesión⁷⁴. En el párrafo 91, bajo el rubro

⁷⁴ Laudo, párrafo 82; 40 ILM 426 (2001), p. 444.

general de «La falta de la República Argentina de responder a las acciones de los funcionarios de Tucumán», el Tribunal concluyó que «los autos ... no establecen una base fáctica para atribuir responsabilidad a la República Argentina bajo el TBI por las supuestas acciones de los funcionarios de Tucumán»⁷⁵. En su contexto, este último pasaje no es inequívoco; sugiere que el Tribunal tenía presente una discusión previa acerca de la «norma de responsabilidad absoluta de atribución», y la referencia a «supuestos actos» causa preocupación: a final de cuentas no queda claro si el Tribunal rechazó las alegaciones de hecho de las demandantes o si dictaminó que dichas alegaciones, aunque potencialmente probadas, no eran suficientes para «atribuir responsabilidad» al gobierno federal.

108. Pero como sea que fuese el caso, queda claro de la discusión central de las reclamaciones por actos de Tucumán, en los párrafos 77 a 81, que el Tribunal declinó decidir aspectos claves de las reclamaciones de las demandantes basadas en el TBI a causa de que conllevaban cuestiones de cumplimiento o incumplimiento contractual. El propio Tribunal caracterizó estos pasajes, en el párrafo 81, como constitutivos de su «decisión» con respecto a las reclamaciones por actos de Tucumán.

109. Un pasaje clave en este sentido se encuentra en el párrafo 79, donde el Tribunal dijo:

«[D]ada la naturaleza de la controversia entre las demandantes y la Provincia de Tucumán, no le es posible a este Tribunal determinar cuáles acciones de la Provincia fueron tomadas en el ejercicio de su autoridad soberana y cuáles en el ejercicio de sus derechos como parte al Contrato de Concesión, considerando en particular que gran parte de la prueba presentada en este caso se ha referido a cuestiones detalladas de cumplimiento y de tarifas bajo el Contrato de Concesión»⁷⁶.

110. Este pasaje merece dos observaciones. Primero, se formula en términos no de una decisión sino de una *imposibilidad* de decidir, la imposibilidad basándose en la necesidad de interpretar y aplicar el Contrato de Concesión⁷⁷. Pero bajo el Artículo 8 (4) del TBI el Tribunal tenía jurisdicción para basar su deci-

⁷⁵ Laudo, párrafo 91; 40 ILM 426 (2001), p. 446.

⁷⁶ Laudo, párrafo 79; 40 ILM 426 (2001), p. 443.

⁷⁷ Ver también el resumen del Tribunal, citado en el párrafo 11 *supra*, donde dijo que es «imposible que el Tribunal distinga o separe cuáles constituyen violación del Tratado y cuáles incumplimiento del Contrato de Concesión sin antes interpretar y aplicar las disposiciones detalladas de ese Acuerdo.»

sión sobre el Contrato de Concesión, al menos en la medida necesaria para determinar si había habido incumplimiento de las normas sustantivas del TBI. En segundo lugar, el pasaje parece implicar que la conducta de Tucumán efectuada con el propósito de ejercer su derecho como parte del Contrato de Concesión no podía, *a priori*, haber violado el TBI. Sin embargo, no hay base para un supuesto de este tipo: el que una conducta particular conlleve el incumplimiento de un tratado no se determina mediante la pregunta de si la conducta conlleva el propósito de ejercer derechos contractuales⁷⁸.

111. Por las razones expuestas, y a pesar de ciertos pasajes del Laudo en los cuales el Tribunal parece entrar al fondo, el Comité sólo puede concluir que el Tribunal, al desestimar las reclamaciones por actos de Tucumán del modo que lo hizo, en realidad omitió decidir si la conducta en cuestión implicaba o no un incumplimiento del TBI. En particular, el Tribunal hizo repetidas referencias a alegaciones y cuestiones que, según determinó, no podía decidir dados los términos de la cláusula 16 (4) del Contrato de Concesión, no obstante que fueron invocadas por las demandantes como fundamento de sus reclamaciones bajo el TBI⁷⁹. Más aún, no ofreció interpretación alguna ni del Artículo 3 ni del Artículo 5 del TBI, cosa que era preciso hacer si las reclamaciones habían de ser desestimadas sobre el fondo.

