



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

Procedimientos paralelos en el Arbitraje Internacional

BERNARDO M. CREMADES / IGNACIO MADALENA (ESPAÑA)

Elección y nombramiento de los árbitros. Desde el punto de vista de las partes

ERIK SCHÄFER (ALEMANIA)

Naturaleza jurídica del arbitraje y su obligatoriedad en el arbitraje testamentario

NATALE AMPRIMO PLÁ (PERÚ)

Obras adicionales y mayores metrados

EMILIO CASSINA RIVAS (PERÚ)

El exequátur en España de los laudos extranjeros

JUAN ANTONIO CREMADES SANZ-PASTOR (ESPAÑA)

La solución de controversias en los tratados de libre comercio y/o convenios bilaterales de inversión

GREGORIO MARTÍN ORÉ GUERRERO (PERÚ)

La denuncia de la Convención de Washington, ¿impide el recurso al CIADI?

FERNANDO MANTILLA-SERRANO (FRANCIA)

LAUDO ARBITRAL NACIONAL

LAUDO ARBITRAL INTERNACIONAL - CASO LUCCHETTI
Comentado por NICOLÁS LLOREDA (EE.UU.)

DECISIONES CONSTITUCIONALES Y JUDICIALES
Comentada por GUILLERMO LOHMANN LUCA DE TENA (PERÚ)

NOTICIAS ARBITRALES

6 / 2008

magna



REVISTA PERUANA DE
ARBITRAJE



REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE

COMITÉ EDITOR

JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA
PRESIDENTE

CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA
DIRECTOR EJECUTIVO

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

KATTY MENDOZA MURGADO
(ASISTENTE)

6

2008



REVISTA PERUANA DE
ARBITRAJE

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

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

© 2008, REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE
© 2008, Jorge Santistevan de Noriega
Fernando Cantuarias Salaverry
Franz Kundmüller Caminiti
Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio
Carlos Alberto Soto Coaguila
(Comité Editor)
Katty Mendoza Murgado
(Asistente)

Colaboradores:

Briana Canorio Calderón
Sofía Nathalie Tequén Córdova
Rolando Enrique Quincho Arribasplata
Frank Araujo Ramírez
Percy Victorraul Grandez Barrón
Carol Apaza Moncada
Juan Miguel Rojas Ascón
Andréé Tudela Tello
Karen Gomez Ramos
Alexandra Valdivia Guerola
Gino Valdivia Guerola

Diseño y diagramación:

Miguel A. La Rosa Y.

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

Composición e impresión:

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

Distribución:

T. (00-511) 415 4920 / 9347 3357 /
9189 8548 / 9736 2611
F. (00-511) 421 7614
revistaperuanadearbitraje@gmail.com
stequen@munizlaw.com

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

CONTENIDO

Presentación	VII
▲ Doctrina	
■ Procedimientos paralelos en el arbitraje internacional BERNARDO M. CREMADES / IGNACIO MADALENA (<i>España</i>)	3
■ Elección y nombramiento de los árbitros. Desde el punto de vista de las partes ERIK SCHÄFER (<i>Alemania</i>)	89
■ Naturaleza jurídica del arbitraje y su obligatoriedad en el arbitraje testamentario NATALE AMPRIMO PLÁ (<i>Perú</i>)	101
■ Obras adicionales y mayores metrados EMILIO CASSINA RIVAS (<i>Perú</i>)	111
■ El exequátur en España de los laudos extranjeros JUAN ANTONIO CREMADES SANZ-PASTOR (<i>España</i>)	125
■ La solución de controversias en los tratados de libre comercio y/o convenios bilaterales de inversión GREGORIO MARTÍN ORÉ GUERRERO (<i>Perú</i>)	185
■ La denuncia de la Convención de Washington, ¿impide el recurso al CIADI? FERNANDO MANTILLA-SERRANO (<i>Francia</i>)	205
▲ Laudos Arbitrales Nacionales	
■ Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE) Caso Arbitral N° 044-2006-SNCA-CONSUCODE Demandante: Consorcio Vial Chavín	

Demandado: Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Departamental - PROVÍAS	219
▲ Laudos Arbitrales Internacionales	
■ Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)	249
Caso CIADI N° ARB/03/04 Demandante: Industria Nacional de Alimentos S.A. e Indalsa Perú S.A. Demandado: Estado Peruano	289
Comentario al Caso CIADI N° ARB/03/04 El caso Lucchetti y su precedente en la jurisprudencia internacional NICOLÁS LLOREDA (<i>EE.UU.</i>)	297
▲ Decisiones Constitucionales y Judiciales	
■ Corte Superior de Justicia de Lima - Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial	
Expediente N° 1757-2006 Demandante: Compañía Minera Algamarca S.A. y Compañía de Exploraciones Algamarca Demandado: Minera Sulliden Shahuindo S.A.C.	313
Comentario a la Sentencia del Expediente N° 1757-2006 Una cuestionable anulación de laudo arbitral. Nulidad de convenio arbitral, representación de personas jurídicas y artículo 167 del Código Civil GUILLERMO LOHMANN LUCA DE TENA (<i>Perú</i>)	347
▲ Noticias Arbitrales	369
▲ Sobre los Autores	373
▲ Agradecimientos	379
▲ Índices Históricos	383
▲ Índice General	403

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

Presentación

Con gran satisfacción y entusiasmo presentamos a la comunidad arbitral el sexto número de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE.

La sexta entrega resulta emblemática por cuanto consolida la presencia de esta publicación en la sociedad jurídica y, más concretamente, en el área del arbitraje. No se trata ya de una idea utópica, ni de un logro efímero, de alas cortas, sino que es una realidad, sólida y asentada. Es por ello que todos los que hemos trabajado en este proyecto nos sentimos complacidos por el resultado. Hemos formado un estupendo equipo de trabajo que edita semestralmente la revista, en la que se publican artículos de destacados profesionales que comparten sus conocimientos, opiniones y práctica arbitral, lo que unido a la perseverancia del Comité Editor, reafirma y apuntala en cada publicación de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE, un impacto que no sólo tiene acogida en el ámbito jurídico nacional sino también en el internacional.

A través de la publicación de este número de la revista queremos sumarnos al reconocimiento brindado al Tratado de Libre Comercio entre el Perú y los Estados Unidos de Norte América que, no cabe la menor duda, será uno de los instrumentos más importantes para el incremento de la inversión extranjera y nacional en nuestro país.

El TLC Perú – Estados Unidos de Norte América contiene un capítulo extenso referido a las inversiones (Capítulo X), en el cual prevé al arbitraje como un mecanismo de solución de conflictos. Éste puede iniciarse, de ser el caso, en cualquiera de los Estados (Perú o Estados Unidos) y será nuestro propio desafío el que se ofrezca en el Perú la oportunidad de arbitrar confiablemente.

Es preciso señalar que el arbitraje adoptado en el TLC Perú – Estados Unidos de Norte América, también se encuentra previsto en la Constitución Política del Perú y en la Ley General de Arbitraje vigente.

El arbitraje, asimismo, está previsto en mecanismos especiales de protección al inversionista que el Perú ha hecho suyos. Nos referimos a la Corporación de Inversiones Privadas en el Extranjero (*Overseas Private Investment Corporation*), que tiene la finalidad de otorgar cobertura a inversiones norteamericanas que se desarrollen en el Perú, y el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA). El Perú también ha ratificado la Convención del CIADI y la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York).

En términos generales, podemos concluir que en nuestro país existe un marco legal estable y previsible para los inversionistas y que, en caso de conflictos, se encuentra previsto el arbitraje como el mecanismo de solución de conflictos por excelencia.

En este sexto número de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE, nuestros lectores podrán encontrar artículos inéditos de reconocidos árbitros internacionales como Bernardo Cremades (España), Ignacio Madalena (España), Eric Schäfer (Alemania), Juan Antonio Cremades Sanz–Pastor (España) y Fernando Mantilla–Serrano (Francia). Asimismo, nuevas plumas nacionales brindan su contribución: Natale Amprimo Plá, Emilio Cassina Rivas y Martín Oré Guerrero.

En nuestra sección de laudos arbitrales nacionales e internacionales podrán encontrar un laudo arbitral expedido sobre la base de la normativa de Contratación Pública y el laudo arbitral del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) recaído en la controversia entre la Industria Nacional de Alimentos S.A. e Indalsa Perú S.A. contra el Estado Peruano (conocido internacionalmente como «Caso Lucchetti») con un comentario del abogado colombiano Nicolás Lloreda del Estudio Sidley en Washington.

En nuestra sección de Decisiones Constitucionales y Judiciales publicamos una sentencia muy comentada en el medio arbitral que trata la controversia surgida entre las compañías mineras Algamarca S.A. y Sulliden Shahuindo S.A.C.

Finalmente, queremos destacar que este número de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE verá la luz al mismo tiempo que se lleva a cabo en Lima el II Congreso Peruano Internacional de Arbitraje, que se desarrolla con el apoyo de la Universidad San Ignacio de Loyola y el INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE - IPA. En este evento se contará con la presencia de los reconocidos árbitros internacionales: Antonio Hierro (Cuatrecasas), Alexis Mourre (Castaldi Mourre & Partners), César Coronel Jones (Coronel & Pérez), Cristian Conejero Roos (Cuatrecasas), Christian Leathley (Clifford Chance), David Orta (Arnold & Porter LLP), Eduardo Silva Romero (Dechert LLP), Erik Schäfer (Cohausz & Florack), Fernando Mantilla-Serrano (Shearman & Sterling LLP), Gonzalo Fernández (Carey & Cía.), Gonzalo Rodríguez-Matos (Hogan & Hartson LLP), Héctor Alegría (Estudio Alegría, Buey Fernández, Fissore y Montemerlo), Ignacio Suárez Anzorena (Clifford Chance), José María Alonso (Garrigues), Luis Montés (Cuatrecasas), Marco E. Schnabl (Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP), Pedro J. Martínez-Fraga (Squire, Sanders & Dempsey LLP), Ricardo Ugarte (Winston & Strawn LLP – EE.UU.), Yves Derains (Derains & Associés).

Nuestras últimas palabras son de agradecimiento a todos los auspiciadores que colaboran con publicidad en cada número de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE. También queremos agradecer a los autores que dedican valiosas horas de trabajo para redactar sus artículos y comentarios jurisprudenciales. Y finalmente, merece un especial reconocimiento nuestro equipo de trabajo⁽¹⁾ que desinteresadamente colabora en la preparación y edición de la Revista.

JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA

Presidente del Comité Editor

CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA

Director Ejecutivo

(1) Nos referimos a Katty Mendoza, Briana Canorio, Sofía Tequén, Enrique Quincho, Frank Araujo, Carol Apaza, Miguel Rojas, Percy Grandez y Miguel La Rosa.

Doctrina

Doctrina



 BERNARDO M. CREMADES (**)
IGNACIO MADALENA (***)

Procedimientos paralelos en el arbitraje internacional

SUMARIO: 1. Planteamiento del problema. 2. La litispendencia en el arbitraje internacional. 2.1. Concepto, naturaleza, regulación y aplicación al arbitraje. 2.2. Proceso judicial y arbitraje previo. 2.3. Arbitraje y proceso judicial previo. 2.4. Arbitrajes paralelos. 3. Arbitrajes múltiples y conexos. 4. El principio de cosa juzgada. 4.1. Concepto, naturaleza, regulación y aplicación al arbitraje. 4.2. El valor en el arbitraje de los laudos y sentencias dictados en litigios idénticos. 4.3. El valor en el arbitraje de los laudos dictados en litigios conexos. 5. El solapamiento de cláusulas de resolución de controversias en el arbitraje Inversor-Estado: Contrato y tratado. 5.1. Límites jurisdiccionales del Tribunal Arbitral. 5.2. La distinción entre reclamaciones y su interacción con el ordenamiento jurídico interno e internacional. 5.3. Las cláusulas de bifurcación en el camino. 5.4. La renuncia. 6. La acumulación de procedimientos en el arbitraje internacional. 6.1. Planteamiento del problema. 6.2. Requisitos necesarios para la acumulación de procedimientos. 7. Conclusión.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La internacionalización y globalización de la economía ha llevado a los diferentes agentes comerciales a la búsqueda de métodos alternativos

(*) *Senior partner*, B. Cremades y Asociados, Madrid. 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*.

(***) Asociado del B. Cremades y Asociados, Madrid. *Georgetown University Law Center* (LL.M.). *Universiteit Katholieke Leuven* (LL.M.).

de resolución de controversias que respondan a la necesidad de seguridad jurídica y rapidez en las transacciones. El arbitraje ofrece un foro neutral amoldado a las necesidades del comercio internacional, en gran parte debido a su flexibilidad de adaptación, a la voluntad de las partes, y la naturaleza del litigio. El arbitraje representa así una verdadera alternativa de la autonomía de la voluntad a la solución de los litigios, distinta a la vía judicial. El convenio arbitral, piedra angular del arbitraje, nace como una genuina manifestación de la voluntad de las partes de someter a arbitraje las controversias que puedan surgir de una determinada relación jurídica.

Los efectos positivos del convenio arbitral se traducen en la obligación de las partes de estar y pasar por lo estipulado, por lo que si una controversia se encuentra cubierta por el convenio arbitral no puede una de las partes rechazar el arbitraje. De este modo, la competencia objetiva para resolver dicha controversia, se atribuye de forma exclusiva a los árbitros, impidiendo a los jueces conocer de las cuestiones cubiertas por el convenio arbitral. Este efecto negativo del convenio ha sido regulado por diversos instrumentos convencionales, incluyendo el Convenio de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (“Convenio de NY” en adelante) y el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra en 1961 (“Convenio de Ginebra” en lo sucesivo).

No puede considerarse el arbitraje como una institución de justicia privada que opere de forma paralela a los órganos jurisdiccionales del Estado, sino como un instrumento de carácter contractual para la resolución de controversias, aunque con claros efectos jurisdiccionales⁽¹⁾. Los árbitros tienen plena potestad para decidir y el laudo arbitral despliega efectos de cosa juzgada, configurándolo como un título ejecutivo que lo equipara a la sentencia judicial. Es por ello, que el convenio arbitral no puede entenderse como un mero contrato entre las partes, aunque, formalmente y materialmente, sí lo sea, ya que constituye un negocio jurídico cuyos efectos implican la puesta en marcha

(1) CREMADES, Bernardo M., “El Arbitraje en la Doctrina Constitucional Española”, en: *Revista Internacional de Arbitraje*, Bogotá, enero - junio 2007, p. 13.

de un proceso, a pesar de la eventual resistencia por una de las partes. El convenio arbitral genera la base procesal para eventuales medidas provisionales en garantía del cumplimiento final y efectivo del laudo arbitral, así como la imposición por los jueces en su caso, de la ejecución forzosa del laudo.

La potestad jurisdiccional del árbitro no tiene el mismo alcance que la otorgada por la Ley a los Juzgados y Tribunales, ya que frente al poder de los jueces de ejecutar lo juzgado, el árbitro necesitará en ocasiones del auxilio judicial cuando la voluntad de las partes resulte insuficiente para llevar a buen fin el procedimiento, o para cumplir lo decidido en el laudo, surgiendo de ahí la necesaria relación de dependencia entre el arbitraje y los órganos jurisdiccionales de los Estados.

Los efectos positivos y negativos del convenio arbitral no impiden que, en determinadas circunstancias, una misma controversia desencadene dos o más procedimientos, con el riesgo que las decisiones que se pronuncien sean contradictorias. Se trata de aquellos casos en los que encontrándose pendiente un proceso judicial o un procedimiento arbitral una de las partes inicia en otro foro un litigio idéntico o conexo.

Diversas son las causas que pueden motivar a las partes a entablar litigios en múltiples foros, sea para obtener la tutela adecuada o para incrementar las posibilidades de éxito⁽²⁾. En el arbitraje comercial internacional, las controversias relativas a la ingeniería y la construcción ofrecen numerosos ejemplos.

El arbitraje de protección de inversiones presenta ejemplos de procedimientos en los que debe dilucidarse la responsabilidad internacional del Estado, en relación con un mismo supuesto de hecho. En una economía globalizada, la proliferación de acuerdos bilaterales para la promoción y protección recíproca de inversiones, también denominados tratados bilaterales de inversión ("TBI" en lo sucesivo), ha complicado el entramado de mecanismos de resolución de controversias mercantiles internacionales, ampliando el elenco de foros en los que personas físicas y jurídicas pueden reclamar la responsabilidad del Estado.

(2) GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje y la Judicatura*, 2007, pp. 87-88.

Los TBI establecen el marco legal para los inversores de ambos Estados e incorporan cláusulas detalladas de resolución de controversias entre el inversor y el Estado receptor, previendo un proceso de resolución de las mismas que requiere una cuidadosa elección de jurisdicción por parte del inversor. Adicionalmente, la inversión extranjera implica contratos entre el inversor y alguna entidad pública del Estado receptor, revistiendo en numerosas ocasiones la forma de un contrato de concesión. Estos contratos otorgan derechos y obligaciones para las partes, con independencia del marco convencional previsto en el TBI, configurando normalmente un régimen de resolución de controversias que permiten a la actora sustanciar cualquier reclamación contractual ante el foro que el contrato prescriba, judicial o arbitral. La jurisdicción final para la resolución de una controversia de inversión depende así de la elección que efectúe el inversor.

El inversor puede ejercitar los derechos derivados del contrato –de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula de resolución de controversias acordada– o bien activar el derecho procesal que el TBI confiere al inversor frente al Estado, para que la controversia relacionada con su inversión sea dilucidada conforme a los estándares o derechos sustantivos, según lo establezca el tratado. La distinción entre las reclamaciones derivadas de un tratado de aquellas de naturaleza puramente contractual puede resultar problemática, como lo demuestra la jurisprudencia reciente del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) ya que, en la práctica, los derechos contractuales y los derechos derivados de un tratado pueden encontrarse entrelazados, de tal manera que un intento de ejercitar ambos simultáneamente desencadenará en un indudable riesgo de duplicación de procedimientos.

Asimismo, la práctica arbitral internacional ha demostrado que los inversores pueden alegar la violación de varios TBI y reclamar indemnizaciones contra el Estado a través de diferentes procedimientos arbitrales, cada uno de ellos en virtud de un TBI distinto pero en relación con una única inversión y medida del Estado. Asimismo, los TBI protegen no sólo las inversiones efectuadas directamente por los nacionales de los Estados parte, sino aquellas realizadas indirectamente por una sociedad controlada por un nacional de un tercer Estado. El

capital de una sociedad establecida en el Estado receptor, como el vehículo necesario para llevar a cabo un determinado proyecto de inversión, puede encontrarse fragmentado entre una multiplicidad de accionistas minoritarios de nacionalidades distintas, lo que no descarta la posibilidad de que un Estado pueda potencialmente hacer frente a varios arbitrajes conforme a TBI distintos, en relación con un mismo supuesto de hecho.

La doctrina no ha llegado todavía a una solución consensuada frente a los problemas que plantea la litispendencia y la cosa juzgada en el arbitraje internacional, con excepción de las recomendaciones formuladas por la *International Law Association* para que la buena administración de la justicia arbitral tenga en cuenta la necesidad de una eficaz coordinación de los procedimientos (“Recomendaciones de la ILA” en lo sucesivo)⁽³⁾.

Se ha considerado la aplicación al arbitraje de diversos mecanismos destinados a evitar las causas o paliar los indeseables efectos de la sustanciación de procedimientos que sobre un mismo litigio hayan sido planteados. Estos mecanismos incluyen instrumentos típicamente procesales como son las excepciones de litispendencia y de cosa juzgada. Asimismo, el principio de *Kompetenz-Kompetenz*, que reconoce la facultad de los árbitros para decidir sobre su propia competencia, juega un papel crucial a la hora de dilucidar los problemas jurisdiccionales que pueda plantear la existencia de un procedimiento paralelo. Por otro lado, diversas técnicas se han desarrollado convencionalmente, principalmente en el contexto del arbitraje de protección de inversiones, destinadas a evitar que un mismo litigio sea instado en foros distintos. Se trata de las denominadas cláusulas *fork-in-the-road* o cláusulas de bifurcación en el camino. Otros instrumentos convencionales incluyen la renuncia o *wavier*, y la posibilidad de acumulación.

⁽³⁾ THE INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, “*Res Judicata* and Arbitration”, in: *Report of the Seventy-First Conference*, Berlín, 2004, y “Final Report on *Lis Pendens* and Arbitration”, en: *Report of the Seventy-Second Conference*, Toronto, 2006. Ambos informes se encuentran disponibles en la página de Internet de la *International Law Association* (<http://www.ilahq.org>).

2. LA LITISPENDENCIA EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

2.1. Concepto, naturaleza, regulación y aplicación al arbitraje

Etimológicamente, la litispendencia o *lis pendens* se refiere a la pendencia del proceso. Se trata, por lo tanto, de un estado procesal que surge del nacimiento del proceso, que constituye una excepción tendiente a evitar la tramitación simultánea de un segundo proceso entre las mismas partes y en relación con el mismo objeto y causa de pedir, anticipándose, de este modo, a la cosa juzgada⁽⁴⁾.

En palabras de Gutiérrez de Cabiedes, “(...) la litispendencia es un remedio procesal, excepción o no, para evitar la simultánea tramitación de dos procesos idénticos, mediante la exclusión del segundo proceso en el tiempo (...)”⁽⁵⁾. Es por ello que la litispendencia tiene un efecto obstativo para las partes de promover pretensiones idénticas en nuevos procesos, evitando de este modo decisiones incompatibles o contradictorias.

La litispendencia requiere la concurrencia de una triple identidad entre ambos procesos (el pendiente y el que se incoa posterior a aquél) en relación con los sujetos, objeto y causa de pedir. La primera de las condiciones –la identidad de sujetos– existe incluso cuando las partes del primer proceso adopten posiciones invertidas en el segundo. Por su parte, el objeto constituye “(...) el bien jurídico cuya protección o concesión se solicita del Juzgado (...)”⁽⁶⁾, que puede identificarse en el *petitum* o suplico de la demanda y que servirá para comparar las acciones ejercitadas en ambos procesos. En tercer lugar, la causa de pedir la constituye el conjunto de hechos alegados por la parte demandante para justificar su petición, con independencia de la calificación jurídica que la actora haga de los mismos.

(4) SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, “Litispendencia”, en: *Conferencia pronunciada en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de La Laguna*, en el transcurso de las V Jornadas de Profesores de Derecho Procesal, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1969, pp. 653-656.

(5) GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, “La litispendencia”, en: *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1969, p. 607.

(6) SERRA DOMÍNGUEZ, supra nota 4, p. 675.

En Derecho procesal internacional, la litispendencia opera cuando existen dos o más litigios pendientes, en relación con una misma pretensión, pero ante órganos jurisdiccionales de Estados distintos. El Derecho español no establece un régimen regulador de la excepción de litispendencia internacional, reconociéndose, sin embargo, la aplicación analógica del régimen convencional establecido por el Convenio de Bruselas de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. En marzo de 2002, el Convenio de Bruselas de 1968 fue reemplazado por el Reglamento (CE) N° 44/2001 del Consejo sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

El artículo 27 del Reglamento 44/2001 (ex artículo 21 del Convenio Bruselas) obliga al juez nacional a suspender el segundo procedimiento o a inhibirse, en el caso de que el primer juez se haya declarado competente, suspendiendo el procedimiento hasta que el primer juez haya decidido sobre su competencia. Los presupuestos de identidad de sujetos, objeto y causa de pedir se mantienen para que exista litispendencia internacional, debiendo por lo tanto ser idénticos los procesos que se encuentran pendientes. Por otro lado, el artículo 28 del mismo Reglamento (ex artículo 22 del Convenio Bruselas) se refiere a las “demandas conexas” estableciendo que cuando dichas demandas “(...) estuvieren pendientes ante tribunales de Estados miembros diferentes, el tribunal ante el que se hubiere presentado la demanda posterior podrá suspender el procedimiento (...)”. Ambos artículos reconocen la posibilidad de que el juez nacional suspenda el proceso, evitando de este modo que se dicten sentencias judiciales contradictorias⁽⁷⁾.

En España, la Ley 1/2000, del 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) proporciona un régimen específico de regulación de la litispendencia en el supuesto de que se encuentren dos o más procesos judiciales pendientes entre las mismas partes, en relación con el mismo

(7) VIRGOS SORIANO, Miguel / GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., *Derecho Procesal Civil Internacional*, 2000, pp. 243-258. Conforme al artículo 22 del Reglamento 44/2001 “(...) se considerarán conexas, a los efectos del presente artículo, las demandas vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser inconciliables si los asuntos fueren juzgados separadamente”.

objeto litigioso y causa de pedir. El artículo 421.1 de la LEC establece que “(...) cuando el Tribunal aprecie la pendencia de otro juicio o la existencia de resolución firme sobre objeto idéntico (...) dará por finalizada la audiencia y dictará, en el plazo de los siguientes cinco días, auto de sobreseimiento”. Se trata, sin embargo, de una norma aplicable a la pendencia simultánea de procesos ante órganos jurisdiccionales distintos, sin mención expresa al arbitraje.

En el ámbito estrictamente procesal, la excepción de litispendencia tiene por objeto impedir que se pueda plantear el mismo litigio ante dos jurisdicciones de un mismo Estado o de dos Estados diferentes cuando las reglas de atribución de la competencia (nacional o internacional), otorgan a ambas competencia para conocer de un mismo asunto. Frente a estos casos, tanto el régimen autónomo como el convencional establecen mecanismos para evitar lo que en ocasiones puede llegar a constituir un fraude procesal, o para evitar que las partes padezcan dobles procesos o se enfrenten a decisiones contradictorias.

Sin embargo, la excepción de litispendencia, asentada en el Derecho procesal nacional, no opera necesariamente en aquellos supuestos en los que una de las partes inicia un proceso judicial mientras se encuentra pendiente un arbitraje de idénticos sujetos, *petita y causa petendi*. El arbitraje, como un mero equivalente jurisdiccional, no puede equipararse a los órganos jurisdiccionales del Estado, ya que el arbitraje no constituye un verdadero proceso. Por lo tanto, en el supuesto de inicio de un proceso judicial sobre un litigio ya pendiente ante un tribunal arbitral, la única respuesta que los ordenamientos jurídicos ofrecen es la vía de la declinatoria de jurisdicción como único mecanismo para el tratamiento procesal de la falta de competencia del tribunal estatal. En estos casos, la existencia de un convenio arbitral entre las partes debe alegarse en tiempo y forma, de lo contrario se presumirá que las partes se han sometido tácitamente a la jurisdicción estatal, renunciando al arbitraje que en su día pactaron.

Tampoco resulta aplicable la excepción de litispendencia en aquellos supuestos en los que una de las partes inicia un arbitraje mientras se encuentra pendiente un proceso judicial sobre el mismo litigio, a pesar de que exista entre las partes un convenio arbitral anterior al proceso judicial. La inoperatividad de la excepción de litispendencia arbitral

resulta en estos casos del principio de sumisión tácita a la jurisdicción estatal. Si las partes pusieron en marcha un proceso judicial sin interponer en tiempo y forma la correspondiente declinatoria, se entenderá que las partes se han sometido tácitamente a la jurisdicción estatal. Es en definitiva, como veremos, la aplicación de la teoría de los actos propios: cada parte, al realizar actos procesales habría renunciado tácitamente a la posibilidad de iniciar un arbitraje. Nada ha impedido, sin embargo, que en determinadas ocasiones un tribunal arbitral haya decidido continuar con el procedimiento, a pesar de encontrarse pendiente un mismo litigio ante los órganos jurisdiccionales de un Estado entre las mismas partes del arbitraje. En estos supuestos, la situación de pendencia supone un innegable riesgo de decisiones contradictorias.

La excepción de litispendencia puede plantearse en aquellos supuestos en los que encontrándose un arbitraje pendiente entre las partes, una de ellas inicie contra la otra un arbitraje paralelo relativo a la misma relación jurídica. Este supuesto podría, sin duda, darse en aquellos casos en los que el convenio arbitral prevea la elección entre varias instituciones arbitrales en relación con las controversias que puedan surgir de un mismo contrato. En estos casos, la parte interesada deberá plantear en tiempo y forma oportuna la excepción a la jurisdicción del tribunal arbitral.

2.2. Proceso judicial y arbitraje previo

Uno de los efectos fundamentales del convenio arbitral consiste en impedir a jueces y tribunales conocer de las cuestiones que las partes han sometido a arbitraje⁽⁸⁾. Se trata de los llamados efectos positivos y negativos del convenio arbitral recogidos por las principales legislaciones nacionales. En España, por ejemplo, el artículo 11 de la Ley de Arbitraje⁽⁹⁾, (La “LA” en lo sucesivo) regula los efectos del convenio arbitral en los siguientes términos:

(8) CREMADES, Bernardo M., “Del Convenio Arbitral y sus Efectos, artículos 9 y 11 de la Ley N° 60-2003, de Arbitraje”, en: DE MARTÍN MUÑOZ, Alberto/HIERRO ANIBARRO, Santiago, (Coordinadores), *Comentario a la Ley de Arbitraje*, 2006, pp. 303 y ss.

(9) “Ley 60/2003 de Arbitraje”, en: *BOE N° 309*, pp. 46097-46109.

1. El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria.
2. La declinatoria no impedirá la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales.
3. El convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares, ni a éste concederlas.

Por lo tanto, si las partes convinieron la sumisión de una determinada controversia a arbitraje, no puede una de ellas negarse a cumplir lo pactado. La competencia objetiva para resolver dichas cuestiones litigiosas se atribuye a los árbitros, en virtud del principio de *Kompetenz-Kompetenz*. Sin embargo, los efectos positivos del convenio arbitral son dispositivos para las partes, sin que en ningún caso pueda entenderse como una renuncia tácita al arbitraje la solicitud de medidas cautelares a un órgano judicial, conforme lo establece el artículo 11.3 de la LA, impidiendo de este modo que la solicitud de dichas medidas neutralice el efecto positivo del convenio.

El convenio arbitral, además de obligar a las partes a cumplir lo estipulado, permitirá a la demandada oponerse al proceso, denunciando la falta de competencia por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional. En los términos del artículo 63.1 de la LEC,

“(...) mediante declinatoria, el demandado y los que puedan ser parte legítima en el juicio promovido podrán denunciar la falta de jurisdicción del Tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda, por corresponder el conocimiento de esta a Tribunales extranjeros, a órganos de otro orden jurisdiccional o a árbitros (...)”. Conforme al artículo 64 de la LEC, la declinatoria suspende el proceso judicial, pero este efecto suspensivo no tiene lugar en la iniciación o prosecución del procedimiento arbitral (artículo 11.2 de la LA).

Los efectos negativos del convenio arbitral se encuentran previstos por el artículo II (3) del Convenio de NY:

“(...) el tribunal de uno de los Estados contratantes al que se haya sometido 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”⁽¹⁰⁾.

El artículo II (3) del Convenio de NY se encuentra reflejado en el artículo 8(1) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (La “Ley Modelo” en adelante)⁽¹¹⁾, así como numerosas legislaciones estatales, incluyendo el artículo 11 LA, siendo el objetivo primordial de estos preceptos evitar que una de las partes en un arbitraje pueda recurrir a los órganos jurisdiccionales del Estado como táctica dilatoria del procedimiento. Así, el juez podrá declararse incompetente para conocer de un asunto previamente sometido a arbitraje si: (a) el procedimiento versa sobre una materia no susceptible de someterse a arbitraje; o (b) el convenio arbitral es nulo, ineficaz o inaplicable. Sin embargo, nada dice el Convenio de NY sobre la extensión y naturaleza del análisis que del convenio arbitral efectúe el juez nacional. Las legislaciones de los Estados han adoptado diferentes enfoques, permitiendo en unos casos un examen completo y exhaustivo de las cuestiones (a) y (b) mencionadas; o restringiendo en mayor o menor medida el campo de revisión a una mera evaluación superficial de estas cuestiones.

⁽¹⁰⁾ El artículo VI(1) del Convenio de Ginebra contempla una situación similar al artículo II (3) del Convenio de Nueva York, estableciendo que “(...) toda excepción o declinatoria por incompetencia del tribunal estatal basada en la existencia de un acuerdo o compromiso arbitral e intentada ante el tribunal estatal ante el cual se promovió el asunto por una de las partes el acuerdo o compromiso arbitral, deberá ser propuesta por el demandado, so pena de pérdida de derechos por vencimiento del plazo, antes o en el mismo momento de presentar sus pretensiones o alegaciones en cuanto al fondo, según que la Ley del país del tribunal considere tal excepción como una cuestión de Derecho procesal o sustantivo”.

⁽¹¹⁾ http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html.

La legislación española ha optado por el segundo de estos enfoques, restringiendo las facultades del juez para decidir sobre la validez o nulidad del convenio arbitral, ya que esta corresponderá en principio a los árbitros (artículo 22.1 de la LA). Sin embargo, de la lectura del artículo 11.2 de la LA, se desprende que la tramitación simultánea de un procedimiento arbitral y un proceso judicial entre las mismas partes y con el mismo objeto no produce litispendencia, por lo que no es posible plantear esta excepción para excluir un proceso judicial estando pendiente un procedimiento arbitral incoado con anterioridad. No impide este precepto, sin embargo, la indeseable situación de que iniciado un arbitraje el demandado plantee la misma cuestión ante los órganos judiciales, ya que si formulada la declinatoria ésta fuese desestimada coexistiría un proceso judicial con un arbitraje previo pudiendo resultar en resoluciones –judiciales y arbitrales– contradictorias.

Este carácter favorable al arbitraje lo encontramos en otras legislaciones, no necesariamente inspiradas en la Ley Modelo, como es el caso del Código de Proceso Civil Francés (NCPC) que reconoce el principio de *Kompetenz-Kompetenz*⁽¹²⁾. El artículo 1458 del NCPC dispone que en caso de que una controversia de la que esté conociendo un tribunal arbitral se someta a un tribunal del Estado, el juez deberá declararse incompetente, sin que pueda considerar la validez o nulidad del convenio arbitral. En los casos en los que el tribunal arbitral no estuviera aún conociendo de la controversia, el juez francés deberá igualmente declararse incompetente, a no ser que el convenio arbitral fuera manifiestamente nulo. En ambos supuestos, la existencia de un convenio arbitral o de un procedimiento arbitral previo deberá ser alegada por la parte interesada, sin que en ningún caso el juez pueda apreciar de oficio su falta de competencia.

En el Reino Unido, la sección 9, párrafo 4 de la Ley de Arbitraje señala que el juez deberá estimar toda solicitud de suspensión del proceso judicial por la existencia de un convenio arbitral, a menos que se demuestre que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable. La legislación británica refleja, por lo tanto, los principios del Convenio de NY,

(12) Introducido por el Decreto N° 81-500 de 12 de mayo de 1981, Boletín Oficial de 14 de mayo de 1981 modificado JORF de 21 de mayo de 1981.

sin establecer límites precisos al ámbito de revisión por parte del juez nacional. Sin embargo, la postura de los tribunales británicos ha sido la de suspender el proceso judicial si éste fue iniciado incumpliendo lo dispuesto en un convenio arbitral, independientemente de que el arbitraje tenga su sede en el Reino Unido o en el extranjero⁽¹³⁾. Asimismo, los tribunales ingleses suspenderán el proceso si existe un arbitraje conexo entre una de las partes con un tercero en el extranjero, entendiéndose por conexidad la existencia de dos litigios que presentan elementos comunes, aunque las partes no sean las mismas, si la resolución que llegue a dictarse en el primero pudiese tener alguna eficacia (cosa juzgada) en el segundo. En estos casos, en interés de la justicia y la economía procesal, los tribunales ingleses suspenderán el proceso⁽¹⁴⁾.

En la legislación suiza, el artículo 7 (b) del Código de Derecho Internacional Privado, sigue una postura similar a la británica, permitiendo al juez nacional decidir sobre la jurisdicción de los árbitros de forma previa al propio tribunal arbitral, cuando existiendo un arbitraje pendiente entre las partes, alguna de ellas cuestione la validez del convenio ante el juez nacional. Esta hipótesis ha planteado la polémica cuestión de si la decisión judicial que decida sobre la validez del convenio tiene efectos vinculantes en relación con el tribunal arbitral; y si el tribunal debería, en estos casos, suspender el procedimiento arbitral hasta que el juez haya dictado la correspondiente resolución.

Tanto el régimen autónomo como el convencional adoptan enfoques distintos en relación con la litispendencia, en aquellos casos en los que existiendo un convenio arbitral o un procedimiento arbitral entre las partes, una de ellas inicie un proceso judicial contra la otra, en relación con un mismo litigio. En estos casos, el Convenio de NY y las legislaciones nacionales de los Estados Miembros permiten a la parte demandada ejercitar la oportuna excepción procesal –la declinatoria, en España– solicitando al juez que se inhíba y remita a las partes al arbitraje pactado, previo examen por parte del juez de la validez, eficacia y aplicabilidad del convenio arbitral.

(13) *Capital Trust Investments v. Radio Design*, 2002 EWCA Civ 135.

(14) *Reichhold Norway v. Goldman Sach*, 2000, 2 AII E.R. 679.

La excepción de litispendencia no procede en el supuesto de proceso judicial y arbitraje previo, ya que éste último no constituye un proceso ante un órgano jurisdiccional del Estado, sino un método de resolución de controversias de naturaleza eminentemente contractual, aunque sea calificado constitucionalmente como un equivalente jurisdiccional⁽¹⁵⁾. Por lo tanto, no puede el arbitraje producir una auténtica litispendencia⁽¹⁶⁾. Tanto en el Derecho español como en el Derecho comparado se aprecia que la fórmula procesal en estos casos es la objeción a la jurisdicción y competencia de los jueces y tribunales –en España mediante la declinatoria– por encontrarse la disputa previamente sometida a los árbitros, debiendo en cualquier caso ésta alegarse en el tiempo y forma que prescriba la legislación procesal vigente.

2.3. Arbitraje y proceso judicial previo

Encontrándose un litigio pendiente entre las partes ante los órganos jurisdiccionales de un Estado, una de las partes (normalmente la demandada) podría iniciar un arbitraje contra la otra en relación con el mismo objeto de litigio y sobre la misma causa de pedir. La primera cuestión que plantea este supuesto es si puede o no aplicarse al arbitraje el principio de litispendencia, debiendo en dicho caso los árbitros suspender el procedimiento.

Los asuntos Buenaventura y Fomento reflejan esta problemática. Ambos involucraban partes en Latinoamérica, en relación con un contrato en el que se había pactado un procedimiento de resolución de controversias más o menos escalonado, incluyendo la eventual sumisión a arbitraje, con sede en Suiza, de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (“el Reglamento de la ICC” en adelante). Al surgir controversias entre las partes en

(15) El Tribunal Constitucional Español configura el arbitraje como “(...) un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que de la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de cosa juzgada”. *Vide* Sentencia del Tribunal Constitucional 15/1987 y SSTC 15/1989, fundamento jurídico 9º; 62/1991, fundamento jurídico 5º; 288/1993, fundamento jurídico 3º; 174/1995; 1996/75; 1996/146; 1996/176; 1997/196.

(16) GUTIÉRREZ DE CABIEDES, “La litispendencia”, cit., supra nota 5, p. 348.

relación con el contrato, una de las partes presentó varias reclamaciones ante los tribunales de Perú y Panamá, a pesar de que las partes habían acordado previamente la sumisión a arbitraje, solicitando posteriormente ante los tribunales suizos la suspensión del arbitraje que la contraparte había instado.

En Compañía Minera Condesa S.A. y Compañía de Minas Buenaventura c. BRGM-Perú SAS, Buenaventura y la sociedad estatal francesa Bureau De Recherches Géologiques Et Minières (BRGM) negociaron en 1984 la participación de Buenaventura en la sociedad Cedimin S.A., filial en Perú de BRGM, íntegramente participada por Société d'Études de Recherches et d'Exploitations Minières (BRGM-Perú SAS). Buenaventura, BRGM-Perú y Cedimin S.A. concluyeron un acuerdo en febrero de 1985 por el que convinieron que los estatutos de Cedimin serían modificados reconociendo el derecho de suscripción preferente de las compañías accionistas. Tanto el acuerdo como los estatutos modificados incluían una cláusula arbitral, en virtud del cual cualquier disputa que surgiera entre las partes en relación con el mencionado acuerdo o los estatutos, debía someterse a un arbitraje en Suiza, de conformidad con el Reglamento de la ICC.

Cuando en el año 1996 BRGM decide vender una parte sustancial de sus acciones en BRGM-Perú a la australiana Normandy Mining Ltd. (Normandy), Buenaventura y Compañía Minera Condesa S.A. (Condesa), también accionista de BRGM-Perú, alegaron una violación de su derecho de suscripción preferente; y en febrero de 1995 iniciaron un proceso judicial ante los tribunales de Lima contra BRGM y BRGM-Perú. Las demandadas excepcionaron la falta de jurisdicción de los tribunales peruanos por la existencia de un convenio arbitral entre las partes. Posteriormente, conforme a dicho convenio arbitral, BRGM-Perú inició un arbitraje en Zurich, frente a Buenaventura y Condesa, de acuerdo con el Reglamento de la ICC.

El 16 de diciembre de 1996, la Corte de Apelaciones de Lima desestimó la objeción de las demandadas de que la disputa debía someterse a arbitraje, ya que no todas las partes implicadas en el proceso judicial habían afirmado el convenio arbitral. En concreto, la Corte desestimó a la excepción de sumisión a arbitraje porque Normandy y Cedemin, frente a las que no podía oponerse el convenio arbitral, se verían afectadas por el

laudo que pudiese dictarse en el arbitraje entre Buenaventura y BRGM, sin que Normandy y Cedemin tuviesen oportunidad de participar en dicho arbitraje. Por lo tanto, la Corte estimó conveniente decidir la totalidad de la disputa entre los accionistas, incluyendo el litigio entre Buenaventura y BRGM, con el fin de evitar decisiones contradictorias.

El arbitraje continuó sustanciándose en Suiza, ante el que Buenaventura objetó la jurisdicción del tribunal arbitral sobre la base de que el mismo litigio, entre las mismas partes, se encontraba pendiente ante los tribunales peruanos. Buenaventura solicitó al tribunal arbitral la suspensión del procedimiento, conforme al artículo 9 del Capítulo XII del Código Federal de Derecho Internacional Privado (CFDIP) que recoge el principio de litispendencia entre órganos jurisdiccionales suizos y extranjeros. El tribunal arbitral consideró que tenía jurisdicción y competencia para decidir sobre el fondo del asunto, independientemente de que se estuviera sustanciando un mismo litigio entre las partes ante los tribunales peruanos, al considerar que el convenio arbitral entre las partes era válido y abarcaba el objeto de las reclamaciones presentadas.

Buenaventura pretendió posteriormente la anulación del laudo sobre jurisdicción ante los tribunales suizos, que fue desestimada por el Tribunal Federal, al considerar como una cuestión controvertida la posibilidad de que el artículo 9 del CFDIP fuese de aplicación al arbitraje. El Tribunal Federal no estimó, sin embargo, necesario entrar a conocer de esta cuestión ya que a su juicio no existía una verdadera litispendencia entre el litigio en Perú y el arbitraje en Suiza, porque la sentencia que eventualmente dictasen los tribunales peruanos no podría ser objeto de reconocimiento y ejecución en Suiza, al haberse infringido por parte de los tribunales peruanos la obligación, conforme al Artículo II (3) del Convenio de NY, de remitir a las partes al arbitraje.

Posteriormente, la sentencia del Tribunal Suizo en el asunto Fomento fue polémica. Su decisión del año 2001 en relación con el arbitraje Fomento de Construcciones y Contratas S.A. v. Colon Container Terminal S.A., generó especial preocupación de que en los arbitrajes internacionales con sede en Suiza, una de las partes pudiese dilatar el procedimiento mediante maniobras procesales, consistentes precisamente en cuestionar ante los órganos judiciales suizos la validez del convenio arbitral.

El arbitraje Fomento surgió de la disputa entre la compañía española Fomento de Construcciones y Contratas S.A. (FCC) y la compañía panameña Colon Container Terminal S.A. (CCT). Las partes habían suscrito un contrato por el que CCT encomendaba a FCC la ejecución de una obra civil en la República de Panamá, pactando el arbitraje para la solución de controversias que pudieran surgir de dicho contrato, conforme al Reglamento de la ICC, al amparo del artículo 67 de las Condiciones de Contrato para Obras de Construcción de Ingeniería Civil, publicadas en 1987 por la *Federation Internationale des Ingenieurs-Conseils* (FIDIC) las cuales fueron expresamente incorporadas en el contrato⁽¹⁷⁾.

En marzo de 1998, FCC planteó ante los tribunales de la República de Panamá varios procesos judiciales contra CCT, solicitando *inter alia* la declaración de nulidad del contrato, así como de las fianzas de cumplimiento vinculadas a dicho contrato. CCT cuestionó la jurisdicción y competencia de los tribunales panameños, ya que el asunto debía ser sometido a arbitraje conforme a lo establecido en el contrato, pero la excepción fue desestimada en primera instancia por los tribunales panameños al considerar que había sido formulada fuera de plazo⁽¹⁸⁾.

CCT apeló la decisión de los tribunales panameños e inició posteriormente un arbitraje en Ginebra, Suiza, de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la ICC, de acuerdo con la cláusula arbitral del contrato. En dicho arbitraje, FCC excepcionó la falta de jurisdicción y competencia del tribunal arbitral, por la existencia de diversos procedimientos judiciales pendientes ante los tribunales de Panamá, a los que las partes habían sometido ya las diferencias existentes entre ellas derivadas del mencionado contrato. Posteriormente, la Corte de Apelaciones de Panamá anuló la sentencia en primera instancia y confirmó que la excepción de sumisión a arbitraje había sido presentada por CCT en el

(17) La cláusula 67 estipulaba que las controversias entre las partes fueran sometidas a un Ingeniero, facultado conforme al contrato para hacer recomendaciones vinculantes a no ser que una parte iniciase un procedimiento arbitral.

(18) Juzgado Cuarto de Circuito, Auto N° 1796 de 26 de junio de 1998, declarando extemporáneo el escrito de proposición de incidente de nulidad propuesto por CCT.

plazo legalmente previsto⁽¹⁹⁾. Frente a la decisión de la Corte de Apelaciones, FCC presentó el correspondiente recurso de apelación ante el Tribunal Supremo de Panamá, pero el procedimiento arbitral continuó en Ginebra.

Por su parte, los árbitros, persuadidos en parte por la decisión de los tribunales panameños, desestimaron las objeciones de FCC y prosiguieron con el procedimiento arbitral, conforme al laudo parcial de 30 de enero de 2000. Sin embargo, el 22 de enero de 2001, el Tribunal Supremo de Panamá dictó sentencia confirmando la decisión de los tribunales panameños en primera instancia, desestimando la excepción de sumisión a arbitraje que CCT había planteado en primera instancia⁽²⁰⁾.

Posteriormente, FCC recurrió el laudo ante el Tribunal Federal Suizo, solicitando su anulación sobre la base de que los árbitros habían dictado el laudo careciendo de la debida jurisdicción. Las alegaciones de FCC ante el Tribunal Federal se centraron en la sumisión tácita por parte de CCT a los tribunales panameños. El Tribunal Federal consideró si los árbitros se encontraban facultados para decidir sobre su propia jurisdicción o si debían haber aplicado el principio de litispendencia y suspendido el procedimiento arbitral, hasta que los tribunales panameños hubieran dictado sentencia firme que decidiese sobre la excepción de sumisión arbitraje planteada. El Tribunal Federal suizo consideró como cuestión de orden público evitar decisiones contradictorias en relación con el mismo asunto, incluyendo laudos y sentencias judiciales; y que uno de los mecanismos previstos para evitar decisiones contradictorias es el principio de litispendencia –que el Tribunal consideró íntimamente ligado al de cosa juzgada– en virtud del cual un tribunal debe suspender el procedimiento si existe otro ante el que se ha planteado el mismo litigio, entre las mismas partes. El Tribunal consideró de aplicación directa al arbitraje el principio de litispendencia, previsto en el artículo 9 CFDIP, por lo que los árbitros debieron haber suspendido

(19) CCT recurre ante el Primer Tribunal Superior de Justicia, que revoca el auto N° 1796 mediante resolución de 23 de febrero de 1999.

(20) Corte Suprema de Justicia de Panamá, Sala de lo Civil, sentencia por la que se invalida el auto de 25 de julio de 2000 y se ordena su remisión al Juzgado Cuarto de Circuito mediante resolución de 22 de enero de 2001.

el procedimiento por la existencia de un proceso judicial previo, motivo suficiente por el que el laudo debía ser anulado⁽²¹⁾.

Por otro lado, el Tribunal Federal Suizo señaló que la naturaleza del arbitraje, incluido el internacional, no implica una regla prioritaria que permita a los árbitros decidir sobre su propia competencia con anterioridad a cualquier otro orden jurisdiccional, sin que existan limitaciones a las competencias de los órganos jurisdiccionales del Estado de revisar el laudo objeto del caso, estando ambos, árbitros y jueces, facultados para decidir sobre la jurisdicción y competencia del tribunal arbitral, debiendo cualquier conflicto resolverse mediante la aplicación del principio de litispendencia.

Frente a la crítica que suscitó la decisión del Tribunal Federal Suizo, es de señalar que el fundamento de su decisión no fue tanto la falta de aplicación por los árbitros del principio de litispendencia, como la sumisión tácita y previa de las partes a la jurisdicción de los tribunales panameños. Las partes no pusieron en marcha el arbitraje conforme al contrato, sino que acudieron a la jurisdicción panameña iniciando un proceso sobre el fondo del asunto, realizando actos procesales suficientemente relevantes, respecto de los cuales el Tribunal Federal Suizo no tuvo duda alguna que constituían un sometimiento tácito a los órganos jurisdiccionales de la República de Panamá, renunciando al arbitraje que en su día pactaron en el contrato.

Los aspectos más espinosos de la anulación del laudo por el Tribunal Federal Suizo se encuentran en los razonamientos jurídicos que llevaron al tribunal a anular el laudo, al considerar que el principio de litispendencia, aplicable entre órganos jurisdiccionales del Estado, resultaba también de aplicación al arbitraje entre Fomento y CCT. A nuestro entender, la imposibilidad del desarrollo del procedimiento arbitral y la falta de jurisdicción de los árbitros no radicaba en la pendencia del litigio ante los tribunales panameños, sino en la falta de jurisdicción de los árbitros por novación de la cláusula de elección de foro, fruto de la iniciación y participación de ambas partes en el proceso judicial de Panamá.

⁽²¹⁾ Fomento de Construcciones y Contratas S.A. c. Colon Container Terminal S.A., Sentencia del Tribunal Federal Suizo de 15 de mayo, ATF 127 III, 2001.

La decisión del Tribunal Federal en el caso Fomento trajo como consecuencia la enmienda por parte del legislador suizo del Capítulo XII del CFDIP, aprobándose un nuevo artículo 186, que reconoce la facultad de los árbitros de decidir sobre su propia jurisdicción, no obstante la existencia de un proceso judicial pendiente por el mismo asunto, entre las mismas partes, ante los órganos jurisdiccionales de un Estado o ante otro tribunal arbitral, a menos que existan razones serias para aplazar el procedimiento⁽²²⁾. La enmienda, en vigor el 1 de marzo de 2007, permite a un tribunal arbitral suizo continuar con el procedimiento, sin suspenderlo, cuando así lo crea conforme a un convenio arbitral válido, a pesar de que exista un litigio previo sobre la misma causa y entre las mismas partes, reconociendo así el legislador la supremacía del principio arbitral de *Kompetenz-Kompetenz* frente al procesal de litispendencia⁽²³⁾.

Entendemos que no existe renuncia tácita al arbitraje pactado en aquellos casos en los que la demandada formule, en el plazo legalmente previsto, la excepción de sumisión a arbitraje junto con la contestación a la demanda, oponiéndose no sólo a la jurisdicción y competencia del juez nacional, sino también a la demanda en cuanto al fondo. En España, la Sentencia de Tribunal Supremo (STS) del 18 de julio de 2005 no deja lugar a dudas de que en estos casos no existe renuncia alguna. Lo mismo cabe decir en aquellos casos en los que la demandada conteste la demanda y reconvenga, pero en el mismo escrito plantee la oportuna excepción, articulando *ad cautelam* sus pretensiones sobre el fondo (STS de 25 de octubre de 2005 y de 5 de diciembre de 2005).

Por otro lado, el Título IV de la LA, en su artículo 22, es de aplicación en aquellos supuestos en los que una de las partes ha iniciado un arbitraje existiendo pendencia del mismo litigio en un proceso judicial.

(22) La redacción original del artículo 186 (1bis) del CFDIP Suizo establece: “*Il statue sur sa compétence sans égard à une action ayant le même objet déjà pendante entre les mêmes parties devant un autre tribunal étatique ou arbitral, sauf si des motifs sérieux commandent de suspendre la procédure*”.

(23) Vide GAILLARD, Emmanuel, “Switzerland says Lis Pendens not Applicable to Arbitration”, en: *New York Law Journal*, 7 de agosto de 2006.

El artículo 22.1 de la LA se refiere precisamente a la facultad de los árbitros “(...) para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre excepciones relativas a la existencia o validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia”. La pendencia del litigio ante el juez nacional –y por lo tanto la renuncia tácita al arbitraje– debe alegarse a instancia de parte, como el resto de las excepciones a la jurisdicción y competencia del tribunal arbitral, sin que nada diga la LA en cuanto a la forma en que deben articularse estas excepciones, debiendo sin embargo –en palabras del artículo 22.2 de la LA– plantearse “(...) a más tardar en el momento de presentar la contestación (...)”, sin que pueda entenderse que el hecho de participar en el nombramiento de los árbitros constituya una sumisión tácita al arbitraje.

2.4. Arbitrajes paralelos

Dos tribunales arbitrales pueden verse avocados a dilucidar dos litigios idénticos cuando un solo convenio arbitral prevea la sumisión de determinadas controversias a un procedimiento arbitral conforme al reglamento de cualquiera de las instituciones previstas en el convenio. De esta forma, la parte que inicia el arbitraje tiene a su elección un elenco de instituciones disponibles, con el resultante riesgo de que esa misma parte o la demandada sustancien posteriormente un segundo procedimiento, de acuerdo con las reglas de otra de las instituciones previstas. En estos supuestos, se ha planteado la cuestión de si la parte frente a la que se ha instado el segundo arbitraje puede alegar la excepción de litispendencia arbitral.

En el marco del arbitraje internacional de protección de inversiones, la red de TBI suscritos en los últimos 20 años ha conferido a un número indeterminado de individuos múltiples foros en los que reclamar la responsabilidad internacional del Estado, por el trato recibido en relación con sus inversiones. En este entramado convencional, los inversores han encontrado el mecanismo para beneficiarse de las disposiciones sustantivas y procesales de más de un TBI, en relación con una sola controversia, frente un mismo Estado.

Los laudos dictados en los casos Ronald S. Lauder y CME Czech Republic B.V.⁽²⁴⁾, contra la República Checa –ambos procedimientos sustanciados de acuerdo con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)– demostraron cómo un solo inversor puede de forma estratégica, incluso fraudulenta, iniciar dos procedimientos paralelos contra un solo Estado, al amparo de dos TBI distintos, en relación con un mismo supuesto de hecho: la interferencia por parte del Estado receptor con los derechos de retransmisión televisivos que la Administración Checa había concedido en 1993, mediante la correspondiente licencia, a la sociedad Central European Televisión 21 (en adelante CET21), sociedad controlada por la holandesa CME Czech Republic, de la que el Sr. Lauder era accionista mayoritario.

En agosto de 1999, el Sr. Lauder, nacional de los Estados Unidos de América, inició un arbitraje en Londres contra la República Checa de conformidad con la cláusula de resolución de controversias del TBI suscrito por EE.UU. con ese país. Seis meses después, CME inició un segundo arbitraje, en Estocolmo, contra el mismo Estado, conforme al TBI entre Holanda y la República Checa. Ambos procedimientos se basaron en la alegada responsabilidad internacional del Estado fruto del incumplimiento por parte de la República de los respectivos TBI, por las medidas y el tratamiento que el Estado había adoptado en relación con CET21.

Aunque ambos procedimientos se basaron en un mismo supuesto de hecho, en relación con el mismo inversor, uno y otro tribunal llegaron a conclusiones distintas⁽²⁵⁾. El laudo dictado por el primer tribunal en Londres, el 3 de septiembre de 2001, desestimó la reclamación por daños y perjuicios solicitada, ya que la parte demandante no probó el alegado tratamiento discriminatorio del Estado, ni que dicho trato fuese la causa del daño sufrido.

(24) Ronald S. Lauder c. la República Checa, (laudo final del 3 de septiembre de 2001), disponible en: http://www.cetv-net.com/iFiles/1439-lauder-cr_eng.pdf; CME Czech Republic B.V. c. la República Checa, (laudo parcial del 13 de septiembre de 2001) disponible en: <http://www.mfcr.cz/static/Arbitraz/en/PartialAward.pdf>

(25) BROWER, Charles N. y SHARPE, Jeremy K., “Multiple and Conflicting International Arbitral Awards”, in: *The Journal of World Investment*, Vol. 4, N° 2, 2003, pp. 211-222.

Mientras la República Checa prevaleció en el primero de los arbitrajes, el 13 de septiembre de 2001, el segundo tribunal en Estocolmo decidió que la República había incumplido el TBI con Holanda y que el Estado tenía la obligación de indemnizar a CME por los daños y perjuicios sufridos en la suma de USD 360 millones, correspondientes al valor de mercado de la inversión⁽²⁶⁾. La existencia de un arbitraje previo, y el laudo que había dictado el tribunal con sede en Londres, no impidieron al segundo tribunal pronunciarse sobre el fondo del litigio, ya que la República Checa no prestó su consentimiento a la consolidación de los procedimientos que había solicitado la parte demandante, estimando el tribunal que el posible abuso procesal de la demandante no afectaba a la jurisdicción del segundo tribunal arbitral⁽²⁷⁾.

Posteriormente, los tribunales suecos desestimaron el recurso de anulación que contra el laudo del segundo arbitraje había presentado la República Checa, al considerar que las partes en el primero y segundo arbitraje no fueron idénticas, ni el Derecho aplicable era el mismo, lo que llevó al tribunal sueco a considerar que no era en estos casos de aplicación el principio de *lis abili pendens*⁽²⁸⁾.

Los casos CME y Lauder desencadenaron una crítica virulenta hacia el arbitraje de protección de inversiones, percibido como mecanismo de *forum shopping* que permite al inversor la búsqueda del foro más ventajoso en el que reclamar la responsabilidad internacional del Estado. Sin embargo, ni el Tribunal de Apelación Sueco ni los árbitros en los dos arbitrajes rechazaron la idea que los principios de litispendencia y *res judicata* sean de aplicación al arbitraje de protección de inversiones, siempre y cuando las condiciones de triple identidad –partes, objeto y causa de pedir– existan entre los dos litigios⁽²⁹⁾.

Por lo tanto, la excepción de litispendencia arbitral no puede operar en aquellos casos en los que el segundo arbitraje se refiera a la misma

(26) CME, Laudo Final, supra nota 24, Par. 618.

(27) *Ibidem*, Par. 412.

(28) Decisión del Tribunal de Apelación de Svea de 15 de mayo de 2003, disponible en: <http://www.cetv.net.com>.

(29) McLACHLANQC, Campbell; SHORE, Laurence y WEINIGER, Matthew, *International Investment Arbitration*, 2007, pp. 120-121.

relación jurídica, pero la cuestión litigiosa sea distinta, ya que en estos supuestos no se darán las identidades necesarias para que pueda operar la excepción de litispendencia. No es de extrañar, por lo tanto, que los tribunales suecos considerasen que los principios de litispendencia y *res judicata* no resultaban de aplicación al arbitraje que CME había entablado contra la República Checa, ya que ambos se referían al incumplimiento de TBI distintos.

Cuestión aparte es la hipótesis de que concurran en ambos litigios la identidad entre las partes, el objeto y la causa de pedir, en cuyo caso nada impide a la parte frente a la que se ha instado el segundo arbitraje, plantear la correspondiente excepción de litispendencia. El tribunal está facultado para decidir sobre su propia competencia, avalado por la relación de confianza en el tribunal arbitral. Entendemos que en estos casos el principio de *lis abili pendens* cobra especial relevancia, pudiendo el segundo tribunal suspender el procedimiento o estimar la excepción que a su jurisdicción y competencia se ha planteado. Esta posición concuerda con las Recomendaciones de la ILA en materia de litispendencia, que ha considerado desacertado que el segundo tribunal arbitral continúe con el procedimiento, cuando existe esa identidad entre los dos arbitrajes, por el riesgo subyacente de laudos contradictorios⁽³⁰⁾.

3. ARBITRAJES MÚLTIPLES Y CONEXOS

Si entre el primer arbitraje y el segundo no coinciden todos los elementos necesarios para que pueda hablarse de dos litigios idénticos, es posible que sí se refieran a la misma relación jurídica, o que entre uno y otro concurran diversos elementos comunes, aunque la cuestión litigiosa o las partes sean distintas, de tal manera que las decisiones que se dicten en uno puedan tener cierta eficacia en el otro.

La proliferación de los TBI ha potenciado indudablemente lo que en Derecho internacional privado se conoce como *forum shopping*, tentado a los inversores a iniciar una pluralidad de procedimientos contra un mismo Estado, en relación con el mismo objeto y la misma causa de pedir. Mediante la creación de un entramado societario, los inversores

⁽³⁰⁾ Recomendaciones de la ILA, N° 5, p. 25, supra nota 3.

han reestructurado, en ocasiones, su inversión de tal manera que ante una controversia con el Estado receptor puedan beneficiarse de las disposiciones de un determinado TBI. De este modo, el inversor tiene a su disposición un abanico de TBI y foros en los que reclamar la responsabilidad internacional del Estado, independientemente de la conexión que el inversor tenga con el Estado del que aduce ser nacional. Se trata de la constitución, por parte de un inversor, de una red corporativa compuesta de diferentes sociedades filiales, muchas de ellas en países distintos; siendo a la vez todas ellas accionistas, directa o indirectamente, de la sociedad que el inversor ha constituido en el Estado receptor como vehículo de la inversión. En el supuesto de que surgiese una disputa en relación con el tratamiento por parte del Estado a esta sociedad vehículo de la inversión, nada impide que el inversor recurra alternativa o simultáneamente a los TBI que el Estado receptor haya suscrito con los países de los que alguna de sus filiales es nacional⁽³¹⁾.

La elección del inversor del foro más apropiado por parte del inversor no finaliza en la consideración de los distintos TBI aplicables. La inversión extranjera normalmente implica la formalización de un contrato entre el inversor con alguna de las entidades del Estado receptor –por ejemplo, un contrato de concesión– del que surtirán derechos y obligaciones contractuales para cada una de las partes. Las reclamaciones que de estos contratos se deriven serán reclamaciones derivadas del contrato, cuya admisibilidad es independiente de las reclamaciones que de forma simultánea se sustancien conforme a un TBI. Las primeras aluden al incumplimiento de las obligaciones contractuales del ente público o el Estado frente al inversor, mientras que las segundas se refieren a un alegado incumplimiento de una obligación de Derecho internacional público, de un Estado frente al otro. Sin embargo, nada impide que en ocasiones uno y otro tipo de reclamaciones puedan sustanciarse simultáneamente, en procedimientos distintos: uno de derecho internacional público, conforme al tratado; y otro, conforme a la cláusula de resolución de disputas que hayan convenido las partes en el contrato.

⁽³¹⁾ *Vide* Aguas del Tunari S.A. c. República de Bolivia, Caso CIADI N° ARB/02/03, Decisión sobre las excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el demandado, 21 de octubre de 2005.

La duplicación de procedimientos arbitrales –derivados del incumplimiento de un contrato y un tratado– han resultado en el riesgo de doble recuperación o indemnización para el inversor, especialmente cuando la distinción entre los derechos contractuales y los derechos derivados del tratado aparece desdibujada. En estos casos, sin embargo, un intento por parte del inversor de ejercitar ambos simultáneamente podría suponer claros riesgos para el inversor de conseguir la indemnización pretendida a través del tratado⁽³²⁾. En determinados casos, las disposiciones del tratado exigirán, como examinaremos más adelante, que el inversor efectúe una elección entre: proseguir la reclamación ante los órganos jurisdiccionales del Estado receptor o acudir a un arbitraje internacional; o alternativamente, renunciar al ejercicio de las reclamaciones ante cualquier otra jurisdicción como condición precedente al inicio del arbitraje internacional.

Dentro del marco del arbitraje de protección de inversiones, los procedimientos instados ante el CIADI contra la República Argentina, por inversores de diversas nacionalidades, ha puesto de manifiesto los riesgos potenciales de laudos contradictorios⁽³³⁾. El fundamento de

(32) Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. La República Argentina, caso CIADI N° ARB/97/03, Decisión de Anulación de 3 de julio de 2002, 41 ILM 1135 a 1154 (párrafos 95 y 96), 2002. *Vide* CREMADES, Bernardo M. y CAIRNS, David J.A., “La seguridad Jurídica de las Inversiones extranjeras: La protección contractual y de los Tratados”, en: *Publicación digital del Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos de Madrid*, accesible desde: <http://www.realinstitutoelcano.org/calendarios/cremades.pdf>

(33) *Vide* Ronald S. Lauder c. la República Checa, (laudo final del 3 de septiembre de 2001) y CME Czech Republic B.V. c. la República Checa, (laudo parcial del 13 de septiembre de 2001) supra nota 24. Asimismo, en los casos CMS c. Argentina y LG&E c. Argentina, ambos sustanciados de acuerdo con el TBI entre Argentina y Estados Unidos, el tribunal arbitral llegó a conclusiones opuestas, a pesar de que ambos casos presentaban un núcleo fáctico y jurídico sustancialmente idéntico. En CMS, el tribunal desestimó la defensa de “necesidad” del Estado, mientras que en LG&E Argentina obtuvo un fallo favorable del tribunal, que decidió estimar esa misma defensa para justificar las medidas que el Estado había tomado durante la crisis económica y financiera, absolviendo a Argentina de toda responsabilidad internacional por la alegada violación del TBI, por las medidas adoptadas durante el periodo de 17 meses en los que la crisis financiera se hallaba en su momento más crítico (*Vide* CMS Gas Transmission Company c. República Argentina, Caso CIADI N° ARB/01/8, registrado el 24 de agosto de 2001, laudo del tribunal de 12 de mayo de 2005; y LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. c.

muchas de las reclamaciones pendientes contra el Estado Argentino es sustancialmente idéntico: las acciones legislativas tomadas por el gobierno de este país durante la crisis económica, incluyendo la adopción de la Ley 25.561, de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario, en virtud de la cual la República abandonó la convertibilidad peso-dólar⁽³⁴⁾. La consecuencia directa de esta medida fue la devaluación del peso argentino y la denominada “pesificación” de la economía, así como la extinción del derecho de los concesionarios de servicios públicos a que las tarifas fuesen calculadas en dólares, en función del “índice de precios al productor” de los Estados Unidos. Estas medidas alteraron sustancialmente las condiciones de los contratos que la Administración había asumido con inversores extranjeros. Se trata de compañías extranjeras que habían participado en el proceso de privatización de determinadas empresas públicas y que acordaron con la Administración, bien mediante licencia, bien mediante contrato administrativo, la prestación de determinados servicios públicos. La modificación de “las reglas de juego” de muchos de estos contratos –especialmente, en relación con el régimen tarifario– provocaron graves perjuicios económicos para los inversores extranjeros, resultando en un alegado incumplimiento de los TBI suscritos por Argentina.

Los primeros inversores en reclamar la responsabilidad internacional del Estado Argentino fueron las empresas energéticas, fundamentalmente las prestatarias del servicio de gas, seguidas del sector vinculado al suministro de agua y telecomunicaciones. En la actualidad, alrededor de 37 arbitrajes se encuentran pendientes ante el CIADI contra Argentina por los hechos descritos, sin contar los procedimientos *ad hoc* instados conforme al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

República Argentina, Caso CIADI N° ARB/02/1, registrado el 31 de enero de 2002, decisión sobre responsabilidad del 3 de octubre de 2006, disponibles en: <http://www.worldbank.org/icsid/cases>).

(34) CREMADES, Bernardo M., “Disputes Arising Out of Foreign Direct Investment in Latin America: A new Look at the Calvo Doctrine and Other Jurisdictional Issues”, en: *ADR World Observer*, julio, 2004, disponible en la dirección electrónica (<http://www.aryme.com>); HYNES, V., “Bilateral Investment Treaty-based Investment Arbitration against Argentina following the Argentina Economic Crisis”, en: *Ogel*, Vol. 1, N° 5, 2003.

Asimismo, la inversión extranjera en Argentina ha operado frecuentemente mediante la constitución de una compañía local, o mediante la participación accionarial en empresas públicas privatizadas. El texto de muchos TBI abarcan expresamente la protección de acciones, participaciones u otros intereses en sociedades argentinas, lo que implica que los inversores pueden accionar contra el Estado, como accionistas minoritarios en una compañía argentina, de forma independiente a los derechos de esa compañía y de los demás socios, por el tratamiento que el Estado haya conferido a esa sociedad, de la que son accionistas.

Los laudos que sobre jurisdicción se han dictado en el marco del CIADI, en arbitrajes instados frente a la República Argentina, revelan una interpretación generosa de los conceptos de “inversión” e “inversor” en los TBI, ampliando el ámbito jurisdiccional del tribunal⁽³⁵⁾. El

⁽³⁵⁾ Artículo 25 del Convenio de Washington:

- (1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo publico de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.
- (2) Se entenderá como “nacional de otro Estado Contratante”:
 - (a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del Artículo 28 o en el apartado (3) del Artículo 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia; y
 - (b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero.
- (3) El consentimiento de una subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante requerirá la aprobación de dicho Estado, salvo que este notifique al Centro que tal aprobación no es necesaria.
- (4) Los Estados Contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. El Secretario General transmitirá

accionariado minoritario no tiene por qué constituir obstáculo alguno al derecho procesal del inversor de accionar contra el Estado⁽³⁶⁾. En el caso *Lanco c. Argentina*, el Tribunal reconoció que en el TBI entre Argentina y Estados Unidos la definición de “inversión” era suficientemente amplia como para considerar que la participación por parte de Lanco, de un 18.3% en el capital social del concesionario, permitía concluir que Lanco era un “inversionista” conforme al TBI⁽³⁷⁾. El reconocimiento en estos casos de un derecho procesal del inversor engendra, sin embargo, el riesgo de posibles procedimientos en paralelo, en los que un único Estado deba hacer frente a reclamaciones sustancialmente idénticas, fruto de la misma medida del Estado –las medidas legislativas de emergencia, en el caso argentino– si varios inversores, que participan en el capital social de una compañía local, instan separadamente un arbitraje de protección de inversiones por el tratamiento conferido a la compañía de la que son accionistas⁽³⁸⁾.

El arbitraje comercial internacional también ha brindado ejemplos de la sustanciación de múltiples reclamos con origen en un mismo núcleo fáctico y legal, sustanciadas en procedimientos que se han instado separadamente. En los proyectos de grandes infraestructuras,

inmediatamente dicha notificación a todos los Estados Contratantes. Esta notificación no se entenderá que constituye el consentimiento a que se refiere el apartado (1) anterior.

- (36) En el caso *CMS Gas Transmission Co. c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/01/8, el Estado había vendido el 70 por ciento de sus acciones en la compañía argentina Transportadora de Gas del Norte (TGN). A raíz de las medidas de emergencia económica en 2001 que afectaron al régimen tarifario establecido por la licencia que la Administración había concedido a TGN, la estadounidense CMS inició –como accionista minoritario en TGN– un arbitraje contra Argentina. En su decisión sobre jurisdicción, el Tribunal no encontró obstáculo alguno en el Convenio del CIADI o en el TBI aplicable que impidiese a CMS, como accionista minoritario en TGN, plantear sus reclamaciones contra el Estado, ya que los derechos procesales de CMS, conferidos por el TBI, podían ejercitarse de forma independiente de los de TGN. Decisión sobre excepciones de jurisdicción, del 17 de julio de 2003, Párrafos 502-508.
- (37) *Lanco Internacional Inc. c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/97/6, decisión preliminar sobre jurisdicción de 8 de diciembre de 1998, disponible en *International Legal Materials*, Vol. 40, 2001, p. 457.
- (38) ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN ECONÓMICA Y EL DESARROLLO (OECD), “Improving the System of Investor-State Dispute Settlement”, en: *Working Papers on International Investment*, N° 2006/1, pp. 17-19.

es frecuente que el propietario haya suscrito diversos contratos de obra con una multiplicidad de constructores o ingenieros, que llevarán a cabo partidas de obra distintas, pero íntimamente relacionadas. Por lo tanto, un mismo proyecto implicará una pluralidad de contratos entre partes distintas (el propietario, los contratistas y los subcontratistas) lo que puede dar lugar a varias controversias que se sometan a diversos procedimientos arbitrales, conforme a las cláusulas arbitrales de cada uno de esos contratos. La intervención de esta multiplicidad de agentes y contratos en relación con un solo proyecto, sin que las partes hayan previsto el establecimiento un régimen coordinado de resolución de controversias, implica el riesgo de que puedan desencadenarse procedimientos paralelos en relación con las disputas que pudiesen surgir de los diferentes contratos, pero relacionadas con los mismos hechos.

La consecuencia de esta duplicidad de procedimientos no sólo conlleva el riesgo de decisiones contradictorias, sino costos adicionales para las partes, en aquellos casos en los que el litigio entre el contratista y el propietario se refiera a la responsabilidad por trabajos ejecutados por un subcontratista –por ejemplo, en relación con la conformidad de determinadas partidas a las especificaciones técnicas del contrato– y simultáneamente en otro procedimiento el contratista repita contra el subcontratista. En el caso *Adgas*⁽³⁹⁾, la sociedad Abu Dhabi Gas Liquefaction Co. Ltd (ADGAS) era la empresa propietaria en el Golfo Pérsico de una planta productora de gas licuado. ADGAS inició un arbitraje *ad hoc* en el Reino Unido, ante un árbitro único, en reclamación de daños y perjuicios frente a los principales contratistas a los que ADGAS había encomendado la construcción de la planta, alegando que uno de los tanques que habían sido construidos para el almacenamiento de gas presentaba defectos. El contratista principal adujo que los defectos que pudiese presentar el tanque eran consecuencia de los trabajos encomendados a una subcontrata japonesa, lo que motivó que ADGAS iniciase un segundo arbitraje en Londres contra la referida subcontrata. No cabe lugar a dudas que si ambos litigios hubiesen sido presentados ante los órganos jurisdiccionales

(39) Abu Dhabi Gas Liquefaction Co. Ltd v. Eastern Bechtel Corp, 1982, 2 Lloyd's Rep. 425, CA; *International Legal Materials*, Vol. 21, p. 1057.

ingleses, ambos procedimientos hubiesen sido acumulados⁽⁴⁰⁾. En este caso, ADGAS no estuvo de acuerdo en que la subcontrata japonesa fuese traída como parte en el primer arbitraje contra el contratista principal, ni tampoco lo estuvo el subcontratista, por lo que sin el consentimiento de las partes los arbitrajes no pudieron acumularse.

En un escenario que se presenta tan proclive a la multiplicidad de arbitrajes en relación con un mismo asunto, la acumulación de procedimientos constituye *a priori* un mecanismo eficaz para evitar laudos contradictorios, siempre y cuando medie el consentimiento de las partes. Sin el consentimiento expreso de las partes habrá que atenerse a lo dispuesto en los diversos contratos, el reglamento de arbitraje y demás legislación aplicable⁽⁴¹⁾.

Las legislaciones nacionales procesales normalmente establecen el grado de conexión que debe existir entre procesos judiciales para que proceda la suspensión de uno de los procedimientos o la acumulación de ambos. Sin embargo, en el contexto del arbitraje, la competencia de los árbitros deriva del convenio arbitral, del consentimiento de las partes. Por lo tanto, toda acumulación y consolidación de procedimientos resulta imposible sin el consentimiento de todas las partes implicadas. Estableciendo el convenio arbitral una relación obligatoria entre los árbitros y las partes, exclusivamente, no pueden los primeros sin el consentimiento de las partes tomar medidas tendentes a paliar los efectos indeseados de dos procedimientos arbitrales paralelos.

Las facultades del tribunal arbitral sí incluyen la estimación, en su caso, de la excepción que se haya planteado a su jurisdicción y competencia en aquellos casos en los que el mismo litigio se encuentre pendiente ante otro tribunal arbitral previamente constituido. En lugar de declararse incompetente, existen diferentes instrumentos procesales que pueden resolver, según el caso concreto, los problemas derivados del solapamiento de procedimientos. Se trata de mecanismos que no precisan,

(40) REDFERN, Alan y HUNTER, Martin, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 1999, p. 177.

(41) LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Looukas A. y KRÖLL, Stefan M., *Comparative International Commercial Arbitration*, 2003, p. 389.

al contrario que la acumulación, del consentimiento de todas las partes, entre los que se incluyen: la interpretación limitativa del convenio arbitral, la suspensión del procedimiento, o el nombramiento del mismo tribunal (o presidente del tribunal) en ambos procedimientos.

Finalmente, cabe mencionar que la nueva generación de TBI ha sido refinada considerando la posibilidad de crear un mecanismo de apelación⁽⁴²⁾, así como la opción de acumulación de procedimientos que se hayan iniciado al amparo de la cláusula de resolución de controversias del tratado en cuestión⁽⁴³⁾. En concreto, los modelos de TBI de los Estados Unidos y Canadá responden a un mismo perfil, estableciendo un procedimiento específico para aquellos casos en los que las partes no estén de acuerdo con la acumulación⁽⁴⁴⁾. El mismo patrón se repite, como veremos, en los acuerdos comerciales bilaterales y multilaterales suscritos por los Estados Unidos.

4. EL PRINCIPIO DE COSA JUZGADA

4.1. Concepto, naturaleza, regulación y aplicación al arbitraje

La sentencia que ha devenido firme produce efectos de cosa juzgada, siendo su fallo inatacable. Se trata de un principio inherente a toda sentencia judicial cuyos orígenes se remontan al Código de *Hammurabi*⁽⁴⁵⁾, en el cual ya se reconocía la cosa juzgada formal o “la invariabilidad de las resoluciones judiciales por parte del Juez una vez

(42) Vide FERNÁNDEZ MASÍA, Enrique, “Presente y Futuro de la Acumulación de Procedimientos Arbitrales en Materia de Inversiones Extranjeras”, en: *Revista electrónica de estudios internacionales*, N° 11, 2006, disponible en: [http://www.reei.org/reei%2011/E.FdezMasia\(reei11\).pdf](http://www.reei.org/reei%2011/E.FdezMasia(reei11).pdf)

(43) Vide OECD, “Novel Features in OECD Countries’ Recent Investment Agreements: An Overview”, cit., 2005.

(44) Vide MADALENA, Ignacio, “The U.S. Model BIT”, en: *International Arbitration Law Review*, Vol. 7, Issue 3, 2004; NEWCOMBE, Andrew, “Canada’s New Model Foreign Investment Protection Agreement”, in: *Bulletin Canadian Council on International Law*, Vol. 30, N° 4, 2004.

(45) Fue mandado formar por el rey de Babilonia que le da nombre hacia el año 1753 a. C. Vide NIEVA FENOLL, Jordi, *La cosa juzgada*, 2006, p. 25.

que las ha dictado”⁽⁴⁶⁾. Asimismo, son numerosos los pasajes del Digesto que se dedican a la cosa juzgada, en su vertiente formal y material, aunque sin distinguir propiamente entre una y otra⁽⁴⁷⁾. Posteriormente, Savigny, en su interpretación y actualización del Digesto, se refiere a la *exceptio rei iudicatae*, reconociendo la obligación del juez de atenerse a lo previamente juzgado cuando en un litigio que deba dilucidar surja “(...) una cuestión sobre la que ya se ha juzgado en una sentencia anterior (...)” debiendo en estos casos “(...)tomar el contenido de esa sentencia como verdadero, basando su sentencia en dicho contenido”⁽⁴⁸⁾.

La autoridad de cosa juzgada o “cosa juzgada formal” alude a la firmeza de una resolución y falta de recurso frente a ésta, inherente a su inimpugnabilidad⁽⁴⁹⁾. Consecuencia de la cosa juzgada formal es la “material”, impidiendo que una controversia se prolongue de forma indefinida, que vuelva a entablarse un litigio sobre el mismo asunto y que se produzcan decisiones contradictorias, o que se reiteren injustamente sentencias con el mismo contenido, respecto de los mismos sujetos⁽⁵⁰⁾.

La cosa juzgada despliega sus efectos en dos vertientes. Una positiva, a la que se refiere el artículo 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española:

Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un

⁽⁴⁶⁾ *Ibidem*, pp. 25-27. El precepto VI, sección 5 del Código de *Hammurabi* recoge el principio de cosa juzgada formal: “Si un juez ha juzgado una causa, pronunciado sentencia (y) depositado el documento sellado, si, a continuación, cambia su decisión, se le probará que el juez cambió la sentencia que había dictado y pagará hasta doce veces la cuantía de lo que motivó la causa. Además, públicamente, se le hará levantar de su asiento de justicia (y) no volverá más. Nunca más podrá sentarse con los jueces en un proceso”.

⁽⁴⁷⁾ *Ibidem*, p. 39.

⁽⁴⁸⁾ *Ibidem*, p. 42, citando a VON SAVIGNY, Friedrich Karl, *System des heutigen römischen Rechts*, Vol. 6, reimpresión de la ed. de Berlín, 1847. Darmstadt, 1974, p. 271: “Wenn in einem gegenwärtigen Rechtsstreit eine Frage vorkommt, worüber schon in einem früheren Rechtsstreit ein Urtheil gesprochen worden ist, so muss der neue Richter den Inhalt jenes Urtheils als wahr annehmen und seinem eigenen Urtheil zum Grunde legen”.

⁽⁴⁹⁾ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Objeto del Proceso y Cosa Juzgada en el Proceso Civil*, 2005, p. 96.

⁽⁵⁰⁾ *Ibidem*, p. 105.

proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal.

Asimismo, la cosa juzgada tiene una función negativa, que responde al principio de *non bis in idem*, en virtud de la cual,

(...) Si el proceso segundo (o tercero, cuarto, etc.) no es, en sustancia, una reproducción del primero, pues sus objetos esenciales son o parecen distintos, el tribunal de ese proceso posterior, en el caso de que formen parte esencial del asunto que ha de resolver elementos ya discernidos o decididos en sentencia firme anterior recaída respecto de los mismos sujetos, deberá atenerse al contenido de dicha sentencia, sin contradecir lo dispuesto en ella, sino tomándola, por el contrario, como indiscutible punto de partida⁽⁵¹⁾.

El presupuesto para que opere la cosa juzgada es la existencia de una identidad entre los sujetos, lo que se pide o *petitum* y la *causa petendi*. En estos casos el juzgador del segundo litigio debe poner fin al proceso⁽⁵²⁾.

En el Reino Unido y otros países del *common law* –incluyendo Irlanda, Canadá, India y Nueva Zelanda– el principio de cosa juzgada se encuentra bien asentado, siempre y cuando se trate de una sentencia firme dictada por el juez competente, que ponga fin al fondo del litigio⁽⁵³⁾. La cosa juzgada deberá ser alegada por la parte interesada, mediante:

- (i) Petición de desestimación del fundamento de una demanda, o *cause of action estoppel*, que se refiere a la preclusión del derecho de una

⁽⁵¹⁾ *Ibidem*, p. 109.

⁽⁵²⁾ La idea de evitar un nuevo proceso se encuentra expresada en la actual Ley de Enjuiciamiento Civil española, cuyo artículo 222.1 dispone que “(...) la cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo”.

⁽⁵³⁾ Recomendaciones ILA en materia de *res judicata*, supra nota 3, pp. 6-7, citando a BARNETT, Peter, *Res Judicata, Estoppel and Foreign Judgments*, 2001, p. 11.

parte a someter ante los tribunales un litigio basado en la misma causa de pedir que el sustanciado previamente entre las mismas partes, sobre el que haya recaído sentencia firme. De este modo, todas las reclamaciones de la parte que prevaleció en el proceso previo se reemplazan por su derecho a que se haga ejecutar lo juzgado (54).

- (ii) Petición por una de las partes de que se excluyan los alegatos fácticos o jurídicos formulados de adverso, por haber sido éstos objeto de un litigio previo, siempre y cuando las partes sean idénticas o estén directamente relacionadas y hayan comparecido en la misma calidad en uno y otro proceso. Este segundo mecanismo, denominado *issue estoppel*, se fundamenta en el hecho de que no puede una de las partes formular alegaciones que sean contrarias a cuestiones fácticas o jurídicas que hayan sido previamente probadas o dilucidadas en un litigio previo(55). Frente al *cause of action estoppel*, el llamado *issue estoppel* no precisa que la causa de pedir en uno y otro procedimiento sea la misma.

Ambos mecanismos –*cause of action estoppel* y *issue estoppel*– se refieren a una cuestión litigiosa que ya ha sido considerada por un tribunal competente y decidida mediante sentencia firme.

En los Estados Unidos, los principios del *cause of action estoppel* y *issue estoppel* encuentran su equivalente en los llamados *issue preclusion* y *claim preclusion*(56). El primero de ellos opera de forma sustancialmente idéntica al *issue estoppel*; sin embargo los efectos preclusivos del denominado *claim preclusion* tienen un alcance mucho mayor que el *cause of action estoppel*, ya que impide litigar todas las cuestiones que fueron

(54) Los tribunales ingleses han interpretado de forma restrictiva el concepto “causa de pedir” en relación con la denominada *cause of action estoppel*, exigiendo como condición esencial que ambas acciones se encuentren fundamentadas en los mismos elementos de prueba durante el mismo periodo de tiempo. *Vide*, Henry Boot Construction Ltd c. Alstrom Combined Cycles Ltd, 2005, EWCA Civ 814.

(55) Recomendaciones ILA en materia de *res judicata*, supra nota 3, pp. 6-8.

(56) *Vide* HAUBOLD, Samuel, “Res Judicata: a tale of two cities”, en: *Global Arbitration Review*, Vol. 2, issue 3, 2007, para un análisis comparativo de la concepción británica y estadounidense del principio de cosa juzgada.

“pasos necesarios” (*necessary steps*) para obtener la sentencia sobre el fondo, cuando dichas cuestiones hayan sido previamente decididas con la primera acción.

Por otro lado, resulta preciso matizar que el concepto de *cause of action* en los sistemas de *common law* no es idéntico al de “causa de pedir” en los sistemas continentales, ya que el primero incluye los conceptos de “preclusión de cuestiones” (*issue estoppel* y *issue preclusion*) y “preclusión de pretensiones” (*cause of action estoppel* y *claim preclusion*) por lo que el concepto de *res judicata* tiene un ámbito de aplicación mucho más amplio que en los sistemas jurídicos continentales, en donde el concepto de cosa juzgada sólo abarca las pretensiones formalmente planteadas en un procedimiento anterior. En los sistemas del *common law*, la cosa juzgada afecta no sólo las demandas formalmente presentadas, sino aquellas que potencialmente pudieron plantearse y no lo fueron, es decir, engloba todas aquellas reclamaciones que pudieron hacerse entre las partes en un procedimiento derivado de la misma controversia y no se hicieron⁽⁵⁷⁾.

En cuanto al ámbito de la cosa juzgada, únicamente las resoluciones firmes pueden tener fuerza de cosa juzgada material, principio que debe entenderse aplicable tanto a las sentencias como a los laudos.

Tanto en los países del *common law* como en los sistemas continentales el principio de cosa juzgada es de aplicación directa al arbitraje⁽⁵⁸⁾. En España, el propio Tribunal Constitucional configura el arbitraje como “un equivalente jurisdiccional” mediante el cual las partes

(57) En los Estados Unidos, la Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el asunto *Allen c. McCurry*, 449 US 1980, pp. 90 y 94, señaló que “(...) bajo el concepto de cosa juzgada, una sentencia final sobre el fondo de una acción concluye para las partes el derecho de volver a litigar asuntos que fueron o pudieron haber sido tratados en esa acción (...)”. Asimismo, el *Restatement (Second) of Judgments*, 1982, Sec. 24 (1) establece: “Cuando una sentencia final y válida se dicta en relación con una acción extingue las pretensiones del actor (...) incluyendo todos los derechos o remedios que el actor tenga frente al demandado respecto a toda o cualquier parte de un negocio jurídico o negocios jurídicos conectados, en relación con los cuales nació la pretensión (...)”.