112. No es la función del Comité formarse ni siquiera una opinión provisional de si la conducta de Tucumán contravino o no el TBI, y es importante afirmar claramente que el Comité no lo ha hecho. Pero es, no obstante, el caso que la conducta que se alega, de probarse, *pudo* haber contravenido el TBI. La

⁷⁸ Ver los Artículos de la CDI, el comentario al Artículo 4, párrafo (6), comentario al Artículo 12, párrafos (9)-(10). Ver también, C. Amerasinghe, «State Breaches of Contracts with Aliens and International Law», *American Journal of International Law*, vol. 58 (1964), p. 881, at pp. 910-912: «The general proposition that, where a state performs an act which is prohibited by a treaty to which it is a party, it will be responsible for a breach of international law to the other party or parties to the treaty requires no substantiation. In accordance with the same principle, an act which constitutes a breach of contract would be a breach of international law, if it is an act which that state is under an obligation not to commit by virtue of a treaty to which it and the national state of the alien are parties»; R. Jennings & A. Watts, *Oppenheim's International Law* (9th edn.) (Harlow, Longman, 1992), p. 927: «It is doubtful whether a breach by a state of its contractual obligations with aliens constitutes *per se* a breach of an international obligation, unless there is some such additional element as denial of justice, or expropriation, or breach of treaty, in which case it is that additional element which will constitute the basis for the state's international responsibility».

⁷⁹ Laudo, párrafos 65, 66, 67, 68, 69, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81; 40 ILM 426 (2001), pp. 440-444.

reclamación no era simplemente reducible a un número dado de reclamaciones bajo el derecho civil o administrativo relativas a un número correspondiente de actos individuales que se alegan violar el Contrato de Concesión o el derecho administrativo argentino. Le estaba permitido a las demandantes reclamar, y en efecto reclamaron, que estos actos tomados en su conjunto, o algunos de ellos, implicaron un incumplimiento de los Artículos 3 y/o 5 del TBI. En la opinión del Comité, el Tribunal, confrontado con tal reclamación y habiendo decidido válidamente que tenía jurisdicción, estaba obligado a considerarla y a decidirla. Aunque el Tribunal expresó conclusiones acerca de ciertos aspectos de la reclamación, nunca expresó una conclusión respecto de la reclamación en su conjunto, y aún menos evaluó dicha conclusión en relación a los requisitos de los Artículos 3 o 5 del TBI.

113. A la luz del Artículo 8 del TBI la situación conllevaba riesgos para las demandantes. Habiendo optado por no contestar los varios componentes fácticos de su causa de pedir bajo el TBI ante los tribunales administrativos de Tucumán, habiendo en su lugar optado por iniciar un arbitraje ante el CIADI – y habiendo de esta manera, en la opinión del Comité, ejercido la «opción de vías» prevista por el Artículo 8(4) – CAA tomó el riesgo de que un tribunal dictaminara que los actos de los cuales reclamaba no alcanzaban, ni individual ni colectivamente, el nivel de un incumplimiento del TBI. En ese evento, hubiera perdido tanto su reclamación bajo el tratado como su reclamación bajo el contrato. Pero por otra parte tenía el derecho de tomar ese riesgo, con su correspondiente carga de la prueba. Una causa de pedir bajo un tratado no es lo mismo que una causa de pedir bajo un contrato; requiere una demostración clara de conducta que en las circunstancias es contraria a la norma relevante del tratado. La disponibilidad de tribunales locales dispuestos y capaces de resolver cuestiones específicas de modo independiente puede ser una circunstancia relevante al determinar si ha habido incumplimiento del derecho internacional (especialmente en relación a una norma como aquella contenida en el Artículo 3). Pero no es determinante, y no precluye que un tribunal internacional considere el fondo de la diferencia.

114. Debe hacerse hincapié en que la conducta de la cual se reclamaba no era más o menos periférica respecto de la continuación exitosa de la empresa. La conducta de Tucumán (conjuntamente con los actos y decisiones de CAA) tuvo el efecto de poner fin a la inversión. En la opinión del Comité, el TBI le dio a las demandantes el derecho de reclamar que la conducta de Tucumán no se encontraba conforme con la norma del tratado para la protección de inversiones.

Habiéndose prevalido de dicha opción, las demandantes no debieron haber sido desprovistas de una decisión, en un sentido u otro, meramente con fundamento en la observación de que los tribunales locales podrían, concebiblemente, haberle otorgado una reparación, en todo o en parte. Bajo el TBI, les asistía una elección de recursos.

115. Por todas estas razones, el Comité concluye que el Tribunal se extralimitó en sus facultades en el sentido del Artículo 52 (1) (b), y que el Tribunal, teniendo jurisdicción sobre las reclamaciones por actos de Tucumán, omitió decidir dichas reclamaciones. Dadas las claras y serias implicaciones de dicha decisión para las demandantes en términos del Artículo 8 (2) del TBI, y las circunstancias atinentes, el Comité sólo puede concluir que la extralimitación de facultades fue manifiesta. Por consiguiente, anula la decisión del Tribunal en lo que dice relación con la totalidad de las reclamaciones por los actos de Tucumán.

(iii) Omisión de expresar motivos: Artículo 52 (1) (e)

116. Por las razones expuestas, deviene intrascendente a los efectos de este procedimiento de anulación considerar la causal adicional de anulación sobre la cual se apoyan las demandantes, a saber, que al desestimar la reclamación el Tribunal omitió expresar los motivos en que se fundó su decisión. En cuanto a las reclamaciones por actos a nivel federal, el Comité ya ha concluido que se expresaron los motivos para la desestimación de dichas reclamaciones. En cuanto a las reclamaciones por actos de Tucumán, en la opinión del Comité el Tribunal expresó amplios motivos para las medidas que tomó, a saber, la desestimación de dichas reclamaciones sin una consideración en su conjunto del fondo. La cuestión de una falta de expresión de motivos sólo se presentaría si el Tribunal efectivamente hubiera alcanzado una conclusión adversa a las demandantes bajo los Artículos 3 y 5 respecto de las reclamaciones por actos de Tucumán en su conjunto – una opinión que el Comité ya ha rechazado. Por consiguiente, no es necesario decir nada más acerca de esta causal de anulación.

D. COSTAS

117. El Tribunal no emitió una orden en cuanto a las costas, y requirió que las demandantes y la demandada compartieran en partes iguales los gastos del CIADI. Observó que la diferencia planteaba «un conjunto de cuestiones nuevas y complejas, que no habían sido materia de precedentes internacionales arbitrales, respecto a la interacción entre un tratado bilateral de inversiones, un Contrato de Concesión con una cláusula de elección de foro y el Convenio del CIADI»⁸⁰. Hizo notar que ambas partes habían prevalecido en alguna medida. Estas consideraciones se aplican de igual manera a la presente fase del procedimiento. Las demandantes han obtenido en parte, pero sólo en parte. Más aún, a Argentina le asistía el derecho de tomar la posición que tomó, la que por sí misma planteó una cuestión difícil y novedosa de importancia pública relativa al CIADI y la operación de acuerdos de protección de inversiones sobre el modelo del TBI.

⁸⁰ Laudo, párrafo 95; 40 ILM 426 (2001), p. 447.

118. A la luz de la importancia de los argumentos avanzados por las partes en relación con este caso, el Comité considera apropiado que cada parte soporte sus propios gastos incurridos con respecto a este procedimiento de anulación, y que las partes soporten en partes iguales todos los gastos incurridos por el Centro en relación con este procedimiento, incluyendo los honorarios y gastos de los miembros del Comité.