(58) En relación con la aplicación al arbitraje de la doctrina del *issue estoppel*, ver *Associated Electric and Gas Insurance Services Ltd c. European Reinsurance Co of Zurich*, 2002, UKPC 1129, 2003, WLR 1041.

pueden obtener los mismos objetivos que ante los órganos jurisdiccionales del Estado, es decir, una decisión con efectos de cosa juzgada⁽⁵⁹⁾. Es por ello que la Ley de Arbitraje Española reconoce a los árbitros la potestad para decidir, otorgando al laudo arbitral la fuerza de cosa juzgada y configurándolo como un título ejecutivo que lo equipara a la sentencia judicial. Las principales legislaciones de arbitraje reconocen la fuerza de cosa juzgada del laudo.

La aplicación de la cosa juzgada en el arbitraje internacional permite su estudio según el tratamiento tradicionalmente seguido, en sus dos vertientes, formal y material.

4.1.1. Cosa juzgada formal

El laudo arbitral goza de cosa juzgada formal, siempre y cuando así lo disponga la ley de procedimiento aplicable. El efecto de cosa juzgada formal del laudo consiste en “(...) la imposibilidad de atacar en vía de recurso la decisión tomada (...) permitiendo, en definitiva, la eficacia de la cosa juzgada material y la ejecutabilidad de lo fallado a través del trámite del correspondiente *exequatur*”⁽⁶⁰⁾.

Los diferentes reglamentos de arbitraje se refieren en su mayoría, de manera indirecta, a la fuerza de cosa juzgada del laudo, aludiendo a su finalidad y firmeza, estableciendo que el mismo es obligatorio para las partes. Así, el artículo 28(6) del Reglamento de la ICC establece que “(...) al someter su controversia a arbitraje según el Reglamento, las partes se obligan a cumplir sin demorar cualquier Laudo que se dicte (...)” renunciando a “(...) cualquier otra vía de recurso (...)”. Disposiciones similares se encuentran en el artículo 26.9 del Reglamento de la

⁽⁵⁹⁾ Vide Sentencia del Tribunal Constitucional 288/1993, de 4 de octubre. El Tribunal Constitucional configura el arbitraje como “(...) un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que de la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de cosa juzgada” (Sentencia del Tribunal Constitucional 15/1987. Vide SSTC 15/1989, fundamento jurídico 9º; 62/1991, fundamento jurídico 5º; 288/1993, fundamento jurídico 3º; 174/1995; 1996/75; 1996/146; 1996/176; 1997/196).

⁽⁶⁰⁾ MERINO MERCHÁN, José F. y CHILLÓN MEDINA, José M., *Tratado de Derecho Arbitral*, 2006, p. 1732.

London Court of International Arbitration (LCIA) y en el artículo 32(2) del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. En el marco del arbitraje de protección de inversiones el artículo 53(1) del Convenio de Washington reconoce que el laudo es “(...) obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en el Convenio (...)”. Se trata de una enunciación del principio de cosa juzgada del laudo arbitral, fruto de la autonomía de la voluntad de las partes, plasmada en el convenio arbitral, que incluye la inherente promesa de cumplir con el laudo que se dicte conforme al principio de *pacta sunt servanda*.

En el supuesto del arbitraje *ad hoc* o no administrado, la firmeza del laudo dependerá de la legislación procesal del lugar del arbitraje. Las legislaciones nacionales de las principales sedes han reconocido los efectos de cosa juzgada del laudo, incluyendo Francia (artículos 1476 y 1500 NCPC), Bélgica (artículo 1703 JC), Alemania (artículo 1055 del Código de Procedimiento Civil), Holanda (artículo 1059 del Código de Procedimiento Civil), Austria (artículo 594 del Código de Procedimiento Civil), Suiza (artículo 190 del Código de Derecho Internacional Privado) e Italia (artículo 829.8 del Código de Procedimiento Civil)⁽⁶¹⁾. En España, el artículo 43 de la LA claramente establece que “(...) el laudo firme produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes”.

Los sistemas anglosajones del *common law* no se refieren, como hemos visto, a la cosa juzgada, sino más bien a la finalidad y firmeza del laudo, si bien los laudos en estas jurisdicciones tienen efectos equivalentes a la cosa juzgada mediante la aplicación de teorías como la del *estoppel*.

Por su parte, el artículo 35(1) de la Ley Modelo de Arbitraje tampoco se refiere a la fuerza de cosa juzgada del laudo, sino a su obligatoriedad para las partes, estableciendo que “(...) un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante y, tras la presentación de una petición por escrito al

⁽⁶¹⁾ HANOTIAU, BERNARD, *Complex Arbitrations*, 2005, pp. 246-247.

tribunal competente, será ejecutado en conformidad con las disposiciones de este artículo (...).”

4.1.2. Cosa juzgada material

Todo litigio resuelto mediante sentencia o laudo con fuerza de cosa juzgada material impone una prohibición absoluta de desarrollar un nuevo proceso o procedimiento arbitral entre las mismas partes y sobre el mismo objeto y actividad del proceso o arbitraje concluido⁽⁶²⁾.

La cosa juzgada material opera en su forma negativa como excepción que deberá plantearse por la parte interesada ante el tribunal arbitral o juez que conozca del segundo proceso o procedimiento. La excepción de la cosa juzgada del laudo, cuando haya de presentarse ante los órganos jurisdiccionales, debería prevalecer al amparo de lo dispuesto en el régimen convencional⁽⁶³⁾. El artículo III del Convenio de NY establece en concreto que “(...) cada uno de los Estados Contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada (...)”. Aunque ni este ni ningún otro instrumento convencional haga referencia expresa a la *res judicata*, ha de entenderse que la cosa juzgada deberá ser reconocida “(...) desde el momento en que tienen carta de naturaleza la excepción de incompetencia de jurisdicción basada en acuerdo arbitral (...)”⁽⁶⁴⁾.

En el arbitraje internacional, las Recomendaciones de la ILA revelan que el principio de cosa juzgada no sólo es de aplicación al propio fallo de la decisión, sino también a sus fundamentos de derecho, por lo que no puede una de las partes plantear posteriormente un segundo procedimiento en el que deba dilucidarse una controversia, entre las mismas partes, que implique la misma *causa petendi* que el procedimiento anterior. Las mismas recomendaciones reconocen la aplicación al arbitraje del denominado *issue estoppel*, reconocido por la mayoría de los

(62) MERCHÁN MERINO, supra nota 60, p. 1732; GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, 2004, p. 1221.

(63) *Ibidem*, p. 1734.

(64) *Loc. cit.*

países del *common law*, rechazando que pueda plantearse en un segundo arbitraje cuestiones fácticas y jurídicas que ya hayan sido objeto de un laudo anterior⁽⁶⁵⁾.

4.2. El valor en el arbitraje de los laudos y sentencias dictados en litigios idénticos

En un procedimiento arbitral, es posible que una de las partes invoque la existencia de una decisión que se haya dictado previamente en relación con un mismo litigio, ya sea en un procedimiento arbitral o en un proceso judicial previo⁽⁶⁶⁾. La aplicación del principio de *res judicata* al arbitraje plantea la cuestión de cómo debe un árbitro responder cuando un mismo asunto o litigio ha sido previamente resuelto.

Un mismo litigio entre las mismas partes puede haber sido instado simultánea o sucesivamente ante dos tribunales arbitrales distintos, resultando en la posibilidad de que una de las partes pretenda la eficacia en uno de los procedimientos del laudo que se haya dictado en el otro. La duplicidad de procedimientos puede ser el resultado de: (a) la existencia de varios contratos, con diferentes cláusulas de arbitraje, en relación con una sola relación jurídica o proyecto; (b) cuando una parte considere que el laudo dictado no agota las diferencias existentes con la otra; o (c) la imposibilidad de sustanciar en un solo procedimiento diversas reclamaciones relativas a una sola relación jurídica, entre las mismas partes.

La cosa juzgada no puede hacerse valer en cualquier otro proceso, pues ésta sólo opera cuando existe una identidad procesal entre el primer proceso y el ulterior a aquél⁽⁶⁷⁾. En primer lugar, la aplicación de la cosa juzgada presupone que se haya promovido un litigio ante un tribunal u órgano jurisdiccional internacional con el mismo objeto ya

⁽⁶⁵⁾ Recomendaciones de la ILA, supra nota 3, pp. 198-200.

⁽⁶⁶⁾ Vide SHEPPARD, Audley, “*Res Judicata* and Estoppel”, en: CREMADES, Bernardo M. y LEW, Julian D.M., *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration*, 2005, pp. 220-221.

⁽⁶⁷⁾ ACOSTA ESTÉVEZ, José B., *El Proceso ante el Tribunal Internacional de Justicia*, 1995; Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Alemania c. Polonia) (Jurisdicción) PCIJ Rep. Series A, N° 6, 20.

decidido mediante sentencia o laudo en otro procedimiento internacional del mismo orden jurisdiccional. En segundo lugar, será necesario que concurren los requisitos de triple identidad (partes, *petitum* y *causa petendi*) expuestos en relación con la litispendencia.

En el arbitraje *Waste Management Inc. c. México*, tramitado conforme al Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, el tribunal arbitral analizó el efecto de cosa juzgada del laudo que, en relación con el mismo litigio y entre las mismas partes se había dictado en un procedimiento arbitral previo. En un primer arbitraje, el tribunal concluyó que carecía de jurisdicción, al no haberse cumplido con los requisitos procesales establecidos en el artículo 1121 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). El demandante planteó entonces un segundo procedimiento en relación con la misma reclamación, en el que la demandada esgrimió que el efecto vinculante del primer laudo impedía a *Waste Management* sustanciar un nuevo procedimiento en relación con la misma controversia; y que a pesar de que en el primer arbitraje no se habían dilucidado cuestiones de fondo, el laudo dictado en ese arbitraje tenía efectos de cosa juzgada, impidiendo a la demandante instar el segundo arbitraje. El tribunal reconoció la aplicación del principio de *res judicata* al arbitraje de protección de inversiones –como un principio básico de Derecho internacional público– así como al litigio que se le había planteado⁽⁶⁸⁾, siempre y cuando el segundo procedimiento se refiriese a las mismas partes, en relación con la misma cuestión previamente decidida⁽⁶⁹⁾. Sin embargo, el tribunal reconoció que la desestimación por parte de un tribunal internacional de una demanda por falta de jurisdicción y competencia no constituye una decisión sobre el fondo y no impide una posterior reclamación ante un tribunal competente⁽⁷⁰⁾. Como la decisión del primer tribunal no tenía fuerza de cosa juzgada, el segundo tribunal desestimó las objeciones procesales de la demandada.

⁽⁶⁸⁾ *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N° ARB(AF)/00/3, Decisión del Tribunal sobre la Objeción Preliminar de México relativa al Procedimiento Previo (26 de junio de 2002) Par. 47, disponible en http://www.worldbank.org/icsid/cases/waste_united_esp.PDF

⁽⁶⁹⁾ *Ibidem*, Par. 39.

⁽⁷⁰⁾ *Ibidem*, Par. 43.

La práctica arbitral revela que toda excepción de cosa juzgada requiere para su estimación la concurrencia de los requisitos de triple identidad (partes, *petitum* y *causa petendi*) que tanto los sistemas jurídicos del *common law* como los sistemas continentales reconocen. La posición de la doctrina y la jurisprudencia en materia arbitral es unánime en cuanto a la necesidad de que concurren estos requisitos⁽⁷¹⁾.

En los asuntos Lauder y CME contra la República Checa, ya comentados, vimos cómo un mismo inversor puede, recurriendo a dos TBI distintos, accionar contra un mismo Estado en dos procedimientos arbitrales distintos, a pesar que los hechos en uno y otro procedimiento sean los mismos, resultando en dos laudos contradictorios. Sin embargo, los tribunales suecos desestimaron el recurso de anulación del laudo que condenaba al Estado, al considerar que no existían identidad de las partes entre los dos procedimientos, por lo que no procedía la excepción de cosa juzgada⁽⁷²⁾.

El segundo de los supuestos, quizá más frecuente, se refiere a aquellos casos en los que se inicie un arbitraje en relación con un litigio que haya sido previamente ventilado ante los órganos jurisdiccionales de un determinado Estado. La existencia de un proceso judicial previo, y la sentencia que en el mismo se dicte, puede responder a: (i) una acción legítima por parte de la actora, que considera que el objeto de su demanda no se encuentra afectado por convenio arbitral alguno; o (ii) una maniobra de la actora que pretende maximizar las posibilidades de éxito o frustrar el arbitraje de mala fe. Si posteriormente una de las partes insta frente a la otra un arbitraje, en relación con el mismo asunto, el tribunal arbitral deberá considerar el efecto que sobre el arbitraje tenga la resolución judicial previa.

Ya apuntamos que el convenio arbitral impide a los jueces y tribunales conocer de las cuestiones sometidas a arbitraje. Son sus llamados efectos negativos, previstos tanto en el Convenio de NY como en el de Ginebra (artículos II.3 y VI.1 respectivamente). Iniciado un proceso

(71) SHEPPARD, “*Res Judicata* and Estoppel”, cit., supra nota 66, p. 232, citando los laudos dictados en los procedimientos de la ICC N° 6383 (1991) y 9787 (1998).

(72) Decisión del Tribunal de Apelación de Svea, de 15 de mayo de 2003, disponible en <http://www.cetv-net.com>.

judicial, el demandado podrá denunciar mediante la oportuna excepción procesal –la declinatoria, en España– la falta de jurisdicción por haberse sometido el asunto a arbitraje, siempre y cuando la excepción sea formulada en tiempo y forma. Si la parte demandada no procede en tiempo y forma, se entenderá que ha renunciado tácitamente al arbitraje. Por otro lado, el juez desestimará la declinatoria si comprueba que el convenio arbitral es nulo, ineficaz o inaplicable⁽⁷³⁾. Desestimada la excepción procesal, el juez entrará a conocer del fondo del asunto y dictará sentencia.

Si el juzgador de instancia ha desestimado la declinatoria erróneamente –siendo válido y eficaz el convenio arbitral– y dicta la correspondiente sentencia sobre el fondo, podría darse la circunstancia que una de las partes inicie posteriormente un arbitraje en relación con el mismo litigio; y que la sede de dicho arbitraje se encuentre en un Estado distinto al del órgano jurisdiccional que dictó sentencia. Sin embargo, un tribunal arbitral está únicamente sujeto a los mecanismos de supervisión y control previstos en la ley de la sede. Al mismo tiempo, el tribunal arbitral no estará vinculado por cualquier otra decisión judicial que se haya dictado en otra jurisdicción, incluida la resolución judicial desestimando la declinatoria, debiendo el árbitro ejercitar su competencia al amparo del convenio arbitral.

La excepción de *res judicata* debe formularse a instancia de parte, debiendo en estos casos el árbitro evaluar, en primer lugar, si el litigio que se le ha presentado se encuentra dentro del ámbito de aplicación del convenio arbitral; y en segundo lugar, si concurren los requisitos de identidad (partes, *petitum* y *causa petendi*) entre los dos litigios. La primera cuestión que el árbitro debe dilucidar –la existencia de un acuerdo de arbitraje– es de suma importancia, porque si el litigio resuelto en la sentencia no se encontraba cubierto por el ámbito de aplicación del convenio arbitral (por ejemplo, por terminación, expiración o novación del acuerdo de arbitraje) el árbitro deberá inhibirse. Por el contrario, si el juez entró erróneamente a conocer del fondo por encontrarse el

⁽⁷³⁾ El artículo II.3 del Convenio de Nueva York 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”.

litigio dentro del ámbito de aplicación del convenio arbitral, el árbitro desestimaré la excepción de cosa juzgada que se le plantee, declarándose competente para conocer del fondo del asunto.

Las decisiones de un juez nacional no tienen en principio efectos de cosa juzgada frente a un procedimiento sustanciado ante un tribunal supranacional, instado de conformidad con las disposiciones de un tratado internacional, cuando el mismo litigio objeto del proceso judicial nacional se plantea en dicho foro internacional. Es por ello que en el marco del CIADI se ha reconocido la distinción entre cosa juzgada en el ámbito nacional de la internacional. El Comité de Anulación en el caso *Lucchetti c. Perú* expresamente reconoció que una sentencia de un juez nacional no tiene efectos jurídicamente vinculantes en un arbitraje de protección de inversiones:

En tanto que una sentencia internacional que es cosa juzgada constituirá en principio un obstáculo jurídico para un nuevo examen del mismo asunto, a nivel nacional la cosa juzgada sólo surte efectos jurídicos en el ámbito nacional, y en procedimientos judiciales internacionales no es más que un elemento fáctico. Es lo apropiado, ya que no puede quedar al albedrío de cada Estado la creación, a través de sus propias reglas sobre *res judicata*, de obstáculos para la adjudicación de casos a nivel internacional. El Comité se refiere a ese respecto al Caso *Inceysa Vallisoletana S.L. vs. República de El Salvador*, en que el tribunal declaró que la decisión sobre la legalidad de una inversión no puede quedar librada a los tribunales del Estado receptor, lo que permitiría redefinir, en forma unilateral y completamente discrecional, el alcance de su propio consentimiento a la jurisdicción del CIADI⁽⁷⁴⁾.

La posición del Comité de Anulación revela que la fuerza de cosa juzgada de una sentencia judicial está vinculada al carácter definitivo de la misma, conforme a la legislación nacional, mientras que la fuerza

(74) Decisión sobre solicitud de anulación de 5 de septiembre de 2007, Par. 87, disponible en <http://ita.law.uvic.ca/documents/Lucchetti-Annulment-Spanish.pdf>.

vinculante de un laudo del CIADI –que recoge la interpretación particular de un tribunal en relación con un TBI– se encuentra establecida como una cuestión de Derecho internacional público por el Convenio de Washington. Por lo tanto, la sentencia judicial y el laudo arbitral dictado al amparo del CIADI corresponden a dos realidades jurídicas distintas, por lo que una sentencia nacional entre las mismas partes y en relación con el mismo litigio no puede nunca vincular a un tribunal supranacional.

4.3. El valor en el arbitraje de los laudos dictados en litigios conexos

Entre las manifestaciones más problemáticas del arbitraje internacional se encuentra el riesgo de múltiples reclamaciones en foros diversos, entre partes distintas, pero en relación con un mismo núcleo fáctico y legal. En materia mercantil, ya se ha explicado cómo el entramado contractual que presentan las transacciones comerciales internacionales puede resultar en controversias que presentan rasgos fácticos y jurídicos sustancialmente idénticos. En el campo de la ingeniería y la construcción, por ejemplo, el desencadenamiento de arbitrajes en paralelo suele ser resultado de la existencia de controversias que puedan surgir entre los diferentes agentes, incluyendo el propietario, el contratista y los subcontratistas.

En el arbitraje comercial internacional ha sido reiterada la jurisprudencia reconociendo la necesidad de que concurren los requisitos de identidad entre partes, *petitum* y *causa petendi*, para poder hacer valer la excepción de cosa juzgada. En el marco de la ICC, cuatro arbitrajes fueron iniciados en la misma sede, en relación con el mismo proyecto, pero entre partes distintas, en los que debía dilucidarse la existencia o no de fraude en el momento de la suscripción de unos contratos de suministro. Los cuatro arbitrajes fueron sustanciados ante tribunales distintos. Cuando el laudo dictado en uno de ellos estableció que uno de los contratos había sido formalizado mediando fraude por una de las partes –declarando por lo tanto el contrato nulo de pleno derecho– la parte interesada pretendió hacer valer el laudo en otro de los arbitrajes. El segundo tribunal consideró que el laudo presentado de parte carecía de fuerza vinculante en ese arbitraje porque las partes no eran las mismas

en ambos procedimientos, los cuales habían sido iniciados en relación con un contrato y convenio arbitral distintos⁽⁷⁵⁾.

Asimismo, el árbitro se encuentra con mayor frecuencia confrontado al efecto que pudiere tener en la controversia que está decidiendo las decisiones alcanzadas por un tribunal internacional o supranacional. Por ejemplo, en el campo del arbitraje del Capítulo XI del TLCAN, varios inversores de los Estados Unidos iniciaron varios procedimientos contra México, por una alegada violación de las obligaciones de no discriminación y trato nacional del TLCAN, derivadas de la imposición de un impuesto especial, en vigor desde el 1 de enero de 2002, a los refrescos que contuvieren jarabe de maíz de alta fructosa. En relación con la misma medida tributaria, los Estados Unidos habían solicitado la celebración de consultas con México conforme al Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio. Como las partes no llegaron a una solución satisfactoria, los Estados Unidos solicitaron el establecimiento de un Grupo Especial al amparo del Entendimiento sobre Solución de Diferencias. La posición de los Estados Unidos ante la OMC fue que las medidas tributarias de México eran incompatibles con las obligaciones de trato nacional de México en virtud del artículo III del GATT y que el impuesto debía ser derogado. La controversia planteada ante el Grupo Especial de la OMC era en los hechos sustancialmente idéntica a los procedimientos de arbitraje que los inversores de los Estados Unidos habían planteado conforme al Capítulo XI del TLCAN. En ambos procedimientos –ante la OMC y conforme al TLCAN– debía dilucidarse el carácter discriminatorio de las mismas medidas tributarias mexicanas, conforme a tratados distintos, en relación con demandantes distintos.

El primero de los laudos dictados conforme al Capítulo XI del TLCAN, en relación con las medidas tributarias mexicanas que se han descrito, ha sido en el arbitraje instado por los inversores estadounidenses Archer Daniels Midland Company (ADM) y Tate & Lyle Ingredients America, Inc (TLIA). La decisión del Tribunal revela que las conclusiones alcanzadas en el seno de la OMC no pueden tener una influencia directa en la apreciación de los hechos por parte del Tribunal,

(75) HANOTIAU, *Complex Arbitrations*, cit., supra nota 61, pp. 252-253.

a pesar de que las medidas del Estado examinadas fuesen sustancialmente idénticas en ambos casos. Tampoco pueden los fundamentos de Derecho expresados en el Informe del Grupo Especial de la OMC vincular de forma directa a un Tribunal Arbitral del TLCAN, al tratarse de tratados internacionales distintos. En uno y otro caso, toda conclusión fáctica y jurídica se ajustó a las alegaciones del caso concreto, así como a la prueba que las partes habían presentado.

A su vez, dentro del marco del Capítulo XI del TLCAN se han sustanciado contra México, de forma paralela al arbitraje promovido por ADM y TLIA, otras reclamaciones por otros inversores, cuyo fundamento fáctico y jurídico es sustancialmente idéntico. Entre estas demandas se encuentra la formulada por la estadounidense Corn Products International, Inc., cuya acumulación con las reclamaciones de ADM y TLIA fue desestimada, como veremos a continuación. Los efectos que el laudo dictado en ADM y TLIA pueda tener en el Tribunal que conoce del caso CPI son impredecibles, si bien es cierto que en el arbitraje internacional, incluido el sustanciado conforme al Mecanismo Complementario del CIADI, la decisión de un tribunal arbitral previo sobre una determinada cuestión fáctica o jurídica no tiene la consideración de precedente ni es vinculante en procedimientos posteriores⁽⁷⁶⁾. No existe por lo tanto en el arbitraje de protección de inversiones la obligación del tribunal de ajustarse al precedente, sin perjuicio de los efectos persuasivos que un laudo pueda tener.

El árbitro decidirá el litigio que se le plantea de acuerdo con la ley aplicable. En las disputas de carácter contractual, el Derecho aplicable lo establecerá el propio contrato, así como cualesquiera otras normas

⁽⁷⁶⁾ *Vide* Enron Corporation Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina, Caso CIADI N° 01/3, Decisión sobre Jurisdicción (Demanda Adicional) 2 de agosto de 2004, señalando que “(...) el Tribunal está de acuerdo con la opinión que la República Argentina expresó en la audiencia sobre competencia celebrada respecto de la presente controversia, en el sentido de que las decisiones de los tribunales del CIADI no constituyen precedentes vinculantes y de que cada caso debe examinarse a la luz de sus propias circunstancias (...) Sin embargo, las cuestiones fundamentales planteadas por las partes en relación con la competencia en el presente caso no son en realidad diferentes de las planteadas en casos anteriores. Por ello, las conclusiones del Tribunal siguen la misma línea de razonamiento, no porque existan precedentes vinculantes sino porque las circunstancias de los distintos casos son comparables, y en algunos aspectos idénticas” (Par. 25).

de orden público relevantes. Tratándose de sistemas jurídicos del *common law*, el tribunal arbitral decidirá la controversia atendiendo al precedente, de conformidad con la denominada doctrina de la *stare decisis*, en virtud de la cual las sentencias judiciales crean un precedente que vincula a un tribunal arbitral, siempre y cuando las cuestiones jurídicas puedan equipararse. En estos casos, por lo tanto, el árbitro se apoyará en la jurisprudencia que emana de los órganos jurisdiccionales en su consideración de las pretensiones. Sin embargo, cuando el Derecho aplicable sea un sistema continental –en donde la jurisprudencia tiene una fuerza vinculante mucho más reducida– la propia legislación cobra mayor relevancia. En uno y otro sistema, sin embargo, la decisión de un tribunal arbitral previo en relación con una determinada cuestión jurídica no tiene valor de precedente y no es por lo tanto formalmente vinculante⁽⁷⁷⁾.

El enfoque casuístico propio de los sistemas anglosajones no es de aplicación a las controversias regidas por el Derecho internacional. Tampoco en el plano del Derecho internacional tendrán fuerza vinculante las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales de los Estados. En el contexto del sistema arbitral de protección de inversiones configurado por el Convenio de Washington, los tribunales arbitrales no se encuentran vinculados por laudos previos dictados en litigios conexos. En estos casos el tribunal deberá interpretar y aplicar las disposiciones del TBI, relacionándolas con la legalidad internacional, ya que la controversia entre las partes –así como el ámbito del convenio arbitral– se sitúa exclusivamente en el marco del Derecho internacional.

En el caso *SGS c. Filipinas*, el Tribunal Arbitral analizó los efectos vinculantes que de la interpretación de un TBI había efectuado otro tribunal en el asunto *SGS c. Pakistán*. En ambos casos el tribunal debía interpretar la extensión de lo que se ha denominado *umbrella clause* o cláusula paraguas de un TBI, en virtud de la cual las obligaciones contractuales asumidas por el Estado o sus entidades podrían convertirse en auténticas obligaciones de Derecho internacional público. En *SGS c. Pakistán*, el tribunal estimó que siendo posible que un TBI proteja al inversor de los incumplimientos por parte del Estado de los compromisos contractuales asumidos frente al inversor, la interpretación del TBI entre Suiza y Pakistán no permitía concluir que esa había sido la intención

(77) SHEPPARD, “*Res Judicata* and Estoppel”, cit., supra nota 66, p. 222.

de los Estados parte⁽⁷⁸⁾. Posteriormente, en el arbitraje SGS c. Filipinas, la parte demandada solicitó del tribunal que adoptase, en relación con el TBI entre Suiza y Filipinas –de redacción similar al TBI entre Suiza y Pakistán– el mismo enfoque interpretativo de la cláusula paraguas. Sin embargo, el tribunal en SGS c. Filipinas indicó estar en desacuerdo con la postura en SGS c. Pakistán⁽⁷⁹⁾, señalando:

(...) el Convenio del CIADI únicamente establece que los laudos a cuyo amparo se dicten “son obligatorios para las partes” (artículo 53 (1)), disposición que puede considerarse como referida a los efectos de *res judicata* de los laudos, más que a su impacto como precedentes en futuros casos. En opinión del Tribunal, aunque los diferentes tribunales constituidos de acuerdo con el sistema del CIADI deberían entre ellos actuar de forma coherente, cada tribunal deberá en cada caso ejercitar su competencia de conformidad con el derecho aplicable, el cual por definición será distinto para cada TBI y Estado Demandado (...) Asimismo, no existe la doctrina del precedente en Derecho internacional, si por precedente se entiende la regla por la que las decisiones de un solo tribunal son vinculantes (...) No existe jerarquía de los tribunales internacionales, e incluso si la hubiese, no existe una buena razón para permitir al primer tribunal en el tiempo que resuelva cuestiones para tribunales posteriores. Deben inicialmente ser los mecanismos de control establecidos en el TBI y el Convenio del CIADI, y a largo plazo el desarrollo de una opinión legal común o *jurisprudence constante*, lo que resuelva las difíciles cuestiones legales discutidas en SGS c. Pakistán y en la presente decisión⁽⁸⁰⁾.

(78) SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Republica Islámica de Pakistán, Caso CIADI N  ARB/01/13, decisión sobre excepciones a la jurisdicción, párrafo 173. El artículo 11 del APPRI Suiza-Paquistán dispone que “*each contracting party shall constantly guarantee the observance of the commitments it has entered into with respect to the investments of the investors of the other contracting Party*”.

(79) SGS Société Générale de Surveillance S. A. c. República de Filipinas, Caso N  ARB/02/06, decisión del Tribunal sobre excepciones a la jurisdicción, 29 de enero de 2004, Par. 128.

(80) *Ibidem*, par. 97.

Por lo tanto, en el contexto del arbitraje de protección de inversiones no existe la obligación del tribunal de ajustarse al precedente, como se desprende del propio Convenio de Washington, que no hace referencia alguna al valor jurídico de los laudos del CIADI. A pesar de que los laudos son sólo obligatorios para las partes, en relación con un solo litigio, es preciso señalar cómo el valor persuasivo de la jurisprudencia del CIADI ha contribuido de forma significativa al desarrollo y precisión de las normas jurídicas de protección de inversiones, creando lo que en ocasiones se ha denominado un sector nuevo del Derecho internacional.

5. EL SOLAPAMIENTO DE CLÁUSULAS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL ARBITRAJE INVERSOR-ESTADO: CONTRATO Y TRATADO

En el marco del arbitraje de protección de inversiones, hemos visto cómo el inversor tiene a su disposición diversas vías de recurso contra el Estado, ya sea en virtud de los contratos que ha suscrito con las entidades del Estado receptor o conforme al TBI aplicable. De este modo es frecuente que el inversor pueda beneficiarse tanto de los derechos derivados del contrato como de los derechos derivados del tratado. El contrato establecerá derechos y obligaciones para el inversor cuyo incumplimiento podrá dar origen a reclamaciones derivadas del contrato, conforme al método de resolución de controversias que se haya previsto, ya sea ante los órganos jurisdiccionales del Estado receptor o mediante arbitraje, si el contrato en cuestión así lo establece.

Por otro lado, si existe un TBI en vigor entre el Estado receptor y el país del que el inversor es nacional, existirá un marco legal paralelo, conforme a las disposiciones del tratado, estableciendo los estándares de protección de los inversores y las inversiones cubiertas por el tratado. El TBI normalmente establece la obligación de los Estados parte de conferir a los inversores y las inversiones, que procedan de la otra parte, un trato justo, equitativo y no discriminatorio, así como la obligación de indemnizar al inversor, de forma efectiva y adecuada, en caso de expropiación. La protección de Derecho internacional público conferida por el TBI se extenderá normalmente a las relaciones contractuales entre el

inversor y el Estado receptor o sus entidades, mediante una definición amplia de “inversión” protegida por el tratado⁽⁸¹⁾ y/o de una cláusula paraguas que establezca la obligación específica del Estado de respetar las obligaciones contractuales que hayan sido asumidas frente al inversor⁽⁸²⁾. En estos casos, las obligaciones contractuales se convierten en auténticas obligaciones de Derecho internacional público para el Estado receptor, cuyo incumplimiento permitirá al inversor accionar directamente contra el Estado en un arbitraje internacional.

Por lo tanto, las controversias que puedan surgir en relación con un contrato entre el inversor y las entidades del Estado receptor podrán desencadenar: (a) reclamaciones contractuales, al amparo de la cláusula de jurisdicción prevista en el contrato; o (b) reclamaciones derivadas del TBI aplicable, conforme al mecanismo de solución controversias previsto en el tratado, normalmente mediante arbitraje internacional administrado por el CIADI. La jurisdicción final para la resolución de la controversia dependerá, de la elección que efectúe el inversor, dependiendo de si el incumplimiento alegado se refiere a una obligación del Estado establecida en el tratado o exclusivamente en el contrato.

Ante esta elección de foros –contractual o privada, por un lado; o pública, conforme al tratado– el inversor recurrirá normalmente a la posibilidad de arbitraje internacional conferido por el tratado, al ser éste percibido como un mecanismo neutral y efectivo de resolución de la controversia. Aunque la distinción entre obligaciones derivadas de un tratado o de un contrato resulta en teoría sencillo, la práctica arbitral ha revelado cómo unas y otras se encuentran frecuentemente entrelazadas. El solapamiento y aparente conflicto entre reclamaciones derivadas de un tratado y reclamaciones puramente contractuales, resulta en

⁽⁸¹⁾ Por ejemplo, el artículo 1(2) del TBI entre España y Bolivia incluye en su apartado (e) dentro de la definición de “inversión”, los “Derechos económicos para realizar actividades económicas y comerciales otorgados por ley o en virtud de un contrato, incluidas las concesiones para la exploración, prospección, cultivo, extracción, o explotación de recursos naturales”.

⁽⁸²⁾ Por ejemplo, el artículo 3(2) del TBI entre España y Bolivia establece que “(...) cada Parte Contratante deberá cumplir cualquier obligación contractual contraída por escrito en relación con las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante (...)”.

un innegable riesgo de duplicación de procedimientos, y por consiguiente de sentencias y laudos contradictorios⁽⁸³⁾.

Diversas técnicas han sido propuestas para paliar el riesgo de duplicación de procedimientos, que continua representando un desafío crucial en el arbitraje de protección de inversiones. Los tratados recogen diversos dispositivos que permiten canalizar las vías de recurso con las que cuenta el inversor para hacer valer sus derechos.

En primer lugar, la jurisdicción del tribunal arbitral, configurada por el propio TBI –y por el Convenio de Washington, en los arbitrajes del CIADI– constituye el primer obstáculo al inversor que plantee en un mismo foro reclamaciones derivadas de un contrato y de un tratado.

El requisito tradicional de agotamiento de los recursos judiciales y administrativos del Estado receptor, como requisito previo a toda acción frente al Estado en un foro internacional, ha sido en ocasiones planteado como un mecanismo válido de coordinación. De esta forma, el inversor debe someter primero sus reclamaciones ante los órganos jurisdiccionales del Estado receptor y sólo en el supuesto de que transcurrido un periodo de tiempo determinado no se haya dictado sentencia –o

⁽⁸³⁾ ILM 426-453, 2001, Decisión de Anulación de 3 de julio de 2002, 41 ILM 1135-1162, 2002. Las demandantes, que eran inversores franceses en Argentina instaron un arbitraje contra ese Estado sobre la base de que Argentina había incumplido sus obligaciones del TBI entre Francia y Argentina. Las demandantes habían suscrito un contrato de concesión con la Provincia de Tucumán. El TBI otorgaba el derecho al inversor de elegir entre un arbitraje CIADI para la resolución de las controversias derivadas del tratado, mientras que el contrato de concesión sometía las controversias contractuales a los tribunales Contencioso-Administrativos de Tucumán. Para probar el incumplimiento del TBI, los demandantes se basaron en las actuaciones de la Provincia de Tucumán en relación con el contrato de concesión, lo cual no suponía en principio problema alguno desde el punto de la responsabilidad internacional del Estado. Sin embargo, el tribunal arbitral decidió que las controversias resultantes del contrato de concesión correspondía resolverlas a los tribunales de Tucumán, ya que las alegaciones de las demandantes se referían precisamente al cumplimiento o incumplimiento del contrato de concesión. Sin embargo, el tribunal cometió un error en su razonamiento al considerar que sólo se le habían presentado reclamaciones contractuales, sino reclamaciones derivadas del tratado que suscitaban cuestiones que implicaban la interpretación del contrato de concesión. De esta manera, la consecuencia de someter estas cuestiones a los tribunales contencioso-administrativos de Tucumán implicaba no decidir sobre las reclamaciones del tratado que se le habían planteado, resultando en un laudo *infra petita*.

esta fuese desfavorable para el inversor– podrá entonces el inversor activar el procedimiento arbitral previsto en el tratado. Se trata, sin embargo, de una técnica problemática que indudablemente implica que el inversor tenga que ejercitar, de forma consecutiva, reclamaciones derivadas de un TBI ante dos jurisdicciones distintas.

La tercera técnica que puede prever un tratado es el establecimiento de una “cláusula de bifurcación en el camino” o *fork in the road clause* que confiere al inversor dos vías de recurso excluyentes entre sí: acudir a los órganos jurisdiccionales del Estado receptor o al procedimiento arbitral previsto en el tratado. Finalmente, en ocasiones los TBI establecen una cuarta técnica consistente en que el inversor debe renunciar a formular reclamaciones ante cualquier otra jurisdicción como condición previa a la sustanciación del procedimiento arbitral internacional previsto en el tratado. Uno y otro mecanismo han creado a su vez confusión entre reclamaciones derivadas de un tratado y reclamaciones derivadas de un contrato.

5.1. Límites jurisdiccionales del Tribunal Arbitral

Si el inversor pretende hacer valer en un arbitraje de protección de inversiones lo que en realidad constituye una reclamación derivada de un contrato, puede encontrarse con límites a la jurisdicción del tribunal. La determinación de si una reclamación se deriva de un tratado o de un contrato dependerá de la fuente de la obligación cuyo incumplimiento se alega, siendo este el criterio más relevante en la distinción de reclamaciones⁽⁸⁴⁾. El fundamento o *causa petendi* de una reclamación derivada de un tratado será siempre una obligación del Estado receptor conforme al TBI, mientras que el fundamento de una reclamación contractual es una obligación creada y definida por el contrato o por las normas reguladoras de dicho negocio jurídico. Asimismo, en las reclamaciones derivadas del tratado, el contenido de la obligación cuyo incumplimiento se alega será siempre de naturaleza genérica, reflejando normalmente normas consuetudinarias sobre la protección del individuo y su propiedad en Derecho internacional, mientras que los derechos

(84) CREMADES y CAIRNS, “La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: La protección contractual y de los Tratados”, cit., supra nota 32, p. 3.

contractuales son por lo general específicos y se encuentran definidos por el derecho positivo, contractual o administrativo, del Estado receptor.

Conforme se ha expuesto, el inversor tiene a su disposición diversas vías de recurso –contractuales o convencionales– que permiten una elección por parte del inversor. Sin embargo, nada impide que el inversor recurra a la desaconsejada estrategia de sustanciar de forma simultánea las reclamaciones derivadas de un contrato y de un TBI, ya que dicho contrato y el tratado constituyen dos fuentes independientes de obligaciones para el Estado⁽⁸⁵⁾. Por lo tanto, en el arbitraje de protección de inversiones, si la naturaleza de la controversia así lo permite, el tribunal arbitral, en lugar de declararse incompetente, resolverá el solapamiento de los dos procedimientos que aparentemente resultan idénticos –fáctica y jurídicamente– limitando su jurisdicción y competencia a solo una parte del litigio que se le ha planteado, dejando determinadas cuestiones a la jurisdicción del otro tribunal arbitral⁽⁸⁶⁾.

(85) En el caso *Vivendi*, supra nota 31, el Comité de Anulación consideró la necesidad de “(...) 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 [Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad Internacional del Estado] 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”. (...) 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. 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” (Decisión sobre la Anulación, Par. 95 y 96).

(86) HOBBER, Kaj, “Parallel Arbitration Proceedings – Duties of the Arbitrators: Some Reflections and Ideas”, en: CREMADES, Bernardo M. y LEW, Julian D.M., *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration*, 2005, p. 251.

Algunos TBI establecen una definición de “inversión” lo suficientemente amplia para abarcar las obligaciones contractuales que el Estado o sus entidades hayan suscrito con inversores extranjeros. Asimismo, algunos tratados específicamente contienen una cláusula paraguas en virtud de la cual el Estado se compromete a observar las obligaciones contractuales que haya asumido respecto de las inversiones de nacionales o empresas del otro Estado Contratante. En estos supuestos, se ha planteado si un incumplimiento por parte del Estado de sus compromisos contractuales frente al inversor puede dar lugar a una reclamación derivada del tratado, al considerarse que mediante la cláusula paraguas las obligaciones contractuales han sido “elevadas” a la categoría de obligación de Derecho internacional público. En los laudos dictados en los arbitrajes instados por la compañía suiza Société Générale de Surveillance (SGS) contra los Estados de Pakistán y Filipinas el tribunal analizó expresamente en qué medida la reclamación de SGS –fundamentada en un alegado incumplimiento del Estado de los contratos suscritos para el suministro de servicios de inspección de aduanas– podía equipararse a una reclamación en virtud de un tratado, fruto de la aplicación del cláusula paraguas del TBI. En ambos casos el tribunal debía dilucidar si la cláusula de resolución de controversias del TBI abarcaba las alegaciones sobre incumplimientos contractuales aducidas por la demandante.

En el asunto SGS c. Pakistán, el contrato de concesión específicamente preveía el arbitraje en Pakistán como método de resolución de las controversias que pudieren surgir en relación con el contrato. Cuando éstas surgieron entre las partes, SGS instó un proceso judicial ante los órganos jurisdiccionales suizos, los cuales debieron inhibirse y declararse incompetentes para conocer de la demanda. Pakistán inició entonces un procedimiento arbitral en Islamabad, formulando diversas reclamaciones en relación con un alegado incumplimiento del contrato por parte de SGS.

Posteriormente, en relación con la misma controversia, SGS instó un procedimiento arbitral contra Pakistán de conformidad con el TBI entre Suiza y Pakistán, al considerar que conforme al artículo 11 de dicho tratado, el incumplimiento del contrato de concesión implicaba una violación del TBI. El artículo 11 del TBI establecía que “(...) ambas partes contratantes garantizarán constantemente la observancia de los compromisos que hayan contraído respectivamente en relación con las

inversiones de los inversores de la otra parte contratante”. Sin embargo, el Tribunal consideró que a menos que el tratado lo afirmase expresamente, la cláusula paraguas transcrita no alteraba el principio de Derecho internacional por el que la violación de un contrato no puede por sí misma dar lugar a un incumplimiento del Derecho internacional, especialmente cuando las partes habían acordado de manera expresa la sumisión de las controversias contractuales a un arbitraje doméstico en Pakistán⁽⁸⁷⁾. A juicio del tribunal, la cláusula paraguas constituía únicamente un compromiso general por parte del país receptor de asegurar la eficacia de los contratos públicos suscritos con el inversor. En concreto, el Tribunal señaló “(...) que no sería realmente necesario demostrar una violación de las disposiciones fundamentales de un tratado si un simple incumplimiento del contrato, o de un reglamento o disposición municipal, bastara de por sí para configurar una violación del tratado por una Parte contratante y comprometiera la responsabilidad internacional de la Parte”⁽⁸⁸⁾.

Posteriormente, en el asunto SGS c. Filipinas –con un núcleo fáctico y jurídico similar al asunto SGS c. Pakistán– se abordó nuevamente la interpretación de una cláusula paraguas, esta vez en el TBI entre Suiza y Filipinas, pero el tribunal adoptó una posición radicalmente opuesta al tribunal del caso anterior, al considerar que la cláusula paraguas “significaba lo que decía”, por lo que en principio atribuía jurisdicción al tribunal arbitral constituido de acuerdo con el tratado para pronunciarse sobre las reclamaciones de SGS estrictamente contractuales. Sin embargo, el tribunal señaló que pese a ser competente en virtud del TBI para conocer de las reclamaciones contractuales presentadas por SGS, no podía en el caso concreto ejercer dicha competencia puesto que las partes habían expresamente acordado en el contrato de concesión la sumisión de toda controversia contractual a los tribunales de Filipinas⁽⁸⁹⁾. A juicio del tribunal, no podía el inversor instar un arbitraje de protección de inversiones alegando el incumplimiento del contrato de

(87) SGS c. Pakistán, supra nota 78, decisión sobre objeciones a la jurisdicción, 2003, párrafos 165 a 170 del laudo.

(88) *Ibidem*, Par. 168.

(89) SGS c. Filipinas, supra nota 79, decisión sobre objeciones a la jurisdicción, 2004, Par. 557.

concesión, si dicho arbitraje no se ajustaba a la cláusula de resolución de controversias prevista en el mismo contrato⁽⁹⁰⁾. Por lo tanto, el tribunal arbitral decidió inhibirse, suspendiendo sus propias actuaciones hasta que los tribunales de Filipinas se hubiesen pronunciado sobre los alegados incumplimientos contractuales.

En los diversos arbitrajes que en el marco del CIADI han sido instados contra la República Argentina, todos ellos fruto de las mismas medidas económicas adoptadas por la República, el Estado formuló excepciones a la competencia del tribunal arbitral, al considerar que muchas de estas demandas se refieren en realidad a un incumplimiento contractual del Estado más que a un incumplimiento del TBI aplicable. Otros argumentos de defensa se refieren a cláusulas de elección de foro en detrimento de la jurisdicción del CIADI –como en el asunto SGS c. Filipinas– así como en la existencia de diversos procesos judiciales o arbitrajes previamente iniciados por los inversores en relación con las diversas controversias contractuales. La posición de la jurisprudencia del CIADI ha sido uniforme, desestimando estas excepciones al considerar que las reclamaciones previamente formuladas por los inversores conforme a las cláusulas de elección de foro de los contratos (reclamaciones contractuales) son distintas de las que un inversor pueda sustanciar en virtud de un TBI, al amparo del Convenio de Washington. En palabras del tribunal en el caso Enron c. Argentina, la distinción entre estos tipos de reclamaciones se basa precisamente en el requisito de la triple identidad:

Cuando en una controversia hay identidad de las partes, del objeto y de la causa de la acción, puede considerarse que se trata de una controversia en la que es virtualmente imposible separar las cuestiones relativas al contrato de las cuestiones relativas al tratado y obtener de esa distinción una conclusión acerca de la competencia (...) No obstante, como afirmó el Comité de Anulación en el caso Vivendi, “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

⁽⁹⁰⁾ *Ibidem*, Par. 561-562.

relevante del tratado”. En el caso CMS el tribunal también sostuvo, al referirse a este tipo de decisiones, que “debido a que las reclamaciones de carácter contractual son diferentes de las reclamaciones bajo un tratado, aún cuando hubiese habido o actualmente haya un recurso ante los tribunales nacionales por violación del contrato, ello no impediría someter reclamaciones a arbitraje en los términos del tratado”⁽⁹¹⁾.

Es indudable que en una disputa de inversión puede haber cuestiones relativas a un contrato entre el inversor y el Estado o sus entidades (por ejemplo, un contrato de concesión) y que las reclamaciones que presente el inversor al amparo de un TBI se refieran precisamente a dicha controversia. Nada impide, por lo tanto, que un determinado incumplimiento contractual del Estado o sus entidades pueda simultáneamente considerarse como un incumplimiento de un determinado TBI, permitiendo al inversor perseguir la responsabilidad internacional del país receptor, si la conducta es realmente atribuible al Estado.

La práctica arbitral demuestra la complejidad de la relación entre reclamaciones derivadas de un tratado y reclamaciones contractuales. Sin embargo, una reclamación derivada de un tratado es conceptualmente distinta a una reclamación contractual, principalmente porque en una y la otra la fuente y contenido de la obligación cuyo incumplimiento se aduce son materialmente distintas. Este enfoque en la distinción de reclamaciones se corresponde con una concepción dualista que distingue entre el ordenamiento jurídico nacional del internacional.

El reconocimiento de que un tribunal internacional opera en un plano distinto a los tribunales internos del Estado facilita la distinción entre reclamaciones derivadas de un tratado de las de un contrato. La consecuencia jurídica del dualismo Derecho estatal-Derecho internacional se puso precisamente de manifiesto en el asunto SGS c. Pakistán, en donde el tribunal recurrió a una distinción clara entre: (a) las reclamaciones que, conforme al contrato, el inversor podía plantear frente al Estado en un arbitraje doméstico; y (b) las reclamación que en virtud

⁽⁹¹⁾ *Vide* Enron c. Argentina, supra nota 76, decisión sobre Jurisdicción (Demanda Adicional), 2004, Par. 49-50.

del tratado debían dilucidarse en un arbitraje internacional. Esta dicotomía, entre ambos tipos, de reclamaciones y órdenes jurisdiccionales fue también reconocida en el caso *SGS c. Filipinas*, a pesar de que el tribunal decidiese inhibirse hasta que las reclamaciones contractuales hubiesen sido dilucidadas.

Las reclamaciones derivadas de un tratado plantean cuestiones jurídicas radicalmente distintas de las que puedan surgir de una relación contractual o comercial de un individuo con un Estado o sus entidades. Por lo tanto, cuando un arbitraje de protección de inversiones se sustancia de forma paralela a un arbitraje o proceso judicial –en relación con una misma controversia contractual– no puede hablarse de una auténtica pendencia de procedimientos en la que puedan encuadrarse las excepciones cosa juzgada y litispendencia.

5.2. La distinción entre reclamaciones y su interacción con el ordenamiento jurídico interno e internacional

La práctica arbitral revela las similitudes existentes entre la interacción de las reclamaciones derivadas de un contrato con las de un tratado, por un lado; y el efecto que el régimen convencional en materia de protección de inversiones ha tenido sobre la regla de Derecho internacional consuetudinario de agotamiento de los recursos internos. Mientras algunos tratados establecen el “agotamiento de los recursos internos” como condición a la oferta del Estado de someter la controversia con el inversor a un procedimiento arbitral internacional –facilitando por lo tanto la coordinación entre los diferentes foros en los que puede reclamar el individuo– otros tratados expresamente dispensan al inversor de este requisito, reflejando el carácter autónomo del arbitraje de protección de inversiones⁽⁹²⁾.

Conforme a la regla del agotamiento de los recursos internos, el individuo carece de recurso contra el Estado ante un foro internacional, si previamente el Estado donde se haya cometido la lesión no la ha re-

⁽⁹²⁾ Vide SHANY, Yuval, “Contract Claims vs. Treaty Claims: Mapping Conflicts between ICSID Decisions on Multisourced Investment Claims”, en: *American Journal of International Law*, Vol. 99, 2005, pp. 835-851.

mediado con sus propios medios, en el marco de su ordenamiento jurídico interno⁽⁹³⁾. Sin embargo, esta regla puede ser declarada inaplicable por voluntad expresa de los Estados⁽⁹⁴⁾. En ciertas ocasiones, los TBI establecen el “agotamiento de los recursos internos” como condición a la oferta del Estado de someter la controversia con el inversor a un procedimiento arbitral internacional. En estos casos, el inversor debe agotar las vías de recurso domésticas antes de accionar contra el Estado en un foro internacional⁽⁹⁵⁾. Por lo tanto, si el consentimiento del Estado al arbitraje se encuentra condicionado al agotamiento previo de los recursos internos, no existirá acuerdo arbitral entre el inversor y el Estado, sin el cumplimiento previo de dicha condición.

Sin embargo, esta regla queda excluída en aquellos casos en los que nada disponga el TBI, pudiendo entenderse que existe una derogación tácita de la misma cuando el tratado establezca una cláusula de arbitraje CIADI. Por lo tanto, conforme al artículo 26 del Convenio de Washington el requisito de agotamiento previo de los recursos internos no es aplicable en el marco del CIADI, si nada establece al respecto el TBI que recoja la oferta del inversor, invirtiendo de este modo lo dispuesto en la costumbre internacional:

⁽⁹³⁾ Sentencia del TIJ en el asunto *Interhandel*, C.I.J. Recueil, 1959, pp. 6-27.

⁽⁹⁴⁾ Asunto *Elettronica Simula S.P.A. (ELSI)* (Estados Unidos de América c. Italia), Decisión de la Corte Internacional de Justicia, 1989, *Recueil*, p. 42, párrafo 50.

⁽⁹⁵⁾ Se trata de un requisito del que se ha ido crecientemente prescindiendo en los TBI más recientes, pero que continúa presente en muchos otros tratados. El TBI España-Argentina recoge este requisito, exigiendo en su artículo X que el inversor someta la controversia “(...) a los tribunales competentes de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión (...)” como requisito previo al arbitraje internacional, el cual sólo podrá ser iniciado en cualquiera de los siguientes casos: (a) si ha transcurrido un plazo de dieciocho meses desde que se inició el proceso nacional sin que exista una decisión; (b) si existe una decisión nacional pero la controversia subsiste; o (c) si ambas partes en la controversia así lo acuerdan. El significado y efecto del artículo X del TBI España-Argentina fue examinado en el asunto *Maffezini c. El Reino de España*, en el que el tribunal consideró que los Estados parte “quisieron dar a sus respectivos tribunales la oportunidad, dentro del plazo señalado de dieciocho meses, de solucionar la controversia antes de que ésta pudiera ser sometida al arbitraje internacional”, (párrafo 35 del Laudo). A juicio del tribunal, el artículo X constituía un mecanismo que en nada interfería con la libertad de las partes de recurrir al arbitraje internacional, si transcurrido el plazo previsto “(...) no quedaran satisfechas con la sentencia del tribunal nacional (...)”.

Artículo 26.- Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio.

En el recurso de anulación presentado contra el laudo dictado en el caso Amco, Indonesia alegó que los árbitros no habían aducido los motivos por los que el inversor podía recurrir directamente al CIADI sin necesidad de agotar previamente los recursos internos del Estado. Estas alegaciones fueron desestimadas al entender el Comité de Anulación que el artículo 26 del Convenio de Washington implica una renuncia a la regla del agotamiento de los recursos internos⁽⁹⁶⁾.

En aquellos supuestos en los que el inversor haya acudido previamente a los tribunales internos del Estado, la sentencia que dicte el juez nacional no tendrá efectos vinculantes en el arbitraje CIADI que posteriormente se inste, ya que el principio de cosa juzgada sólo es aplicable entre tribunales internacionales⁽⁹⁷⁾. Por otro lado, la posible duplicidad en las vías de recursos para el inversor –contractual o conforme al tratado–

⁽⁹⁶⁾ Amco Asia Corporation y otros c. República de Indonesia, caso CIADI N° ARB/81/1, Sentencia de Anulación, 1986, ICSID Reports, Vol. 1, 1193, reproducida en *International Legal Materials*, Vol. XXV, 1986, pp. 1439-1465.

⁽⁹⁷⁾ En el asunto Trail Smelter se reconoció expresamente el principio de cosa juzgada como un principio básico de Derecho internacional. Asunto de la Fundición del Trail (Estados Unidos c. Canadá) 3 R.I.A.A., 1905, 1950 (1941). Sin embargo las decisiones de los tribunales nacionales no pueden tener efectos de cosa juzgada en un tribunal internacional. *Vide*. Amco c. Indonesia (Laudo de 20 de noviembre de 1984), 1 ICSID Rep. 413, 460 (1993) y Amco c. Indonesia (Decision sobre la Solicitud de Anulación de 16 de mayo de 1986), 1 ICSID Rep. 509, 526-27 (1993), en el que el tribunal considero que “un Tribunal internacional no está obligado a seguir el resultado de un tribunal interno (...) Si un tribunal interno fuera vinculante para un tribunal internacional este procedimiento carecería de sentido. De este modo, no importa la descripción que haga de la posición jurídica de una parte una sentencia de un tribunal interno. Un tribunal internacional tiene el derecho de evaluar y examinar esta posición sin aceptar ningún efecto de cosa juzgada de [la sentencia] del tribunal interno. En su evaluación, por tanto, las sentencias de un tribunal interno pueden ser aceptadas como uno de los muchos factores que han de considerarse por el tribunal arbitral” (ILM, Vol. XXIV, 1985, pp. 1022-1039 (pp. 1026-1027).

no impide que una u otra puedan activarse sucesiva o simultáneamente ya que la naturaleza de las reclamaciones será distinta: conforme al contrato o en virtud del tratado. Así en el asunto Siemens c. Argentina el tribunal arbitral confirmó que el artículo 26:

(...) Da por hecha la exclusividad de los recursos en virtud del Convenio a menos que las partes hubiesen llegado a otro tipo de acuerdo. El artículo 26 no establece que lo que pueda ser acordado excluya los recursos del Convenio. En ese caso, los recursos del Convenio no son exclusivos pero tampoco lo son los acordados de otro modo. Esta lectura del artículo 26 se confirma con la decisión sobre jurisdicción en *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited (SPP) c. Egipto*: “El artículo 26 dice que la aceptación de la jurisdicción del CIADI, a menos que se señale de otra manera, debe ser considerada como excluyente de otros recursos. Por tanto, la no renuncia a otros recursos no menoscaba la aceptación de la jurisdicción del CIADI⁽⁹⁸⁾”.

En el asunto SPP c. Egipto⁽⁹⁹⁾, el tribunal del CIADI suspendió el procedimiento hasta que los tribunales internos decidiesen sobre la validez de un laudo de la ICC relativo a la misma controversia. El laudo había sido dictado en el procedimiento que el inversor había instado contra el Estado a raíz de una alegado incumplimiento del acuerdo de ejecución del proyecto de inversión suscrito con un ente público egipcio, que contenía una cláusula de arbitraje ICC. En dicho procedimiento, el Estado excepcionó la falta de jurisdicción y competencia del tribunal arbitral al no haber suscrito el acuerdo que contenía la cláusula ICC, sino exclusivamente un convenio marco con el inversor que no incluía cláusula arbitral alguna. En 1983, el tribunal arbitral dictó un laudo declarándose competente. A instancia del Estado Egipcio, el laudo

⁽⁹⁸⁾ Siemens A.G. v. Argentina, ICSID Caso N° ARB/02/08, decisión sobre Jurisdicción de 3 de agosto de 2004, par. 181.

⁽⁹⁹⁾ S.P.P. (Middle East) Limited, Southern Pacific Properties, Ltd. c. la República Árabe de Egipto, Arbitraje ICC N° YD/AS N° 3493, Laudo (11 de marzo de 1983), disponible en *International Legal Materials*, Vol. 22, p. 752 (1983).

fue anulado por el Corte de Apelaciones de París, al considerar que no existía entre las partes convenio arbitral alguno. SPP apeló la sentencia ante la Corte de Casación, en París; y simultáneamente instó contra Egipto un procedimiento arbitral ante el CIADI. El tribunal se planteó la cuestión de si las partes habían llegado a otro mecanismo de resolución de controversias distinto al arbitraje del CIADI, cuestión esta que precisamente estaba pendiente de dilucidar por la Corte de Casación en Francia. En su decisión sobre jurisdicción del 27 de noviembre de 1985, el tribunal se declaró competente, señalando que nada impedía al tribunal arbitral y a la Corte de Casación Francesa, de forma “independiente y separada”, pronunciarse sobre el mismo asunto⁽¹⁰⁰⁾:

Mientras que la búsqueda simultánea de un recurso ante diferentes jurisdicciones podría justificarse para proteger los intereses legítimos del demandante, ello sin embargo implica ciertos problemas prácticos de administración judicial internacional, ya que incita a un conflicto derivado del ejercicio de jurisdicciones adversas. Esto podría derivar no sólo en el ejercicio concurrente de su jurisdicción por diferentes tribunales, sino también en que un tribunal decline su jurisdicción basándose en presupuestos equivocados sobre la base de que el otro tribunal era competente para conocer del caso.

Sin embargo, frente a las diversas vías de recurso para el inversor, el arbitraje del CIADI se constituye como un foro supranacional establecido al amparo del régimen convencional (el Convenio de Washington y los TBI) beneficiándose de la supremacía sobre cualquier proceso que se sustancie a nivel nacional. En el primer caso planteado ante el CIADI, *Holiday Inns c. Marruecos*, el tribunal hizo alusión a la supremacía del Derecho internacional, como fundamento de su jurisdicción frente a los tribunales internos. El tribunal había sido constituido de conformidad con un acuerdo general de inversión con los demandantes, a la vez que existían entre las partes varios acuerdos de préstamo vinculados a la ejecución del proyecto pero que no contenían cláusulas

⁽¹⁰⁰⁾ Vide VIVES CHILLIDA, Julio A., *El Centro de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, 1998, pp. 137-138.

CIADI, sino cláusulas de sumisión a los tribunales internos de Marruecos. El Tribunal consideró que su jurisdicción se extendía a las cuestiones planteadas en relación con los acuerdos de préstamo, ya que: (i) todos los acuerdos suscritos formaban parte del entramado de actos jurídicos efectuados para la inversión, que no podían considerarse aisladamente; y (ii) el procedimiento arbitral del CIADI prevalecía sobre los procedimientos internos⁽¹⁰¹⁾.

El asunto SGS c. Pakistán revela precisamente cómo el foro en que deban dilucidarse las reclamaciones que pueda presentar un inversor conforme a un TBI, prevalecen sobre cualquier foro en el que se sustancien reclamaciones derivadas exclusivamente del contrato entre el inversor y el Estado, conforme a la cláusula de elección de foro de dicho contrato. Recordemos que Pakistán había iniciado un arbitraje contra SGS en Islamabad, Pakistán, de conformidad con la cláusula de arbitraje del contrato suscrito entre las partes; pero que SGS posteriormente inició un arbitraje ante el CIADI, al considerar que el incumplimiento por parte de Pakistán de sus obligaciones contractuales frente a SGS implicaba un incumplimiento del TBI entre Pakistán y Suiza. SGS solicitó la suspensión del arbitraje en Islamabad, que fue estimada por el tribunal del CIADI al considerar que las reclamaciones contractuales de Pakistán en el arbitraje doméstico presentaban o podrían tener una conexión con las reclamaciones de SGS en el arbitraje CIADI. El tribunal del CIADI recomendó así la suspensión del arbitraje doméstico –relacionado con las reclamaciones contractuales de Pakistán– hasta que el tribunal del CIADI hubiese decidido sobre su jurisdicción y competencia, señalando al desgaste que implicaría la sustanciación de dos procedimientos en relación con las mismas medidas; y apuntando de forma indirecta a la primacía de su jurisdicción sobre cualquier procedimiento relacionado con las reclamaciones contractuales del Estado en el arbitraje doméstico⁽¹⁰²⁾.

(101) *Ibidem*, pp. 139-140. Ver también CRIVELLARO, Antonio, “Consolidation of Arbitral and Court Proceedings in Investment Disputes”, en: CREMADES, Bernardo M. y LEW, Julian D.M., *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration*, 2005, p. 93.

(102) CRIVELLARO, Antonio, “Consolidation of Arbitral and Court Proceedings in Investment Disputes”, en: CREMADES, Bernardo M. y LEW, Julian D.M., *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration*, 2005, p. 95.

De cuanto antecede se desprende que la supremacía del Derecho internacional público tiene una incidencia en la articulación de reclamaciones sustanciadas conforme a un tratado, por un lado, de aquellas derivadas de la cláusula arbitral de un contrato, por otro, aunque la cuestión principal en ambos tipos de reclamaciones gire en torno a la actuación del Estado en sus relaciones contractuales frente a una persona física o jurídica.

La práctica arbitral refleja la constante polémica en relación con la posibilidad de un inversor de accionar conforme a un TBI frente al Estado por el incumplimiento de un contrato administrativo, cuando dicho contrato contiene una cláusula de elección de foro que remite las controversias que pudiesen surgir en relación con el contrato a los tribunales nacionales. En estos casos, se ha suscitado el debate de si el inversor puede someter la disputa a arbitraje de conformidad con el TBI, si la cláusula de resolución de controversias del contrato indica que el inversor ha renunciado al arbitraje de protección de inversiones previsto en el TBI. La respuesta dependerá de la redacción exacta de la cláusula paraguas del TBI y de su interpretación por el tribunal⁽¹⁰³⁾.

⁽¹⁰³⁾ La jurisprudencia arbitral del CIADI ha reconocido en varias ocasiones la posibilidad de un inversor de instar frente a un Estado un arbitraje de protección de inversiones, al amparo del CIADI y en virtud de un TBI, en relación con un alegado incumplimiento del TBI por el trato recibido en el contexto de un contrato suscrito con el Estado o sus entidades, no obstante la existencia de una cláusula de elección de foro en dicho contrato a favor de los tribunales internos del Estado. En el asunto *Lanco c. Argentina* el tribunal decidió que la cláusula de elección de foro en el contrato a favor de los tribunales administrativos argentinos no impedía al inversor la sumisión de la disputa a un arbitraje del CIADI (*Lanco Int'l Inc. c. La República Argentina*, Decisión Preliminar sobre Jurisdicción, 40 I.L.M.457, 463, 2001). En el caso *Salini c. Marruecos*, a pesar de la existencia de una cláusula de jurisdicción en el contrato a favor de los tribunales de Marruecos, el tribunal arbitral estimó que la cláusula de resolución de controversia del TBI prevalecía sobre la cláusula de elección de foro del contrato, considerando el tribunal que el Estado estaba obligado a respetar la oferta de someter la disputa a un arbitraje del CIADI por las presuntas violaciones del TBI (*Salini Costruttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. c. El Reino de Marruecos*, Caso CIADI N° ARB/00/4, 42ILM 609, 2003). Asimismo en el caso *Viviendi*, el tribunal estimó que el TBI constituía un “estándar independiente” del previsto en el contrato, pudiendo el Estado infringir el TBI sin incumplir el contrato al mismo tiempo y viceversa; por lo que si las reclamaciones se fundamentaban en el TBI podía entonces invocarse la cláusula de resolución de controversias del tratado, (decisión del comité de anulación, párrafos 102 y 103).

5.3. Las cláusulas de bifurcación en el camino

Ya hemos visto cómo algunos tratados exigen que el inversor se someta primero a los tribunales nacionales, y sólo en aquellos casos en los que se hayan agotado los recursos internos o haya transcurrido un determinado periodo de tiempo puede el inversor acudir al arbitraje internacional. Existe otro mecanismo en los TBI de coordinación entre el foro doméstico y el internacional, comúnmente conocido como *Fork-in-the-road* o cláusula de bifurcación en el camino, que establece un régimen de resolución de controversias que otorga al inversor la alternativa entre acudir a: (a) los tribunales internos del Estado receptor; o (b) al arbitraje internacional, configurándose ambas vías como excluyentes entre sí. Así, por ejemplo, el artículo 8(2) del TBI Francia-Argentina establece⁽¹⁰⁴⁾:

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 (...)

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 (...)

⁽¹⁰⁴⁾ Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Francesa para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones, del 3 de julio de 1991.

Por lo tanto, el inversor debe efectuar una elección entre los tribunales o el arbitraje internacional, sin que el tratado establezca de forma precisa si la elección se refiere a todas las reclamaciones resultantes con arreglo al tratado en particular o respecto a todas las reclamaciones referentes a la controversia sin tener en cuenta su fuente. El artículo 8 del TBI Francia-Argentina requiere que el inversor efectúe la elección entre arbitraje internacional y los tribunales nacionales en relación con “(...) toda controversia relativa a las inversiones (...)”, lo que parece indicar que un inversor no puede iniciar en foros distintos las reclamaciones derivadas de un tratado y las reclamaciones contractuales procedentes de la misma controversia relativa a la inversión.

Es importante reconocer que las disputas que puedan surgir entre un inversor y el Estado con frecuencia se refieren a la dimensión jurídico privada, fruto del contrato que el inversor ha suscrito con dicho Estado o algunas de sus entidades, siendo precisamente el proceso judicial o el procedimiento administrativo el cauce previsto para que el inversor haga valer frente al Estado sus derechos conforme a dicho contrato. Aunque este tipo de controversias están de alguna manera relacionadas con una inversión, no quiere ello decir que puedan encuadrarse dentro del concepto de reclamaciones derivadas de un TBI, por lo que el hecho de que el inversor haya en estos casos acudido previamente a los tribunales internos, para ventilar sus reclamaciones contractuales frente al Estado, no implica una renuncia al procedimiento arbitral ofrecido en el TBI.

La práctica arbitral reciente demuestra que la vía del arbitraje internacional prevista en el TBI desaparece sólo en aquellos casos supuestos en los que la misma controversia, entre las mismas partes, haya sido previamente planteada ante los órganos jurisdiccionales o administrativos del Estado receptor⁽¹⁰⁵⁾. Dos controversias serán idénticas si en ellas se han planteado las mismas reclamaciones, por lo que la distinción entre reclamaciones derivadas de un contrato y de un tratado es importante a la hora de diferenciar entre las dos vías de recursos con las que cuenta

⁽¹⁰⁵⁾ Vide *Olguin v. Paraguay*; *Vivendi v. Argentina*; *Genin v. Estonia*; *Lauder v. the Czech Republic*; *Middle East Cement v. Egypt*; *CMS v. Argentina*; *Azurix v. Argentina* y *Enron v. Argentina*. Para un análisis detallado de estos casos ver SCHREUER, C., “Travelling the BIT Route: of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road”, en: *Journal of World Investment*, Vol. 5, N° 2, 2004, pp. 231-256.

el inversor (conforme al contrato o al tratado) en relación con su inversión, lo cual tiene una implicación directa a la hora de determinar si el inversor activó o no la cláusula de bifurcación del TBI. Es decir, si las reclamaciones que el inversor planteó ante los tribunales internos se fundamentan exclusivamente en sus derechos contractuales, nada impide que el inversor posteriormente inste un arbitraje internacional frente al Estado, por un alegado incumplimiento del TBI.

Resulta imposible generalizar acerca de si una cláusula de “bifurcación en el camino” o una renuncia obligan a un inversor a elegir entre reclamaciones derivadas de un tratado y reclamaciones contractuales, porque parece que ello dependerá de los términos literales del tratado. En cualquier caso, la tendencia de la jurisprudencia y la doctrina reconoce que el ejercicio por parte del inversor de sus derechos contractuales y administrativos no supone la aplicación automática de las cláusulas de bifurcación en el camino, que el TBI aplicable pueda prever.

5.4. La renuncia

Otra técnica en principio destinada a paliar el riesgo de procedimientos en duplicado es la renuncia, siendo uno de los ejemplos más notables el artículo 1121 del TLCAN (condiciones previas al sometimiento de una reclamación al procedimiento arbitral):

1. Un inversionista contendiente podrá someter una reclamación al procedimiento arbitral de conformidad con el Artículo 1116, sólo si:

- b. el inversionista (...) renuncia a su derecho a iniciar o continuar cualquier procedimiento ante un tribunal administrativo o judicial conforme al derecho de cualquiera de las Partes u otros procedimientos de solución de controversias respecto a la medida presuntamente violatoria ... salvo los procedimientos en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declaratorio o extraordinario(...)⁽¹⁰⁶⁾.

⁽¹⁰⁶⁾ Vide KINNEAR, Meg N., BJORKLUND, Andrea y HANNAFORD, John F.G., *Investment Disputes under NAFTA: An Annotated Guide to NAFTA Chapter 11*, 2006, comentario al artículo 1121 del TLCAN.

El artículo 26 del Nuevo Modelo de TBI de los Estados Unidos ha sido redactado en términos similares.

Al igual que la cláusula de bifurcación en el camino, este tipo de disposiciones son ambiguas en cuanto a si un inversor debe renunciar a ejercitar acciones ante tribunales nacionales respecto a todas las reclamaciones resultantes con arreglo al tratado en particular o respecto a todas las reclamaciones referentes a la controversia, incluyendo las reclamaciones que pudiesen derivarse de un contrato entre el inversor y el Estado.

En el asunto *Waste Management Inc. c. México*⁽¹⁰⁷⁾, el inversor, una empresa norteamericana dedicada al tratamiento de residuos, presentó una solicitud de arbitraje –en su propio nombre y de su subsidiaria Acuverde S.A.– conforme al Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, en reclamación contra México de daños y perjuicios conforme al Capítulo XI TLCAN, por un supuesto incumplimiento de varios entes estatales mexicanos (incluyendo, el Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.N.C., el Estado Mexicano de Guerrero y el Municipio de Acapulco de Juarez) de lo acordado en el contrato de concesión con Acuverde; y en particular, por la decisión de la ciudad de Acapulco de no efectuar los pagos al inversor debidos conforme a dicho contrato. En un primer procedimiento, sustanciado conforme al Reglamento del Mecanismo Adicional del CIADI, el demandante adujo que la renuncia exigida por el TLCAN “(...) no se aplica a cualquier procedimiento de resolución de disputas que involucre alegaciones que [México] haya violado las obligaciones impuestas por otras fuentes de ley, incluyendo las leyes de México (...)”. El tribunal arbitral rechazó este argumento, estimando que “(...) cuando ambas acciones tengan su fundamento legal en las mismas medidas, entonces no podrían las dos continuar bajo el inminente riesgo de que pudiese obtener la parte

⁽¹⁰⁷⁾ *Waste Management, Inc. c. Mexico*, Caso CIADI N° ARB(AF)/98/2. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 15, 2000, p. 214, Laudo del Tribunal, 2000, publicado en español en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm#award4>. Sobre esta decisión, ver así mismo CREMADES, Bernardo M. y CAIRNS, David J. A., “El Arbitraje en la Encrucijada entre la Globalización y sus Detractores”, en: *17 Revista de la Corte Española de Arbitraje 15-61*, diario La Ley, N° 5538, 2002, y BROWER, Charles N. y SHARPE, Jeremy, “Multiple and Conflicting International Arbitral Awards”, en: *4 Journal of World Investment*, 2003, pp. 211-222.

reclamante un doble beneficio en la reparación de los daños. Esto último es precisamente lo que pretende evitar el artículo 1121 TLCAN⁽¹⁰⁸⁾. A juicio del tribunal, la renuncia –que debe estar incluida la solicitud de arbitraje– ha de ser “(...) clara, expresa y terminante (...)” y no estar sometida a condiciones. Para el tribunal, la renuncia, de acuerdo con el artículo 1121, alcanza a cualquier reclamación, tanto derivada de una “medida” recogida en el derecho nacional, como recogida en el TLCAN. En un segundo procedimiento instado por la demandante, el tribunal arbitral se declaró competente al considerar que como el primer tribunal no se había pronunciado sobre el fondo de la controversia, ya que el demandante había dado cumplimiento a los requisitos de renuncia del artículo 1121, considerando que el primer laudo no tenía fuerza de cosa juzgada.

El propósito del artículo 1121 (1) (b) del TLCAN consiste en evitar la duplicidad de procedimientos, ya que si la reclamación derivada del TLCAN se fundamenta en que el Estado ha violado el Derecho internacional al incumplir el contrato con el inversor, y este último iniciase posteriormente un procedimiento ante los tribunales internos del Estado, planteando una reclamación derivada del contrato, existiría un claro riesgo de doble resarcimiento para el inversor. Se trata de un requisito que otros TBI no recogen y cuya necesidad se ha cuestionado, ya que si entendemos los ordenamientos jurídicos nacionales y el internacional como dos realidades distintas, regulando el contrato y el tratado respectivamente, no puede darse el riesgo de duplicidad que el Artículo 1121 pretende evitar.

Sin embargo, detrás de estas complejidades de tipo práctico que exigen prudencia por parte del inversor y minuciosa atención en la redacción de los tratados, se oculta un problema más esencial para el arbitraje internacional. Los TBI han creado una nueva vía de recurso del individuo frente al Estado y con ellos un riesgo de duplicación de reclamaciones y de doble recuperación para los inversores. Por lo tanto, el arbitraje de protección de inversiones deberá considerar la aplicación de teorías como la *lis pendens* y *forum non conveniens* para hacer frente a este nuevo reto del arbitraje internacional.

(108) *Ibidem*, par. 27.

6. LA ACUMULACIÓN DE PROCEDIMIENTOS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

6.1. Planteamiento del problema

En el arbitraje internacional, tres son los supuestos en los que se ha considerado el instituto de la acumulación: (i) dos procedimientos arbitrales instados entre las mismas partes conforme a un mismo contrato y convenio arbitral; (ii) dos procedimientos arbitrales entre las mismas partes instados conforme a contratos y convenios arbitrales distintos; (iii) dos procedimientos arbitrales entre partes distintas y basados en contratos y convenios arbitrales distintos⁽¹⁰⁹⁾.

La práctica arbitral demuestra que con mayor frecuencia una misma situación de hecho puede desencadenar una multiplicidad de litigios. Los casi 40 arbitrajes pendientes contra Argentina ante el CIADI, todos ellos consecuencia de las medidas económicas adoptadas en el marco de la profunda crisis económica y política de finales del año 2001, constituyen un ejemplo notorio. La situación argentina no es la única en Latinoamérica. Otro ejemplo ilustrativo es el de los denominados Casos Checos, previamente descritos en el presente estudio.

Esta cadena de arbitrajes contra un mismo Estado tiene su consecuencia directa en el derecho procesal que los TBI conceden al individuo de accionar contra el Estado por el tratamiento contrario al TBI recibido por su inversión. En este sentido una sola medida del Estado receptor pueda dar lugar a tantos arbitrajes como inversores afectados, siempre y cuando exista un TBI que les ampare. El riesgo de duplicidad de procedimientos –y posibles laudos contradictorios– se acentúa con el hecho de que la casi totalidad de los TBI carecen de mecanismos de acumulación. Tampoco las reglas de procedimiento y regímenes convencionales aplicables regulan de forma específica esta materia.

Las dificultades que plantea la acumulación de procedimientos se ha puesto muy especialmente de relieve en relación con tribunales

⁽¹⁰⁹⁾ Vide SUÁREZ ANZORENA, Ignacio, “La acumulación de arbitrajes: ¿acumulación de problemas?”, en: MANTILLA SERRANO, Fernando, (Coordinador) *Arbitraje Internacional: Tensiones Actuales*, 2007, pp. 342 y ss.

arbitrales distintos, cuando todos ellos conocen de un mismo litigio, más que en relación con el proceso judicial y un arbitraje previo, ya que la existencia de un convenio arbitral válido debería ser suficiente para que el juez nacional se inhíba⁽¹¹⁰⁾. En este último caso, la coordinación entre el proceso judicial y el arbitraje está gobernada por la propia Convención de NY, conforme se ha explicado al tratar el principio de la litispendencia, pero cuyas reglas no son necesariamente aplicables en el supuesto de dos arbitrajes, ya que cada tribunal podrá, conforme al principio de *Kompetenz-Kompetenz*, decidir sobre su propia competencia teniendo en cuenta la validez y ámbito de aplicación del convenio arbitral.

En el arbitraje sustanciado conforme al Reglamento de la ICC, la acumulación de procedimientos instados entre las mismas partes, en relación con una misma relación jurídica y convenio arbitral, no plantea problemas, siempre y cuando no se haya firmado o aprobado por la Corte el Acta de Misión. De lo contrario, habrá que estar a lo dispuesto en el Reglamento en relación con la admisión de nuevas demandas⁽¹¹¹⁾. El resto de los reglamentos de arbitraje tienen también en cuenta el momento procesal en que se encuentre el procedimiento⁽¹¹²⁾. Cuando el arbitraje sea fruto de contratos y convenios arbitrales distintos, el consentimiento de las partes deviene esencial. El Reglamento de la ICC se encuentran entre los más conservadores, requiriendo que los contratos objeto del arbitraje sean parte de una misma relación económica entre las partes y que la interpretación de las diferentes cláusulas arbitrales permita inferir la existencia de un consentimiento tácito de las partes para la acumulación de los procedimientos⁽¹¹³⁾.

En el arbitraje de protección de inversiones del Capítulo XI del TLCAN, el artículo 1126.2 del TLCAN permite a un solo tribunal acumular y considerar dos o más arbitrajes, siempre y cuando se cumpla un

(110) CRIVELLARO, “Consolidation of Arbitral and Court Proceedings in Investment Disputes”, cit., supra nota 102. p. 80.

(111) *Vide* artículo 4 (6) y 19 del Reglamento de la ICC.

(112) SUÁREZ ANZORENA, “La acumulación de arbitrajes: ¿acumulación de problemas?”, cit., supra nota 109, p. 343.

(113) *Ibidem*, p. 344, citando DERAIS, Yves y SCWARTZ, Eric, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, 2005, p. 64.

determinado grado de conexión entre los litigios, debiendo existir entre las diferentes reclamaciones cuestiones comunes de hecho y de derecho, sin que pueda entenderse que dicho artículo contemple reclamaciones no relacionadas entre sí pero formuladas por un mismo inversor. Conforme se apuntó en el asunto *Pope & Talbot*, “(...) la consolidación al amparo de la disposición del TLCAN parece estar dirigida a la acumulación de casos que involucran inversores distintos formulando reclamaciones similares, en lugar de un solo inversor planteando reclamaciones distintas (...)”⁽¹¹⁴⁾ La doctrina ha respaldado la posición de este tribunal⁽¹¹⁵⁾.

En un escenario tan proclive a la multiplicidad de reclamaciones con elementos fácticos y jurídicos comunes, la acumulación de procedimientos arbitrales presenta indudables ventajas: (i) garantizando una tutela judicial internacional uniforme; (ii) evitando el riesgo de decisiones inconciliables entre sí; y (iii) evitando los costes procesales para las partes asociados a dobles procesos⁽¹¹⁶⁾. Los problemas que presenta la acumulación radican en cuestiones relacionadas con la confidencialidad –principalmente en relación con la información corporativa y comercial de las partes– y con la administración del conjunto de reclamaciones que no han sido necesariamente formuladas a través de la misma maquinaria arbitral.

6.2. Requisitos necesarios para la acumulación de procedimientos

Tanto en el arbitraje comercial internacional como en el de protección de inversiones, es generalmente necesario que concurren varios requisitos para que dos procedimientos puedan acumularse, a saber: (a) que exista conexidad entre los dos arbitrajes que pretenden acumularse; (b) que la acumulación sea en interés de ambas partes y de una justa y eficiente resolución de las reclamaciones; (c) que exista el consentimiento

⁽¹¹⁴⁾ *Pope & Talbot, Inc. c. Canadá*, Laudo del 7 de agosto de 2000 relativo al “Super Fee”.

⁽¹¹⁵⁾ KINNEAR *et al*, *Investment Disputes under NAFTA: An Annotated Guide to NAFTA Chapter 11*, cit., supra nota 106, comentario al artículo 1126 del TLCAN.

⁽¹¹⁶⁾ AGUILAR GRIEDER, Hilda, *Acumulación de los Procesos en los Litigios Internacionales*, 2004, p. 109.

de todas las partes, si la legislación aplicable así lo requiere; (d) que la acumulación sea posible en el marco de los distintos mecanismos de resolución de controversias aplicables; y (e) que el tribunal arbitral, en el ejercicio de su discrecionalidad lo considere necesario.

a) El instituto procesal de la conexidad y su aplicación al arbitraje

La conexidad hace referencia a aquella situación en la cual existen dos procedimientos pendientes, estrechamente interrelacionados entre sí, de tal modo que el resultado de uno de ellos sea susceptible de condicionar el otro⁽¹¹⁷⁾. Por lo tanto, para que exista conexidad es necesario que se cumplan tres requisitos: (1) la existencia de dos o más procedimientos pendientes; (2) que dichos procedimientos se encuentren estrechamente vinculados entre sí, de tal manera que exista el riesgo de decisiones irreconciliables o contradictorias entre sí; y (3) que todos los tribunales implicados tengan jurisdicción y competencia para conocer del litigio que se les ha planteado.

La conexidad no opera cuando entre los dos procedimientos exista una identidad absoluta, sino cuando entre los objetos de cada uno de los litigios exista una relación estrecha de vinculación e interdependencia, de tal manera que la resolución que se dicte en uno de los arbitrajes pueda tener alguna eficacia en el otro.

Dentro del instituto procesal de la conexidad se ha distinguido entre la conexidad simple y la conexidad cualificada. En la primera de ellas, los dos procedimientos presentarán uno o dos de los elementos identificativos del objeto del proceso (*partes, petitum* o *causa petendi*). Sin embargo, para que nos encontremos ante una conexidad cualificada es necesario que entre los dos procesos haya una relación de prejudicialidad, de tal modo que uno de los procedimientos sea el antecedente lógico del objeto del otro procedimiento conexo⁽¹¹⁸⁾.

El marco normativo no parece exigir más que una conexidad simple para que proceda la acumulación, si bien no puede hablarse de un

⁽¹¹⁷⁾ *Ibidem*, p. 19.

⁽¹¹⁸⁾ *Ibidem*, pp. 26 y 27.

criterio uniforme. El Reglamento de la ICC –que conforme a su artículo 4 (6) exige que ambos arbitrajes se refieran a una misma relación jurídica, entre las mismas partes– es más riguroso que el Reglamento de Arbitraje de la LCIA y Reglamento Suizo⁽¹¹⁹⁾.

b) El interés de una resolución justa y eficiente

El objetivo fundamental de la acumulación es la unificación del tratamiento y resolución de litigios conexos, inspirada en razones de eficiencia y equidad, evitando soluciones inconsistentes, optimizando recursos y coadyuvando así a la buena administración de la justicia⁽¹²⁰⁾.

Conforme al artículo 1126.2 del TLCAN sólo procede la acumulación si, habiendo escuchado a las partes, el tribunal estima que ésta es “(...) en interés de una resolución justa y eficiente (...)”. Los artículos de otros tratados de promoción y protección de inversiones incorporan requisitos similares⁽¹²¹⁾. Este requisito encuentra su fundamento en el principio de economía procesal y en la necesidad de garantizar la tutela judicial internacional uniforme, evitando laudos contradictorios entre sí.

En septiembre de 2004, México solicitó al CIADI, con fundamento en el artículo 1126 del TLCAN, la constitución de un tribunal de acumulación conforme a lo previsto en dicho artículo, para que resolviese la acumulación de las reclamaciones presentadas por las sociedades estadounidenses Corn Products International, Inc. (CPI), por un lado, y las sociedades Archer Daniels Midland Company (ADM) y A.E. Staley Manufacturing Company, por otro⁽¹²²⁾, al considerar que

(119) SUÁREZ ANZORENA, “La acumulación de arbitrajes: ¿acumulación de problemas?”, cit., supra nota 109, p. 344.

(120) *Ibidem*, p. 330.

(121) *Vide* artículo 10.25.6 del Tratado de Libre Comercio de América Central (CAFTA-DR), artículo 33.6 del Modelo de TBI de los Estados Unidos, artículo 33.6 del TBI entre Estados Unidos y Uruguay, artículo 32 del Modelo de TBI de Canadá, y artículo 83.8 del Acuerdo de Libre Comercio entre Japón y México.

(122) *Vide* Corn Products International, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI N° ARB(AF)/04/1, Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos, caso CIADI N° ARB(AF)/04/5, orden del tribunal de acumulación de 20 de mayo de 2005, disponible en: <http://>

las demandas presentaban cuestiones comunes de hecho y de derecho, por lo que en interés de una resolución justa y eficiente debían acumularse⁽¹²³⁾. La Orden del Tribunal de Acumulación, de fecha 20 de mayo de 2005, rechazó la acumulación, reconociendo que la relación comercial entre todas las partes era de “fieros competidores”, por lo que la acumulación resultaría en la necesidad de adoptar complejas medidas de protección de la confidencialidad a lo largo de todo el procedimiento, lo cual resultaría extremadamente difícil. La competencia existente entre las demandantes afectaría desfavorablemente a la posibilidad de hacer valer sus pretensiones, encontrando el tribunal injustificado que cada demandante debiese calcular la parte de la información, prueba, documentos o argumentos que pudiese compartir con las codemandantes. Ante estas circunstancias, el tribunal consideró que la acumulación “(...) no puede ser en el interés de una resolución justa y eficiente de las reclamaciones (...) donde los dos demandantes son competidores directos”. Frente a la posibilidad de laudos contradictorios apuntada por el Estado, el tribunal de acumulación estimó “(...) que el riesgo de laudos contradictorios es menor en estos casos dado que las reclamaciones aparecen ser suficientemente diferentes entre sí, con respecto a la responsabilidad del estado y la cuantificación de los daños”; y que la injusticia de posibles laudos contradictorios no podía superar la injusticia resultante de las “(...) insuficiencias procesales que surgirían en procedimientos acumulados (...)”. Asimismo, el tribunal apuntó a la indebida dilación que sufriría el procedimiento ya que los arbitrajes que pretendían acumularse se encontraban en momentos procesales distintos, lo que confirmaba la necesidad de sustanciar la reclamaciones en procedimientos separados. Por estas razones, la solicitud de acumulación de México fue rechazada.

www.worldbank.org/icsid/cases/pdf/16_Order_Consolidation_Tribunal_Corn_ADM_s.pdf

(123) Entre las cuestiones comunes de hecho México se refirió a la relación entre el azúcar y la fructosa, las circunstancias en que los demandantes habían efectuado su inversión, las medidas tributarias adoptadas por el Estado en contra de la industria de la fructosa para proteger la caña de azúcar mexicana, así como el supuesto impacto de las medidas fiscales y las acciones en torno a la adopción del impuesto. Por su parte, en relación con las cuestiones comunes de Derecho, México señaló que las reclamaciones se fundamentaban en una alegada violación de la sección A del capítulo XI del TLCAN, en relación con unas mismas medidas del Estado, y en el hecho de que todas las reclamaciones se habían, formulado de conformidad con el mismo método de resolución de controversias.