E. DECISIÓN

119. Por las razones precedentes, el Comité DECIDE:

- (a) El Tribunal correctamente decidió que tenía jurisdicción respecto de las reclamaciones.
- (b) El Tribunal no cometió error anulable en su rechazo de las reclamaciones por actos a nivel federal (reclamaciones relativas a la conducta de las autoridades federales) en cuanto al fondo, y dicho rechazo es por consiguiente cosa juzgada.
- (c) El Tribunal manifiestamente se extralimitó en sus atribuciones al no examinar en cuanto al fondo las reclamaciones por actos de Tucumán bajo el TBI y su decisión con respecto a dichas reclamaciones queda anulada.
- (d) Cada parte soportará sus propios gastos, incluyendo los honorarios de abogados, incurridos en relación con este procedimiento de anulación.
- (e) Cada parte soportará la mitad de los costos incurridos por el Centro en relación con este procedimiento de anulación. Por consiguiente, la República Argentina reembolsará a las partes demandantes la mitad del total de los costos incurridos por el Centro en relación con este procedimiento de anulación, una vez que dicho monto haya sido determinado por la Secretaría del Centro.

Hecho en Inglés y Español, ambas versiones siendo igualmente auténticas.

L. YVES FORTIER, C.C., Q.C.
Presidente del Comité

PROFESOR JAMES R. CRAWFORD
Miembro

PROFESOR JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS
Miembro

[Fecha de envío a las partes: 3 de julio de 2002]

Notas de Interés

DIRECTORIO DE CENTROS DE ARBITRAJE

1. **Nombre:** CENTRO DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE NACIONAL E INTERNACIONAL DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA

Dirección: Gregorio Escobedo N° 398, Jesús María

Teléfono: 463-3434 (Anexo 547) / 219-1547

Fax: 219-1552

Correo Electrónico: elcentro@camaralima.org.pe

Web: www.camaralima.org.pe/arbitraje

Cláusula Arbitral:

«Todo litigio, controversia, desavenencia o reclamación resultante, relacionada o derivada de este acto jurídico o que guarde relación con él, incluidas las relativas a su validez, eficacia o terminación, incluso las del convenio arbitral, serán resueltas mediante arbitraje, cuyo laudo será definitivo e inapelable, de conformidad con los reglamentos y el Estatuto del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima a cuyas normas, administración y decisión se someten las partes en forma incondicional, declarando conocerlas y aceptarlas en su integridad».

2. **Nombre:** CÁMARA DE COMERCIO AMERICANA DEL PERÚ - AMCHAM PERÚ

Dirección: Av. Ricardo Palma N° 836, Miraflores

Teléfono: 241-0708

Fax: 242-9134

Correo Electrónico: arbitraje@amcham.org.pe

Web: www.amcham.org.pe

Cláusula Arbitral:

«Todas las controversias que se deriven de este contrato o que tengan relación con el mismo, incluidas las relativas a su existencia, validez o terminación, así como las vinculadas al presente convenio arbitral, serán resueltas mediante arbitraje de derecho por tres árbitros, bajo la administración del Centro de Arbitraje AmCham Perú, a cuyos reglamentos y estatutos las partes se someten expresamente. El laudo será definitivo e inapelable.»

3. Nombre: SISTEMA NACIONAL DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE (SNCA - CONSUCODE)

Dirección: Av. Gregorio Escobedo, Cuadra 7, Jesús María

Teléfono y Fax: 613-5555 (Anexos 310 - 311) / 613-5552 / 613-5553

Web: www.consucode.gob.pe

Cláusula Arbitral:

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

4. Nombre: CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN DE LA CONSTRUCCIÓN - CAPECO

Dirección: Vía Principal 155, Edificio Real 3, Oficina 402, San Isidro

Teléfono: 422-5566

Correo Electrónico: postmast@capeco.org

Web: www.capeco.org

Cláusula Arbitral:

«Cualquier controversia o disputa que surja de este contrato o tenga relación directa con el mismo, incluyendo las vinculadas a su existencia, validez o terminación, serán resueltas mediante laudo definitivo e inapelable, de acuerdo al reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Construcción; por uno o más árbitros que serán elegidos conforme a dichas reglas, las mismas que se consideran incorporadas al presente contrato; y a las que las partes se someten en su integridad».