A conclusiones distintas llegó posteriormente otro tribunal, también constituido conforme al artículo 1126 del TLCAN, en relación con la solicitud de Estados Unidos, de 7 de septiembre de 2005, de acumulación de las reclamaciones presentadas por las compañías canadienses Canfor Corp., Terminal Forest Products Ltd. y Tembec Inc., en relación con el alegado daño sufrido como consecuencia de determinadas medidas antidumping y compensatorias adoptadas por los Estados Unidos contra la importación de madera. Todas las reclamaciones se refieren a un alegado incumplimiento de la Sección A del Capítulo XI del TLCAN. El 7 de septiembre de 2005, el tribunal ordenó la acumulación de los tres arbitrajes⁽¹²⁴⁾. El tribunal fundamentó su decisión de acumular en interés de una resolución justa y eficiente en base a tres factores fundamentales: (i) el factor “tiempo” al señalar que en ninguno de los arbitrajes se había decidido sobre la jurisdicción y competencia del tribunal; (ii) la reducción costes procesales, ya que un único arbitraje sería menos gravoso; y (iii) evitar el riesgo de laudos contradictorios contra un mismo Estado, en relación con las mismas medidas, que pudiese afectar a la legitimidad y seguridad jurídica del sistema de resolución de controversias del Capítulo XI.

c) El consentimiento de las partes

La necesidad del consentimiento de las partes constituye uno de los requisitos más espinosos en la acumulación de procedimientos, muy especialmente en el arbitraje comercial internacional, ya que en el marco del arbitraje de protección de inversiones algunos tratados específicamente prevén la acumulación. Este es el caso particular del caso del artículo 1126 del TLCAN –y así lo entendió el tribunal arbitral en el asunto Canfor– y de algunos de los nuevos Acuerdos de Libre Comercio suscritos por Estados Unidos⁽¹²⁵⁾.

(124) Canfor Corporation c. Estados Unidos de América, Tembec et at c. Estados Unidos de América, Terminal Forests Products Ltd. c. Estados Unidos de América, orden del tribunal de acumulación de 7 de septiembre de 2005, disponible en <http://naftaclaims.com>

(125) *Vide* artículo 33 del TBI entre Uruguay y Estados Unidos y el art. 15.24 del TBI entre Singapur y Estados Unidos.

En el arbitraje comercial, el consentimiento de las partes será por lo general necesario para que dos o más arbitrajes puedan acumularse, entendiéndose perfeccionado si así las partes lo han acordado en el convenio arbitral o cuando las reglas de arbitrajes acordadas así lo prevean. Por lo tanto, la forma más sencilla de facilitar la acumulación es previéndola en el propio convenio arbitral, lo cual implicará complejas cuestiones de interpretación del tipo de controversias que pueden ser consolidadas⁽¹²⁶⁾.

Asimismo, se entenderá que media el consentimiento de las partes para la acumulación cuando el reglamento arbitral al que las partes se han sometido prevea la acumulación, siendo el ejemplo más sobresaliente el artículo 12 de las Reglas del Centro Belga de Arbitraje y Mediación (CEPANI) en relación con los arbitrajes multi-parte⁽¹²⁷⁾. Tampoco parece que el Reglamento de la ICC requiera el consentimiento de las partes para que la Corte acumule dos arbitrajes, siempre y cuando concurren las condiciones del artículo 4(6): (i) cuando la acumulación sea solicitada a instancia de parte; (ii) que las partes en uno y otro procedimiento sean las mismas; (iii) que ambos arbitrajes se refieran a la misma relación jurídica, entendiéndose por ésta la misma transacción económica; y (iv) que el Acta de Misión no haya sido firmado o aprobado

(126) LEW, MISTELIS, KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, cit., supra nota 41, pp. 394-396.

(127) Artículo 12 de las Reglas CEPANI:

When several contracts containing a CEPANI arbitration clause give rise to disputes that are closely related or indivisible, the Appointments Committee or the Chairman is empowered to order the joinder of the arbitration proceedings.

This decision shall be taken either at the request of the Arbitral Tribunal, or, prior to any other issue, at the request of the parties or of the most diligent party, or upon CEPANI's own motion.

Chairman shall appoint the Arbitral Tribunal that shall decide on the disputes that have been joined. If necessary, it shall increase the number of arbitrators to a maximum of five. The Appointments Committee or the Chairman shall take its decision after having summoned the parties, and, if need be, the arbitrators who have already been appointed.

They may not order the joinder of disputes in which an interim award or an award on admissibility or on the merits of the claim has already been rendered.

por la Corte (o si ya lo ha sido, que se cumplan los requisitos para las nuevas demandas conforme al artículo 19 del Reglamento)⁽¹²⁸⁾.

A falta de consentimiento entre las partes en relación con la acumulación –o si las reglas de procedimiento no prevén nada al respecto– será la ley de la sede la que determine si la acumulación es posible. Sin embargo, son muy pocas las legislaciones nacionales que prevén la consolidación sin consentimiento, como es el caso del artículo 1046 del Código de Procedimiento Civil de los Países Bajos.

La falta de consentimiento puede en cualquiera de los casos paliarse respetando, en la composición del segundo tribunal arbitral, la identidad de los árbitros del primer tribunal. En el caso ADGAS comentado, en el que se habían sustanciado dos arbitrajes en paralelo –entre el propietario y el contratista; y entre el contratista y el subcontratista– en relación con el mismo proyecto, las partes no habían consentido a la acumulación de los dos procedimientos. Sin embargo, la Corte de Apelaciones Inglesa, a la cual se había solicitado el nombramiento del árbitro en el segundo arbitraje contra la subcontrata –y por lo tanto no tenía competencia para conceder más de lo que se le había pedido– procedió al nombramiento del mismo tribunal que estaba conociendo del primer arbitraje como mecanismo para evitar laudos contradictorios.

En el marco del Convenio de Washington y el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, no se prevé la posibilidad de acumulación de arbitrajes, por lo que la falta de consentimiento de las partes ha sido paliada mediante el desarrollo de otros mecanismos que reduzcan el riesgo de laudos contradictorios. Por supuesto, nada impide que las partes lleguen a un acuerdo para que un sólo tribunal conozca de las reclamaciones planteadas contra un mismo Estado, como fue el caso de los asuntos *Camuzzi International* y *Sempra Energy International*, en relación con sus reclamaciones frente a Argentina basadas en dos TBI distintos⁽¹²⁹⁾.

⁽¹²⁸⁾ DERAINS y SCHWARTZ, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, cit., p. 59.

⁽¹²⁹⁾ *Camuzzi International S.A. c. República Argentina*, caso CIADI N° ARB/03/2; *Sempra Energy International c. República Argentina*, caso CIADI N° ARB/02/16, decisiones sobre jurisdicción, 2005, disponibles en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm>.

Asimismo, se ha recurrido a la designación de los mismos árbitros o de un Presidente del Tribunal para determinados procedimientos que presentan cuestiones de hecho y de Derecho sustancialmente idénticas, como fue el caso de los asuntos *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. y Consortium R.F.C.C.*, ambos instados contra Marruecos, en relación con el mismo proyecto, conforme al TBI entre Italia y Marruecos, en los que la Secretaría del CIADI aconsejó a las partes que designasen los mismos árbitros, al encontrarse ambos casos fáctica y jurídicamente vinculados⁽¹³⁰⁾.

El nombramiento de un único tribunal arbitral constituye una técnica eficaz de coordinación de procedimientos paralelos, debiendo sin embargo tenerse en cuenta la necesidad de respetar la igualdad de las partes en la constitución del tribunal arbitral⁽¹³¹⁾.

d) Identidad entre los mecanismos de resolución de controversias aplicables

Otra de las dificultades que presenta la acumulación de procedimientos es la necesidad de que los dos arbitrajes, cuya acumulación deba considerarse, hayan sido instados conforme a un mismo mecanismo de

⁽¹³⁰⁾ De igual forma, los mismos árbitros fueron designados para conocer de los arbitrajes instados contra Argentina por las sociedades (i) Electricidad Argentina S.A. y EDF International S.A y EDF International S.A., SAUR International S.A. y León Participaciones Argentinas S.A. (dos asuntos relacionados con el sector de la energía eléctrica); y (ii) Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e Interagua Servicios Integrales de Agua S.A., Aguas Cordobesas S.A., y Vivendi Universal S.A. (en tres asuntos contra Argentina relativos a concesiones sobre distribución de agua). *Vide* OBADIA, E., "ICSID, Investment Treaties and Arbitration: Current and Emerging Issues", en: *News from ICSID*, Vol. 18, N° 2, p. 4.

⁽¹³¹⁾ En el asunto *Siemens c. BKMI and Dutco* (*Revue de l'arbitrage* (1992) N° 3, p. 470) la disputa surgió del contrato de consorcio suscrito entre Siemens, BKMI y Dutco para la construcción de una planta de cemento en Omán. Cuando surgieron disputas entre Ducto y Siemens, por un lado, y Ducto y BKMI por otro, Ducto instó un arbitraje ante la ICC, conforme a la cláusula de elección de foro del contrato de consorcio. Como las demandadas no se pusieron de acuerdo en la elección de un árbitro, la Corte procedió a su nombramiento, supliendo la voluntad de éstas. Una vez dictado el laudo, Siemens instó el correspondiente recurso de anulación ante los tribunales franceses, que fue estimada al considerarse que el principio de igualdad de las partes forma parte del orden público francés.

resolución de controversias. Cuanto mayor sean las diferencias entre los dos mecanismos implicados, mayores dificultades presentará la acumulación, muy especialmente cuando la ley aplicable al fondo o las reglas de procedimiento sean distintas.

e) La discrecionalidad del tribunal arbitral

Si los requisitos para la acumulación se cumplen, el tribunal gozará normalmente de cierta discrecionalidad para estimar o desestimar la solicitud de acumulación, como es el caso del artículo 1126 (2) del TLCAN que no establece ninguna obligación para el tribunal, sino que éste podrá decidir la acumulación si se cumplen los requisitos de dicho Artículo. El poder discrecional del tribunal en estos casos fue confirmado por el tribunal en el asunto Canfor. El tribunal se refirió expresamente a los trabajos preparatorios del TLCAN, que demuestran que en los proyectos iniciales del artículo 1126 sí se hacía referencia a la obligación del tribunal de ordenar la acumulación, idea que fue abandonada según avanzaron las negociaciones del tratado⁽¹³²⁾.

En el arbitraje comercial internacional, la misma discrecionalidad se confiere a la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC al amparo del artículo 4 (6) del Reglamento, que se refiere al poder de la Corte más que a su deber de acordar la acumulación, si así una parte lo solicita.

7. CONCLUSIÓN

La existencia de procedimientos paralelos en el arbitraje internacional constituye un indudable riesgo de desencadenar respuestas jurídicas contradictorias a un mismo supuesto de hecho. Hemos visto cómo esta duplicidad de procedimientos puede plantearse tanto entre tribunales arbitrales distintos como entre un tribunal arbitral y los órganos jurisdiccionales del Estado.

La puesta en marcha de un proceso judicial existiendo un convenio arbitral entre las partes o un arbitraje previo, desencadenará los mecanismos de salvaguarda del arbitraje recogidos en el régimen

⁽¹³²⁾ CANFOR, orden de consolidación del tribunal arbitral, supra nota 124, pág. 88.

convencional, como el previsto en el artículo 2.3 del Convenio de NY, que remite los jueces al procedimiento arbitral, para que sea el propio tribunal el que decida su competencia conforme al principio de *Kompetenz-Kompetenz*. El Convenio de Ginebra incluso otorga preferencia a la solución arbitral frente a la judicial en relación con la nulidad o validez del convenio arbitral.

Por lo tanto, si bien puede existir un solapamiento entre el ámbito jurisdiccional de los árbitros y el de los jueces, el régimen convencional sobre arbitraje –y muy especialmente el Convenio de NY– se ha encargado de configurar un sistema de convivencia pacífica del arbitraje y la jurisdicción estatal. Asimismo, las legislaciones nacionales y los reglamentos de las principales instituciones arbitrales han previsto mecanismos para evitar que un mismo litigio pueda ventilarse en procedimientos paralelos, estableciendo instrumentos de coordinación entre los diferentes foros.

El arbitraje de protección de inversiones ha roto los esquemas tradicionalmente previstos para el arbitraje comercial internacional, hasta el punto de que puede afirmarse que estamos participando en un cambio profundo del arbitraje internacional. Mientras que la doctrina en los años 80, consideraba cuestiones como el arbitraje multi-parte o la inmunidad jurisdiccional del Estado, nuestra economía globalizada nos ha permitido la libre circulación de bienes y servicios, así como la libertad de establecimiento y movimiento de las inversiones, estableciéndose obligaciones específicas para los Estados de promoción y protección de esas inversiones, otorgando a los inversores un Derecho procesal que les permita accionar directamente contra Estados soberanos, alterando de este modo la concepción clásica del individuo en el derecho internacional. El complejo entramado de TBI ha puesto sin embargo de manifiesto cómo un solo individuo puede reclamar la responsabilidad internacional del Estado en múltiples foros, como consecuencia de un mismo supuesto de hecho. Los asuntos *Lauder* y *CME* contra la República Checa constituyen los ejemplos más notorios, subrayando la necesidad de establecer mecanismos que coordinen los diferentes procedimientos de reclamación de responsabilidad del Estado.

Adicionalmente, los continuos esfuerzos para trazar una línea divisoria entre lo que constituyen reclamaciones derivadas de un contrato

y de un tratado ha tenido notables repercusiones procesales. Las reclamaciones contractuales contra el Estado o sus entidades deberán sustanciarse conforme a la cláusula de elección de foro que se haya previsto en el contrato que se haya suscrito con el Estado o sus entidades. Por el contrario, las reclamaciones derivadas de un tratado –conforme al derecho procesal que el tratado confiere al inversor, de aceptar la oferta del Estado receptor de someter la controversia a arbitraje– se ventilarán conforme al procedimiento establecido en el tratado, independientemente de que la controversia en cuestión se refiera a un contrato entre el inversor y el Estado. Por lo tanto, la jurisdicción final para la resolución de la controversia dependerá de la elección del foro que efectúe el inversor, incrementando el riesgo de lo que en Derecho internacional privado se conoce como *forum shopping*.

Cuando un tribunal arbitral se encuentre llamado a decidir un litigio que se encuentre pendiente entre las mismas partes, en relación con los mismos hechos, o que ya haya sido previamente dilucidado en un arbitraje previo, podrán desestimarse las excepciones de litispendencia o *res judicata* que se planteen si no concurren los requisitos de identidad entre ambos litigios. La *causa petendi* entre uno y otro será diferente cuando ambos tribunales hayan sido constituidos conforme a contratos o tratados distintos, por lo que es indudable que en estos casos, desde una perspectiva procesal conservadora, las excepciones procesales de litispendencia y cosa juzgada podrían ser desestimadas. Sin embargo, en una economía globalizada, en el que los distintos agentes interactúan en un entramado de negocios jurídicos y/o tratados, este formalismo procesal podría en ocasiones amparar lo que en ocasiones ha llegado a calificarse como un auténtico abuso procesal por una de las partes. En estos casos, la aplicación de las excepciones de cosa juzgada y litispendencia no pueden exclusivamente depender de las fórmulas estrictas que determine la legislación procesal de la sede.

La seguridad jurídica internacional puede, en gran medida, verse afectada por la existencia de procedimientos arbitrales que en relación con el mismo litigio se sustancien en paralelo. Por lo tanto, no puede ignorarse la aplicación al arbitraje de principios internacionalmente reconocidos, como la litispendencia o la cosa juzgada, ni encasillar los procedimientos en consideraciones estrictamente formalistas.

La acumulación de procedimientos, tanto en materia comercial como de protección de inversiones se presenta como una necesidad para la seguridad jurídica del arbitraje. Su aplicación es frecuente en el marco del arbitraje comercial internacional, a pesar de sus complicaciones, siempre y cuando concurra el consentimiento de las partes implicadas, a tenor de lo dispuesto en la legislación y reglas de arbitraje vigentes.

En el arbitraje de protección de inversiones, la experiencia de la acumulación es limitada, pero algunos procedimientos sustanciados al amparo del artículo 1126 capítulo XI del TLCAN nos han brindado algunos ejemplos. Asimismo, los nuevos modelos de TBI y acuerdos de libre comercio prevén la acumulación siempre y cuando concurren determinados requisitos de identidad entre el núcleo fáctico y jurídico de los procedimientos. Sin embargo, la regla general ha sido la necesidad del consentimiento de las partes, difícil de alcanzar en muchas ocasiones. No obstante, la práctica arbitral ha recurrido a diversos mecanismos de coordinación, como es el nombramiento de un solo tribunal (o presidente del tribunal) que conozca de aquellos litigios que se encuentran conexos, las renunciaciones o *waivers*, las cláusulas *fork in the road*, el *estoppel* o la preclusión de derecho, o la suspensión del procedimiento por parte del tribunal.

El arbitraje y el Derecho procesal caminan por cauces distintos en materia de procedimientos paralelos, como se desprende de la intensa labor llevada a cabo por la *International Law Association*, en materia de cosa juzgada y litispendencia, sin que los grandes participantes y teóricos del arbitraje hayan llegado a conclusiones concretas, sino más bien a recomendaciones para que la buena administración de la justicia arbitral tenga en cuenta principios globalmente aceptados, y pueda alcanzarse una mejor coordinación de los procedimientos que converjan en uno o más foros.

El arbitraje no puede encasillarse en métodos estrictos o matemáticos, cuando en definitiva se trata de un mecanismo de solución de litigios que surge del mundo contractual, del mundo de los negocios y para el mundo de los negocios. No pueden, por lo tanto, aplicarse directamente al arbitraje los estándares procesales que las legislaciones procesales han previsto para la litispendencia y la cosa juzgada, ya que el árbitro y el juez pertenecen a órdenes jurisdiccionales distintos.

Por lo tanto, la respuesta a los problemas que plantean los procedimientos paralelos se encuentra en la propia interpretación del convenio arbitral por parte del tribunal, al amparo del principio de *Kompetenz–Kompetenz*, porque no puede olvidarse que el arbitraje es una solución de litigios muy distinta en su espíritu al proceso judicial. El arbitraje es una solución *one shot* para la resolución de controversias, porque el laudo que dicten los árbitros no podrá ser objeto de recurso alguno, salvo a través de las acciones de nulidad como consecuencia de actos más bien ajenos al fondo del asunto. El arbitraje se fundamenta, por lo tanto, en saber que quien acepta la fórmula arbitral asume la confianza de los árbitros, y todo lo que sea cuestionarla constituye un impedimento al buen funcionamiento del arbitraje. ▲

 ERIK SCHÄFER (*)

Elección y nombramiento de los árbitros. Desde el punto de vista de las partes

“Grau, teurer Freund, ist alle Theorie und grün des Lebens goldner Baum”.
(Precioso amigo, toda teoría es gris, pero verde el árbol dorado de la vida).
MEPHISTOPHELES, *Goethe*, *Faust I*.

SUMARIO: *1. Introducción. 2. Factores que se deben tomar en consideración al elegir un árbitro. A. Factores legales. A.1. La jerarquía de las formativas. A.2. Consecuencias de violaciones de las normativas en general. A.3. Consecuencias relativas a una falta de independencia e imparcialidad de un árbitro. B. Factores de orden de táctica procesal. B.1. Elección y nombramiento de un coárbitro. B.2. Elección y nombramiento de un árbitro único. B.3. Elección y nombramiento de un presidente. 3. Incumplimiento con los requisitos de ser y permanecer independiente e imparcial.*

1. INTRODUCCIÓN

En todo tipo de arbitraje institucional o *ad hoc* son esenciales la disponibilidad, deontología y calificación del árbitro único o de los miembros del tribunal arbitral para que las ventajas del procedimiento arbitral tengan efecto y la litis se resuelva con un laudo convincente y justo.

(*) Abogado por la Universidad de Freiburg (Alemania). Socio de Cohausz & Florack. Fue consejero en la Secretaría de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI desde 1988 hasta 1992.

Evidentemente, para reunir estos requisitos el procedimiento en sí debe satisfacer las expectativas legítimas de todas las partes.

Los árbitros son los garantes de que sean cumplidos o, según el caso, el árbitro único. Por lo tanto la selección de los árbitros no es “un” sino “el” paso central para el futuro desarrollo del arbitraje.

Probablemente la mayoría de las partes concurre lo anteriormente dicho –por lo menos en teoría. Pero –especialmente en casos internacionales con sus diversas culturas– sus percepciones de los requisitos para su árbitro, el árbitro único, o presidente del tribunal, se concretizarán de maneras muy distintas.

A continuación veremos primero, de manera general, las características del marco legal en que operan las partes al seleccionar y nombrar árbitros. Luego abordaremos aspectos de orden táctico a procesal para concluir con unas reflexiones especulativas acerca de la responsabilidad civil.

2. FACTORES QUE SE DEBEN TOMAR EN CONSIDERACIÓN AL ELEGIR UN ÁRBITRO

A. Factores legales

A.1. La jerarquía de las formativas

La elección de un árbitro se debe efectuar respetando ciertos requisitos de orden legal:

- Requerimientos estipulados en el compromiso de arbitraje
Ciertos compromisos de arbitraje requieren que los árbitros tengan ciertas calificaciones y/o experiencias profesionales. Bien que no es recomendable incluir este tipo de condiciones, es necesario cumplir con ellas al nombrar los árbitros.
- Exigencias del Reglamento de Arbitraje seleccionado por las partes
Según el artículo 7(1) del Reglamento de la CCI todo árbitro tiene que ser y permanecer independiente de las partes. El Reglamento

de Arbitraje de la CNUDMI requiere que los árbitros sean, imparciales e independientes.

- Exigencias imperativas (no dispositivas) de las disposiciones aplicables al arbitraje en el país donde el procedimiento tiene su sede

Por ejemplo, la Ley Modelo de Arbitraje CNUDMI (artículos 11(5), 34(2)(a)(iv)) también requiere que los árbitros sean imparciales e independientes. Al faltar uno de estos requisitos el laudo podría ser anulado. Ciertas leyes nacionales todavía aplican estándares idénticos a los aplicables a los jueces nacionales al respecto, otras aplican estándares más amplios y estrictos.

Un problema particular puede ser que ciertos países exigen que los árbitros sean miembros de la barra nacional, es decir, abogados. Por ejemplo, el Código Procesal Civil de la República del Paraguay, Libro V, artículo 782 establece que los árbitros sean abogados. En el caso de un árbitro único o presidente deben tener por lo menos diez años de experiencia. El artículo 784 requiere un domicilio en Paraguay, salvo en casos en que tratados internacionales sean aplicables. En tales circunstancias hay que determinar si estas exigencias se aplican únicamente al arbitraje nacional o también a casos internacionales. De todos modos la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Panamá, 1975) establece en su artículo 2:

“El nombramiento de los árbitros se hará en la forma convenida por las partes. Su designación podrá delegarse a un tercero sea esta persona natural o jurídica. Los árbitros podrán ser nacionales o extranjeros”.

Por lo tanto hay que determinar en cada caso, si requerimientos como los arriba mencionados, se aplican únicamente al arbitraje interno y no a arbitrajes internacionales.

A.2. Consecuencias de violaciones de las normativas en general

Es importante que la persona elegida y luego nombrada como árbitro cumpla con estos requisitos ya que el incumplimiento puede resultar en una recusación y sustitución del árbitro o ser causa de impugnación del laudo.

Por ejemplo, la Ley N° 60/2003 (Ley de Arbitraje Española - LAE) dispone en su artículo 41 con relación a la anulación del laudo en la sede del arbitraje, que:

“1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

(...)

a) Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes (...) o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley.”

En muchos países –incluyendo, por ejemplo, Alemania– las leyes aplicables a arbitrajes con sede en el territorio nacional permiten la anulación del laudo en circunstancias idénticas o similares. Esto es especialmente en los países cuyas leyes de arbitraje están basadas en la Ley Modelo CNUDMI.

Según el artículo V de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras de 1958, el reconocimiento y la ejecución de un laudo proveniente de otro país pueden ser denegados, si:

“(1) (d) *la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje*, o (2) (d)(b) (...) el reconocimiento o la ejecución de la sentencia (son) contrarios al orden público de ese país.”

Esta disposición se aplica en todos los países miembros de la Convención. Adicionalmente las leyes de arbitraje nacionales contienen disposiciones semejantes relativas al reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros.

A.3. Consecuencias relativas a una falta de independencia e imparcialidad de un árbitro

La independencia y la imparcialidad de los árbitros son ciertamente los requisitos fundamentales en el arbitraje internacional.

- El concepto de independencia, en el ámbito internacional, es complejo y no se puede asimilar 1:1 a conceptos aplicables a jueces nacionales que tienden a ser más limitados en lo que se refiere a las circunstancias relevantes. El concepto es de asegurar que cualquier decisión de los árbitros sea únicamente motivada por los hechos no contestados o probados sometidos a su decisión y no por influencias turbias exteriores.

Esencialmente es requerido que el árbitro no tenga un interés económico o personal en la resolución de la litis. Por lo tanto un empleado, el abogado habitual de una parte, un socio, o el/la cónyuge de uno de ellos no son independientes.

Desgraciadamente abundan circunstancias que no son tan claras y que ameritan una evaluación sobre la base de las circunstancias específicas de cada caso. Para manejar este tipo de situaciones, ambiguas muchas Leyes de Arbitraje (vea artículo 12.1 de la Ley Modelo CNUDMI, el artículo 17.2 LAE, el § 1036(1) ZPO –Ley Alemana, el § 588(2) ZPO– Ley Austriaca, y la mayoría de los países europeos y americanos (sur/centro/norte), así como muchos reglamentos de arbitraje institucional (artículo 7.2 Reglamento CCI; § 16 Reglamento DIS, artículo 5.3 Reglamento LCIA) imponen al árbitro el deber de informar tanto a las partes como a la institución de hechos que en la percepción de cualquiera de las partes podrían poner en duda su independencia.

Este requisito tiene dos propósitos. El primero es el de asegurar la transparencia requerida para las partes que de otra forma no podrán gozar. El segundo es asegurar la integridad del procedimiento, ya que la inacción de una parte frente a un hecho relevante conocido por ella durante un plazo corto, se sanciona con la pérdida del derecho de protestar o recusar después de haber transcurrido un corto plazo. Así lo establece la mayoría de las Leyes de Arbitraje (vea artículos 4, 13.2 de la Ley Modelo CNUDMI; artículos 6, 18(2) LAE; §§ 1027, 1037(2) ZPO –Ley Alemana, §§ 579, 589(2) ZPO– Ley Austriaca). Se puede añadir que una preclusión no tendrá únicamente efectos en la sede del arbitraje, sino también en el país de reconocimiento y ejecución del laudo, siempre y cuando las leyes o la jurisprudencia en ese país así lo prevean.

- El requisito de imparcialidad se refiere a una actitud deontológica vivida durante el proceso arbitral. Su núcleo es el deber del árbitro de tratar a las partes de manera igual y de darles la oportunidad de presentar su caso. Por lo tanto, el Reglamento de Arbitraje de la CCI establece este deber en forma de regla fundamental de procedimiento (artículo 15.2) y no como requisito igualándolo al de independencia. Muchas leyes de arbitraje también distinguen entre los dos conceptos. Otros reglamentos o leyes de arbitraje (vea artículo 12.1-2 Ley Modelo CNUDMI; artículo LAE; §§ 1036(1)-(2) ZPO - Ley Alemana, § 588(1)-(2) ZPO-Ley Austriaca) si lo hacen.

Lo arriba expuesto, relativo al plazo de preclusión, también se aplica al requisito de imparcialidad.

Considerando que la única persona que realmente sabe si es o no imparcial e independiente es el árbitro, el estándar para determinarlo consiste para terceros en una apreciación de los hechos externos, mediante los cuales suele manifestarse su independencia e imparcialidad o la falta de estos. Por lo regular la apreciación se realiza desde la perspectiva de una parte objetiva en la posición de la parte que recusa el árbitro.

Notamos que existe una diferencia entre las circunstancias que debe revelar un árbitro, ya que debe determinar si hay que revelar ciertas circunstancias porque podrían poner en duda su neutralidad (independencia y/o imparcialidad) del punto de vista de una de ellas y las circunstancias que, por su naturaleza, causan dudas objetivamente justificadas. Esto quiere decir que no todo lo que hay que revelar es una causa de recusación. Por otro lado, en ciertas circunstancias el no haber revelado ciertos hechos en sí puede ser considerado como causa de recusación, especialmente si se agregan otros factores.

No queremos detallar más lo antes expuesto, ya que son determinantes no solo los hechos específicos del asunto sino también la práctica de la institución, si se trata de un arbitraje institucional en que la institución decide sobre recusaciones, y/o la ley de arbitraje y –sobre todo– la jurisprudencia en la sede del arbitraje.

Ante esta incertidumbre en el ámbito internacional, la fuente de orientación para partes y árbitros son las “*IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*” las cuales deberían leerse conjuntamente con la “*Background Information on the IBA Guidelines on*

Conflicts of Interest in International Arbitration". Ambos textos están disponibles en el sitio Internet de la IBA⁽¹⁾. Pero no hay que confundir estos 'principios de orientación' con reglas de naturaleza legal, ya que algunos puntos son objeto de controversias, y no afectan el orden de las normas aplicables mencionadas arriba, es decir: (i) el convenio de arbitraje; (ii) según los casos, el reglamento de arbitraje pactado por las partes, si no viola normas imperativas en la sede del juez competente; (iii) la ley en la sede de arbitraje como es aplicada por los tribunales; (iv) eventualmente la ley en el país de ejecución forzosa del laudo tal como es aplicada por los tribunales.

B. Factores de orden de táctica procesal

La elección de un árbitro único o de un presidente por las partes es distinta a la selección de un coárbitro. No obstante, veremos más adelante que ciertas consideraciones se aplican a todo tipo de árbitro. Por lo tanto se va exponer lo relativo a coárbitros primero para luego examinar en que varían las consideraciones a efectuar al escoger a un presidente o a un árbitro único.

B.1. Elección y nombramiento de un coárbitro

La selección de un coárbitro está subordinada al deseo de ganar el caso de la parte que la nombra.

A primera vista sería entonces deseable nombrar un árbitro parcial que esté –por ejemplo– dispuesto a mantener comunicaciones privadas con su parte. Como hemos visto, un árbitro tal no cumpliría con sus deberes y podría ser justamente recusado en cualquier momento.

La consecuencia será la sustitución del árbitro por otro que resultará en un retraso. A primera vista, una parte que teme perder el caso puede tener interés en prolongar y complicar el procedimiento, pero hay también efectos que le serán adversos. No solo puede perder el favor de los árbitros (*plus valet favor in iudicio quam lex in codice*), sino que también tendrá que contar con costos adicionales substanciales sí

(1) <http://www.ibanet.org/legalpractice/Arbitration.cfm#Guides>.

pierde el asunto. Especialmente en una fase avanzada del arbitraje, la sustitución de un árbitro trae consigo la cuestión si hay actos del procedimiento que tendrán que repetirse y, según el caso, cuáles actos serán. Así lo prevé por ejemplo el artículo 12.4 del Reglamento de la CCI, pero otros reglamentos no tratan la cuestión de manera explícita. La cuestión se debe resolver tomando en cuenta también las normas imperativas aplicables, al respecto, en el lugar del arbitraje. Por ende, la parte que haya nombrado al árbitro recusado y que pierde puede verse expuesta al deber de pagar costos del arbitraje considerablemente aumentados.

Pero aún cuando las cosas no lleguen a tal extremo, el nombramiento de éste tipo de árbitro puede ser contra productivo y dañar los intereses legítimos de la parte que lo nombró. La razón es que el otro coárbitro y el presidente perciben en la mayoría de los casos, durante las deliberaciones, la parcialidad y el comportamiento ilegítimo. El resultado es que el árbitro en cuestión queda fácilmente marginalizado en el tribunal así como privado de toda posibilidad de convencer a sus colegas.

Por lo tanto hay que optar en favor de una personalidad independiente e imparcial que –no obstante– tenga una actitud positiva y básica en lo que concierne a la situación en que se encuentre la parte nombrante y sus expectativas legítimas en cuanto al desarrollo del procedimiento. Además la persona escogida debería tener la personalidad necesaria para ser aceptada y oída por los otros árbitros.

Esto quiere decir que el árbitro debería:

- Comprender y conocer la cultura procesal que motiva ciertas actuaciones de la parte que lo nombra;
- Comprender y conocer el medio ambiente en que dicha parte opera y si es relevante para dirimir la *litis*;
- Tener los conocimientos lingüísticos necesarios no solamente para poder seguir el procedimiento sino también para comunicar eficazmente con los otros árbitros y tener acceso al cuerpo del derecho aplicable;
- Tener cierta experiencia en el área del *litis*, es decir, además de los conocimientos jurídicos necesarios contar también con la experiencia en la práctica en el sector relevante;

- Tener al mismo tiempo la habilidad de cooperar eficazmente con los otros árbitros, así como la firmeza y persistencia necesarias para hacer prevalecer su posición;
- Estar dispuesto a adoptar una actitud activa y de dedicar el tiempo necesario para conocer bien el expediente y participar en las deliberaciones del tribunal.

Evidentemente no es fácil encontrar una persona que reúna todos estos requisitos, especialmente en una etapa del procedimiento en que no se sabe quienes serán los otros árbitros o –por lo menos– el presidente.

El o los árbitros personalmente mejor conocidos no son automáticamente también los mejores para el caso específico. Aquí recomiendo contactar colegas con experiencia y –en primer lugar– instituciones de arbitraje para obtener informaciones adicionales y más amplias.

B.2. Elección y nombramiento de un árbitro único

La elección de un árbitro único por las partes consiste en un proceso de negociación para arribar a una selección que no es una simple solución de compromiso sino la mejor decisión. Naturalmente, la independencia y la imparcialidad del árbitro único son tan importantes que otros factores son de importancia subordinada. Igualmente importante es la capacidad de organizar y dirigir el arbitraje.

No obstante, ese proceso es muchas veces contaminado por la situación conflictiva en la cual ninguna parte quiere ceder para no mostrar inseguridad o debilidad. Intercambiar nombres de candidatos muchas veces no lleva a un acuerdo.

Una alternativa es el intercambio simultáneo de listas con candidatos. Cada parte ordena la lista recibida de la otra parte por preferencias. Luego se comparan las listas para establecer si hay un acuerdo o si existen por lo menos unos candidatos que todas las partes están dispuestas a considerar seriamente.

B.3. Elección y nombramiento de un presidente

Lo antes expuesto con relación a la selección del árbitro único se aplica también en la selección del presidente del tribunal arbitral por las

partes. Esto requiere que las partes, en su compromiso de arbitraje o al comenzar el procedimiento se hayan puesto de acuerdo en proceder de esta manera.

En el arbitraje *ad hoc* y en aplicación de ciertos reglamentos de arbitraje incumbe a los coárbitros nombrar conjuntamente su presidente. La ventaja de esta solución es la probabilidad de una buena cohesión entre los miembros del tribunal arbitral.

Para las partes es importante informar antes a los coárbitros de los requisitos que, en la opinión de cada una de ellas, debe reunir el presidente.

Independientemente, del punto de vista de las partes, es importante que los coárbitros las consulten de manera informal y transparente antes de tomar su decisión.

En el arbitraje según el Reglamento de Arbitraje de la CCI, y salvo acuerdo distinto entre las partes, los árbitros únicos son nombrados por la institución si no hay nombramiento por las partes dentro de cierto plazo. El nombramiento del presidente por la CCI es la regla. Otros reglamentos institucionales contienen disposiciones semejantes.

Por lo tanto es altamente recomendable que las partes informen a la Institución en la primera correspondencia o la demanda de arbitraje, o a la primera contestación, de los criterios que en su opinión debería reunir el árbitro único o presidente. A veces es aún más importante informar a la institución de la existencia de circunstancias que podrían excluir ciertas nacionalidades o grupos de personas de ser elegibles.

3. INCUMPLIMIENTO CON LOS REQUISITOS DE SER Y PERMANECER INDEPENDIENTE E IMPARCIAL

Las consecuencias de tal incumplimiento en el ámbito internacional –a mi parecer– no han recibido mucha atención, ya que el enfoque es la recusación. No obstante, si nos referimos al ejemplo del arbitraje de la CCI cabe notar que antes de ser nombrado o confirmado por la Corte Internacional de la CCI, cada árbitro tiene que firmar una declaración en que se obliga a ser y quedar independiente. Una violación de este deber probablemente no queda exonerada de responsabilidad por el artículo 34 del Reglamento de la CCI o el § 44(2) del Reglamento

DIS, ni por el ‘privilegio del juzgador’ si existe en la ley de arbitraje aplicable. Por otro lado, me parece evidente que el árbitro ha de haber actuado por lo menos negligentemente o con intención. Pero especialmente en el caso del Arbitraje de la CCI cabe la pregunta, quién es el acreedor de dicha obligación: ¿La CCI, cada parte individualmente, o las partes conjuntamente? Estos elementos determinan la responsabilidad contractual civil del árbitro. Considerando que la solución dependerá del contexto jurídico del caso específico, no intento proporcionar cualquier respuesta al lector.

Más importante es la cuestión de la responsabilidad de la parte que en todo conocimiento de los hechos o ignorancia negligente nombra un árbitro. Ni las leyes de arbitraje que conozco ni los reglamentos de arbitraje contienen reglas explícitas, al respecto. Únicamente las arriba mencionadas “Guidelines” del IBA sugieren imponer un deber de revelar hechos relevantes a la otra parte. Por ende, parece existir una laguna que aparentemente en muchos casos deja a salvo la parte que está en el origen del problema. No sé, si se puede considerar como injusto, pero es un factor que no ayuda a disuadir ciertas partes a nombrar un árbitro independiente e imparcial, ya que no hay gran riesgo pero sí –quizás– algo que ganar.

Ante esta situación se plantea la cuestión si no sería útil incluir en el convenio de arbitraje un apartado que requiera que cada parte nombre un árbitro independiente (este deber está probablemente ya implicado en las normativas arriba mencionadas) y que también exija que cada parte tiene que revelar circunstancias relevantes de la misma manera que el árbitro. El incumplimiento por lo menos negligente con dichos deberes podría entonces resultar en la responsabilidad civil como cualquier otro incumplimiento. ▲

 NATALE AMPRIMO PLÁ (*)

Naturaleza jurídica del arbitraje y su obligatoriedad en el arbitraje testamentario

SUMARIO: *1. El arbitraje testamentario. 2. Controversias que pueden someterse a arbitraje testamentario. 3. Consecuencias de no someterse al fuero arbitral. 4. A modo de conclusión.*

Si bien la Ley General de Arbitraje carece de una definición de arbitraje, ésta puede deducirse de las normas que contiene. Creemos que la ausencia de definición, como ha ocurrido en otras legislaciones arbitrales (v.g. la Ley de Arbitraje de España, Ley N° 60/2003, de diciembre del 2003), no se motiva en un descuido técnico, sino que busca favorecer la más amplia comprensión del concepto, de la aplicación de la propia normativa y de la flexibilidad de la institución.

En ese sentido, el arbitraje que asume nuestra Ley trasciende, como ocurre con el de España, “(...) lo que era el cauce del arbitraje de Derecho privado para ponerse al servicio de los ciudadanos como instrumento de resolución de conflictos, allí donde llegue el principio de la autonomía de la voluntad, aunque sea en materias reguladas por principios que tutelan intereses supraindividuales y que se insertan entre normas de Derecho público”⁽¹⁾.

(*) Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Lima. Presidente del Instituto Peruano de Derecho Parlamentario. Socio de Amprimo Abogados S. Civil de R.L.

(1) Comentario del profesor HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ CIENFUEGOS, Antonio, en: “Comentario a la Ley de Arbitraje”, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2006, pp. 36-37.

Para nosotros, el arbitraje, como mecanismo de solución de controversias eminentemente privado, encuentra su origen y razón de ser en la voluntad de las partes, las que libérrimamente, renuncian al mecanismo natural de solución de conflictos que provee el Estado y le confieren autoridad al árbitro designado, para que sea este último quien resuelva el desacuerdo o conflicto; pudiendo las partes, incluso, renunciar a su derecho a interponer el respectivo recurso de apelación contra el laudo, el que a falta de acuerdo expreso o en caso de duda, se entiende que ha sido pactado ante una segunda instancia arbitral.

Como expresa Salcedo Castro, “(...) el arbitraje nace de un negocio jurídico, que como tal, proviene de la libre expresión de la voluntad de las partes vinculadas por el pacto arbitral. Sin embargo, por medio del contrato de arbitraje las partes invisten de jurisdicción a personas privadas con el fin de que decidan definitivamente un conflicto que los involucra. Así pues, son las partes las que deciden si someten al arbitraje todos los conflictos derivados del contrato (...) o solamente algunos de ellos. Es decir que, son las partes quienes están facultadas para limitar la competencia arbitral, mientras que los límites a la competencia de los jueces que forman la estructura oficial de la administración de justicia los señala directamente la ley”⁽²⁾.

El carácter voluntario del arbitraje (es decir, impulsado necesariamente por el acuerdo libre de las partes), más allá de lo que la doctrina jurídica reconoce⁽³⁾, lo encontramos claramente expresado en el artículo 9° de la Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572, que define el convenio arbitral como “(...) el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materias de un proceso judicial”.

Sin embargo, no siempre son las partes que sostienen una disputa o controversia las que deciden ir a un arbitraje. Existen excepciones en

(2) SALCEDO CASTRO, Myriam, en: “*El Contrato de Arbitraje*”, Legis Editores S.A., Bogotá, 2005, p. 114.

(3) Como lo recuerda con acierto SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge, “Arbitraje y jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú”, en: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 2, Grijley, Lima, 2006, p. 60.

las que el arbitraje procede por voluntad de un tercero: Una de ellas, que nuestra ley contempla y que es materia de análisis en el presente trabajo, es el arbitraje testamentario.

1. EL ARBITRAJE TESTAMENTARIO

El artículo 13 de nuestra Ley General de Arbitraje regula el arbitraje testamentario, estableciendo que “Surte efecto como convenio arbitral la estipulación testamentaria que dispone arbitraje para solucionar las diferencias que puedan surgir entre herederos no forzosos o legatarios, o para la porción de la herencia no sujeta a legítima, o para las controversias que surjan relativas a la valorización, administración o partición de la herencia, o para las controversias que se presenten en todos estos casos con los albaceas”.

Es ese sentido, el arbitraje testamentario constituye una figura que, no sólo por su excepcionalidad (pues, como ya indicamos no responde al esquema normal del arbitraje, que nace del convenio), sino porque entrelaza la institución arbitral con las disposiciones sucesorias (lo que genera una mayor complejidad en su tratamiento), merece ser analizada con cierto detalle, pues genera interrogantes y complejidades que hay que desentrañar, partiendo por señalar que esta forma de “arbitraje impuesto” se encuentra condicionada a la existencia de un testamento, que no es otra cosa que “(...) la declaración de última voluntad que hace una persona disponiendo de sus bienes y de asuntos que le atañen, para después de su muerte”(4).

Una primera observación consiste en cuestionar su ubicación dentro del Título relativo al Convenio Arbitral(5), la que efectivamente consideramos un error, pues si bien el artículo 13 de nuestra Ley declara que la estipulación testamentaria “surte efecto como convenio arbitral”, no estamos frente a un convenio en sí mismo.

(4) FERRERO COSTA, Augusto, *El Derecho de Sucesiones en el nuevo Código Civil Peruano*, Fundación M.J. Bustamante De la Fuente, Lima, 1987, p. 127.

(5) Toda vez que el arbitraje testamentario no tiene nada de convenio, al no ser fruto de la voluntad de quienes están en conflicto, sino como imposición del testador.

Como indica Corral García, en el arbitraje testamentario, “(...) no estamos ante un arbitraje acordado por las partes en conflicto para evitar la intervención judicial y llegar a un fin de la controversia más rápido, sino que no sólo nos encontramos ante un arbitraje previsto para solucionar problemas acerca de cuestiones hereditarias, sino que además el arbitraje no es fruto de un pacto, sino de la imposición de una persona –el testador– que no va a ser parte en las controversias que se deriven de la eficacia de su testamento, ya que las partes a quien vaya a afectar el laudo arbitral van a ser los sucesores que tengan intereses contrapuestos en dichas controversias”⁽⁶⁾.

Por otro lado, más allá de quienes podrían cuestionar la inclusión del arbitraje testamentario en nuestra Ley General de Arbitraje, que tiene como paradigma el arbitraje convencional, cabe preguntarse: a) qué tipo de disposición testamentaria es aquella que establece el arbitraje testamentario; y, b) qué consecuencia puede acarrear para el heredero o legatario que, sin respetar la cláusula testamentaria arbitral, acude a la vía judicial, para buscar solucionar allí las controversias que pudieran haber surgido.

Sin embargo, antes de abordar tales interrogantes, creemos conveniente analizar el desarrollo del mencionado artículo 13 de nuestra Ley General de Arbitraje, que empieza su redacción indicando que surte efecto como convenio arbitral, la estipulación testamentaria que dispone arbitraje para solucionar las “diferencias” que puedan surgir entre los herederos no forzosos o legatarios. En ese sentido, destacamos que el artículo bajo comentario utiliza el término “diferencias”, y no el de “controversias” que usa el artículo 9 de la misma Ley General de Arbitraje, cuando define el convenio arbitral.

Para algunos, ello responde a que el término “diferencia” posee una carga conceptual más débil en relación con otros términos, como podría ser el de “controversia” o “cuestión litigiosa”⁽⁷⁾. Creemos, sin embargo, que la referida diferencia terminológica carece de todo efecto práctico.

(6) Comentario del profesor CORRAL GARCÍA, Eduardo, en: *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2006 pp. 1020-1021.

(7) Para LORCA NAVARRETE y SILGUERO ESTAGNAN, con “(...) ello el legislador piensa en la solución extrajudicial del conflicto jurídico ‘no institucionalizado’ como el que mejor

2. CONTROVERSIAS QUE PUEDEN SOMETERSE A ARBITRAJE TESTAMENTARIO

El arbitraje testamentario se instituye sólo respecto de aquellas cuestiones sobre las que el testador puede disponer, pues el artículo 13° de la Ley General de Arbitraje las limita a “las diferencias que puedan surgir entre herederos no forzosos o legatarios, o para la porción de la herencia no sujeta a legítima”; es decir, excluye la posibilidad que la estipulación testamentaria pueda obligar a los herederos forzosos⁽⁸⁾, respecto de la porción de la herencia sobre la que el testador no tiene libre disposición, llamada legítima⁽⁹⁾. Creemos que tal disposición resulta concordante con el artículo 1° de misma Ley General de Arbitraje, que señala que pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables “sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición (...)”.

Sin embargo, si el testador mejora a alguno de sus herederos forzosos con la porción de libre disposición⁽¹⁰⁾, nos preguntamos si las diferencias que pudieran surgir entre estos últimos, respecto de esta particular parte de la herencia, podrían estar obligadas a ser sometidas a arbitraje.

Desde nuestro punto de vista, coincidiendo con Albaladejo García, “(...) el testador puede, por supuesto, disponer el arbitraje, incluso para extremos que atañan a la legítima y establecer que no acatando la disposición el legitimario, tenga derecho sólo a su legítima,

se adecúa a la fenomenología propia del arbitraje”. LORCA NAVARRETE, Antonio María y SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín, *Derecho de Arbitraje Español*, Editorial Dykinson S.L., Madrid, 1994, p. 196.

(8) De acuerdo con el artículo 724 del Código Civil, “*Son herederos forzosos los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, y el cónyuge*”.

(9) Conforme con el artículo 723 del Código Civil, “*La legítima constituye la parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos*”.

(10) Si el testador tiene hijos u otros descendientes, o cónyuge, puede disponer libremente hasta del tercio de sus bienes (artículo 725 del Código Civil); pero si sólo tiene padres u otros ascendientes, puede disponer libremente hasta de la mitad de sus bienes (artículo 726 del Código Civil).

y no a más que le haya dejado. En el juego de eso, obviamente puede el testador castigar al que no acate el arbitraje también con pérdida de la mejora (...)”⁽¹¹⁾.

También surte efecto de convenio arbitral, la estipulación testamentaria que dispone arbitraje para solucionar “las controversias que surjan relativas a la valorización, administración o partición de la herencia, o para las controversias que se presenten en todos estos casos con los albaceas”.

Al respecto, destacamos que ahora sí el artículo hace referencias a “controversias” y ya no a “diferencias”, y que la amplitud de la redacción, permite inferir que, en lo que respecta a estos aspectos, la estipulación testamentaria puede obligar incluso a los herederos forzosos, pues, por ejemplo, ellos pueden tener discrepancias respecto de la valorización, administración o partición de la herencia, o incluso respecto del desempeño del albacea.

Ahora bien, creemos importante analizar si el testador puede, en la estipulación testamentaria, designar árbitro al albacea. Sobre ello, hay que indicar que, conforme con el artículo 787, inciso 9, del Código Civil, el albacea se encuentra obligado a “Cumplir los encargos especiales del testador”.

En ese sentido, si bien nada impide que el testador pueda atribuirle al albacea la condición de árbitro testamentario, consideramos que es evidente que tal designación sólo puede ser válida respecto de aquellos actos que no lo involucren en cuanto al ejercicio mismo del albaceazgo.

En efecto, ello no podría ser válido, pues el artículo 13 de nuestra Ley General de Arbitraje contempla, en su parte final, la posibilidad que la estipulación testamentaria arbitral se aplique para solucionar “las controversias que se presenten en todos los casos con los albaceas”; no podrían ser “juez y parte”.

Sin embargo, para lo demás, creemos que no hay impedimento. Sobre esto último, Verdera Server, comentando el artículo 10 de la Ley

(11) ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, “El Arbitraje Testamentario”, en: *Actualidad Civil 1990-I*.

de Arbitraje Española⁽¹²⁾, recuerda que “(...) la actuación del árbitro presupone la existencia de diferencias entre los sucesores y la existencia de esas diferencias no se encuentra institucionalmente vinculada a la presencia de un albacea: acaso la actuación del albacea evite esas diferencias, aunque también puede generarlas. No cabe tampoco duda de que la atribución de la condición de árbitro refuerza los poderes del albacea frente a los herederos. No existe ningún obstáculo institucional en la acumulación de esas funciones, siempre que la condición de árbitros haya sido expresamente atribuida al albacea. Ahora bien, el hecho de reunir la condición (y los requisitos) de albacea no excusa a la persona designada también como árbitro de cumplir los requisitos, condiciones y límites que prevé la Ley de Arbitraje”⁽¹³⁾.

3. CONSECUENCIAS DE NO SOMETERSE AL FUERO ARBITRAL

En cuanto a las consecuencias que podrían acarrear para quienes, siendo beneficiarios de la herencia, desobedecen al testador y, obviando la estipulación testamentaria arbitral, recurren a la vía judicial para solucionar sus diferencias o controversias, habría que señalar que, más allá de que los otros involucrados puedan deducir la Excepción de Convenio Arbitral, prevista en el artículo 446, inciso 13, del Código Procesal Civil, consideramos que hay consecuencias que se pueden generar en el ámbito sucesorio.

No hay que olvidar que la estipulación testamentaria arbitral surte efectos como convenio arbitral, según reza *ab initio* el artículo 13 de nuestra Ley General de Arbitraje, siendo que el convenio arbitral puede estipular sanciones para quien lo incumpla, así como fijar garantías para

(12) Aún cuando hay que indicar que el artículo 10 de la Ley de Arbitraje Española tiene una redacción menos amplia, al sólo indicar: “También será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia”; no haciendo referencia a la posibilidad, que la ley peruana sí contempla expresamente, de que la estipulación testamentaria arbitral se aplique a las controversias que se presenten con los albaceas, en todos los casos relativos a la valorización, administración o partición de la herencia.

(13) VERDERA SERVER, Rafael, *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Civitas Ediciones SL, Madrid, 2004, p. 422.

asegurar el cumplimiento del laudo arbitral, además de otorgar facultades especiales a los árbitros para la ejecución del laudo en rebeldía de la parte obligada (artículo 9 de la misma Ley General de Arbitraje).

Así, mucho va a depender de los términos que haya establecido el testador al fijar la estipulación testamentaria arbitral, pues, como sugiere Corral García, podría haber unido al establecimiento del arbitraje una prohibición expresa de intervención judicial, según la cual la vulneración de dicha prohibición debe conllevar la pérdida de su condición de sucesor, favoreciendo así al resto de sucesores que sí respetan la voluntad del testador⁽¹⁴⁾. Obviamente, la pérdida tendría que ser respecto de la parte de la herencia sobre la que el testador tiene libre disposición.

No olvidemos que, de acuerdo con el artículo 689 del Código Civil, “las normas generales sobre las modalidades de los actos jurídicos, se aplican a las disposiciones testamentarias; y se tienen por no puestos las condiciones y los cargos contrarios a las normas imperativas de la ley”.

En consecuencia, si la estipulación testamentaria arbitral incluye la prohibición expresa de recurrir a la vía judicial y, por tanto, de quedar obligados a utilizar la vía arbitral, podría considerarse como una condición negativa con efectos resolutorios (artículo 175 del Código Civil). Sin embargo, también podría considerarse la estipulación testamentaria arbitral como un cargo, siempre, claro está, respecto de los legados o de la porción de la herencia no sujeta a legítima.

Vidal Ramírez precisa la noción de cargo, indicando que dicha modalidad del acto jurídico “(...) sólo tiene lugar en los actos de liberalidad, esto es, en los actos de disposición patrimonial a título gratuito, tales como la donación y el legado; no en la herencia forzosa. Constituye una limitación que se impone al donatario o legatario para restringir las ventajas económicas que obtiene con la adquisición del derecho proveniente de la liberalidad. Así, quien recibe una donación o un legado, es decir, quien es beneficiario de un acto gratuito no tiene, por lo regular, prestación alguna que cumplir, pues los actos gratuitos o de liberalidad sólo obligan a quienes los otorgan; por excepción –y en ello radica

(14) CORRAL GARCÍA, “El arbitraje testamentario”, en: *Comentario a la Ley de Arbitraje*, cit., p. 1023.

el que el cargo sea un genuino elemento accidental o disposición simplemente accesoria— puede imponerse al beneficiario de la liberalidad una contraprestación que, en esencia, no llega a ser tal, pues no configura un acto bilateral de prestaciones recíprocas”⁽¹⁵⁾.

Sobre ello, Lohmann Luca De Tena explica con nitidez que “El cargo no opera como condición resolutoria. Así es, el cargo en clásico concepto no viene impuesto para la adquisición de un derecho. Es precisamente lo contrario: el cargo sólo se puede cumplir después de haberse recibido la liberalidad y reduce el alcance del beneficio de la atribución efectuado con tal liberalidad. En consecuencia, sólo taxativamente cuando el gravamen incumplido ha venido impuesto para la adquisición del derecho, debe operar como condición resolutoria”⁽¹⁶⁾.

Sobre ello, el mismo Corral García advierte que, para saber si estamos ante “(...) una condición resolutoria, —en el sentido de que se les advierte a los herederos que deben solventar extrajudicialmente sus diferencias, de tal forma que si alguno o algunos acuden a la vía judicial perderán sus derechos sucesorios—, hay que atender a si de la voluntad del testador se desprende que había querido establecer una condición; si no es así, estaremos ante una carga y no una condición. *A priori*, en la mayoría de los casos la cláusula arbitral no llevará adjunta la prohibición de acudir a la vía judicial, luego difícilmente podrá considerarse que hay una condición impuesta a los sucesores de abstenerse de todo procedimiento judicial si no quieren perder sus derechos hereditarios —los forzosos, en lo que excedan de la legítima estricta—”⁽¹⁷⁾.

De otro lado, no hay que olvidar que nuestro Código Civil contempla la posibilidad de que el testador pueda “(...) imponer tanto a los herederos voluntarios como a los legatarios, condiciones y cargos que

(15) VIDAL RAMÍREZ, Fernando, *Teoría General del Acto Jurídico*, Cultural Cuzco S.A., Lima, 1985, p. 304.

(16) LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo, *El Negocio Jurídico*, Librería Studium, Lima, 1987, p. 268.

(17) CORRAL GARCÍA, “El arbitraje testamentario”, cit., p. 1023.

no sean contrarios a la ley, a las buenas costumbres y al libre ejercicio de los derechos fundamentales de la persona” (artículo 738).

Conforme lo precisa Verdera Server, “(...) la admisión de un arbitraje testamentario permite afirmar la neutralidad del arbitraje desde el punto de vista de clasificación de los negocios como *inter vivos* o *mortis causa*. Dicho de otra forma, el arbitraje puede, en principio, ser constituido *inter vivos* como *mortis causa* en un plano de igualdad dogmática”⁽¹⁸⁾.

Ahora bien, podría discutirse si el arbitraje testamentario (que impone el causante a ciertos sucesores y a los albaceas) resulta compatible con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva que contempla nuestra Constitución Política en su artículo 139. Sobre esto último, hay que recordar que los sucesores o albaceas, que puedan sentirse afectados por la disposición testamentaria arbitral, tienen el derecho de renunciar a la herencia o legado (artículos 677 y 773 del Código Civil), al igual que la persona encomendada por el testador para actuar como albacea puede excusarse de aceptar el cargo (artículo 785 del Código Civil).

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

La estipulación testamentaria arbitral no resulta incompatible con los derechos constitucionales reconocidos en nuestra Carta Política vigente, ni desnaturaliza la figura del arbitraje, por lo que debiera constituirse en un mecanismo eficaz para solucionar las diferencias que puedan surgir entre herederos no forzosos o legatarios, o para la porción de la herencia no sujeta a legítima, o para las controversias que surjan relativas a la valorización, administración o partición de la herencia, o para las controversias que se presenten en todos estos casos con los albaceas; materias que, como todos sabemos, normalmente se encuentran sujetas a largos procesos judiciales. ▲

(18) VERDERA SERVER, Rafael, *Comentarios a la Ley de Arbitraje*; Civitas Ediciones SL, Madrid, 2004, p. 418.

 EMILIO CASSINA RIVAS (*)

Obras adicionales y mayores metrados

SUMARIO: *1. El artículo 42 de la Ley N° 26850 - Adicionales ordenados. 2. Prestaciones adicionales por errores o hechos imprevistos. 3. Prestaciones adicionales de obras hasta el 15% y mayores de 10% en obras. 4. Ampliaciones de plazo por prestaciones adicionales. 5. Naturaleza de las prestaciones adicionales –diferencia con mayores metrados. 6. Diferencia entre prestaciones adicionales y mayores metrados–doctrina. 7. Los sistemas y las prestaciones adicionales en obras del Estado. 8. Pago de mayores metrados: Pago de presupuestos adicionales de obra.*

Me he decidido a publicar este trabajo como una colaboración que intenta contribuir al entendimiento y la debida evaluación de los temas referidos a las Obras Adicionales y a los Mayores Metrados porque, en mi criterio, son dos cosas distintas por su naturaleza y por su conceptualización legal, no obstante lo cual suelen ser confundidos por los legisladores y los operadores de las normas sobre contrataciones que realiza al Estado para proveerse de bienes y servicios y contratar a ejecutores de obras.

El primer problema que encontramos, como generador de la confusión, es el texto críptico, apretado, casi condensado, de las normas legales que tratan de estos dos temas y su falta de concordancia apropiada con otras que le son determinantes o afines como las relacionadas

(*) Doctor en Derecho por la Universidad Mayor de San Marcos - UNMSM. Socio fundador del Estudio Cassina Abogados.

con los sistemas de contratación a suma alzada o por precios unitarios. No es que las definiciones contenidas en ellas sean inexactas sino que son tan ambiguas y los conceptos tan entremezclados que de ellas se pueden sacar conclusiones dicotómicas en uno o varios sentidos distintos aunque parecidos.

Desarrollamos a continuación el tema.

1. EL ARTÍCULO 42 DE LA LEY N° 26850 – ADICIONALES ORDENADOS

Tomemos como ejemplo emblemático el artículo 42 de la Ley 26850 que trata de los adicionales, reducciones y ampliaciones de plazo, el cual empieza declarando, en su primer párrafo, la facultad concedida a la Entidad estatal para “ordenar” y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el 15% (10% para obras por la Ley 28411) del monto del contrato, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Nótese que esta facultad de la entidad se refiere a toda clase de prestaciones, ya sean bienes, servicios u obras, en cuanto al aumento del monto del contrato

También puede la Entidad “ordenar” la reducción de servicios u obras hasta por el mismo porcentaje, lo que significa que no es posible reducir la provisión de bienes.

Esta facultad de la Entidad para “ordenar” o reducir prestaciones hasta por el 15% o el 10% del monto contractual es uno de los poquísimos rezagos de la abandonada doctrina del *jus imperium* o derecho de autoridad del Estado en los contratos antes llamados administrativos y en los que, como es ahora aceptado, son considerados las dos partes en un plano de igualdad.

2. PRESTACIONES ADICIONALES POR ERRORES O HECHOS IMPREVISTOS

El segundo párrafo del artículo 42 se centra únicamente en la ejecución de obras adicionales que superen el 10% del monto del contrato y que tengan por origen errores del expediente técnico o situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato, vale decir el caso

fortuito o la fuerza mayor. En ambos casos se autoriza, no se ordena, la ejecución de las prestaciones adicionales de obra, usualmente a petición de los ejecutores quienes actúan de conformidad con los artículos 210 y 211 del Reglamento de la Ley N° 26850 que tratan de las fallas o defectos percibidos por el Contratista en los planos y especificaciones técnicas proporcionados por la Entidad.

3. PRESTACIONES ADICIONALES DE OBRAS HASTA EL 15% Y MAYORES DE 10% EN OBRAS

Una primera conclusión que surge de este análisis es que las prestaciones adicionales en bienes y servicios que la entidad puede ordenar o autorizar de oficio no pueden exceder del 15%, porcentaje calculado sobre el monto del contrato; mientras que las de obra no excederán del 10%.

Sin embargo, en obras se puede exceder ese porcentaje pero únicamente cuando tienen por causa errores del expediente técnico o el caso fortuito o la fuerza mayor. En estas dos situaciones, se requiere el acuerdo de ambas partes, porque, como establece el tercer párrafo del artículo 42° de la Ley, la Entidad puede alternativamente optar por resolver el contrato sin responsabilidad por las partes en cuyo caso la relación contractual para hacer la obra queda extinguida, y lo mismo (apartarse del contrato) puede hacer el contratista, por igualdad de derechos, si no le conviene o no puede atender con sus propias fuerzas la ejecución de prestaciones adicionales más allá del 10% del monto del contrato.

4. AMPLIACIONES DE PLAZO POR PRESTACIONES ADICIONALES

Las prestaciones adicionales de obra, ya sea que se ordenen por la Entidad o que ésta las autorice o apruebe por cualquier razón, pueden originar las ampliaciones de plazo correspondientes si es que afectan el calendario contractual, aplicándose los artículos 258 a 262 del Reglamento de la Ley 26850.

5. NATURALEZA DE LAS PRESTACIONES ADICIONALES – DIFERENCIA CON MAYORES METRADOS

El numeral 39 del Anexo de Definiciones del Reglamento de la Ley 26850, define como obra adicional aquella no considerada en el

expediente técnico ni en el contrato y cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal.

La Directiva de la Contraloría General de la República “Autorización previa a la ejecución y pago de presupuestos adicionales de obra”, aprobada por la Resolución de ese organismo N° 369-2007-CG del 29.10.07, define en el punto V-1 como prestación adicional de obra a la ejecución de trabajos complementarios y/o mayores metrados no considerados en las bases de la licitación o en el contrato respectivo y que resultan indispensables para alcanzar la finalidad del contrato original. Añade que los trabajos complementarios y/o mayores metrados que no posean tales condiciones (esto es: que resulten indispensables para alcanzar la finalidad el contrato original) deberán ser materia de nuevos contratos mediante los procedimientos de la Ley 26850 y su Reglamento, de acuerdo a su monto, incurriendo en responsabilidad quien disponga o autorice su ejecución de otro modo.

La aprobación previa a la ejecución de prestaciones adicionales de obra corresponde, según el artículo 205 del Reglamento, al Titular o a la máxima autoridad administrativa de la Entidad. Si el monto de las prestaciones adicionales supera el 10% del monto del contrato se requiere además que, antes de la ejecución y de su pago, se obtenga la autorización de la Contraloría General de la República.

La frase “mayores metrados” utilizada tanto por la Ley N° 26850 como por la Directiva de la Contraloría General de la República, introduce un factor de distorsión que origina que hayan tantas dudas para su aplicación y la correcta interpretación de lo que son prestaciones adicionales.

Desde un punto de vista de interpretación lógica - metodológica, entendemos como metrados ciertas unidades que, referidas a la ejecución de una obra, implican los diferentes artículos o bienes utilizados en ella que se pueden medir como las horas, hombres y los materiales. Entonces si la palabra que sirve de referente es el metrado, que es el componente del objeto del contrato, la palabra mayores o menores solo pueden vincularse al mismo contrato. En consecuencia, en los contratos a precios unitarios no habría un contrato principal y otro adicional por mayores metrados. Sólo habrá un contrato complementario si se

añaden nuevas partidas, se sustituyen unas por otras o se cambia el precio de algunas

6. DIFERENCIA ENTRE PRESTACIONES ADICIONALES Y MAYORES METRADOS-DOCTRINA

- a) Para entender cabalmente lo que son prestaciones adicionales de obra, en contraposición con los mayores metrados, se requiere conocer bien los principales sistemas de contratación de obra que se utilizan en nuestro país y que son el de “Suma Alzada” y el de “Precios Unitarios”.
- b) Planiol y Ripert⁽¹⁾ definen la “Suma Alzada” en la forma siguiente:

El precio puede fijarse globalmente, es decir, en bloque, y ser estimado en una cifra única, que en ningún caso pueda ser superior. El contrato contiene entonces una verdadera cláusula de seguro por la cual la persona por quien se hace la obra está garantizada contra las probabilidades de que se haya hecho una estimación insuficiente en el costo del trabajo.

Muchos propietarios tratan las construcciones mediante este procedimiento, el arquitecto o empresario se compromete a entregar la casa por el precio convenido, totalmente terminada. El peligro consiste en que el empresario especula sobre la ignorancia del cliente y sobre la imposibilidad en que se haya de verificar el trabajo, empleando materiales de calidad inferior, economizando a costa de la buena ejecución de los trabajos, en detrimento de la solidez o de la duración.

“El contrato de obra a precios unitarios” o según presupuesto es definido por los mismos autores de la siguiente manera:

“El precio puede fijarse por un presupuesto, lo que lo hace susceptible de variar y, sobre todo, de aumentar, por la adhesión de nuevos detalles y de trabajos suplementarios.

(1) PLANIOL y RIPERT, *Derecho Civil*, Editorial Pedagógica Iberoamericana, p. 1031.

Puede decirse que también en ese caso hay un precio fijo, pero artículo por artículo, y no globalmente: cada detalle del trabajo tiene su precio particular. El precio total que deberá pagarse dependerá de los trabajos realmente ejecutados y solo podrá conocerse después de su ejecución: se fija con posterioridad y no anticipadamente como en el caso anterior”.

- c) Alberto Spota⁽²⁾ trata extensamente de los Sistemas de Contratación y define así al de Suma Alzada:

“El sistema de ejecución de obra por ajuste alzado significa que el precio resulta ser global o precio único. Cuando existe invariabilidad de la obra y del precio es absoluto. En cambio, si cabe la innovación en el precio o bien, en la obra, el sistema de ajuste alzado es relativo. Los franceses lo llaman sistema *à forfait*, también lo denominan *à prix fait*. Los romanos lo llamaban sistema *per aversionem*.

Repetimos que el ajuste alzado puede ser absoluto y relativo. Al respecto, corresponde señalar:

Es absoluto cuando tanto el precio como la obra son invariables. Por ejemplo, se compromete el empresario a construir una casa por \$20,000 si la construye por ajuste alzado absoluto, y la casa implica un gasto, al construirla, por \$21,000 se perjudica, pero no puede exigir más de lo contratado, en cuanto no se trate de un supuesto de imprevisión contractual. Al contrario, si el costo es solo de \$19,000 se beneficia, ya que tendrá derecho al precio pactado en cuanto no exista un supuesto de lesión subjetiva ni a un de imprevisión contractual o que lleve consigo una ofensa a la regla moral o que importe el ejercicio irregular del derecho o conducta abusiva o antifuncional, hipótesis, todas éstas, que se aplican también al anterior supuesto, o sea, al caso de

(2) SPOTA, Alberto, *Instituciones de Derecho Civil - Contratos*, Vol. V, Depalma, Buenos Aires, pp. 359, 365 y 366.

mayor costo que el precio pactado. Debemos insistir en que este ajuste alzado absoluto exige, no solo que resulte invariable el precio, sino también la obra, de manera que no podrá haber adicionales ni trabajos innovatorios que importen modificación del proyecto de obra salvo que estas labores sean necesarias para alcanzar el resultado prometido y no pudieron preverse al celebrarse el contrato, originando ello una pretensión de re ajuste del precio”.

Sobre el Precio Unitario, Spota dice:

“El sistema de ejecución de obra por unidad es aquel en el cual se fija para cada unidad técnica en que la obra puede dividirse en un determinado precio. Otras veces el precio se establece para cada cantidad de obra de mano que se aprehende como tal (horas, hombre). Los romanos llamaban a este sistema *per mensuram*. Los franceses hablan de serie de precios por presupuesto (*marché sur devis*) y también ejecución por precios unitarios (*à bondeau de prix* o *por sées de prix*).

Ahora, conviene insistir sobre lo que ha de entenderse por “unidad”. Es necesario aprehender, en cada caso, cual es esa “unidad” a que nos referimos. En la especie judicial mencionada del contrato de impresión del periódico, la unidad consistiría en cada una de las “ediciones o tiradas diarias”. En una obra de vialidad, la unidad podría ser cada kilómetro de camino. En el caso de un puente, cada tramo podría constituir la unidad. Si se trata de un trabajo de electricidad, cada boca de luz, llave o toma de luz puede ser una unidad. En carpintería lo será cada puerta, etc.

Es decir, a un edificio se lo puede descomponer en múltiples unidades o en “partidas” o “ítems”. Puede encargarse la construcción de una casa por el sistema de ejecución por unidad y así se discrimina cada uno de los “rubros” estableciendo cada unidad técnica.

Ese es el sistema que se emplea más a menudo en materia de obras públicas y parece ser el más justo, en cuanto los trabajos imprevistos no recaen sobre el empresario (aun cuando

el costo de cada unidad puede aumentar), a diferencia de lo que ocurre en el ajuste alzado en el cual el trabajo imprevisto (no el imprevisible) lo sufre el empresario. (Debe tenerse en cuenta que en el ajuste alzado el empresario no sufre los efectos de lo imprevisible en el proyecto de obra como tampoco en todo otro supuesto de imprevisión contractual, en cuanto la obra no se ajustó a todo riesgo del empresario y en la medida que se torne previsible el alcance del riesgo que se asume).

Si la obra comienza y llega, en el primer mes, a una dimensión x , se mide lo ejecutado, extendiéndose el “certificado de obra” mensual: es decir, se aplica a lo hecho lo que corresponde según cada precio unitario y así se establece lo que le atañe, en ese mes, al empresario, en concepto de “anticipo” del precio de la obra. Esto es lo que significa tal certificado mensual de obra, sea en dicho sistema de unidad, sea en otros sistemas de ejecución, cuando se han previsto los referidos “certificados”; no se trata de pagos “a cuenta”, sino de simples “adelantos” o “anticipos”.

d) El recordado maestro José León Barandiarán⁽³⁾ enseñaba:

“Al admitir el dueño la pieza o piezas la medida o medidas de la obra, sin observación, puede reclamar el empresario el pago correspondiente a esa cantidad de piezas o medidas, en base al precio unitario concertado. La obligación, se puede decir, que ha de estimarse como que se fracciona en cuanto a la prestación del empresario y correlativamente en cuanto a la contraprestación del comitente. De todos modos, como regla rige la indicada en el artículo 1567; el precio será pagado al tiempo de hacerse la entrega de la obra. La obligación es divisible en el sentido que cabe reputar que cada pieza constituye una obra separada de modo que existen tantos contratos de obra como piezas o medidas se haya convenido”.

(3) BARANDIARÁN, José León, *Contratos en el Derecho Civil Peruano*, T. I, Editorial Comisión administradora del Fondo Editorial, Facultad de Derecho de la UNMSM, p. 54.

- e) Los artículos 1776 y 1781 ⁽⁴⁾ del Código Civil definen, respectivamente, el contrato por ajuste alzado y por unidades, piezas o medidas.

Específicamente, para los contratos de obra celebrados por el Estado, el artículo 42 de la Ley 26850 ha permanecido igual en las varias modificaciones que se han hecho en lo relativo a prestaciones adicionales: Pero en cuanto a los Reglamentos, si bien los dos primeros tenían una redacción apropiada, a tono con la naturaleza de las cosas, el último, esto es el vigente, contiene un verdadero galimatías.

En efecto, el artículo 28 del Reglamento que se aprobó por D.S. N° 039-98-PCM del 26.09.98 es exactamente igual al 45 del Reglamento aprobado por D.S. N° 013-PCM 2001 del 13.02.01. Ambos definen el sistema de Suma Alzada como aquel en el cual el postor formula su propuesta por un monto fijo y un determinado plazo de ejecución que se aplica cuando las magnitudes y calidades de la prestación están totalmente definidas en los planos y especificaciones técnicas; en tanto que, refiriéndose al Sistema de Precios Unitarios se decía que, en éste el postor formula su propuesta ofertando precios en función de las partidas o cantidades referenciales contenidas en las Bases y que se valorizan en función a su ejecución real y por un determinado plazo de ejecución.

Esas definiciones son las correctas pues se ajustan a la doctrina y a la naturaleza de las cosas. Pero la redacción del vigente artículo 56° contenido en el Reglamento aprobado por el D.S. N° 084-2004-PCM no es feliz en la parte del sistema de Suma Alzada pues, de un lado dice, que el postor formula su propuesta por un monto fijo integral y por un

⁽⁴⁾ Artículo 1776.- Obra por ajuste alzado.- El obligado a hacer una obra por ajuste alzado tiene derecho a compensación por las variaciones convenidas por escrito con el comitente, siempre que signifiquen mayor trabajo o aumento en el costo de la obra. El comitente, a su vez, tiene derecho al ajuste compensatorio en caso de que dichas variaciones signifiquen menor trabajo o disminución en el costo de la obra.

Artículo 1781.- Obra por Pieza o Medida.- El que se obliga a hacer una obra por pieza o medida, tiene derecho a la verificación por partes, y en tal caso a que se le pague en proporción a la obra realizada.

El pago hace presumir la aceptación de la parte de la obra realizada.

No produce a este efecto el desembolso de simples cantidades a cuenta ni el pago de valorizaciones por avance de obra convenida.

determinado plazo de ejecución pero, luego, hace una atingencia respecto a las obras, manifestando que se formulará la propuesta considerándose los trabajos que resulten necesarios para el cumplimiento de las prestaciones según los planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva y presupuesto de obra, debiendo presentar un desagregado por partidas como **ireferencial!**

Nada más contradictorio con lo que se dice en la primera parte del tercer párrafo del artículo 56° comentado, como también con lo que luego se señala en la última frase de este tercer párrafo, en el sentido de que este sistema de Suma Alzada sólo será aplicable, en el caso de obras, cuando las magnitudes y calidades de las prestaciones estén totalmente definidas en los planos y especificaciones técnicas. Si todo está definido no hay nada referencial pues esta palabra significa en estos casos, “aproximadamente”, “con cargo a fijar”.

Este tipo de equívocos son los que dan lugar a legislaciones y directivas susceptibles de varias interpretaciones y que los operadores encuentren serias dificultades y escollos para aplicarlas, suscitándose continuos conflictos entre las partes.

7. LOS SISTEMAS Y LAS PRESTACIONES ADICIONALES EN OBRAS DEL ESTADO

Del estudio que hemos efectuado y especialmente de la aplicación de lo enseñado por los maestros Planiol y Ripert, Spota y León Barandiarán podemos intentar una sistematización en este asunto.

- a) En los contratos de obra a Suma Alzada el precio global pactado de antemano es fijo e inmodificable en tanto la obra no sufra variaciones. Cualquier variación del contrato que signifique un aumento del valor de la obra o del trabajo realizado en ella, es una prestación adicional y se pagará siempre que, previamente a su ejecución, se haya ordenado o autorizado por escrito por el Titular o la máxima autoridad administrativa de la Entidad o convenida por éste con el Contratista. Para ello se necesita presentar un Presupuesto Adicional.
- b) **En los contratos a Precios Unitarios son Adicionales no los mayores metrados sino los nuevos metrados que surjan por**

incorporación de partidas no consideradas en los planos y especificaciones técnicas.

La diferencia se explica por este ejemplo: si en los planos, que son referenciales, está prevista la construcción de un muro de 20 m. y, en la realidad se constata que ese muro ha demandado 25 m., la diferencia es de 5 m que es, exactamente, un mayor metrado sobre una partida ya existente y que no requiere por tanto de aprobación previa del titular de la Entidad, pues no se puede concebir que el Contratista interrumpa su trabajo para lograr esa aprobación previa. Su costo se paga con la valorización correspondiente a cada periodo previsto en las Bases o en el contrato, la cual es elaborada por el Contratista y el Supervisor de la Obra en representación de la Entidad de acuerdo con lo establecido en el artículo 255° del Reglamento.

El verdadero Adicional del contrato a Precios Unitarios es el que surge de un cambio de partidas que aumenta el costo de la obra; o de la incorporación de partidas nuevas que no estaban consideradas en los planos y especificaciones técnicas. Tal es el caso de una carretera que, según los planos y especificaciones técnicas, debe tener 5 kms. de extensión pero, por razones técnicas y para alcanzar la finalidad del contrato, se necesita construir 2 kms. más, lo que involucra incorporar un nuevo metrado. Se trata, en verdad, de una ampliación del objeto del contrato. Aquí si cabe hablar de un contrato original o principal y de un contrato complementario o adicional. Es dable que ello lo presenten en un Presupuesto Adicional.

Lo mismo ocurre si en el plano estaba prevista una excavación en terreno llano y resulta que el suelo es rocoso y requiere el empleo de máquinas especiales y explosivos motivando un cambio de partida y de sus componentes en horas-hombre, equipos y materiales.

En estos dos casos es admisible que se deba suspender esta parte de la construcción de la obra en pos de obtener la aprobación previa de la entidad de un adicional no por mayores metrados, reiteramos, sino por una variación de partida originada por una necesidad nueva, por un error del expediente técnico o por la

aparición de un hecho no previsto en éste; como, también, por suscitarse hechos imprevisibles (que no es lo mismo que no previstos) derivados del caso fortuito o de la fuerza mayor.

8. PAGO DE MAYORES METRADOS: PAGO DE PRESUPUESTOS ADICIONALES DE OBRA

- a) La Directiva antes mencionada, aprobada por la Contraloría General de la República, en el punto V-2 define al Presupuesto Adicional de obra como el mayor costo originado por la ejecución de prestaciones adicionales de obra; definición deficiente porque un presupuesto es, en realidad, en todos los casos, un documento que contiene el cómputo anticipado del costo de una obra adicional y que se presenta para aprobación antes de emprenderse la ejecución.
- b) El numeral 46 del Anexo de Definiciones del Reglamento de la Ley 26850, indica que Presupuesto Adicional es el que se origina como consecuencia de obras adicionales o por la ejecución de mayores metrados, que debe ser aprobado además por la Contraloría General de la República cuando el monto supere el que puede ser autorizado directamente por la Entidad. Esta definición es también deficiente porque incluye como adicional el vocablo mayores metrados.
- c) En realidad una definición más apropiada conforme a lo expuesto, en este trabajo, de lo que es un Presupuesto Adicional sería ésta: “Presupuesto Adicional es el documento que contiene el costo calculado de las prestaciones complementarias que deben realizarse para obtener la finalidad del contrato, cualquiera que sea la causa. Estas prestaciones pueden ser por variaciones que signifiquen mayor trabajo o aumento de valor en los contratos de obra a Suma Alzada o por la inclusión de metrados nuevos o de nuevas partidas en los contratos de obra a precios unitarios”.
- d) En consecuencia, doctrinaria y legalmente, el pago de mayores metrados en los contratos a precios unitarios no significa que deba presentarse y aprobarse un presupuesto adicional antes de ejecutarlo, suspendiendo total o parcialmente el ritmo del calendario

de la obra pues, como se concluye de una correcta interpretación de su naturaleza, el pago de las unidades ya previstas referencialmente en el plano y en las especificaciones técnicas, se realiza una vez que se comprueba en la realidad el número de unidades ejecutadas mediante la correspondiente valorización elaborada según lo previsto en el artículo 255 del Reglamento.

Este artículo establece que las valorizaciones de obra se elaboran por el contratista y el supervisor que debe siempre revisar los metrados ejecutados; y que se presentan a la entidad para que realice el pago correspondiente dentro del plazo contractual previsto. El Contratista tiene derecho al pago de intereses si el pago no se efectúa en el plazo pactado.

En caso de surgir discrepancias entre la Entidad (incluyendo al Supervisor) y el Contratista por la formulación, aprobación o valorización de los metrados, aquellas se resuelven en la liquidación del contrato, sin perjuicio de que se cobre la parte no controvertida. Así lo dispone el artículo 257 del Reglamento; puntualizándose que solo es posible recurrir al trámite de conciliación y/o arbitraje dentro de los 15 días siguientes después de ocurrida la controversia, si es que el monto en discusión supera el 5% del valor del contrato, sin que por ello se suspenda la ejecución de la obra.

En la práctica surge, a veces, un problema vinculado al Presupuesto de Ingresos y Gastos de la Entidad asignado por el Congreso de la República o por el FONAFE tratándose de empresas del Estado, en el cual figura para una obra determinada, a precios unitarios, por ejemplo, S/.1'000,000 en total de modo que, si al final de la ejecución, resulta que haya mayores metrados por S/.80,000 la Entidad juzga que no puede pagar ese monto por no estar incluido en su Presupuesto Anual y, por ello, se niega a su pago o exige que, para desembolsarlo, hay que tramitar un Presupuesto Adicional. Creemos que este procedimiento es errático, pues no hay, ni puede haber, un presupuesto a *posteriori*. En todo caso debería solicitar la presentación de una valorización suplementaria por esos S/.80,000 si es que no se hubieran abonado ya con las valorizaciones normales del contrato pero, de ninguna manera, exigir un Presupuesto Adicional. Sería útil, también que las Entidades, antes de convocar procesos de selección, consideren en sus presupuestos algún concepto por imprevistos.

Es cierto que eventualmente se podrían generar mayores metrados impagos aun si la mecánica del contrato a precios unitarios se desarrolla según los artículos 255 y 257 del Reglamento. Como se dice en estas normas, con cada valorización se pagan las unidades realmente ejecutadas en base a los precios unitarios del Valor Referencial, afectado por el factor de relación. En caso de controversia ésta se diferirá para discutirse y zanjarse en la Liquidación del Contrato sin paralizar la ejecución de la obra. Pero si el monto en controversia es mayor al 5% del contrato, se puede ir de inmediato a la conciliación y/o al arbitraje sin que, igualmente, se suspenda la ejecución de la obra.

Pudiese ser que, al elaborarse la liquidación conteniendo, entre otros, los mayores metrados discutidos se origine una controversia sobre aquella, la que se solucionaría generalmente, mediante lo que se resuelva por la conciliación y/o el arbitraje.

En ambos casos, si se declaran procedentes los mayores metrados, su pago debe materializarse mediante una valorización complementaria pero no con un Presupuesto Adicional pues no puede existir un Presupuesto *post facto*.

El Presupuesto Adicional típico, originado por cualquier causa, es el que, como su raíz gramatical lo indica, se presenta por el contratista en forma anticipada a su ejecución sea en contratos a suma alzada sea en contratos a precios unitarios; y habilita, una vez aprobado, a que se ejecuten y se abonen las variaciones de la obra que aumentan el valor de ésta o que hayan demandado mas trabajo, incluyendo, naturalmente, la incorporación de nuevos metrados o partidas nuevas.

Entonces, el concepto de los Presupuestos Adicionales debería comprender las prestaciones complementarias y los metrados o partidas nuevas y, en ningún caso, mencionar la frase “mayores metrados”. ▲

 JUAN ANTONIO CREMADES SANZ-PASTOR (*)

El exequátur en España de los laudos extranjeros (**)

SUMARIO: 1. *Jurisdicción competente para conceder el exequátur.* 2. *Procedimiento.* 3. *Recursos.* 4. *Laudos que pueden obtener el exequátur.* 5. *Convenios internacionales aplicables al exequátur.* 6. *Control del laudo extranjero en el procedimiento de exequátur.* 7. *Motivos de oposición al exequátur.* 8. *Violación del orden público.* 9. *Problemas derivados de la cláusula compromisoria.* 10. *No participación en el arbitraje.* 11. *Irregularidades en el procedimiento de arbitraje.* 12. *Litispendencia en España.* 13. *Apertura en España de un procedimiento concursal.* 14. *Conclusión.*

La hora de la verdad en el arbitraje es la ejecución del laudo. Si obtiene el apoyo del poder público, que sólo los jueces pueden darle, el procedimiento habrá sido útil. Si no, la situación es peor que la que hubiera derivado de la inexistencia de compromiso arbitral.

Esto es conocido en Derecho español desde hace tiempo. Las Leyes hechas por los muy altos y muy poderosos Príncipes y Señores, el Rey don Fernando y la Reyna doña Isabel, nuestros soberanos, Señores por la brevedad y orden de los pleitos, hechas en la villa de Madrid Año del Señor de mil y cuatrocientos y ochenta y nueve años disponen (*Ley XLIII*):

(*) Doctor en Derecho por la Universidad de París. Miembro de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional desde 1969 a 2002.

(**) Ponencia presentada en el II Congreso Internacional de Arbitraje organizado por el Club Español del Arbitraje, Madrid, 17 y 18 de junio de 2007.

Otrosí porque acaece que las partes por bien de paz y concordia y por evitar costas y pleitos y contiendas (...) acuerdan de poner y comprometer los tales pleitos y contiendas en manos de jueces amigos árbitros, arbitradores, y prometen de estar por la sentencia que dieren, no reclamar de ella so cierta pena:

y los jueces arbitrarios (sic) arbitradores usando de la facultad que les fue dada dentro del término que les fue dado y sobre aquellas cosas sobre que fue comprometido dan sentencia de la cual una de las partes acaece que reclama y pide de ella reducción a albedrío de buen varón, o hace contra ella de nulidad, o por otro remedio así que comienza el pleito de nuevo y se alarga y dilata más que si se prosiguiera por tela de juicio:

por ende queriendo en ello proveer y proveyendo mandamos que luego que la tal sentencia arbitraria (sic) fuere dada de que la parte pidiere ejecución se ejecute libremente pareciendo o presentándose el compromiso y sentencia signado de escribano público y pareciendo que fue dada dentro del término del compromiso y sobre las cosas sobre que fue comprometido y que la parte sea satisfecha de aquello sobre que fue sentenciado a su favor:

Más de quinientos años después, la problemática es la misma, ¿para qué queremos un laudo si no es para ejecutarlo?

Estudiaré, pues, el exequátur en España de los laudos extranjeros ciñéndome, como los Reyes Católicos, al arbitraje en el que, por acuerdo de las partes, se somete la solución de una diferencia a árbitros de confianza –árbitros amigos escribían ellos– y no a otros arbitrajes, que, aunque comparten la denominación, tienen planteamientos, características y consecuencias muy distintas, como son los del Convenio de Washington o los de protección de consumidores.

No me centraré en la descripción de la legislación aplicable al respecto –lo que daría una visión teórica–, sino que –asumiendo el riesgo de ser menos sistemático– trataré de dejar hablar a los jueces copiando extractos de sus decisiones, para que se pueda así comprobar cuál es su

verdadero estado de ánimo en relación con el arbitraje. Y, como el auditorio se compone en parte de juristas, no españoles, no dudaré en exponer conceptos harto conocidos por quienes participan de mi formación jurídica, pero que pueden ser novedosos para los que no se han sentado en los bancos de una facultad de derecho española.

1. JURISDICCIÓN COMPETENTE PARA CONCEDER EL EXEQUÁTUR

Hasta hace tres años, el reconocimiento en España de un laudo extranjero se solicitaba ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo con los mismos trámites previstos por la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil para la ejecución de las sentencias judiciales extranjeras, salvo que los tratados internacionales suscritos por España atribuyeran competencia a otros tribunales. Tal era el caso de los laudos procedentes de Suiza, ya que por el Convenio Hispano-Suizo de 19 de noviembre de 1896 la competencia era atribuida al Juzgado de Primera Instancia. Lo mismo sucedía con los que invocaban el convenio firmado con Uruguay el 4 de noviembre de 1987, con Brasil el 13 de abril de 1989 o con Bulgaria el 23 de mayo de 1993.

La Ley de 26 de diciembre de 2003 dispone en su artículo 8, párrafo 6, “para el exequátur de laudos extranjeros será competente el órgano jurisdiccional al que el ordenamiento procesal civil atribuya la ejecución de las sentencias dictadas por tribunales extranjeros”. Ahora bien, la Ley Orgánica de 19/2003 modificó el día 23 de diciembre de 2003 el artículo 85 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, previendo ahora: “Los Juzgados de Primera Instancia conocerán en el orden civil: (...) 5. de las solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales y arbitrales extranjeras, a no ser que, con arreglo a lo acordado en los tratados y otras normas internacionales, corresponda su conocimiento a otro juzgado o tribunal”.

Finalmente, no hay que olvidar que el 1 de septiembre de 2004 entraron en funcionamiento los Juzgados de lo Mercantil. El apartado 2 del artículo 86 de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁽¹⁾ dispone:

(1) Modificado por la Ley 20/2003 de 23 de diciembre de 2003.

2. Los juzgados de lo mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de:

- a. Las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, así como todas aquellas cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas.
- b. Las pretensiones que se promuevan al amparo de la normativa en materia de transportes, nacional o internacional.
- c. Aquellas pretensiones relativas a la aplicación del Derecho Marítimo.
- d. Las acciones relativas a condiciones generales de la contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia.
- e. Los recursos contra las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de recurso contra la calificación del Registrador Mercantil, con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria para este procedimiento.
- f. De los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y de su derecho derivado.
- g. De los asuntos atribuidos a los Juzgados de Primera Instancia en el artículo 8 de la Ley de Arbitraje cuando vengán referidos a materias contempladas en este apartado.

La Ley nada dice en cuanto a la competencia para conocer de los asuntos en los que temas incluidos en el anterior apartado 2 coexistan con otras cuestiones. La Jurisprudencia es todavía contradictoria. Por ejemplo, cuando se pide la condena de una sociedad al pago de una cantidad, ejerciendo al mismo tiempo la acción de responsabilidad de los administradores para que respondan del pago de la condena, algunas decisiones admiten la acumulación de ambas acciones y otras no.

La Audiencia Provincial de Madrid en Auto de 2 de marzo de 2006⁽²⁾ o la de Pontevedra en Auto de 31 de marzo de 2006⁽³⁾ no admiten en tal hipótesis la acumulación. Afirma la Audiencia madrileña:

El artículo 86 *ter* de la Ley Orgánica del Poder Judicial relaciona un catálogo concreto de materias específicas que compete conocer al Juzgado de lo Mercantil, de manera que éste, como órgano especializado, carece de competencia objetiva para enjuiciar lo que no le viene expresamente atribuido, por razón de la materia, en dicho precepto legal. El resto de las materias civiles no comprendidas en ese catálogo competencial incumben al Juez de Primera Instancia (artículo. 85.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Porque las atribuciones de los órganos especializados, como ha declarado la 1ª Sala del Tribunal Supremo en su Sentencia de 8 de marzo de 1993, no pueden comprender otras cuestiones que las explicitadas en las Leyes que regulan su competencia.

En cambio, dan contestación positiva a los autos de las audiencias provinciales de Zaragoza de 17 de octubre de 2006⁽⁴⁾ o de Cantabria de 24 de octubre de 2006⁽⁵⁾. Dice la audiencia de Zaragoza:

No hay, pues, en opinión de esta Sala, una incompetencia del juzgado mercantil, perteneciente al orden civil, para conocer de las cuestiones civiles, pues la razón de ser de su creación es precisamente su especialización, no su desgajamiento de ese orden jurisdiccional. Y en este contexto es en el que hay que interpretar el artículo 73 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La especialidad dentro de la competencia civil, no es incompetencia para el resto de asuntos civiles de naturaleza “no especializada”. Sí al revés.

(2) AC 2006/2079.

(3) AC 2006/1015.

(4) AC 2006/1769.

(5) AC 2006/1958.

La concesión del exequátur a un laudo extranjero que se pronuncie tanto sobre cuestiones cuya competencia corresponde al juzgado mercantil como sobre temas que la desborden, no es empero una acumulación de acciones: se solicita exclusivamente el reconocimiento de una decisión arbitral extranjera porque reúne las condiciones previstas en el Convenio de Nueva York, y ello nada tiene que ver con el fondo del asunto tratado. No cabe que se pida el reconocimiento de parte del laudo por el juez civil y del resto por el mercantil: el laudo o es o no es susceptible de reconocimiento en España. Por lo tanto, será competente, a nuestro entender, el juez civil o mercantil a quien correspondería conocer del tema básico, aunque el laudo tenga cuestiones accesorias que no fueren de su competencia. Y, si no está claro, yo considero acertada la decisión zaragozana que atribuye competencia al Juez de lo Mercantil en cuanto trate el laudo de algún tema de su especialidad, respetando, empero, la opinión de quienes piensan aconsejable acudir al Juzgado de Primera Instancia, ya que éste, según la Ley Orgánica del Poder Judicial⁽⁶⁾, conoce en el orden civil “de los juicios que no vengán atribuidos por esta ley a otros juzgados o tribunales”.

Puesto que no existe ningún tratado internacional que prevea que los laudos extranjeros dictados en materia de arbitraje privado internacional son de la competencia de otro juzgado o tribunal, es evidente que desde 2004 la competencia para conceder el exequátur a un laudo extranjero corresponde al Juez de Primera Instancia o, si la materia es una de las indicadas en el apartado 2 del artículo 86 *ter*, al Juzgado de lo Mercantil.

La competencia territorial viene definida por el artículo 955 de la Antigua Ley de Procedimiento Civil en los siguientes términos:

“Artículo 955.- Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados y otras normas internacionales, la competencia para conocer de las solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales y arbitrales extranjeras corresponde a los Juzgados de Primera Instancia del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se

⁽⁶⁾ Artículo 85, inciso 1.

solicita el reconocimiento o ejecución, o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquéllas; subsidiariamente la competencia territorial se determinará por el lugar de ejecución o donde aquellas sentencias y resoluciones deban producir sus efectos⁽⁷⁾.

Y el mismo criterio es aplicable a la competencia territorial de los Juzgados de lo Mercantil.

2. PROCEDIMIENTO

El artículo 46 de la Ley de Arbitraje dice que el exequátur de laudos extranjeros “se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por tribunales extranjeros”.

La Disposición derogatoria única, primer apartado, de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de enero, ha abolido la antigua Ley de Procedimiento civil, salvo: “Los artículos 951 a 958, sobre eficacia en España de sentencias dictadas por tribunales extranjeros, que estarán en vigor hasta la vigencia de la Ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil”.

El procedimiento sigue siendo, pues, el previsto cuando el Tribunal Supremo era competente en la materia, que se halla en los artículos siguientes de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil:

Artículo 956.- Previa la traducción de la ejecutoria hecha con arreglo a Derecho, y después de oír, por término de nueve días, a la parte contra la que se dirija y al Fiscal, el Tribunal declarará si debe o no darse cumplimiento a dicha ejecutoria.

Contra este auto no habrá ulterior recurso.

Artículo 957.- Para la citación de la parte a quien deba oírse, según el artículo anterior, se librarán certificaciones a la Audiencia en cuyo territorio esté domiciliada.

(7) Modificado por Ley N° 62/2003 de 30 de diciembre.

El término para comparecer será el de treinta días.

Pasado dicho término, el Tribunal proseguirá en el conocimiento de los autos, aunque no haya comparecido el citado.

Artículo 958. Denegándose el cumplimiento, se devolverá la ejecutoria al que la haya presentado⁽⁸⁾.

Estos artículos deben ser adaptados al no ser ya competente el Tribunal Supremo: evidentemente la citación no se hará por certificación a la Audiencia, sino que el Juez de Primera Instancia o el Juez de lo Mercantil emplazará a los demandados de la manera habitual. Pero, tratándose del mismo procedimiento, los jueces deberán aplicar los criterios sentados por el Tribunal Supremo al aplicar estas disposiciones.

Como es habitual en el proceso español, las partes en el procedimiento de exequátur deben estar representadas por Procurador y dirigidas por Abogado. Para los lectores procedentes de otras culturas jurídicas, diremos que el Procurador necesita un poder para pleitos autorizado por notario español o extranjero o por el Cónsul de España en funciones notariales. Si es otorgado ante un notario extranjero, el poder deberá estar provisto de la Apostilla creada por el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 (o legalizado si procede de un país no firmante de dicho Convenio) y ser acompañado de su traducción si viene redactado en idioma extranjero. La traducción puede ser privada, pero si alguna de las partes la impugna dentro de los cinco días siguientes a aquel en que se le dé traslado, manifestando que no la tiene por fiel y exacta y expresando las razones de la discrepancia, se ordenará, respecto de la parte sobre la que exista discrepancia, la traducción oficial del documento, a costa de quien lo hubiese presentado. No obstante si la traducción oficial realizada a instancia de parte resultara ser sustancialmente idéntica a la privada, los gastos derivados de aquélla correrán a cargo de quien la solicitó⁽⁹⁾.

El Tribunal Supremo ha aplicado estas disposiciones procesales sin perder de vista que lo importante es el derecho de las partes a la

⁽⁸⁾ Modificado por Ley Orgánica N° 19/2003 de 23 de diciembre.

⁽⁹⁾ Artículo 144 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

tutela judicial efectiva. Por ejemplo, un auto de 4 de marzo de 2003⁽¹⁰⁾ archiva un procedimiento de exequátur de un laudo del Tribunal de Arbitraje Europeo de Versalles porque la procuradora de la demandante notificó que se daba de baja definitivamente en el ejercicio de su profesión. Pero el Supremo había requerido al letrado de la parte para que en el plazo de 20 días compareciera representada por un nuevo procurador. Y no habiéndose atendido el requerimiento, había vuelto a impartir un nuevo plazo de 20 días, al expirar el cual ordena el archivo del procedimiento con devolución de la sentencia arbitral al solicitante, justificando así sus decisiones:

La plena efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva sin padecer indefensión impide que el órgano judicial clausure el acceso a dicha tutela por defectos que pudieron ser subsanables, y que el órgano judicial, siquiera en uso de la genérica facultad que le confiere el artículo 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pudo y debió subsanar. Y han sido considerados defectos subsanables, por lo que aquí interesa, la falta de apoderamiento o de legalización del poder del Procurador, la ausencia de su firma, la falta de colegiación o de habilitación, en su caso, del Abogado, también la ausencia de su firma, o, incluso, la de la firma de ambos, Abogado y Procurador.

Como veremos ulteriormente⁽¹¹⁾, para obtener el exequátur hay que presentar los documentos previstos por el artículo IV del Convenio de Nueva York de 1958 (si es aplicable⁽¹²⁾), es decir, el original debidamente autenticado del laudo o una copia auténtica del mismo y el original del acuerdo escrito de arbitraje. Evidentemente, el solicitante puede presentar los demás documentos que considere necesarios, por ejemplo, las notificaciones efectuadas a la parte en rebeldía. Pero el Tribunal Supremo rechazó la oposición a una demanda de exequátur

⁽¹⁰⁾ Recurso 3750/1999, EDJ 2003/70637.

⁽¹¹⁾ Ver más adelante el capítulo Control del laudo extranjero en el procedimiento de exequátur.

⁽¹²⁾ Ver más adelante el capítulo Convenios internacionales aplicables al exequátur.

fundada en que no se habían aportado otros documentos no previstos en el Convenio. Por ejemplo, en auto de 4 de marzo de 2003⁽¹³⁾, la Sala indica que no es necesario aportar forzosamente el Reglamento de la institución administradora del arbitraje:

Se han de rechazar las causas de oposición examinadas, debiendo precisarse, con carácter previo y por lo que respecta a la falta de aportación con la demanda de la copia auténtica de la sentencia arbitral y que, en opinión de la demandada, debería haber dado lugar a la inadmisión de aquélla, se ha de poner de manifiesto que la actora, a requerimiento de esta Sala, aportó debidamente apostillada la copia de la sentencia arbitral, sin que la falta de autenticación de las reglas rectoras del arbitraje tenga trascendencia alguna al no resultar exigida por el Convenio su aportación y no haber sido tenidas en cuenta por esta Sala en la decisión adoptada en relación con la solicitud formulada.

Y naturalmente, aunque la ley no lo diga expresamente, el Tribunal Supremo ha concedido siempre al actor un traslado del escrito de oposición a la solicitud de exequátur para que pueda formular sus observaciones sobre el mismo. En auto de 7 de octubre de 2003⁽¹⁴⁾, el Tribunal Supremo al otorgar el exequátur a un laudo dictado por el Tribunal Arbitral de la Comisión de Arbitraje Internacional Económico y de Comercio de China, subraya la necesidad de dicho traslado, pero recuerda que no puede servir para que el actor presente documentación que hubiera debido aportar con la demanda:

Tal y como se ha tenido ocasión de señalar en el curso del procedimiento, con ocasión de resolver el recurso de reposición interpuesto por la parte demandada contra la providencia por la que se acordaba conferir traslado a la parte actora del escrito de oposición a la demanda de exequátur, la distribución que el Convenio de Nueva York hace entre

(13) Recurso 2065/2001, EDJ 2003/70636.

(14) Recurso 112/2002, EDJ 2003/146466.

las partes de la carga de acreditar la concurrencia de los presupuestos de reconocimiento o de la falta de ellos, determina, en obligada integración de los trámites de este procedimiento homologador ajustándolas a los dictados de las exigencias constitucionales, la habilitación de un trámite para que la parte promovente del exequátur, que únicamente ha de probar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo IV del Convenio, así como, en su caso, de los presupuestos atinentes al fondo de la pretensión que se contemplan en el artículo V, inciso 2 de la misma norma supranacional, pueda alegar y probar lo que estime conveniente frente a las causas de denegación del reconocimiento comprendidas en el apartado primero de dicho artículo que haya opuesto la parte frente a la que se pretende hacer valer la eficacia del laudo extranjero.

Ahora bien, semejante integración de las normas de procedimiento ha de ser en todo caso respetuosa con el principio de preclusión de los actos procesales, de tal modo que no le es dable a la parte que solicita el reconocimiento aprovechar el trámite de alegaciones que se le confiere tras la oposición de la parte contraria para justificar o completar la justificación del cumplimiento de aquellos presupuestos cuya alegación y prueba le incumbía y correspondía hacer en el momento inicial del proceso, pues de permitirse tal cosa se estaría quebrantando la igualdad de armas y se estaría situando a la parte frente a la que se solicita la homologación, por ello, en una evidente posición de indefensión.

En dicho traslado se imparte al solicitante del exequátur un plazo de nueve días para presentar su escrito, como lo indica el auto de 16 de mayo de 2001⁽¹⁵⁾:

La efectividad de los principios de contradicción y de defensa impone que, una vez personada la parte contra la que se dirige la ejecución, y formulada oportunamente la

⁽¹⁵⁾ Recurso 350/2001, EDJ 2001/32566.

oposición al reconocimiento por alguno de los motivos contemplados en el artículo V.1 del Convenio de Nueva York, se deba dar a la parte solicitante del exequátur la oportunidad de formular alegaciones respecto de ellos y de presentar los documentos y, en su caso demás medios de prueba que considere convenientes para desvirtuar las alegaciones de la parte contraria, habilitando para ello el correspondiente trámite procesal por un plazo igual al que dispuso ésta para oponerse al reconocimiento; todo ello, con la necesaria previsión de que en ningún caso podrán tomarse en consideración aquellas alegaciones y documentos que la solicitante efectúe y aporte en este trámite, y que sean conducentes a dar cumplimiento a los requisitos de homologación que recoge el artículo IV de la norma convencional, pues tales presupuestos formales han de satisfacerse al presentar la solicitud de exequátur, tal y como dispone el párrafo primero de dicho precepto.

Y también ha cuidado el Tribunal Supremo de tratar de reparar los errores involuntarios de una parte, cuando ello no perjudica las reglas esenciales del proceso. Un auto de 4 de marzo de 2003⁽¹⁶⁾ se pronuncia sobre el caso de un demandado que contestó antes de lo debido:

El demandado goza de un plazo de treinta días para comparecer, y comparecido dispondrá de un término de nueve días hábiles, a partir de la fecha de personación, para contestar a la solicitud formulada, plazo en el que tendrá, a fin de oponerse en forma si lo estima conveniente, acceso a la totalidad de la documentación presentada (...). En el supuesto examinado, la demandada no atendió al “desdoblamiento” que del trámite se contempla en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, sino que compareció y se opuso en un mismo acto, formulándose escrito de oposición *ad cautelam* como consecuencia de la falta de traslado por el órgano judicial de la totalidad de la documentación aportada por la solicitante.

(16) Recurso 2065/2001, EDJ 2003/70636.

Y si bien era carga de la entidad demandada, una vez comparecida, solicitar la vista de las actuaciones a fin de –en el plazo de los nueve días siguientes, se insiste, formular el escrito de oposición–, la Sala mediante Providencia de fecha 16 de abril de 2002, para garantizar plenamente el derecho de defensa de la demandada evitando la causación de cualquier tipo de indefensión proscrita constitucionalmente, ordenó dar vista a la demandada de la totalidad de la documentación presentada por la entidad actora para que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 956 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, fuera oída en el preclusivo término de nueve días.

El exequátur se puede conceder al laudo extranjero total o parcialmente. El Tribunal Supremo en auto ya citado de 16 de mayo de 2001⁽¹⁷⁾ lo otorga parcialmente a un laudo dictado por el Tribunal de Arbitraje de la Bolsa de algodón de Bremen. En este caso, de los tres contratos litigiosos analizados por el laudo, el 1004 y el 1053 no aparecen firmados por la oponente al exequátur y el 1069 no ha sido aportado al procedimiento de exequátur. Ahora bien, la oponente reconoce la sumisión a arbitraje en uno de los dos contratos no firmados, aunque indica que el arbitraje pactado era únicamente un arbitraje técnico o de calidad sobre las mercancías suministradas. Dice el Tribunal Supremo:

La decisión ha de tener presente tanto los principios que inspiran el régimen de homologación del instrumento internacional aplicable –el favor *recognitionis*, o máxima eficacia, principalmente–, cuanto el mecanismo de distribución de la carga de alegación y prueba que él mismo establece. Atendiendo a todos estos elementos, el motivo de oposición que esgrime la mercantil contra la que se dirige la oposición no puede prosperar. La cláusula referente al arbitraje reza, lacónicamente: “Arbitraje de Bremen con 2%, última edición de las condiciones de Bremen *Cotton Exchange*”. Al pie del contrato figura, como condición específica, la siguiente: “Este contrato sólo entrará en vigor

(17) Recurso 3507”001, EDJ 2001/32566.

cuando la calidad del envío de agosto relativa al contrato 1010 sea aceptada. Cualquier divergencia sobre la calidad se basará sólo en las muestras selladas del envío de agosto y, en el caso de que no haya solución amistosa, la decisión será adoptada por el Tribunal de Arbitraje de la Bolsa de algodón de Bremen y su propuesta de abono o de adeudo será aceptada por las partes”. La oponente no ha facilitado las normas de la Bremen *Cotton Exchange* a cuya última edición quedaba sometido el arbitraje convenido con carácter general en la correspondiente estipulación del contrato. Se desconoce, por tanto, el ámbito que le atribuía la norma rectora (...). En suma no ha quedado debidamente acreditado que la resolución arbitral se separase de aquello que constituía el objeto de arbitraje convenido por las partes, por lo que la causa de la oposición alegada por la demandada ha de decaer.

Si ha de reconocerse la eficacia del acuerdo arbitral contenido en el contrato N° 1053, consiguientemente debe otorgarse el exequátur al laudo en todos aquellos extremos que se refieran a dicho contrato y que estén individualizados o sean susceptibles de individualización (...) con exclusión, por tanto, de aquellos otros en los que no quepa hacer esa diferenciación o individualización.

3. RECURSOS

Hemos visto que el artículo 956 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil, todavía vigente en cuanto al exequátur, prevé que contra el auto que se pronuncia sobre la solicitud de reconocimiento de sentencias judiciales o laudos arbitrales extranjeros no cabe recurso alguno.

Esto era lógico cuando la competencia correspondía al Tribunal Supremo, ya que no existe jurisdicción superior. Pero no tiene, en cambio, sentido cuando cualquier Juzgado de Primera Instancia o de lo Mercantil puede conocer de estos asuntos. Todos están de acuerdo en que sólo un olvido del legislador puede ser la causa de tal anomalía.

La jurisprudencia ha corregido felizmente el desliz legislativo. Un auto de 27 de diciembre de 2004 del Juzgado de Primera Instancia N° 9

de Barcelona, que deniega el reconocimiento de una sentencia judicial americana porque entiende que ha generado indefensión de la demandada y, por lo tanto, es contraria al orden público procesal y constitucional español, declara:

En materia de recursos subsiste la duda por cuanto el artículo 956 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 no concede recurso alguno en este tipo de procedimientos. Es verdad que la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 mantuvo vigente esta materia pero, claro, en aquel momento conocía del exequátur el Tribunal Supremo cuyas resoluciones definitivas no son recurribles. Por otra parte, la Ley de 30-12-2003 no tocó el artículo 956 si bien es una ley compleja y de muchas materias, no específicamente procesal y que adoptó una medida de urgencia se estima que buscando descargar de trabajo al Tribunal Supremo para descongestionarlo, de modo que pudo haber un descuido o error del legislador en esta materia. Por otra parte, la norma general es la recurribilidad de las resoluciones del Juzgado de 1ª Instancia (artículo 455 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000) y en materia de ejecución de sentencias extranjeras según convenio de Bruselas de 1968, sí hay posibilidad de 2ª instancia. Así las cosas, e interpretando la normativa de acuerdo con el artículo 24 de la Constitución Española para asegurar una tutela judicial efectiva, se estima que sí cabe recurso de apelación contra esta resolución.

Por lo tanto, el Juez decretó:

Contra este auto cabe recurso de apelación para ante la *audiencia* Provincial de Barcelona que deberá ser interpuesto en este Juzgado mediante preparación presentada en el plazo de 5 días desde que se notifique a las partes con escrito en los términos del artículo 457.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000.

Por auto N° 324/06 de 20 de octubre de 2006, la Sección Décimo-Quinta de la audiencia Provincial de Barcelona desestima el recurso de apelación, al considerar que “no puede decirse que la sentencia satisfaga

las exigencias del orden público constitucional, que garantiza, como derecho fundamental del justiciable, una decisión judicial motivada, siquiera mínimamente, pero lo suficiente para conocer la *ratio decidendi*, fundada en derecho”. Nada dice la audiencia en cuanto a la recurribilidad del auto del Juez, pero el solo hecho de que haya admitido el recurso es prueba de que comparte el criterio de la posibilidad de apelar de tales autos.

En cambio, no parece que quepa ulterior recurso contra la decisión de la audiencia Provincial en apelación, ya que las decisiones sobre reconocimiento de sentencias y laudos extranjeros son autos y sólo son recurribles en casación las Sentencias (que en derecho español son las decisiones que ponen fin a un proceso una vez concluida su tramitación ordinaria o que resuelven un recurso extraordinario o un recurso de revisión) dictadas en segunda instancia por las audiencias Provinciales.

4. LAUDOS QUE PUEDEN OBTENER EL EXEQUÁTUR

Sólo puede obtener el exequátur un laudo extranjero, noción que la Ley de 2003 define escuetamente al disponer en su artículo 46 que “se entiende por laudo extranjero el pronunciado fuera del territorio español”. Poco importa que el laudo sea dictado en un arbitraje internacional e incluso que el único punto de conexión con España sea el lugar donde los árbitros han pronunciado el laudo.

Cuando un laudo es dictado en España, no necesita por lo tanto exequátur para ser reconocido. Contra tal laudo puede ser ejercitada –dentro de los dos meses siguientes a su notificación– la acción de anulación, por los motivos previstos por el artículo 41 de la Ley de arbitraje. Para conocer de dicha solicitud de nulidad es competente en única instancia la Audiencia Provincial del lugar donde se ha dictado el laudo. Dicha acción no es suspensiva de la ejecución del laudo.

Ciertamente las causas de oposición al exequátur de un laudo extranjero y las que permiten pedir la nulidad de un laudo dictado en España son muy semejantes. Pero hay matices importantes. Por ejemplo, el artículo 41 de la Ley de Arbitraje declara nulo el laudo “si la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, no se han

ajustado a esta ley”. El artículo V del Convenio de Nueva York no habla de las normas imperativas del lugar del arbitraje, y tampoco se llega a ello por vía del orden público, pues éste es el internacional, mucho más restringido que el interno. Una consecuencia concreta es que, como el artículo 12 de la Ley de Arbitraje impone un número impar de árbitros, no se puede celebrar un arbitraje internacional en España si las partes desean que haya dos o cuatro árbitros; pero que haya sido dictado por un número par de árbitros no será óbice para el reconocimiento en España de un laudo extranjero.

Cabe preguntarse la suerte de un convenio arbitral en el que se hubiera pactado expresamente para la eventual acción de nulidad una atribución de competencia a un tribunal de país distinto de aquel en que se ha dictado el laudo. La Ley de Enjuiciamiento Civil atribuye eficacia a las cláusulas de sumisión expresa⁽¹⁸⁾, en materia de competencia territorial. Y la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye competencia a los juzgados y tribunales españoles cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a los mismos⁽¹⁹⁾. Cláusula de prórroga de competencia cuya validez también deriva, si una de las partes está domiciliada en un territorio de la Unión Europea, del artículo 23 del Reglamento N° 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000. Aunque no haya ningún precedente jurisprudencial conocido, parece, en principio, que debería aceptarse la validez de tal pacto: se podría objetar que un recurso procesal no es disponible, pero eso sería olvidar que las partes pueden localizar el arbitraje donde lo desean y que, al pactar tal cláusula, lo están localizando de hecho en un país distinto de aquél en el que se va a dictar el laudo. Sin embargo, plantearía interrogantes la aplicación del artículo V.1. del Convenio de Nueva York, que permite la no ejecución de un laudo cuando ha sido anulado o suspendido por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictado.

Quizá hubiera sido preferible no considerar laudos españoles a todos los dictados en España, sino a los dictados aplicando a su procedimiento la ley española: no olvidemos que el artículo I del Convenio de Nueva York prevé que se acojan al mismo no sólo los laudos dictados

(18) Artículo 54 y siguiente.

(19) Artículo 22.

en un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento, sino también a los laudos que no se consideran nacionales en este último Estado.

Poco importa, naturalmente, que la decisión arbitral extranjera sea puramente declarativa y no condenatoria. Lo proclama claramente un auto del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 1998⁽²⁰⁾ concediendo el *exequátur* a un laudo dictado por la Cámara Arbitral de París:

Esta Sala, en línea con la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, ha venido declarando con reiteración que el procedimiento encaminado a la concesión del *exequátur* de una decisión extranjera es meramente homologador, y tiene por objeto verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos por las normas, generalmente de naturaleza procesal, sin que el órgano jurisdiccional a quien se encomienda esta función pueda revisar el fondo del asunto decidido por la resolución por reconocer más allá de lo que imponga el control del respeto del orden público o, tratándose de laudos extranjeros, de lo que le faculte el artículo V del Convenio de Nueva York de 1958, cuando resulte aplicable. Así las cosas, no cabe confundir este cauce procedimental, al que pone término una resolución meramente declarativa del reconocimiento de los efectos de la sentencia y de su ejecutoriedad, en su caso, en España, con los propios actos de ejecución, que corresponde, una vez obtenida aquélla, al Juez de Primera Instancia del partido en que esté domiciliado el condenado en la sentencia o de aquel en que deba ejecutarse; a esta Sala corresponde homologar los efectos que produzca la resolución arbitral extranjera, en función de sus propios pronunciamientos, ya sean meramente declarativos, ya de condena, de suerte que serán esos efectos los que pasarán al orden interno con el contenido y extensión de que gozan conforme al ordenamiento con arreglo al cual se ha dictado la resolución, y sin más limitaciones que las impuestas por la adecuación al

(20) Recurso 1002/1997, EDJ 1198/41024.

orden público; y a los órganos de primera instancia incumbirá llevar a efecto las disposiciones de la sentencia arbitral en esos estrictos términos, si es que contiene algún pronunciamiento susceptible de ejecución, pero sin que deba constituir un obstáculo al *exequátur* el hecho de que sus efectos, en el aspecto material, se agoten en los meramente declarativos, pues en tal caso serán éstos los que, tras ser reconocidos en esta sede, podrá hacer valer la parte promovente de la forma que resulte más conveniente a sus intereses, en conjunción con los efectos de carácter estrictamente procesal –principalmente el de cosa juzgada– que se deriven de ella, y que se proyectarían sobre aquellos.

5. CONVENIOS INTERNACIONALES APLICABLES AL EXEQUÁTUR

España había ratificado por Real Decreto Ley de 6 de mayo de 1926 el Protocolo de Ginebra de 24 de septiembre de 1923 y también el 15 de enero de 1930 el Convenio de Ginebra de 26 de septiembre de 1927, que aseguraban el reconocimiento de los laudos arbitrales extranjeros.

Ambos quedaron sin efecto el 10 de agosto de 1977 cuando entró en vigor en España el Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958. Hay que precisar que España no hizo uso de la facultad de limitar la aplicación de este Convenio a los laudos procedentes de otro Estado contratante ni tampoco de la que permite excluir del ámbito del Convenio los litigios que no sean considerados comerciales por el derecho interno.

Igualmente ha ratificado el 12 de mayo de 1975 el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional firmado en Ginebra el 21 de abril de 1961. A pesar de lo que afirman algunos autores, este Convenio es de gran interés en materia de exequátur. Recordemos, por ejemplo, que el artículo V.1. del Convenio de Nueva York permite no reconocer un laudo cuando ha sido anulado por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictado. En virtud del artículo IX.1 del Convenio de Ginebra, el laudo anulado en su país de origen puede ser ejecutado en los demás países si la causa de anulación no es una de las siguientes:

- a) Las partes en el acuerdo o compromiso arbitral estaban, con sujeción a la ley a ellas aplicable, afectadas de una incapacidad de obrar, o dicho acuerdo o compromiso no era válido con arreglo a la ley a la cual lo sometieron las partes o, en caso de no haber indicación al respecto, conforme a la ley del país en donde se dictó el laudo; o
- b) la parte que pide la anulación del laudo no había sido informada debidamente sobre el nombramiento del árbitro o sobre el desarrollo del procedimiento arbitral, o le había sido imposible, por cualquier otra causa, hacer valer sus alegaciones o recursos; o
- c) el laudo se refiere a una controversia no prevista en el compromiso arbitral o no incluida dentro de lo establecido en la cláusula compromisoria; o contiene decisiones sobre materias que sobrepasen los términos del compromiso arbitral o de la cláusula compromisoria, entendiéndose, empero, que si las resoluciones del laudo que versen sobre cuestiones sometidas al arbitraje puedan ser separadas o disociadas de aquellas otras resoluciones concernientes a materias no sometidas al arbitraje, las primeras podrán no ser anuladas; o
- d) la constitución o composición del tribunal de árbitros o el procedimiento arbitral no se ha ajustado al acuerdo o compromiso entre las partes o, no habiendo existido tal acuerdo o compromiso, a lo establecido en el artículo IV del presente Convenio.

Por lo tanto, si un laudo es anulado en su país de origen por motivos derivados de la legislación interna no coincidentes con los anteriores (por ejemplo, porque no ha sido protocolizado ante Notario), esa anulación le impide invocar el Convenio de Nueva York para ser reconocido en los demás países, pero sí que puede ser reconocido en virtud del Convenio Europeo de Ginebra cuando éste es aplicable.

Además de estos dos Convenios, en casos específicos se pueden invocar otros firmados por España. Por ejemplo, el Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965 sobre inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados. El de Berna de 9 de mayo de 1980 sobre transportes internacionales por ferrocarril. O los bilaterales sobre reconocimiento

y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales como son el firmado con Suiza al 19 de noviembre de 1896; con Francia el 28 de mayo de 1969; con Italia el 22 de mayo de 1973; con Checoslovaquia el 4 de mayo de 1987; con México el 17 de abril de 1989; con Brasil el 13 de abril de 1989; con China el 2 de mayo de 1992; con Bulgaria el 23 de mayo de 1993; con Marruecos el 30 de mayo de 1997; con Uruguay el 4 de noviembre de 1987, ratificado el 16 de octubre de 1997.

El Tribunal Supremo aplica, sin embargo, el Convenio de Nueva York preferentemente a los bilaterales citados, por las razones indicadas en el Auto de 17 de junio de 2003⁽²¹⁾ por el que concede el *exequátur* a un laudo dictado por un Tribunal Arbitral designado por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional:

En la resolución del presente *exequátur* se ha de estar a los términos del Convenio de Nueva York de reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales, de 10 de junio de 1958. Resulta preferible este Convenio al celebrado entre España y Francia sobre reconocimiento y ejecución de decisiones arbitrales y actas auténticas en materia civil y mercantil, de 28 de mayo de 1969, que sería aplicable también a la vista de sus artículos I, II y XVII, pues aunque éste es de fecha posterior a la de aquél, su artículo XIX dispone que no afectará a otros convenios sobre materias especiales suscritos o que puedan suscribir las partes regulando el reconocimiento y la ejecución de decisiones, previsión normativa que ha de completarse con el principio de eficacia máxima inherente a este tipo de normas convencionales y que, en casos como el presente, conduce a la preferencia del Convenio de Nueva York.

Aunque algunos de estos convenios internacionales se apliquen tanto a los laudos como a las decisiones judiciales, el Tribunal Supremo recuerda por Sentencia de 9 de octubre de 2003⁽²²⁾ que hay que solicitar

(21) Recurso 1409/2001, EDJ 2003/49408.

(22) N° 951/2003, recurso 3390/2000, EDJ 2003/11043.

el *exequátur* del laudo arbitral y no de las decisiones judiciales que hayan podido confirmarlo. Casa por ello una decisión de apelación confirmatoria del Auto de un Juez de Primera Instancia que había reconocido una sentencia dictada por la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Federal de Suiza que desestimó los recursos de anulación interpuestos contra un laudo dictado en Ginebra por un Tribunal designado por la Corte de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio. El *exequátur* se había solicitado invocando el Convenio de Lugano.

Es evidente que el interés real contenido en la pretensión deducida era la ejecución del laudo arbitral. Sin embargo, se ha solicitado la ejecución de la sentencia dictada por el Tribunal Federal Suizo al amparo del Convenio de Lugano. Todo ello supone que a través de un procedimiento inadecuado se ha confirmado y aprobado por parte de la Audiencia Provincial de Madrid la ejecución de un laudo.

Ello implica, según el Tribunal Supremo la violación del propio Convenio de Lugano, ya que éste excluye expresamente el arbitraje de su ámbito de aplicación. Tampoco se han respetado los trámites procesales previstos por el Convenio hispano-suizo. Y si se hubiese invocado el Convenio de Nueva York, la competencia hubiera correspondido en aquel entonces al Tribunal Supremo.

6. CONTROL DEL LAUDO EXTRANJERO EN EL PROCEDIMIENTO DE EXEQUÁTUR

En primer lugar es menester indicar que el artículo 46.2 de la Ley de Arbitraje dispone taxativa y lacónicamente lo siguiente:

El *exequátur* de laudos extranjeros se regirá por el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión.

Resultan por ello de particular importancia los artículos IV y V de dicho Convenio, que son los que aplica generalmente el juez español para pronunciarse sobre el exequátur⁽²³⁾.

(23) Recordemos que dichos artículos disponen:

Artículo IV.

1. Para obtener el reconocimiento y la ejecución previstos en el artículo anterior, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución deberá presentar, junto con la demanda:

- a. El original debidamente autenticado de la sentencia o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad.
- b. El original del acuerdo a que se refiere el artículo II o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad.

2. Si esa sentencia o ese acuerdo no estuvieran en un idioma oficial del país en que se invoca la sentencia, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución de esta última deberá presentar una traducción a ese idioma de dichos documentos. La traducción deberá ser certificada por un traductor oficial o un traductor jurado, o por un agente diplomático o consular.

Artículo V.

1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

- a. 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 o que dicho Acuerdo no es 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 se haya dictado la sentencia; o
- b. que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral 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; o
- c. que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren 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; o
- d. que la constitución del Tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la Constitución del Tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la Ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; o

Analizaremos a continuación la jurisprudencia del Tribunal Supremo cuando era competente para pronunciarse sobre las solicitudes de exequátur. Ciertamente ya no conoce de estos temas desde 2004, pero, por una parte, los criterios por él establecidos deben ser aplicados por los Juzgados cuando les sometan estos temas y, por otra parte, todavía no existe una jurisprudencia conocida de los Juzgados y de las Audiencias sobre esta materia.

La nacionalidad del laudo no importa, a no ser que se invoque para el exequátur un tratado distinto del Convenio de Nueva York de 1958, puesto que, como hemos visto, España no ha formulado ninguna reserva en este sentido cuando ratificó este Convenio. Lo recuerda el Tribunal Supremo en una de sus últimas decisiones en materia de exequátur, un Auto de 31 de mayo de 2005⁽²⁴⁾.

El examen de la concurrencia de los presupuestos a los que se subordina la declaración de reconocimiento y de ejecutoriedad del laudo dictado con fecha 8 de junio de 2003 por el árbitro designado por la institución arbitral de la Asociación Americana de Márketing de Películas (AFMA) ha de hacerse a la luz de las disposiciones contenidas en el Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de 10 de junio de 1958, al que España se adhirió mediante instrumento de fecha 12 de mayo de 1977, y que fue publicado en el Boletín Oficial del Estado el 11 de julio de 1977; norma supranacional que presenta eficacia universal, toda vez que

-
- e. que la sentencia no es aun obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya Ley, ha sido dictada esa sentencia.
 - 2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba:
 - a. que, según la Ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o
 - b. que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país.

(24) Recurso 743/2003, EDJ 2005/101333.

España no hizo uso de la facultad prevista en el apartado tercero de su artículo primero de someter al régimen de reciprocidad el reconocimiento de las resoluciones arbitrales extranjeras efectuado conforme a sus normas.

Sí que controla el Tribunal Supremo que se acompañan los documentos previstos en los apartados 1 y 2 del artículo IV del Convenio, a saber, el laudo y el convenio arbitral, ambos debidamente autenticados y traducidos si no estuvieran redactados en idioma oficial de España. El Convenio dice a este respecto que “la traducción deberá ser certificada por un traductor oficial o un traductor jurado, o por un agente diplomático o consular”. Tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, basta con una simple traducción privada, a no ser que la otra parte la impugne. Dado su artículo III, que impide que para el reconocimiento de los laudos se impongan condiciones más rigurosas que las de las aplicables a las sentencias arbitrales nacionales, no parece que el Convenio impida la traducción privada.

Controla el Tribunal Supremo a petición de parte los motivos para denegar el arbitraje previsto en el artículo V.1 del Convenio de Nueva York y de oficio los previstos en el artículo V.2, todo ello naturalmente además de los documentos requeridos por el artículo IV. Lo proclama claramente en un auto de 29 de mayo de 2001⁽²⁵⁾, en el que concede el exequátur a un laudo dictado el 27 de mayo de 1998 por el Tribunal Arbitral de Comercio Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa:

No habiendo comparecido la parte contra la que se dirige el exequátur en ese procedimiento y, por lo tanto, no habiendo alegado causa de oposición al reconocimiento, el control de la Sala ha de limitarse al cumplimiento de los requisitos a los que se refiere el artículo IV de la norma convencional, sin que pueda alcanzar a la verificación de oficio de las causas de oposición que recoge el artículo V.1, que exigen previa denuncia y prueba de su concurrencia. Por otra

(25) Recurso 25/2000, EDJ 2001/32582.

parte, no se aprecia motivo alguno que, con arreglo al artículo V.2 de la norma convencional, impida el reconocimiento.

Evidentemente, no cabe abordar en el procedimiento de exequátur la disconformidad de una parte con el fallo adoptado. Un auto de 29 de septiembre de 1998⁽²⁶⁾ lo ilustra al conceder el exequátur a un laudo de la Cámara Arbitral de París (que, por cierto, el Tribunal Supremo confunde con la Cámara de Comercio Internacional, probablemente porque la sede de ésta radica también en París) entre una firma marroquí y una sociedad española:

Resta por examinar la “irrazonabilidad de la sentencia arbitral”, causa de oposición en que la demandada pone de manifiesto su disconformidad con el fallo arbitral, afirmando el exceso cometido por el Tribunal Arbitral en la interpretación del contrato litigioso y en la declaración de incumplimiento contractual. El argumento expuesto debe rechazarse y obliga a recordar, en primer término, la naturaleza estrictamente procesal de este procedimiento, encaminado al desarrollo de una función meramente homologadora de los efectos de la decisión por reconocer, sin que esté permitido en su seno –tal y como parece entender la mercantil oponente– la revisión del fondo del asunto más que en la medida indispensable para asegurar el respeto a los principios esenciales de nuestro ordenamiento que conforman el concepto de orden público en sentido internacional, criterio éste consagrado por el Tribunal Constitucional. Y, en fin, la misma doctrina constitucional añade que el examen de los requisitos estatuidos por el ordenamiento del foro para la declaración de ejecutoriedad de las resoluciones extranjeras, la homologación del cumplimiento de tales requisitos y la interpretación de las normas que los establecen son cuestiones de legalidad ordinaria y función jurisdiccional estricta que incumbe a este Tribunal y singularmente a esta 1ª Sala.

(26) Recurso 2770/1997, EDJ 1998/41028.

Tampoco se pueden invocar problemas procesales extranjeros en la medida en que no hayan causado indefensión contraria al orden público español. En auto de 9 de junio de 1998⁽²⁷⁾, que concede el exequátur a tres laudos ingleses, el Tribunal Supremo se opone a la excepción de litisconsorcio pasivo necesario invocada por la oponente al exequátur:

La oponente tuvo la oportunidad de exponer los argumentos que ahora se quieren hacer valer, recibiendo cumplida respuesta del órgano arbitral tanto sobre la responsabilidad de quienes la asumían en aquellos acuerdos, como sobre la consecuente racionalidad del arreglo alcanzado, ya en su oportunidad, ya en la cifra de la indemnización, intereses y costas judiciales de las que se hacía cargo la demandante de exequátur.

También se opone dicho auto al argumento de que la denegación de la posibilidad de apelar hecha sin motivación alguna por el Tribunal británico es contraria al orden público español:

La segunda causa de oposición debe examinarse también bajo los mismos parámetros delimitadores del orden público, en su sentido internacional. La cuestión se sitúa ahora en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que, al decir de la demandada, le ha causado la inadmisión inmotivada del recurso de apelación intentado contra el laudo. Para determinar si se ha transgredido o no el orden público del foro con la más que parca –justo es reconocerlo– decisión del Tribunal británico, se debe tener en cuenta que (...) no puede encontrarse en la Constitución ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos determinados recursos (...) por lo que se debe concluir que no cabe entender que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial cuando la *ratio* de la decisión se encuentra en las propias facultades que el ordenamiento procesal aplicable confiere al órgano jurisdiccional.

(27) Recurso 1896/1997, EDJ 1998/41015.

Cuando se invoca un derecho extranjero, su contenido se puede probar por un certificado de vigencia de ley emitido por dos jurisconsultos versados en dicho derecho. El 13 de noviembre de 2001⁽²⁸⁾ tuvo ocasión de recordarlo el Tribunal Supremo, cuando una firma española se oponía a la validez del acuerdo de arbitraje invocando la ley checa:

La oponente al exequátur ha acreditado suficientemente tanto el contenido de la norma que invoca como su vigencia al tiempo en que se produjeron los hechos que motivaron la disputa, y, en fin, su aplicabilidad al caso por encima de las disposiciones normativas vigentes en la actualidad, conforme a lo dispuesto en sus normas de derecho transitorio. A tal efecto ha aportado, junto con la copia de la publicación de la referida Ley 98/1963 y su correspondiente traducción jurada, el dictamen de dos jurisconsultos del Estado de origen, emitido también con las debidas garantías, sobre tales extremos. Es la ley checa, sin duda, la aplicable para controlar la validez y eficacia del acuerdo arbitral a los efectos del exequátur del laudo extranjeros, por ser a la que las partes lo han sometido, y además resulta ser coincidente con la que determina la conexión subsidiaria que contempla el artículo V.1.a de la norma uniforme.

Lo cual, por cierto, no es óbice para que el Tribunal Supremo constataste con cierta sorna:

(...) de su lectura deriva, sin embargo, una consecuencia diversa de la que sostiene la parte opositora al reconocimiento.

7. MOTIVOS DE OPOSICIÓN AL EXEQUÁTUR

Los motivos más frecuentemente alegados para oponerse a la concesión del exequátur del laudo son la violación del orden público, la inexistencia, nulidad o no respeto de la cláusula compromisoria, la no participación en el arbitraje de la parte que ha sido condenada, la irregularidad del procedimiento arbitral, la litispendencia en España o la

⁽²⁸⁾ Recurso 2977/2000, EDJ 2001/52690.

apertura en este país de un procedimiento concursal. Siguiendo el criterio de este estudio, transcribiremos las reflexiones del Tribunal Supremo sobre estos criterios de oposición.

8. VIOLACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO

En materia internacional, como es la del exequátur de laudos extranjeros, la noción de orden público es muy limitada y se interpreta de manera restrictiva. En un Auto de 4 de marzo de 2003⁽²⁹⁾ el Tribunal Supremo indica que el hecho de que la obligación haya sido pagada no es óbice, por motivo de orden público, a la concesión del exequátur: La oponente no puede invocar que el árbitro ha condenado a una cantidad ya pagada, porque ello implicaría “una corrección en esta Sede del resultado del proceso arbitral, lo que es de todo punto imposible al resultar vedado a este Tribunal la revisión de fondo del asunto”; si, en cambio, pretende haber pagado el importe de la condena decretada por el laudo “sería precisamente en fase de ejecución de la resolución extranjera ya reconocida en donde se debería situar la excepción de pago, la cual presentaría virtualidad en el proceso de ejecución del laudo extranjero que se abriera después de obtener el exequátur y siempre que se alegara y acreditara oportunamente”. Después el Tribunal Supremo define de manera clarísima la noción de orden público internacional en derecho español:

Procede a continuación el examen de la causa de oposición relativa a la vulneración del orden público interno al entender la demandada que la resolución cuyo reconocimiento se pide no es ejecutable al resultar de una obligación que ha sido ya pagada. La causa de oposición ha de encuadrarse en el artículo V.2.b del Convenio de Nueva York y ha de resultar rechazada con base en la naturaleza meramente homologadora de este procedimiento y que resulta desconocida por la oponente. Al respecto se ha de indicar que esta Sala ha declarado con reiteración, como ya hiciese el Tribunal Constitucional en su ámbito de competencias, que

(29) Recurso 2065/2001, EDJ 2003/70636.

el procedimiento de exequátur tiene una naturaleza meramente homologadora en la medida en que con él se obtiene una resolución declarativa de la eficacia de la decisión extranjera en España, en principio con el alcance y contenido propio de los efectos que el ordenamiento de origen dispensa a dicha decisión, que de este modo pueden hacerse valer en España con dicha extensión, alcance y contenido, sin más correcciones que las impuestas por el respeto al orden público del foro.

Dicha naturaleza impide, ante todo, el examen del fondo del asunto, también sin otra excepción que la que representa la salvaguardia del orden público del foro, debiendo precisarse que el Tribunal Constitucional ha precisado que el concepto de orden público del foro, como límite al reconocimiento y ejecución de las decisiones extranjeras, ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución de 1978, en el que, sin discusión, penetra el conjunto de principios que inspiran nuestro ordenamiento constitucional y entre ellos, muy especialmente, los derechos fundamentales y libertades públicas, adquiriendo así un contenido peculiar impregnado por las exigencias de la Constitución y, en particular, por las exigencias que impone el artículo 24⁽³⁰⁾, de tal forma que, en el plano internacional, tal concepto se identifica, esencialmente, con los derechos y garantías constitucionalmente consagradas en relación con

⁽³⁰⁾ El artículo 24 de la Constitución dispone:

1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.
2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

la proscripción de la indefensión impuesta por el artículo 24.2 de la Constitución española, que ha de ser material, real y efectiva, no meramente formal, siendo relevante tan sólo aquella en la que la parte se ve privada injustificadamente de la oportunidad de defender su respectiva posición procesal, acarreándole tal irregularidad un efectivo menoscabo de sus derechos e intereses, integrándose la interpretación del Tribunal Constitucional, de forma mediata y en la medida que resulta aplicable al arbitraje, por la efectuada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto del artículo 6 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, el cual, junto con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, se erige en canon hermenéutico integrador del contenido de los derechos fundamentales y libertades públicas, conforme establece el artículo 10.2 de la Constitución Española⁽³¹⁾.

Habría, sin embargo, que matizar el alcance de la afirmación del Auto según la cual el concepto de orden público en el plano internacional “se identifica, esencialmente, con los derechos y garantías constitucionalmente consagradas en relación con la proscripción de la indefensión”. Ciertamente es así en materia procesal, pero no olvidemos que, aunque muy excepcionales, hay otras exigencias del orden público, incluso internacional: por ejemplo, la existencia de una decisión española con valor de cosa juzgada.

9. PROBLEMAS DERIVADOS DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA

Evidentemente cuando no se prueba la existencia de un acuerdo de las partes para someter una diferencia a arbitraje, el Tribunal Supremo deniega el exequátur del laudo. Por ejemplo, un Auto de 4 de mayo de 1999⁽³²⁾ rechaza el reconocimiento de un laudo dictado según el

⁽³¹⁾ El artículo 10.2 de la Constitución Española dice: Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

⁽³²⁾ Recurso 2199/1998, EDJ 1999/19219.

procedimiento de la Asociación de Comercio de Grano y Semillas (GAFTA) porque:

La parte solicitante no ha conseguido aportar el documento en donde se recoge el acuerdo arbitral en la forma descrita en el artículo II.2 del Convenio, pues únicamente ha aportado una copia de un contrato de venta en la que si bien figura una cláusula relativa a las normas comerciales GAFTA N° 125, sin embargo no aparece firmada por la parte demandada en el presente procedimiento de exequátur, sino sólo por la parte actora, siendo relevante el dato de que en los contratos originales aportados por aquélla tampoco aparezca estampada su firma, y sin que, por el contrario, tenga virtualidad el hecho de que en la confirmación de venta remitida vía fax por el intermediario aparezca cubierto a bolígrafo azul el espacio referido a “otras condiciones habituales”, pues la mención a aquellas normas comerciales bien se pudiera haber incluido con posterioridad a su remisión y unilateralmente, como tampoco debe dársela al telefax remitido por la entidad mediadora a la actora en el que se señala que “las reglas comerciales aplicables son GAFTA 24/86/125, según un contrato acordado por ambas partes y recapitulado en su contrato de venta”, pues es de fecha bastante posterior al referido contrato y no queda constancia de que, en todo caso, dicha indicación deba referirse al específico vínculo contractual en cuyo cumplimiento se generó el arbitraje.

Por auto de 31 de marzo de 1998⁽³³⁾, el Tribunal Supremo concede el exequátur a un laudo del Tribunal Arbitral Internacional para frutas y verduras de Estrasburgo, a pesar de la inexistencia del acuerdo arbitral escrito y de que la demandante no presentaba, pues, la prueba del mismo conforme a lo previsto por el Convenio de Nueva York:

Esta Sala, consciente de que se mantiene cierta polémica doctrinal en torno al alcance que deba tener el presupuesto

⁽³³⁾ Recurso 524/1997, EDJ 1998/40994.

establecido en el artículo IV, en relación con el artículo II del Convenio de Nueva York, se ha esforzado en extraer de ellos, en obligada sistematización con los preceptos del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961, un criterio hermenéutico que permita adivinar cuándo se produce la concurrencia del acuerdo por escrito a que se refieren las citadas normas, y así, sin dar eficacia al silencio o inactividad de la parte en el contrato ante una oferta que contenga –directa o indirectamente– la cláusula compromisoria, se ha orientado la línea interpretativa en el sentido de buscar la voluntad de las partes de incluir en el contenido del contrato la indicada cláusula de compromiso o, en general, de someter la cuestión litigiosa a arbitraje, en el conjunto de las comunicaciones mantenidas y actuaciones llevadas a cabo entre una y otra parte de la relación negocial.

En este asunto, el Tribunal Supremo constata que “no puede, ciertamente, sostenerse sin ningún género de dudas que en el ánimo de las partes se encontraba la decidida e incontestable voluntad de incluir en los términos del contrato la cláusula sumisoria contenida en las reglas Cofreurop a las que se remiten las ofertas firmadas por la mercantil demandante”. Sin embargo concede el exequátur declarando que la comparecencia ante el árbitro sin formular reservas equivale a la firma de un convenio de arbitraje:

A los efectos de la verificación del presupuesto establecido en el artículo IV de la norma convencional, no puede desconocerse el comportamiento seguido por la sociedad ahora oponente en el curso del procedimiento arbitral. Y así de dichos actos se debe concluir afirmado el conocimiento y aceptación de la sumisión a arbitraje por la demandada, pues del propio tenor literal del laudo arbitral se desprende la conformidad de la demandada con el arbitraje planteado al hacerse constar en aquél que, preguntada ésta por la aceptación de la competencia escogida, declaró “aceptar y no tener nada que objetar en cuanto a la aplicación de las disposiciones Cofreurop al contrato en cuestión, ni en cuanto a la competencia de este Tribunal”.

No hace falta, según el Tribunal Supremo, ninguna fórmula sacramental para constatar la voluntad de las partes de someterse a arbitraje. Un auto de 13 de noviembre de 2002⁽³⁴⁾ concede el exequátur a pesar de que la firma condenada en el laudo afirmaba reiteradamente la inexistencia de la cláusula de arbitraje, ya que una de las dos confirmaciones en cuyo dorso figuraban no fue firmada por ella:

Las dudas surgen, por tanto, respecto de este segundo documento. Ahora bien, del conjunto de los que se han aportado al proceso, y que reflejan el intercambio de comunicaciones entre las partes –a través del intermediario, en ocasiones– con motivo de la celebración y ejecución de los sucesivos acuerdos sobre el suministro de mercancías, puede razonablemente inferirse su voluntad de someter las disputas surgidas en el desarrollo de las relaciones negociales al juicio de árbitros. Ante todo, no ha de perderse de vista que, tal y como la propia parte oponente afirma, los diversos suministros de mercancía se enmarcaban dentro de un contrato más amplio, que tenía por objeto la concesión a ésta de la exclusiva para comercializar en el mercado de Taiwán los productos que la actora se encargaba de distribuir. En el marco de este contrato se celebraron los sucesivos contratos particulares mediante los que aquélla solicitaba a ésta los correspondientes pedidos de mercancía. La documentación aportada es suficientemente reveladora de que los sucesivos suministros se encontraban sujetos a unas mismas condiciones generales, entre las que se incluía una cláusula sobre ley aplicable y sumisión a arbitraje. Esta cláusula arbitral aparecía redactada en las condiciones generales de contratación, ajustadas a las reglas Incoterms 1980 que se recogían al dorso de las confirmaciones de pedido cursadas por la actora a la aquí oponente, y se plasmaba asimismo en letras rojas en el anverso de dicho documento, al pie del mismo, encima del lugar destinado a recoger las firmas de las partes en el contrato. Igualmente se incluía

⁽³⁴⁾ Recurso 2977/2000, EDJ 2001/52690.

entre las condiciones generales del contrato consignadas en el reverso de las distintas facturas expedidas con motivo de cada entrega de mercancías, y que la demandante se cuidó de hacer llegar a la parte destinataria, cuya recepción ésta no niega. A los efectos del requisito del artículo IV.1.b de la norma uniforme, se ha satisfecho razonablemente, pues, la exigencia de proporcionar la certeza de que las partes convinieron la sumisión a arbitraje para dirimir los conflictos surgidos en la relación negocial, y que dicho acuerdo, no sujeto a una especial formalidad –según se desprende del artículo II.2 del Convenio– se perfeccionó y vinculó a las partes en los diversos suministros de mercancía causantes de la disputa. La parte frente a la que se pide el exequátur se limita a sostener que no aceptó el correspondiente pedido efectuado bajo el número de identificación 7005/93/7686 –precisamente aquel cuya confirmación no aparece firmada por ella–, y, consecuentemente, que no aceptó el contrato ni, por ende, la cláusula de arbitraje; sin embargo, ningún documento avala este rechazo. Antes bien, los obrantes en autos permiten llegar a la conclusión contraria y que prestó su consentimiento al contrato y, con él, al acuerdo arbitral, y pretendió después desvincularse de él ante lo que, según expone, resultó ser un claro incumplimiento por la actora de los compromisos asumidos respecto del contrato de comercialización en exclusiva celebrado con ella.

Por Auto de 31 de mayo de 2005⁽³⁵⁾, al que ya se ha hecho referencia anteriormente, el Tribunal Supremo se pronuncia sobre un contrato de arrendamiento de película en el que una de sus estipulaciones indica que el contrato incluye e incorpora las Condiciones Estándar, entre las cuales se halla la relativa a la sumisión a arbitraje en Los Ángeles, según las normas y procedimientos de la American Film Marketing Association (AFMA). Recuerda que lo importante es aportar la prueba de la voluntad concorde de las partes de someter las disputas al juicio de árbitros:

⁽³⁵⁾ Recurso 743/2003, EDJ 2005/101333.

La constancia de semejante voluntad la ofrece aquí la documentación aportada, a lo que no empece que venga de la mano de una estipulación *per relationem*, cuando la incorporación al contrato de las condiciones generales entre las que se encuentra la cláusula de arbitraje, como un anexo al mismo, quedaba expresamente prevista, y sobre cuyo contenido se proyecta también la voluntad exteriorizada por los firmantes del contrato, relegándose la cuestión de la eficacia de la cláusula sumisoria pactada de este modo al análisis de los restantes presupuestos del reconocimiento, ya sujetos a la alegación y prueba de la parte que se opone al mismo, ya verificables de oficio.

En este caso, la oponente al exequátur pedía también al Supremo la declaración de que las condiciones generales, al no haber sido negociadas, sino impuestas unilateralmente por la actora, eran abusivas por someter los conflictos surgidos en torno al contrato a un arbitraje institucional administrado por una asociación representativa de los intereses de los productores cinematográficos, entre los que se encuentra la demandante. Dice el Auto sobre este punto:

El hecho de que la cláusula de sumisión a arbitraje venga contenida en una estipulación incluida en un conjunto de condiciones generales, a las que se remite en bloque el contrato suscrito por las partes, y del que pasó a formar parte como un anexo al mismo, no es bastante para considerarla ineficaz con fundamento en la existencia de un desequilibrio negocial y en la necesidad de evitar el abuso de la posición de dominio que se predica de la solicitante, toda vez que es harto difícil apreciar en la demandada situación de inferioridad frente a la demandante cuando, por un lado, no puede reconocérsele la condición de consumidor en el sentido que atribuye al concepto la normativa comunitaria y la legislación interna, cuya protección sea precisa por imperativos de orden público en la medida en que los intereses de éstos hayan pasado a nutrir el concepto de orden público en el indicado sentido internacional, tratándose como se trata de dos sociedades mercantiles en las que, por ende, no cabe

apreciar desequilibrio en lo que concierne a su posición en el mercado, y, en consecuencia, en lo que atañe a su posición contractual, que el que se deriva de la mera afirmación de la que se opone al reconocimiento; y cuando, por otro lado, es práctica comúnmente aceptada en el comercio internacional el recurso de acudir al empleo de condiciones generales que facilitan la contratación y que recogen los usos y prácticas comerciales habitualmente utilizadas en el tráfico.

El Tribunal Supremo concede el exequátur por auto de 24 de noviembre de 1998⁽³⁶⁾ a un laudo arbitral dictado en Londres por la Asociación Comercial de Cereales y Piensos, siendo así que la oponente a su reconocimiento invocaba que la relación comercial tuvo lugar con otra sociedad distinta de ella y que además no se aportaba la prueba escrita del contrato de arbitraje. El Tribunal Supremo rechaza la primera causa de oposición aplicando la teoría del levantamiento del velo:

La Sala no puede dejar de tener en cuenta que, según consta acreditado en autos, las dos sociedades en cuestión tuvieron el mismo Administrador único, el mismo domicilio social e, incluso, un objeto social coincidente en gran medida, circunstancias éstas que permiten llegar al convencimiento de que una de las sociedades, sin duda participada por la otra, constituía la entidad instrumental de ésta en las operaciones comerciales, como es usual en el tráfico mercantil; y ciertamente, así las cosas, tanto la equidad como la buena fe aconsejan penetrar en el *substratum* de las sociedades con el fin de evitar que, al socaire de su forma legal y propia personalidad jurídica, se puedan perjudicar intereses públicos o privados o bien ser utilizada como camino del fraude, en daño ajeno o de los derechos de los demás.

En cuanto a la segunda causa de oposición, es decir, la no aportación del original del acuerdo a que se refiere el artículo II del Convenio de Nueva York, la Sala recuerda su criterio de búsqueda de la voluntad

⁽³⁶⁾ Recurso 3079/1996, EDJ 1998/41037.

real de las partes de incluir el convenio de arbitraje en el contrato refiriéndose especialmente para ello a los usos mercantiles del comercio internacional:

En autos queda acreditado que la coagente en España de la demandante actuó, en colaboración con la sociedad P, como intermediario, mediador o comisionista en la operación mercantil, y en tal condición, y siguiendo las indicaciones de la sociedad demandada, dirigieron una oferta de compra a la demandante entre cuyas condiciones se incluían las demás recogidas en el Contrato Standard Peruano que, a su vez, incluía la cláusula sumisoria a arbitraje “Asociación Comercial de Piensos y Cereales”; en tales términos se remitió a la mercantil actora el telefax de fecha 5 de febrero de 1993, en donde se recogían, a modo de recapitulación, las estipulaciones del contrato con dicha referencia al contrato Standard Peruano, práctica, por demás, común conforme a los usos mercantiles que rigen la contratación internacional, como asimismo ponen de relieve las citadas sociedades de mediación en sus informes ratificados por sus respectivos Consejos de Administración. La Sala considera, por lo tanto, que de dicha documentación, unida a la que pone de relieve la existencia de actos propios de ejecución del contrato en los términos previstos en las señaladas comunicaciones, puede cabalmente afirmarse que entre las partes medió la voluntad de someter sus disputas a arbitraje y, consecuentemente, que la parte actora ha dado cumplimiento al requisito establecido por el artículo IV del Convenio, en la interpretación que merece según los términos de su artículo II.

Sin embargo, un auto de 29 de septiembre de 1998⁽³⁷⁾ fija las exigencias mínimas de prueba del convenio arbitral al denegar el exequátur a un laudo dictado por la Cámara Arbitral de París:

Es en la verificación del cumplimiento del requisito impuesto por el artículo IV.1.b del Convenio en donde radica el

⁽³⁷⁾ Recurso 2994/1997, EDJ 1998/41026.

obstáculo al reconocimiento pretendido; y es que la parte solicitante, pese a los reiterados requerimientos de esta Sala, no ha conseguido aportar el documento o documentos en donde se recoge el acuerdo arbitral en la forma descrita en el artículo II.2 de la misma convención, pues únicamente ha acompañado a su demanda unas confirmaciones de venta emitidas por una sociedad de mediación en las que si bien figura una cláusula relativa a la sumisión de los litigios a la Cámara de Arbitraje de París, no están, sin embargo, firmadas por ninguno de los contratantes, sino únicamente selladas con el cuño de la sociedad, presumiblemente también mediadora, lo que no permite, sin embargo, sostener sin ambages que en semejante relación contractual se incluyera la cláusula compromisoria que motivó el procedimiento arbitral ni que ésta, en su caso, vinculara al demandado, pues entre la documentación aportada ni se acompaña documento alguno justificativo de la existencia de un contrato de comisión, mandato, agencia, corretaje o similar que determine las relaciones habituales entre demandada y demandante, ni se ha acreditado la existencia de una orden dada por aquélla a ésta que reflejara una voluntad clara y manifiesta de comprometerse y contratar en los términos recogidos en la confirmación de 30 de junio de 1993, como tampoco la recepción –ni fecha de la misma– por la demandada de la confirmación de venta antedicha; circunstancias todas ellas que no permiten tener por probado de manera directa ni inferir de forma indubitada que la voluntad de las partes fue la de incluir en el contenido de sus relaciones el compromiso de someter los litigios que surgieran al juicio de determinados árbitros.

Y lo que está claro para el Tribunal Supremo es que el silencio no basta para presumir la existencia de la cláusula compromisoria, y ello lleva al Auto de 7 de julio de 1998⁽³⁸⁾ a denegar el exequátur a un laudo de la Cámara Arbitral de París. La alta jurisdicción, tras recordar su

⁽³⁸⁾ Recurso 1678/1997, EDJ 1998/41019.

criterio hermenéutico de búsqueda de la voluntad real de las partes de someterse a arbitraje, indica:

Como la mercantil oponente afirma, en modo alguno cabe atribuir a su silencio o inactividad tras la recepción de la repetida confirmación de venta el valor de aceptación de todas las condiciones que en ella se recogían, incluido el compromiso de acudir al arbitraje, tanto más cuanto en la misma confirmación se sujetaba la perfección del negocio en los términos que se proponían a la devolución del documento a la vendedora, como conducta en la que se había de exteriorizar la voluntad negocial de la compradora. Por tanto, se debe concluir que el solicitante no ha logrado acreditar el cumplimiento del requisito exigido por el artículo IV.1.b del Convenio.

Y tampoco basta la ejecución del contrato, como lo demuestra un Auto de 26 de mayo de 1998⁽³⁹⁾ que deniega el exequátur a un laudo de la Cámara Internacional de Arbitraje de Frutas y Verduras de Estrasburgo:

puesto que únicamente se ha acompañado a la demanda unas facturas y un certificado de encargo y nota de entrega referidas a otras mercancías, una simple fotocopia de una confirmación de pedido de fecha 10 de febrero de 1994 que contiene una mención a las condiciones Cofreurop y a la jurisdicción arbitral de Estrasburgo y a cuyo pie consta el nombre de la entidad demandante, así como una firma de contenido ilegible, una simple copia referida a una supuesta factura de devolución de mercancías y a una solicitud de costes de almacenaje, y, por último, unas fotocopias relativas a la correspondencia que se dice remitida por el letrado de la demandante a la entidad demandada; y si bien de todos ellos pudiera quedar acreditada la existencia de relaciones comerciales e, incluso, la perfección de determinado

⁽³⁹⁾ Recurso 3516/1997, EDJ 1998/41013.

negocio jurídico, en cuanto demostrativos de la realización de actos típicos de ejecución contractual (*vide* artículos 18 y 19 del Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980, en vigor entre los Estados de los que son nacionales las partes en litigio), no permiten, sin embargo, sostener sin ambages que en semejante relación contractual se incluyó la cláusula compromisoria.

Pero, aunque haya silencio, el auto de 20 de febrero de 2001⁽⁴⁰⁾ concede el exequátur a un laudo de la Cámara Arbitral de París porque el propio laudo constata la existencia de un escrito de la oponente al exequátur haciendo referencia al contrato no firmado, aunque este escrito no haya sido aportado ante el Tribunal Supremo:

Esta Sala, sin dar eficacia al silencio o inactividad de la parte en el contrato ante una oferta que contenga –directa o indirectamente– la cláusula compromisoria, ha orientado la línea interpretativa en el sentido de buscar, en el conjunto de las comunicaciones mantenidas y actuaciones llevadas a cabo entre una y otra parte de la relación negocial, la voluntad de las partes de incluir en el contenido del contrato la indicada cláusula de compromiso o, en general, de someter la cuestión litigiosa a arbitraje.

La mercantil oponente sostiene que el documento número 025/95, de fecha 30 de agosto de 1995, –que no reconoce– constituye un documento unilateral confeccionado y suscrito exclusivamente por la parte actora y por su corredor o intermediario, que, además, no recoge el contenido de los acuerdos. Ciertamente, dicho documento contiene una confirmación de venta confeccionada por el mediador o intermediario en la operación mercantil, que aparece firmada por la parte compradora, además de por los representantes de la sociedad de corretaje. En dicha confirmación de venta, entre otras condiciones específicas relativas a las características de las mercancías, calidad entrega, precio, forma de pago

⁽⁴⁰⁾ Recurso 3625/1999, EDJ 2001/3597.

y garantías, se contenía una referencia expresa a las condiciones generales del Formulario de París, número 13 FOB, y una también expresa indicación al arbitraje en París. Dicha sumisión a arbitraje constituye, por demás, el objeto de la condición número XX del formulario, que recoge una cláusula compromisoria de arbitraje en la Cámara Arbitral de París con arreglo a su Reglamento, que en la redacción del modelo del formulario las partes declaran conocer y aceptar.

Evidentemente dicho documento por sí solo no satisface el requisito exigido por el artículo IV.1.b del Convenio de Nueva York en relación con su artículo II, en la interpretación que ha merecido de esta Sala: de él no se infiere la concorde voluntad de las partes de someter las disputas sobre la eficacia y el contenido del negocio jurídico concertado entre ellas a juicio de árbitros. Ahora bien, no se puede desconocer que en los hechos del laudo por reconocer se hace referencia a un posterior acuerdo escrito entre las partes, con fecha 30 de octubre de 1995, celebrado para llevar a pleno efecto el contenido del contrato inicial, y a cuyo objeto se remitía al indicar expresamente *Objet: contrat réf. 025/95, du 30.08.95*. Este último acuerdo no ha sido aportado al procedimiento por ninguna de las partes, y sólo aparece referido como cierto en los hechos de la decisión arbitral. Sin embargo, ha de tenerse como tal en esta sede, pues la parte oponente no niega su existencia ni la remisión que hace al contrato celebrado el 30 de agosto, ni, en fin, que hubiera sido firmado y reconocido por ambas partes. Tan sólo afirma, a la vista de él, que pese a esa referencia sobre su objeto no contenía ninguna mención a arbitraje.

La conjunción del contrato de 30 de agosto con el posterior acuerdo de 30 de octubre, el contenido de ambos, y especialmente la posición que la oponente adopta respecto de este último, así como la disponibilidad de los medios de prueba, permite, pues apreciar la existencia de la concorde voluntad de las partes de someter las incidencias del contrato que les vinculaba a la Corte arbitral; pues si es usual en el comercio internacional, y más en la compraventa in-

ternacional de mercaderías, actuar a través de mediadores, corredores o intermediarios que, una vez convenidas las condiciones del contrato, facilitan a los intervinientes las correspondientes confirmaciones de compra y venta, también es usual que en ellas se haga una remisión genérica y de forma residual a las condiciones generales de contratación establecidas en formularios, pólizas o contratos tipo, cuyo contenido es de conocimiento general o accesible a las partes.

Por Sentencia de 6 de febrero de 2003⁽⁴¹⁾, el Tribunal Supremo casa la decisión de una Audiencia que había desestimado la excepción de incompetencia derivada de una cláusula compromisoria. Sienta el Supremo que la cláusula, que no requiere de ninguna fórmula sacramental, es oponible a la aseguradora:

Como declaró la Sentencia de esta Sala de 13 de octubre de 1993 (recurso núm. 464/91), la cláusula de sumisión expresa consentida por la asegurada es oponible a la aseguradora que, conforme al artículo 780 del Código de Comercio, se subrogue en su lugar en virtud del pago, pues de otro modo se produciría la consecuencia injusta de poder invocar ésta el contrato de su asegurada en lo beneficioso con inmunidad en cambio frente a lo perjudicial, debiendo por tanto distinguirse la subrogación del simple derecho a repetición contra los deudores en que la acción del asegurador es independiente de la del asegurado, pues en el caso de la subrogación la acción que ejercita el asegurador es la misma que correspondería a su asegurado.

Lo decisivo para la validez del convenio arbitral no es tanto la firma de las partes o la utilización de determinadas fórmulas como la prueba de la voluntad inequívoca de las partes contractuales de someter sus controversias a arbitraje, siendo destacable en este sentido cómo la jurisprudencia más reciente de esta Sala se pronuncia en contra de las “fórmulas sacramentales” como condicionantes de la validez de

(41) N° 64/2003, recurso 1588/1997, EDJ 2003/1554.

las cláusulas de sumisión a arbitraje y a favor, en cambio, del criterio respetuoso con la voluntad de las partes.

En los documentos contractuales del litigio causante del presente recurso se estipula, siguiendo los usos internacionales, que el conocimiento de embarque se regulará por la ley inglesa y en caso de litigio se aplicará la ley inglesa con arbitraje en Londres, por lo que no hay ninguna expresión ambigua capaz de suscitar dudas fundadas sobre la extensión del arbitraje a todas las controversias derivadas de la ejecución del contrato.

10. NO PARTICIPACIÓN EN EL ARBITRAJE

La rebeldía en el procedimiento arbitral debe haber sido involuntaria para que esta causa de indefensión pueda ser retenida contra el reconocimiento del laudo. Un Auto del Tribunal Supremo de 27 de abril de 1999⁽⁴²⁾ concede el exequátur a un laudo dictado en Róterdam, siendo así que la entidad demandada alegaba vulneración de los derechos de defensa como consecuencia de la falta de citación y emplazamiento en el pleito arbitral. Dice el Auto:

Ciertamente, en autos no consta el acuse de recibo por la demandada de las referidas comunicaciones, bien por no haberle sido devuelto a la institución arbitral, bien por no haberse enviado más que por correo ordinario; y su efectiva recepción no resulta de modo indubitado de las certificaciones de los empleados de los servicios postales neerlandeses y españoles, pues si bien de ellos se desprende la recepción por la sociedad española –a través de diversas empleadas– de misivas enviadas desde Holanda y fechadas el 10 y 30 de septiembre de 1996 y el 3 de octubre del mismo año, no queda constancia fehaciente, sin embargo, de que se tratase de las comunicaciones procesales cursadas por la entidad arbitral. No obstante, considera esta Sala que estos datos, unidos a otros que figuran en los autos, ofrecen

⁽⁴²⁾ Recurso 1185/1997, EDJ 1999/19218.

argumentos bastantes para estimar que la oponente tuvo real y efectivo conocimiento del procedimiento y de sus incidencias; y así, a la coincidencia de las fechas que se pone de relieve en los documentos y certificaciones postales se añade el hecho de que la institución arbitral cuidó de remitir vía fax las comunicaciones a la sociedad española, y la constancia –no discutida ni, menos aún, negada– de que a aquella se dirigió un despacho de abogados holandés, uno de cuyos letrados le hizo saber que la carta enviada a la firma española de fecha 10 de septiembre no fue recibida hasta el 20 de octubre siguiente.

De todas estas circunstancias puede inferirse de forma razonable que la mercantil demandada tuvo cabal conocimiento del arbitraje promovido contra ella, de manera que su ausencia en él no parece ser sino producto de su propia voluntad o conveniencia.

Tampoco es causa de denegación del exequátur la alegación, por quien no ha participado en el arbitraje, de que las notificaciones no le han sido hechas en buena y debida forma, cuando hay constancia de que ha tenido conocimiento de ellas. Afirma un Auto del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2001⁽⁴³⁾, que concede el reconocimiento a un laudo procedente del Reino Unido:

Tampoco han de tener eficacia obstativa los argumentos esgrimidos por la mercantil demandada relativos a que no se le había notificado debidamente la designación del árbitro porque ni la Autoridad que lo designó, *The Law Society*, ni el propio árbitro se dirigieron a ella en ningún momento dando cuenta de su nombramiento, del que tan sólo tuvo conocimiento a través de su Abogado en España, a quien la parte solicitante del exequátur remitió una carta poniéndole en conocimiento tal designación. La oponente añade además que los documentos remitidos carecían, en todo caso, de las formalidades exigidas para ser considerados auténticos.

⁽⁴³⁾ Recurso 693/1999, EDJ 2001/3523.

Es más que difícil apreciar en este caso la indefensión alegada cuando la propia mercantil demandada expresamente reconoce haber tenido conocimiento del inicio del procedimiento arbitral y de la designación de árbitro a través de su Abogado español, así como el hecho de que el laudo le fue debidamente notificado. Ninguna objeción hizo a aquella designación en el curso del procedimiento arbitral, ni tampoco puso en conocimiento del árbitro cualquier posible infracción de las formalidades prescritas para el desarrollo del procedimiento arbitral con arreglo a la ley a la que quedaba sujeto el mismo, ni, en definitiva, consta que aquella intentara utilizar los recursos pertinentes en orden a impugnar el laudo dictado. Por ello, no cabe apreciar ninguna vulneración de los principios de audiencia, contradicción e igualdad que pudiera ser causante de indefensión, ni de los derechos de defensa de la allí demandada, derivada de la falta de conocimiento de la existencia del procedimiento arbitral y de la designación del árbitro, o del transcurso de los diferentes trámites de alegación y defensa, pues habiendo quedado constatada la noticia de aquellos extremos y no quedando constancia de que el procedimiento arbitral se hubiera desviado de su ley rectora, se debe concluir que la demandada bien pudo oponer los motivos y medios de defensa adecuados, tanto en cuanto a la forma como al fondo, en el curso del procedimiento arbitral; siendo, en fin, su voluntaria falta de intervención en el mismo la que impide apreciar la falta de las debidas garantías, dentro del concepto de orden público en sentido internacional, visto su contenido netamente constitucional.

En este mismo sentido, un auto del Tribunal Supremo, de 7 de diciembre de 2005⁽⁴⁴⁾, concede el exequátur a una Laudo noruego dictado en rebeldía de la parte española. Como ésta tampoco fue localizada en el procedimiento de exequátur, el Tribunal Supremo se limita a constatar que las condiciones previstas por el Convenio de Nueva York se hallan reunidas.

(44) Revista de la Corte Española de Arbitraje, 2007, p. 179.

11. IRREGULARIDADES EN EL PROCEDIMIENTO DE ARBITRAJE

Por Auto de 7 de octubre de 2003⁽⁴⁵⁾, el Tribunal Supremo concede el exequátur a un laudo dictado por la Comisión de Arbitraje Internacional Económico y de Comercio de China, a pesar de que la demandada alegaba violación del orden público en el desarrollo del arbitraje:

El alegato tiene por objeto destacar la falta de imparcialidad del órgano arbitral, consecuente a una designación de la institución arbitral al margen de la voluntad de las partes.

Motivo de oposición que difícilmente se puede apreciar cuando la entidad oponente compareció en el arbitraje y participó en la designación de los integrantes del tribunal arbitral, inequívoco signo de que respondía, en su constitución, a la voluntad de las partes; y en cuanto a la alegada falta de imparcialidad no puede perderse de vista que, si bien es cierto que la imparcialidad, tanto subjetiva como objetivamente considerada, es una cualidad consustancial al ejercicio de la función jurisdiccional y una consecuencia que ha de venir de la independencia y la predeterminación legal de sus titulares y que, en tal medida, integra, en efecto, el contenido del orden público internacionalmente considerado, no menos cierto es que la misma, ya como cualidad moral, ya como deber jurídico, se encuentra ineludiblemente atemperada cuando se trata de un arbitraje, en donde la autonomía de la voluntad de las partes tiene capital presencia e importancia y alcanza, o puede alcanzar, tanto a la determinación de quiénes han de integrar el órgano arbitral, como a la forma de su designación, como, en fin, al procedimiento en el que se ha desenvolver el arbitraje.

La verificación de la falta de imparcialidad alegada, como la verificación de la vulneración del orden público en que cabe incluirla, debe constatarse *in casu*, comprobando la real y efectiva contaminación o eliminación de la imparcialidad

⁽⁴⁵⁾ Recurso 112/2002, EDJ 2003/146466.

objetiva y subjetiva que resulta exigible a los miembros de los órganos decisorios de controversias dentro de una sociedad democrática, así como la efectiva desaparición de esa necesaria apariencia más allá de las meras sospechas o de presunciones basadas en indicios no concluyentes, incapaces de destruir a su vez la presunción de imparcialidad que ha de predicarse de los órganos decisorios, ya sean éstos de naturaleza jurisdiccional, ya integrados en una institución arbitral o que participen de esa naturaleza.

La firma española condenada alegaba también indefensión por haberse desarrollado el arbitraje en idioma chino. Responde el Tribunal Supremo:

Tampoco cabe ver situación de indefensión alguna como consecuencia del idioma utilizado en el arbitraje en quien formaliza relaciones comerciales en el Estado de dicho idioma, con empresas de dicho Estado, y en quien se ha apreciado la concurrencia de la voluntad de someter las disputas surgidas en el desarrollo de tales relaciones a una institución de dicho país, habiendo intervenido, por ende, en el proceso arbitral oportunamente representado por los profesionales nativos designados al efecto.

No basta, para que haya contrariedad con el orden público, alegar la enemistad de los árbitros o de la institución administradora del arbitraje con la parte. Hay que probarla. Lo proclama un Auto del Tribunal Supremo de 27 de abril de 1999⁽⁴⁶⁾ que concede el exequátur a un laudo holandés:

Por la vía del orden público interno (artículo V.2.b del Convenio), se alegan tres diferentes causas o motivos de oposición al reconocimiento: en primer lugar, se afirma que existe una incompatibilidad absoluta entre la entidad demandante de arbitraje y la Asociación a la que se le encomienda (NOFOTA) al estar ambas representadas por la misma persona,

⁽⁴⁶⁾ Recurso 1185/1997, EDJ 1999/19218.

Sr. Van; en segundo lugar, por ser uno de los árbitros, Sr. B. M. R., empleado de la demandante; y en tercer lugar por entender que existe una enemistad manifiesta del árbitro Sr. K hacia la empresa demandada. Todas estas alegaciones apuntan, sin duda, hacia la falta de imparcialidad del órgano arbitral a la hora de resolver la controversia entre las partes, y ésta, en efecto, integra parte de los contenidos del orden público interno en función de los principios y garantías constitucionalmente consagrados y protegidos. Ahora bien, cosa distinta es que se deba atender a dicha causa para rechazar el exequátur en este caso. Ya la afirmación de la manifiesta enemistad entre uno de los árbitros y la entidad demandada no deja de ser una simple manifestación a la que no se acompaña la más mínima prueba de los hechos que pudiera ponerla de relieve; y si queda constancia del nombramiento del Sr. Van como administrador judicial en la suspensión de pagos de la solicitante, así como de su condición de Secretario-Tesorero de la institución NOFOTA, no puede decirse lo mismo de la incidencia de esta circunstancia –se desconocen sus específicas funciones y competencia en el desempeño de dicho cargo– en el nombramiento del órgano arbitral y en el curso y resultado del procedimiento, sino que, antes bien, parece constar lo contrario, visto el informe emitido por la Secretaria de NOFOTA; y lo mismo ocurre con la presencia del Sr. B. M. R. en el colegio arbitral, de quien se predica también la cualidad de empleado de la actora, pues de la documentación aportada tan sólo se extrae la conclusión de que en los años 1994 y 1995 –aquí, al menos, durante o hasta su mes de junio– un tal Brian era *trader* de la demandante y que intervenía en su nombre, pero no que, de ser efectivamente la misma persona, continuara vinculado a la mercantil al tiempo de promoverse el arbitraje. En definitiva, si bien no cabe negar en el caso la presencia de determinadas circunstancias de las que pudiera extraerse una cierta sospecha de la quiebra de la imparcialidad del órgano decisorio, la verificación del control del orden público en sede de reconocimiento de laudos extranjeros impone, sin embargo, atender a la constatación *in casu* de la real y efectiva contaminación del órgano.

El Auto de 31 de mayo de 2005⁽⁴⁷⁾ ya mencionado se pronuncia sobre la alegación de que la institución administradora del arbitraje era parcial, pues había sido creada en la órbita de la asociación profesional de una de las partes contratantes:

Tampoco hay la necesaria constancia de que el arbitraje institucional convenido lo fuera en favor de una institución que, por representar exclusivamente los intereses de los productores cinematográficos, determine el carácter abusivo de la cláusula arbitral, como impedimento de orden público para el reconocimiento, ni tampoco, desde esta misma perspectiva –si bien en el plano o vertiente procesal–, que por tal razón se haya visto vulnerado el derecho del particular a obtener una tutela efectiva de sus intereses legítimos mediante una resolución dictada por un organismo imparcial, pues no hay una sólida base para rechazar la presunción de imparcialidad que cabe predicar de una institución arbitral que interviene en tal tráfico jurídico.

Por Auto de 5 de mayo de 1998⁽⁴⁸⁾, el Tribunal Supremo concede el exequátur a un laudo dictado en Londres por el Tribunal Arbitral de GAFTA, Asociación Internacional para el Comercio de Piensos y Granos, a pesar de que el oponente invocaba que el procedimiento no era el previsto por las partes porque no se le había permitido, y sí a la otra parte, la intervención de Abogado. Rechaza este argumento el Supremo constatando:

Dicho argumento ya fue opuesto en el propio procedimiento arbitral y rechazado por el Tribunal. Del propio laudo dictado en primera instancia, y concretamente de su punto tercero rubricado “Tramitación del procedimiento” se desprende que, efectivamente, los vendedores contrataron abogados para preparar sus alegaciones, mientras que los compradores rechazaron la participación con abogados.

(47) Recurso 743/2003, EDJ 2005/101333.

(48) Recurso 1663/1997, EDJ 1998/41005.

Asimismo la oponente afirmó que las alegaciones escritas son iguales a las orales y que, si se impide a los abogados la realización de alegaciones orales, debería impedirseles también la realización de alegaciones escritas. Dicha afirmación de la oponente no responde sino a una errónea interpretación que la demandada hace del reglamento del procedimiento arbitral, ya que si el propio Tribunal arbitral afirmó en su apartado 3.3 que si bien el Reglamento GAFTA excluye a los abogados en la participación en cualquier vista oral, sin embargo, no hay nada que impida la participación de abogados en las alegaciones escritas, afirmación corroborada por lo dispuesto en el propio Reglamento de Arbitraje de GAFTA, en el que la única prohibición de intervención referida a “abogados/procuradores u otros abogados que ejerzan la abogacía de forma parcial o total” se refiere en su apartado 4.7 al caso de que “cualquiera de las partes implicadas en el arbitraje deseara asistir a la vista de arbitraje”, vista que no tuvo lugar en el procedimiento arbitral y en el que la propia entidad hoy oponente solicitó al Tribunal que se pronunciase sin más (apartado 3.2 del Laudo). Por tanto, se debe concluir que recayendo la prohibición de participación de abogados o procuradores al concreto momento procesal de la vista, no habiéndose celebrado vista alguna en el procedimiento arbitral en cuestión, la causa de oposición esgrimida carece manifiestamente de fundamento, no pudiendo afirmarse como suficiente para denegar el laudo solicitado.

12. LITISPENDENCIA EN ESPAÑA

La pendencia en España de un procedimiento cuya decisión podría ser inconciliable con los efectos propios de la resolución extranjera que se pretende ejecutar es contraria al orden público del foro.

Un Auto del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2000⁽⁴⁹⁾ niega el exequátur por litispendencia en España a un laudo dictado por un tribunal nombrado por la Cámara de Comercio Internacional, ya que

⁽⁴⁹⁾ Recurso 562/1997, EDJ 2000/30369.

La caracterización del concepto de litispendencia en el concreto ámbito del reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, más específica si cabe que la litispendencia internacional –ésta impeditiva de la decisión del pleito promovido en el foro–, se basa en la necesidad de evitar la concurrencia, siquiera posible, de dos resoluciones que en sí mismas o por sus efectos sean de imposible coexistencia, condición ésta que no exige, en principio, que deba mediar una identidad de partes y una absoluta coincidencia de objetos y de causas, ni que el proceso pendiente en España se haya iniciado necesariamente con anterioridad al promovido en el extranjero o a la solicitud de reconocimiento de la resolución que le puso término. Evidentemente, la concurrencia de semejantes circunstancias tendrá gran trascendencia a la hora de dotar a la litispendencia de efectos impeditivos del exequátur, pero no constituyen requisitos de ineludible presencia que formen el contenido de aquélla, en el sentido internacional indicado, y de cara a actuar como obstáculo al reconocimiento. De este modo, la litispendencia se conceptúa ampliamente, bastando una vinculación sustancial entre las causas de las acciones ejercitadas, su objeto y, en su caso, los sujetos de uno y otro procedimiento que genere un riesgo de incompatibilidad o de incongruencia entre la decisión objeto de reconocimiento y la recaída en el foro.

En este caso, el arbitraje tuvo por objeto obtener una declaración de responsabilidad por las deudas fiscales de la sociedad adquirida por la empresa extranjera solicitante del exequátur sobre la base de la garantía otorgada en la compraventa de las acciones. Los demandados oponentes al exequátur habían promovido juicio ante el Juzgado de Primera Instancia de Zamora pidiendo la nulidad de los contratos de compraventa.