5. Nombre: CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Dirección: Calle Roca de Vergallo N° 133, Magdalena del Mar

Teléfono: 261-4598 / 461-2668

Correo Electrónico: concilia@pucp.edu.pe;

Web: www.pucp.edu.pe/concilia

Cláusula Arbitral:

«Todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato o relativo a éste, su incumplimiento, resolución o nulidad se resolverá mediante el Arbitraje organizado y administrado de conformidad con los Reglamentos del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú vigentes. Las partes podrán acudir previamente a un procedimiento de conciliación según el Reglamento del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú».

6. Nombre: CENTRO DE CONCILIACIÓN, ARBITRAJE Y PERITAJE - COLEGIO DE INGENIEROS DEL PERÚ

Dirección: Marconi N° 210, San Isidro

Teléfono: 422-2754 (Anexo 145) / 422-4485

Fax: 221-2813

Correo Electrónico: ccarbitraje@ciplima.org.pe

Web: www.ciplima.org.pe/arbitraje0.htm

Cláusula Arbitral:

«Las partes acuerdan que cualquier controversia que surja desde la celebración del contrato será resuelta mediante arbitraje de Derecho, conforme a las disposiciones de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento. Acordando las mismas, someter el arbitraje a la administración y organización del Centro de Arbitraje del Consejo Departamental de Lima del Colegio de Ingenieros del Perú.

El arbitraje será resuelto por (un árbitro único / un Tribunal Arbitral), según lo dispuesto en el Artículo 189º del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. A falta de acuerdo o en caso de duda, el Centro de Arbitraje antes indicado, lo designará de acuerdo a su reglamento y tomando como referencia lo dispuesto en el Tercer párrafo del artículo 189º antes referido.

El Laudo arbitral emitido es vinculante para las partes y pondrá fin al procedimiento de manera definitiva, siendo el laudo inapelable ante el Poder Judicial o ante cualquier instancia administrativa.»

7. Nombre: CENTRO DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE DE LA SUPERINTENDENCIA DE ENTIDADES PRESTADORAS DE SALUD - CECONAR

Dirección: Av. Velasco Astete N° 1398, Santiago de Surco

Teléfono: 372-6150 / 372-6127

Fax: 372-6144

Web: www.seps.gob.pe

Cláusula Arbitral:

«Todas las desavenencias o controversias que pudieran derivarse de este contrato o convenio, incluidas las de su nulidad o invalidez, serán resueltas a través de una conciliación o de un arbitraje en salud, de conformidad con los respectivos reglamentos del Centro de Conciliación y Arbitraje de la SEPS, a cuyas normas se someten las partes.

Si las partes optaran por un procedimiento de conciliación en el cual se arribe sólo a un acuerdo parcial o no se llegue a ningún acuerdo, entonces éstas resolverán la controversia subsistente de forma definitiva, a través de un procedimiento de arbitraje, de conformidad con el respectivo reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje de la SEPS.»