Se observa, por lo tanto, que aun cuando no se da una absoluta identidad entre los sujetos, objeto y causa de ambos procedimientos, resulta innegable la interrelación entre ellos. Así las cosas, evidentes razones de seguridad jurídica, necesariamente anudada al presupuesto del reconocimiento que ahora se examina, aconsejan la denegación del exequátur en

tanto no se resuelva el procedimiento seguido en el foro, y sin perjuicio de los efectos que pudiera tener la eventual sentencia que le ponga término frente a una nueva solicitud de reconocimiento del laudo extranjero.

Hay que subrayar, sin embargo, que el Tribunal Supremo tiene cuidado de precisar la cronología de los procedimientos para confortar su decisión:

No puede, en fin, dejar de ponerse de manifiesto que el procedimiento promovido en España se inició el día 4 de septiembre de 1991, fecha en que la demanda tuvo entrada en el correspondiente registro del órgano jurisdiccional, habiendo sido admitida a trámite por Providencia de fecha 30 de septiembre del mismo año, en cuyo momento se producen los efectos de la pendencia del pleito.

El procedimiento arbitral, por su parte, se promovió con posterioridad a esa fecha –el 26 de agosto de 1992–, habiéndose dictado un primer laudo –el preliminar– el día 25 de octubre de 1994, y posteriormente el de fecha de 31 de julio de 1995. Y, por último, la solicitud de reconocimiento tuvo lugar el 13 de febrero de 1997, fecha en la que se presenta la demanda de exequátur. Esta sucesión cronológica permite excluir con un cierto grado de seguridad la presencia de posibles conductas fraudulentas de los demandados encaminadas a utilizar el proceso seguido en España de forma abusiva y con el único y exclusivo fin de impedir la eficacia de la decisión arbitral extranjera.

Aunque muchas veces la lentitud del procedimiento arbitral exaspere a los litigantes, es rápido comparado con el paso de buey de algunos procesos judiciales: en este que analizamos, cuando el Tribunal Supremo falla en junio del 2000 sobre el exequátur del laudo arbitral, todavía está en curso la citación y emplazamiento de uno de los dos codemandados en Zamora en septiembre de 1991, a través de una comisión rogatoria enviada a Dinamarca. El Tribunal Supremo constata, sin embargo, que “no puede atribuirse de forma decidida a los allí actores y aquí oponentes al exequátur la responsabilidad de semejante dilación,

cuya causa parece encontrarse fundamentalmente en las incidencias surgidas con motivo de la determinación de los sujetos que debían figurar como demandados y, especialmente, en la tramitación de la comisión rogatoria cursada para citar y emplazar a una de las codemandadas, con domicilio social en Dinamarca”.

En cambio, por Auto de 20 de marzo de 2001⁽⁵⁰⁾, el Tribunal Supremo concede el exequátur a un laudo dictado por el Tribunal Arbitral del *Waren-Verein der Haburger Börse e. V.*, de Hamburgo, a pesar de que los demandados habían iniciado un procedimiento en España solicitando la declaración de nulidad de la cláusula de sumisión a arbitraje:

La Sala ha de tener en cuenta el modo en que discurrieron los acontecimientos, atendiendo especialmente a los hitos temporales que marcaron el curso de uno y otro tipo de procedimiento, para decidir sobre los efectos obstativos que puede tener el que pende en España de cara al exequátur de la decisión extranjera, con la mira siempre puesta en la evitación de situaciones fraudulentas y sin duda claudicantes, pues lo contrario supondría fomentar y dar carta de naturaleza al fraude procesal amparando conductas contrarias a la buena fe y elusivas de los deberes y compromisos libremente asumidos por las partes.

El Tribunal Supremo constata que el procedimiento arbitral se inició el 3 de diciembre de 1997, día en el que la firma alemana nombró a un árbitro y requirió a la española el nombramiento de otro árbitro. Como el requerimiento no fue atendido, la firma alemana pidió a la *Waren-Verein* el 13 de enero de 1998 que designara el árbitro correspondiente a la demandada, lo cual fue hecho el 22 de enero de 1998. Sólo en esta última fecha la firma española presentó su demanda ante los Juzgados de Vigo pidiendo la nulidad de la cláusula compromisoria. El Supremo saca la siguiente conclusión:

Reconocer virtualidad al procedimiento que se sigue en el foro frente a la homologación de los efectos de una

⁽⁵⁰⁾ Recurso 491/1999, EDJ 2001/3529.

resolución arbitral extranjera que decide un arbitraje promovido con anterioridad a aquél –como ocurre en el presente caso–, sería tanto como cerrar el paso definitivamente a cualquier decisión foránea, pues bastaría con iniciar en España, una vez se tiene noticia del comienzo del arbitraje en el extranjero, un procedimiento judicial para oponer su pendencia en el curso del exequátur, como obstáculo para la homologación de los efectos de aquélla. En consecuencia: no ha de ser el procedimiento nacional el que ha de proyectar su eficacia sobre el de exequátur: si así fuera se estaría dando carta de naturaleza al fraude y propiciando el desentendimiento respecto de los compromisos libremente asumidos. Por el contrario, será el laudo arbitral el que, una vez homologados sus efectos, incida en su caso sobre el curso de aquél, a cuyo fin deberá deducirse testimonio de la presente resolución para su remisión al Juzgado de Primera Instancia de Vigo.

Los criterios enunciados por este auto resumen y confirman la jurisprudencia anterior del Tribunal Supremo. Por ejemplo, un auto de 19 de enero de 1999⁽⁵¹⁾ deniega el exequátur, mientras se mantenga la pendencia del procedimiento español, a un laudo dictado en el Lloyd's de Londres el 18 de diciembre de 1995 que condenó a una sociedad española a pagar una cantidad a una sociedad de Róterdam. En efecto, aun cuando el Juez Marítimo Permanente de Vigo, por Providencia de 17 de febrero de 1995, da por finalizado el expediente de asistencia marítima al haberse sometido las partes a un arbitraje en Londres, decisión confirmada por el Tribunal Marítimo Central el 28 de junio de 1996, estaba todavía pendiente el recurso contencioso-administrativo interpuesto ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recurso que impedía, hasta que fuera resuelto, el reconocimiento del laudo extranjero.

Igualmente por auto de 1 de diciembre de 1998⁽⁵²⁾, el Tribunal Supremo constató que existía un procedimiento interpuesto en España

(51) Recurso 1363/1996, EDJ 1999/19201.

(52) Recurso 2919/1997, EDJ 1998/41038.

en diciembre de 1989 y que el arbitraje sólo se inició el 4 de junio de 1991. En ambos procedimientos existía identidad de sujetos y además íntima conexión en lo planteado. Es curioso constatar una vez más que haya que poner de relieve que existe “un pleito en España iniciado con anterioridad al propio pleito arbitral cuyo Laudo ahora se solicita que sea reconocido y ejecutado, con la particularidad de que a pesar de los esfuerzos de la parte y después del transcurso de siete años no se ha conseguido emplazar a la demandada, en tanto que ésta está ejecutando ya la resolución obtenida a sus instancias en procedimiento arbitral”.

Estas constataciones sobre los plazos de ciertos trámites procesales en nuestro país nos llevarían a considerar la necesidad de modificar el régimen procesal español de las notificaciones efectuadas en el extranjero. Pero ése no es nuestro tema de hoy.

13. APERTURA EN ESPAÑA DE UN PROCEDIMIENTO CONCURSAL

En diferentes ocasiones el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la incidencia, en cuanto al reconocimiento de un Laudo extranjero, de la apertura en España de un procedimiento colectivo. Dos autos de 5 de mayo de 1998 conceden el exequátur a sendos Laudos arbitrales, pronunciado uno por el Tribunal Arbitral de GAFTA⁽⁵³⁾ y otro por un Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional⁽⁵⁴⁾. Contra el Laudo de GAFTA alegaba la oponente que, tanto el contrato de base como el procedimiento de arbitraje, eran posteriores a la declaración de suspensión de pagos y se habían celebrado sin el concurso de los Interventores. Dice el Supremo en ese asunto:

La vulneración que del orden público se pretende se produciría cuando de la actuación del suspenso sin la participación de los Interventores se produjera una vulneración de la par *conditio creditorum* o de circunstancia análoga, pero dicha vulneración sería difícilmente predicable cuando la única persona física o jurídica perjudicada por la falta de actuación

⁽⁵³⁾ Recurso 1663/1997, EDJ 1998/41005.

⁽⁵⁴⁾ Recurso 3126/1997, EDJ 1998/41003.

de los interventores es precisamente aquella sobre la que recaía la obligación de reclamar el concurso de los interventores y que al no hacerlo en su día, y tal como significa la sentencia de 22 de abril de 1987 “revela su mala fe al no hacerlo y sacar provecho de ello”, provecho que, por otra parte, ahora parece nuevamente que pretende obtener la demandada al oponer como causa de oposición una circunstancia –el no concurso de los interventores– por ella misma provocada; todo ello, sin perjuicio de las responsabilidades penales en que pudieran incurrir aquellos que en nombre y representación de la empresa intervinieron tanto en la relación contractual subyacente como en el propio procedimiento arbitral sin reclamar el concurso de los interventores nombrados judicialmente.

En el reconocimiento del Laudo de la Cámara de Comercio Internacional, la parte española solicitó la suspensión del procedimiento de reconocimiento, habida cuenta del inicio de otro dirigido a declarar la suspensión de pagos de la misma. El Tribunal Supremo declara:

El procedimiento encaminado a la concesión del exequátur de una decisión extranjera es meramente homologador. No cabe confundir este cauce procedimental, al que pone término una resolución meramente declarativa del reconocimiento de los efectos de la sentencia y de su ejecutoriedad en España, con los propios actos de ejecución, que corresponden, una vez obtenida aquélla, al Juez de Primera Instancia del partido en que esté domiciliado el condenado en la sentencia o del en que deba ejecutarse, y ante el cual deberá la parte que ahora insta la paralización del exequátur hacer valer, en su caso, la situación de suspensión de pagos o concursal que se hubiese declarado.

Hoy en día estos temas son regulados por la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, que contiene los artículos siguientes:

Artículo 52.- Procedimientos arbitrales.

1. Los convenios arbitrales en que sea parte el deudor quedarán sin valor ni efecto durante la tramitación del

concurso, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales.

2. Los procedimientos arbitrales en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza del laudo, siendo de aplicación las normas contenidas en los apartados 2 y 3 del artículo anterior⁽⁵⁵⁾.

Artículo 53.- Sentencias y laudos firmes.

1. Las sentencias y laudos firmes dictados antes o después de la declaración de concurso vinculan al juez de éste, el cual dará a las resoluciones pronunciadas el tratamiento concursal que corresponda.
2. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de la acción que asiste a la administración concursal para impugnar los convenios y procedimientos arbitrales en caso de fraude.

⁽⁵⁵⁾ Dichos apartados disponen lo siguiente:

2. En caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, la administración concursal, en el ámbito de sus competencias, sustituirá a éste en los procedimientos judiciales en trámite, a cuyo efecto se le concederá, una vez personada, un plazo de cinco días para que se instruya en las actuaciones, pero necesitará la autorización del juez del concurso para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir litigios. De la solicitud presentada por la administración concursal dará el juez traslado al deudor en todo caso y a aquellas partes personadas en el concurso que estime deban ser oídas respecto de su objeto. Las costas impuestas a consecuencia del allanamiento o del desistimiento autorizados tendrán la consideración de crédito concursal: en caso de transacción, se estará a lo pactado en materia de costas.

No obstante, la sustitución no impedirá que el deudor mantenga su representación y defensa separada por medio de su propio procurador y abogado, siempre que garantice, de forma suficiente ante el juez del concurso, que los gastos de su actuación procesal y, en su caso, la efectividad de la condena en costas no recaerá sobre la masa del concurso, sin que en ningún caso pueda realizar las actuaciones procesales que, conforme al párrafo anterior, corresponden a la administración concursal con autorización del juez.

3. En caso de intervención, el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la autorización de la administración concursal, para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir litigios cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio. En cuanto a las costas, se estará a lo dispuesto en el párrafo primero del apartado anterior.

14. CONCLUSIÓN

No era mi propósito –como he indicado al inicio– hacer un estudio exhaustivo y sistemático del exequátur en Derecho español. Su reglamentación teórica no difiere, en líneas generales, con la habitual en otros países. Quería dar a conocer cuál es el estado de ánimo de la magistratura –encargada de conceder el exequátur– frente a la institución arbitral.

Para describir la actitud de los jueces españoles frente a los laudos arbitrales extranjeros, he estimado que nada mejor que transcribir literalmente largos párrafos de sus decisiones, en los que se refleja su talante. Hemos podido constatar que éste es indiscutiblemente favorable al arbitraje internacional. La predisposición propicia al arbitraje tiene su origen en la convicción del Tribunal Supremo de que el arbitraje es hoy la vía normal de solución de los conflictos en las relaciones mercantiles internacionales. Lo dice en Sentencia de 6 de febrero de 2003⁽⁵⁶⁾:

Como declara la sentencia de esta Sala de 23 de julio de 2001 (recurso núm. 1797/96), “el denominado arbitraje internacional bien puede decirse que ha conocido el éxito debido a su necesidad, en razón a que el comercio internacional exige una seguridad y rapidez en las transacciones, así como la urgente solución de los conflictos mediante simples y a la par eficaces técnicas, eludiendo la complicación y la lentitud de las jurisdicciones estatales”.

El Tribunal Supremo ha abordado la concesión del exequátur a los laudos extranjeros con el favor *recognitionis* del que hace gala en alguna de sus decisiones. Y esto es trascendental para el arbitraje. Contrariamente a lo que predicán algunos partidarios de la visión idílica del arbitraje, los laudos no se cumplen voluntariamente más que las sentencias judiciales. En general, no se ejecutan por una caballerosidad especial de los participantes en un procedimiento arbitral que les lleva a hacer frente espontáneamente a sus compromisos honrando la palabra dada: se suelen acatar porque se sabe que, de otra manera, serán impuestos por el

⁽⁵⁶⁾ Sentencia de 6 de febrero de 2003, recurso 1588/1997, EDJ 2003/1554.

poder judicial de manera coercitiva y con más gastos. Por ello se puede decir que, cuando el exequátur se obtiene de manera normal, es posible hacer confianza al arbitraje internacional. Y si no, no.

Todo hace suponer que los Juzgados de Primera Instancia y los de lo Mercantil, competentes desde hace poco para conocer del exequátur, seguirán fielmente la jurisprudencia marcada antaño por el Tribunal Supremo y continuarán apoyando la presencia activa de España en la comunidad internacional del arbitraje. ▲

 GREGORIO MARTÍN ORÉ GUERRERO (*)

La solución de controversias en los tratados de libre comercio y/o convenios bilaterales de inversión

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Clases de conflicto.* 3. *El CIADI en el TLC firmado entre Perú y Estados Unidos.* 4. *El proceso de resolución de controversias entre estados en el TLC firmado entre Perú y Estados Unidos.* 5. *Mecanismo de solución de controversias entre particulares.* 6. *Conclusiones.* 7. *Anexo.*

1. INTRODUCCIÓN

Como producto del proceso de globalización se ha desarrollado como nunca antes el Comercio Internacional; al liberalizarse la economía e intensificarse las relaciones comerciales, se han incrementado en consecuencia las controversias comerciales.

Este proceso ha cuestionado las jurisdicciones nacionales dada la crisis, por el momento sin solución, por la que atraviesan éstas; los inversionistas dudan de la imparcialidad y transparencia de los órganos jurisdiccionales nacionales.

De la confrontación entre estados para proteger a sus connacionales, un ejemplo es el caso de Venezuela, “en el que las naciones más

(*) Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP. Posgrado en Derecho Constitucional por la Universidad de Salamanca. Árbitro y especialista en Medios Alternativos de Resolución de Conflictos.

desarrolladas intervinieron en nombre de la protección diplomática a sus connacionales”, llegando a intervenir incluso militarmente. En el año de 1902 los puertos venezolanos fueron bombardeados por barcos de guerra de las armadas de Alemania, Gran Bretaña e Italia, en el afán de hacerle pagar las deudas públicas contraídas con dichos países⁽¹⁾.

Frente a ello, surgió la tesis de los argentinos CALVO y DRAGO, sustentada en la soberanía de los estados, a la que se denominó Doctrina Calvo, predominante en el derecho internacional de la época, de tal forma que la Carta de la Organización de los Estados Americanos, llegó a establecer en su artículo 19 que:

Artículo 19.- Ningún estado podrá aplicar o estimular medidas coercitivas de carácter económico y político para forzar la voluntad soberana de otro estado y obtener de estas ventajas de cualquier naturaleza.

En ese sentido, el artículo 18 de la referida Carta, prohíbe todo tipo de intervención armada, de un Estado o grupo de Estados, en los asuntos internos o externos de cualquier otro.

Basta conocer la historia de América Latina, para verificar la violación intermitente del contenido de estos artículos destinados a regular las relaciones internacionales.

Se debe tener presente que en el caso del comercio internacional, las controversias tienen características particulares a tener en cuenta, como:

- La nacionalidad y ubicación geográfica de las partes.
- Sus características culturales.
- La relación y conocimiento de la legislación extranjera, que se pudiera tener.
- La diferencia de idiomas.
- La espontánea negativa a someter las diferencias a tribunales extranjeros, como en el fútbol, nadie quiere jugar de visita ni en “altura”.

(1) Ver CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, Fondo Editorial UPC, Lima, 2007, p. 558.

Frente a este panorama, han ido consolidándose y apareciendo organismos de carácter internacional tales como:

1. CNUDMI – Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL en inglés.), que promueve la Convención de New York sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales.
2. La OMC – Organización Mundial de Comercio.
3. Entidades privadas como la CCI – Cámara de Comercio Internacional con sede en París, y otras, que han ido generando un marco jurídico de naturaleza supranacional para la solución de controversias.
4. Corte Permanente de Arbitraje de La Haya (PCA en inglés), que resuelve disputas en 32 Estados contratantes, y presta servicios de arbitraje en controversias en las que una sola de las partes es un Estado.
5. La Asociación Americana de Arbitraje (AAA, en inglés), asociación que está disponible para resolver gran variedad de arbitrajes a través de la mediación, y otras formas de disputas, creada hace más de 75 años.
6. El CIADI – Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones (ICSID, en inglés), es un centro establecido para el arbitraje internacional por la Convención de Washington en 1966. En la actualidad, sus integrantes son 149 países y ciudadanos de otros estados; está considerada como una organización independiente, sin embargo, tiene una reconocida y estrecha vinculación con el Banco Mundial, siendo muchos de sus miembros integrantes del mismo Banco.
7. CIAL – Corte Internacional de Arbitraje de Londres (LCIA, en inglés), es una de las más antiguas organizaciones en resolver conflictos mediante arbitraje internacional; se regula por sus propias reglas y las del CNUDMI.
8. AAM – Asociación de Arbitraje Marítimo (LMAA, en inglés), en la que sus integrantes son especialistas en arbitrajes marítimos; desde el Eje Báltico, Londres maneja cerca del cincuenta por ciento (50%)

de los negocios navieros mundiales, y el treinta y cinco por ciento (35%) de volumen de carga.

9. La OMC – Tiene su propio estatuto para el arreglo de diferencias; los resuelve mediante buenos oficios, conciliaciones y diferentes procedimientos de administración, en los que prima la autonomía de la voluntad.
10. EL SARD – Sistema Alternativo de Resolución de Disputas (ADRS, en inglés). Algunos de estos mecanismos son negociaciones, mediaciones o combinaciones de estos medios.

2. CLASES DE CONFLICTOS

Los conflictos comerciales en el mundo pueden ser:

- Entre los Estados.
- Entre Estados y particulares.
- Entre particulares.

Con el predominio que adquieren en el mundo, particularmente en América Latina, las concepciones tendientes a liberalizar la economía predominante desde la década de los ochenta, se comienza a considerar que en el intercambio comercial internacional, los inversionistas extranjeros se encuentran desprotegidos frente a los Estados nacionales.

Esta concepción se consolida, y comienza a ser el sustento de los denominados Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), que establecen cláusulas y garantías para los inversionistas. Se incrementa con ello la tesis que afirma que, si los conflictos entre los Estados receptores y los inversionistas no se resuelven en centros de resolución de conflicto fuera de la jurisdicción del Estado receptor, como lo es el CIADI, y mediante arbitraje, las inversiones no fluirán y tomarán otros rumbos.

Tesis que, sin embargo, comienza a ser cuestionada por economistas y juristas, que apelando a las estadísticas y a dos casos bien concretos de países receptores de inversión, que no han firmado el convenio internacional que los obligue a someter las diferencias con los inversionistas a arbitraje en el CIADI, y que a pesar de ello son

importantes receptores de inversiones, implicaría que hay otros factores importantes para atraer las inversiones, como son la estabilidad económica del país receptor, la estabilidad política, el respeto al Estado de Derecho, entre otros.

Se estaría demostrando así, que no basta el sometimiento al CIADI para ser sujeto de inversiones, o que por lo menos este criterio no es el único, ni el determinante para que las inversiones fluyan. Los países que hasta el momento no han firmado el referido convenio, entre otros, son la India y Brasil.

En la actualidad, hay cifras y estadísticas variables de cuantos tratados bilaterales hay suscritos; pero lo que con certeza se puede afirmar es que hay más de 2,300, y que estamos hablando de 143 países que han ratificado la Convención del CIADI, frente a 155 que la han suscrito, entre ellos el Perú.

Estos tratados, por lo general, establecen cláusulas modelo o tipo que han venido definiendo algunos conceptos y criterios, lo que ha originado que algunos especialistas en la materia, como Fernando De Trazegnies, hayan empezado a sostener que estamos ante la aparición de una forma o clase de arbitraje, a la que han denominado “arbitraje de inversión”, y que estaríamos frente a lo que sostiene el mismo autor, un “nuevo Derecho de la inversión”⁽²⁾. Se puede compartir o no sus tesis, pero lo que nos parece importante en este caso, son las conclusiones a las que llega, independientemente del desarrollo y sustento de las mismas.

Fernando De Trazegnies, entre otras conclusiones, coincide en que la realidad y los problemas que tiene que afrontar el CIADI en la actualidad, son un indicativo de la urgencia de realizar algunas modificaciones en relación “al camino de encontrar un equilibrio entre los intereses de los países inversionistas y los países receptores (...)”⁽³⁾.

Efectivamente, no se trata de proteger a sólo un elemento de la relación jurídica, en este caso al inversionista frente al poder de Estado.

(2) Ver DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “Arbitrando la Inversión”, en: *Lima Arbitration* N° 2 - 2007, www.limaarbitration.net/LAR2/fernando_de_trazegnies_granda.pdf.

(3) *Ibidem*, p. 167.

Hoy, en un mundo global, con los cambios que día a día operan en la economía, en muchos casos el poder no sólo económico de las empresas transnacionales, principales inversionistas, es mayor que la de muchos Estados receptores.

No se trata de proteger a uno u otro elemento de la relación jurídica que surja de la inversión, se trata, como afirma TRAZEGNIES, de encontrar un equilibrio entre ambos intereses. De lo contrario, se avizora una crisis del sistema de arbitraje de inversiones, por cuanto independientemente del signo ideológico de quienes hoy gobiernan en muchos de los países de América Latina, pareciera que se está pasando de la fase de aceptación generalizada de la alternativa de resoluciones de conflictos en el CIADI, a una de cuestionamiento de dicho sistema.

3. EL CIADI EN EL TLC FIRMADO ENTRE PERÚ Y ESTADOS UNIDOS

3.1. En el Capítulo X del TLC entre el Perú y Estados Unidos, referido a la Inversión, se establece en la Sección B), las normas referentes a la solución de controversias entre el inversionista y el Estado

El numeral 10.15, regula el caso de una controversia relativa a una inversión, el demandante y el demandado tratarán primero de resolverla mediante consultas y negociaciones, incluyendo el empleo de procedimientos no obligatorios con intervención de terceros. Estableciéndose que en caso que cualquiera de las partes considere que no puede resolverse la controversia mediante consulta y negociación, ésta pueda ser sometida a arbitraje.

En el caso de conflictos resultantes de la ejecución de los tratados bilaterales TLC Perú – EE.UU., Perú – Chile y del que se viene negociando con China, hay un capítulo especial (el XXI) para solucionar las controversias que puedan surgir entre los Estados suscriptores.

El referido capítulo, establece una primera etapa denominada de cooperación, que busca que las partes lleguen a resolver la controversia de manera consensuada, o tal como lo señala el numeral 21.1, para que las partes puedan “alcanzar una solución mutuamente satisfactoria”.

El ámbito de aplicación de las normas establecidas para la solución de controversias en el tratado, establece que éstas se podrán aplicar tanto a la prevención o solución de las controversias, en su interpretación, como en su aplicación.

3.2. Aspectos controvertidos en el CIADI

El CIADI es un tribunal que contribuye a promover la inversión extranjera a partir de servicios internacionales de conciliación y arbitraje. Es una institución del Banco Mundial creada para propiciar la resolución de conflictos entre Estados y nacionales de otros Estados, con la finalidad de dar seguridad jurídica a las inversiones y promover los flujos de inversión hacia los países en desarrollo, ante la crisis de los sistemas judiciales nacionales, que no estaban en condiciones de brindar las garantías necesarias para resolver los conflictos de intereses que se suscitaban en el proceso de inversión. El CIADI se creó como consecuencia del Convenio sobre Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, que entró en vigor en 1966.

Los tratados de libre comercio, así como los tratados bilaterales de inversión, se han ido incrementando notablemente a la par del crecimiento de la economía mundial, tan es así, que a fines de la década de los 90 existían muy pocos tratados, mientras que en la actualidad existen más de 2500, lo que ha significado, un incremento notable del arbitraje internacional.

Hasta el año 2004, de las 160 demandas interpuestas ante centros de arbitraje internacional, 106 fueron sometidas al CIADI. Más de 50 Estados han sido demandados, de los cuales, 31 son países en vías de desarrollo, siendo Argentina el país con mayor número de demandas.

Como hemos señalado, de un consenso inicial se ha pasado a un cuestionamiento de algunas de las características del CIADI, a las que algunos llaman principios de los tratados bilaterales de inversión u otros, como es el caso de Franz Kundmüller Caminiti, y Roger Rubio Guerrero, quienes denominan estándares sustantivos a estos principios contenidos en las cláusulas de los contratos, como son la inversión e inversor,

el trato nacional, el principio de nación más favorecida, la protección a las inversiones previas, las cláusulas de estabilización, los requisitos de desempeños, las transferencias, las expropiaciones y compensaciones, la duración y la solución de controversias⁽⁴⁾.

3.2.1. La definición de inversión e inversor

Es criticada sobre todo por la excesiva amplitud con que se le ha considerado en el desarrollo doctrinal, y en la jurisprudencia de los laudos emitidos por los tribunales del CIADI. Esta interpretación es sumamente amplia y difusa, extendiendo la protección al inversionista hasta incluir en ella las expectativas de obtención de ganancias a futuro. Los Estados receptores, sobre todo aquellos que se consideran afectados por esta laxitud expresada en los laudos arbitrales, como es el caso de Argentina, vienen cuestionando el contenido de esta cláusula modelo, que contiene como algunos afirman, características que pueden ser consideradas como principios o estándares de aplicación genérica a la protección del inversionista.

3.2.2. El trato nacional

Conforme a esta cláusula modelo, se establece que los inversionistas extranjeros deben de gozar de un trato similar a los inversionistas locales. Cualquier diferencia en el trato por el origen del inversionista, podría ser considerada como una actitud discriminatoria por parte del Estado receptor, lo que generaría la posibilidad que el inversionista extranjero pueda reclamar ante tribunales internacionales por los daños que esta discriminación le pudiera ocasionar.

De tal forma, que esta cláusula junto con la de trato justo y equitativo, constituyen una garantía genérica que la encontramos en todos los tratados.

(4) Ver KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz / RUBIO GUERRERO, Roger, "El arbitraje del CIADI y el Derecho Internacional de las Inversiones: un nuevo horizonte", en: *Lima Arbitration N° 1-2006*, www.limaarbitration.net/LAR1/franz_kundmuller_caminiti_roger_rubio_guerrero.pdf.

3.2.3. *El principio de nación más favorecida*

En concordancia con lo anterior, se asegura al inversor la posibilidad de utilizar las condiciones establecidas por él en otros tratados que pudieran ser más favorables a sus intereses, estableciéndose así las bases jurídicas para sostener como principio, que se aplicará en caso de conflicto o desavenencia entre las partes lo que sea más favorable al inversionista. Esto supone que en la relación jurídico - comercial que emana del contrato, el inversionista es el extremo más débil, y que tuitivamente como en la relación jurídica laboral se le debe proteger; situación ésta que no siempre corresponde a la realidad.

3.2.4. *Protección a las inversiones previas*

Esto supone extender la protección a todas las inversiones realizadas por el inversionista, incluso a las efectuadas con anterioridad a la entrada en vigencia del tratado. Así se extiende la protección a las inversiones, independientemente de cuando éstas se hayan efectuado.

3.2.5. *Cláusulas de estabilidad*

Éstas garantizan a los inversionistas extranjeros, la continuidad en el tiempo de las condiciones establecidas para la inversión, al margen de los cambios económicos o legislativos en el estado receptor.

Aquí habría que tener en cuenta lo sostenido por Fernando De Trazegnies, en las conclusiones de su artículo “Arbitrando la Inversión”, en la que a partir de la realidad de economías frágiles como las de los países de América Latina, sujetas a los vaivenes de las economías de los países más desarrollados, es que se hace “(...) necesario refinar ciertos principios y ciertos mecanismos. Por ejemplo, aún cuando la cláusula *rebus sic stantibus* no puede ser una regla general y ni aún tampoco una excepción fácil, no cabe duda de que en los contratos a largo plazo es preciso considerar que las circunstancias pueden cambiar de manera tan dramática que el cumplimiento de la obligación pactada resulte repulsivo. Por ello es preciso diseñar soluciones razonables para este tipo de problemas”⁽⁵⁾.

(5) Ver DE TRAZEGNIES GRANDA, “Arbitrando la Inversión”, cit, p. 167.

3.2.6. Libertad de Transferencias

Estas cláusulas están referidas a la posibilidad de remisión de las utilidades, ganancias, compensaciones y otras estipulaciones en materia económica, y de retorno de capital, del país receptor al país de origen del inversionista.

3.2.7. Expropiaciones y compensaciones

Este se ha convertido en un tema muy debatido y debatible, pero al margen de definiciones y de conceptos jurídicos teóricos, estas cláusulas otorgan total garantía a los inversionistas en caso de expropiaciones, señalando expresamente que sus inversiones no pueden ser nacionalizadas, expropiadas o sometidas a ninguna acción que signifiquen directa o indirectamente algún tipo o modalidad de expropiación.

3.2.8. Vigencia

En términos generales los tratados bilaterales de inversión contemplan cláusulas de vigencia de diez (10) años desde el momento de su ratificación, otorgándole una vigencia automática luego de su vencimiento.

Si alguna de las partes denuncia el tratado, está establecido que las inversiones realizadas al amparo de éste, continuarán contando con su protección aún después de la denuncia del mismo, por otros diez (10) años más; tal es el caso de Bolivia, que el 2 de mayo de 2007 interpuso ante el Banco Mundial el recurso de denuncia del Convenio CIADI, recurso que tendrá efecto recién a partir de los seis (6) meses de su notificación, es decir, a partir del 3 de noviembre de 2007.

3.2.9. Solución de Controversias

El Estado que acepta el sometimiento al Tribunal del Convenio del CIADI, está aceptando el sometimiento de las controversias que pudieran surgir en la ejecución del tratado a una jurisdicción externa, que establece que los laudos tienen fuerza de ejecución obligatoria y valor de cosa juzgada, los mismos que por normatividad expresa son inapelables.

3.2.10. En la actualidad, de noventa y dos (92) conflictos en curso en el CIADI, treinta y cinco (35) son demandas contra el Estado argentino por parte de inversionistas que se consideran afectados en sus intereses, ascendiendo el monto total de las reclamaciones a US\$ 30,000 millones de dólares, siendo a la fecha el Estado más demandado de los que han suscrito y ratificado el Convenio

No sólo Bolivia ha denunciado el convenio, también Venezuela, Ecuador y Nicaragua, han anunciado que seguirán el mismo camino. Independientemente del signo ideológico de sus gobernantes, éste es a la fecha el más serio cuestionamiento a una alternativa destinada a convertirse en la mejor opción para atraer los capitales a países necesitados como el nuestro, al decir, Fernando De Trazegnies.

Los cuestionamientos al CIADI provienen no sólo de estos países que amenazan con denunciar el convenio, sino que provienen de juristas de diferente signo político, como es el caso del español Pedro Claros Alegría, quien señala que “(...) el sistema arbitral del CIADI ha recibido también críticas por falta de uniformidad de su jurisprudencia arbitral a la hora de abordar cuestiones de indudable interés público”, sosteniendo igualmente que hay un importante “componente de peso político de los laudos CIADI por la relación institucional del Centro con el Banco Mundial”⁽⁶⁾.

En el mencionado artículo de, Fernando De Trazegnies, este autor sostiene que incluso “En Estados Unidos ha surgido recientemente una oposición fuerte contra el arbitraje de inversión, desde que se constituyó el NAFTA (...) porque a partir de entonces, el gobierno norteamericano pudo ser demandado a su vez por los inversionistas extranjeros en territorio norteamericano que son miembros del NAFTA, es decir, México y Canadá”⁽⁷⁾.

(6) Ver CLAROS ALEGRÍA, Pedro, “El Sistema Arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones CIADI”, en: *El Arbitraje en las distintas áreas del Derecho*, Vol. 4, Biblioteca de Arbitraje, Cap. XXIV, Palestra – Universitat Abat Oliba CEU – Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2007, p. 470.

(7) Ver DE TRAZEGNIES GRANDA, “Arbitrando la Inversión”, cit, p. 168.

Asimismo, hay aspectos procesales regulados por el reglamento CIADI que están siendo materia de estudio y de análisis por el propio Centro, a efectos de modificarlos, como el surgido en relación a la transparencia y publicidad de los procesos arbitrales, así como en cuanto a la información calificada de privilegiada.

En la actualidad ya más de la mitad de los procedimientos arbitrales se vienen desarrollando en dos idiomas, lo cual significa una modificación importante que beneficia a las partes involucradas en el conflicto.

Por otro lado, el artículo 53 del Convenio establece que el laudo no puede ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso que no sea el de rectificación, aclaración, revisión y anulación, factible a ser interpuesto con posterioridad a la emisión del laudo.

Sin embargo, en algunos tratados recientes se han incluido disposiciones para el establecimiento de mecanismos de apelación que podrían abarcar casos amparados bajo el Convenio del CIADI⁽⁸⁾.

Todo lo cual indica importantes niveles de recepción y amplitud del Centro frente a las críticas surgidas de diferentes sectores de opinión, de tal manera que la posibilidad de alternativas a la resolución de conflictos en las inversiones internacionales, sigue siendo el arbitraje internacional.

4. EL PROCESO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE ESTADOS EN EL TLC FIRMADO ENTRE PERÚ Y ESTADOS UNIDOS

Todos los tratados de Libre Comercio tratan que las controversias que surjan entre los países suscriptores se resuelvan en una fase primera de negociación directa y armoniosa, en caso que ésta no de paso a una resolución del conflicto consensuada, se procede a una segunda etapa en que el conflicto se resolverá vía paneles, tribunales arbitrales, cuyo esquema procesal es casi común a estos tratados ⁽⁹⁾.

⁽⁸⁾ Ver Diapositiva N° 52 sobre el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones CIADI, de ÁLVAREZ ÁVILA, Gabriela, Puebla – México, octubre 2006, en: www.economia-snci.gob.mx/sic_php/pages/organismos/alca/presentaciones/unc).

⁽⁹⁾ Ver anexo.

5. MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE PARTICULARES

5.1. La solución de controversias entre particulares se encuentra regulada por la autonomía de la voluntad, sin que esto signifique que no se puedan aplicar convenios o tratados internacionales como, la Convención de Viena de 1980 ratificado por el Perú, relativo a la compra venta internacional de mercaderías

Las controversias suscitadas con relación a la contratación internacional ha encontrado su cauce casi natural en el arbitraje internacional, por ser este históricamente un mecanismo ágil y confiable para las partes en la medida que se ha incrementado el comercio internacional, que no hay demora en las comunicaciones y que el transporte internacional ha evolucionado, apareciendo nuevas formas de contratación y adjudicación de bienes, desarrollándose la compra-venta y el crédito.

Habiendo en paralelo surgido instituciones en diversas partes del mundo, que administran los conflictos que se suscitan de este tráfico internacional de mercancías.

5.2. Beneficios del arbitraje Internacional

- a. A diferencia del proceso judicial, el arbitraje no requiere de una normatividad procesal que limite la celeridad que el tráfico comercial requiere para resolver en su oportunidad los conflictos.
- b. Los árbitros al ser designados por las propias partes que interactúan en el conflicto, gozan de la confianza de quienes los designan, a diferencia del llamado juez natural en los procesos judiciales, y en el que las partes no juegan ningún papel en su designación.
- c. Las partes prefieren no verse sometidos a jueces y tribunales públicos que los ven distantes, carentes de experiencia en el Tráfico Comercial, prefiriendo por lo tanto, que sus diferencias sean resueltas por árbitros especializados.
- d. En el Arbitraje las partes pueden decidir el lugar o fuero neutral donde se resolverá la controversia.

- e. El arbitraje es más flexible que el proceso judicial, por cuanto los árbitros no tienen necesariamente que aplicar determinadas normas procesales del centro donde se realizará el arbitraje; el sentido común y las propias normas que las partes decidan, son las que prevalecerán.
- f. Las partes pueden elegir el tipo de arbitraje, el procedimiento que requiere el proceso, el lenguaje en que se desarrollará y el derecho sustantivo que solucionará la controversia.

5.3. La crisis en que se debate la jurisdicción y la administración de justicia en la mayoría de países no sólo de América Latina, así como el fracaso de las reformas que impulsara en la década de los 90 el Banco Mundial, han hecho que los estados ante exigencias de los inversionistas en algún momento se preguntaran ¿qué seguridad jurídica puede haber en países en los que ni siquiera es posible cobrar una letra de cambio con la celeridad diligente que exige el intercambio comercial, y en el que no existe el Estado de Derecho? Y en los que se veían obligados a negociar la resolución de los conflictos surgidos, muchas veces con inescrupulosos políticos, sedientos de poder y dinero.

Por ello, los estados democráticos comenzaron a fomentar los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos – MARCs y a reconocer sus ventajas, regulándolos y modificando sus normas, como en el caso del arbitraje.

6. CONCLUSIONES

- Los tratados de Libre Comercio suscritos por el Perú, así como otros convenios bilaterales o multilaterales, están constituyendo nuevas alternativas en la perspectiva del desarrollo económico nacional.
- El fomento a la inversión extranjera debe darse en un marco de estabilidad económica y política, que supone la existencia de un Estado de Derecho, garantías para las partes en el cumplimiento de las obligaciones contraídas.

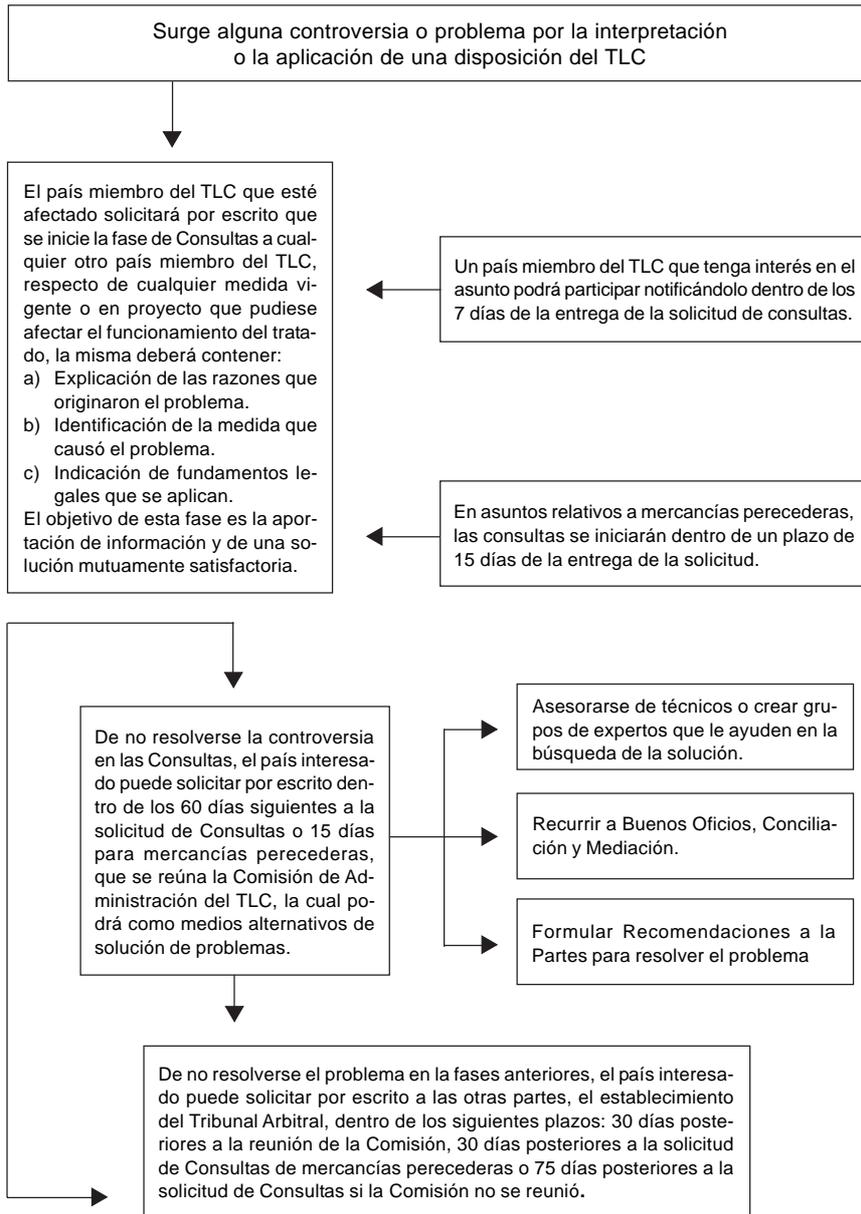
- Quienes participan de la actividad comercial deben tener en cuenta la nueva realidad que se vive en el mundo global, que ha generado principios y normas regulatorias propias de una nueva cultura comercial internacional, en la que juegan un papel importante las nuevas y renovadas formas en que se resuelven los conflictos, y en el que la equidad, transparencia y buena fe son fundamentales para consolidar esta alternativa frente al cuestionamiento de las jurisdicciones nacionales.

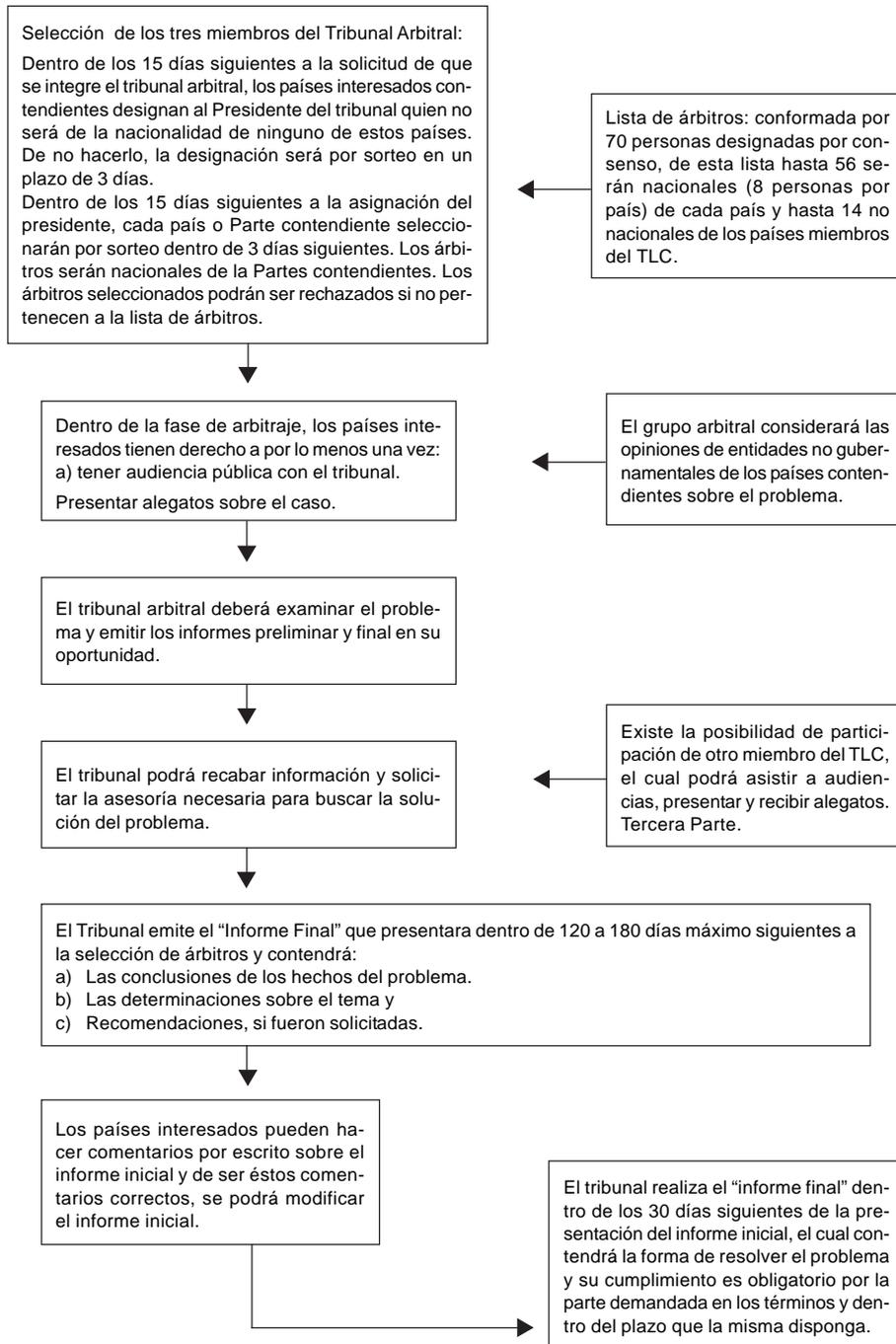
7. ANEXO

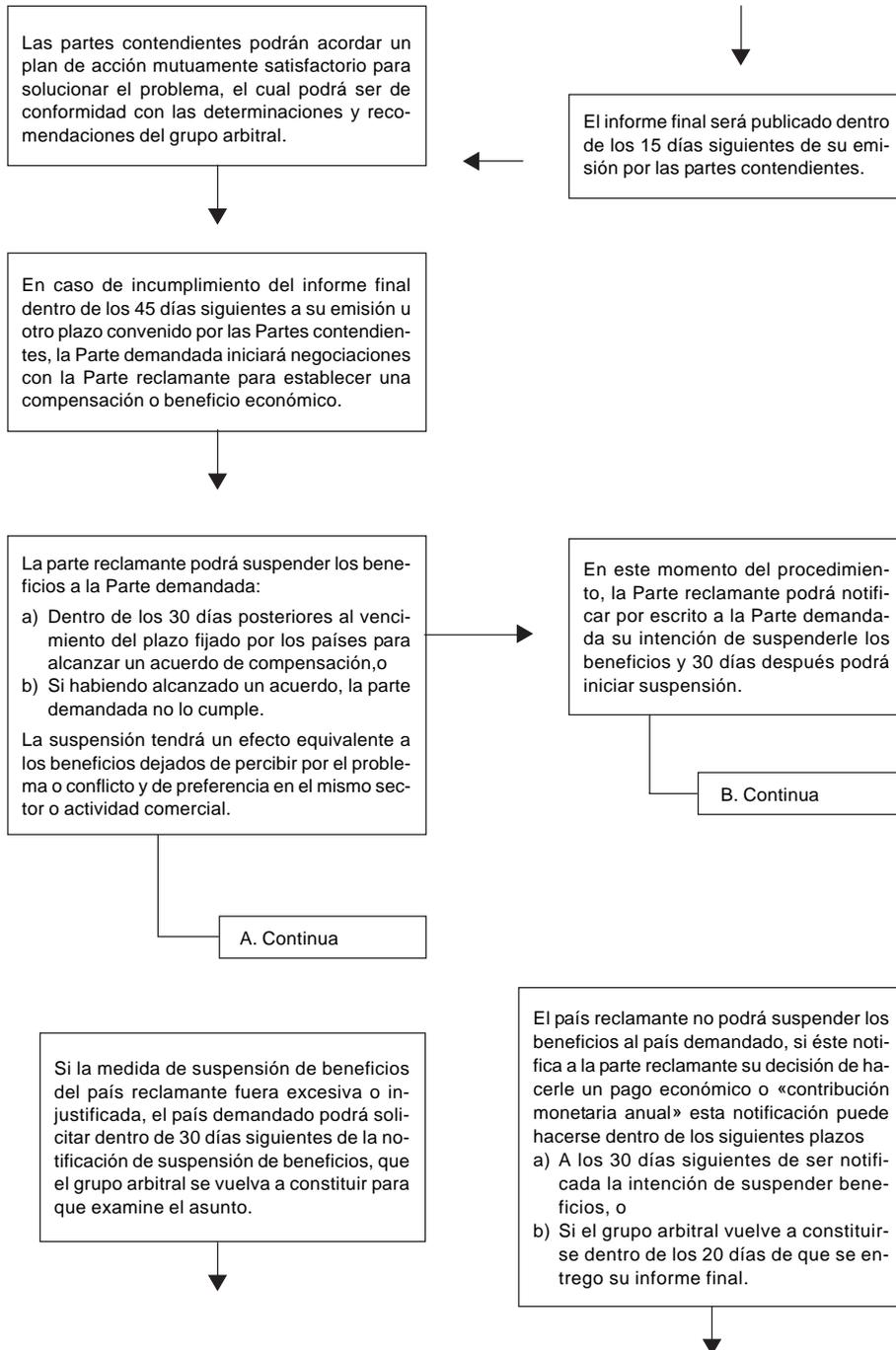
Adaptación del Cuadro Modelo del proceso estándar de los tratados bilaterales de libre comercio con Estados Unidos, propuesto por la Asociación de Investigación y Estudios Sociales y la Secretaría de Planificación y Programación SEGEPLAN, Investigación N° 8⁽¹⁰⁾. ▲

⁽¹⁰⁾ Ver PÉREZ LARA, José Rodolfo, para optimizar los beneficios y reducir los perjuicios en resolución de disputas, Guatemala, 2006.

DIAGRAMA DEL PROCESO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE PERÚ Y ESTADOS UNIDOS







El grupo arbitral se volverá a reunir lo más pronto posible y emitirá su decisión sobre este asunto dentro de los siguientes plazos:

- a) Los 90 días siguientes a que se reúnan para examinar la solicitud o
- b) Los 120 días siguientes de que fue presentada la solicitud por el país afectado por la suspensión de beneficios.

Los países interesados o Partes Contendientes realizarán consultas con el fin de llegar a un acuerdo sobre el monto de la «contribución monetaria» estas consultas se realizarán 10 días después de que la parte demandada notifique su decisión de hacer pago económico o contribución monetaria.

En caso no lleguen a un acuerdo, dentro de un plazo de 30 días después de iniciadas las consultas, el monto de dicha contribución monetaria se fijará en dólares de Estados Unidos y en un nivel correspondientes a:

- a) Un 50% del nivel de los beneficios que el grupo arbitral determine, o
- b) Un 50% del nivel que la parte reclamante pretende suspender.

 FERNANDO MANTILLA-SERRANO (*)

La denuncia de la Convención de Washington, ¿impide el recurso al CIADI? (**)

SUMARIO: *1. La convención de Washington prevé la denuncia. 2. Los efectos de la denuncia están limitados por la convención misma y por los compromisos del Estado. 2.1. La protección de los derechos y obligaciones en la convención. 2.2. Sumisión al arbitraje CIADI como una de las obligaciones del Estado bajo el BIT. 3. El camino a seguir por el inversionista no está desprovisto de dificultades.*

El 2 de mayo de 2007, el Banco Mundial recibió la notificación escrita de la decisión de la República de Bolivia de denunciar y consecuentemente de retirarse del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (La Convención de Washington o La Convención)⁽¹⁾. El retiro de Bolivia constituye la primera vez que en los 40 años de historia de la Convención de Washington, un Estado contratante denuncia la Convención. Excluyendo a Bolivia, la Convención de Washington cuenta actualmente con 143 Estados miembros.

(*) Socio partner Shearman & Sterling LLP, París. Miembro de la Corte Internacional de Arbitraje de París. Miembro del Panel de Árbitros de la International Centre for Settlement of Investment Disputes – ICSID.

(**) El presente artículo es la versión en español y adaptada del comentario publicado por el autor en *Mealey's International Arbitration Report*, 2007.

(1) Una copia de la carta se encuentra en la página web del Ministerio de Relaciones Exteriores de Bolivia. Ver Ministerio de Relaciones Exteriores y Cultos, <http://www.rree.gov.bo/inicio.htm>.

Fuera de Bolivia, también Venezuela y Nicaragua han manifestado su intención de retirarse de la Convención de Washington –no obstante, hasta el momento no han procedido formalmente para hacerlo–, y han exhortado a otros Estados latinoamericanos a hacer lo mismo, provocando que los efectos de dicho retiro sean cada vez más importantes e inciertos⁽²⁾. Es interesante analizar las consecuencias que se pueden derivar para aquellos inversionistas protegidos por un Tratado Bilateral de Inversión (“BIT”, por sus siglas en inglés) firmado por un Estado que se ha retirado –o que está en proceso de retirarse– de la Convención de Washington, y que contiene una cláusula de resolución de controversias en la que se designa al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI”) como el foro (o uno de los foros) para la solución de las controversias surgidas entre el inversionista y el Estado anfitrión. En ese orden de ideas ¿el hecho de que el Estado se retire de la Convención de Washington, excluye la posibilidad de que, posteriormente, el inversionista acuda a un arbitraje CIADI?

El determinar si un Estado, mediante la denuncia de la Convención de Washington, puede escapar a la obligación contenida en un determinado BIT de someter al arbitraje bajo los auspicios del CIADI, las controversias surgidas con los inversionistas, constituye una cuestión interesante y altamente debatida por la doctrina⁽³⁾.

(2) Recientemente, la República de Ecuador anunció la intención de invocar el artículo 25.4 de la Convención para sustraer las cuestiones relativas a hidrocarburos de la jurisdicción del CIADI. Sin embargo, hasta la fecha, ninguna acción oficial ha tenido lugar en este sentido.

(3) Para consultar las primeras declaraciones del autor sobre este tema, ver VIS-DUNBAR, Damon / PETERSON, Luke Eric / CABRERA DIAZ, Fernando, “*Bolivia notifies World Bank of withdraw from ICSID, pursues BIT revisions*”, in: *ITN Report 3*, 2007, http://www.iisd.org/pdf/2007/itn_may9_2007.pdf. Recientemente, algunos comentarios han sido publicados por otros expertos, ver GAILLARD, E., *The Denunciation of the ICSID Convention*, N.Y.L.J., 2007; MANCIAUX, S., “*La Bolivie se retire du CIRDI*”, in: *2 Revue d'Arbitrage* 351-357, 2007; ESCOBAR, A., “*Bolivia Exposes “Critical Dat” Ambiguity*”, in: *3 Global Arbitration Review*, 17, 2007. Adicionalmente, una importante discusión se ha llevado a cabo en foros de discusión en línea, ver Yahoo France Groups, arbitrage-adr, <http://fr.groups.yahoo.com/group/arbitrage-adr/>.

El derecho que tiene un Estado de retirarse de la Convención de Washington está fuera de duda (I). Sin embargo, los efectos del retiro de un Estado están limitados por la previa manifestación de su consentimiento a someterse a la competencia del CIADI (II). No obstante ello, el camino para un inversionista que piensa recurrir contra un Estado que se ha retirado de la Convención, presenta algunas dificultades (III).

1. LA CONVENCIÓN DE WASHINGTON PREVÉ LA DENUNCIA

El artículo 54(a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“La Convención de Viena”) establece que la denuncia de un tratado debe llevarse a cabo conforme a las disposiciones del tratado⁽⁴⁾.

Como la gran mayoría de los tratados internacionales, la Convención de Washington contempla la posibilidad de denuncia por cualquiera de los Estados miembros de la misma. El artículo 71 de la Convención de Washington establece que:

“Todo Estado Contratante podrá denunciar este Convenio mediante notificación escrita dirigida al depositario del mismo. La denuncia producirá efecto seis meses después del recibo de dicha notificación”.

En el caso de Bolivia, la notificación se dio de acuerdo con las disposiciones de la Convención de Washington: una notificación presentada por escrito ante el Banco Mundial, el cual, de acuerdo con el artículo 73 de la Convención, actúa como depositario⁽⁵⁾. Adicionalmente,

(4) Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969, 1155 U.N.T.S. 331 (entró en vigencia el 27 de enero de 1980). Cabe precisar que Bolivia, Nicaragua ni Venezuela son miembros de la Convención de Viena: Venezuela y Nicaragua no la han firmado aún, mientras que Bolivia, habiéndola firmado el 23 de mayo de 1969 no la ha ratificado. Independientemente de si el Estado es signatario de la Convención de Viena o no, dicha convención es parte integral del Derecho Internacional y es reconocida como codificación del Derecho Internacional Consuetudinario.

(5) El presidente de Bolivia, Evo Morales, afirmó que a pesar de la denuncia de la Convención de Washington, Bolivia no tiene ninguna intención de abandonar el Banco Mundial, ver nota de Prensa, Evo Morales asegura que no entra en sus planes abandonar el Banco Mundial, 2007, <http://www.rree.gov.bo/inicio.htm>.

en una noticia comunicada el 16 de mayo de 2007, el CIADI anunció que el Banco Mundial había notificado la denuncia de la Convención por parte de Bolivia a todos los Estados signatarios de la misma, tal y como lo establece el artículo 75⁽⁶⁾. En ese orden de ideas el retiro, tuvo efecto el pasado 3 de noviembre de 2007.

Sin embargo, la Convención de Washington tiene como particularidad ser un tratado que crea un centro de conciliación y arbitraje (CIADI), al cual muchos contratos, leyes nacionales y BITs, todos igualmente vinculantes para un Estado, hacen referencia como foro para resolver las controversias relacionadas con inversiones.

Por lo tanto, los efectos de la denuncia de la Convención por un Estado, no pueden considerarse sin tener en cuenta los otros compromisos adquiridos por el Estado que la ejerce.

2. LOS EFECTOS DE LA DENUNCIA ESTÁN LIMITADOS POR LA CONVENCIÓN MISMA Y POR LOS COMPROMISOS DEL ESTADO

2.1. La protección de los derechos y obligaciones en la Convención

La Convención, en efecto, contiene una disposición que protege los derechos y las obligaciones derivados de la misma cuando, antes de la denuncia de la Convención, el Estado ha manifestado su consentimiento para someterse a la jurisdicción del CIADI. El artículo 72 establece que:

“Las notificaciones de un Estado Contratante hechas al amparo de los artículos 70 y 71 no afectarán a los derechos y obligaciones, conforme a este Convenio, de dicho Estado, sus subdivisiones políticas u organismos públicos, o de los nacionales de dicho Estado nacidos del consentimiento a la jurisdicción del Centro dado por alguno de ellos con anterioridad al recibo de dicha notificación por el depositario”.

⁽⁶⁾ Nota de Prensa, CIADI, Bolivia, in: Submits a Notice Under Article 71 of the ICSID Convention, 2007, <http://www.worldbank.org/icsid/highlights/05-16-07.htm>.

De acuerdo con el sentido literal de este artículo, la denuncia de la Convención no puede afectar los derechos y obligaciones derivados del “consentimiento a la jurisdicción del Centro dado por el Estado que se retira” antes de que éste denuncie la Convención.

Debido a que hasta ahora ningún Estado había ejercido el derecho de denuncia consagrado en el artículo 71 de la Convención, no existe ninguna interpretación autorizada de la frase “consentimiento a la jurisdicción del Centro”, mencionada en el citado artículo 72.

Sin embargo, el artículo 31(1) de la Convención de Viena dispone que un tratado debe interpretarse “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. La simple lectura del artículo 72 de la Convención de Washington conduce a concluir que el consentimiento al que se refiere, no requiere la aceptación del inversionista para alcanzar el status de “consentimiento”. Así, el artículo 72 de la Convención exige únicamente la existencia –antes de la denuncia de la Convención– del consentimiento otorgado “por *alguna*” de las partes (el resaltado es nuestro). En ninguna parte dicho artículo exige que alguien más –en este caso el inversionista– reconozca, acepte o actúe en función de dicho consentimiento con el fin de que tenga pleno efecto la “cláusula de supervivencia” consagrada en el artículo 72.

La historia del anteproyecto de la Convención confirma este enfoque⁽⁷⁾. Efectivamente, quienes redactaron la Convención contemplaron la posibilidad de que, pese a su retiro de la Convención, un Estado pudiera permanecer obligado a someter sus eventuales controversias con los inversionistas al CIADI⁽⁸⁾. Algunos delegados trataron de introducir

(7) Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 32, el cual permite acudir a los trabajos preparatorios de un tratado como medio complementario de interpretación.

(8) Respondiendo la pregunta de un delegado acerca de cuánto tiempo después de la denuncia de la Convención por parte de un Estado permanece vigente la obligación de éste de someter una controversia al CIADI, se contestó que “si el contrato con la compañía contenía una cláusula arbitral y si dicho contrato tenía una duración de digamos 20 años, el Estado podría estar obligado de someter sus controversias con esa compañía al Centro de acuerdo con lo establecido en ese contrato”. *International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)*, II-2 History Of The Icsid Convention N° 1009-1010, pp. 57-58, 1968.

algunas limitaciones a dicha posibilidad, pero ninguna de ellas fue aceptada. Posteriormente, se explicó que una mera “declaración general” o un “pronunciamiento general” en favor del sometimiento a la jurisdicción del CIADI no debería vincular al Estado, hasta tanto el inversionista no los haya aceptado antes de la denuncia de la Convención⁽⁹⁾. Por consiguiente, una manifestación de consentimiento (por oposición a los meros pronunciamientos o declaraciones generales) haría efectiva la protección contenida en el artículo 72 de la Convención. No existe ningún fundamento en el texto del artículo 72 ni en la historia del anteproyecto, para que el “consentimiento”, tal y como aparece en el artículo 72 deba interpretarse como “consentimiento mutuo” por parte del Estado y del inversionista.

En cuanto a la cuestión de la forma como debe manifestarse el consentimiento, se ha dicho, y se ha confirmado en varios laudos arbitrales del CIADI⁽¹⁰⁾, que el consentimiento puede ser expresado a través de mecanismos independientes que, a su vez, estén separados en el tiempo⁽¹¹⁾.

Por lo tanto, cabe preguntarse si la existencia de un BIT o de una ley nacional de protección de inversiones, que expresamente prevea un arbitraje CIADI, otorgando así al inversionista el derecho de acudir al CIADI para resolver sus controversias con el Estado anfitrión, constituye en sí, y en ausencia de aceptación por parte del

⁽⁹⁾ *Ibidem*, pp. 61-62.

⁽¹⁰⁾ *Southern Pacific Properties Ltd. c. La República Árabe de Egipto*, caso CIADI N° ARB/84/3, 1988, 3 ICSID Rep. 131, 145, 1995; *Asian Agricultural Product, Ltd. (AAPL) c. República de Sri Lanka*, caso CIADI N° ARB/87/3, 27, 1990, 6 ICSID Rev. – Foreign Investment L.J. 526, 527, 1991; GAILLARD, Emmanuel, *La Jurisprudence Du CIRDI* 457, 2004.

⁽¹¹⁾ Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo, *Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, 1965, (edición 2006), § 24, disponible en: <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm>. Ver también PARRA, Antonio R. in: *Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment*, 12 ICSID Rev. – FOREIGN INVESTMENT L.J., 287, 360, 1997; BROCHES, A., *The Convention on the Settlement of Investment Disputes States and Nationals of Other States*, 136-II Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye (R.C.A.D.I.) 333, 353, 1972.

inversionista (en el giro ordinario, usualmente manifestada por una *triggering letter* o una solicitud de arbitraje), una manifestación del consentimiento del Estado de someterse a la jurisdicción del CIADI en el sentido del artículo 72 de la Convención.

2.2. Sumisión al arbitraje CIADI como una de las obligaciones del Estado bajo el BIT

La mayoría de los BIT contiene cláusulas referentes a la solución de controversias surgidas entre un Estado contratante anfitrión y un inversionista del otro Estado contratante. Muchos de los BIT prevén el recurso al arbitraje bajo los auspicios del CIADI en términos tan amplios que suponen mucho más que una mera “declaración general” a favor del arbitraje CIADI y, por lo tanto, constituyen una real manifestación del consentimiento del Estado de someterse a la jurisdicción del CIADI⁽¹²⁾.

El BIT es de por sí un tratado –completamente independiente de la Convención– que, como tal, constituye fuente de derechos y obligaciones. En lo que al inversionista respecta, se considera que el acceso al arbitraje, CIADI o de cualquier otro género, como mecanismo para resolver las controversias con el Estado anfitrión hace parte de los derechos y protecciones sustanciales concedidos a las inversiones cobijadas por el BIT⁽¹³⁾. Una parte significativa de la doctrina sobre el Derecho de Inversiones reconoce al inversionista como el beneficiario directo del BIT, otorgándole derechos que tienen un “efecto directo”⁽¹⁴⁾.

(12) Por supuesto, la cuestión crucial de si un Estado ha dado, sin ambigüedad alguna, su consentimiento a la jurisdicción del CIADI, dependerá de la propia redacción del BIT aplicable.

(13) Agustín Maffezini, Emilio, El Reino de España, decisión sobre la jurisdicción, caso CIADI N° ARB/97/7, 2000, 16 ICSID Rev. – Foreign Investment L.J. 212, 231, 2001. Ver también Siemens A.G. c. La República Argentina, decisión sobre la jurisdicción, caso CIADI N° ARB/02/8, 2004, Par. 102, <http://www.worldbank.org/icsid/cases/siemens-decision-en.pdf>.

(14) Ver de manera general, PAULSON, Jan, “Arbitration Without Privity”, en: 12.2 ICSID, Rev. – Foreign Investment L.J., 232, 237, 1995; WERNER, Jacques, *The Trade Explosion and Some Likely Effects on International Arbitration*, 14.2 JOURNAL OF INTERNATIONAL ARBITRATION 5, 6, 1997; LEBEN, Charles *La responsabilité internationale de l'Etat sur le*

Algunos de los BIT establecen un límite mínimo 10 años antes del cual no pueden ser denunciados (mediando, en todo caso, un preaviso de un año). Además, la mayoría de las veces, incluso después de la terminación, las inversiones protegidas por un BIT y realizadas antes de la denuncia del mismo, continúan beneficiando los derechos garantizados por dicho BIT, en algunos casos por un período adicional hasta de 15 años.

De acuerdo con lo anterior, –y por el momento dejando de lado el asunto de la denuncia de la Convención de Washington– nunca se ha discutido que durante todo el tiempo en que una inversión beneficia la protección del BIT, permanece válida la obligación del Estado de someter al arbitraje CIADI las controversias surgidas con ocasión de dicha inversión. De igual forma, tampoco se discute el derecho que tiene el inversionista de incoar procesos arbitrales bajo los auspicios del CIADI.

Así las cosas, ¿puede la denuncia de la Convención –de la cual el inversionista no es ni parte ni beneficiario directo– ser un medio legítimo para que un Estado se retracte de su consentimiento al arbitraje CIADI el cual ha sido válidamente otorgado en el BIT?

Si la denuncia de la Convención fuese suficiente para no acudir al arbitraje CIADI indicado en un determinado BIT, ello significaría que un Estado podría, con total impunidad, privar al BIT de sus efectos (en cuanto a lo que a la cláusula de resolución de controversias concierne), por el simple hecho de retirarse de la Convención, mientras que el BIT –amputado de uno de los derechos ofrecidos al inversionista– permanecería vigente. Ese resultado parece contradecir los principios de *pacta sunt servanda* y de la buena fe⁽¹⁵⁾. Lo anterior, puede llegar a constituir una denegación de justicia, en el evento en que un BIT señale al CIADI como único medio para resolver las controversias entre el inversionista

fondement des traités de promotion et de protection des investissements, Annuaire Français de Droit Internationale 683, 690, 2004. Ver también Asian Agricultural Product Ltd. (AAPL) c. la República de Sri Lanka caso CIADI N° ARB/87/3, 27 de junio de 1990, 6 ICSID Rev. –Foreign Investment L.J. 526, 526-73, 1991.

(15) Los principios de *pacta sunt servanda* y de la buena fe determinan la observación y la interpretación de los tratados. Ver: Convención de Viena, supra nota 3, en artículos 26 y 31.

y el Estado anfitrión⁽¹⁶⁾. Aún más si la inversión ha sido realizada confiando en la protección ofrecida por el BIT (incluyendo el derecho de acudir a un arbitraje ante el CIADI).

Esta es, precisamente, la situación que el artículo 72 de la Convención quiere evitar, es decir, el Estado impidiendo, con su propia actitud, el cumplimiento de la obligación de someterse al CIADI.

Un razonamiento similar puede aplicarse a la situación en la cual una ley nacional relativa a la protección de inversiones contiene la manifestación del consentimiento del Estado de someterse a la jurisdicción del CIADI.

3. EL CAMINO A SEGUIR POR EL INVERSIONISTA NO ESTÁ DESPROVISTO DE DIFICULTADES

Por supuesto, si al momento de retirarse de la Convención (es decir, mientras el Estado es todavía un Estado parte de la Convención), ya existe un acuerdo directo entre el Estado y el inversionista para someterse a la jurisdicción del CIADI⁽¹⁷⁾, la cuestión del efecto del retiro se torna indiscutible a la luz del artículo 25 de la Convención, que en su aparte relevante establece lo siguiente:

“La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo publico de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado”.

⁽¹⁶⁾ En este asunto, algunos autores han sugerido que el inversionista puede invocar la cláusula de la nación más favorecida del BIT con el fin de obtener el beneficio de un tercer tratado. Ver GAILLARD, Emmanuel, *Establishing Jurisdiction through a Most-Favored-Nation Clause*, 233 N.Y.L.J., 2005.

⁽¹⁷⁾ Dicho acuerdo puede ser el resultado de una cláusula arbitral contenida en el propio acuerdo de inversión, o de cualquier otra acción del inversionista que indique aceptación del consentimiento manifestado por el Estado.

Partiendo del artículo 25 de la Convención, algunos comentaristas consideran que el “consentimiento” al que se refiere al artículo 72 debe ser “mutuo”⁽¹⁸⁾. En otras palabras, para estos comentaristas, si el consentimiento del Estado de someterse a la jurisdicción del Centro –manifestado a través de un BIT, o de una ley nacional de protección de inversión– no ha sido aceptado por el inversionista, la mera expresión de consentimiento por parte del Estado no lo vincula⁽¹⁹⁾.

Este enfoque, basado en la noción “consentimiento” del artículo 25, parece fundamentarse en criterios tradicionales tomados de la teoría general de los contratos y, en particular, de las nociones de oferta y aceptación.

Sin embargo, el artículo 25 de la Convención –y las nociones contractuales de oferta y aceptación– no deberían entrar en juego para determinar si la Convención continúa vigente después de su denuncia o no. Esta cuestión está totalmente regulada en el artículo 72⁽²⁰⁾. Ahora bien, una vez que en virtud del contenido del artículo 72 de la Convención, ésta sea considerada como aplicable al Estado denunciante de la misma, procederá entonces examinar si el “consentimiento” al que se refiere el artículo 25 está presente. En este punto, y de acuerdo con la práctica del CIADI, el solo hecho de presentar la Solicitud de Arbitraje debería ser suficiente como manifestación escrita del consentimiento

(18) Ver SCHREUER, Christoph H., *The ICSID Convention: A commentary* 1285, 2001. Ver también, MANCIAUX, supra nota 2, en 355. Pero ver, GAILLARD, supra nota 2, planteando la posición contraria.

(19) *Ibidem*, p. 1286 (observando “con el fin de que el consentimiento prevalezca a la luz del artículo 72, éste debe expresarse antes de la denuncia de la Convención (...). El consentimiento se perfecciona después de que haya sido aceptado por ambas partes. Así las cosas, no será suficiente una manifestación unilateral del consentimiento del Estado anfitrión, efectuada a través de la legislación o de un tratado y realizada antes de la notificación de la denuncia, conforme a los artículos 70 o 71. El efecto de la preeminencia del consentimiento contenido en el artículo 72 solo se planteará si la oferta fuese aceptada por escrito por el inversionista, antes de la notificación de la denuncia de la Convención (...).”).

(20) El artículo 72 hace referencia exclusivamente a la supervivencia de derechos y obligaciones derivadas del consentimiento que ha sido manifestado por el Estado, aun en ausencia de consentimiento por parte del inversionista.

del inversionista de someterse al arbitraje CIADI, según lo dispuesto en el citado artículo 25.

Aunque el sentido literal del artículo 72, la historia de su redacción, los principios de *pacta sunt servanda* y de la buena fe, así como el argumento de la confianza del inversionista militan conjuntamente contra una interpretación restrictiva de la cláusula de supervivencia (artículo 72) de la Convención, el retiro de Bolivia –o de cualquier otro Estado contratante de la Convención– complicará, sin lugar a dudas, la iniciación de un procedimiento arbitral una vez dicho retiro quede en firme. De hecho, para un país como Bolivia –con 19 BIT vigentes– la decisión de retirarse de la Convención puede estar inspirada en la voluntad de crear esa clase de obstáculos.

En efecto, cualquier inversionista que inicie un arbitraje sobre la base del consentimiento del Estado de someterse a la jurisdicción del CIADI, tal y como expresado en un BIT o en una ley de protección de inversión en vigor, tendría primero que convencer al Secretario General del CIADI al momento del registro de la Solicitud de Arbitraje. Dando alcance a lo dispuesto en el artículo 36(3) de la Convención, el Secretario General registrará la solicitud “salvo que (...) encuentre que la diferencia se halle manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro”. Dado el contenido del artículo 72 de la Convención, el mero hecho de la denuncia de la Convención no debería ser impedimento para que el Secretario General del CIADI registre la solicitud y permita así que la cuestión sea debatida ante el Tribunal Arbitral⁽²¹⁾.

Adicionalmente, es claro que la denuncia de la Convención no afecta, de manera alguna, las posibles alternativas, diferentes al arbitraje CIADI, contempladas en el BIT aplicable.

En relación con la posibilidad de recurrir al Reglamento del Mecanismo Complementario, si tal posibilidad está contemplada en el BIT aplicable, en el evento en que el “Centro no esté disponible” o cuando

⁽²¹⁾ El pasado 31 de octubre de 2007, es decir después de notificada la denuncia de la Convención pero antes de que la misma tuviera efecto, el CIADI registró un caso contra la República de Bolivia (v. Caso N° ARB/07/28 – E.T.I. Euro Telecom International N.V. v. República de Bolivia).

“una de las partes no sea un Estado contratante, de la Convención CIADI” el inversionista podría optar por el Reglamento del Mecanismo Complementario. Sin embargo, en ausencia de tal referencia a ese mecanismo, es difícil “transformar” el consentimiento al arbitraje CIADI en un consentimiento al Reglamento del Mecanismo Complementario⁽²²⁾.

En este momento es difícil prever si otros países seguirán el ejemplo de Bolivia. Hasta el momento, a pesar de todo lo que se ha comentado al respecto, Venezuela y Nicaragua no han procedido formalmente a denunciar la Convención. Quizás, después de todo, el artículo 72 nos está demostrando su verdadera utilidad. ▲

(22) El artículo 4 del Reglamento del Mecanismo Complementario requiere mutuo consentimiento de las partes y aprobación del Secretario General del CIADI. Ver Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), Reglamento del Mecanismo Complementario, <http://www.worldbank.org/icsid/facility-spa/partA.htm>.

Laudo Arbitral Nacional

Laudo
Arbitral
Nacional




LAUDO

Dictado por el Tribunal Arbitral presidido por el doctor Gonzalo García Calderón Moreyra e integrado por los doctores Juan Francisco Rojas Leo y Ricardo Rodríguez Ardiles, en la controversia surgida entre EL CONSORCIO VIAL CHAVÍN (en adelante, EL CONSORCIO), de una parte, y el PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DEPARTAMENTAL - PROVÍAS (en adelante, PROVÍAS), de la otra.

Resolución N° 32

Lima, 29 de octubre de 2007

I. VISTOS

1.1. ANTECEDENTES

1.1.1 El Convenio Arbitral. Está constituido por la Cláusula Décimo Tercera del Contrato de Ejecución de Obra N° 1987 – 2005 – MTC/22 de fecha 26 de julio de 2005, “Mejoramiento y Rehabilitación de la Carretera Cátac – Huari - Pomabamba, Tramo San Marcos - Huari (Km.78+400 – Km.110 + 000), ubicado en el departamento de Ancash”. En dicha Cláusula Arbitral las partes acuerdan que en el caso de controversias que pudieran suscitarse entre las partes como consecuencia de la ejecución de este contrato, se resolverá mediante los procedimientos de conciliación y/o arbitraje, con excepción de aquellas referidas en el artículo 23° de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control de la Contraloría General de la República, Ley N° 27785 y demás que por su naturaleza sean excluidas por ley.

1.1.2 Instalación del Tribunal Arbitral. De acuerdo con el Acta de Instalación de fecha 26 de septiembre de 2006, el Tribunal Arbitral procedió a instalarse, con la presencia y aceptación de las partes, estableciendo las normas aplicables, Reglas del Proceso, Actuación de Pruebas, Plazos y Términos, Régimen de Pago de los Gastos Arbitrales, y los demás conceptos que aparecen en el Acta respectiva, debidamente suscrita.

1.1.3 Oportunidad de la presentación de la Demanda y su Contestación. La demanda fue presentada con fecha 19 de octubre de 2006, dentro del plazo fijado

y, asimismo, la contestación de la demanda se produjo dentro del término, como consta en el escrito respectivo, recibido por el Tribunal Arbitral el 28 de noviembre de 2006.

1.2. DEMANDA

1.2.1. Como Primera Pretensión Principal, EL CONSORCIO solicita que el Tribunal Arbitral declare el derecho del contratista a que se le reconozca el mayor costo de obra, derivado del alza del precio del petróleo, con la finalidad de restituir el equilibrio económico financiero del contrato, declarando inaplicable la Fórmula Polinómica contenida en el Expediente Técnico de Obra, y que en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 011 – 79 – VC, sus modificatorias, ampliatorias y complementarias, así como las conclusiones y opiniones que sobre las Fórmulas Polinómicas han expresado respectivamente el Instituto Nacional de Estadística e Informática mediante Oficio N° 038 – 2004 (GTE) emitida por la Gerencia Técnico Normativa, con fecha 09 de marzo de 2004, se proceda a aprobar la Fórmula Polinómica presentada por el Contratista con Carta CHAVIN 215 – 24688 – 05 del 11.NOV.05, que considera dentro de los monomios de la misma las desagregaciones necesarias a efectos de que se considere como recursos todos los insumos que se utilizan en la obra, desglosando los costos de hora - máquina empleada de sus componentes básicos: costo de la mano de obra del operador, costo de la mano de obra del mantenimiento, costo de posesión, costo de mantenimiento, costo de petróleo diesel y costo de lubricantes; todo ello con el propósito de que se refleje en forma justa el monto real de las prestaciones efectuadas y, en consecuencia, mantengan el equilibrio económico financiero del contrato.

1.2.2. Como Segunda Pretensión Principal, EL CONSORCIO solicita que el Tribunal Arbitral ordene a la demandada realizar de inmediato el pago de la suma de S/. 1 281,480.09 (Un millón Doscientos Ochenta y Un Mil, Cuatrocientos Ochenta y 09/100 Nuevos Soles) más el IGV e intereses, sin perjuicio de las sumas que por el mayor costo de obra, derivado del alza del precio del petróleo, se devenguen en el futuro hasta la culminación efectiva de los trabajos.

1.2.3. Como Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal, EL CONSORCIO solicita que el Tribunal Arbitral declare que existe Abuso de Derecho, ejercido por parte de la demandada, al aplicar una Fórmula Polinómica antitécnica que realiza un reajuste insuficiente del monto del contrato, rompiendo el equilibrio económico del mismo, y ordene el pago de la suma de S/. 1 281,480.09 (Un Millón doscientos ochenta y un mil, cuatrocientos ochenta y 09/100 Nuevos Soles) mas IGV e intereses, por concepto de indemnización, sin perjuicio de las sumas que por el mismo concepto se devenguen en el futuro hasta la culminación efectiva de los trabajos.

1.2.4. Como Segunda Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal, EL CONSORCIO solicita que en caso de ser denegada la pretensión precedente, el Tribunal Arbitral declare que la demandada pague a la demandante la suma de S/. 1 281,480.09 (Un Millón doscientos ochenta y un mil, cuatrocientos ochenta y 09/100 Nuevos Soles), por concepto de rescarcimiento por el enriquecimiento sin causa de

la demandada en detrimento de la demandante, al pagar por una obra un monto menor al que realmente corresponde.

1.2.5. Como Tercera Pretensión Principal, EL CONSORCIO solicita que el Tribunal Arbitral declare que PROVÍAS asuma los gastos que demande la realización del arbitraje solicitado, incluyendo honorarios arbitrales, honorarios de la secretaria arbitral, así como las costas y los costos de la asesoría técnica y legal que han contratado para resolver la presente controversia, reservándose el derecho de ampliar el monto de la presente demanda arbitral debido a que hasta la fecha de su interposición, los hechos que generaron el incremento del precio del petróleo no han cesado, señalando que el Contratista se encuentra realizando desembolsos por montos mayores a los contractuales. En tal sentido, se reservan el derecho a solicitar el pago de los mayores daños o costos adicionales que por el mismo concepto se vayan generando a la fecha de emisión del laudo arbitral.

1.2.6. Como antecedente EL CONSORCIO señala que con fecha 03/12/04 el Ministerio de Transportes y Comunicaciones a través del Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Departamental – PROVÍAS, llevó a cabo la Segunda Convocatoria a la Licitación Pública Nacional N° 0001 – 2004 – MTC/22, para seleccionar a la empresa Contratista que se encargaría de ejecutar la Obra: Mejoramiento y Rehabilitación de la Carretera Catac - Huari - Pomabamba, Tramo San Marcos – Huari (Km78+400 – Km. 110+000).

1.2.7. Indica la accionante que mediante Oficio Múltiple N° 001 – 2004 – MTC/RVMCSH/2DACON/C.E, del 10/12/04 el Presidente del Comité Especial les remite el cuadernillo de absolución de consultas del Proceso de Selección antes citado en el cual consta la CONSULTA N° 33 formulada por la empresa TRANSLEI S.A., referente al Numeral 30.0 de las Bases de Licitación, Sección *“Del Reajuste Automático de los Precios”*, en el que señala que *“los reintegros por reajuste de precios se calcularán mediante fórmulas polinómicas, que obren en el Expediente Técnico, según lo establecido en el Art. 44º del Reglamento del TUO de la Ley N° 26850 y las disposiciones legales vigentes sobre la materia”*. Al respecto la Empresa TRANSLEI consultó, haciendo referencia a que *“a raíz de los cambios en el mercado Internacional, el petróleo viene sufriendo alzas importantes”*, y que, al ser *“el petróleo normalmente parte del precio de los equipos, la única manera que tiene el Contratista de reajustar el aumento del costo del petróleo es a través del incrementos que registren en la fórmula polinómica debido a la variación de los índices de equipos y maquinaria nacional e importada (Índices 47 y 48)”*; y siendo que *“los índices de los equipos no han aumentado en la proporción correcta con el aumento del costo de petróleo, lo cual finalmente termina generando una pérdida importante para el Contratista”*; solicitó que: *“para evitar este problema, descomponer y/o separar en los análisis de precios unitarios, el costo del petróleo del costo del equipo, para poder obtener una Fórmula Polinómica equitativa y que cubra los reajuste y cambios de precios existentes del mercado.”* El Comité Especial mediante la respuesta N° 66, responde a la consulta descrita que: *“Se mantiene la fórmula polinómica en vista que se ha realizado en cumplimiento del D.S. N° 011 – 79 – VC sus modificatorias y ampliatorias.”*

1.2.8. Manifiesta EL CONSORCIO que mediante Oficio Múltiple N° 002 – 2004 – MTC/RVMCSH/2DACONV/C.E, del 03/01/05, el Presidente del Comité Especial les remite el cuadernillo de absolución de observaciones, en el que manifiesta no haber acogido algunas de ellas, poniendo a disposición de los observantes la posibilidad de ser elevadas ante el CONSUCODE. Entre las observaciones no acogidas se encuentra la Observación N° 6, formulada por TRANSLEI S.A., en la que observa el fundamento dado por el Comité Especial en su respuesta N° 66, estimando que la misma *“contraviene la normativa vigente además de no estar debida ni suficientemente fundamentada”*. Asimismo, argumenta que *“si bien es cierto que se cumple con la normativa del DS N° 11 – 79 – VC y sus modificatorias y ampliatorias, esto se produce sólo en la forma y no en el fondo, pues el objetivo y razón real de la fórmula es proteger al Contratista de los aumentos reales de los costos de los insumos..., que de modo recurrente se viene presentado en nuestra economía local y mundial. Asimismo, señala que el hecho real y palpable es que el Petróleo Diesel es un insumo de primer orden en la Construcción de carreteras al tener una incidencia de 16% de los costos directos ...”*; ante ello solicita al Comité Especial acoja la observación y permita presentar, al postor, *“conjuntamente con su oferta, una fórmula de reajustes o que en todo caso la Entidad modifique la fórmula incluida en el expediente y la haga absolutamente concordante con todos los recursos e insumos, con sus respectivos índices, que intervienen en el costo de obra.”* En respuesta a esta observación la Entidad reiteró *“que el presupuesto ha sido elaborado no considerando situaciones coyunturales, que son circunstancias, los precios de la maquinarias que se empleará durante el proceso constructivo de la obra, han sido cotizados en el mercado en donde se rige por la ley de la oferta y demanda, estos precios incluyen depreciación, seguros, mantenimiento y reparaciones, lubricantes filtros, neumáticos, operarios, PETROLEO (combustibles), y lo correspondiente a utilidad”*, por lo que la fórmula polinómica estaba de acuerdo al Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Art. 44° en concordancia con el DS 011 – 79 – VC).

1.2.9. Señala la accionante que no estando conforme la referida en empresa con lo absuelto por el Comité Especial, reitera su observación a las Bases en la página 16 del Anexo N° 03, manifestando básicamente que *“con las referidas respuestas el Comité Especial esta vulnerando lo establecido en el art. 25 de la Ley (en especial el inc. I), así como el artículo 44° del Reglamento”*, sustentándolo de la siguiente manera:

“(i) que atendiendo a la realidad existente a esa fecha y con la finalidad de que la fórmula cumpla con la razón de su existencia (es decir reajustar los precios a valor constante), se individualice el índice del combustible (insumo sujeto a cotización internacional) separándolo del índice del equipo en el que se encuentra subsumido, (ii) que sólo se busca que se cumpla con lo establecido en el art. 44° del reglamento, que establece en cuanto a la FINALIDAD y RAZON de que existan fórmulas polinómicas, esto es MANTENER A VALOR CONSTANTE la oferta del Contratista y por lo tanto que el equilibrio económico financiero se instaure al

adjudicar la buena pro." A esta observación el Comité Especial responde que se absolvió en la oportunidad de atender la Observación N° 06."

1.2.10. Menciona la Demandante que con fecha 17/01/05 el CONSUCODE emite el Pronunciamiento N° 010 – 2005/GTN, mediante el cual determina que "NO ACOGE" las Observaciones formuladas por los adquirentes de las bases, entre ellas, la referente a las fórmulas polinómicas, recalcando que *"la materia cuestionada es eminentemente técnica y, en consecuencia, es el Comité Especial el órgano competente y especializado para decidir si la fórmula polinómica fijada en el expediente técnico está o no acorde con los bienes que se pretende reajustar"* (párrafo 7 de la pág. 2 del Anexo 04); asimismo señala que, el Comité Especial sostiene que el presupuesto ha sido elaborado no considerando situaciones coyunturales, que son circunstanciales, y que los precios de maquinarias que se utilizarán han sido cotizados en el mercado incluyendo depreciación, petróleo (combustible) y lo correspondiente a la utilidad; asimismo indica que el Comité Especial ha señalado que *"el costo del precio del combustible se encuentra incluido dentro del monomio maquinaria, la cual (sic) de acuerdo a las bases debe ser pagada según el costo de alquiler, el cual en este caso es a todo costo, de manera que no se justifica el pago o actualización del combustible de manera separada."* (Párrafo 8 de la pág. 2 del Anexo).

1.2.11. Indica EL CONSORCIO que con fecha 17/06/05 presentó su Oferta Económica por un monto ascendente a S/. 51 781,349.36, Nuevos Soles (Cincuenta y un Millones setecientos ochenta y un mil trescientos cuarenta y nueve con treinta y seis Nuevos Soles) siendo el Valor Referencial de S/. 57 534,832.62 Nuevos Soles (Cincuenta y siete Millones ochocientos treinta y dos mil con sesenta y dos Nuevos Soles) incluido IGV, con precios al mes de octubre del 2004.

1.2.12. Señala la demandante que con fecha 18/06/05, mediante Carta CHAVIN 215 – 23595 – 05 remitió a PROVÍAS los Análisis de Precios Unitarios correspondientes a su Propuesta Económica.

1.2.13. Indica la demandante que con fecha 25/07/05, PROVÍAS y EL CONSORCIO suscribieron el Contrato N° 1987 – 2005 – MTC/22 con el objeto de ejecutar la Obra *"Mejoramiento y Rehabilitación de la Carretera Catac - Huari – Pomabamba – Tramo San Marcos – Huari (Km. 78+400 – Km. 110+00)"* por un monto ascendente a S/. 51 781,349.36 (Cincuenta y un Millones setecientos ochenta y un mil trescientos cuarenta y nueve con treinta y seis) Nuevos Soles, incluido IGV y un plazo de ejecución de 324 días calendario.

1.2.14. Señala la accionante que para la supervisión de la ejecución de la obra PROVÍAS contrató al CONSORCIO VIAL SMH.

1.2.15. Menciona la demandante que con fecha 11/11/05, mediante Carta CHAVIN 215 – 24688 – 05 , manifiesta a la Entidad que *"teniendo en consideración que el sistema de contratación es de precios unitarios y de conformidad con la normativa vigente aplicable a los contratos de obras públicas, la elaboración de la fórmula*

polinómica se efectúa en base a los precios unitarios ... remitimos la fórmula polinómica, que refleja la estructura de nuestros Análisis de Precios Unitarios y nuestra propuesta económica que fue objeto de la Buena Pro"; y que en ese sentido, solicitaban que las valorizaciones correspondientes al contrato san (sic) reajustadas con la referida fórmula polinómica. Dicha fórmula considera el insumo Petróleo Diesel como parte integrante de un monomio, con la finalidad de que dicha polinómica refleje las reales variaciones de precios y se mantenga invariable el equilibrio económico financiero del contrato.

1.2.16. Indica EL CONSORCIO que con fecha 09/12/05 mediante el Oficio N° 0524 – 2005 – MTC/22.07 la Entidad le remitió el Memorando N° 1777 – 2005 – MTC/22.05, emitido por la Gerencia de Asuntos Legales de Provías Departamental, el cual concluye que no es procedente modificar la fórmula polinómica.

1.2.17. Señala la demandante que la Entidad, a pesar de haber sido advertida de las deficiencias de la Formula Polinómica del Expediente Técnico de Obra, no ha efectuado modificación alguna a la misma, lo que ha generado daños de carácter económico al Contratista ascendente a la suma de S/. 1 281,480.09 (Un millón doscientos ochenta y un mil cuatrocientos ochenta con nueve) Nuevos Soles como consta en el Peritaje Técnico, de parte, sobre *"Reajustes de Precios por Petróleo Diesel"*.

1.2.18. Indica la accionante que desde enero del 2003 el precio del petróleo a nivel internacional ha experimentado alzas considerables no pudiendo estabilizarse hasta la fecha. Asimismo, señala que el aumento de los precios del petróleo a nivel nacional se ha visto reflejado en una variación notable de los índices establecidos por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI). Así, el índice vigente a la fecha de presentación de su propuesta en Junio del 2005 era de 653.02 siendo el índice establecido para el petróleo a agosto del año en curso de 713.39. Manifiesta la demandante que dichas cifras demuestran no sólo un incremento excesivo en los precios del petróleo sino también lo imprevisible del alza ya que esa variación no ha sido registrada en los índices de los años anteriores, haciendo que la carga económica derivada de las prestaciones a nuestro cargo se incrementen de manera excesiva, con lo cual el equilibrio económico financiero del Contrato se encuentra resquebrajado, dado que se han visto obligados a realizar un mayor desembolso de dinero con el objeto de adquirir el combustible necesario para operar la maquinaria indispensable para la ejecución de la obra.

1.2.19. Señala la accionante que en el numeral 4.1 de la Cláusula Cuarta del Contrato de Obra se establece que el monto del mismo asciende a la suma de S/. 51 781,349.36 (Cincuenta y un millones setecientos ochenta y un mil trescientos cuarenta y nueve con treinta y seis) Nuevos Soles incluido IGV, con precios referidos al mes de octubre del 2004, según oferta económica del Contratista. Asimismo, en los numerales 2.0 y 4.0 de las Bases se establece que el sistema de licitación es el de Precios unitarios referidos al mes de octubre de 2004, lo que implica que el contratista al efectuar su oferta sólo podía incluir las variables y hechos que conocía en dicha fecha, no signifi-

cando ello que el Contratista por causas no imputables a él, como la inestabilidad del precio del petróleo, no tenga el derecho a que se le reconozcan las variaciones de tales precios unitarios.

1.2.20. Indica la demandante que según lo señalado en el numeral 30.0 de las Bases de Licitación "*Del reajuste Automático de Precios*", los reintegros por reajuste de precios se calcularán mediante fórmulas polinómicas, que obren en el Expediente Técnico, según lo establecido en el Art. 44 ° del Reglamento del TUO de la Ley N° 26850 y las disposiciones legales vigentes sobre la materia. En ese sentido, indica la accionante que la fórmula polinómica es un mecanismo de reajuste automático de precios que se aplica a los contratos de ejecución prolongada y pago diferido, de tal manera que se mantenga permanentemente actualizada la equivalencia de las prestaciones a cargo de cada una de las partes.

1.2.21. Menciona la demandante que según lo que se señala en el numeral 1.6 de la Pericia de Parte y en la OPINION N° 038 – 2004 – GTN de la Gerencia Técnica Normativa del CONSUCODE de fecha 09/03/04, queda totalmente desvirtuado que el costo del precio del combustible se encuentre incluido dentro del monomio maquinaria, es decir, en los Índices Unificados N° 048 (maquinaria nacional) y N° 049 (maquinaria importada), pues estos no consideran los Índices Unificados N° 047 (Mano de Obra) y N° 053 (Petróleo Diesel), con lo cual se concluye que la Entidad viene aplicando una fórmula polinómica deficiente.

1.2.22. Manifiesta el Consorcio Vial Chavín que considerando que el Contrato suscrito por las partes es de prestaciones recíprocas, oneroso y de adhesión, el Contratista tiene derecho a que se le asegure la obtención del beneficio que tuvo en mente al momento de obligarse a la ejecución de las prestaciones a su cargo, tomando en cuenta los riesgos normales que tuvo en consideración al momento de contratar. En tal sentido, indica la demandante que no sólo es razonable sino también obedece a un criterio de justicia que se mantenga la equivalencia entre las cargas y ventajas de ambas partes producto del nuevo contexto en el que se enmarca la ejecución del Contrato. Concluye la demandante que si el esfuerzo del Contratista se ve incrementado por razones que no le son atribuibles, la contraprestación debe incrementarse también.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1.3.1 Mediante Escrito de fecha 28/11/06, PROVÍAS contesta la Demanda arbitral, señalando que el Ministerio de Transporte y Comunicaciones a través del ex – Proyecto Especial de transportes de infraestructura Departamental convocó a Licitación Pública Nacional N° 001 – 2004 – MTC/22 para seleccionar la empresa contratista que se encargaría de la ejecución de los trabajos de mejoramiento y rehabilitación a nivel de tratamiento superficial bicapa de la carretera Cátac - Huari – Pomabamba, Tramo San Marcos - Huari, ubicada en el departamento de Ancash, siendo el valor referencial ascendente a S/. 57 534,832.62 (Cincuenta y siete millones quinientos treinta y cuatro mil ochocientos treinta y dos con sesenta y dos) Nuevos Soles incluido IGV, con precios referidos a octubre 2004.

1.3.2 Indica la demandante que del proceso de selección realizado, el Ministerio otorgó la buena pro al Consorcio Vial Chavín, suscribiéndose el Contrato N° 1987 – 2005 – MTC/22 de fecha 25/05/05 por el monto ascendente a S/. 51 781,349.36 (Cincuenta y un millones setecientos ochenta y un mil trescientos cuarenta y nueve con treinta y seis) Nuevos Soles, incluido el IGV, con precios referidos al mes de octubre del 2004, y un plazo de ejecución de 324 días calendarios continuos.

1.3.3 Señala PROVÍAS que la entrega del terreno se llevó a cabo con fecha 08/08/05, estableciéndose a partir del 09/08/06 la fecha de inicio de obra, con vencimiento del plazo contractual con fecha 28/06/06.

1.3.4 De igual manera señala PROVÍAS que la supervisión y control se encuentra a cargo del Consorcio Vial SMH, en mérito a la suscripción del Contrato N° 1149 – 2005 – MTC/22 de fecha 12/07/05.

1.3.5 Asimismo, señala la demandada que en base a las prórrogas de plazo otorgadas al Contratista, mediante Resolución Directoral N° 415 – 2006 – MTC/22 de fecha 31/08/06, se aprobó la Ampliación de plazo N° 14 por 54 días calendario y la Reducción del Plazo N° 1 por 66 días calendario, estableciéndose la fecha de vencimiento del término de obra para el 17/02/07.

1.3.6 Manifiesta la demandada que mediante escrito del 17 de octubre del 2006, el Consorcio Vial Chavín interpone demanda, solicitando se declare un mayor costo de obra por concepto de indemnización por mayor costo de petróleo, hasta por S/. 1 281,480.09 (Un millón doscientos ochenta y un mil cuatrocientos ochenta con nueve Nuevos Soles).

1.3.7 Señala PROVÍAS que el Consorcio Vial Chavín pretende declarar inaplicable la fórmula Polinómica establecida en el Expediente Técnico, dejando de lado las Bases de Licitación Pública Nacional N° 0001 – 2004 – MTC, donde se estableció que las obras serían contratadas por el sistema de precios unitarios, esto quiere decir que el contratista, ofertaría precios por el pago de una determinada cantidad de trabajos (metrados) de una actividad o partida específica del presupuesto siendo estos de carácter inalterable, estableciéndose el reajuste por causa de la variación de precios de acuerdo a lo normado en el artículo 44 del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por D.S. N° 013 – 2001 – PCM, en este caso, calculados mediante formulas polinómicas establecidas previamente en el Expediente Técnico.

1.3.8 Asimismo, PROVÍAS señala que el reconocimiento de los mayores costos producidos por la variación de precios de los insumos que intervienen en las obras está plenamente reglamentado mediante el empleo de fórmulas polinómicas de reajuste, quedando establecido que en caso de contratos de obra pactados en moneda nacional las Bases establecerán las fórmulas de reajuste, siendo que su elaboración y aplicación se sujetan a lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 011 – 79 – VC, y sus modificatorias, ampliatorias y complementarias.

1.3.9 Señala la demandada que el Consorcio demandante muestra una conducta claramente contraria a la buena fe contractual, toda vez que considera que era totalmente previsible la subida del petróleo. En ese sentido, considera que el Consorcio elaboró una propuesta que le permitiera lograr un solo objetivo: hacerse de la buena pro a cualquier costo, sin importar para ello el recurso a presentar una propuesta poco seria en términos económicos.

1.3.10 Indica la demandada que el Numeral 30.0 de las Bases de Selección, para la Licitación Pública Nacional N° 001 – 2004 – MTC/22, establece: *“Los reintegros por reajuste de precios se calcularán mediante fórmulas polinómicas, que obren en el Expediente Técnico, según el artículo 44 del Reglamento del TUO de la Ley N° 26850 y las disposiciones legales vigentes sobre la materia”*, siendo el objeto de la fórmula polinómica determinar el coeficiente de reajuste “K”, el cual es obtenido luego de aplicar en la fórmula o fórmulas polinómicas del contrato, los índices de precios de los elementos que intervienen en la construcción, publicados oficialmente cada mes por el Instituto Nacional de Estadísticas e Informática – INEI.

1.3.11 Señala la demandada que el Consorcio Vial Chavín tuvo pleno conocimiento de las condiciones establecidas en las bases de Licitación Pública Nacional N° 00001 – 2004 – MTC/22, cuya aceptación se encuentra plasmada en la suscripción de su propuesta técnica mediante el cual declara haber recibido la documentación del proceso y tomado pleno conocimiento de su contenido.

1.3.12 Señala PROVÍAS que la memoria del estudio de costos - que se encuentra en el expediente técnico y que , por tanto, forma parte de las bases de licitación - estableció: *“Alquiler de maquinaria y equipo: a través del cual consideró para el costo de los equipos y maquinarias que intervienen en las diversas partidas que conforman el presupuesto contratado la tarifa referencial de alquiler horario del mercado correspondiente al mes de octubre del 2004, cuyo precio incluye costo del operador, el costo de reposición, los presupuestos, lubricantes, llantas y petróleo”*. Por lo tanto, manifiesta la demandada que el precio correspondiente al equipo, es el de alquiler, de manera que al Consorcio se le retribuye como pago el costo de alquiler de los equipos por lo que se puede inferir que la propuesta económica presentada por el postor incluye los costos antes indicados.

1.3.13 Indica la demandada que debe quedar claramente establecido que la fórmula polinómica a utilizarse para el reajuste de los costos de la obra es la establecida en el Expediente Técnico, ya que ésta fue acordada entre las partes durante el desarrollo del proceso de selección y luego con la suscripción del contrato.

1.3.14 Menciona la demandada que el contrato suscrito por las partes no puede ser considerado como un contrato de adhesión, pues durante la etapa de selección, los proveedores que deseen participar en esa contratación pueden efectuar las consultas que crean convenientes, a fin de que la entidad convocante haga aclaraciones y/o correcciones al contenido de las Bases y los documentos que las conforman, a fin de que la entidad convocante, y en su defecto el CONSUCODE procedan a hacer las modificaciones que corresponde, en caso esas observaciones deban acogerse.

1.3.15 La demanda indica asimismo, que la imprevisibilidad de la subida del petróleo no es supuesto real, pues como se ha demostrado esas “subidas anormales” ya eran una situación casi cotidiana en los años 2003, 2004 y 2005, incluso en el año 2006, en el que el proceso se invierte, pues se presentó una baja considerable de esos precios. Concluye la demandada señalando que la evolución del precio del petróleo en un contexto de conflictos internacionales en la zona de mayor producción de dicho insumo, no resulta desde ningún punto de vista imprevisible.

1.3.16 Señala PROVIÁS que modificar la fórmula polinómica considerada en el Expediente Técnico con la que se reajusta las valorizaciones contractuales, por la resultante de los análisis de precios unitarios según la propuesta económica del contratista (Carta CHAVIN 215 – 24688 – 05 del 11/11/05) no procede, porque el presupuesto ha sido elaborado no considerando situaciones coyunturales, que son circunstancias, y que los precios de las maquinarias que se utilizarán han sido cotizados en el mercado incluyendo depreciación, petróleo (combustibles) y lo correspondiente a utilidad, ya que debe tomarse en cuenta lo señalado por el CONSUCODE mediante Oficio N° 876/2004(PRE) mediante el cual remite el Pronunciamiento N° 182 – 2004 (GTN), además de lo establecido en el numeral 8.1 del Contrato de Obra N° 1987 – 2005 – MTC/22, así como lo señalado en el artículo 2° del Decreto Supremo N° 022 – 79 – VC.

1.3.17 Indica la demandada respecto del Informe Pericial ofrecido por el Consorcio Vial Chavín que la fórmula sí refleja tanto el costo de posesión de las maquinarias como el costo de la operación de las mismas, y por tanto el petróleo se encuentra debidamente considerado. Asimismo, manifiesta la demandada que debe quedar claro que los monomios para maquinaria nacional (48) y maquinaria importada (49) consideran tarifas de alquiler de equipo horario del mercado, para la ejecución de las diferentes actividades o partidas contratadas, en cuyo costo el precio del combustible se encuentra incluido dentro del monomio maquinaria en la cual, de acuerdo a las bases debe ser pagada según el costo de alquiler, no procediendo al pago o actualización de precio del combustible de manera separada, como se desprende de su planteamiento al proponer el uso de otra fórmula polinómica distinta a la establecida en las Bases, incorporando un monomio independiente para reajustar el petróleo.

1.3.18 Señala la demandada que con respecto al monto indicado por el Contratista, no se ha tenido a la vista el detalle del cálculo del monto pretendido, asimismo manifiesta que no se tiene el sustento de dicho cálculo ni como se obtiene esta suma de S/. 1 281,480.09 (Un millón doscientos ochenta y un mil cuatrocientos ochenta con nueve) Nuevos Soles. Solamente se dice que se ha confeccionado una nueva fórmula polinómica y que, según el contratista, refleja la estructura real de la variación de los costos, con lo cual se llega a ese monto, sin el menor sustento.

1.3.19 Indica la demandada, respecto del posible abuso de derecho ejercido por esta parte al aplicar una fórmula polinómica antitécnica, que la entidad realizó un proceso de selección amparado en un marco jurídico del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Además, señala la demandada que el petróleo venía sufriendo alzas importantes y al no haber sido acogida la observación del postor para

modificar la fórmula, en la etapa de observaciones a las bases, el contratista debió incluir algún factor de seguridad que le permita compensar posibles alzas al momento de elaborar su propuesta económica.

1.3.20 Asimismo, menciona la demandada que respecto del resarcimiento por el enriquecimiento sin causa en detrimento de la demandante que, esto no es correcto, porque el proceso se llevó a cabo con estructuras del Expediente Técnico que forma parte de las Bases de la Licitación, con la cual la demandante confeccionó el análisis de costos unitarios, correspondiente a su propuesta económica.

1.4. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN, FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

Con fecha 1 de febrero de 2007, se realizó la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, fijándose los siguientes puntos controvertidos:

1. Como Primera Pretensión Principal, determinar si corresponde o no que la entidad demandada reconozca a la demandante, el mayor costo de obra derivado del alza del precio del petróleo, declarando inaplicable la fórmula polinómica contenida en el expediente técnico y el contrato, y se proceda a aprobar la fórmula polinómica presentada por el Contratista mediante Carta Chavín 215-24688-05 de fecha 11/11/05.

2. Como Segunda Pretensión Principal, determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad demandada que abone al Contratista la suma de de S/. 1, 281,480.09 (Un Millón Doscientos Ochenta y Un Mil, Cuatrocientos Ochenta con 09/100) Nuevos Soles, como consecuencia del mayor costo producido en obra más el IGV e intereses, sin perjuicio de las sumas que por el mismo concepto se devenguen a futuro hasta la culminación efectiva de los trabajos.

3. Como Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal, determinar si corresponde o no que se declare que existe Abuso de Derecho, ejercido por parte de la Demandada, al aplicar una Fórmula Polinómica antitécnica que realiza un reajuste insuficiente del monto del contrato por lo que se debería ordenar el pago de la suma de S/. 1, 281,480.09 (Un Millón Doscientos Ochenta y Un Mil, Cuatrocientos Ochenta y 09/100) Nuevos Soles, más el IGV e intereses, por concepto de indemnización, sin perjuicio de las sumas que por el mismo concepto se devenguen en el futuro hasta la culminación efectiva de los trabajos.

4. Como Segunda Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal, determinar si corresponde o no que se ordene a la demandada el pago de la suma de S/. 1 281,480.09 (Un Millón Doscientos Ochenta y Un Mil, Cuatrocientos Ochenta y 09/100) Nuevos Soles, más el IGV e intereses, por concepto de resarcimiento por el enriquecimiento sin causa de la Demandada en detrimento de la Demandante, al pagar por una obra un monto menor al que realmente corresponde.

5. Como Tercera Pretensión Principal, determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene que PROVIAS DESCENTRALIZADO asuma los gastos que demande la realización del arbitraje solicitado, incluyendo honorarios arbitrales, honorarios del secretario arbitral, así como las costas y los costos de la asesoría técnica y legal que hemos contratado para resolver la presente controversia. Reservándose el derecho a solicitar el pago de los mayores daños o costos adicionales que por el mismo concepto se vayan generando a la fecha de emisión del laudo arbitral.

ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

Se admiten como medios probatorios en el presente proceso los siguientes:

1. De la parte demandante:

Los documentos ofrecidos y presentados en su escrito de demanda presentada con fecha 19 de octubre de 2006 del punto Noveno "Medios Probatorios" de la demanda y que obran como anexos 1 al 13.

2. De la parte demandada:

- a) Los documentos ofrecidos y presentados en su escrito de contestación de demanda de fecha 28 de noviembre del 2006 numerados como Anexos 01 y 02.
- b) Exhibición ofrecida en su escrito de contestación de demanda de fecha 28 de noviembre del 2006, sobre las Bases de la Licitación Pública Nacional N° 001-2004-MTC/22.

Mediante escrito de fecha 14 de febrero de 2007, PROVIAS NACIONAL cumple dentro del plazo otorgado, con la exhibición del original de las Bases de la Licitación Pública Nacional N° 001-2004-MTC/22, ante la Secretaría General de Arbitraje, dejando una copia fedateada de la misma en Autos.

- c) Pericia Técnica: Se admitió la Pericia la cual tenía por objeto emitir un dictamen sobre los puntos siguientes:
 1. Verificar que los costos unitarios del presupuesto base, contemplan tarifas de alquiler de equipo (cotización de mercado) y estas corresponden a octubre de 2004, fecha de elaboración del valor referencial e incluyen, por tanto, el insumo petróleo.
 2. Revisar la estructura de la fórmula Polinómica propuesta por el contratista, verificar la incidencia del monomio petróleo, verificar su relación con el alza de combustible, asimismo analizar la incidencia de los otros monomios.
 3. Evaluar si el monto reclamado como pago en la demanda es el corresponde y en caso de obtenerse un monto distinto, indicar y sustentar debidamente el mismo.

Mediante Resolución N° 13 de fecha 5 de marzo del 2007, se precisó que el tercer objeto de la pericia era la de *“Evaluar – con carácter referencial y a las resultas de pronunciamiento del Tribunal - si el monto reclamado como pago en la demanda por el contratista es el corresponde a los términos de su pretensión y, en caso de obtenerse un monto distinto utilizando dichos términos, indicar y sustentar debidamente el mismo.”*

Se nombró al ingeniero Jesús Ramos Salazar quien con fecha 21 de mayo de 2007, presentó el Informe Pericial.

1.5. AUDIENCIA DE PRUEBAS

Con fecha 13 de agosto de 2007, se realizó la Audiencia de Pruebas con la asistencia de las partes, el objeto de dicha diligencia fue la exposición de la prueba pericial elaborada por el ingeniero Jesús Ramos Salazar, así como atender algunos comentarios sobre las observaciones presentadas por las partes, procediendo el Perito Ingeniero Jesús Ramos Salazar a absolver las observaciones efectuadas. Las partes hicieron uso de la palabra. Asimismo, ambas partes hicieron el uso de su derecho de réplica y duplica.

El Tribunal Arbitral otorgó el plazo de tres (03) días hábiles para que el Perito ingeniero y las partes presenten sus conclusiones del informe pericial y de las observaciones y consultas recogidas en dicha audiencia. Vencido el plazo otorgado por el Tribunal Arbitral, no fueron presentadas ni por las partes ni por el Perito ingeniero.

1.6. DE LOS ALEGATOS ESCRITOS

Con fecha 31 de agosto de 2007, EL CONSORCIO presenta sus Alegatos. Asimismo, con fecha 03 de septiembre del presente año, PROVÍAS presentó sus Alegatos escritos, de conformidad con lo establecido en el numeral 55 de las Reglas del Proceso Arbitral del Acta de Instalación de Tribunal Arbitral de fecha 26 de septiembre del 2006.

1.7. AUDIENCIA DE INFORME ORAL

Con fecha 04 de octubre del 2007, se realizó la Audiencia de Informe Oral. Las partes hicieron uso de la palabra e hicieron uso de su derecho de réplica y duplica. Los miembros del Tribunal Arbitral realizaron una serie de consultas las mismas que fueron absueltas por las partes.

Mediante Resolución N° 31 de fecha 16 de octubre de 2007, el Tribunal Arbitral ordenó traer los autos para laudar en el plazo de veinte (20) días hábiles, contados a partir del día siguiente de notificadas las partes. Dicha resolución fue notificada a las partes con fecha 18 de octubre de 2007.

II. CONSIDERANDOS

2.1. SOBRE LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA PLANTEADA POR PROVIAS.

2.1.1. PROVIAS deduce Excepción de Incompetencia del Tribunal Arbitral respecto de la primera y segunda pretensión subordinada a la primera pretensión principal contenida en la demanda, en base a los siguientes fundamentos:

- a. Que, según el convenio arbitral, se estableció como materia de arbitraje las controversias que surjan de la ejecución o interpretación del Contrato de Obra.
- b. Que, las pretensiones de Indemnización por Abuso de Derecho o Enriquecimiento Sin Causa son fuentes de obligaciones distintas al contrato, motivo por el cual no pueden ser materia arbitrable en este caso.

2.1.2. Por su parte, EL CONSORCIO manifiesta en su escrito de fecha 2 de enero de 2007 que conforme al convenio arbitral las partes acordaron que resolverían mediante arbitraje *“cualquier controversia que surja desde la celebración del Contrato”*, lo cual incluiría los supuestos de indemnización por Abuso de Derecho y Enriquecimiento Sin causa, derivados de la relación jurídica contractual generada entre las partes como consecuencia de la celebración del Contrato de Obra.

2.1.3. Sobre esta problemática en particular, no existe norma jurídica ni jurisprudencia vinculante que disponga expresamente que la pretensión de Indemnización por Abuso de Derecho o Enriquecimiento Sin Causa, no puedan ser de competencia arbitral.

2.1.4. Sin embargo, el artículo 1 de la Ley General de Arbitraje no excluye estas pretensiones del ámbito arbitral, dado que sobre las mismas las partes tienen facultad de libre disposición, no versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas, ni son relativas a bienes o derechos de incapaces, ni interesan al orden público o que versan sobre delitos o faltas, ni son concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público.

2.1.5. Por otro lado, el artículo 8 de la Ley General de Arbitraje señala que *“El convenio arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual”*.

2.1.6. La Indemnización es una obligación que puede tener origen a partir de una relación jurídica contractual o no contractual. En ese sentido, es claro que cualquier Indemnización, ya sea por Inejecución de Obligaciones, Abuso de Derecho o Enriquecimiento Sin Causa, puede ser materia arbitrable, de conformidad con el citado artículo 8 de la Ley General de Arbitraje.

2.1.7. Dicho esto, la discusión en este caso se debe centrar en si el convenio arbitral celebrado por las partes incluye la posibilidad de someter a arbitraje pretensiones de Indemnización por Abuso de Derecho o de Enriquecimiento Sin Causa.

2.1.8. El convenio arbitral señala que será materia de arbitraje “*cualquier controversia que surja desde la celebración del Contrato*”. Es decir, el único límite que señala el convenio es el temporal: a partir de la celebración del contrato, cualquier controversia que surja entre las partes, será materia de arbitraje.

2.1.9. El Tribunal considera que cuando el convenio arbitral se refiere a “*cualquier controversia*” no incluye aquellas que sean ajenas a la relación contractual que se ha generado entre las partes al momento de celebrar el contrato de obra, o dicho de otro modo, surgidas por la celebración de otro contrato o acto jurídico que vincule a las partes.

2.1.10. Por otro lado, el Tribunal también considera que cualquier controversia suscitada en relación a la ejecución de obligaciones contenidas en el contrato, deben ser resueltas mediante arbitraje.

2.1.11. La indemnización por Abuso de Derecho o Enriquecimiento sin Causa es una obligación que se encuentra entre ambos tipos de obligaciones: no es una obligación contenida en el contrato (como puede ser el pago del precio) pero tampoco es una obligación ajena al contrato (como podría ser el pago de precio de otro contrato celebrado entre las partes). En ese sentido, la discusión se centra en determinar si dicha obligación estaría incluida o excluida del convenio arbitral.

2.1.12. Para ello, se debe determinar previamente si la Indemnización por Abuso de Derecho o Enriquecimiento Sin Causa puede ser incluida en un convenio arbitral que se refiere exclusivamente a controversias que surjan a partir de la celebración de un contrato, en otras palabras, si se puede generar en ocasión a la ejecución de un contrato, o si se trata de una obligación que sólo puede nacer de hechos jurídicos que no están relacionados con la ejecución de contratos o actos jurídicos.

2.1.13. En relación al Abuso de Derecho, este ha sido definido como una “*conducta que, sustentándose en un derecho subjetivo, se convierte en antisocial al transgredir en su ejercicio, o a través de su omisión, un genérico deber jurídico que cristaliza el valor solidaridad*”⁽¹⁾.

2.1.14. Sobre el ámbito de su aplicación, la doctrina es pacífica al señalar que el Abuso de Derecho puede darse tanto en el ámbito extracontractual como en el contractual. Sobre el particular, el profesor Marcial Rubio ha señalado lo siguiente:

“En la sistemática de nuestra legislación, la responsabilidad civil puede ser contractual y extracontractual y el abuso de derecho puede presentarse tanto en una como en otra”⁽²⁾.

(1) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, *Abuso del Derecho*, 2ª ed., Grijley, Lima, 1999, p. 163.

(2) RUBIO CORREA, Marcial, *Prescripción, caducidad y otros conceptos en el nuevo Código Civil*. Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, Lima, 1987, pp. 160-161.

2.1.15. Coincidiendo con el profesor Rubio, el profesor Fernando de Trazegnies ha señalado lo siguiente:

“(...) puede decirse que el abuso de derecho es más amplio que la responsabilidad extracontractual porque opera también en el campo contractual. (...) debemos considerar que el abuso de derecho es una figura de la responsabilidad civil (tanto contractual como extracontractual)”⁽³⁾

2.1.16. Lo mismo podemos decir respecto de la indemnización por Enriquecimiento Sin Causa, dado que es perfectamente posible que este se pueda dar en ocasión del desenvolvimiento de una relación contractual, dado que según Luis Díez-Picazo *“todo desplazamiento patrimonial, todo enriquecimiento y, en general, toda atribución, para ser lícitos, deben fundarse en una causa o razón de ser que el ordenamiento jurídico considere como justa. Cuando una atribución patrimonial no está fundada en una justa causa el atributario debe restituir al atribuyente el valor del enriquecimiento. Correlativamente, surge una acción a favor de éste último para obtener o reclamar dicha restitución.”⁽⁴⁾*

2.1.17. En ese sentido, queda claro la indemnización por Abuso de Derecho o Enriquecimiento Sin Causa, se puede generar en ocasión de la ejecución de un contrato, o del desenvolvimiento de las partes dentro del marco de una relación jurídica patrimonial derivada de un vínculo contractual.

2.1.18. Por estas razones, en este caso el Tribunal considera que el problema es determinar si el convenio arbitral incluye someter a arbitraje controversias derivadas del incumplimiento de obligaciones no derivadas del contrato pero sí del vínculo contractual, como son los deberes genéricos de no incurrir en Abuso de Derecho o Enriquecimiento sin Causa en la ejecución del mismo. En estos términos, el Tribunal debe avocarse a una labor interpretativa del convenio arbitral.

2.1.19. A fin de dar solución a esta discrepancia de interpretación, el Tribunal considera pertinente aplicar los criterios interpretativos amparados en nuestra legislación. En este sentido, el Tribunal procederá a desarrollar brevemente un marco conceptual respecto de los criterios y principios interpretativos para luego, proceder a aplicar dichas nociones al caso concreto.

2.1.20. El primer principio aplicable es el denominado principio Voluntarista que de acuerdo con Díez-Picazo⁽⁵⁾, implica que *«la interpretación debe orientarse, en primer lugar, a indagar y encontrar la verdadera voluntad de los contratantes (...) que es*

⁽³⁾ TRAZEGNIES, Fernando de, *La responsabilidad extracontractual*, 7ª ed., Fondo Editorial PUCP, Lima 2003, T. II, pp. 448-449.

⁽⁴⁾ DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, 2ª ed., Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1983, Vol. 1, p. 89.

⁽⁵⁾ *Ibidem*, p. 263.

ante todo la voluntad que presidió la formación y la celebración del contrato (...) y la voluntad común de ambas partes y no la voluntad individual de una de ellas» (El subrayado es nuestro).

2.1.21. En igual sentido explica Emilio Betti⁽⁶⁾, citando a Carnelutti:

“(...) la investigación interpretativa de una convención debe ser conducida por el juez no para buscar y esclarecer la intención integral de una o de ambas partes contratantes sino aquello que, tanto de la intención de una o de la otra parte, se haya fusionado para formar aquella común intención que constituye la ley del contrato”.

2.1.22. Cabe señalar que este principio se encuentra expresamente recogido en el artículo 168 de nuestro Código Civil, el cual establece:

“El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe” (El subrayado es nuestro)⁽⁷⁾.

2.1.23. De acuerdo a este principio interpretativo, se puede buscar dilucidar cuál fue la verdadera voluntad de las partes teniendo cuidado de no concluir algo distinto a aquello que las partes pretendieron regular.

2.1.24. En este caso, de una simple lectura de los términos del Convenio Arbitral, se puede concluir que la intención común de las partes era someter a arbitraje “cualquier controversia” que surja desde de la celebración del Contrato de Obra, cualquiera que sea su origen, siempre y cuando está relacionado con ese vínculo contractual.

2.1.25. De otro lado, hay que tener presente también el principio de buena fe, según el cual toda interpretación deberá efectuarse de forma tal que la conclusión a la que se llegue refleje y respete la confianza que la voluntad declarada en el contrato generó en ambas partes. Ello teniendo en cuenta que la confianza surgida fue la que generó que se contrataría en los términos en que se hizo y que las partes se comportarían como lo hicieron. Al respecto, BETTI nos señala que el Principio de Buena Fe puede concebirse esencialmente como: *“(...)una actitud de cooperación encaminada a cumplir de modo positivo la expectativa de la otra parte, actitud que tiene como aspectos más destacados la confianza, la fidelidad, el compromiso, la capacidad de sacrificio, la prontitud en ayudar a la otra parte (...).”*⁽⁸⁾

(6) BETTI, Emilio, *Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos*, Traducción de José Luis de los Mozos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, p. 348.

(7) En la misma línea, el artículo 1361 del Código Civil dispone que *“Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla”* (el subrayado es nuestro)

(8) BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, Revista de Derecho Privado, Madrid, T. I. pp. 78.

2.1.26. Por su parte, el profesor italiano Máximo Bianca⁽⁹⁾ señala que la buena fe interesa como una regla de conducta y “(...) *con particular referencia a la interpretación del contrato exige, básicamente, el preservar la confianza razonable de cualquiera de las partes sobre el significado del acuerdo (...)*”.

2.1.27. Como se aprecia, existe un vínculo estrecho entre el Principio de Buena Fe y el valor de la confianza que se generan mutuamente las partes al momento de celebra un contrato en ver satisfechos sus propios intereses. Cabe señalar que este principio se encuentra expresamente recogido en el anteriormente citado artículo 168 y en el artículo 1362 del Código Civil de acuerdo al cual:

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

2.1.28. La buena fe implica que al interpretarse el Contrato, éste debe ser leído como un compromiso de colaboración mutua dirigido a que ambas partes vean realizados los intereses por los cuales lo celebraron. Por ello, ninguna interpretación debe derivar en una consecuencia por la cuál una de las partes no vea satisfecho el interés que motivó el contrato. Es decir, llegar a la conclusión que alguien pacto un contrato en términos que no le generaban beneficio alguno.

2.1.29. En este caso, al momento de aceptar someter a arbitraje “*todas las controversias*” que surjan entre las partes luego de la celebración del contrato, resultaría artificioso pensar que las partes habrían excluido de dicho ámbito las indemnizaciones que pudieran tener derecho las partes por el abuso de derecho o enriquecimiento sin causa que una de ellas hubiera tenido al momento de la ejecución del contrato. Es evidente que las partes tenían la intención de incluir este tipo de controversias a la competencia arbitral.

2.1.30. Finalmente, toda labor de interpretación tiene como objetivo el esclarecimiento de la voluntad de las partes, evidentemente el intérprete debe tener como necesario punto de partida la voluntad declarada por ellas al momento de la celebración del contrato. En ese sentido, el criterio de interpretación que resulta aplicable es la interpretación basada en la literalidad del contrato o de la cláusula objeto de estudio.

2.1.31. Según Marcial Rubio “*el método literal suele actuar, implícita o explícitamente ligado a otros métodos para dar verdadero sentido a las interpretaciones y, en muchos casos, es incapaz de dar una respuesta interpretativa adecuada*”.⁽¹⁰⁾

2.1.32. Según la interpretación literal del convenio arbitral la voluntad declarada por las partes coincide plenamente con su común intención de resolver “cual-

⁽⁹⁾ BIANCA, Máximo, *Diritto Civile*, A. Giuffrè Editores, Milán, 1992, T. 3, pp. 394.

⁽¹⁰⁾ RUBIO, Marcial, *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*, 7ª ed., Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996, p. 259.

quier controversia” derivada de su vínculo contractual, sin distinguir si se derivada de obligaciones contenidas en el contrato o con ocasión del contrato.

2.1.33. Por último, cabe señalar que en este caso estamos ante un supuesto de arbitraje obligatorio impuesto por el Estado al momento de celebrar el Contrato de Obra, con la finalidad que se resuelvan y pongan fin de manera definitiva las controversias que puedan derivar desde la celebración del mismo.

2.1.34. Entonces, el incluir el arbitraje en forma obligatoria en la contratación de las empresas del Estado, tanto de derecho público como privado, implica una autoexigencia o autoimposición para los organismos que se encuentran bajo la Ley de Contrataciones y Adquisiciones, indicando la preferencia como política del Estado, por los medios de solución de controversias distintos al Poder Judicial.

2.1.35. Por ello, resulta contradictorio que PROVIAS, luego de obligar a EL CONSORCIO a someterse al fuero arbitral para resolver todos los conflictos que surjan “desde la celebración del Contrato”, pretenda ahora escapar de la jurisdicción arbitral.

2.1.36. Por estas razones, este Tribunal Arbitral considera que la Excepción de Incompetencia planteada por PROVIAS debe ser desestimada, motivo por el cual este caso merece un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

2.2. SOBRE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

2.2.1. Conforme al escrito de Demanda de EL CONSORCIO de fecha 19 de octubre de 2006, la primera pretensión principal contenida en la misma es la siguiente:

“Que el tribunal declare el derecho del CONTRATISTA a que se le reconozca el mayor costo de obra, derivado del alza del Petróleo, con la finalidad de restituir el equilibrio económico financiero del contrato, declarando inaplicable la Fórmula Polinómica contenida en el Expediente Técnico de Obra, parte integrante del contrato, y que – en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto Supremo No 011-79-VC, sus modificatorias, ampliatorias y complementarias, y tomando en consideración las conclusiones y opiniones que sobre las Fórmulas Polinómicas han expresado respectivamente el Instituto Nacional de Estadística e Informática en su Oficio No 094-2002-INEI/DTIE, de fecha 23 de junio de 2002, y el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado a través de la Opinión No 038-2004 (GTE) emitida por la Gerencia Técnico Normativa, con fecha 09 de marzo de 2004, se proceda a aprobar la Fórmula Polinómica presentada por el Contratista con Carta CHAVÍN 215-24688-05 del 11.NOV.05, que considera dentro de los monomios de la misma las desagregaciones necesarias a efectos de que se considere como recuerdos todos los insumos que se utilizan en la obra, desglosando los costos de hora-máquina empleada a sus componentes básicos: costo de la mano de obra del operador, costo de la mano de obra del mantenimiento, costo de posesión, costo de mantenimiento,

costo de petróleo diesel y costo de lubricantes; todo ello con el propósito de que se refleje en forma justa el monto real de las prestaciones efectuadas y, en consecuencia, mantengan el equilibrio económico financiero del contrato.”

2.2.2. Es decir, EL CONTRATISTA solicita que este Tribunal Arbitral declare que tiene derecho a un pago adicional al precio pactado en el contrato de obra, debido al alza del precio que el petróleo a nivel internacional, lo cual habría generado mayores gastos al momento de ejecutar la obra, en comparación de los que habían sido calculados al momento de suscribir el contrato.

2.2.3. Como puede advertirse, EL CONTRATISTA pretende que el Tribunal Arbitral modifique los términos pactados en el contrato (en este caso la prestación por parte de PROVIAS) debido a un hecho extraño a las partes que justificaría dicha modificación.

2.2.4. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1361 del Código Civil “*los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos*”. Esta disposición recoge el principio fundamental de intangibilidad de los contratos reconocido como “*pacta sunt servanda*”, según el cual una vez formado el contrato, la relación jurídica formada por el mismo no puede ser modificada⁽¹¹⁾.

2.2.5. Sin embargo, esta obligatoriedad admite excepciones, siendo una de ellas la Teoría de la Imprevisibilidad conocida también como “*rebus sic stantibus*” según la cual “*no se puede obligar a nadie al cumplimiento de lo pactado si las condiciones son distintas a las que existían al momento de contratar*”.⁽¹²⁾

2.2.6. Este principio se encuentra previsto en el artículo 1440 del Código Civil que establece lo siguiente:

“Artículo 1440.- Definición

En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.” (El resaltado es nuestro)

2.2.7. Si bien la Teoría de la Imprevisión está regulada en el Código Civil, esta se aplica a todo ámbito contractual privado o público, incluyendo los contratos administrativos, tema sobre el cual se ha dicho lo siguiente:

(11) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El contrato en general*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 1991, Vol. XI, T. I, Primera Parte, p. 424.

(12) BADENES GASSET, Ramón, *Influencia de la alteración de las circunstancias de la relación obligacional. El riesgo imprevisible*, Barcelona, 1946, p. 32.

“(...) en los supuestos en que las causas que hayan tornado irrepresentativo (excesivamente oneroso) el precio estipulado sean ajenas a las partes y provengan de circunstancias excepcionales e imprevisibles, se deja de lado el principio de intangibilidad para dar paso a la aplicación del derecho al mantenimiento de la ecuación económica – financiera del contrato”⁽¹³⁾

2.2.8. En el ámbito de los Contratos de Obra, sobre la Teoría de la Imprevisibilidad se ha señalado lo siguiente:

“Para una correcta aplicación de esta norma es preciso dilucidar entre los riesgos propios y normales de una contratación a ajuste alzado, donde el locador-empresario debe asumir el riesgo económico y técnico de la obra, y el álea o riesgo anormal que excede toda posibilidad de cuidado y previsión”⁽¹⁴⁾

2.2.9. Siguiendo la citada doctrina, para que PROVIAS asuma los costos de un supuesto de Excesiva Onerosidad de la Prestación deben confluír los siguientes requisitos:

- a. Que sobrevenga un hecho o hechos de naturaleza totalmente imprevisible y extraordinaria;
- b. Que no esté vinculado al riesgo propio del contrato;
- c. Que sea ajeno y externo a quien lo invoca;
- d. Que no medie culpa, negligencia, mora relevante o falta de cuidado del damnificado;
- e. Que convierta a la obligación en excesivamente onerosa para el obligado, sin necesidad de que se torne de cumplimiento imposible;
- f. Que evidencie un desequilibrio muy notorio en las prestaciones que de ninguna manera podía haber sido representado por las partes al contratar.⁽¹⁵⁾

2.2.10. El primer requisito y el más importante es el de la probanza del Hecho Imprevisible. Pero ¿Qué es un hecho imprevisible? Según el Diccionario de la Real Academia Española, algo “imprevisible” es algo que “no puede ser previsto o que no entra dentro de las previsiones normales”⁽¹⁶⁾.

⁽¹³⁾ FARRANDO, Ismael, *Contratos Administrativos*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002, p. 600.

⁽¹⁴⁾ FLAHERTY, Lily y SMAYEVSKY, Miriam, *Teoría de la Imprevisión*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, p. 58.

⁽¹⁵⁾ *Ibidem*, pp. 43-44.

⁽¹⁶⁾ <http://buscon.rae.es/draeI/>.

2.2.11. En ese sentido, en este caso debemos preguntarnos ¿el alza del petróleo en el mercado internacional era un hecho imprevisible o entraba dentro de las previsiones normales al momento de contratar?

2.2.12. Siendo que el Contrato de Obra fue celebrado el 25 de julio de 2005, el alza del petróleo debió ocurrir en fecha posterior y debió existir una imposibilidad material de poder predecirlo.

2.2.13. Sin embargo, en este caso, las partes concuerdan en que el alza del precio del petróleo en el mercado internacional, estaba ocurriendo desde años antes de la celebración del contrato y que, inclusive, se podía predecir con cierta aproximación el aumento que iba a tener en los siguientes meses.

2.2.14. En efecto, en la página 9 del escrito de Demanda se señala lo siguiente:

“(...) no podemos pasar por alto el hecho real y fehaciente que desde enero de 2003 el precio del petróleo a nivel internacional ha experimentado alzas considerables no pudiendo estabilizarse hasta la fecha.

Son ampliamente conocidas las causas del alza imprevisible y excesivo del precio del petróleo a nivel internacional (...)

Los precios del petróleo en el periodo que va desde enero a octubre de 2004 han llegado en el ámbito internacional a picos superiores a los US\$ 40.09 Dólares Americanos por barril, luego a Junio del 2005 el precio del Petróleo llegó a US\$ 52.01 Dólares americanos por barril, el mismo que sería superado meses después en Agosto del 2006 el precio del Petróleo llegó a US\$ 65.13 Dólares Americanos por barril”

2.2.15. En ese sentido, queda claro que al momento del contrato celebrado el 25 de julio de 2005, el alza del petróleo era un evento previsible, puesto que como lo señala el propio demandante, era un hecho que venía ocurriendo desde el año 2003, es decir, 2 años antes de la celebración del contrato.

2.2.16. Si el fundamento del pedido de EL CONSORCIO no se trata de un evento imprevisible, su pedido no tiene justificación alguna, motivo por el cual este Tribunal Considera que su pretensión debe ser desestimada.

2.3. SOBRE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

2.3.1. Conforme al escrito de Demanda de EL CONSORCIO de fecha 19 de octubre de 2006, la segunda pretensión principal contenida en la misma es la siguiente:

“Que el Tribunal Arbitral ordene a la demandada realizar de inmediato el pago de una suma de S/. 1 281,480.09 (UN MILLÓN DOSCIENTOS OCHENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y 09/100 NUEVOS SOLES) mas el IGV e intereses, sin perjuicio de las sumas que por el mismo concepto se devenguen en el futuro hasta la culminación efectiva de los trabajos.”

2.3.2. Como se puede apreciar, EL CONSORCIO solicita que el Tribunal Arbitral ordene a la demandada el pago de una suma de S/. 1 281,480.09 (UN MILLÓN DOSCIENTOS OCHENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y 09/100 NUEVOS SOLES), sin señalar el motivo de dicho pago.

2.3.3. El motivo de dicho pedido se encuentra en la primera pretensión según la cual EL CONSORCIO solicitó que el Tribunal declare su derecho a que se le reconozca el mayor costo de obra, derivado del alza del Petróleo, sin señalar el monto de dicho adicional.

2.3.4. En ese sentido, tanto la primera como la segunda pretensiones principales de la Demanda se encuentran vinculadas, ya que en la primera EL CONSORCIO solicita que el Tribunal Arbitral le reconozca un derecho a un mayor costo de obra, y en la segunda se señala el monto por dicho concepto que PROVIAS debería pagar si se estima la primera pretensión. Es decir, mediante la segunda pretensión principal EL CONSORCIO solicita la aprobación de una acreencia con PROVIAS y mediante la primera, la aprobación del motivo o la causa de dicha acreencia.

2.3.5. Es evidente entonces, que la segunda pretensión no es principal ni autónoma respecto de la primera, sino todo lo contrario, es una pretensión que depende de la misma.

2.3.6. Las pretensiones “dependientes” pueden ser de dos tipos: accesorias o condicionales. Una pretensión es Accesorias cuando la relación entre esta y la pretensión principal es de total dependencia, esto es, si la pretensión principal es estimada o desestimada, la accesorias correrá la misma suerte⁽¹⁷⁾.

2.3.7. En cambio una pretensión es Condicional cuando existe una dependencia relativa entre esta pretensión y la principal, dado que su fundabilidad depende de que la pretensión principal sea estimada, pero también requiere de la existencia de uno o más elementos adicionales. Sin embargo, si la pretensión principal no es estimada, es imposible que la condicional sea fundada⁽¹⁸⁾.

2.3.8. Por estas razones, la segunda pretensión contenida en la Demanda de EL CONSORCIO debe ser declarada infundada, dado que la pretensión principal ha sido desestimada.

2.4. SOBRE LA PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

2.4.1. Conforme al escrito de Demanda de EL CONSORCIO de fecha 19 de octubre de 2006, la primera pretensión subordinada contenida en la misma es la siguiente:

(17) MONROY GÁLVEZ, Juan, *Partes, acumulación, intervención de terceros y sucesión procesal*, Comunidad, Lima, 2003, p. 303.

(18) PRIORI POSADA, Giovanni, *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo*, 2ª ed, Ara Editores, Lima, 2002, pp. 165-166.

“Que en caso de no ser amparada la primera pretensión principal el Tribunal Arbitral [deberá] declarar que existe Abuso de Derecho, ejercido por parte de la Demandada, al aplicar una Formula Polinómica antitética que realiza un reajuste insuficiente del monto del contrato, rompiendo el Equilibrio Económico Financiero del mismo y ordene el pago de una suma de S/. 1 281,480.09 (UN MILLÓN DOSCIENTOS OCHENTA Y UN MIL CUATROSCIENTOS OCHENTA Y 09/100 NUEVOS SOLES) mas el IGV e intereses, sin perjuicio de las sumas que por el mismo concepto se devenguen en el futuro hasta la culminación efectiva de los trabajos.”

2.4.2. Como se puede apreciar, esta pretensión es casi idéntica a las pretensiones anteriores: el petitorio es el mismo (el pago de S/. 1 281,480.09) al igual que los fundamentos de hecho. Sin embargo, la única diferencia que existen entre las mismas son los fundamentos de derecho.

2.4.3. En efecto, las pretensiones anteriores se basaron en la Teoría de la Imprevisión para justificar la modificación contractual pretendida. Ahora dicha modificación es justificada en base a un supuesto de Abuso de Derecho.

2.4.4. No cabe duda que el Abuso de Derecho y la Teoría de la Imprevisión son dos instituciones muy cercanas, ya que ambas provienen de un principio general del derecho: el de la Buena Fe. Sin embargo, la Teoría de la Imprevisión es una figura eminentemente contractual, en cambio el Abuso de Derecho es una institución que atraviesa todos los ámbitos del Derecho.

2.4.5. En el ámbito contractual, se puede afirmar que la Teoría de la Imprevisión recogida en el artículo 1440 del Código Civil como Excesiva Onerosidad de la Prestación, es una manifestación de la proscripción del Abuso de Derecho, dado que sanciona el ejercicio de un derecho que se realiza de un modo antisocial⁽¹⁹⁾.

2.4.6. Por ello, puede darse el caso de que una pretensión pueda no ser estimada en base a la Teoría de la Imprevisión pero sí por Abuso de Derecho. Sin embargo, si no se prueba el hecho imprevisible, ninguna de estas procede:

“El instituto del abuso del derecho puede proceder en aquellos casos en que siendo potencialmente admisible la teoría de la imprevisión, ella se ve enervada por la culpa o el estado de mora del deudor, pero no en aquellos casos en que este último no puede ampararse”⁽²⁰⁾

2.4.7. Es decir, si una pretensión planteada como supuesto de Excesiva Onerosidad de la Prestación no se admite debido a la causal de improcedencia establecida

(19) RUBIO CORREA, *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*, cit., p. 164.

(20) FLAH / SMAYEVSKY, *Teoría de la Imprevisión*, cit., p. 224.

en el artículo 1443 del Código Civil⁽²¹⁾, podría admitirse como causal de Abuso de Derecho. Sin embargo, si no existe el elemento del Hecho Imprevisible, dicha pretensión no puede prosperar en ninguno de estos casos.

2.4.8. Ello, en la medida que el hecho imprevisible es un elemento fáctico indispensable en ambos casos, ya que en el primero justifica la modificación del contrato debido al intolerable desequilibrio económico contractual; y en el caso del abuso de derecho, es lo que convierte en antisocial la conducta del acreedor que de mala fe se adhiere al texto del contrato, a sabiendas de que las circunstancias de su celebración han tornado en injusta la prestación del deudor.

2.4.9. En ese sentido, habiéndose determinado en el punto 2.1.14. de esta resolución que en este caso que era perfectamente previsible el aumento del precio que tendría el petróleo durante la ejecución del contrato, queda claro que no existe hecho imprevisible alguno que justifique amparar la pretensión de EL CONSORCIO por Abuso de Derecho, razón por la cual esta debe ser desestimada.

2.5. SOBRE LA SEGUNDA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

2.5.1. Como Segunda Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal, EL CONSORCIO solicita lo siguiente:

“Que en caso de ser denegada la pretensión precedente, el Tribunal Arbitral declare que la demandada pague a la demandante la suma de S/. 1 281,480.09 (Un Millón doscientos ochenta y un mil, cuatrocientos ochenta y 09/100 Nuevos Soles), por concepto de resarcimiento por el enriquecimiento sin causa de la demandada en detrimento de la demandante, al pagar por una obra un monto menor al que realmente corresponde.”

2.5.2. Como se puede apreciar, esta pretensión es casi idéntica a las pretensiones anteriores: el petitorio es el mismo (el pago de S/. 1 281,480.09) al igual que los fundamentos de hecho. Sin embargo, la única diferencia que existen entre las mismas son los fundamentos de derecho.

2.5.3. En efecto, las pretensiones anteriores se basaron en la Teoría de la Imprevisión o el en Abuso de Derecho para justificar la modificación contractual pretendida. Ahora dicha modificación es justificada en base a un supuesto de Enriquecimiento Sin Causa.

(21) Artículo 1443.- Improcedencia de la acción de excesiva onerosidad

No procede la acción por excesiva onerosidad de la prestación cuando su ejecución se ha diferido por dolo o culpa de la parte perjudicada.

2.5.4. El Enriquecimiento Sin Causa se encuentra regulado en el artículo 1954 del Código Civil que señala lo siguiente:

“Artículo 1954.- Acción por enriquecimiento sin causa

Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo.”

2.5.5. Conforme lo señala el profesor Luis Díez-Picazo, el Enriquecimiento Sin Causa consiste en lo siguiente:

“(…) todo desplazamiento patrimonial, todo enriquecimiento y, en general, toda atribución, para ser lícitos, deben fundarse en una causa o razón de ser que el ordenamiento jurídico considere como justa. Cuando una atribución patrimonial no está fundada en una justa causa el atributario debe restituir al atribuyente el valor del enriquecimiento. Correlativamente, surge una acción a favor de éste último para obtener o reclamar dicha restitución”⁽²²⁾.

2.5.6. En ese sentido, para que se configure un supuesto de Enriquecimiento Sin Causa, es imprescindible que se presenten acumulativamente los siguientes supuestos:

a. **El enriquecimiento del demandado**, es decir que éste haya obtenido una ventaja económica.

El enriquecimiento es la diferencia entre el estado actual del patrimonio y el estado que éste tendría si el desplazamiento ilegítimo de bienes no se hubiera producido. Este puede ser producido por una no disminución del patrimonio (en cuyo caso será considerado negativo) o por un aumento del mismo (en cuyo caso será considerado positivo).

b. **Correlativo empobrecimiento del demandante**, es decir que haya sufrido una pérdida pecuniaria apreciable, debiendo existir una relación causal entre ésta y el enriquecimiento.

c. **La falta de causa justificativa del enriquecimiento**, esto es que se trate de una situación ilegítima, donde una parte pretende beneficiarse indebidamente en perjuicio de otra.

2.5.7. Así, Díez-Picazo, refiriéndose a este último requisito señala:

“Por justa causa debe entenderse aquella situación jurídica que autoriza, de conformidad con el ordenamiento jurídico, al beneficiario de la

(22) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, cit.

atribución para recibir ésta y conservarla, lo que puede ocurrir porque existe un negocio jurídico válido y eficaz entre ellos o porque existe una expresa disposición legal que autoriza aquella consecuencia”.⁽²³⁾

2.5.8. Asumiendo que en este caso los mayores costos de la obra habrían constituido un supuesto de enriquecimiento por parte de PROVIAS, es evidente que el mismo tiene una causa justificada: el Contrato de Obra.

2.5.9. En ese sentido, siendo el Contrato de Obra un acto jurídico válido y eficaz, no existe motivo para afirmar que los mayores costos de la obra puedan constituir un Enriquecimiento sin Causa.

2.5.10. Cabe señalar que fue el propio CONSORCIO quien se obligó voluntariamente a realizar la obra, de acuerdo a lo pactado en el Contrato de Obra, asumiendo el riesgo de incurrir en mayores gastos por el alza del precio del petróleo, el cual como ya lo hemos señalado en el punto 2.1.14. de esta resolución, era de conocimiento de EL CONSOCIO con anterioridad a la celebración del contrato. Por estas razones esta pretensión debe ser desestimada.

2.6. SOBRE LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

2.6.1. Como Tercera Pretensión Principal, EL CONSORCIO solicita lo siguiente:

“Que el Tribunal Arbitral declare que PROVIAS DEPARTAMENTAL asuma los gastos que demande la realización del arbitraje solicitado, incluyendo honorarios arbitrales, honorarios de la secretaria arbitral, así como las costas y los costos de la asesoría técnica y legal que han contratado para resolver la presente controversia.

Asimismo, nos reservamos el derecho de ampliar el monto de la presente demanda arbitral debido a que hasta la fecha de su interposición, los hechos que generaron el incremento del precio del petróleo no han cesado, señalando que EL CONTRATISTA se encuentra realizando desembolsos por montos mayores a los contractuales. En tal sentido, se reservan el derecho a solicitar el pago de los mayores daños o costos adicionales que por el mismo concepto se vayan generando a la fecha de emisión del laudo arbitral.”

2.6.2. El artículo 52º de la Ley General de Arbitraje, dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre los gastos del arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio. Los gastos incluyen, pero no se limitan, a las retribuciones de los árbitros y en su caso, la retribución a la institución arbitral.

⁽²³⁾ *Ibidem*, p. 90.

2.6.3. En este caso, a falta de disposición alguna en el convenio arbitral y atendiendo a que las partes han dado las facilidades necesarias a este Tribunal Arbitral para el desarrollo de su labor, el Tribunal Arbitral considera que los costos y costas deben ser asumidos por ambas partes en forma proporcional.

IV. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL

Por las consideraciones expuestas, este Tribunal resuelve:

PRIMERO: Declarar **INFUNDADA** la Excepción de Incompetencia planteada por PROVIAS.

SEGUNDO: Declarar **INFUNDADA** la Primera Pretensión Principal planteada por EL CONSORCIO.

TERCERO: Declarar **INFUNDADA** la Segunda Pretensión Principal planteada por EL CONSORCIO.

CUARTO: Declarar **INFUNDADA** la Primera Pretensión Subordinada a la Pretensión Principal planteada por EL CONSORCIO.

QUINTO: Declarar **INFUNDADA** la Segunda Pretensión Subordinada a la Pretensión Principal planteada por EL CONSORCIO.

SEXTO: ORDENAR que las partes asuman la totalidad los gastos comunes del presente proceso arbitral en partes iguales.

GONZALO GARCIA CALDERON MOREYRA
Presidente del Tribunal Arbitral

JUAN FRANCISCO ROJAS LEO
Árbitro

RICARDO RODRÍGUEZ ARDILES
Árbitro

SILVIA RODRÍGUEZ VÁSQUEZ
Secretario Arbitral

Laudo Arbitral Internacional

Laudo
Arbitral
Internacional



CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS
A INVERSIONES WASHINGTON, D.C.

DECISION SOBRE SOLICITUD DE ANULACIÓN

Caso CIADI N° ARB/03/4 – Procedimiento de Anulación
Industria Nacional de Alimentos, S.A. y Indalsa Perú, S.A.

c.

República del Perú

ante el Comité *Ad hoc* compuesto por:
Magistrado Hans Danelius, *Presidente*
Sir Franklin Berman, *Miembro del Comité*
Prof. Andrea Giardina, *Miembro del Comité*

Secretaria del Tribunal
Gabriela Alvarez Avila

Fecha de despacho a las partes: 5 de septiembre de 2007 2

INDICE

I.	RESUMEN DE LOS HECHOS	4
II.	EL CONVENIO DE INVERSIONES	6
III.	LAUDO DEL TRIBUNAL	8
IV.	PROCEDIMIENTO	12
V.	RECLAMACIONES Y ARGUMENTOS	13
	1. Lucchetti	13
	a) Manifiesta extralimitación de facultades.	14
	b) Quebrantamiento grave de una norma de procedimiento	16
	c) Omisión de expresar motivos	17
	2. La República del Perú	17
	a) Extralimitación manifiesta de facultades.17	
	b) Quebrantamiento grave de una norma de procedimiento	18
	c) Omisión de expresar motivos18	
VI.	LAS CONSIDERACIONES DEL COMITÉ AD HOC	19
	1. Las causas para la anulación	20
	2. La cuestión de las supuestas ilegalidades	20
	3. El contexto de la excepción de incompetencia <i>ratione temporis</i>	21
	4. La cuestión de la <i>res judicata</i>	22
	5. La redacción de la excepción <i>ratione temporis</i>	24
	6. La evaluación del Comité ad hoc	26
	a) Extralimitación manifiesta de facultades (Artículo 52(1) (b) del Convenio).	26
	b) Quebrantamiento grave de una norma de procedimiento (Artículo 52(1)(d) del Convenio)	30
	c) Omisión de expresar motivos (Artículo 52(1)(e) del Convenio).	32
	7. Costas	33
VII.	DECISIÓN	34

DECISIÓN dictada en Washington, D.C., en el procedimiento de anulación llevado a cabo en el Caso N° ARB/03/4 entre las siguientes partes:

Demandantes: Industria Nacional de Alimentos, S.A. (anteriormente Empresas Lucchetti, S.A.) e Indalsa Perú, S.A. (anteriormente Lucchetti Perú, S.A.), representadas por el Sr. Whitney Debevoise,⁽¹⁾ la Sra. Jean Kalicki, la Sra. Annie Khalid Hussain, la Sra. Suzana Medeiros y el Sr. Jorge Alva (Arnold & Porter), y el Sr. Edmundo Eluchans y el Sr. Gonzalo Molina (Edmundo Eluchans y Cía).

Demandada: La República del Perú, representada por el Sr. Miguel Talavera y el Sr. Renzo Villa (Embajada del Perú en Washington, D.C.), y el Juez Stephen Schwebel; el Sr. Daniel M. Price,⁽²⁾ el Sr. Stanimir A. Alexandrov, el Sr. Nicolás Lloreda, la Sra. Sharon H. Yuan y el Sr. Michael J. Smart (Sidley Austin).

Miembros del Comité ad hoc: Magistrado Hans Danelius (Presidente), Sir Franklin Berman y el Profesor Andrea Giardina.

Secretarias del Comité ad hoc: Sra. Gabriela Álvarez Ávila y Sra. Natalí Sequeira.

I. RESUMEN DE LOS HECHOS

1. La Primera Demandante, Industria Nacional de Alimentos, S.A., cuyo nombre anterior era Empresas Lucchetti, S.A., es una compañía chilena, propietaria de la mayoría de las acciones de la Segunda Demandante, Indalsa Perú, S.A., antes denominada Lucchetti Perú, S.A. En la presente decisión las dos Demandantes se tratan como unidad, y se utiliza indistintamente el nombre de "Lucchetti" para designarlas conjunta o separadamente, según el caso.

2. Lucchetti era la propietaria de un inmueble ubicado en el Distrito Municipal de Chorrillos, en la Ciudad de Lima. En él construyó una planta de fabricación y venta de pastas en las proximidades de un humedal protegido denominado Pantanos de Villa (en lo sucesivo "Pantanos de Villa" en la presente decisión); no dentro de sus límites.

3. El 18 de agosto de 1997 la Municipalidad de Chorrillos emitió una notificación de paralización de obras dirigida a Lucchetti. El 25 de septiembre de 1997 el Concejo de la Municipalidad de Lima aprobó el Acuerdo de Concejo N° 111 que ordenó el cese inmediato de las obras de construcción de la planta. Se estableció una comisión especial (conocida como "la Comisión Somocurcio") para revisar las formalidades administrativas cumplidas por Lucchetti y formular recomendaciones al Concejo para el mejoramiento del control urbano y ambiental de los Pantanos de Villa.

(1) Consejero en el caso hasta el 3 de abril de 2007.

(2) Consejero en el caso hasta el 9 de julio de 2007. 5

4. El 17 de octubre de 1997 la Comisión Somocurcio publicó su informe, en el que se concluye que los procedimientos de habilitación urbana y de otorgamiento de una licencia de construcción para la planta de Lucchetti infringieron las normas ambientales y generaron peligro ambiental inminente para el Área Natural Protegida de los Pantanos de Villa. El 21 de octubre de 1997 el Concejo de la Municipalidad de Lima promulgó el Acuerdo de Concejo N° 126, que estableció la Zona de Reglamentación Especial Pantanos de Villa y ordenó la suspensión de todos los procedimientos de habilitaciones urbanas, licencias de construcción y de otro género, fuera cual fuese la etapa alcanzada, referentes a solicitudes de urbanización dentro de la referida Zona de Reglamentación Especial.

5. El 2 de enero de 1998 la Comisión Técnica Provincial de la Municipalidad de Lima dictó el Acuerdo N° 01, que declaró nulos y sin valor la licencia de construcción otorgada a Lucchetti y todos los otros actos de autorización de obras de construcción de la planta industrial que habría de construir Lucchetti en el sitio pertinente.

6. En enero de 1998 Lucchetti inició contra el Concejo Provincial y el Alcalde de la Municipalidad de Lima, y contra el Concejo de Distrito de la Municipalidad Distrital de Chorrillos, una acción judicial de amparo que dio lugar a las siguientes sentencias:

- (a) La sentencia dictada el 19 de enero de 1998, en que el Primer Juzgado Corporativo Transitorio Especializado en Derecho Público declaró fundada la solicitud de medidas cautelares formulada por Lucchetti, y otorgó a ésta el amparo que pretendía, incluida la suspensión del Acuerdo N° 01, la parte pertinente del Acuerdo de Concejo N° 126, y la notificación de paralización de las obras de construcción de la planta.
- (b) La sentencia dictada el 6 de febrero de 1998, en que el mismo Juzgado de primera instancia hizo lugar a la demanda entablada contra el Concejo Provincial y el Alcalde de la Municipalidad de Lima.
- (c) Una segunda sentencia dictada por la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público del 4 de marzo de 1998, que confirmó en apelación la sentencia del 19 de enero de 1998, y
- (d) La sentencia dictada el 18 de marzo de 1998, que confirmó en apelación, con una leve enmienda, la sentencia del 6 de febrero de 1998.

7. El 16 de marzo de 1998, Lucchetti instituyó una acción ejecutiva, a la que se hizo lugar por sentencia del 23 de abril de 1998, confirmada en apelación por sentencia del 11 de septiembre de 1998.

8. La Ordenanza N° 184, adoptada por el Concejo de la Municipalidad de Lima el 4 de septiembre de 1998, fue declarada inaplicable por sentencia judicial del 9 de diciembre de 1998, en cuanto habría impedido la ejecución de la sentencia del 11 de septiembre de 1998.

9. En consecuencia, el 23 de diciembre de 1998 la Municipalidad de Chorrillos otorgó a Lucchetti una licencia de construcción, y el 29 de diciembre de 1998 expidió una licencia de funcionamiento para la fabricación y venta de productos de pasta en la planta de Lucchetti. La planta se completó y estuvo operando hasta agosto de 2001.
10. El 16 de agosto de 2001 el Concejo de la Municipalidad de Lima promulgó los Acuerdos de Concejo 258 y 259, que se publicaron el 22 de agosto de 2001.
11. El Acuerdo de Concejo N° 258 encomendó al Alcalde de Lima la presentación al Congreso peruano de proyectos de leyes de expropiación, por razones de necesidad pública, de todas las áreas necesarias para la preservación, el mantenimiento y la protección permanentes de la Reserva Ecológica Pantanos de Villa.
12. El Acuerdo de Concejo N° 259 revocó específicamente la licencia de funcionamiento de Lucchetti, y en lo pertinente establecía:

“Artículo 1. Revocar la licencia municipal de funcionamiento otorgada por Resolución de Alcaldía N° 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 2. 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”.

13. Los fundamentos se enunciaron con cierto detalle en el preámbulo del Acuerdo, en que se hace referencia a la inobservancia, por parte de Lucchetti, de los reglamentos de zonificación y ambientales aplicables a la construcción de la planta cerca de los Pantanos de Villa. Se mencionaron asimismo los procedimientos judiciales instituidos por Lucchetti y las ilegalidades en ellos detectadas, que habrían dado lugar a sentencias a favor de esa empresa, y se señaló que la licencia de funcionamiento del 29 de diciembre de 1998 se expidió en cumplimiento de las decisiones judiciales fraudulentas dictadas en los referidos procedimientos.
14. En observancia de lo dispuesto por el Acuerdo de Concejo N° 259 se clausuró el establecimiento de Lucchetti, y ésta se vio obligada a poner fin a sus obras de construcción y a sus actividades de negocios.

II. EL CONVENIO DE INVERSIONES

15. El 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 (en lo sucesivo “*el Convenio Bilateral*”) tiene fecha de 2 de febrero de 2000, y entró en vigencia el 3 de agosto de 2001. Contiene, *inter alia*, las siguientes disposiciones:

«Artículo 1

Definiciones

Para los efectos del presente Convenio:

1. El término «inversionista» designa, para cada una de las Partes Contratantes, a los siguientes sujetos que hayan efectuado o efectúen inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante conforme al presente Convenio: 7

- a) Las personas naturales que, de acuerdo con la legislación de esa Parte Contratante, son consideradas nacionales de la misma;
- b) Las entidades jurídicas, incluyendo sociedades, corporaciones, asociaciones comerciales o cualquier otra entidad constituida o debidamente organizada de otra manera según la legislación de esa Parte Contratante, que tengan su sede, así como sus actividades económicas reales, en el territorio de dicha Parte Contratante;
- c) Las entidades jurídicas constituidas conforme a la legislación de cualquier país, que fueren efectivamente controladas por inversionistas señalados en los literales a) y b) anteriores.

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.

3. «Territorio» designa, además de las áreas enmarcadas en los límites terrestres, las zonas marítimas adyacentes y el espacio aéreo en los cuales las Partes Contratantes ejercen soberanía y jurisdicción, de acuerdo a sus respectivas legislaciones y al derecho internacional.

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.

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.

2. En caso de que una Parte Contratante otorgare ventajas especiales a los inversionistas de cualquier tercer Estado en virtud de un convenio relativo a la creación de un área de libre comercio, una unión aduanera o un mercado común, o en virtud de un acuerdo destinado a evitar la doble tributación, dicha Parte no estará obligada a conceder las referidas ventajas a los inversionistas de la otra Parte Contratante.

(...)

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.

(...)

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 (sic) 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 (sic) de Washington, como una persona jurídica de la otra Parte Contratante.

4. La decisión arbitral será definitiva y obligará a ambas Partes.
(...)».

III. LAUDO DEL TRIBUNAL

16. El 24 de diciembre de 2002 Lucchetti, invocando el Convenio Bilateral, presentó al CIADI una solicitud de arbitraje contra la República del Perú.

17. El 1 de agosto de 2003, se declaró constituido el Tribunal de Arbitraje (en lo sucesivo denominado “*el Tribunal*”). Esta integrado por el Juez Thomas Buergenthal, como Presidente; el Sr. Jan Paulsson, y el Dr. Bernardo M. Cremades.

18. Durante el procedimiento arbitral, Lucchetti alegó ante el Tribunal que al revocar su licencia, la República del Perú había incurrido en responsabilidad conforme al Convenio Bilateral, e infringido los siguientes artículos de dicho convenio:

- a) El Artículo 3.2, que establece la protección de inversiones efectuadas de conformidad a la ley y frente a medidas injustificadas o discriminatorias.
- b) El Artículo 4.1, que garantiza un trato justo y equitativo, un trato nacional y el trato de la nación más favorecida.
- c) El Artículo 6.1, que establece un sistema de protección frente a una expropiación ilegal, discriminatoria o sin compensación.

19. La República del Perú alegó que el Tribunal carecía de competencia *ratione temporis* y *ratione materiae*, y opuso también la excepción de falta de previa presentación de la controversia ante los tribunales locales.

20. En su laudo del 7 de febrero de 2005 el Tribunal concluyó, en esencia, lo siguiente:

“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’⁽³⁾, 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.⁽⁴⁾ En resumen, puede considerarse que existe una controversia cuando las partes mantienen reclamaciones de derecho o de hecho contrapuestas referentes

(3) *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), N° 2, p. 11.

(4) Interpretación de los Tratados de Paz entre Bulgaria, Hungría y Rumanía, Opinión Consultiva de marzo de 1950, Corte Internacional de Justicia, Reports 1950, p. 65, punto 74.

a sus respectivos derechos u obligaciones, o cuando 'la reclamación de una parte se opone positivamente a la de la otra'⁽⁵⁾

49. Es evidente, y no parece ser objeto de disputa entre las partes, que en 1998, tras la adopción del Acuerdo N° 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 controversia anterior, o si ésta continuó y llegó a su fin en 2001 con la adopción de los Acuerdos de Concejo N° 258 y N° 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.⁽⁶⁾ 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.⁽⁷⁾ 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 N° 258 y N° 259. El Acuerdo de Concejo N° 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 N° 259 dispuso la revocación de la licencia de funciona-

(5) South West Africa, Excepciones Preliminares, Sentencia, Corte Internacional de Justicia, *Reports 1962*, p. 319, punto 328.

(6) Véase *Electricity Company of Sofia and Bulgaria (Excepción Preliminar)*, 1939, Corte Permanente de Justicia Internacional, p. 64, punto 82.

(7) *CMS Gas Transmission Co. Vs Argentina*, Caso N° ARB/01/8, 17 de julio de 2003, 42 ILM 788, párrafo 109 (2003).

miento 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 N° 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 N° 126-97-MML, que creó la Zona de Reglamentación Especial Pantanos de Villa, declarada de interés ecológico para la municipalidad, y el Acuerdo N° 01, del 2 de 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 N° 01 y el Artículo 4 del Acuerdo de Concejo N° 126-97 y obtener autorización para la operación de la planta industrial. También se invoca la Resolución N° 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 N° 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 N° 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 N° 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 N° 258 y N° 259 y su impugnación por las Demandantes no representaron más que la continuación de la controversia anterior.

21. El Tribunal examinó a continuación los argumentos de Lucchetti:
- a) Que el Acuerdo de Concejo N° 259 había revocado su licencia de funcionamiento, en tanto que el Acuerdo N° 01 había declarado nula la licencia de construcción que se le había concedido, y que la controversia anterior se refería exclusivamente al Acuerdo N° 01, que tenía que ver con cuestiones de construcción, y no con el tema ambiental al que se referían los Acuerdos de Concejo N° 258 y N° 259.
 - b) Que su planta había estado en funcionamiento durante más de dos años antes de la sanción del Acuerdo de Concejo N° 259, y que por lo tanto existía una considerable brecha 11 cronológica entre la adopción de ese acuerdo y las sentencias de 1998, que habían puesto fin a la controversia anterior y se habían convertido en cosa juzgada.
 - c) Que en su reclamación ante el Tribunal se alegaba la violación del Convenio Bilateral, que aún no estaba en vigencia en 1998, por lo cual dicha reclamación debía considerarse como referente a una nueva controversia – un procedimiento tendiente a hacer efectivos derechos y obligaciones previstos en el Convenio Bilateral que no existían en 1998 – y que, como reclamación enmarcada en el Convenio Bilateral, no estaba comprendida en las disposiciones de la reserva *ratione temporis* prevista en el Artículo 2 de dicho convenio.

22. Las conclusiones del Tribunal sobre esos puntos fueron las siguientes:

“55. El Tribunal concluye que las cuestiones en disputa en 1998 no se referían exclusivamente a asuntos previstos en el Acuerdo N° 01, sino a

una serie de normas jurídicas referentes a asuntos ambientales, como el Acuerdo N° 01 y el Acuerdo de Concejo N° 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 N° 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 N° 258 y N° 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 N° 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.⁽⁸⁾ 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 N° 184. Además, la municipalidad adoptó los Acuerdos de Concejo N° 258 y N° 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

⁽⁸⁾ Cf. *Maffezini vs. España* (Decisión sobre jurisdicción), Caso CIADI N° 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.

las Demandantes hubiera finalizado con las sentencias está comprobado asimismo por el texto del preámbulo del Acuerdo de Concejo N° 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 N° 258 y N° 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 N° 258 y N° 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 controversia original persistía. Además, la controversia pública referente a esas sentencias, estimulada por las continuas 12 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.⁽⁹⁾ 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.

IV. PROCEDIMIENTO

23. El 6 de junio de 2005, Lucchetti, invocando el Artículo 52 del Convenio de Washington sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (en lo sucesivo denominado aquí “*el Convenio del CIADI*”) y la Regla 50 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, presentó ante el CIADI una Solicitud de Anulación del Laudo del Tribunal del 7 de febrero de 2005. Conforme a la Regla 50(2)(a) de las Reglas de Arbitraje, el CIADI registró la solicitud de anulación el 1 de julio de 2005.

24. Después de consultar a las partes, el CIADI designó a Sir Franklin Berman, al Magistrado Hans Danelius y al Profesor Andrea Giardina, como miembros del Comité *Ad hoc* establecido para el procedimiento de anulación. Conforme a las Reglas de Arbitraje se tuvo por constituido el Comité *ad hoc* y por iniciado el procedimiento de anulación el 17 de noviembre de 2005. El Sr. Danelius aceptó fungir como Presidente del Comité *ad hoc*.

25. La Sra. Gabriela Álvarez Ávila, consejera jurídica superior, y la Sra. Natalí Sequeira, abogada, se desempeñaron como Secretarías del Comité *ad hoc*.

26. En su primera sesión, celebrada en Washington, D.C. el 16 de febrero de 2006, el Comité *Ad hoc* adoptó un cronograma, así como otras decisiones relativas al procedimiento de anulación. De acuerdo con el cronograma, las partes presentaron los siguientes escritos:

- a) Lucchetti, un memorial, el 18 de mayo de 2006,
- b) La República del Perú, un memorial de contestación, el 17 de agosto de 2006,
- c) Lucchetti, un escrito de réplica, el 16 de octubre de 2006, y 13
- d) La República del Perú, un escrito de réplica, el 15 de diciembre de 2006.

27. El 9 de enero de 2007 el Comité *ad hoc* mantuvo con las partes una conferencia telefónica previa a la audiencia.

28. La audiencia final se celebró en Washington, D.C. los días 20 y 21 de febrero de 2007.

⁽⁹⁾ Véase, por ejemplo, *Asian Agricultural Products, LTD. (AAPL) v.s Sri Lanka*, Caso CIADI N° 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).

V. RECLAMACIONES Y ARGUMENTOS

29. Ambas partes presentaron extensos argumentos escritos y orales ante el Comité *ad hoc*, que los examinó en su totalidad. A continuación se resumen los argumentos que el Comité consideró más importantes.

1. *Lucchetti*

30. Lucchetti reclama la anulación del Laudo del Tribunal, por las tres razones siguientes.

31. Primero, el Tribunal se arrogó la potestad, que en realidad no poseía, de declarar que una medida gubernamental adoptada después de la entrada en vigencia de un convenio de inversiones cae fuera del ámbito de aplicación del convenio simplemente porque su "objeto" coincidía con el de medidas gubernamentales anteriores declaradas nulas formal, jurídica e irrevocablemente por los tribunales locales, y porque este capítulo de la historia nunca dejó de molestar al Gobierno, que siguió azuzando a la opinión pública. Además, al considerar la opinión pública y las creencias subjetivas del Gobierno, en lugar de aplicar principios jurídicos reconocidos sobre competencia *ratione temporis* y el carácter definitivo de las sentencias, el Tribunal faltó a su obligación de aplicar el derecho apropiado. Al hacerlo, no ejerció la competencia que apropiadamente le correspondía. Todos esos errores constituyen una extralimitación manifiesta de facultades en la acepción del Artículo 52(1)(b) del Convenio del CIADI.

32. Segundo, el Tribunal quebrantó gravemente una norma de procedimiento en la acepción del Artículo 52(1)(d) del Convenio del CIADI. En los procedimientos internacionales se acepta como principio general que la resolución de cuestiones de competencia debe basarse en los hechos aducidos por la demandante, y no en los contraalegatos de hecho de la demandada, a menos que un tribunal desee llegar a conclusiones en materia probatoria en la etapa de la competencia. El Tribunal quebrantó gravemente esa norma de procedimiento al remitirse enteramente a los fundamentos expresados por el Concejo de Lima en sus Acuerdos de Concejo de 2001, en lugar de admitir, para pronunciarse sobre la competencia, que Lucchetti intentara probar, como lo había ofrecido, que esos fundamentos eran meros pretextos. El hecho de que el Tribunal se remitiera a las explicaciones unilaterales del Concejo de Lima implicó también una grave transgresión de la norma de procedimiento conocida como "presunción de inocencia", porque hizo posible que el mero hecho de las alegaciones de corrupción referentes a hechos anteriores al convenio privara de acceso al CIADI a un inversionista, fueran verdaderas o falsas esas alegaciones y pese a la expresa solicitud del inversionista de que se le permitiera probar su inocencia en caso de que las alegaciones sobre corrupción hubieran de influir en el análisis sobre la competencia.

33. Finalmente, el Tribunal agravó los efectos de sus otros errores al fundar su laudo en argumentos netamente contradictorios y no decidir de cuestiones críticas planteadas por Lucchetti. Ambas actitudes configuraron "omisión de expresar motivos", en la acepción dada a esa expresión por el Artículo 52(1)(e) del Convenio del CIADI.

a) Manifiesta extralimitación de facultades

34. A fines de 1997 y principios de 1998 el Concejo de Lima, por razones de oportunismo político y a través de medidas ilegales, trató de aniquilar la inversión de Lucchetti, pero ésta obtuvo amparo judicial y una licencia de funcionamiento. En consecuencia la planta de Lucchetti pudo operar sin impedimentos durante dos años y medio, hasta agosto de 2001, en que se dictó el Acuerdo de Concejo N° 259 que, sin conceder a Lucchetti las garantías del debido proceso —en lo que representó una clara discriminación frente a otros inversionistas y una grosera violación de la legislación peruana y del Convenio Bilateral— deshizo los logros de la compañía. Las explicaciones ofrecidas fueron meros pretextos: el acto se inspiró en razones políticas.

35. No obstante, el Tribunal declinó competencia para conocer de las reclamaciones planteadas por Lucchetti en el marco del Convenio Bilateral, aplicando la excepción *ratione temporis* prevista en el Convenio Bilateral. Se apartó así de la jurisprudencia anterior en esa materia.

36. El Tribunal se equivocó al igualar el criterio enunciado en el Convenio Bilateral (de si la controversia se había planteado antes de la entrada en vigencia del Convenio) con un criterio diferente: el de si la controversia versaba sobre “[idéntico] objeto”, o cuál era su “causa real”. La fecha pertinente es aquella en que las autoridades gubernamentales adoptaron las medidas que, según se alega, violaron los derechos de Lucchetti y aniquilaron su inversión, consistentes en la promulgación de los Acuerdos de Concejo N° 258 y N° 259. Es intrascendente el hecho que la controversia tuviera o no antecedentes históricos.

37. En opinión del Tribunal, el criterio de “identidad de objeto” giraría en torno a la cuestión de si los hechos que habían dado lugar a la controversia de 1997-1998 “[habían] seguido ocupando una posición central” en la controversia de 2001. El Tribunal no explicó el significado que daba al concepto de que un hecho “ocupara una posición central” en una controversia del CIADI, pero en su análisis esencialmente adoptó como supuesto que los hechos tienen ese atributo si constituyen un antecedente histórico pertinente y necesario de hechos ulteriores, sin preguntarse si esos hechos históricos serían de por sí suficientes para generar la controversia puesta a consideración del CIADI.

38. Habiendo sustituido por el criterio de “identidad de objeto” y por el instrumento de interpretación del carácter “central” de los hechos el criterio realmente indicado por el Convenio Bilateral, el Tribunal consideró como factor determinante que el Concejo de Lima explicara sus actos de 2001 en relación con hechos anteriores. El Tribunal concluyó que la explicación dada por el Concejo demostraba que sus actos de 2001 “no representaban más que la continuación de la controversia anterior”, que antecedía a la fecha de entrada en vigencia del Convenio Bilateral, en lugar de constituir una “nueva” controversia surgida después de esa fecha. A los efectos de pronunciarse sobre su competencia, el Tribunal desechó la oferta de Lucchetti de probar que las razones expresadas por el Concejo habían sido meros pretextos de nuevos actos políticos.

39. Análogamente, el Tribunal no dio peso alguno a los hechos objetivos a) de que el Concejo de Lima había adoptado nuevas medidas para destruir la inversión de Lucchetti después de la entrada en vigencia del Convenio Bilateral, b) de que la controversia anterior, que se había suscitado antes de la entrada en vigencia del Convenio Bilateral, había sido resuelta en forma concluyente en los tribunales peruanos, de acuerdo con la legislación peruana, mediante sentencias que eran cosa juzgada, y c) de que ni el Concejo de Lima ni la República del Perú habían intentado en ningún momento revocar o anular esas sentencias, habiendo preferido basarse en la autoasistencia extrajudicial del Concejo, consistente en los nuevos acuerdos de concejo. Por lo tanto, el Tribunal dejó de lado los principios jurídicos de finalidad de las sentencias y los principios conexos de prescripción y derechos adquiridos en el país en cuestión. Corresponde señalar que en caso de corrupción judicial la legislación peruana permite anular sentencias definitivas dentro del período de seis meses desde la fecha en que las sentencias, pasarían a ser cosa juzgada a la fecha en que se detecte la corrupción subyacente. No obstante, no se procedió así, lo que en oposición significa que las sentencias siguieron siendo válidas y que las autoridades administrativas deben respetarlas.

40. El Tribunal hizo referencia también a la existencia de una “controversia pública” en torno a las sentencias de 1998, aludiendo a artículos aparecidos en la prensa y a manifestaciones callejeras, y señaló que esos hechos confirmaban, “en la práctica”, que la controversia anterior en realidad nunca había finalizado. Por lo tanto, al hacer referencia a la “controversia pública” y al persistente encono de las autoridades el Tribunal substituyó principios jurídicos reconocidos por un criterio de confirmación “práctica”. Al resolver las cuestiones planteadas, según ese criterio, el Tribunal faltó a su obligación de aplicar el derecho apropiado (el derecho internacional sobre interpretación de tratados y la legislación peruana referente al carácter definitivo de las sentencias). Los Demandantes alegan que la decisión del Tribunal de conceder peso decisivo a los fundamentos expuestos por el Concejo de Lima y a la existencia de una controversia pública, y no a factores objetivos asentados en la legislación peruana y en la jurisprudencia internacional, da pie, por sí misma, a la anulación.

41. Es un hecho significativo que el Convenio Bilateral Perú-Chile sólo excluye las controversias planteadas antes de su entrada en vigencia (“causal única de exclusión”), en tanto que otros tratados también excluyen las controversias sobre hechos y actos ocurridos antes de su entrada en vigencia (“doble causal de exclusión”). En el contexto de una cláusula de exclusión única la controversia no puede plantearse sino después de la medida gubernamental impugnada; en este caso la promulgación del Acuerdo de Concejo N° 259.

42. El Tribunal también pasó por alto el hecho de que la controversia planteada en 1998 se dio con las autoridades municipales de Lima, en tanto que el Acuerdo de Concejo N° 259 generó una controversia con la República del Perú.

43. Las conclusiones de un tribunal con respecto a la competencia son plenamente susceptibles de revisión por un comité *ad hoc*. Si éste concluye que el tribunal desechó un caso erróneamente al declararse incompetente, el mecanismo apropiado, conforme al Artículo 52(1)(b), es la anulación. En consecuencia, si en este caso el

Comité *ad hoc* concluye que el Tribunal poseía competencia *ratione temporis*, debe anular el Laudo del Tribunal.

44. Se han expresado diferentes opiniones sobre el significado del término “manifiesta” del Artículo 52(1)(b) del Convenio del CIADI. La interpretación más racional es que la extralimitación de facultades, para configurar una causa de nulidad, debe suscitar “serias 16 implicaciones”,⁽¹⁰⁾ no que deba ser “evidente”, pero aunque se exija este último criterio, en el presente caso se justifica la anulación.