REPERTORIO DE LEYES DE ARBITRAJE

1. **ARGENTINA:**
Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Libro VI, Proceso Arbitral:
<http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/argentina/libro6.asp>
2. **BOLIVIA:**
Ley de Arbitraje y Conciliación No. 1770 (1997): <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/bolivia/leyarbo.htm>
3. **BRASIL:**
Ley de Arbitraje No. 9307 de 1996: <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/brasil/leyarbbra.html>
4. **COLOMBIA:**
Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos - Decreto No. 1818 (1998): <http://www.sice.oas.org/DISPUTE/COMARB/Colombia/D1818I.asp>
5. **COSTA RICA:**
Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social No. 7727 de 1997: <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/costarica/7727cr.html>
6. **CHILE:**
Ley de Arbitraje Comercial Internacional No. 19971 (2004): <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/chile/leyarbinter.html>

La legislación arbitral doméstica todavía vigente para arbitrajes nacionales se ubica en: <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/chile/cpccl.html>
7. **ECUADOR:**
Ley de Arbitraje y Mediación No. 145/97 (1997): <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/ecuador/leyarbitraje.html>

8. **EL SALVADOR:**
Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje- Decreto No. 914-2002(2002):
<http://www.camarasal.com/leyespdf/LEY%20DE%20MEDIACION,%20CONCILIACION%20Y%20ARBITRAJE.pdf>
9. **ESPAÑA:**
Ley Española de Arbitraje, Ley No. 60/2003 del 23 de diciembre de 2003:
<http://www.boe.es/boe/dias/2003-12-26/pdfs/A46097-46109.pdf>
10. **GUATEMALA:**
Ley de Arbitraje No. 67-95 (1995): <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/guatemala/leyargu.html>
11. **HONDURAS:**
Ley de Conciliación y Arbitraje - Decreto No. 161-2000 (2000): http://www.biblio.unah.edu.hn/docum/arch/ley_de_conciliacion.pdf
12. **MÉXICO:**
Código de Comercio Reformado (1993): <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/mexico/legmx.html>
13. **PANAMÁ:**
Ley de Arbitraje y Mediación - Decreto Ley No. 5 de 1999: <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/panama/leyarpa.html>
14. **PARAGUAY:**
Ley 1879/02 de Arbitraje y Mediación (2002), <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/paraguay/ley.doc>
15. **PERÚ:**
Ley General de Arbitraje (1996): <http://www.camaralima.org.pe/arbitraje/leygeneral.htm> ¹
16. **REPÚBLICA DOMINICANA:**
Las disposiciones sobre Arbitraje contenidas en el Código de Procedimientos Civiles (Libro III), modificado por la Ley N° 845 del 15 de julio de 1978:
<http://www.servilex.com.pe/arbitraje/repdominicana/legrd.html>
17. **URUGUAY:**
Ley No. 15.982, Código General del Proceso (Título VIII): <http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/Uruguay/L15982s.asp>
18. **VENEZUELA:**
Ley de Arbitraje Comercial No. 36.430 de 1998: <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/venezuela/leyarve.html>

¹ No se ha incorporado la modificación del artículo 58° dada por Ley N° 28519 del 12 de mayo de 2005.

**CIRCULAR DE LA CORTE SUPREMA DE LA
REPÚBLICA DEL PERÚ**
Sobre el respeto a la autonomía de la jurisdicción arbitral (*)



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

Lima, 04 de julio del 2005-11-04

Oficio Circular N° 005-2005-P-CS-PJ

Señor
Presidente de la Corte Superior de Justicia de
Presente.-

Tengo el agrado de dirigirme a Usted, para hacer de su conocimiento que la Corte Suprema de Justicia de la República, en sesión de la Sala Plena de la fecha, contempló pronunciamientos públicos que, en diversa manera, se vienen produciendo en relación al Arbitraje, así como a procesos inherentes a la función jurisdiccional, tales como Amparo, medidas cautelares, procesos penales; y otros.

Conforme a nuestro ordenamiento jurídico, el Arbitraje es un instrumento o medio destinado a solucionar controversias disponibles y, generalmente, tiene su origen en la autonomía de la voluntad de las partes – convenio arbitral; es decir, búsqueda de solución consensual; y se desarrolla conforme a sus propias reglas de procedimiento.

Conviene a la elevada finalidad de la función judicial, que la intervención de los órganos jurisdiccionales se produzca en los casos taxativamente prescritos en la Constitución del Estado, Ley General de Arbitraje N° 26572 y, demás disposiciones Legales sobre la materia; esto, a efecto de evitar colisiones innecesarias.