45. El hecho de que el Tribunal haya resuelto cuestiones jurídicas sustanciales invocando fundamentos meramente subjetivos expuestos por una de las partes y el peso de la opinión pública constituyó una extralimitación manifiesta de facultades en el sentido que da a esa expresión el criterio del CIADI sobre anulación.

b) Quebrantamiento grave de una norma de procedimiento

46. El enfoque del Tribunal quebrantó también, en forma grave, una norma de procedimiento aplicable en casos internacionales, conforme a la cual la competencia debe basarse en las reclamaciones del demandante, y no en la defensa del demandado. Ciertamente, para establecer si son o no competentes, los tribunales internacionales tienen la potestad de pronunciarse sobre hechos en disputa, pero cuando declinan ejercerla deben preguntarse si el demandante ha probado *prima facie* sus razones, es decir si puede probar los hechos que invoca.

47. El Tribunal se extralimitó en sus facultades al rechazar la oferta de Lucchetti de probar que los fundamentos dados para promulgar el Acuerdo de Concejo N° 259 eran meros pretextos. El Tribunal dio peso decisivo a esos fundamentos, en lugar de basarse en factores objetivos, y no admitió la posibilidad de que Lucchetti, ulteriormente, pudiera probar la veracidad de sus asertos. Al haber optado por no verificar los hechos en el curso del procedimiento sobre la competencia, el Tribunal no estaba facultado para invocar hechos impugnados contrarios a lo alegado por Lucchetti.

48. En el presente caso los efectos de este razonamiento, tienen mayores implicaciones respecto al debido proceso, ya que gran parte de los fundamentos enunciados por el Concejo de Lima provenían de sus afirmaciones sobre supuesta corrupción en relación con las sentencias de 1998, en tanto que Lucchetti negó sistemáticamente que sus representantes hubieran cometido ilícito alguno.

49. La técnica de adopción de decisiones del Tribunal difiere por completo de las nociones universales sobre presunción de inocencia y los requisitos del debido proceso. Permite a los actores gubernamentales destruir impunemente una inversión extranjera en el contexto de un convenio internacional por lo demás aplicable, simplemente declarando que el inversionista “se lo tenía merecido”, en virtud de sus supuestos actos anteriores al tratado.

⁽¹⁰⁾ Caso del CIADI *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal vs. República Argentina*, Decisión sobre anulación del 2 de julio de 2002.

50. Ciertamente es que el Tribunal declaró innecesario pronunciarse sobre la cuestión de la corrupción, pero de todos modos se basó en la afirmación del Concejo de Lima contenida en el Acuerdo de Concejo N° 259 de que las sentencias de 1998 se habían obtenido por medios ilegales. Con ello desconoció el principio de presunción de inocencia y los requisitos del debido proceso. En lugar de dejar que la percepción de la culpabilidad de Lucchetti permeara en su razonamiento, el Tribunal debió haber obtenido pruebas sobre el tema de la corrupción, o reservar la resolución de ese tema para la etapa del fondo. De todos modos, como el Tribunal declaró que no había considerado la supuesta corrupción, el Laudo debe mantenerse o revocarse sin tener en cuenta esas alegaciones.

c) Omisión de expresar motivos

51. Los Demandantes alegan que el Tribunal fundó su Laudo en razones contradictorias. Se basó en criterios diferentes y mutuamente incompatibles, como los de “identidad de objeto” y de “origen o fuente” de las controversias; en la cuestión de si determinados elementos ocupaban una “posición central en la controversia”; en el momento en que la controversia “se generó”, y en la cuestión de si “en la práctica”, se trataba de la misma controversia. Esos criterios eran mutuamente contradictorios y ambiguos, e hicieron que el Laudo también lo fuera.

52. El Tribunal tampoco tuvo en cuenta los argumentos de Lucchetti según los cuales:

- a) el preámbulo del Acuerdo de Concejo N° 259 constituía un mero pretexto, y las razones reales del Acuerdo de Concejo eran políticas,
- b) las sentencias de 1998 eran sustancialmente correctas, y
- c) existía una distinción entre la controversia con las autoridades municipales y la controversia con la República del Perú.

2. La República del Perú

53. La República del Perú se opone a la solicitud de anulación formulada por Lucchetti y solicita su rechazo por las razones siguientes.

a) Extralimitación manifiesta de facultades

54. El análisis *ratione temporis* del Tribunal no fue equivocado, ni el Tribunal, al realizarlo, se extralimitó en sus facultades. La determinación del momento en que surge una controversia depende de las circunstancias de cada caso y el Tribunal examinó plenamente dichas circunstancias. El Tribunal utilizó diferentes criterios para establecer si la controversia referente al Acuerdo de Concejo N° 259 era idéntica a la anterior, y llegó a la conclusión de que lo era. El Laudo es congruente con la jurisprudencia anterior, y las razones invocadas para dictarlo son convincentes.

55. En su examen, el Tribunal efectivamente consideró la cuestión de la cosa juzgada en relación con las sentencias de 1998, pero concluyó que el hecho de que

éstas fuesen cosa juzgada conforme a la legislación interna no llevaba de por sí a la conclusión de que los hechos ocurridos ulteriormente constituyeran una nueva controversia.

56. El Tribunal no aplicó un criterio “práctico”, sino que analizó los hechos y concluyó que la controversia era una prolongación de la controversia surgida entre las partes en 1998. También examinó la cuestión de si algún otro de los argumentos de las partes obligaría a concluir que se trataba de una nueva controversia, pero concluyó que no era así. Sólo entonces agregó su observación sobre la “controversia pública” y sobre la “práctica”. El Tribunal no se pronunció sobre el caso *ex aequo et bono*, sino que aplicó el derecho internacional a la interpretación del Convenio Bilateral de Inversiones.

57. No obstante, aunque las razones invocadas en el Laudo fueran erróneas, esto no justificaría la anulación del Laudo, porque un comité *ad hoc* no está facultado para revisar la conclusión de un tribunal declarándose incompetente. La solicitud de anulación de Lucchetti es, en realidad, una apelación de la decisión del Tribunal por la que éste se declara incompetente *ratione temporis* conforme al Artículo 2 del Convenio Bilateral. Las apelaciones no están permitidas, y el Comité no puede revisar las conclusiones de hecho y de derecho del Tribunal.

58. De todos modos, en el presente caso el Tribunal no se extralimitó “manifiestamente” en el ejercicio de sus facultades. El requisito de que esa extralimitación sea manifiesta está destinado a impedir un examen basado en una investigación sobre el razonamiento del tribunal. El término “manifiesta” se ha definido como “clara”, o “evidente de por sí”. Por lo tanto, aunque un Tribunal se extralimite en sus facultades, esa extralimitación debe, además, ser patente, lo que no ocurre en este caso.

b) Quebrantamiento grave de una norma de procedimiento

59. De acuerdo con el Demandado, el Tribunal no quebrantó, ni menos aún gravemente, ninguna norma de procedimiento.

60. La jurisprudencia conforme a la cual un tribunal, a los efectos de establecer su competencia, debe dar por ciertos los hechos alegados por la demandante no se aplica en este caso, en que los hechos alegados —es decir el supuesto carácter de pretextos de las razones invocadas en el preámbulo del Acuerdo de Concejo N° 259— no guardan relación con el fondo de la cuestión en disputa, sino con la competencia misma. Por lo tanto el Tribunal no debe dar por ciertos los hechos alegados por Lucchetti en relación con la competencia, sino establecer por sí mismo si se cumplieron los requisitos que constituyen el umbral de la competencia, incluida la limitación *ratione temporis*. Según la teoría de Lucchetti, el Tribunal tenía que admitir que la controversia había surgido después de la entrada en vigencia del Convenio Bilateral, y decidir, basándose exclusivamente en ese factor, si era competente, sin realizar ninguna indagatoria sobre los hechos pertinentes. No obstante, los tribunales han procurado sistemáticamente verificar, desde el punto de vista fáctico y jurídico, el cumplimiento de todos los factores que determinan la competencia. A Lucchetti nunca se le privó de la posibilidad de presentar su propia versión de los hechos.

61. No puede alegarse incumplimiento del principio de presunción de inocencia. En el Laudo, el Tribunal declaró expresamente que no era necesario pronunciarse sobre las supuestas ilegalidades. Por lo tanto, el Tribunal no examinó el asunto de las ilegalidades —la corrupción y el ejercicio de presión ilegítima sobre los tribunales— y se basó en las explicaciones que aparecen en el preámbulo del Acuerdo de Concejo N° 259.

c) Omisión de expresar motivos

62. El Demandado expresó que las razones expuestas en el Laudo del Tribunal son claras y coherentes.

63. Aunque no se hubiera pronunciado sobre las tres cuestiones planteadas por Lucchetti, el Tribunal no habría cometido una infracción que provocara la nulidad del laudo. Pero además se ocupó de esas cuestiones: de las dos primeras para determinar si la controversia era una nueva controversia, y de la última — aunque Lucchetti no la alegó — a través de la conclusión general de que no era competente para pronunciarse sobre los Acuerdos de Concejo N° 258 y N° 259.

VI. LAS CONSIDERACIONES DEL COMITÉ AD HOC

64. En su Laudo del 7 de febrero de 2005 el Tribunal se declaró incompetente *ratione temporis* para pronunciarse sobre el fondo de la reclamación de Lucchetti. Basó esta conclusión en el Artículo 2 del Convenio Bilateral, que establece:

“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”.

65. Lucchetti solicita la anulación de ese Laudo, y la República del Perú rechaza esa solicitud. Las partes han expuesto en forma bastante extensa ante el Comité *ad hoc* las razones por las cuales el Laudo del Tribunal debería ser, o no, susceptible de anulación en virtud de tres de las razones mencionadas en el Artículo 52(1) del Convenio del CIADI. El Comité responderá más abajo a esos argumentos y reclamaciones.

66. No obstante, antes de hacerlo el Comité *ad hoc* considera útil formular algunas reflexiones generales con respecto a lo que a su juicio son cuestiones capitales en que se basan estos procedimientos de anulación, en especial porque a su juicio las partes no han destacado o desarrollado suficientemente algunos aspectos.

67. El Comité *ad hoc* comienza por señalar que en el presente caso el Tribunal, llamado a pronunciarse sobre una serie de excepciones de incompetencia planteadas por la República del Perú, decidió rechazar los argumentos de Lucchetti basándose en una única excepción: la que reposa en la cláusula de competencia *ratione temporis* del

Artículo 2 del Convenio Bilateral. Esa decisión no es recurrible ni ha sido recurrida. A juicio de Comité, está cabalmente comprendida dentro de la esfera de discrecionalidad que posee todo tribunal del CIADI.

68. Por lo tanto, la cuestión ante el Tribunal vino a girar en torno a un aspecto aislado y relativamente sencillo de interpretación y aplicación de un tratado bilateral; el Tribunal estaba llamado a determinar el significado de una disposición de un tratado y luego a aplicarlo a las circunstancias del caso sometido a su consideración. Muchos tribunales internacionales de diversos tipos se han visto confrontados con una situación similar. No obstante, el Comité *ad hoc* formula dos observaciones generales sobre las circunstancias en que el Tribunal tenía que cumplir su cometido.

69. La primera observación es que la cuestión que debía interpretarse no se refería, como ocurre con tanta frecuencia, a las que podrían llamarse disposiciones estándar del Convenio Bilateral (por ejemplo las normas de protección, el significado del término “inversión”, la nacionalidad de personas físicas o compañías), sino al alcance de la cláusula que definía el consentimiento al arbitraje en ese convenio en particular. A este respecto, el Tribunal tenía que considerar la intención específica de las dos Partes Contratantes, es decir los Gobiernos de Chile y Perú, a los efectos del Convenio Bilateral, tarea que hizo más difícil el hecho de que sólo una de las Partes Contratantes —el Gobierno de Perú— era parte del procedimiento que tenía ante sí el Tribunal.

70. La segunda observación es que si el proceso interpretativo arrojaba resultados desfavorables para Lucchetti, la conclusión pondría fin al procedimiento, ya que no se le permitiría a Lucchetti que sus reclamaciones se ventilaran en una audiencia sobre el fondo del asunto. Por lo tanto, la interpretación de la cláusula pertinente del Convenio Bilateral revestía decisiva importancia para Lucchetti como inversionista.

1. Las causas para la anulación

71. Conforme al Artículo 52(1) del Convenio del CIADI, cualquiera de las partes puede solicitar la anulación de un laudo invocando una o más de cinco causas específicas. Tres de ellas se plantean en el presente caso: “(b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades”, “(d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento” y “(e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde”. Esas tres causas se refieren a diferentes aspectos del laudo. En tanto que la causa (b), en lo que se refiere al presente caso, está vinculada con el grado de facultades conferidas al tribunal por el Convenio Bilateral, la causa (d) está destinada a garantizar que las partes gocen del derecho a ser oídas en forma justa. La causal (e) difiere de las otras dos porque no está relacionada con las facultades del tribunal ni con el desarrollo del procedimiento, sino con la redacción del laudo.

72. El Comité *ad hoc* toma nota de que en el Convenio del CIADI las tres causas se presentan como independientes, y considera que, en principio, los hechos de un caso deben analizarse separadamente en relación con cada causa, lo que sin embargo no equivale a decir que esas causas no tienen relación alguna entre ellas. Puede suceder, en circunstancias pertinentes, que una de esas causas pueda apropiadamente conside-

rarse como reforzando otra. Por ejemplo, un vicio procesal que en principio deba examinarse en relación con la causa (d), en algunos casos podría también ser un elemento pertinente para considerar la cuestión de si un tribunal se ha extralimitado en sus facultades conforme a la causa (b).

73. Antes de examinar el presente caso en relación con las causas (b), (d) y (e), el Comité *ad hoc* expondrá su opinión sobre ciertos temas generales que resultan pertinentes para considerar el caso en conjunto.

2. La cuestión de las supuestas ilegalidades

74. En el procedimiento seguido ante el Tribunal, y en el procedimiento de anulación ante el Comité *ad hoc* promoviendo la anulación del laudo, las partes examinaron muy detenidamente las alegaciones de corrupción y ejercicio de indebida influencia sobre los tribunales peruanos que hicieron lugar a las reclamaciones de Lucchetti en 1998. El Comité *ad hoc* considera apropiado formular algunas observaciones generales sobre este tema y sobre su importancia para el examen del presente caso.

75. El Comité toma nota de la manifestación inequívoca del Tribunal de que no había examinado la cuestión de las “supuestas ilegalidades”. A ese respecto el Comité debe admitir que en las conclusiones del Tribunal no influyeron las amplias pruebas propuestas por la República del Perú para respaldar su alegación de que Lucchetti había inducido al Sr. Vladimiro Montesinos Torres, alto funcionario público peruano, a ponerse en contacto con jueces peruanos para inducirlos a dictar sentencias favorables a Lucchetti.

76. Asimismo en la audiencia final ante el Comité *ad hoc*, la República del Perú exhibió fragmentos de grabaciones de video como respaldo de su argumento sobre existencia de contactos ilegales o impropios entre Lucchetti y el Sr. Montesinos Torres y sobre indebida influencia de este último sobre los tribunales. Sin embargo, en las circunstancias del presente caso, el Comité no puede considerar esa prueba como pertinente para el procedimiento de anulación.

77. No obstante, debe formularse una observación adicional. Si bien las ilegalidades aludidas no afectaron al Laudo del Tribunal, debe admitirse que a ellas se hacía referencia en el preámbulo del Acuerdo de Concejo N° 259, por el que se anuló la licencia que poseía Lucchetti para operar la planta de pastas. En ese preámbulo, el Concejo de Lima manifestó, *inter alia*,

- a) Que Lucchetti había “obtenido órdenes judiciales y sentencias indebidas” confirmadas por el tribunal superior.
- b) Que la interferencia del Sr. Montesinos Torres en las actuaciones judiciales se había conocido a través de cintas de video y de audio que probaban que las decisiones judiciales en realidad habían sido “dictadas” por dicha persona, y que los jueces que presidían los tribuna-

les se habían pronunciado “bajo la influencia y dirección de éste”, lo que había privado de derechos constitucionales “a la Municipalidad Metropolitana de Lima, a su Alcalde, a los miembros de la Comisión Técnica Provincial de Lima y a los vecinos de Lima”.

- c) Que era “en cumplimiento de los fraudulentos fallos judiciales” que se había otorgado a Lucchetti una licencia de funcionamiento.

78. De lo expuesto surge que la supuesta influencia indebida ejercida sobre los tribunales fue uno de los factores que llevaron al Concejo de Lima a cancelar la licencia de Lucchetti. Indirectamente, por lo tanto, las alegaciones sobre actos ilícitos, justificadas o no, hasta cierto punto influyeron en las medidas adoptadas contra Lucchetti. El Comité *ad hoc* tendrá en cuenta este hecho al examinar la cuestión de la competencia *ratione temporis* en el presente caso.

3. *El contexto de la excepción de incompetencia ratione temporis*

79. No se ha proporcionado información específica alguna sobre la manera en que los Gobiernos de Chile y Perú, al celebrar el Convenio Bilateral, tenían la intención de que se aplicara la excepción temporal prevista en el Artículo 2. El Gobierno de Chile no fue parte del procedimiento bajo el Convenio Bilateral, y es escasa la información existente sobre sus opiniones acerca de la interpretación de dicho convenio. En consecuencia, el Tribunal debe interpretar la cláusula pertinente conforme a principios generales de derecho internacional, tal como se enuncian, principalmente, en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“*la Convención de Viena*”). Según el Artículo 31(1) de esa convención, un tratado debe interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que ha de atribuirse a sus términos en su contexto y a la luz de su objeto y fin. Del Artículo 31(3) se infiere que otros medios de interpretación son los acuerdos y prácticas ulteriores y las reglas de derecho internacional aplicables. Finalmente, el Artículo 32 menciona medios de interpretación complementarios, como los trabajos preparatorios del tratado y las circunstancias en que éste se celebró.

80. En relación con la regla principal contenida en el Artículo 31(1) de la Convención de Viena, el Comité *ad hoc* concluye que la segunda oración del Artículo 2 del Convenio Bilateral debe leerse en su contexto, es decir en conjunción con la primera oración del mismo artículo, que dispone que el Convenio Bilateral debe aplicarse a las inversiones efectuadas antes y después de la entrada en vigencia de dicho convenio. La regla principal es, por lo tanto, que el Convenio Bilateral se aplica también a inversiones realizadas anteriormente; conforme a la segunda oración esa regla admite una excepción, respecto a controversias o diferencias en curso. Corresponde suponer que a través de esa excepción se procura impedir que en los casos en que una controversia o una diferencia ha surgido en un momento en que no existía el Convenio Bilateral, la ulterior entrada en vigencia del Convenio otorgue una nueva munición al inversionista. Por otra parte, a los efectos de la aplicación de una excepción de este tipo debería poder identificarse claramente la controversia o diferencia preexistente.

4. *La cuestión de la res judicata*

81. Las medidas adoptadas por las autoridades municipales en 1997 y 1998 en relación con la inversión de Lucchetti —en especial la notificación de paro de obras del 18 de agosto de 1997, los Acuerdos de Concejo N° 111 y N° 126 de 1997 y el Acuerdo N° 01 de 1998— fueron seguidas por una acción de amparo promovida por Lucchetti contra la Municipalidad de Lima y otras entidades. Esas actuaciones dieron lugar a sentencias favorables a Lucchetti, en virtud de las cuales el 23 de diciembre de 1998 la Municipalidad de Chorrillos otorgó a la compañía una licencia de construcción, y el 29 de diciembre de 1998 una licencia de funcionamiento para la fabricación y venta de pastas en la planta de la empresa. Indudablemente esas licencias fueron un activo económico valioso para Lucchetti, que debe de haberlas considerado como base sólida para realizar inversiones adicionales en la fábrica y futuros negocios basados en la producción de la planta.

82. El 2 de febrero de 2000 se celebró el Convenio Bilateral, que entró en vigencia el 3 de agosto de 2001, es decir 30 días después que las Partes Contratantes se hubieran notificado mutuamente el cumplimiento de sus respectivos requisitos legales para la entrada en vigencia.

83. A la fecha de entrada en vigencia del Convenio Bilateral, Lucchetti había estado operando durante dos años y medio conforme a las licencias otorgadas en diciembre de 1998. El Comité *ad hoc* no tiene conocimiento de que en ese largo período las autoridades peruanas hayan adoptado nuevas medidas tendientes a impedir que la compañía prosiguiera sus actividades. En tales circunstancias, y como el Convenio Bilateral había de aplicarse también a las inversiones existentes, al Comité no le resulta difícil comprender que Lucchetti haya creído que su inversión, y el considerable valor económico que ella representaba, iban a gozar de protección en el marco del Convenio Bilateral a partir de la fecha de entrada en vigencia de este último.

84. No obstante, el 16 de agosto de 2001, es decir menos de dos semanas después de la entrada en vigencia del Convenio Bilateral, el Concejo de la Municipalidad de Lima promulgó el Acuerdo de Concejo N° 259, que canceló la licencia de funcionamiento de Lucchetti desde diciembre de 1998. En el Acuerdo se alegaba que Lucchetti no había cumplido los reglamentos ambientales, es decir cuestiones esencialmente examinadas y resueltas en procedimientos judiciales anteriores. Como justificación de la cancelación de la licencia pese a las sentencias de 1998, el Concejo de la Municipalidad declaró, en el preámbulo, que esas sentencias se habían obtenido ilegalmente.

85. Conforme a la legislación peruana, las sentencias dictadas por los tribunales peruanos en el procedimiento de amparo se consideraban cosa juzgada. Lucchetti concede especial importancia a este factor, alegando que los hechos ocurridos en 2001 generaron una nueva controversia. La República del Perú ha objetado esa opinión, sosteniendo que la cuestión de la cosa juzgada, en ese contexto, es un asunto de derecho interno que no debe influir decisivamente en la cuestión de si ha surgido o no una nueva controversia en el sentido que da a esta expresión el Convenio Bilateral. El Tribunal, en su Laudo, concluyó que el carácter de cosa juzgada adquirido por las

sentencias peruanas no obligaba de por sí a aceptar la conclusión de que la controversia ulterior fuera nueva, ya que los hechos del caso denotaban la persistencia de la controversia original.

86. El principio de cosa juzgada no es sólo un rasgo característico de la mayoría de los sistemas jurídicos internos, sino también un importante principio de derecho internacional. En la sentencia recientemente dictada por la Corte Internacional de Justicia (“CIJ”) en *Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*⁽¹¹⁾, la CIJ destacó el carácter fundamental de ese principio y señaló que sus características y finalidades básicas se reflejaban en la práctica judicial de la Corte. No obstante, el análisis efectuado en esa sentencia se refería a la cosa juzgada en relación con anteriores sentencias de la CIJ; no en relación con sentencias dictadas a nivel nacional.

87. El Comité *ad hoc* considera que debe distinguirse claramente entre la cosa juzgada a nivel internacional y a nivel nacional. En tanto que una sentencia internacional que es cosa juzgada constituirá en principio un obstáculo jurídico para un nuevo examen del mismo asunto, a nivel nacional la cosa juzgada sólo surte efectos jurídicos en el ámbito nacional, y en procedimientos judiciales internacionales no es más que un elemento fáctico. Es lo apropiado, ya que no puede quedar al albedrío de cada Estado la creación, a través de sus propias reglas sobre *res judicata*, de obstáculos para la adjudicación de casos a nivel internacional. El Comité se refiere a ese respeto al Caso *Inceysa Vallisoletana S.L. vs. República de El Salvador*, en que el tribunal declaró que la decisión sobre la legalidad de una inversión no puede quedar librada a los tribunales del Estado receptor, lo que permitiría redefinir, en forma unilateral y completamente discrecional, el alcance de su propio consentimiento a la jurisdicción del CIADI⁽¹²⁾.

88. Por lo tanto, el Comité *ad hoc* coincide en principio con la República del Perú y con el Tribunal en cuanto a considerar que el hecho de que las sentencias peruanas fueran cosa juzgada no puede ser decisivo para la evaluación prevista en el Artículo 2 del Convenio Bilateral. En tanto que la cosa juzgada en relación con esas sentencias está vinculada con el carácter definitivo de una sentencia conforme a la legislación peruana, la interpretación del Convenio Bilateral es una cuestión de derecho internacional. No obstante, el carácter de cosa juzgada de las sentencias dictadas conforme a la legislación peruana es uno de los varios elementos fácticos que conforme al Convenio Bilateral deben considerarse pertinentes para la aplicación de la excepción temporal de incompetencia. Por lo tanto, el carácter de cosa juzgada de las sentencias de 1998, aunque no es en modo alguno decisivo, debe tenerse en cuenta para el examen a efectuarse del Artículo 2 del Convenio Bilateral.

(11) *Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia y Herzegovina vs. Serbia y Montenegro), Sentencia de la Corte Internacional de Justicia del 26 de febrero de 2007, párrafos 115-116.

(12) Caso del CIADI *Inceysa Vallisoletana S.L. vs. República de El Salvador*, Laudo del 2 de agosto de 2006, párrafo 213.

5. *La redacción de la excepción ratione temporis*

89. La excepción contenida en el Artículo 2 del Convenio Bilateral se refiere a “diferencias o controversias que hubieran surgido con anterioridad a su entrada en vigencia”. Por lo tanto, la cuestión central para el Tribunal era el determinar si la controversia de 2001 era o no la continuación de la controversia que surgió en 1997-1998.

90. En el Laudo, el Tribunal, basándose en jurisprudencia internacional anterior,⁽¹³⁾ concluyó que el término “controversia” podría definirse como “un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, un conflicto de puntos de vista jurídicos o de intereses entre dos personas”, o una “situación en que dos partes sostienen posiciones claramente opuestas con respecto a la cuestión del cumplimiento o incumplimiento” de una obligación jurídica. El Tribunal agregó que podría sostenerse que existe una controversia cuando las partes mantienen reclamaciones de derecho o de hecho contrapuestas referentes a sus respectivos derechos u obligaciones o, según lo manifestado por la CIJ,⁽¹⁴⁾ cuando “la reclamación de una parte se opone positivamente a la de la otra”.

91. El concepto de “controversia” puede claramente definirse de manera dependiendo del contexto. No obstante, los elementos especificados por el Tribunal para aclarar su significado a los efectos del presente caso no dan lugar a ninguna observación por parte del Comité *ad hoc*.

92. Como ya se señaló, el contexto en que aparece cierto término es un elemento importante para la interpretación, conforme al Artículo 31(1) de la Convención de Viena. A ese respecto no puede pasarse por alto el hecho de que el Artículo 2 se refiere no sólo a “controversias”, sino también a “diferencias”. Aunque las partes no invocaron específicamente ese aspecto de la disposición, Lucchetti se refirió al Caso de *Helnan International Hotels vs. Egipto*⁽¹⁵⁾ y señaló que en ese caso existía una cláusula *ratione temporis* prácticamente idéntica al Artículo 2 del presente Convenio Bilateral. En *Helnan*, el tribunal comentó los términos “divergencia” y “controversia” y concluyó que “no implican el mismo grado de animosidad”. El tribunal 25 consideró que existiría una divergencia “cuando las partes sostengan diferentes opiniones, pero sin necesariamente perseguir en forma activa la diferencia”, en tanto que en el caso de una controversia “la diferencia de opiniones es objeto de un activo debate entre las partes, en circunstancias que indican que éstas desean resolver la diferencia ante un tercero o por otra vía”.

(13) *Mavrommatis Palestine Concessions*, Grecia vs. Reino Unido, Sentencia (Fondo del Asunto), 30 de agosto de 1924, 1924, Corte Permanente de Justicia Internacional (serie A), N° 2, e *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania*, Opinión Consultiva de marzo de 1950, Corte Internacional de Justicia, ICJ Reports 1950, p. 74.

(14) *South West Africa*, Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Corte Internacional de Justicia, ICJ Reports 1962, p. 328.

(15) Caso del CIADI *Helnan International Hotels A/S vs. República Árabe de Egipto*, Decisión sobre excepción a la jurisdicción, del 17 de octubre de 2006.

93. Las partes no consideraron necesario basar sus argumentos en el concepto adicional de “diferencia”, ya que coincidieron en que claramente había existido una controversia antes y después de la entrada en vigencia del Convenio Bilateral, y sólo discrepaban acerca de si se trataba o no de la misma controversia. No obstante, el contexto en que aparece el término “controversia” es un elemento que hasta cierto punto ayuda a comprender la disposición a la cual, leída en conjunto, se ha dado un amplio alcance. También deja en claro que en ciertas circunstancias puede entenderse que una “diferencia” persiste aún después que una “controversia” ha sido resuelta a través de procedimientos judiciales o por otros medios.

94. No obstante, aunque el término adicional “diferencia” amplía en cierta medida el alcance del Artículo 2, la redacción de la excepción a la que se refiere el artículo es en otro aspecto más limitada que la de las cláusulas temporales que aparecen en muchos otros tratados. En el Convenio Bilateral se establece una excepción para las controversias planteadas antes de su entrada en vigencia (“causal única de exclusión”); en otros tratados la excepción se aplica no sólo a *controversias surgidas* antes de la entrada en vigencia del tratado, sino también a *controversias sobre hechos o situaciones surgidos* antes de su entrada en vigencia (“doble causal de exclusión”). A este respecto la excepción contenida en el Convenio Bilateral es, pues, más limitada que la de otros tratados.

95. Cuando existe una cláusula de doble causal de exclusión, se puede denegar la competencia aún cuando la controversia haya surgido después de la entrada en vigencia del tratado, siempre que esté relacionada con hechos ocurridos antes de la entrada en vigencia,⁽¹⁶⁾ lo que no es posible cuando hay una cláusula de exclusión única. En el Caso *Maffezini*,⁽¹⁷⁾ el tribunal señaló que los hechos sobre los que versaba la discrepancia de las partes habían surgido antes de la entrada en vigencia del Convenio Bilateral, pero que ello no significaba la existencia, a esa altura, de una controversia jurídica. Finalmente, en el Caso *Jan de Nul*,⁽¹⁸⁾ el tribunal declaró que la cláusula de exclusión única tenía como finalidad excluir las controversias referentes a tratados “generadas” antes de la entrada en vigencia del Convenio Bilateral.

96. Con respecto a lo alegado por Lucchetti, de que el Tribunal no tuvo en cuenta el hecho de que la controversia existente en 1998 era una controversia con las autoridades municipales de Lima, en tanto que el Acuerdo de Concejo N° 259 había dado lugar a una controversia con la República del Perú, el Comité *ad hoc* toma nota de que esa distinción, si bien es uno de los elementos que han de tenerse en cuenta, no puede en modo alguno ser decisiva para establecer si existieron dos controversias, ya que es

(16) Véase, por ejemplo, *Phosphates in Morocco*, Italia vs. Francia, Sentencia (Excepciones Preliminares), 14 de junio de 1938, 1938 PCIJ 4.

(17) Caso del CIADI *Emilio Agustín Maffezini vs. España*, Decisión sobre jurisdicción del 25 de enero de 2000.

(18) Caso del CIADI *Jan de Nul N.V. y Dredging International N.V. vs. República Árabe de Egipto*, Decisión sobre jurisdicción del 16 de junio de 2006.

evidente que en virtud del Convenio Bilateral la República del Perú es responsable de los actos de todas las autoridades públicas peruanas y, en consecuencia, que una vez que se plantea la controversia a nivel internacional, la reclamación debe formularse contra la República del Perú.

6. *La evaluación del Comité ad hoc*

97. El Comité *ad hoc* considera que cuando el Tribunal concluyó que debía basar su Laudo en la cuestión de la interpretación y aplicación del Artículo 2 del Convenio Bilateral, el Tribunal asumió la tarea de aplicar a los hechos del caso que tenía ante sí las reglas estándar de interpretación de tratados. A su vez, la tarea del Comité *ad hoc* consiste en considerar si la manera en que el Tribunal asumió y cumplió su cometido hizo que su Laudo fuera susceptible de anulación conforme al Convenio, como alega Lucchetti, o si el Tribunal cumplió en forma adecuada los requisitos del Convenio, tal como lo expresa la República del Perú en su contestación. El vocablo “manera” se utiliza aquí específicamente para destacar que el Comité no está facultado para revisar la decisión misma a la que haya llegado el Tribunal, ni menos aún para reemplazar las opiniones del Tribunal por las suyas propias, sino que debe limitarse a evaluar si la manera en que el Tribunal cumplió sus funciones cumple los requisitos del Convenio del CIADI.

98. El Comité *ad hoc* está naturalmente consciente que la manera en que ha descrito la tarea del Tribunal no corresponde exactamente a la manera en que las partes enmarcaran sus respectivos casos durante este procedimiento de anulación. No obstante, cree que la referencia a las reglas estándar de interpretación de los tratados y a la aplicación de esas reglas a los hechos del caso permite identificar más claramente los hechos esenciales y al mismo tiempo corresponde a las causales de anulación previstas en el Artículo 52(1) del Convenio del CIADI. Es un hecho ampliamente aceptado que la falta de aplicación del derecho apropiado por parte de un tribunal puede representar una extralimitación de facultades, tal como se señala en el Artículo 52(1)(b),⁽¹⁹⁾ en tanto que deficiencias procesales graves en un procedimiento ante un tribunal pueden dar lugar a la aplicación del Artículo 52(1)(d). La omisión de expresar motivos prevista en el Artículo 52(1)(e) es una causal de diferente carácter, ya que su objetivo es garantizar el derecho de las partes de establecer si las conclusiones de un tribunal se basan, y en que medida, en derecho y en una adecuada evaluación de los hechos pertinentes. De esta manera, el Comité examinará las diversas causales de anulación expuestas por Lucchetti.

a) Extralimitación manifiesta de facultades (Artículo 52(1)(b) del Convenio)

99. Cuando un tribunal asume competencia en un asunto pese a ser incompetente conforme al Convenio Bilateral pertinente, se extralimita en sus facultades. Lo mismo sucede, en el caso inverso, cuando un tribunal se rehúsa a asumir competencia, o falta a su obligación de hacerlo, en un asunto para el cual es competente conforme al Con-

⁽¹⁹⁾ Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, párrafos 167-170.

venio Bilateral. El Comité *ad hoc* considera que esas situaciones son análogas y deben evaluarse a la luz de idénticos criterios jurídicos.

100. No obstante, el requisito previsto en el Artículo 52(1)(b) del Convenio del CIADI no consiste exclusivamente en que el Tribunal se haya excedido en sus poderes, sino en que esa extralimitación sea “manifiesta”. Con base en la doctrina, parece que existen opiniones divergentes sobre el impacto de ese requisito. Algunos sostienen que en los casos en que un comité *ad hoc* concluye que un tribunal ha asumido competencia erróneamente o ha faltado a su obligación de asumirla, corresponde anular total o parcialmente el laudo, sin considerar la cuestión de si la extralimitación fue o no manifiesta. Otros creen que si el tribunal, pese a haber asumido competencia por error, o haber faltado a su obligación de asumirla, ha emitido⁽²⁰⁾ una decisión razonable sobre el punto, la anulación es improcedente, pues en ese caso el tribunal no ha actuado en forma manifiestamente contraria al Convenio Bilateral.

101. El Comité *ad hoc*, por su parte, concede peso al hecho de que la redacción del Artículo 52(1)(b) es de alcance general y no introduce excepción alguna en materia de competencia. Además, una solicitud de anulación no constituye una apelación, por lo cual no correspondería revisar en su totalidad el laudo del tribunal. Uno de los fines generales del Artículo 52, previsto en el apartado (1)(b), sería que la anulación no debería declararse fácilmente. Desde esta perspectiva, el Comité considera que también en materia de competencia debería darse considerable peso al vocablo “manifiesta”.

102. Teniendo en cuenta el requisito de que la extralimitación de facultades sea “manifiesta”, el Comité *ad hoc* examinará ahora la cuestión de si el Tribunal se extralimitó en sus facultades, y en caso afirmativo, si lo hizo en medida tal que se justifique la anulación del Laudo.

103. Ante todo el Comité toma nota de que en su análisis acerca de si la controversia surgió antes de la entrada en vigencia del Convenio Bilateral, el Tribunal concluyó que debía examinar los hechos que habían dado nacimiento a la controversia de 2001 y los que habían culminado en la controversia de 1997-1998, tratando de establecer en cada caso si, y en qué medida, existían diferencias o semejanzas entre el objeto o los hechos que constituían la causa real de una y otra controversia. A ese respecto el Tribunal hizo referencia al Caso *Electricity Company of Sofia and Bulgaria*,⁽²¹⁾ y también al Caso del CIADI *CMS Gas Transmission Co. vs. Argentina*,⁽²²⁾ en que se estableció que el elemento esencial para determinar la existencia de una o de dos controversias era la “identidad de objeto” de las mismas. El Tribunal señaló que independientemente de que la atención se centrara en las “causas reales” o en el “objeto” de la

⁽²⁰⁾ Con respecto a esta divergencia de opiniones véase, por ejemplo, Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, párrafos 137-146.

⁽²¹⁾ *Electricity Company of Sofia and Bulgaria* (Excepción Preliminar, 1939), PCIJ, p. 82.

⁽²²⁾ Caso del CIADI *CMS Gas Transmission Co. vs. Argentina*, Decisión sobre excepciones a la jurisdicción del 17 de julio de 2003.

controversia, tendría que establecer en cada caso si los hechos o consideraciones que habían generado la controversia más antigua seguían o no ocupando una posición central en la controversia ulterior.

104. Lucchetti alega que el Tribunal se equivocó al considerar idénticos el criterio previsto en el Convenio Bilateral —el de que controversia haya precedido a la entrada en vigencia del Convenio— y el criterio de la identidad de objeto y la causa real de la controversia anterior.

105. Tal como lo señaló Lucchetti, el Caso *CMS Gas Transmission* al que hizo referencia el Tribunal difería considerablemente del presente caso, pues versaba sobre la aplicación de una disposición específica del Convenio del CIADI, el Artículo 46, que permite a un tribunal, en ciertas condiciones, pronunciarse, en el mismo procedimiento de arbitraje, sobre demandas incidentales, adicionales o reconventionales directamente relacionadas con la controversia. El Comité *ad hoc* comparte la opinión de que la finalidad de esta disposición difiere de la finalidad de la excepción de incompetencia *ratione temporis* prevista en el Convenio Bilateral, y de que, en consecuencia, se aplican otras consideraciones al presente caso.

106. No obstante, el Tribunal examinó asimismo sentencias y decisiones vinculadas más estrechamente con el presente caso⁽²³⁾ y encontró referencias a la fuente de la controversia, a la causa real de la misma o al hecho que había dado origen a la controversia. Luego aplicó esos criterios al presente caso y concluyó que los hechos, dadas sus características, implicaban que la controversia existente en 1997-1998 era idéntica a la que había resurgido en 2001, después de la entrada en vigencia del Convenio Bilateral.

107. Lucchetti reprocha al Tribunal haber concluido, sin más que una mirada superficial del texto de la segunda oración del Artículo 2, cuál era el criterio pertinente para determinar la existencia de una “controversia” en ese contexto, lo cual, según añade Lucchetti, no es el criterio apropiado. Alega además que el Tribunal, al hacer referencia en su Laudo a la existencia de una “controversia pública” con respecto a la inversión de Lucchetti y al describir como “cuestión práctica” la resolución de los problemas planteados, no aplicó el derecho apropiado.

108. En 1997-1998, es decir antes de la entrada en vigencia del Convenio Bilateral, la Municipalidad de Lima, al anular los permisos de construcción otorgados a Lucchetti, hizo referencia, *inter alia*, a preocupaciones ambientales, es decir a la necesidad de proteger los Pantanos de Villa. En agosto de 2001, cuando dictó el Acuerdo de Concejo N° 259, por el que revocó la licencia de funcionamiento de Lucchetti, volvió a invocar, como uno de los principales fundamentos de su decisión, la necesidad de proteger los Pantanos de Villa.

(23) *Electricity Company of Sofia and Bulgaria, Bélgica vs. Bulgaria*, Sentencia del 4 de abril de 1939 (Excepción Preliminar), 1939 PCIJ 64, *Right of Passage over Indian Territory*, Portugal vs. India, Sentencia del 12 de abril de 1960 (Fondo), 31 I.L.R. 23 (1996), y Caso del CIADI *Goetz y otros vs. República de Burundi*, Laudo del 10 de febrero de 1999.

109. A primera vista, por lo tanto, los fundamentos de las medidas adoptadas contra Lucchetti eran, en gran medida, idénticas o similares. Lucchetti niega, sin embargo, que las razones expuestas en el Acuerdo de Concejo N° 259 hayan sido las verdaderas, y sostiene que en realidad la licencia de funcionamiento se revocó por razones políticas y no en virtud de preocupaciones ambientales, que en todo caso eran injustificadas. A este respecto el Comité *ad hoc* señala que si Lucchetti está en lo cierto al sostener que en 2001 la Municipalidad de Lima deseaba dar por terminada la operación de la planta de Lucchetti no por razones ambientales, sino políticas, parecería probable que razones similares hubieran inspirado las medidas adoptadas contra la planta por esa municipalidad en 1997-1998. Por lo tanto, independientemente de que las razones fueran ambientales o políticas parecería haber existido cierto vínculo o similitud entre los actos adoptados contra Lucchetti en 1997-1998 y en 2001. Éste es un factor que se considera a favor de la conclusión del Tribunal de que el objeto o la causa real fueron idénticos en 2001 y en 1997-1998.

110. No obstante, otros factores conducen a la conclusión opuesta. Se trata, esencialmente, de los siguientes:

- a) La controversia ocurrida en 1997-1998 finalizó con una sentencia judicial que adquirió carácter de definitiva (*res judicata*), y parecía apta para brindar seguridad a Lucchetti con respecto a su inversión.
- b) A lo largo de un período bastante prolongado —alrededor de dos años y medio— Lucchetti prosiguió sus actividades, al parecer sin sufrir perturbaciones.
- c) En 2001, al revocar la licencia de Lucchetti, la Municipalidad de Lima, es decir una autoridad administrativa, adoptó medidas contrarias a sentencias judiciales definitivas, proceder difícil de reconciliar con el principio de legalidad, incluido el derecho a la protección judicial y el respeto de las decisiones judiciales definitivas. El hecho de que para hacerlo la Municipalidad invocara supuestas ilegalidades que no se habían probado en procedimientos judiciales hace aún más dudoso ese proceder.

111. Bien podría sostenerse que los actos y hechos que se resumen en a), b) y c) tienen peso suficiente como para justificar la conclusión de que la controversia que tuvo lugar en 1997-1998 había finalizado y que surgió una nueva e independiente controversia cuando la Municipalidad de Lima tomó nuevas medidas en 2001.

112. No obstante, el Comité *ad hoc* no cree que su cometido consista en establecer si el criterio utilizado por el Tribunal, y el peso dado por éste a diversos elementos, fueron “correctos” o “incorrectos”. A juicio del Comité, la interpretación de los tratados no es una ciencia exacta, y es frecuente que una norma en disputa admita más de una interpretación y en algunos casos varias interpretaciones. Como ya se señaló, no forma parte de las funciones del Comité tratar de sustituir el criterio adoptado por el Tribunal por su propia opinión. La interpretación del Artículo 2 adoptada por el Tribunal es claramente admisible. También es claro que no es la única interpretación

admisible. Al Comité no se le ha encomendado la tarea de establecer si una interpretación es “mejor” que otra, ni, en realidad, cuál de varias interpretaciones posibles puede considerarse “la mejor”, sino que tiene que ocuparse exclusivamente del proceso a través del cual el Tribunal pasó de su premisa a su conclusión.

113. El Comité *ad hoc* toma nota, a este respecto, primero, que el Tribunal, en su Laudo, no identificó ni describió las normas de interpretación que se proponía aplicar. Puede considerarse que “el Derecho” aplicable consiste en las normas codificadas en el Artículo 31 y en subsiguientes artículos de la Convención de Viena. Por lo tanto se plantea la cuestión de si el Tribunal aplicó esas normas o si a ese respecto incurrió en una omisión que implicara extralimitación de facultades.

114. De hecho, existen elementos referentes a la interpretación del Artículo 2 del Convenio Bilateral que el Comité *ad hoc* habría esperado encontrar en un laudo en que se aplican reglas internacionales de interpretación de los tratados basadas en la Convención de Viena. A ese respecto toma nota de que el Laudo no se refiere al uso de ambos términos, “controversia” y “diferencia”, que aparecen en la segunda oración del Artículo, ni se evalúa su importancia a los efectos de la interpretación. El Laudo no contiene tampoco un análisis de las dos oraciones del Artículo 2 ni su mutua relación (la primera tiene un alcance retrospectivo y la segunda tiene la forma de una excepción), ni en él se consideran las posibles intenciones conjuntas de las Partes Contratantes. En el Laudo tampoco se intenta examinar el “objeto y fin” del Convenio Bilateral ni la historia de sus negociaciones, para aclarar, si fuera posible, la intención real que llevó a las partes a incluir la segunda oración en el Artículo 2, y qué idea específica tuvieron al utilizar el término “controversia” en ese contexto.

115. Lucchetti también critica el hecho, que considera impropio e impertinente, de que en el Laudo se aluda, en los términos siguientes, a una “controversia pública”: “[A]demás, 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”. Ese comentario aparece al final del capítulo de fundamentos de derecho del Laudo, y sigue a los argumentos jurídicos que respaldan la conclusión anterior del Tribunal. En esencia, la oración tiene el carácter de *obiter dictum*, lo que impide considerarla, en ningún caso, como fundamento de las conclusiones del Tribunal.

116. Aunque la interpretación del Tribunal sobre el Artículo 2 del Convenio Bilateral, tal como aparece en el Laudo, en algunos aspectos es incompleta y no refleja todos los instrumentos pertinentes para la interpretación de los tratados previstos en la Convención de Viena, el Comité no tiene fundamento alguno para concluir que el Tribunal haya pasado por alto algún elemento significativo de las normas internacionales, notorias y ampliamente aceptadas, sobre interpretación de los tratados. En todo caso, el Comité, que también examinó cuidadosamente todos los otros argumentos expuestos por Lucchetti, no puede concluir que los fundamentos expuestos por el Tribunal en el Laudo, aunque sucintos y en algunos casos simplificados con respecto a la Convención de Viena, hayan constituido una extralimitación –menos

aún manifiesta – de las facultades del Tribunal, en la acepción dada al término por el Artículo 52(1)(b) del Convenio.

b) Quebrantamiento grave de una norma de procedimiento (Artículo 52(1)(d) del Convenio)

117. Lucchetti alega que el Tribunal quebrantó gravemente, en dos aspectos, una norma de procedimiento. Por una parte, no basó su decisión referente a la competencia en las alegaciones de Lucchetti, sino en los contra-argumentos de la República del Perú con respecto a los hechos y, por otra parte, aceptó implícitamente las alegaciones sobre corrupción contenidas en el preámbulo del Acuerdo de Concejo N° 259, violando así el derecho fundamental de Lucchetti a ser presumida inocente de cualquier delito. La República del Perú replica que en esos aspectos no se violó ninguna norma de procedimiento.

118. Con respecto al primer punto, Lucchetti se refiere a una regla de derecho internacional que se refleja en la opinión emitida por la Juez Higgins en el Caso *Oil Platform*⁽²⁴⁾ y en varios laudos arbitrales.⁽²⁵⁾ Según esa opinión, la única manera de establecer si las reclamaciones de un demandante son suficientemente plausibles a la luz de los hechos consiste en aceptar *pro tempore* los hechos tal como el demandante declara que son ciertos, y establecer si sobre la base de esos argumentos de hecho pudo haberse producido la violación de una o más de las disposiciones jurídicas pertinentes. La República del Perú objeta sin embargo que esa doctrina se aplique a las circunstancias del presente caso, en que no se trata de establecer si los hechos alegados referentes al fondo del asunto pueden representar una violación del derecho internacional, sino si existen o no hechos que determinen la competencia.

119. Sobre este punto, el Comité *ad hoc* comparte la opinión de la República del Perú. La cuestión de si en el preámbulo del Acuerdo de Concejo N° 259 se expresan las verdaderas razones en que se funda dicho acto o si, tal como lo sostiene Lucchetti, las razones verdaderas eran de carácter político, no guarda relación con el fondo del asunto, sino con la competencia, y cabría examinarla en la etapa de determinación de la competencia, a condición de que se dé a las partes la oportunidad de exponer argumentos y proponer pruebas al respecto.

120. No obstante, antes de llegar a una decisión sobre esta cuestión, el Comité *ad hoc* considerará la cuestión de como el Tribunal aplicó a los hechos del caso la inter-

(24) Caso *Concerning Oil Platforms*, República Islámica de Irán vs. Estados Unidos de América, Sentencia (Excepción Preliminar), 12 de diciembre de 1996, 1996 ICJ 803.

(25) Caso del CIADI *Plama Consortium Ltd vs. Bulgaria*, Decisión sobre jurisdicción, del 8 de febrero de 2005, Caso de la CNUDMI *Saluka Investments B.V. vs. República Checa*, Decisión sobre jurisdicción con reconvencción, del 7 de mayo de 2004, Caso del CIADI *Amco Asia Corp. y otros vs. Indonesia*, Decisión sobre anulación, del 16 de mayo de 1986, y Caso del CIADI *SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. República Islámica de Pakistán*, Decisión sobre excepciones a la jurisdicción, del 6 de agosto de 2003.

pretación que había adoptado. No es necesario considerar detenidamente las críticas expuestas por Lucchetti contra la conclusión del Tribunal de que sea cual fuere la interpretación que se adopte sobre el Artículo 2 del Convenio Bilateral, la controversia planteada al Tribunal en 2003 representó en realidad una continuación de la controversia entre Lucchetti y la Municipalidad de Lima suscitada en 1998. El Comité centrará su atención en la más seria de esas críticas: la de que el Tribunal aceptó, sin evaluarlos, los hechos tal como se describen en el preámbulo del Acuerdo de Concejo N° 259, pese a que Lucchetti había sostenido que se trataba de meros pretextos formulados por razones de conveniencia. Lucchetti alega asimismo que se le privó de la oportunidad justa de probar que lo manifestado por la Municipalidad de Lima era incierto; notablemente porque el Tribunal se negó a autorizar a la compañía a presentar un memorial completo sobre el fondo del asunto antes de que el Tribunal se pronunciara sobre las excepciones preliminares.

121. Se trata de una crítica de cierto peso. Por una parte, es indudable que las manifestaciones de la Municipalidad de Lima que Lucchetti califica de subjetivas se convirtieron en un elemento crucial para la decisión final del Tribunal. Así surge del párrafo 53 del Laudo, en que el Tribunal formula la siguiente conclusión: *“Las razones que llevaron a la adopción del Acuerdo de Concejo N° 259 estuvieron, pues, directamente relacionadas con las consideraciones que dieron lugar a la controversia de 1997-98 (...). 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 las actuaciones de autos. También en ese sentido las controversias tuvieron el mismo origen o fuente (...).”* El Comité toma nota, por otra parte, de que el Tribunal, en una decisión provisional, rechazó la solicitud de Lucchetti de presentar su Memorial completo sobre el Fondo.

122. Por lo tanto, si se admite que ese elemento fáctico efectivamente se convirtió en un eslabón crucial de la cadena de razones que condujeron al Laudo del Tribunal, al Comité *ad hoc* no le cabe duda de que si a Lucchetti, en las circunstancias expresadas, no se le hubiera dado una cabal oportunidad de exponer sus argumentos sobre este tema, ello habría representado un “quebrantamiento grave de una norma de procedimiento” a los efectos del Artículo 52(1)(d) del Convenio del CIADI. No obstante, el Comité no puede concluir que la cuestión gire en su totalidad en torno a la cuestión de si el memorial sobre el fondo del asunto se presentó o no antes de que comenzaran las actuaciones referentes a las excepciones preliminares. A juicio del Comité, un tribunal del CIADI goza, jurídicamente, de un amplio margen de discrecionalidad sobre la mejor manera de organizar los procedimientos del caso concreto que tiene ante sí. Conforme a la Regla 41(3) de las Reglas de Arbitraje, cuando se opone formalmente una excepción de incompetencia corresponde suspender el procedimiento sobre el fondo del asunto y conceder a las partes un plazo para presentar observaciones sobre la excepción, y el Comité no puede concluir que no hubiera sido intrínsecamente razonable autorizar, en una primera etapa, la presentación de un memorial completo sobre el fondo del asunto. Un hecho más importante es que Lucchetti parece haber gozado de plena libertad para exponer todos los argumentos que deseara para refutar las excepciones preliminares, y un tribunal dispone de numerosos mecanismos para investigar y

resolver cualquier cuestión pertinente para pronunciarse sobre las excepciones preliminares que se le planteen; puede incluso, en último término, unir la excepción al del fondo del asunto, conforme a la Regla 41(4).

123. Por lo tanto, Lucchetti, exponiendo argumentos y proponiendo pruebas, tenía la posibilidad de tratar de convencer al Tribunal, en la etapa de consideración de la competencia, de que las razones que figuraban en el preámbulo del Acuerdo de Concejo N° 259 eran falsas, y nada conduce a concluir que el Tribunal no haya o habría considerado lo que Lucchetti alegó o hubiera aducido sobre los motivos que inspiraron dicho acuerdo de concejo. En consecuencia, a este respecto no cabe considerar que el procedimiento haya sido injusto para Lucchetti. Ciertamente es que el Tribunal pudo también, de oficio, haber requerido documentos u otras pruebas, conforme al Artículo 43 del Convenio del CIADI, o bien haber unido las excepciones preliminares con el del fondo del asunto para poder examinar con más detenimiento su base fáctica. No obstante, la decisión de si correspondía o no adoptar alguna de esas dos vías estaba comprendida dentro de la esfera de discrecionalidad del Tribunal, y el hecho de no hacerlo no supone la violación de una norma fundamental de procedimiento.

124. En lo que respecta al argumento adicional sobre violación del derecho de Lucchetti a la presunción de inocencia, basta señalar que el Tribunal no examinó la cuestión de las supuestas ilegalidades, sino que fundó sus conclusiones en otros elementos del preámbulo del Acuerdo de Concejo N° 259. Por lo tanto carece de pertinencia la cuestión de la supuesta violación del derecho de Lucchetti a que se la presuma inocente de cualquier delito.

125. Por todas estas razones, y teniendo en cuenta asimismo la argumentación adicional de Lucchetti sobre este punto, el Comité *ad hoc* concluye que no ha habido un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento en la acepción dada a esa expresión por el Artículo 52(1)(d) del Convenio del CIADI.

c) Omisión de expresar motivos (Artículo 52(1)(e) del Convenio)

126. Lucchetti alega asimismo que el Laudo fue contradictorio y ambiguo, ya que el Tribunal invocó criterios jurídicos intrínsecamente contradictorios. A juicio de Lucchetti, invocar criterios tales como “causa real”, “identidad de objeto”, “generada” y “[en] la práctica” privó de coherencia al Laudo, y valerse de esos criterios equivalió a no expresar motivos, según lo previsto en el Artículo 52(1)(e) del Convenio del CIADI. Lucchetti alega también que algunos de sus argumentos no fueron considerados por el Tribunal. La República del Perú niega que el Laudo fuera ambiguo o contradictorio o que el Tribunal no haya considerado algunos de los argumentos de Lucchetti.

127. En la Decisión sobre Anulación recaída en el caso *MINE vs. Guinea* se describen los requisitos de la obligación de exponer motivos, y lo que esa obligación no implica:

“5.08 El Comité opina que el requisito de que en todo laudo se expresen los motivos en que se funda implica que debe permitirse al lector seguir el razonamiento del Tribunal sobre cuestiones de hecho y de derecho.

Implica eso, y sólo eso. La solidez del razonamiento no es un criterio de revisión apropiado conforme al párrafo (1)(e), porque lleva invariablemente a un comité *ad hoc* a examinar los aspectos sustanciales de la decisión del tribunal, lo que equivale a no tener en cuenta la exclusión del recurso de apelación dispuesta por el Artículo 53 del Convenio. Un comité podría sentirse tentado a anular un laudo por el hecho de que ese examen haya revelado una aplicación manifiestamente incorrecta de la ley, la cual, sin embargo, no es una causal de anulación.

5.09 A juicio del Comité, la obligación de expresar los motivos se cumple en la medida en que el laudo permita establecer cómo pasó el tribunal del punto A al punto B y ulteriormente a la conclusión a la que ha llegado, 33 aunque haya incurrido en un error de hecho o de derecho. El requisito mínimo no se cumple, en especial, cuando los motivos expresados son contradictorios o vanos".⁽²⁶⁾

128. De la Decisión sobre Anulación recaída en el Caso *Vivendi*⁽²⁷⁾ se desprende también que la anulación prevista en el Artículo 52(1)(e) sólo procede en casos claros, y que la omisión de expresar los motivos del laudo sólo puede conducir a la anulación cuando no sólo no se han expresado los motivos de la decisión, sino que la cuestión de que se trata es necesaria para que el tribunal se pronuncie.

129. Como se señaló, el Comité *ad hoc* ha concluido que en el Laudo no se exponen en su totalidad los diversos elementos que deberían tenerse en cuenta para la interpretación del convenio según la Convención de Viena. No obstante, para establecer si fue la controversia del período 1997-1998 la que prosiguió después de la entrada en vigencia del Convenio Bilateral, el Tribunal efectivamente se remitió a diversos criterios adoptados en la jurisprudencia y la doctrina internacionales, y expuso los elementos que consideraba concluyentes. El Comité no encuentra en el razonamiento del Tribunal ninguna contradicción o imprecisión que genere dudas sobre los factores jurídicos o fácticos en que el Tribunal basó su conclusión. Además el Comité está satisfecho con el hecho de que el Tribunal examinó todos los argumentos de Lucchetti, y concluye que los consideró en el Laudo en la medida y del modo que podía razonablemente exigírsele.

130. Por lo tanto el Comité *ad hoc* concluye que en el Laudo no dejaron de expresarse los motivos en que se funda, en la acepción dada a la expresión por el Artículo 52(1)(e) del Convenio del CIADI.

⁽²⁶⁾ Caso del CIADI *Maritime International Nominees Establishment vs. República de Guinea*, Decisión del 22 de diciembre de 1989.

⁽²⁷⁾ Caso del CIADI *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal vs. República Argentina*, Decisión sobre la anulación, del 3 de julio de 2002, párrafo 65.

7. Costas

131. Dadas las circunstancias del caso, el Comité *ad hoc* considera que cada una de las partes debe soportar sus propios costos y gastos de representación legal y pagar la mitad de los honorarios y gastos de los miembros del Comité *ad hoc* y los cargos administrativos por utilización del Centro.

VII. DECISIÓN

I. El Comité *Ad hoc* rechaza, conforme a lo dispuesto por el Artículo 52(1) del Convenio del CIADI, la solicitud de anulación del Laudo del Tribunal del 7 de febrero de 2005.

II. Cada Parte deberá soportar sus propios costos y gastos de representación legal y pagar la mitad de los honorarios y gastos de los miembros del Comité *Ad hoc* y los cargos administrativos por utilización del Centro.

_____ firmado _____

Sir Franklin Berman, Q.C.
Fecha: [13 de agosto de 2007]

_____ firmado _____

Profesor Andrea Giardina
Fecha: [8 de agosto de 2007]

_____ firmado _____

Magistrado Hans Danelius
Fecha: [9 de agosto de 2007]

INDUSTRIA NACIONAL DE ALIMENTOS, S.A. E INDALSA PERÚ, S.A. VS. REPÚBLICA DEL PERÚ

Anulación

OPINIÓN DISIDENTE DE SIR FRANKLIN BERMAN

1. Puedo entender bien, y a decir verdad veo con simpatía, la decisión de mis colegas, según la cual en el presente caso no se cumple con el umbral previsto en el Convenio del CIADI para la anulación. Éstas son siempre cuestiones de opinión; en algunos casos sumamente delicadas, y si bien me encuentro en posición opuesta a la de mis colegas, dudo que la distancia que nos separa sea demasiado grande. No obstante, como tomo una visión más severa que ellos respecto de las múltiples y diversas imperfecciones del Laudo del Tribunal, debo fundamentar mi posición, en beneficio del sistema del CIADI en su conjunto y como orientación para futuros tribunales.
2. Este caso presenta dos características esenciales. La primera consiste en que el procedimiento ha sido rechazado *in limine* por razones de competencia, sin permitir al demandante ser oído sobre el fondo de su reclamación. La segunda consiste en que el fundamento de lo resuelto fue el alcance *ratione temporis* del consentimiento a la jurisdicción del CIADI en el marco del Convenio Bilateral de Inversiones (Convenio Bilateral) que había invocado el demandante.
3. A mi juicio, el primero de esos atributos reviste fundamental importancia. Se destaca en el contexto del hecho, ampliamente reconocido, de que el fin principal que se perseguía a través del Convenio de Washington que creó el CIADI – y, de hecho, uno de los principales fines que se trataba de alcanzar a través de toda la red de tratados de inversiones de los que el Convenio Bilateral de que se trata es un ejemplo – consistía en crear un procedimiento de solución de controversias entre inversionistas y Estados receptores enteramente separado e independiente de los tribunales nacionales del Estado receptor. Por lo tanto, se trata de establecer qué requisitos impone ese estado de cosas a un tribunal del CIADI que deba pronunciarse sobre la reclamación del Estado receptor, en calidad de demandado, para establecer que en las circunstancias especiales de determinada reclamación no se ha alcanzado ese objetivo fundamental en el caso sometido a su consideración?. ¿Qué tendría derecho a esperar del Tribunal un demandante (podría decirse

‘un demandante del CIADI’), y, de hecho, qué tenemos derecho a esperar todos nosotros, como usuarios del sistema del CIADI, cuando se plantea una reclamación de ese género? Por lo tanto, una cuestión adicional (aunque subsidiaria de la primera) cuando se está ante un caso planteado en el marco de un Convenio Bilateral, consiste en establecer qué impacto suscita el objetivo fundamental antes descrito, en la evaluación del ‘objeto y fin’ (en la terminología de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) del Convenio Bilateral mismo, y por lo tanto de su interpretación.

4. Evidentemente existe cierto margen para debatir sobre el contenido del criterio de lo “manifiesto” previsto en el Artículo 52(1) del Convenio de Washington en relación con los errores en que puede incurrir un tribunal con respecto a su competencia. De hecho, la cuestión se aborda en forma muy adecuada en los párrafos 99-101 de la decisión del Comité *ad hoc*. Si bien el Comité está en lo cierto al considerar inadmisibles que en una causal de anulación prevista en ese artículo la noción de lo ‘manifiesto’ signifique algo diferente de lo que significa en otra; no obstante, en mi opinión ello no impide en modo alguno insistir en que, si un tribunal resuelve no dar trámite a una demanda en la etapa inicial, es decir si se precluye el ventilar las reclamaciones para conocer si son fundadas (o infundadas), esa decisión debe basarse en razones claras y sólidas, que, en especial, deben explicarse claramente y justificarse, a fin de que el demandante (para no mencionar a otros usuarios del sistema del CIADI) puedan comprender lo que hizo el Tribunal y sus razones. Cuando, por otra parte, el caso no es, suficientemente claro como para que la cuestión pueda resolverse en forma convincente in limine el camino que ha de seguirse es, evidentemente, el previsto en el Artículo 41(2) de la Convención y en las Reglas de Arbitraje, esto es, unificar la excepción preliminar con el fondo del asunto y pronunciarse sobre ella sobre la base de una argumentación total y completa. El reverso de esa proposición es, naturalmente, que si un tribunal opta por declinar competencia en la etapa preliminar sin explicar adecuadamente sus razones se ingresa automáticamente en la esfera de un error anulable, si no por abuso de poder, por lo menos por omisión de expresar los motivos (aunque, como lo señala con acierto el Comité *ad hoc* en el párrafo 72 de la Decisión, es fácil concebir circunstancias en que dos causales de anulación no actúen aisladamente, sino reforzándose mutuamente).
5. Para establecer si el Tribunal explicó en forma adecuada las razones que lo llevaron a la conclusión a la que llegó, debo pasar a la segunda de las características esenciales identificadas en el párrafo(*), que antecede; es decir, que el fundamento

(*) El término ‘optó’ se refiere tan sólo a que, tal como lo señaló debidamente el Comité, en el párrafo 67 de la Decisión, el Tribunal, teniendo que pronunciarse sobre una serie de excepciones preliminares opuestas por el Demandado, optó por basar su decisión exclusivamente en una de ellas, lo que no es de por sí una senda procesal objetable, por más que el Tribunal tenía igualmente la posibilidad de examinar en su Laudo todas las causales tal como le habían sido expuestas, y adoptar una o más de ellas (suponiendo que todas fueran fundadas).

por el cual el Tribunal optó* para declinar competencia consistió en el alcance *ratione temporis* del consentimiento a la jurisdicción del CIADI bajo el Convenio Bilateral. Al optar por esa vía el Tribunal (utilizando una vez más el término escogido en la decisión del Comité, en el párrafo 67) se hizo cargo de la necesaria tarea, primero, de establecer el significado dado al término ‘controversia’ en la segunda oración del Artículo 2 del Convenio Bilateral, y luego de establecer si las circunstancias del caso que tenía ante sí correspondían o no a ese significado. Tal como lo señala acertadamente el Comité, la primera de esas tareas es, sencillamente, una cuestión de interpretación del tratado; la segunda, una cuestión de aplicación del mismo, lo que refleja la paridad de situaciones que suele encontrarse en las cláusulas de solución de controversias, para que éstas se apliquen a controversias sobre ‘la interpretación o aplicación’ del tratado (como sucede, por ejemplo, en el Artículo 8 del presente Convenio Bilateral). Asimismo comparto en todos sus términos, la afirmación del Comité en relación con la primera de esas cuestiones —la interpretación del tratado— el requisito indubitable consiste en aplicar las normas estipuladas en el Artículo 31 y en los artículos subsiguientes de la Convención de Viena. El Comité sigue diciendo que aun cuando el Tribunal no describió qué normas de interpretación de tratados estaba aplicando, el Comité no tenía razones para concluir que el Tribunal hubiera dejado de lado algún elemento significativo de las normas internacionales, notorias y ampliamente reconocidas, sobre interpretación de tratados. De hecho, podría agregarse que una omisión de ese género sería extremadamente sorprendente en un Tribunal de tan alta jerarquía y poseedor de tan amplia experiencia en la esfera específica del derecho internacional público.

6. No obstante, suponer como probable que el Tribunal haya aplicado las normas apropiadas de interpretación de los tratados a mi juicio no pone fin al asunto. Como ya lo señalé, la cuestión en realidad consiste en establecer si el Tribunal explicó adecuadamente lo que estaba haciendo durante el proceso interpretativo, y específicamente hacerlo, con el celo muy especial que es preciso que tenga un tribunal que basándose en el resultado de la interpretación, pretende declararse absolutamente incompetente. Ahora bien, la única manera de resolver esa cuestión, dado que el Tribunal (en forma, a mi juicio, un tanto sorprendente) se abstuvo de explicarnos las medidas que estaba adoptando, consiste en examinar lo que el Tribunal efectivamente hizo, como evidencia de las normas que estaba aplicando. Es precisamente en esa esfera que mi opinión difiere de la de mis colegas, y considero que el Laudo presenta fallas de tal envergadura que correspondería anularlo.
7. Para explicar el porqué de esa conclusión, me resulta necesario examinar en forma más pormenorizada la interpretación del Artículo 2 del Convenio Bilateral, no para determinar la interpretación ‘correcta’ (lo que equivaldría, como el Comité manifiesta con acierto, a una apelación y no a una anulación), sino para poner de manifiesto los elementos que desde cualquier análisis deben formar parte de un proceso interpretativo adecuadamente realizado.
8. La Convención de Viena nos dice que interpretar un tratado consiste esencialmente en desentrañar el sentido ordinario de los términos en él utilizados, en su

contexto y a la luz del objeto y fin del tratado como un todo. La Convención añade que otros indicadores de la intención de las Partes del Tratado son admisibles en determinadas circunstancias, para alcanzar determinados fines. Por lo tanto, cuando la cuestión consiste, como en el presente caso, en establecer la interpretación que debía darse al término 'controversia' a los fines del Artículo 2 del Convenio Bilateral, habría cabido esperar que se hubieran realizado ciertos cuestionamientos sencillos, tales como un análisis del texto de la disposición en cuestión y su finalidad, un análisis de otras disposiciones conexas del tratado; un examen de otros pasajes del tratado en que se hubieran utilizado los mismos términos, para establecer si ellos podían arrojar luz sobre las intenciones de las partes detrás del Artículo 2; un análisis del objeto y fin del tratado en conjunto, como guía para la interpretación de dicho artículo; la búsqueda de todo otro material que pudiera obtenerse para aclarar con precisión las intenciones que hubieran albergado las Partes del Convenio al acordar el texto del Artículo 2, y otros. Esta lista no tiene nada de especial; los aspectos referidos constituyen, simplemente, los instrumentos ordinarios de interpretación de los tratados.

9. No obstante, a esta altura corresponde una digresión para hacer aflorar un aspecto inusual, aunque no insignificante, del más amplio trasfondo de la labor de interpretación del tratado que se estaba realizando. Todos los casos de interpretación de un convenio bilateral comparte esta característica inusual esto es que el tribunal del CIADI debe descubrir el significado de un instrumento bilateral una de cuyas Partes (el demandado) será parte ante el tribunal, en tanto que, por definición, la otra Parte del tratado no lo será. O bien, expresado a la inversa, una de las partes del procedimiento arbitral que tiene ante sí el tribunal (no así la otra parte) habrá sido ajena a la negociación del tratado (véase el párrafo 70 de la Decisión del Comité). No cabe duda que esa circunstancia impone al Tribunal un especial deber de prudencia, pues evidentemente no puede desechar aseveraciones expuestas por el demandado en sus argumentos en cuanto a las intenciones detrás del Convenio Bilateral y su negociación (pues se trata de una información auténtica que puede revestir importancia), pero al mismo tiempo debe tratarlas con suma cautela, para cumplir su deber supremo de tratar a las partes del arbitraje en pie de absoluta igualdad (pues cabe también la posibilidad de que las aseveraciones del demandado sean incompletas, engañosas, o incluso que las haya formulado en provecho propio). En otros términos, en realidad debe ser muy infrecuente que un tribunal del CIADI que deba pronunciarse en una disputa sobre la interpretación de un convenio bilateral acepte sin mayor análisis los asertos del demandado en cuanto al significado del convenio sin disponer de ninguna prueba objetiva suficiente que los respalde.
10. La cuestión puede expresarse vívidamente de otro modo. En la interpretación del Artículo 2 del Convenio Bilateral no estaba en cuestión el consentimiento de Perú a la jurisdicción del CIADI, tomada, por así decirlo, como asunto independiente; lo que estaba en cuestión era la aceptación mutua de la jurisdicción del CIADI, por ambas Partes, de los términos que habían negociado para celebrar el Convenio Bilateral. En lo referente a las inversiones realizadas antes del tratado por sus nacionales

en el territorio de la otra Parte, Perú no estaba aceptando una jurisdicción menos amplia que Chile, ni Chile una más amplia que Perú. Por lo tanto, aunque superficialmente pueda haber parecido, desde el punto de vista de la situación forense sobre la que debía pronunciarse el Tribunal, que la cuestión pendiente consistía en establecer en qué medida una de las dos partes en litigio que habían comparecido ante él había consentido su competencia, el elemento básico del consentimiento mutuo seguramente ha sido obvio para un tribunal tan eminente como éste, aunque ninguna de las partes lo expusiera expresamente en sus argumentos.

11. Esa última consideración lleva a su vez a examinar otro atributo especial del presente caso. Si lo que señalé en los dos últimos párrafos conjura la imagen de una 'Parte Contratante ausente', al parecer esa parte (Chile) en realidad no estaba tan ausente. En el párrafo 79 de su decisión el Comité manifiesta que la información sobre la opinión de Chile con respecto al Artículo 2 es escasa. No cabe duda de que, en buena medida, esa manifestación dice más de lo que contiene su texto literal. En efecto, sabemos que el Tribunal, en una etapa procesal anterior, había rechazado la solicitud del propio demandado (Perú) de que se suspendiera el arbitraje hasta que la cuestión de la interpretación que debía darse al Artículo 2 en relación con la inversión de Lucchetti se hubiera definido en un arbitraje de Estado a Estado que Perú estaba iniciando en el marco del Artículo 8 del Convenio Bilateral (véase el párrafo 9 del Laudo). De ello debe necesariamente inferirse que sobre esa cuestión existía una discrepancia formal entre las dos Partes del Convenio, y que por lo menos su existencia, si es que no las posiciones específicas que promovía cada una de las Partes del Convenio, se había puesto en conocimiento del Tribunal en todos sus términos. ¿No es esa, de por sí, una razón más para que se manejen con precauciones adicionales, como se sugirió anteriormente, los argumentos referentes a la cuestión planteada al Tribunal por la única Parte del Tratado ante él?
12. No se requiere un dilatado análisis del Laudo del Tribunal para descubrir que el mismo no colma prácticamente ninguna de las expectativas formuladas en el párrafo 8, *supra*. Como señala el Comité en los párrafos 92-94 de la Decisión, no es objeto de debate el hecho de que en su segunda oración el Artículo 2 alude, igualmente, a 'diferencias', poniendo a éstas en pie de igualdad con las 'controversias' (aunque esto podría explicarse por el hecho de que ninguna de las dos partes extrajo conclusión alguna de ese punto). No obstante, prácticamente no se discute el hecho de que dicha oración tiene la forma de una excepción al principio general de retroactividad enunciado expresamente en la primera oración; tampoco se discuten las consecuencias que de ello surgen en cuanto a su interpretación, ni el hecho de que el término 'controversia' se usa en otras partes, en dos artículos (8 y 9), cualquiera de los cuales, a primera vista, parecería aplicable a la inversión de Lucchetti, a menos que quepa la excepción del Artículo 2; tampoco el objeto y fin del Convenio Bilateral ni su posible importancia para la interpretación del texto en cuestión. Por lo tanto, aplicando el criterio decisivo expuesto en el párrafo 6, *supra*, la única conclusión posible – sea cual fuere el supuesto que uno se sienta inclinado a adoptar con respecto a las reglas de interpretación que

el Tribunal ‘seguramente debe de haber’ puesto en juego – es que la prueba real en que se basa su Laudo no respalda la suposición de que el Tribunal haya aplicado en forma diligente y sistemática, en ninguna medida, la Convención de Viena, ni menos que haya procedido con el particular cuidado que la situación parecería exigir.

13. Estoy tentado a dar por terminada aquí la cuestión, pero el sentido del deber me exige identificar en forma más precisa los aspectos en que el Laudo no cumple, a ese respecto, la norma de razonamiento aceptada. Los pasajes fundamentales, a este respecto, constan en los párrafos 48 y 59, que contienen las conclusiones del propio Tribunal sobre la excepción *ratione temporis*, y son la continuación de una larga sección en que se resumen los escritos de las partes, pero su sorprendente característica es que en ninguno de esos párrafos se recapitula el texto del Artículo 2 ni se intenta someterlo a ningún tipo de análisis, del género que fuere. Aún más sorprendente es que el párrafo 48 ingresa directamente en un breve análisis del ‘significado comúnmente aceptado’ de la expresión ‘controversia’ como ‘notión jurídica’ de derecho internacional, sin analizar, en lo más mínimo, cuál pudo haber sido la intención de las Partes del Convenio en el contexto de la ‘controversia’, cierta identidad de específico del Artículo 2, cuya primera oración confiere expresamente carácter retroactivo a los aspectos sustanciales del Convenio Bilateral. No cabe duda de que el Comité *ad hoc* debe haber estado próximo a lo correcto cuando conjeturó (en el párrafo 80) que la finalidad perseguida a través de la segunda oración consistía en “impedir que en los casos en que una controversia o una diferencia ha surgido en un momento en que no existía el Convenio Bilateral, la ulterior entrada en vigencia del Convenio otorgue una munición al inversionista”, pero esa conjetura no ha dejado rastros en el texto del propio Laudo. Más aún, aunque se demuestre que esa conjetura sea correcta, el asunto no acaba allí, sino que ella debe necesariamente presuponer cierto examen sobre la cuestión de si las Partes del Convenio, para llevar a la práctica esa intención común, tuvieron o no en cuenta, además del objeto de la “controversia”, cierta identidad de partes, cierta identidad de obligaciones jurídicas en juego, cierta identidad de los actos u omisiones constitutivos de las cuestiones en disputa. En lugar de ello, más o menos lo único que el lector encuentra, tras la definición abstracta del término ‘controversia’ (párrafo 48), es el aserto *ex cathedra* (párrafo 50) de que la cuestión sobre la que debe pronunciarse el Tribunal consiste en establecer si los hechos o consideraciones que hubieran dado lugar a la controversia anterior seguían ocupando una posición central en la controversia ulterior. No se invoca ninguna disposición del propio Convenio Bilateral que respalde esa aseveración; la única mencionada es una decisión muy antigua de la Corte Permanente de Justicia Internacional (y un laudo reciente del CIADI que el Comité *ad hoc* acertadamente considera fuera de contexto y por lo tanto carente de pertinencia en relación con la cuestión de que se trata). Por último, cuando el lector efectivamente encuentra, al final, algo que se asemeja (aunque en forma meramente aproximada) a un análisis textual del Artículo 2 del Convenio Bilateral (párrafo 59), éste toma una forma en que el significado de la segunda oración del Artículo se trata como si hubiera sido objeto de un pronunciamiento concluyente, lo que impide admitir que una reclamación basada en el Convenio Bilateral su-

perveniente (por retroactivo que éste sea) ‘anule’ la segunda oración o ‘la prive’ de todo (¡sic!) sentido.

14. Naturalmente, nada de lo anterior equivale a decir que la interpretación del Tribunal sobre el significado global del Artículo 2 sea insostenible. Existen, sin embargo, otras interpretaciones sostenibles. Y la cadena lógica que enlaza la premisa (de que la ‘disputa’ tiene determinado significado) con la conclusión (de que existe determinado criterio que permite establecer si cierta controversia subsiste o no) y con la conclusión confirmatoria (de que la aplicación de ese criterio a la premisa no puede descartarse invocando el Convenio Bilateral), existe una serie de pasos. Prácticamente ninguno de esos pasos está presente en el texto del Laudo; debe inferirlos el lector especializado; en consecuencia es evidente que el Laudo no cumple el requisito aceptado (enunciado en la Decisión sobre Anulación recaída en *MINE c. Guinea*): “... el requisito de que en todo laudo se expresen los motivos en que se funda implica que debe permitirse al lector seguir el razonamiento del Tribunal sobre cuestiones de hecho y de derecho ... la obligación de expresar los motivos se cumple en la medida en que el laudo permita establecer cómo pasó el tribunal del punto A al punto B y ulteriormente a la conclusión a la que ha llegado, aunque haya incurrido en un error de hecho o de derecho”.
15. Ello de por sí bastaría, pero siento que debo referirme asimismo a otro ámbito de problemas, que el Comité *ad hoc* considera en su Decisión, si bien, según mi criterio, someramente. Arriba mencioné la doble tarea del Tribunal –de interpretación y luego de aplicación del Convenio Bilateral– este ámbito de problemas se refiere al segundo de esos cometidos. En tanto que la interpretación de los tratados puede ser, y a menudo es, una labor independiente, es prácticamente inevitable que la aplicación de los tratados implique en cierta medida una evaluación de los hechos del caso de que se trate y su correlación con los derechos y obligaciones jurídicos en juego. Así sucede en este caso. Refiriéndose al párrafo 53 del Laudo, el Comité *ad hoc* señala que “es indudable que las manifestaciones de la Municipalidad de Lima que Lucchetti califica de subjetivas se convirtieron en un elemento crucial para la decisión final del Tribunal”, y a continuación (en el párrafo 122 de su Decisión) examina la cuestión de si se concedieron o no a Lucchetti adecuadas posibilidades de refutar, puesto que (según lo señalado) se convirtieron en un ‘elemento crucial’ en su decisión. A mi juicio es un hecho insoslayable que todo ‘elemento esencial’ de la decisión de un tribunal del CIADI debe ser objeto de una esas aseveraciones. Coincido plenamente con todo lo que el Comité manifiesta en esos dos párrafos. Creo, no obstante, que la cuestión no termina aquí, ya que lo esencial no es establecer si las partes tuvieron adecuadas posibilidades de exponer sus argumentos sobre los hechos, sino qué medidas adoptó el Tribunal para evaluarlos conclusión del Tribunal; que si es un elemento fáctico en disputa entre las partes, la conclusión debe ser el resultado de un adecuado procedimiento de determinación de hechos, y que los elementos y pasos seguidos en este procedimiento deben enunciarse en el Laudo. No obstante, cuando se examina el texto del Laudo, lo único que puede descubrirse (los pasajes esenciales figuran en los párrafos 51-53) son dos párrafos en que se resumen las premisas

cuya bona fides cuestiona el demandante, seguidos, sin solución de continuidad, por la conclusión de que, en consecuencia, la controversia era la 'misma controversia' que la existente antes de que se celebrara el Convenio Bilateral.

16. La única conclusión que puedo extraer es que el Tribunal sencillamente no verificó, a través de ningún proceso de determinación de hechos reconocido, esas aseveraciones sobre los hechos realizadas por el demandado, ni su impugnación por el demandante, y que ello constituye, en las circunstancias del caso (es decir en virtud de que los hechos en cuestión se convirtieron en un 'elemento crucial' en el Laudo), un "quebrantamiento grave de una norma de procedimiento" en la aceptación dada a ese término por el Artículo 52(1)(d) del Convenio de Washington.
17. No cabe duda de que las aguas se habían enturbiado considerablemente en el curso de los procedimientos, en virtud de la introducción, por parte del demandante, del argumento de que el Tribunal, para establecer si era o no competente, en cierta medida tenía la obligación de aceptar su versión de los hechos (la del demandante). El Comité *ad hoc* resuelve ese argumento en forma sumaria, lo cual es muy acertado. Puede darse cabida al argumento de que las cuestiones fácticas pueden o deben aceptarse en forma provisional en la fase preliminar porque existirán plenas posibilidades de verificarlas más adelante. No obstante, si determinados hechos constituyen un elemento esencial para pronunciarse sobre la competencia misma, de modo que la decisión de asumir o declinar competencia los resuelve de una vez por todas, ¿cómo puede sostenerse seriamente que esos hechos deben presumirse, en lugar de probarse? Sin embargo – y este es el punto esencial – el rechazo de ese argumento no debe convertirse exactamente en el mismo error, pero con la situación a la inversa. Es indudable que si los hechos aducidos por el demandante no pueden darse por supuestos a los efectos de asumir competencia, de ello se infiere que los hechos alegados por el demandado no pueden simplemente darse por supuestos a los efectos de declinar competencia.
18. Por las razones que anteceden, creo que correspondería establecer un umbral de anulación bastante más bajo que el aceptado por mis colegas, y creo que este caso atraviesa ese umbral.

_____/firmado/____

Sir Franklin Berman QC
13 de agosto de 2007

 NICOLÁS LLOREDA(*)

El caso Lucchetti y su precedente en la jurisprudencia internacional

SUMARIO: 1. *El proceso de anulación.* 2. *El precedente del caso Lucchetti.*

El pasado 5 de septiembre del 2007, el *Comité ad hoc* nombrado por el Centro Internacional de Arreglo de Disputas de Inversiones, CIADI, para conocer la solicitud de anulación del laudo en el caso Lucchetti, notificó a las partes su determinación rechazando la solicitud de anulación, y en consecuencia, dejando en firme el laudo de febrero 7 del 2005 a favor del Perú, y en el que el Tribunal se declaró incompetente para conocer la reclamación del inversionista chileno Lucchetti S.A.

No es exagerado afirmar que en algunos círculos hubo desconcierto cuando se expidió el Laudo de Lucchetti en el 2005 que en un foro de controversias inversionista-estado, en un caso donde claramente hubo una medida de gobierno que le impidió a un inversionista continuar el uso y goce de una actividad económica, el Tribunal optara por no abrogarse competencia dejando sin aparente recurso de reclamación al inversionista, tomó por sorpresa inicialmente a muchos.

(*) Abogado de la firma Sidley Austin LLP. Fue parte del equipo legal que representó al gobierno del Perú tanto en el procedimiento arbitral iniciado por Lucchetti como en el proceso de anulación del laudo.

Sin embargo, la expedición del Laudo no ha pasado desapercibida para otros tribunales internacionales. Como veremos más adelante, en los tres años desde que se publicó el laudo, ya se han emitido por lo menos dos laudos en distintas controversias internacionales inversionista-estado que recogen y hacen referencias al laudo del Tribunal en Lucchetti.

Con la decisión del *Comité ad hoc* de rechazar la anulación del laudo, finaliza la primera controversia en la que la República del Perú es demandada ante el CIADI. Una controversia que se inició en 1998, entre un grupo industrial de Chile, Lucchetti S.A. y la Municipalidad de la ciudad de Lima, Perú, cuando la Municipalidad suspende las obras de una planta de fideos del inversionista chileno, afirmando que éste no contaba con los permisos ambientales y de construcción requeridos.

Lucchetti acude al Poder Judicial en el Perú, y obtiene mediante sentencias judiciales los permisos de construcción y de funcionamiento. Concluye la construcción y opera su planta por dos años, hasta que en el 2001 se hacen públicos ciertos videos de reuniones del propietario y otros directivos de Lucchetti con Vladimiro Montesinos, el Jefe de Inteligencia del Perú. En los videos, los directivos de Lucchetti le piden su apoyo a Montesinos frente a los tribunales, y éste se compromete a influir sobre los magistrados que finalmente expedieron las decisiones judiciales favorables a Lucchetti. Hechos públicos los videos, la Municipalidad de Lima procede a clausurar la fábrica y ordenar su demolición citando la controversia de 1998, los videos y alegando nuevamente faltas de requisitos ambientales y de construcción.

Lucchetti registra entonces una solicitud de arbitraje ante el CIADI, reclamando una compensación de 150 millones de dólares por expropiación, invocando el Convenio entre la República de Chile y la República de Perú para la Protección y Promoción Recíproca de las Inversiones (el BIT) el cual había entrado en vigencia días antes de la medida de la Municipalidad del 2001, que clausuró la planta.

Constituido el Tribunal, en la audiencia de trámite el Estado Peruano objetó la competencia del Tribunal para conocer de la controversia y solicitó la realización de una etapa previa a la etapa de méritos del caso, para que el Tribunal considerara los argumentos de las partes en

cuanto a sus excepciones de ámbito jurisdiccional. Las partes presentaron cada una dos escritos, y el Tribunal realizó una audiencia de jurisdicción durante dos días en Washington D.C.

El Estado Peruano presentó tres excepciones con respecto a la jurisdicción del Tribunal:

(i) Incompetencia *Ratione Temporis*, en razón a que el Convenio Bilateral no aplica para controversias surgidas antes de su vigencia y el Convenio entró en vigencia el 3 de agosto del 2001, mientras que según el Perú la controversia comenzó en 1997/1998⁽¹⁾; (ii) Falta de competencia por presentación previa de la controversia en los tribunales locales, puesto que según el Convenio, la decisión del inversionista de acudir a los tribunales locales tiene carácter definitivo y vinculante y para el Perú la controversia se planteó anteriormente ante los tribunales del Perú; e (iii) Incompetencia *Ratione Materiae* en razón a que el Convenio sólo protege inversiones realizadas conforme a las disposiciones legales de la parte contratante y, según la demandada, los demandantes habían violado numerosas leyes y reglamentos de construcción, por lo que la inversión no estaba protegida por el Convenio.

Lucchetti argumentó por su parte que: (i) la controversia por la cual está acudiendo al CIADI se origina en julio del 2001 cuando la Municipalidad expide ciertos decretos clausurando su fábrica. Para Lucchetti, la controversia que se dio en 1998 ya culminó con las sentencias de los jueces peruanos las cuales están en firme y son *res judicata*, mientras que la nueva disputa comenzó cuando ya estaba vigente el Convenio; (ii) La nueva controversia no ha sido llevada a los tribunales peruanos; y (iii) Lucchetti realizó sus inversiones en Perú dando cumplimiento a las leyes y reglamentos de ese país.

Tanto en los escritos como en la audiencia se trató el tema de la corrupción. La demandada, presentó apartes de los videos de las

(1) El artículo 2 del Convenio entre la República de Chile y la República de Perú para la Protección y Promoción Recíproca de las Inversiones dice: *Ámbito de Aplicación: El presente convenio se aplicará a las inversiones efectuadas antes o después de la entrega en vigencia del Convenio, por inversionistas de una parte Contratante, conforme a las disposiciones legales de la otra Parte Contratante. Sin embargo, no se aplicará a divergencias o controversias que hubieran surgido con anterioridad a su entrada en vigencia.*

reuniones de Montesinos y los directivos de Lucchetti como parte de su soporte de la excepción de incompetencia por lo que la inversión no se realizó de acuerdo a la ley peruana. El demandante, alegó que ninguno de sus directivos había incurrido ni había sido condenado por delito alguno, y que el Tribunal debía aplicar una presunción de inocencia en ausencia de una condena judicial.