El Supremo Tribunal Acordó, cursar la presente Circular a los Presidentes de las Cortes Superiores de Justicia de la República, para los fines pertinentes.

Sea la oportunidad propicia para reiterarle señor Presidente las muestras de mi especial consideración.

Dios guarde a Ud.

WALTER HUMBERTO VASQUEZ VEJARANO
Presidente

(*) Publicado en el Diario Oficial *El Peruano*, 19 de agosto de 2005.

**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**

Sala Civil Transitoria.

Inhibitoria N°14-2005 – Cajamarca-San Marcos.

Intervención de Retener.

Lima, veintiséis de mayo del dos mil cinco.-

VISTOS; con los acompañados; y, **CONSIDERANDO:**

PRIMERO: Que, la jurisdicción es aquella potestad para administrar justicia atribuida a los jueces, quienes la ejercen aplicando las normas jurídicas generales y abstractas a los casos concretos que deban decidir. Puede definirse también como la actividad del Estado encaminada a la actuación del derecho positivo mediante la aplicación de la norma general al caso concreto; es la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado en todo tipo de procesos que corresponde exclusivamente a los jueces y tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimientos que las mismas establezcan, y tratados internacionales; **SEGUNDO:** Que, la competencia, por su parte es la porción de poder o conjunto de atribuciones que corresponden a un determinado órgano de la administración por mandato de la ley, cuyas características son: el ser expresa, improrrogable (salvo los casos previstos en la Ley) e irrenunciable; **TERCERO:** Que, el artículo ciento treintinueve de la Constitución Política del Estado señala en su inciso primero, que uno de los principios de la Administración de Justicia es la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, precisando que no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral; **CUARTO:** Que, nuestro Código Procesal regula las formas de cuestionamiento de la competencia, tales como los conflictos positivos y negativos de competencia y la inhibitoria; **QUINTO:** Que, en el presente caso, la Compañía de Explotaciones Algamarca Sociedad Anónima plantea la inhibitoria de competencia materia de pronunciamiento mediante escrito de fojas mil trece, la que ha sido tramitada como tal, conforme se desprende de los actuados remitidos a esta Suprema Sala; sin embargo, es necesario precisar que el objeto de la presente incidencia no versa sobre un tema afín a la competencia sino a la jurisdicción, cuyo cuestionamiento no solo no cuenta con un mecanismo legal previsto para tal fin, sino que además, la jurisdicción arbitral goza de autonomía constitucional, por lo que el mandato del Juez Mixto

de San Marcos, excede el ámbito de su jurisdicción; **SEXTO:** Que, además, se advierte que a fojas mil cuarentitrés, la Compañía Minera Sulliden Shahuindo Sociedad Anónima Cerrada interpuso recurso de apelación contra la resolución número cuarentinueve de fojas mil diecisiete, por la que el Juzgado Mixto de San Marcos se declaró competente para conocer el presente proceso y admite la inhibitoria de competencia positiva interpuesta por la Compañía de Exploraciones Algamarca Sociedad Anónima; al respecto, el Juez de la causa se reservó el proveído de dicho recurso, conforme se advierte a fojas mil cincuenta; por lo que estando a lo expuesto en los considerandos precedentes, debe procederse a calificar la apelación planteada con arreglo a ley; por estas consideraciones: declararon **IMPROCEDENTE** la inhibitoria de competencia planteada por la Compañía Algamarca Sociedad Anónima a fojas mil trece de autos; debiendo continuar la tramitación de la causa según su estado; y asimismo, cumplir con proveer el recurso de apelación planteado a fojas mil cuarentitrés por la Minera Sulliden Shahuindo Sociedad Anónima Cerrada; en los seguidos por la Compañía Algamarca Sociedad Anónima contra Stephane Amireault y otros, sobre interdicto de retener; con conocimiento de las partes; y los devolvieron.-

S.S.

ROMAN SA
ECHEVARF
TICONA PO
SANTOS PE
PALOMINO

Lab.



Roman S.

Ulises M. Oscategui Torres
ULISES M. OSCATEGUI TORRES
Secretario de la Sala Civil Terrestre
de la Corte Suprema

SOBRE LOS AUTORES **(Por orden alfabético)**

HENRI ALVAREZ (*Canadá*)

Socio en la firma Fasken Martineau DuMoulin LLP en Vancouver, British Columbia, Canadá. Árbitro y consejero en arbitrajes internacionales y jefe del departamento de solución de controversias internacionales del bufete. Profesor adjunto de Arbitraje Comercial Internacional y Solución de Controversias, de la Facultad de Derecho de la Universidad de British Columbia desde 1985 (e-mail: halvarez@van.fasken.com).

FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY (*Perú*)

Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). 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 (e-mail: fcantuar@upc.edu.pe).

BERNARDO M. CREMADES (*España*)

Senior partner, B. Cremades y Asociados. Doctor en Derecho Alemán por la Universidad de Colonia y Derecho Español por la Universidad de Sevilla. Presidente de la Corte Española de Arbitraje. Miembro del Institute of World Business Law de la Cámara de Comercio Internacional (ICC). Miembro del International Council for Commercial Arbitration. Co-presidente del International Financial and Secured Transactions Committee de la American Bar Association. Ha participado como abogado, árbitro o como Presidente

de tribunales arbitrales en más de 150 procedimientos de arbitraje en el marco de la Cámara de Comercio Internacional, en el ICSID del Banco Mundial, en el CIETAC de Pekín, en la Comisión Interamericana de Arbitraje, en la American Arbitration Association (e-mail: bcremadesmad@bcremades.com).

PAOLO DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO (Perú)

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Candidato al Magister en Derecho con mención en Derecho de la Competencia y de la Propiedad Intelectual por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios de Postgrado en Derecho con mención en Derecho de la Competencia en la Universidad de Salamanca, España. Secretario General del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima. Profesor del Seminario de Derecho Mercantil, Derecho Concursal y Derecho de la Competencia en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de Lima (e-mail: pdelaguila@camaralima.org.pe).

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).

GUILLELMO LOHMANN LUCA DE TENA (Perú)

Socio de Rodrigo, Elías & Medrano - Abogados. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Catedrático de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica y en la Universidad de Lima. Miembro de la Comisión de Reforma del Código Civil. 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 y del Centro de Arbitraje de AMCHAM-Perú. Autor de los Libros: *El Arbitraje*, Fondo Editorial PUCP, Lima,

1987 y *El Negocio Jurídico*, Editorial Grijley, Lima, 2000 (e-mail: JGLohmann@EstudioRodrigo.com).

OSVALDO JORGE MARZORATI

Socio Senior de Allende & Brea. Estudios universitarios: Universidad de Buenos Aires (*Diploma de Honor*); Becario de la Fundación Fullbright, 1966; Princeton University y Columbia Law School (*Master en Derecho Comparado, 1967*); Universidad de Buenos Aires, Doctorado en Derecho Comercial, 1989. Árbitro Nacional e Internacional. Miembro de la Comisión de Designación de Árbitros de la ICC. Miembro de la Comisión de Derecho Comercial de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales. Libros publicados: *El Contrato de Compraventa Internacional* (Fundación Bolsa de Comercio, 1989); *Sistemas de Distribución Comercial* (Astrea, 1989); *Derecho de los Negocios Internacionales* (Astrea, 3ª. ed. 2003, 2 tomos); *Alianzas Estratégicas y Joint Ventures* (Astrea, 1996); *Franchising* (Astrea, 2001) (e-mail: ojm@allendebrea.com.ar).

Se terminó de imprimir en los Talleres Gráficos de
Editora Jurídica Grijley <grijley@yahoo.com>,
en el mes de diciembre de 2005.

dejar en blanco las pp. 415 - 416.