Como ya se dijo, para Lucchetti las sentencias judiciales que le otorgaron los permisos de construcción y funcionamiento no habían sido anuladas y constituían cosa juzgada. Durante la audiencia, uno de los árbitros preguntó a las partes cuál era el plazo en el Perú para anular una sentencia judicial si ésta era obtenida de manera fraudulenta. La respuesta que dieron las partes es que en el Perú una sentencia judicial obtenida con fraude procesal es anulable dentro de los seis meses desde que se comete el fraude. En efecto, en el Perú el plazo de anulabilidad no corre desde que se conoce o hace pública la acción fraudulenta⁽²⁾. En este caso, las sentencias eran de 1998 y los videos tan sólo se conocieron en el 2001. Por lo tanto para Lucchetti las sentencias eran cosa juzgada pues no habían sido anuladas. Para el Perú, los videos demostraban que el demandante había procurado las decisiones judiciales, por lo que el Tribunal no podía considerarlas *res judicata*.

En su laudo, el Tribunal internacional se pronunció sólo sobre la primera excepción, la objeción de competencia *ratione temporis*, y determinó no tener competencia para conocer el fondo de la controversia, por cuanto para el Tribunal, la disputa entre las partes se formalizó con anterioridad a la vigencia del Convenio entre la República de Chile y la República de Perú para la Protección y Promoción Recíproca de las Inversiones, siendo éste el instrumento que otorga competencia a un Tribunal Internacional para conocer de las controversias que surjan entre inversionistas de Chile con el Perú, y entre los inversionistas de Perú en Chile.

El Tribunal, para determinar si la disputa iniciada en 1998 era la misma o no que la del 2001 propuso examinar los hechos, tratando de, como lo dijo la Corte Permanente de Justicia en *Electricity Company of Sofia and Bulgaria*: establecer en cada caso y en qué medida el objeto o los hechos que fueron la causa real de la controversia difieren entre sí

(2) Código Procesal Civil, Artículo 1780.

o son idénticos⁽³⁾. También citó el Tribunal como jurisprudencia aplicable el caso CMS donde el factor clave para determinar la existencia de una o dos controversias es la identidad de objeto de las mismas ⁽⁴⁾.

A continuación el Tribunal, presentó su propio examen, el método de análisis que otro Tribunal llamaría después: “el test Lucchetti”

“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 de 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”⁽⁵⁾.

“El Tribunal consideró también el caso Maffezini, caso en el que también existía una cláusula en el BIT entre España Argentina que excluía de su protección a las controversias anteriores a la vigencia del BIT, y lo distinguió del caso Lucchetti afirmando que, en Maffezini, los hechos que habían suscitado la controversia recién produjeron un “conflicto de puntos de vista jurídicos y de intereses necesario” para que se transformara en una controversia cuando entró en vigencia el BIT, mientras que para el Tribunal, en el caso Lucchetti, la controversia se formalizó antes de la vigencia del BIT”⁽⁶⁾.

“En cuanto al hecho que bajo la legislación peruana las sentencias de 1998 hubieran pasado a ser res judicata, el Tribunal determinó que: 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

⁽³⁾ Lucchetti S.A. and Lucchetti Peru S.A. v. Republic of Peru (ICSID Case N° ARB/03/4) Par. 50 del Laudo de Febrero 7 de 2005 citando Electricity Company of Sofia and Bulgaria (Excepción preliminar. 1939, Corte Internacional Permanente de Justicia).

⁽⁴⁾ CMS Gas Transmission Company v. Argentina Caso N° ARB/01/8.

⁽⁵⁾ Lucchetti S.A. and Lucchetti Peru S.A. v. Republic of Peru (ICSID Case N° ARB/03/4) Par. 50.

⁽⁶⁾ *Ibidem*, Par. 56, p. 6.

indican, como ya se ha demostrado, que la controversia original persistía⁽⁷⁾.

El Tribunal concluyó que las razones que llevaron a la adopción del Acuerdo de Concejo N° 259 (las medidas de clausura en el 2001) estuvieron directamente relacionadas con las consideraciones que dieron lugar a la controversia de 1997/1998, por lo que la controversia era la misma, y antecedía al Convenio.

1. EL PROCESO DE ANULACIÓN

El 6 de junio del 2005, dentro del plazo permitido, Lucchetti S.A. presentó una solicitud de anulación del laudo del Tribunal de febrero 7 del 2005, invocando el artículo 52 del Convenio de CIADI, la cual fue registrada en julio 1 del mismo año⁽⁸⁾. En su solicitud, Lucchetti argumentó principalmente que el Tribunal había incurrido en tres de las causales de anulación consagradas en el mismo artículo 52 del Convenio:

- (i) Extralimitación manifiesta de facultades. Según Lucchetti, el Tribunal se abrogó potestades que no tenía cuando declaró que las medidas de la Municipalidad tomadas después de la entrada en vigencia del Convenio de Protección de Inversiones no están cubiertas por dicho convenio simplemente por tener el mismo objeto que las medidas de 1997/98 que ya fueron anuladas por las cortes Peruanas de manera permanente. Para Lucchetti, el Tribunal se extralimitó manifiestamente al no aplicar el derecho apropiado y darle crédito a las razones subjetivas del demandado que pretende conectar sus medidas del 2001 con una controversia anterior ya terminada;
- (ii) Quebrantamiento grave de una norma de procedimiento. Para Lucchetti, la resolución de asuntos de competencia en procedimientos internacionales debe basarse en los hechos que aduce el

(7) *Ibidem*, Par. 56 del Laudo del 7 febrero de 2005.

(8) La solicitud de anulación fue presentada por Industria Nacional de Alimentos S.A. y por Indalsa S.A. sucesoras de Lucchetti S.A. y Lucchetti Perú S.A.

demandante y no en los alegatos de la demandada. Por lo tanto, al remitirse a las razones para clausurar la planta que expuso la Municipalidad de Lima en su Acuerdo del 2001, y no admitir que Lucchetti probara, en una etapa de méritos, que esos fundamentos no eran ciertos, el Tribunal quebrantó gravemente una norma de procedimiento. Igualmente, al desechar la “presunción de inocencia” y dejarse influir por los alegatos de supuesta corrupción que expuso la demandada, el Tribunal quebrantó gravemente una norma de procedimiento; y

- (iii) Omisión de expresar motivos para el laudo. Según Lucchetti, el Tribunal fundamentó su laudo en argumentos contradictorios y no decidió cuestiones críticas. Los criterios de “identidad de objeto” y de origen o fuente de las controversias son contradictorios y ambiguos. Además el tribunal no se pronunció sobre los alegatos de Lucchetti en el sentido que (1) las razones de la Municipalidad en el Acuerdo que clausura la planta eran tan solo un pretexto, (2) las sentencias de 1998 eran sustancialmente correctas, y (3) hay un distinción entre la controversia de Lucchetti con la Municipalidad y la controversia de Lucchetti con el Perú.

Por su parte, los argumentos principales del gobierno del Perú en su respuesta fueron:

- (i) El Tribunal no se extralimitó en sus funciones sino que por el contrario realizó un análisis *Ratione Temporis* apropiado en el que examinó plenamente las circunstancias para determinar en que momento había surgido la controversia. La cuestión de la cosa juzgada fue considerada por el Tribunal el cual concluyó que el carácter de *res judicata* de las sentencias judiciales en la legislación interna peruana no lleva necesariamente a la conclusión de que los hechos posteriores deban implicar la existencia de una nueva controversia. Las causales de anulación son muy específicas y ni siquiera si las razones invocadas en el laudo fueran erróneas podría anularse el laudo.

Para el Perú, tendría que haber una manifiesta, es decir, obvia y evidente extralimitación de funciones para que la anulación sea procedente, la cual no existe en este caso. En realidad, lo que

Lucchetti busca es una revisión de las conclusiones del Tribunal, es decir, una apelación, la cual no está contemplada. El *Comité ad hoc* no está autorizado para revisar las conclusiones de hecho y de derecho del Tribunal;

- (ii) No es aplicable a este caso la jurisprudencia que cita el demandante según la cual un tribunal para establecer la competencia debe dar por ciertos los hechos que alega el demandante. No aplica, porque en este caso los hechos alegados –el supuesto pretexto de las razones que justifican la medida de clausura de la planta de fideos– no son hechos relacionados con el fondo de la disputa, sino con la competencia. Si se aplicara la teoría de Lucchetti, el Tribunal tendría que partir de la base que la controversia se inicia después de la vigencia de Convenio Bilateral y decidir después y basado sólo en esos hechos si era competente.

Para el Perú, como el Tribunal no se pronunció sobre las supuestas ilegalidades, sino que dijo expresamente en su laudo que no era necesario pronunciarse sobre éstas, Lucchetti no puede argumentar que el Tribunal incumplió el principio de presunción de inocencia.

- (iii) Para Perú, el Tribunal expresó sus razones de manera clara y coherente. Inclusive si no se hubiese pronunciado sobre los tres aspectos que menciona Lucchetti, al no ser las cuestiones esenciales, no habría nulidad. En cualquier caso, para Perú, el Tribunal si se ocupó de esas cuestiones.

El CIADI procedió a nombrar a los tres árbitros que conformarían el *Comité ad hoc*, el cual, una vez constituido celebró una audiencia de trámite, estableció un calendario de dos escritos para cada parte y fijó fecha para una audiencia que tuvo lugar en Washington en febrero del 2007.

En Septiembre del 2007, el *Comité ad hoc*, en una decisión dividida, comunicó a las partes su determinación de no anular el laudo del Tribunal de febrero 7 del 2005. Aunque para la mayoría del *Comité*, ciertos actos y hechos (como el carácter definitivo de las sentencias judiciales de 1998, el largo tiempo –más de dos años– que Lucchetti

disfrutó de su inversión entre la controversia de 1998 y las medidas del 2001, y el hecho que las medidas de la Municipalidad en el 2001 eran contrarias a sentencias judiciales en firme) pesan a favor del argumento que la controversia de 1998 es diferente a la del 2001, la función del *Comité ad hoc* no es establecer si el criterio del Tribunal y el peso que éste le dio a ciertos elementos fueron correctos o incorrectos⁽⁹⁾.

El Comité ad hoc reconoció que las normas en disputa en muchas ocasiones admiten más de una interpretación y que la interpretación de tratados no es una ciencia exacta. Como el Tribunal en su laudo no identificó las normas de interpretación que iba a aplicar, el *Comité ad hoc* presumió que el derecho aplicable es el artículo 31 de la Convención de Viena sobre interpretación de los tratados. Para el *Comité*, el laudo no incluye elementos sobre la interpretación del Artículo 2 del Convenio de Protección de Inversiones que el “Comité habría esperado encontrar”⁽¹⁰⁾. El *Comité* notó que el laudo no distingue y ni siquiera se refiere a los dos términos, “controversia” y “diferencia” que contiene el artículo 2 del Convenio, y consideró la interpretación de dicho artículo por parte del Tribunal como incompleta. Sin embargo, concluye que: “el Comité no tiene fundamento alguno para concluir que el Tribunal haya pasado por alto algún elemento significativo de las normas, notorias y ampliamente aceptadas sobre interpretación de los tratados”⁽¹¹⁾.

Sobre la causal de nulidad alegada de grave quebrantamiento de una norma de procedimiento al no haber basado el Tribunal su decisión de competencia en los hechos presentados por Lucchetti, el *Comité ad hoc* compartió la opinión del Perú en el sentido que si la cuestión de si el preámbulo del acuerdo del 2001 incluye las verdaderas razones del Acuerdo o si las razones verdaderas eran políticas, es un asunto que no guarda relación con el fondo del asunto sino con la competencia. En

⁽⁹⁾ Industria Nacional de Alimentos S.A. e Indalsa S.A v. Perú Procedimiento de anulación, Caso N° ARB 03/4, Par. 112.

⁽¹⁰⁾ *Ibidem*, Par. 114.

⁽¹¹⁾ *Ibidem*, Par. 116.

consecuencia, y considerando que Lucchetti parece haber gozado de plena libertad para exponer todos los argumentos que deseara para refutar las excepciones preliminares⁽¹²⁾, el *Comité* determinó que no hubo quebrantamiento grave de una norma de procedimiento.

En cuanto a la causal invocada de Omisión de expresar motivos, el *Comité ad hoc* la rechazó al no encontrar contradicción sobre los factores jurídicos y fácticos en que el Tribunal basó su conclusión. El *Comité* cita el caso *Mine v Guinea*, cuando dice que lo que implica el requisito de que en un laudo se expresen los motivos del mismo, es que el lector pueda seguir el razonamiento del Tribunal sobre cuestiones de hecho y de derecho, puesto que la solidez del razonamiento del Tribunal no es un criterio de revisión⁽¹³⁾. Finalmente, el *Comité* cita el caso *Vivendi* para manifestar que “la omisión de expresar los motivos del laudo solo puede concluir a la anulación cuando no sólo no se han expresado los motivos de la decisión sino que la cuestión de que se trata es necesaria para que el Tribunal se pronuncie.”

Por último, vale la pena destacar el análisis que hizo el *Comité ad hoc* que revisaba la anulabilidad del laudo de *Lucchetti* sobre el poco valor que el Tribunal le asigna al carácter de cosa juzgada que tenían las sentencias judiciales de 1998 a favor del demandante. Como se dijo anteriormente, el Tribunal en su laudo consideró que por sí mismas las sentencias locales no significaban el fin de la controversia, internacional puesto que la opinión pública y el debate sobre el tema la mantenían viva. Aunque el no darle el merecido valor a las sentencias judiciales en firme fue central en los argumentos del demandante al solicitar la anulación, el *Comité ad hoc* no encontró ninguna falta grave del Tribunal, y por el contrario validó la posición alegada del Perú y del Tribunal en este punto.

El *Comité* consideró que debe distinguirse entre la cosa juzgada a nivel internacional y a nivel nacional, pues aunque “una sentencia a nivel internacional que es cosa juzgada constituirá en principio un obstáculo para un nuevo examen al mismo punto, a nivel nacional la cosa juzgada

(12) *Ibidem*, Par. 122.

(13) *Ibidem*, Par. 127.

solo surte efecto en el ámbito nacional y en el procedimiento internacional no es sino un elemento fáctico”⁽¹⁴⁾.

Lo interesante es que el *Comité* justificó esta posición citando el caso de *Inceysa v. República de El Salvador* (agosto 2 del 2006), caso en el Tribunal declaró que la decisión sobre la legalidad de una inversión no puede quedar librada a los tribunales del estado receptor a través de sus propias reglas de *res judicata*⁽¹⁵⁾. Es decir, el *Comité* ratifica la determinación del Tribunal de darle poca valoración a las sentencias locales (que fueron objeto de rechazo por parte del Perú) con el argumento que la cosa juzgada local es sólo un hecho cuando se determina la competencia internacional, puesto que si fuera un principio internacional de obligatoria observancia, el estado podría utilizar el carácter de *res judicata* para impedir la adjudicación de un caso a nivel internacional.

Por su parte, uno de los miembros del *Comité ad hoc* ⁽¹⁶⁾, concluyó en su opinión disidente que el laudo en *Lucchetti* sí debía anularse principalmente por cuanto las carencias en el análisis por parte del Tribunal del artículo 2 del Convenio son tales, que no se puede suponer que el Tribunal haya aplicado en forma diligente y sistemática la Convención de Viena, y, porque en su opinión, el Tribunal no verificó las aseveraciones de la Municipalidad de Lima o la refutación de las mismas por el demandante, con lo que se quebrantó gravemente una norma de procedimiento.

2. EL PRECEDENTE DEL CASO LUCCHETTI

Como hemos visto, la contribución de *Lucchetti* a la jurisprudencia internacional se da primero y principalmente con el método que

(14) *Industria Nacional de Alimentos S.A. e Indalsa S.A v. Perú* Procedimiento de anulación, Caso N° ARB 03/4, Par. 87.

(15) En *Inceysa*, un inversionista español demandó a la República de El Salvador alegando incumplimiento de un contrato para prestar el servicio de revisiones técnicas a los automóviles, y la violación del BIT entre España y el Salvador. El tribunal en *Inceysa* determinó no tener competencia para conocer de la controversia, al acoger la tesis de la demandada en el sentido que el BIT solo protege a las inversiones que se realizan dando cumplimiento a la Ley del Salvador, y el inversionista español no había cumplido con ese requisito.

(16) Sir BERMAN, Franklin, los otros dos árbitros nombrados por el CIADI fueron DANELIUS, Hans, quien presidió el *Comité ad hoc* y GIARDINA, Andrea.

propuso el Tribunal para resolver sobre su competencia al determinar en qué momento se formaliza la controversia. Considerando la limitante del Artículo 2 del Convenio, que excluye de su ámbito las controversias anteriores a su vigencia, el Tribunal en su análisis planteó su examen:

“(...) establecer (...) si, los hechos o consideraciones que hayan dado lugar a la controversia anterior han seguido ocupando una posición central en la controversia ulterior”⁽¹⁷⁾.

El primer laudo en considerar la jurisprudencia de Lucchetti fue la decisión de jurisdicción en el caso Jan de Nul N.V. and Dredging International v. Arab Republic of Egypt (Junio 16, 2006). En este caso, dos empresas belgas demandaron a la República Árabe de Egipto por incumplimiento de un contrato para dragado del Canal del Suéiz, y violación de dos BITs suscritos entre Bélgica y Egipto. El gobierno de Egipto alegó, entre otras cosas, falta de competencia del Tribunal aduciendo que la controversia con los demandantes antecedía el BIT, y citó el precedente de Lucchetti como soporte de su posición.

El Tribunal en este caso le dio la razón al demandante y consideró que si tenía competencia para pronunciarse sobre el fondo de la controversia. Dejó en claro que a pesar que las partes han basado ampliamente sus argumentos en decisiones anteriores, el Tribunal no estaba obligado a decidir según lo hubieran hecho laudos anteriores, pero que los consideraría. Al aplicar específicamente el precedente de Lucchetti, el tribunal concluyó que a diferencia del caso Lucchetti, en Jan de Nul las razones que motivaron la primera controversia son diferentes a los actos del gobierno de Egipto en la fase post-contractual de la controversia.

El Tribunal agregó que, como los reclamantes basan su demanda en una medida de la Corte Superior del Salvador (posterior en el tiempo a la entrada en vigencia del BIT), la controversia es una nueva y el Tribunal sí tiene competencia para conocerla⁽¹⁸⁾. Es decir, mientras que en el caso Lucchetti el Tribunal desestimó el argumento que los hechos

⁽¹⁷⁾ Lucchetti S.A. and Lucchetti Peru S.A. v. Republic of Peru (ICSID Case N° ARB/03/4) Par. 50.

⁽¹⁸⁾ Jan de Nul N.V. and Dredging International v. Arab Republic of Egypt (Junio 16, 2006), Par. 123-131.

presentados por el demandante deban ser la base para examinar la competencia, en Jan de Nul el tribunal concluye exactamente lo contrario. El Tribunal en Jan de Nul reafirmó su diferenciación de los hechos con el caso Lucchetti afirmando que en Lucchetti, el inversionista no podía afirmar que había realizado su inversión con base en el BIT (pues este no existía en 1997/98) mientras que en Jan de Nul ya existía un BIT cuando se hace la inversión.

A pesar de esta última interpretación diferente a Lucchetti, es claro, que el Tribunal de Jan de Nul entonces, diferencia los hechos de ambos casos, pero valida el razonamiento de Lucchetti al aplicarlo a su controversia.

El segundo laudo que ha considerado el precedente de Lucchetti para resolver la pregunta de si se trata de una o de dos controversias, es en el caso *Sociedad Anónima Eduardo Vieira v. República de Chile* (agosto 21 del 2007). En este caso, una empresa española demandó a la República de Chile invocando el BIT entre Chile y España, y reclamando una compensación por los daños sufridos al no ampliarle el estado chileno una autorización para realizar actividades de pesca y fijarle una cuota de cero.

El gobierno de Chile alegó la falta de competencia del tribunal puesto que la medida que origina la controversia es anterior a la vigencia del BIT, el cual exceptúa de su amparo las controversias anteriores. Chile se refiere primero a los hechos que fueron “la causa real de la controversia” análisis que había mencionado Lucchetti citando a *Electricity Company de Sofia and Bulgaria*, y

Para analizar si la controversia es la misma, el Tribunal en el caso *Sociedad Anónima Eduardo Vieira* decidió utilizar: “*un examen jurisdiccional que puede ser definido como el “Lucchetti test”*”⁽¹⁹⁾. Y reproduce el método, es decir, “(...) *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*”⁽²⁰⁾.

(19) *Sociedad Anónima Eduardo Vieira v. República de Chile* (agosto 21 del 2007), Par. 236.

(20) *Ibidem*, Par. 237.

Con este segundo laudo que aplica la jurisprudencia de Lucchetti, se comienza a consolidar el método propuesto por ese Tribunal para resolver si la controversia es anterior al instrumento de consentimiento aludido por el demandante, o si por el contrario, es posterior y por lo tanto el Tribunal es competente para conocer el caso. El rechazo del *Comité ad hoc* a la solicitud de anulación deja en firme el laudo por lo que Lucchetti podrá seguir apareciendo como jurisprudencia internacional aplicable a otras controversias. ▲

Decisiones Constitucionales y Judiciales

Decisiones Constitucionales y Judiciales



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMERA SALA CIVIL SUBESPECIALIDAD COMERCIAL
EXP. N° 1757-2006

Lima, dos de junio del dos mil cuatro.-

VISTOS:

(acumulado con el N° 1753-2006)

Demandantes : COMPAÑÍA MINERA ALGAMARCA S.A. y
COMPAÑÍA DE EXPLORACIONES ALGAMARCA
Demandado : MINERA SULLIDEN SHAHUINDO S.A.C
Materia : ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL
Proceso : Especial

RESOLUCIÓN NÚMERO: SESENTITRÉS

Miraflores, nueve de agosto del año dos mil nueve.-

VISTOS:

Con el acompañado, Expediente Arbitral «Sulliden-Algamarca» en dieciséis tomos conteniendo siete mil seiscientos cincuenta folios, con las especificaciones del Acta de Entrega de veintidós de septiembre de dos mil seis, proceso seguido por Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. contra Compañía Minera Algamarca S.A. y Compañía de Exploraciones Algamarca S.A., sobre declaración de cumplimiento y ejecución del Contrato de Transferencia de Propiedades Mineras suscrito con fecha once de noviembre de dos mil dos; viene para resolver los recursos de anulación interpuestos por Compañía Minera Algamarca S.A y Compañía Minera de Exploraciones Algamarca S.A.⁽¹⁾

(1) Mediante Resolución N° 8 de fecha 09/11/2006 recaída en el Expediente N° 1753-2006 (fojas 1381 del Expediente N° 1757-2006) se dispuso la *acumulación de procesos* planteada por Compañía Minera de Exploraciones Algamarca.

contra el Laudo Arbitral de Derecho (Resolución N° 214) de diecinueve de julio de dos mil seis, expedido por el Tribunal Arbitral presidido por el doctor Jorge Santistevan de Noriega e integrado por los doctores Fernando Cantuarias Salaverry y Víctor Ávila Cabrera; interviniendo como vocal ponente el señor Betancour Bossio.

RESULTA DE AUTOS:

Del recurso de anulación corriente de fojas 358 a 392:

Con fecha veinticinco de agosto de dos mil seis, **Compañía Minera Algamarca S.A.** interpone recurso de anulación contra el anotado Laudo Arbitral de diecinueve de julio de dos mil seis invocando las siguientes causales:

i) Causal de nulidad del Laudo por invalidez del convenio arbitral (inciso 1 del artículo 1º de la Ley General de Arbitraje).

Precisa la actora que el señor Miguel de Orbegoso Tudela no gozaba de facultades para suscribir un convenio arbitral en nombre de Minera Algamarca, pues la Junta General de Accionistas de fecha treinta y uno de julio de dos mil dos no lo autorizó para ese efecto, limitándose a aprobar un negocio de transferencia de bienes a favor de Sulliden Exploration; es decir, no existió la autorización expresa que exige el inciso 3 del artículo 167º del Código Civil. La condición de gerente general que ostentaba el señor De Orbegoso, no subsanaba su falta de representación. En consecuencia, el convenio arbitral contenido en las cláusulas 6.2.1, 6.2.2 y 6.2.3 del «*Contrato de transferencia de Derechos Mineros*» es un acto inválido, concretamente, ineficaz.

Señala que ha cumplido con los requisitos especiales para invocar esta causal, establecida en el segundo párrafo del artículo 39º de la Ley General de Arbitraje, toda vez que mediante escrito de fecha dieciocho de junio de dos mil cuatro dedujo excepción de incompetencia alegando la ineficacia del convenio arbitral por falta de representación del señor De Orbegoso; siendo que, el Tribunal Arbitral analizó su competencia y por mayoría rechazó la excepción.

Asimismo, agrega la actora que el Tribunal Arbitral erró en tal decisión (en mayoría) porque:

- a) el artículo 188º de la Ley General de Sociedades se limita a señalar las facultades del gerente general, lo cual no puede ser interpretado en forma amplia sino literal y, en todo caso, acompañándose de otras disposiciones como las normadas en el mencionado artículo 167º del texto sustantivo;
- b) no se ha configurado la Teoría de los Actos Propios en tanto que Exploraciones Algamarca, ante el proceso instaurado en el Tercer Juzgado Civil de Cajamarca, se limitó a invocar la competencia de los Jueces de Lima como una regla procesal del «*Contrato de Transferencia de Derechos Mineros*» más no se pronunció sobre la eficacia del convenio arbitral y mucho menos puso en marcha el arbitraje; y,

- c) aplica los artículos 2º, 29º y 57º del Código de Comercio cuando no había nada que interpretar o restringir del poder que otorgaron las Juntas de Accionistas de las empresas el treinta y uno de julio de dos mil dos pues en ellos no hay mención alguna a un convenio arbitral ni nada parecido.

En suma, la falta de representación del señor de Orbegoso al suscribir el convenio arbitral en nombre de Minera Algamarca, da lugar a un supuesto de ineficacia conforme a lo previsto por el artículo 161º del Código Civil.

ii) Causal de nulidad por violación del debido proceso.

Al respecto refiere que *«no puede ser legítimo un proceso que se instala sin observar rigurosamente las reglas del convenio arbitral, y se tramita con repetidos tropiezos y la protesta permanente de las partes. Desde el extravío de recursos impugnatorios hasta la resolución extra petita, son elementos claros de la violación al debido proceso. Un proceso con semejantes irregularidades no es garantía de un resultado justo»*⁽²⁾.

Así, la actora señala como conculcaciones al debido proceso, las siguientes:

- a) la prescindencia, sin motivo alguno, de prueba relevante para la solución de la controversia (la inspección ocular, así denominada que se había admitido como medio probatorio, y que se encontraba lista para ser actuada);
- b) la anulación de la aceptación de renuncia de uno de los árbitros cuestionados. Sin motivo alguno se mantuvo a un árbitro que había expresado su decisión de no participar en el proceso, atendiendo a los cuestionamientos que existían contra él, lo que afecta gravemente la transparencia y la confianza, que son cruciales en un proceso arbitral, y que garantiza un pronunciamiento justo;
- c) el extraviarse un recurso de tanta importancia como lo es el pedido de recusación de un árbitro;
- d) el darle un trámite arbitrario al pedido de recusación formulado contra todo el Tribunal Arbitral (trámite no previsto en ninguna norma jurídica ni en las reglas del proceso); y,
- e) al expedirse un fallo *ultra petita*, pues en el Laudo se interpreta la voluntad de las partes, otorgándoles un sentido que ni ellas misma señalaron en sus escritos de demanda y contestación.

Enseguida, Minera Algamarca detalla el tratamiento otorgado al pedido de recusación formulado por Exploraciones Algamarca contra el Tribunal Arbitral en pleno, afirmando que ello vulnera gravemente el derecho constitucional al debido proceso y, asimismo, que la interpretación que se hizo del artículo 31º de la Ley N° 26572 resulta ilegal.

(2) Fojas 386 del trámite de anulación.

ADMISORIO Y TRASLADO:

Mediante Resolución N° 2 de veinticinco de septiembre de dos mil seis (fojas 397 a 398) se admite el citado recurso de anulación de Laudo Arbitral y se corre traslado del mismo a Minera Sulliden Shahuindo S.A.C.

Contestación corriente de fojas 509 a 541.–

Dentro del término de Ley, Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. contesta el recurso de anulación de laudo exponiendo:

- i) Que la demandante Minera Algamarca no ha acreditado que dedujo nulidad del convenio arbitral al amparo del artículo 39° de la Ley General de Arbitraje; ni, mucho menos, ha probado dicha causal, por lo que debe desestimarse la pretensión principal incoada.**

Que, en el recurso en el cual aquélla formuló la excepción de incompetencia en sede arbitral, no se dedujo la nulidad del convenio arbitral (como ahora lo hace), ni tampoco se invocó el artículo 39° de la Ley N° 26572 sino que se desarrolla, extensamente, el tema de ineficacia jurídica por falta de atribuciones del representante señor Miguel de Orbegoso Tudela quien carecía de facultades y, por ello, el convenio arbitral es ineficaz, pero no jurídicamente nulo. La nulidad, dice, priva el acto jurídico de validez, o, lo que es lo mismo, de producir los efectos buscados entre las partes. La inoponibilidad, que es una especie de la ineficacia (figura jurídica invocada por la actora) no conlleva a la invalidez del acto, sino, que sus efectos no pueden ser aplicados a quien sostiene que no le son oponibles.

Precisa que una disposición como la invocada en la demanda (el inciso 3 del artículo 167° del Código Civil) deviene incompatible con la naturaleza de la gerencia como órgano de gestión de una sociedad mercantil y, sobretodo, resulta claramente inaplicable pues las atribuciones del gerente general están especificadas en el artículo 188° de la Ley General de Sociedades. Convenir un arbitraje (como el que acordó con el señor de Orbegoso) es un acto ordinario de administración de una sociedad mercantil; tan ordinario que se ve a diario en todo tipo de actividad comercial. Así como, en aplicación del inciso 1 del acotado artículo 188° de la Ley N° 26887, un gerente general puede comprar y vender bienes dentro del objeto de la compañía, y no requerir la autorización expresa a que se contrae el inciso 1 del artículo 167° del Código Sustantivo; puede igualmente pactar un arbitraje por su condición de tal, sin requerir ninguna autorización especial, salvo que el Estatuto, la Junta General de Accionistas o el Directorio lo establezcan.

Sintetiza: la atribución de pactar un arbitraje constituye un acto ordinario de administración de un gerente, que no implica ninguna renuncia ni disposición de derecho sustantivo alguno. Solamente se trata de una opción alternativa prevista en la Ley y constitucionalmente reconocida.

- ii) Que, Exploraciones Algamarca (empresa subsidiaria de Minera Algamarca) en el escrito número uno que presentó ante el Juzgado Especializado en lo Civil de Cajamarca con fecha 28 de noviembre de 2003, Expediente N° 165 – 2003, reconoce**

explícitamente la existencia, vigencia y aplicación del pacto arbitral celebrado cuando a la letra señala «b) *Prórroga Convencional de la Competencia: Que, en el punto 6.2.4 del acotado Contrato de Transferencia de Propiedades Mineras, las partes incluyen una prórroga convencional de competencia, por la cual se someten a la competencia de los Juzgados y Tribunales de Lima para la tramitación de las actuaciones supletorias del Poder Judicial reguladas por la Ley General de Arbitraje. c) En el caso de autos la situación de hecho ha sido resumida en la parte expositiva... de la siguiente manera: a) existe un convenio arbitral; b) El convenio arbitral incluye una prórroga convencional de la competencia de los juzgados y tribunales de Lima para las actuaciones supletorias (...)*»⁽³⁾; entonces, el convenio arbitral por la Teoría de los Actos Propios, resulta también plenamente válido.

iii) **Que la nulidad invocada por haber existido afectaciones al debido proceso, no han sido explicadas ni demostradas, solo enumeradas y englobadas en los supuestos a que se refieren los acápite 2 y 6 del artículo 73º de la Ley General de Arbitraje.**

A las afirmaciones precisadas por la actora expone lo siguiente:

- a) El medio probatorio (inspección ocular) fue ofrecido por Sulliden y no por Las Algamarcas. A su vez, tal prueba no pudo ser actuada en la fecha inicialmente ordenada porque Las Algamarcas obtuvieron una medida cautelar que dispuso suspender el Proceso Arbitral. Posteriormente, el Tribunal ordenó actuar una serie de pruebas que determinaron prescindir de la mencionada inspección por estar suficientemente informado sobre el extremo controvertido.
- b) El artículo 27º de la Ley N° 26572 es claro en relacionar taxativamente las causas para que proceda la renuncia de un árbitro, el cual no puede alejarse de un proceso por cualquier razón. En el presente caso, ninguna de las causales contempladas legalmente para la renuncia era aplicable, motivo por el cual mal se puede haber afectado derecho de defensa alguno.
- c) El Tribunal resolvió las recusaciones planteadas de conformidad con el artículo 31º de la Ley General de Arbitraje y aplicando la regla de la mayoría prevista en el caso de un colegiado.
- d) Por lo demás, la controversia se ha resuelto de acuerdo a las pretensiones formuladas por las partes, sin ninguno más, ni menos, de los puntos que ambas partes, libremente, en audiencia arbitral llevada a cabo con todas las formalidades, convinieron como puntos controvertidos.

Del escrito de demanda corriente de fojas 833 a 1184.–

Con fecha veinticinco de agosto de dos mil seis, **Compañía de Exploraciones Algamarca S.A.** interpone recurso de anulación contra el mencionado Laudo Arbitral de diecinueve de julio de dos mil seis sustentándolo en las siguientes causales:

⁽³⁾ Fojas 531 a 532 del trámite de contestación de la anulación.

i) Nulidad del convenio arbitral, siempre que quien lo pida lo hubiese reclamado conforme al artículo 39 de la Ley General de Arbitraje.

- 1) El convenio arbitral contenido en el Contrato de Transferencia de Propiedades Mineras de seis de noviembre de dos mil dos, elevado a Escritura Pública con fecha once de noviembre de dos mil dos, adolece de nulidad no solo por haber sido suscrito por un representante, el señor Miguel de Orbegoso Tudela, que (i) carecía de facultades, sino también porque (ii) dicho convenio arbitral fue celebrado con un fin ilícito y (iii) porque colocó a una de las partes en situación de privilegio respecto de la otra en relación con la designación de los árbitros.

Que, para la existencia del convenio arbitral es necesaria la manifestación de voluntad de las partes, en donde éstas se obligan a someter a arbitraje la solución de sus conflictos. La doctrina nacional y extranjera es unánime al señalar que la persona jurídica debe otorgar expresamente facultades especiales a su representante (en este caso al gerente general), a fin que éste pueda obligar a la persona jurídica en un convenio arbitral.

Agrega, que los supuestos previstos por el artículo 161 del Código Civil son situaciones de inoponibilidad en base al principio *res inter alios acta*; es decir, los actos no alcanzan al tercero supuestamente representado, no produciéndose en la esfera jurídica de éste el efecto *contemplanti domini*, propio de la representación directa. Así, el acto no tiene eficacia alguna para el supuesto representado y, conforme al artículo 162º del Código Civil, solo la ratificación que éste haga lo vinculará; por lo que, no puede sostenerse que el hecho de que los accionistas hayan aceptado conservar el dinero recibido por la operación contractual, constituye una ratificación tácita del contrato de transferencia de propiedades mineras, ni mucho menos del convenio arbitral. Esto, debido a que los actos individuales de cada uno de los accionistas no sustituyen a los actos de la Junta General de Accionistas.

- 2) Si bien de Orbegoso ostentaba la calidad de Gerente General tanto en Minera Algamarca como en Exploraciones Algamarca, él interviene en representaciones de ambas compañías en virtud de las autoridades otorgadas por éstas en sus respectivas Juntas de Accionistas, realizadas el treinta y uno de julio de dos mil dos, tal como se aprecia del Contrato de Transferencia de Propiedades Mineras de fecha seis de noviembre de dos mil dos.

Con esto, se puede establecer que el señor de Orbegoso no actuó en su condición de Gerente General, sino en calidad de un simple representante y que estaba justificada únicamente en la literalidad de los poderes otorgados al mismo en la Juntas Generales de Minera Algamarca y de Exploraciones Algamarca llevadas a cabo el día treinta y uno de julio de dos mil dos, dentro de las cuales ni se incluyó como tema de agenda la celebración de un pacto arbitral, así como tampoco se le otorgó dentro de las referidas Juntas la facultad de someter a arbitraje controversia alguna.

Así, tenemos que el señor de Orbegoso no se encontraba facultado a celebrar cláusula arbitral alguna, la misma que tampoco podía entenderse como una facultad accesoria o algo inherente al contrato suscrito, atendiendo al carácter autónomo de los pactos arbitrales, autonomía que le viene dada por Ley expresa. De ello, se aprecia que el convenio arbitral jamás resultó obligatorio para nuestra parte, pues fue suscrita sin el consentimiento de Minera Algamarca ni de Exploraciones Algamarca, toda vez que aquel fue suscrito por el señor de Orbegoso excediendo las facultades otorgadas mediante las Juntas de Accionistas de fecha treinta y uno de julio de dos mil dos, resultando siempre inválido respecto de ella, siendo por tanto que, si Sulliden Shahuindo quería iniciar un proceso en su contra debió dirigirse a los órganos del Poder Judicial, el cual siempre fue competente, en vista de que la cláusula arbitral suscrita careció siempre de validez.

En cuanto a la facultad prevista en el inciso 1 del artículo 188º de la Ley General de Sociedades, el señor de Orbegoso no podía haber acordado celebrar el Contrato de Transferencia de Propiedades Mineras en su calidad de gerente general dado que, al no tratarse de un acto ordinario, precisamente se convocó a la Junta General de Accionista de fecha treinta y uno de julio de dos mil dos. De otro lado, la facultad prevista en el inciso 2 del referido artículo 188º no resulta de aplicación dado que se refiere a facultades de representación procesal (dentro de dichas facultades se podría contemplar el supuesto por el cual el gerente general somete a arbitraje las pretensiones controvertidas dentro de un proceso judicial pero de ninguna manera la facultad de pactar un convenio arbitral fuera de un proceso judicial, como ha ocurrido en el caso de autos).

Más aún, se debe tener en cuenta que la Junta Universal de Accionistas de Minera Algamarca no otorgó las facultades especiales que el gerente general (el señor de Orbegoso) requería para celebrar un Contrato de Transferencia de Propiedades Mineras con una empresa distinta a aquella que envió la Carta de Intención, cuyo contenido sí fue aprobado. La actuación del señor Orbegoso siempre fue inoponible a Minera Algamarca y a Exploraciones Algamarca, al ser el pacto arbitral uno inválido respecto de éstas, de conformidad con lo establecido por los artículos 12º y 13º de la Ley General de Sociedades, así como el artículo 161º del Código Civil.

No hay porqué presumir que existe una relación de necesidad entre la ejecución de la transferencia de propiedades mineras y la firma de un convenio arbitral. La existencia de un convenio arbitral no es un requisito *sine qua non* para que celebren este tipo de contratos; más aún si consideramos que lo natural es que cualquier controversia se solucione por medio del Poder Judicial, y no por medio de un Tribunal Arbitral.

En suma, el Tribunal Arbitral (al haber continuado con la tramitación del proceso arbitral) afectó el derecho al debido proceso de Minera Algamarca y de Exploraciones Algamarca, ya que fueron desviadas de un procedimiento preestablecido: el judicial.

- 3) Que, la cláusula arbitral contenida en el Contrato de Transferencia de Propiedades Mineras de fecha seis de noviembre de dos mil dos no cumple con el tercer requisito establecido en el artículo 140º del Código Civil, a saber: tener fin lícito porque, dicha cláusula arbitral pactada entre Minera Algamarca, Exploraciones Algamarca y Sulliden Shahuindo es nula en tanto que se coloca a Sulliden Shahuindo en situación de privilegio respecto de Minera Algamarca y de Exploraciones Algamarca, en relación al tema de la designación de los árbitros. Ello, en la medida de que el ente encargado de designar a los árbitros de parte (en defecto de designación) y al Presidente del tribunal Arbitral (en defecto de acuerdo de los árbitros) es el Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía.

La situación de privilegio se presenta al establecerse que será el Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía (tercero) quien elegirá al Presidente del Tribunal Arbitral, en caso los árbitros de parte no se pongan de acuerdo. Más aún, la intervención de tal entidad no se limita a este punto ya que también se preveía que designase al árbitro de parte, ya sea en defecto de Sulliden Shahuindo o en defecto de Minera Algamarca y Exploraciones Algamarca. En tal sentido, podrían ser uno, dos y hasta tres los árbitros designados por ella. El inconveniente de que sea el Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía la entidad que designe supletoriamente a los árbitros está relacionado con el hecho de que dicha institución tenía como uno de sus miembros más antiguos, distinguidos e importantes al doctor Enrique Lastres Berninzón, apoderado, representante legal y vicepresidente de Asuntos Legales de Sulliden Shahuindo.

- ii) **No haber podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos, siempre y cuando se haya perjudicado de manera manifiesta el derecho de defensa, habiendo sido el incumplimiento u omisión objeto de reclamo expreso en su momento por la parte que se considera afectada, sin ser subsanado oportunamente (inciso 2 del artículo 73 de Ley General de Arbitraje).**

Refiere que las situaciones originadas por el Tribunal Arbitral que han constituido quebrantamientos al debido proceso y violaciones a su derecho de defensa son las siguientes:

- a) Composición del Tribunal Arbitral. Cuando hablamos de debido proceso, no solo nos estamos refiriendo a que se cumpla con los plazos y con los trámites establecidos por la Ley, o en el caso arbitral, en el acta de instalación del Tribunal Arbitral; por ello, es evidente, que la Ley no acepta que exista una cláusula arbitral que establezca que los tres miembros del Tribunal Arbitral, o dos de los tres sean nombrados por una sola de las partes, dicha estipulación será evidentemente nula.

Así la composición del Tribunal Arbitral constituyó un agravio a su derecho al debido proceso y al derecho de defensa. Por cuanto mal podría resolver el propio Tribunal compuesto ilegalmente, acerca de su propia competencia. Ello debido a que, en esencia, nos encontraríamos frente a un Tribunal parcializado, pues el mismo tendría que renegar de sus orígenes.

- b) Pérdida de documentos. La Secretaría *ad hoc* perdió seis copias del escrito presentado por Exploraciones Algamarca con fecha nueve de diciembre de dos mil cuatro en donde formuló recusación del Tribunal Arbitral en pleno. Dicha situación constituyó una violación del debido proceso y, evidentemente, perjudicó durante más de un mes, el que las demandadas (en el proceso arbitral) no pudieran ejercer su derecho de defensa con respecto a la pretensión de recusación del Tribunal Arbitral en pleno.
- c) La abstención del árbitro doctor Fernando Cantuarias Salaverry. Mediante escrito de fecha veintiuno de diciembre de dos mil cuatro, el doctor Fernando Cantuarias Salaverry presentó su renuncia como árbitro, señalando que se encontraba predispuesto en contra de una de las partes; pedido que fue declarado improcedente por Resolución N° 97 pues no se había presentado ninguno de los supuestos contemplados en el artículo 27 de la Ley General de Arbitraje.

Ante tal circunstancia, por escrito de fecha veintiuno de enero de dos mil cinco, el doctor Cantuarias Salaverry solicitó su abstención al cargo de árbitro, siendo que, mediante Resolución N° 116 de treinta y uno de enero de dos mil cinco, el Tribunal Arbitral aceptó la abstención planteada, disponiendo que Minera Algamarca y Exploraciones Algamarca designen al árbitro que les corresponde dentro del plazo pactado en el convenio arbitral.

Por escrito de fecha dos de febrero de dos mil cinco, Sulliden Shahuindo interpuso recurso de reposición contra los puntos terceros, cuatro y quinto de la parte resolutive de la aludida Resolución número 116.

Que, el Tribunal Arbitral les notificó de la reposición mediante Resolución N° 119, en donde ni siquiera se les corre traslado del mismo. Por el contrario, ahí se señala: estése a lo resuelto mediante Resolución N° 117.

Y, es que en la citada Resolución N° 117 de veintiuno de febrero de dos mil cinco se dejó sin efecto el tercero, cuatro y quinto puntos de la parte resolutive de la Resolución N° 116, corriendo traslado a las partes de la abstención del doctor Cantuarias Salaverry, sustentando su decisión (el Tribunal Arbitral) en que no se había notificado a las partes para que den su opinión en relación a la abstención solicitada por dicho árbitro, lo que a decir (de la recurrente) constituye un argumento pueril, pues, Sulliden Shahuindo no invocó en su reposición la falta de notificación del escrito de abstención, y para legalizar su «ilegalidad», recurrió a una figura ajena a al Ley General de Arbitraje que es la de declarar de oficio la ineficacia parcial de una resolución por un motivo no alegado por ninguna de las partes.

Mediante escrito de fecha veinticuatro de febrero de dos mil cinco, Minera Algamarca interpuso recurso de reposición contra la referida Resolución N° 117, cuestionando la autoridad del Tribunal Arbitral par disponer de oficio: dejar sin efecto parcialmente la Resolución N° 116.

Por Resolución N° 130 del ocho de marzo del dos mil cinco del Tribunal Arbitral declara improcedente la abstención solicitada por el árbitro Cantuarias Salaverry, e infundado el recurso de reposición formulado por Compañía Minera Algamarca. Argumenta que la Ley General de Arbitraje no contempla la figura de la abstención y si contempla la figura de renuncia en su artículo 27, siendo que las causales deben ser convenidas por las partes, lo que enfatiza la limitación y restricción a la renuncia de los árbitros y la naturaleza contractual del arbitraje. Al respecto (para la recurrente), en nada cambiaba la situación de hecho que la Ley N° 26572 solo contemplase la figura de la renuncia del árbitro y no la de abstención ya que según el numeral 11 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral dicha Ley solo se aplica en defecto de la reglas que establezca el propio Tribunal Arbitral, el cual (tal como lo sostuvo en la Resolución N° 116) podía aceptar la abstención del doctor Cantuarias Salaverry en virtud (precisamente) de la facultad de establecer reglas.

Ante tal decisión, Exploraciones Algamarca interpuso recurso de reposición contra la Resolución N° 130, el que fue declarado improcedente mediante Resolución N° 140, la cual reiteró los argumentos de la Resolución N° 130.

- d) Recusación del Tribunal Arbitral en pleno. Mediante escrito de fecha nueve de diciembre de dos mil cuatro, Exploraciones Algamarca formuló reposición al amparo del inciso 3 del artículo 28 de la Ley General de Arbitraje contra el Tribunal Arbitral en pleno.

Por Resolución N° 101 de diecisiete de enero de dos mil cinco, el Tribunal Arbitral dispuso que, por tratarse de un órgano colegiado, correspondía que aquél resuelva la recusación sin la intervención del árbitro recusado, de conformidad con lo establecido en el artículo 31° de la Ley N° 26572.

Tal decisión constituyó una grave vulneración del debido proceso porque el artículo 31 de la Ley General de Arbitraje adolece de un vacío y contiene en el fondo una solución incompleta en relación al trámite de recusaciones contra tribunales colegiados en pleno (por la misma causal y por los mismos hechos). Por un lado, siempre las recusaciones serán resuelta por el Tribunal; esto es, por los dos árbitros no recusados; pero no se contempla de modo alguno el supuesto de una recusación promovida contra dos árbitros o contra todo el Tribunal, de manera tal que el texto podría llevar a pensar que aún así, es el propio Tribunal quien resuelve su recusación, cosa que es jurídicamente inaceptable ya que la recusación no la resuelve el propio recusado, sino alguien neutral.

- e) Prescindir de un medio probatorio: la inspección ocular. Siendo que Sulliden Shahuindo alegó usurpación y pidió restitución de los terrenos supuestamente usurpados, resultaba imprescindible acreditar si existía o si había existido tal usurpación. Por ello, la inspección ocular ofrecida como medio probatorio por su contraparte era pertinente.

En tal sentido, en el punto 40 del Acta de Continuación de la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Pruebas de fecha vein-

tiséis de octubre de dos mil cuatro, se admitió como medio probatorio de la demandante, la realización de la inspección ocular de las concesiones mineras y terrenos superficiales en la medida que uno de los puntos controvertidos era, precisamente, la restitución de dichas propiedades mineras. Resalta que las partes del proceso arbitral expresaron en las últimas tres audiencias (martes veintiséis y jueves veintiocho de abril, y martes tres de mayo de dos mil cinco) su deseo en relación a que el Tribunal Arbitral lleve a cabo la inspección ocular.

Sin embargo, el Tribunal Arbitral mediante Resolución N° 153 decidió prescindir de la actuación de la prueba de inspección ocular pues ya se consideraba suficientemente informado, razón por la cual hizo uso de lo dispuesto por el artículo 37 de la Ley General de Arbitraje. Tal Resolución careció de motivación suficiente ya que no se hizo referencia a que el objeto del medio probatorio del que se prescindía fuese cubierto o proporcionado por algunos otros medios probatorios aportados por las partes en el proceso arbitral.

Ante ello, con fecha trece de mayo de dos mil cinco interpuso recurso de reposición el cual fue desestimado por Resolución N° 168.

Señala que a pesar de la importancia que el propio Tribunal Arbitral le dio a la inspección judicial ocular; a pesar de haber programado una vez su realización; a pesar de haber designado a un perito para que auxilie al Tribunal en su realización; y, a pesar de haber cobrado cuantiosos honorarios por realizarla, el Tribunal prescindió de ella sin motivación suficiente.

- f) Realización de actos procesales cuando el proceso se encontraba suspendido.

El Tribunal Arbitral no acató la suspensión ordenada por diversos tribunales de justicia; a saber: el Juzgado Mixto de San Marcos y el Sexagésimo Cuarto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima. Dichos desacatos constituyeron de por sí una violación al debido proceso, pues, el Tribunal Arbitral se erigió en interprete de lo ordenado por las resoluciones del Poder Judicial, como si estuviera por encima de la Ley.

El Tribunal Arbitral no se opuso a todas y cada una de las medidas cautelares, ya que, en algunas ocasiones, sí acató lo ordenado por el Poder Judicial como: las emitidas por el Primer Juzgado Mixto de Villa María del Triunfo y, por el Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Cajamarca.

- g) Honorarios arbitrables. Uno de los mayores atentados en contra de los intereses de las partes en el proceso arbitral cuyo Laudo se impugna, es el relativo a los honorarios del Tribunal Arbitral, los mismos que terminaron ascendiendo a la suma de ciento ochenta mil y 00/100 dólares americanos por arbitro y, a sesenta mil quinientos cuarenta y 00/100 dólares por la secretaria *ad hoc* del Tribunal Arbitral y, que deberán ser asumidos en forma solidaria por Minera Algamarca y Exploraciones Algamarca a favor de Sulliden Shahuindo.

Refiere que, desde un primer momento, se negó a reconocer dichos honorarios arbitrales y no participó en la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, en donde se

estableció el primer anticipo de honorarios y las reglas para su eventual variación, las mismas que fueron incumplidas reiteradamente por el propio Tribunal. Además, Sulliden Shahuindo admitió expresamente que el Tribunal Arbitral estaba violentando las reglas del debido proceso al incrementar sus honorarios profesionales por lo que solicitó la reducción al cincuenta por ciento de los honorarios fijados.

Dice que la solidaridad (en los honorarios) establecida por el Tribunal en los puntos 89 y 96 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, no ha sido aceptada ni pactada por Minera Algamarca ni por Exploraciones Algamarca, las cuales no estuvieron representadas en la Audiencia de Instalación, acatando lo dispuesto por el Juzgado Mixto de la Esperanza, Trujillo, que declaró que los efectos del Contrato de Transferencia de Propiedades Mineras de fecha seis de noviembre de dos mil dos estaban suspendidos. Por ello, el Tribunal tampoco podría declarar que la supuesta obligación de reintegro de honorarios arbitrales, honorarios de la secretaría y de los gastos administrativos, constituye una obligación solidaria, en tanto el Tribunal no tiene la facultad de determinar o imponer, unilateralmente, el carácter solidario de esta obligación.

- h) Finalización de la etapa probatoria. El Tribunal Arbitral no podía válidamente declarar cerrada la etapa probatoria el diez de mayo de dos mil cinco, sabiendo que alguna de las partes (o ambas partes) podía presentar un recurso de reconsideración (reposición) en contra de la decisión del Tribunal de prescindir de un medio probatorio tan relevante como era la inspección ocular; actuar que da lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad e independencia.
- i) La nueva forma de resolver recusación: 3 en 1. Si la forma como el Tribunal Arbitral resolvió la recusación de fecha nueve de diciembre de dos mil cuatro constituyó una grave vulneración al debido proceso, la manera como resolvió las tres recusaciones interpuestas por Minera Algamarca con fecha tres de octubre de dos mil cinco (por dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia) no encuentra un calificativo apropiado.

Así, mediante Resoluciones N° 176, N° 177 y N° 178, todas de cinco de octubre de dos mil cinco, el Tribunal Arbitral declaró improcedente los tres recursos de recusación interpuestos por haberse vencido el plazo probatorio. Agrega que «*esta vez, el Tribunal Arbitral no siguió su alambicada interpretación del artículo 31 de la Ley General de Arbitraje (que dos árbitros resuelven la recusación del tercero), sino que simplemente, los tres árbitros (todos ellos recusados) decidieron declarar improcedente nuestros tres recursos de recusación*»⁽⁴⁾.

Ante tal circunstancia, interpusieron recursos de reconsideración en contra de las mencionadas Resoluciones mediante escritos de fecha once de octubre de dos mil cinco, declarándose «*no ha lugar*» mediante Resolución N° 182 de diecinueve de octubre de dos mil cinco.

(4) Fojas 1104 a 1105 del trámite de anulación.

- j) Motivación insuficiente. La resolución que decide sobre la reconsideraciones debe tener motivación independiente de la resolución anterior; es decir, de la impugnada. Lamentablemente, éste ha sido el actuar del Tribunal en la Resolución N° 210 en donde expresa que el recurso de Reconsideración interpuesto por Sulliden Shahuindo contiene argumentos de hecho y de derecho (que eran distintos a los expresados en anteriores escritos), y a pesar de ello, simplemente se remite a los argumentos ya vertidos en las Resoluciones N° 205, N° 207, N° 209.

Además, el Laudo Arbitral en varios de sus puntos se basa en argumentos que pueden revestir cierta coherencia lógica, pero, que se asistan en fundamentos extra jurídicos.

También, existe motivación insuficiente en las Resoluciones que repiten las consideraciones de las Resoluciones impugnadas, en tanto hay identidad en el órgano que expidió ambas Resoluciones, como es el caso del Tribunal Arbitral en la expedición de la resolución N° 153 (la que prescinde de la actuación de la prueba de inspección ocular).

Refiere que en la Resolución N° 168, el Tribunal no hizo referencia a través de qué medio o medios probatorios aportados por las partes se informaron adecuadamente y originó que se prescindiera de la inspección ocular.

Que, los Recursos de Reconsideración interpuestos por su contraparte y por ella en contra de la Resolución N° 205 fueron desestimados a través de la Resolución N° 207, reiterando de manera resumida los ilegales fundamentos de la Resolución N° 205.

Además, anota que en innumerables ocasiones el Tribunal optó por declarar no ha lugar o desestimase sus pedidos, sin expresar el motivo de dicha manera de resolver; es decir, el Tribunal no indicaba si nuestros pedidos eran improcedentes (tema de forma) o si eran infundados (tema de fondo).

- k) Argumentos empleados en el Laudo Arbitral que no fueron invocados por la demandante, atentado contra el principio de contradicción y, por tanto, contra su derecho al debido proceso (sobre el tema de la donación).

Que, entre las páginas ciento cuarenta y cinco sesenta y ocho del Laudo Arbitral cuya anulación se pretende ahora (correspondiente a los folios siete mil trescientos sesenta y seis a siete mil trescientos treinta y siete del Laudo Arbitral) el Tribunal Arbitral hace toda una argumentación pseudo jurídica para demostrar que, a pesar de que las partes establecieron con precisión en el contrato que la transferencia de propiedad de los terrenos superficiales se efectuaba a título gratuito, tal donación nunca existió; llegándose, al extremo de tratar de convertir en válida una estipulación nula por aplicación del principio de conservación del contrato; principio que jamás fue invocado por nuestra contraparte a lo largo del proceso, ni para este supuesto ni para ningún otro.

Más aún, en el considerando N° 449 niega la existencia de una donación, señalando que la expresión transferencia a título gratuito es una expresión poco feliz, afirmación que en ningún momento fue utilizada por su contraparte.

Aduce que es clara la violación del debido proceso porque: (i) no pudo rebatir en el contradictorio del proceso arbitral los veintiocho argumentos en que se funda el Laudo y que no fueron utilizados por su contraparte, pues, simplemente lo desconocía ya que fueron ajenos por completo al proceso arbitral; y (ii) el Tribunal ha emitido una resolución sin motivación suficiente habida cuenta de que si desestimó los argumentos de su contraparte, no debió suplir dichos argumentos en la fundamentación del Laudo con otros argumentos propios del Tribunal y ajenos a las partes.

iii) Se ha laudado sobre materia no sometida expresa o implícitamente a la decisión de los árbitros (inciso 6 del artículo 73° de la Ley General de Arbitraje).

Refiere que, cuando Sulliden Shahuindo solicita se ordene que Las Algamarcas le restituyan la posesión de los terrenos superficiales comprendidos en el contrato, se circunscribió solo a los que estaban siendo indicados de manera referencial en el Anexo 1-A del contrato y no a todos aquellos que cubren o están en relación a las concesiones mineras. En consecuencia, el laudo arbitral ha incurrido en otra causal de anulación, ya que contiene un pronunciamiento *ultra petita*, al haber incluido terrenos superficiales que la propia demandante no incluyó en la demanda.

De otro lado, señala que existe un pronunciamiento sobre los efectos jurídicos de una oferta formulada por una persona jurídica (Sulliden Exploration) que, no solo no forma parte del convenio arbitral, sino que no ha comparecido ni ha sido emplazada en el proceso arbitral. Y, si bien es cierto que no se dejó constancia de ello en el Acta de Fijación de Puntos Controvertidos de fecha 26 de octubre de 2004, tal consideración no enerva nuestro derecho de impugnar el Laudo, por el hecho de que Sulliden Exploration ni ha comparecido en el proceso arbitral, ni forma parte del convenio arbitral (fojas 1162). Además, todos los contratos preparatorios celebrados por Minera Algamarca y Exploraciones Algamarca lo fueron con la empresa canadiense Sulliden Exploration Inc., razón por la cual lo resuelto en el Laudo y aquello que se resuelva en su futura anulación, recaerá también sobre los intereses de esta empresa.

Para concluir, refiere que el hecho de que el proceso arbitral se haya seguido sin la participación del señor Miguel de Orbegoso Tudela, resulta de extrema gravedad, pues si al finalizar dicho proceso arbitral se hubiese concluido en que el señor de Orbegoso excedió las facultades conferidas por Minera Algamarca y por Exploraciones Algamarca, estas empresas hubieran podido demandar una indemnización por los daños y perjuicios causados al haber excedido tales facultades. Al no ser parte el señor de Orbegoso del convenio arbitral, la sede natural para el conocimiento del conflicto hubiese sido el Poder Judicial, es decir, los tribunales ordinarios de justicia; así lo han entendido dichos tribunales, había cuenta de que en la actualidad se sigue ante el Sexagésimo Cuarto Juzgado Especializado en los Civil de Lima el proceso de nulidad de acto jurídico, iniciado por Exploraciones Algamarca y Minera Algamarca contra Sulliden Shahuindo y Miguel de Orbegoso Tudela (Expediente número 75489-04).

iv) Nulidad de oficio de Laudo Arbitral al no ser la materia sometida a la decisión de los árbitros objeto de arbitraje, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1º (inciso 7 del artículo 73º de la Ley de Arbitraje).

De conformidad con el inciso 2 del artículo 1º de la Ley N° 26572 no se puede laudar respecto de una materia que haya sido sometida a la jurisdicción ordinaria, respecto a la cual ha recaído una sentencia expedida por órgano judicial competente.

Al existir una sentencia firme emitida por la Sala Civil de la Corte Superior de Cajamarca (sobre el tema de la transferencia de los terrenos superficiales) en un proceso en el cual participaron las mismas partes de este proceso arbitral, estamos frente a un supuesto de cosa juzgada, por lo que las pretensiones relacionadas a los terrenos superficiales debieron ser sustraídas del proceso arbitral.

ADMISORIO Y TRASLADO.–

Mediante Resolución N° 2 de veinticinco de septiembre de dos mil seis (fojas 1192 a 1193) se resuelve admitir el citado Recurso de Anulación de Laudo Arbitral y se corre traslado del mismo a Minera Sulliden Shahuindo S.A.C.

Contestación corriente de fojas 1296 a 1380.–

Dentro del término de Ley, Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. contesta el recurso anotado precedentemente exponiendo lo siguiente:

- i) **Que, Exploraciones Algamarca fundó su excepción de incompetencia en que el señor Miguel de Orbegoso Tudela al celebrar el convenio arbitral cuya nulidad ahora se pretende, intervino en representación de ella excediendo las facultades conferidas por la empresa; por lo que, corresponde a un supuesto de ineficacia del convenio. Precisa, que en ningún párrafo, texto o enunciado de la alegada excepción se sostuvo o afirmó la existencia de una nulidad del convenio arbitral, como fundamento jurídico de una eventual anulación posterior, antes bien, ratificó la validez del convenio pero destacó su ineficacia. Tampoco alegó la nulidad del convenio arbitral como consecuencia de la existencia de un fin ilícito.**

Dice que Exploraciones Algamarca pretende sustentar la supuesta nulidad del convenio arbitral (no deducida oportunamente) en la aparente (y no acreditada) contravención del artículo 14º de la Ley General de Arbitraje, al haberse colocado a una de las partes en situación de privilegio respecto de la otra, lo cual carece de fundamento legal toda vez que la capacidad decisoria del Instituto de Derecho de Minería fue estipulada en defecto de la voluntad de las partes; es decir, de manera supletoria, antes que con carácter mandatario. En el supuesto negado que se pretenda sostener que existió un interés en beneficiarse con la designación del Instituto de Derecho de Minería, este hecho hubiera correspondido a su fuero interno y particular, que en modo alguno puede ser considerado como la «*causa subjetiva del convenio arbitral*». No se trata de una finalidad común, principal, ni determinante del acuerdo celebrado, y mucho menos ha sido incorporada dicha intención en el contenido del convenio. De existir,

constituirá un interés propio, interno e individual de la recurrente y no común a las partes ni exteriorizado, que es la base o razón fundamental para analizar el aspecto subjetivo de la causa.

Reitera que en la excepción de incompetencia Exploraciones Algamarca sostiene la ineficacia del convenio arbitral, mientras que en el recurso de anulación, y por la misma causal (insuficiencia de la representación del señor de Orbegoso) pretende la nulidad del referido negocio. Por tanto, y de acuerdo a Ley, el recurso de anulación debe ser declarado improcedente pues la validez e ineficacia constituyen categorías jurídicas distintas.

Considera que el señor de Orbegoso al celebrar el convenio arbitral, contenido en al cláusula sexta del Contrato de Transferencia de Propiedades Mineras, actúo en su condición de gerente general de Exploraciones Algamarca, más no en ejercicio de las facultades de representación concedidas por la respectiva Junta General de Accionistas de fecha treinta y uno de julio de dos mil dos, la cual fue convocada para autorizar a su representante a intervenir en todo proceso relacionado a la transferencia del proyecto «*Shahuindo*», como en efecto se hizo y formalizó a favor de la recurrente. Por consiguiente, el señor de Orbegoso, si bien es cierto es una sola persona, al celebrar dicho contrato y el pacto arbitral actúo investido de ambas facultades. La intervención se efectuó conforme a derecho y en ejercicio de sus atribuciones como gerente general, al corresponder el sometimiento a arbitraje, según dispone el inciso 1 del artículo 188º de la Ley General de Sociedades, un acto de administración ordinaria de la sociedad.

Igualmente, de conformidad con el inciso 2 del acotado artículo 188º de la Ley Societaria, el gerente general goza entre otras atribuciones, de la facultad para pactar arbitrajes *ex – ante*, como para hacerlo *ex – post*, por el solo mérito de su nombramiento.

La referencia y aplicación del inciso 3 del artículo 167º del Código Civil (como aduce la actora) resulta incongruente e incompatible, toda vez que la controversia en mención corresponde a una materia regulada en forma expresa, exclusiva, excluyente y absoluta por el Código de Comercio y la Ley General de Sociedades como es el supuesto de la representación orgánica en sociedades de capital. Por tanto, la denominada representación legal a que se contrae el anotado dispositivo legal debe ser entendida como referida al régimen de las asociaciones, fundaciones y comités. En el supuesto negado que se pretenda discutir la suficiencia de la representación del señor de Orbegoso, de conformidad con el artículo 12º de la Ley General de Sociedades, concordante con el artículo 29º del Código de Comercio, debe de considerarse válida y eficaz su intervención en atención al principio de protección de la confianza del tercero.

Señala que el Tribunal Arbitral ha advertido la existencia del escrito N° 1 presentado por Exploraciones Algamarca ante el Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Cajamarca, en el proceso seguido por la recurrente sobre medida cautelar fuera de proceso (Expediente N° 165-2003), en donde admite, reconoce, ratifica y convalida, la validez y eficacia del convenio arbitral materia de controversia; por lo que es válida la aplicación de la doctrina de los actos propios.

- ii) Por otro lado, señala que la actora no ha acreditado el supuesto de hecho regulado en el inciso 2 del artículo 73º de la Ley General de Arbitraje, por lo que su consecuencia jurídica no resulta aplicable.**

ADEMÁS, SEÑALA:

- a) No existe razón legal ni fundamento jurídico para aseverar la parcialización de la designación del doctor Cantuarias. Antes bien, de conformidad con la doctrina de los actos propios, Minera Algamarca y Exploraciones Algamarca mediante recursos de fecha veinte y veintiuno de julio de dos mil cuatro, aceptaron y consintieron en dicha designación.
- b) Respecto a la denuncia de extravío del escrito de fecha nueve de diciembre de dos mil cuatro, en mérito al cual formuló recusación contra el Tribunal Arbitral en pleno afirma que dicha recusación fue resuelta (en definitiva) por los miembros del Tribunal, habiendo transcurrido entre dicho pedido y su determinación no más de dos meses, por lo que no puede constituir un supuesto de contravención al debido proceso.
- c) Sobre la abstención del árbitro. En este punto precisa que al haberse expedido la Resolución N° 116 sin conocimiento de las partes y, a fin de evitar un posterior pedido de nulidad, se tuvo que dejarla sin efecto.

Agrega, que la referencia contenida en la Resolución N° 130 que declaró improcedente la abstención solicitada por el doctor Cantuarias Salaverry resulta irrelevante para efectos del presente proceso porque está prohibido la revisión del fondo de la controversia.

- d) La recusación del Tribunal Arbitral. Alega que resulta absurdo y poco serio recurrir al procedimiento por analogía para resolver una laguna o ausencia normativa que no existe y que, advierte, tiene una regulación expresa por Ley. Además, las decisiones del Tribunal Arbitral han sido expedidas de conformidad con el artículo 33º de la Ley General de Arbitraje y en el marco de las Reglas del Proceso Arbitral, en cuyo considerando N° 62 se autorizó a los árbitros para fijar las reglas complementarias que consideren necesarias a fin de garantizar el adecuado desarrollo del procedimiento.
- e) Prescindir de un medio probatorio. La finalidad de la prueba de inspección ocular relacionada a determinar la posesión de Las Algamarcas sobre las concesiones mineras, terrenos superficiales, y demás bienes accesorios materia de transferencia, quedó acreditada con la presentación (por parte de la recurrente y Minera Algamarca) de los planos de ubicación correspondientes a la propiedad «*Shahuindo*», indicándose las áreas objeto de posesión.

En vista de ello, debe considerarse que el Tribunal al prescindir de la prueba de inspección ocular actuó conforme a derecho, al amparo de lo dispuesto por el artículo 37 de la Ley General de Arbitraje, concordante con el considerando N° 52 de las Reglas del Proceso Arbitral y bajo los principios de celeridad, concentración y economía procesal.

- f) Actos procesales con el proceso suspendido. Todas y cada una de las decisiones de los árbitros, relacionadas con las medidas cautelares de suspensión del arbitraje, han sido expedidas al amparo del mandato constitucional y en concordancia con el artículo 39º de la Ley N° 26572 que consagra el principio de la *KOMPETENZ-KOMPETENZ*.

Sostiene que el Tribunal Arbitral al oponerse a todas y cada una de las medidas cautelares de suspensión del proceso arbitral, actuó conforme a derecho y dentro del marco constitucional vigente, al constituir dichas pretensiones una clara y evidente injerencia de la autoridad judicial en materias sometidas (por acuerdo de las partes y en mérito al convenio arbitral válido y eficaz) a la competencia del fuero arbitral. Admitir lo contrario, y convalidar la tesis de Exploraciones Algamarca, significaría dictar la sentencia de muerte del arbitraje en el Perú: ¿Estamos dispuestos a asumir dicho riesgo?, pregunta.

- g) Honorarios arbitrales. Con relación a cualquier cuestionamiento formulado por Exploraciones Algamarca al procedimiento para fijar los honorarios arbitrales, y en general, para establecer la modalidad de pago de cada anticipo previsto por los árbitros, conviene resaltar que el Tribunal al amparo de lo dispuesto por el considerando N° 62 de las Reglas del Proceso Arbitral gozaba de la potestad y atribución para dictar las normas complementarias que garanticen el adecuado desarrollo del procedimiento, entre los cuales están aquellas vinculadas a la retribución de los árbitros.

Asimismo, la solidaridad impuesta a Las Algamarcas por el Tribunal consta en el considerando N° 89 de las Reglas del Arbitraje, las mismas que quedaron consentidas en su integridad como consecuencia de no haberse formulado por las partes, dentro del término de Ley, cuestionamiento u observación alguna.

- h) Finalización de la etapa probatoria. Resulta lógico y coherente que el Tribunal al haber prescindido de la prueba de inspección ocular (cuya decisión no admite duda ni contradicción) de conformidad con inciso 6 del artículo 34 de Ley General de Arbitraje diera por concluida la etapa probatoria, lo que se contrae a lo estrictamente establecido en el considerando N° 70 de las Reglas de Arbitraje.
- i) Sobre los fundamentos referidos a una nueva forma de resolver las recusaciones (3 en 1), motivación insuficiente, y atentar contra el principio de contradicción, considera innecesario e irrelevante pronunciarse al respecto.

iii) En relación a la causal invocada y contenida en el inciso seis del artículo 73º de la Ley N° 26572 refiere que la misma debe ser declarada improcedente, porque:

- a) La determinación de los terrenos superficiales sí constituyó un punto controvertido, admitido y consentido por las partes, sin haberse denunciado (oportunamente) por Exploración Algamarca ninguna oposición y/o cuestionamiento.
- b) Respecto al pronunciamiento sobre la naturaleza de la oferta remitida por Sulliden Inc., así como la representación del señor de Orbegoso, no admite mayor

controversia que ésta se determinó como un punto litigioso, a efectos de establecer (en definitiva) la eficacia del contrato, así como, sus alcances y contenido. Por tanto, no puede considerarse, ni mucho menos admitirse, este hecho como un supuesto de fallo *ultra petita*.

- iv) Las causales invocadas por la actora para sustentar la causal contenida en el inciso 7 del artículo 73º de la Ley General de Arbitraje, en modo alguno determinan y/o hacer referencia a un supuesto de «*materia no arbitrable*», pues, las pretensiones sometidas a la decisión del Tribunal Arbitral correspondieron a controversias determinadas sobre las cuales las partes tenían plena facultad y libre disposición. Lo que pretende la recurrente es incluir (nuevamente) una discusión sobre el fondo de la controversia, la cual se encuentra excluida del ámbito de competencia del Poder Judicial (artículo 61º de Ley Nº 26572) y, en su caso, la supuesta transferencia de las concesiones mineras referida por Exploraciones Algamarca correspondieron a un momento posterior a la determinación de la competencia del Tribunal Arbitral por lo que, de conformidad con el artículo 8º del Código Procesal Civil, resulta irrelevante.

CONSIDERANDO:

PRIMERO.– Que, doctrinariamente se señala que la anulación del laudo arbitral «no permite directa o indirectamente analizar la corrección en la aplicación de la ley hecha por los árbitros. O lo que es igual: ninguna de las razones que son válidas causas de pedir en la acción de anulación afecta al fondo de la controversia; esto es, a la interpretación de los hechos alegados por las partes o a la aplicación del derecho sustantivo hecho por los árbitros; pues el control jurisdiccional en que consiste el recurso de anulación se refiere solo a la actuación de los árbitros in procedendo. De ninguna manera puede referirse la acción de anulación... a la justicia del laudo, deficiencias del mismo o al modo de resolverse la cuestión que integra su objeto...»⁽⁵⁾.

De lo anterior se infiere que «el fundamento propio del recurso de anulación no es corregir errores, en razón a la falibilidad humana, sino garantizar el derecho constitucional a la tutela judicial»⁽⁶⁾ (el subrayado es nuestro); por ello, el artículo 61º de la Ley General de Arbitraje establece que dicho recuso «tiene por objeto la revisión de su validez, sin entrar al fondo de la controversia... Está prohibido, bajo responsabilidad, la revisión del fondo de la controversia».

SEGUNDO.– Que, el ejercicio de la pretensión de anulación del laudo arbitral se encuentra limitado por el ordenamiento jurídico, cuando menos literalmen-

⁽⁵⁾ GONZÁLEZ SORIA, Julio: Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre, Editorial Aranzadi, Madrid, 2004, pp. 413-414.

⁽⁶⁾ HINOJOSA SEGOVIA, Rafael: El recurso de anulación contra los laudos arbitrales (Estudio jurisprudencial), Editorial Revista de Derecho Privado – Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1991, p. 83.

te a los supuestos previstos por éste; de ahí que el artículo 73º de la Ley General de Arbitraje N° 26572 en forma taxativa contenga las causales por las cuales puede ser invalidado un laudo arbitral.

Además de lo anteriormente anotado, en los supuestos que se configuren conculcaciones a los principios y derechos derivados de la función jurisdiccional (los cuales son directamente deducibles como causales de nulidad del Laudo Arbitral, a tenor de lo establecido de modo vinculante por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el **Expediente N° 06167-2005-HC/TC** del veintiocho de febrero de dos mil seis⁽⁷⁾), la exigencia de su denuncia en dicha sede, requerida **en forma expresa y específica**⁽⁸⁾ para la lesión al derecho de defensa, no puede ser pretendida para el resto de derechos contenidos en el complejo derecho a un debido proceso; esto es, crea implícitamente una nueva causal en garantía de los principios y derechos de la función jurisdiccional previstos en nuestra Carta Magna.

TERCERO.– Que, en el presente caso, Compañía Minera Algamarca Sociedad Anónima y Compañía de Exploraciones Algamarca Sociedad Anónima, interponen con fecha veinticinco de agosto de dos mil seis –fojas trescientos cincuenta y ocho a trescientos noventidós y ochocientos ochenta y tres a mil ciento ochenta y cuatro–, sendos **recursos de anulación contra el Laudo Arbitral de Derecho** –Resolución N° 214– del diecinueve de julio de dos mil seis, expedido por el Tribunal Arbitral presidido por el doctor Jorge Santistevan de Noriega e integrado por los doctores Fernando Cantuarias Salaverry y Víctor Ávila Cabrera⁽⁹⁾, invocando ambas empresas como causales de anulación las previstas en los incisos: **1)** –nulidad del convenio arbitral– y **2)** –conculcación al debido proceso– del artículo 73º de la Ley N° 26572, en tanto que sólo la segunda empresa mencionada, invoca además las causales contenidas en los incisos **6)** –al haberse laudado sobre materia no sometida expresa o implícitamente a la decisión de los árbitros– y **7)** –no ser la materia sometida a la decisión de los árbitros, objeto de arbitraje– del citado artículo.

Respecto de la primera causal de nulidad invocada y contenida en el inciso 1) del artículo 73 de la Ley N° 26572 –Nulidad del Convenio Arbitral–

CUARTO.– Que, la justicia arbitral implica la suscripción voluntaria de un contrato o negocio jurídico por medio del cual las partes **renuncian** a la jurisdicción ordinaria y **acuerdan someter** la solución de cuestiones litigiosas, que surgen o

(7) En el fundamento N° 12 se considera que: “*El reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales y, en particular, de las prescripciones del artículo 139º de la Constitución, relacionadas a los principios y derechos de la función jurisdiccional*”.

(8) Como lo exige la última parte del inciso 2 del artículo 73º de la Ley N° 26572.

(9) Que obra de fojas 7505 a 7301 del T. XVI del Expediente Arbitral “*Sulliden-Algamarca*” –así foliado–.

que pueden surgir de las relaciones jurídicas determinadas, a la decisión de los árbitros, para lo cual determinan un procedimiento que ellos establecen o se remiten al previsto en la ley.

Siendo así, es válido inferir que el sustento del arbitraje es el acto voluntario y libre de los contratantes de acudir a los árbitros, constituyendo la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que los habilita para actuar. La habilitación de los árbitros que realizan las partes contratantes subyace en el precepto constitucional que establece la jurisdicción arbitral –inciso 1) del artículo 139º de la Constitución Política– y la convierte en requisito *sine qua non* para la realización del proceso arbitral.

QUINTO.– Que, este acuerdo de voluntades encuentra sustento normativo en el primer párrafo del artículo 9 de la Ley N° 26572 por el cual se establece como presupuesto básico para el nacimiento del arbitraje al convenio arbitral; así, se establece que aquél constituye un «*acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial*».

Al respecto, el Tribunal Constitucional en su sentencia prenotada –considerando segundo–, ha señalado que el convenio arbitral «*si bien se gesta a partir del sentido privatista de las relaciones contractuales, no presenta un haz de contenidos cuyas categorías sean exclusivamente y/o excluyentemente de derecho privado*»⁽¹⁰⁾. La explicación de esta naturaleza se encuentra en el hecho que «*el convenio arbitral constituye la puerta de entrada; o mejor dicho, la aduana que permite el paso de controversias relativas a derechos disponibles, a un proceso; el cual desde luego debe desarrollarse con pleno respeto de las garantías del derecho fundamental a un debido proceso*»⁽¹¹⁾.

Entonces, «***el nacimiento del arbitraje se debe a la existencia y eficacia del convenio arbitral, en el que se plasma la voluntad de las partes de someter a los árbitros sus diferencias, ya actuales o ya futuras, derivadas de una relación jurídica entre ellas. En consecuencia, cuando no existe el convenio o éste es inválido, carece de sentido otorgar eficacia al resultado producido en el seno del desarrollo procedimental arbitral, a saber, el laudo***»⁽¹²⁾ (el subrayado y negrita es nuestro). Es por ello que se configura como primera causal de anulación: la nulidad del convenio arbitral, siempre que quien lo pida lo hubiese reclamado conforme al artículo 39º de la Ley General de Arbitraje N° 26572.

(10) Ver Fundamento 17.

(11) ZAVALETA RODRÍGUEZ y QUISPE GONZALES: “*El debido proceso en sede arbitral*”, en: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 91, Lima, abril, 2006, p. 27.

(12) BARONA VILAR, Silvia: *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, Thomson Civitas, 1ra. Edición. Madrid, 2004, p. 1371

Requisito de procedencia de la causal de nulidad de convenio arbitral

SEXTO.— Que, el contenido del convenio arbitral puede ser objeto de interpretación «tanto por las partes que lo celebraron como por los árbitros, las interpretaciones pueden suscitar que se le dé sentido y alcance diversos. De ahí que las partes pueden formular oposición a la competencia de los árbitros y obligar a éstos a que se pronuncien sobre su propia competencia»⁽¹³⁾. Y es que «el convenio arbitral puede sufrir vicisitudes que susciten dudas en cuanto a su existencia, a su validez o a su eficacia, lo que también da mérito a que se formulen oposiciones a la competencia de los árbitros y obligar a éstos a que se pronuncien sobre la existencia, validez y eficacia del convenio arbitral»⁽¹⁴⁾.

En ese sentido, el inciso 1 del artículo 73º de la Ley General de Arbitraje N° 26572 establece que quien solicite la anulación del laudo arbitral por nulidad del convenio arbitral, debe haberlo reclamado conforme al artículo 39º de la misma, que dispone: «La oposición total o parcial al arbitraje por inexistencia, ineficacia o invalidez del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida, deberá formularse al presentar las partes sus pretensiones iniciales» (el subrayado es nuestro).

Así, se desprende como requisito sine qua non, que la parte que invoque esta causal haya formulado oposición al arbitraje en la etapa postulatoria del proceso y que la oposición haya sido desestimada o que, si reservada para ser resuelta con el Laudo, haya sido declarada infundada. Tal oposición debe haberse solicitado en concordancia con el artículo 39º de la Ley N° 26572 que prevé como motivos de oposición total o parcial al arbitraje, el hecho que el convenio arbitral sea inexistente, ineficaz, o, inválido; así como también, que no se encuentre pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida.

SÉPTIMO.— Que, resulta pertinente citar a Vidal Ramírez para quien el artículo 39º de la Ley General de Arbitraje «*franquea la posibilidad de oponerse al arbitraje. La oposición puede estar referida a la inexistencia del convenio arbitral alegándose que no ha sido celebrado, a que adolece de causal de nulidad que lo afecta en su validez, o, que está sometido a condición suspensiva u otra causa que lo hace ineficaz. Puede estar también referida a que los árbitros no tienen competencia para resolver la materia controvertida, porque no forma parte del convenio arbitral o que solo lo está parcialmente*»⁽¹⁵⁾.

En suma, la Ley N° 26572 requiere para la procedibilidad de esta causal, que se haya reclamado ante los árbitros la inexistencia de competencia por vicio en el convenio

(13) VIDAL RAMÍREZ, Fernando: Manual de Derecho Arbitral, Gaceta Jurídica, 1ra. Edición. Lima, 2003, p. 98.

(14) Ibidem, p. 98.

(15) Ibidem, p. 98.

arbitral. Esto es, que si no se denuncian dentro del plazo previsto para ello, o tan pronto como sea posible, los vicios que pudieren atribuirse al convenio arbitral, que consiguieren provocar una resolución anulatoria del laudo por concurrencia de este motivo (convenio inexistente o inválido), se colige *ope legis* –por fuerza de la ley–, una renuncia a las posibilidades que ofrece el inciso 1) del artículo 73º de la Ley General de Arbitraje.

En su caso, compartimos la opinión del doctor Cantuarias Salaverry en cuanto señala: «entendemos que sólo en un caso procedería apelar a esta causal aun cuando no se hubiere reclamado previamente ante los árbitros, y es cuando el vicio que invalida el convenio arbitral es manifiesto⁽¹⁶⁾.

OCTAVO.– Que, del expediente arbitral «Sulliden-Algamarca» se advierte que mediante escritos que corren de fojas novecientos doce a ochocientos ochenta y ocho y novecientos treinta a novecientos diecisiete –así foliados–, Minera Algamarca y Exploraciones Algamarca respectivamente, **dedujeron excepción de incompetencia arbitral** alegando de un lado la **inexistencia**⁽¹⁷⁾ y por otro, la **ineficacia**⁽¹⁸⁾ de la **cláusula 6.2** inserta en el Contrato de Transferencia de Propiedades Mineras del once de noviembre de dos mil dos, cuya escritura pública obra de folios setecientos once a seiscientos ochenta y seis del citado expediente, que estipula:

«6.2 Arbitraje

6.2.1. *Cualquier disputa, controversia o reclamo que surja en relación con el presente contrato y sus anexos, su ejecución, objeto, suscripción, validez, interpretación, incumplimiento o terminación será resuelta mediante arbitraje de derecho, en la ciudad de Lima, de conformidad con las normas de la Ley peruana de la materia. El laudo será definitivo o inapelable. Todas las notificaciones en relación con el arbitraje incluyendo la notificación del arbitraje y la respuesta a la misma podrán ser entregadas según se dispone para las notificaciones en virtud del presente contrato.*

6.2.2. *El arbitraje estará a cargo de un solo árbitro, que será designado por las partes de común acuerdo dentro de los treinta (30) días calendario siguientes de recibida la notificación de arbitraje de una de las partes. Si las partes no cumplen con designar al único árbitro dentro del plazo previsto, el arbitraje estará a cargo de tres (3) árbitros. Cada parte nombrará a un árbitro. Los dos árbitros así designados, elegirán al tercer árbitro, quien presidirá el Tribunal Arbitral.*

(16) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando: “Anulación de un laudo arbitral por la causal de nulidad del convenio arbitral”, en: Cuadernos Jurisprudenciales, N° 17, noviembre, Gaceta Jurídica, Lima, 2002, pp. 6-7.

(17) Minera Algamarca señaló como fundamento de su “Excepción de incompetencia arbitral” la “inexistencia del convenio arbitral” (p. 912 del Expediente Arbitral “Sulliden-Algamarca”).

(18) A su vez, Exploraciones Algamarca señaló como fundamento de su “Excepción de incompetencia” la “ineficacia del convenio arbitral” (p. 930 del Expediente Arbitral “Sulliden-Algamarca”).

6.2.3. *Si dentro de los treinta (30) días calendario posteriores a: (a) la recepción de una notificación de nombramiento de un árbitro de una de las partes, la otra parte no cumpliera con designar al otro árbitro; o si (b) dentro de los treinta (30) días calendario de designado el segundo de los árbitros, existiera desacuerdo entre ellos para designar el presidente del Tribunal Arbitral; la designación será hecha por el Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía, dentro de los diez (10) días laborales siguientes. Esta decisión es definitiva e inapelable.*

6.2.4. *Para los efectos de cualquier intervención supletoria del Poder Judicial expresamente señalada en la Ley de la materia, las partes se someten a los Jueces y Tribunales del Distrito Judicial de Lima – Cercado».*

NOVENO.– Que, asimismo las dos empresas mencionadas sustentaron sus cuestionamientos en que, si bien en las Juntas Generales de Accionistas de ambas se autorizó al señor Miguel de Orbegoso Tudela para aceptar la oferta propuesta por la empresa Sulliden Exploration Inc. y en su oportunidad ejecutar la transferencia; no se otorgó ninguna autorización, expresa o implícita, para que dicha persona pudiera pactar un convenio arbitral. Aducen, que aquél intervino en su condición de representante en virtud a las facultades expresamente conferidas por las Juntas; es decir, no actuó en su condición de gerente general de estas empresas.

Además, mediante Resolución N° 45 del veintisiete de setiembre de dos mil cuatro, corriente de fojas dos mil trescientos veinte a dos mil trescientos ochenta, el Tribunal Arbitral (con voto en mayoría) declaró infundada la impugnación a su competencia –**el voto en minoría fue del propio Presidente del Tribunal Arbitral, para quien la excepción de incompetencia resultaba fundada**–, finalizando con ello cualquier cuestionamiento sobre su competencia, en aplicación del anotado artículo 39° de la Ley N° 26572.

DÉCIMO.– Que, de lo anterior concluimos que las recurrentes han cumplido con la exigencia legal prevista para la procedibilidad de esta causal, al haber cuestionado expresamente la competencia del Tribunal Arbitral (el reclamo previo por vicio en el convenio arbitral). Ante ello, resulta irrelevante para el caso bajo análisis, que una de las excepciones de incompetencia (específicamente la deducida por Exploraciones Algamarca) se haya fundado en la ineficacia de la cláusula que contiene el convenio arbitral, toda vez que la oposición al arbitraje regulada en el artículo 39° de la Ley General de Arbitraje N° 26572, se encuentra basada tanto en la inexistencia, ineficacia o invalidez del convenio arbitral.

Siendo así, las alegaciones de la demandada Sulliden Shahuindo, respecto a que en el proceso arbitral no se habría deducido la nulidad del convenio, ni invocado el artículo 39° de la Ley N° 26572, devienen insubsistentes pues, como se ha señalado, las actoras se opusieron al arbitraje conforme lo prevé dicho artículo, argumentando por un lado, la inexistencia y por otro, la ineficacia del convenio arbitral.

Separabilidad del Convenio Arbitral y su autonomía

DÉCIMO PRIMERO.– Que, el primer párrafo del artículo 14º de la Ley N° 26572 señala textualmente: «*La inexistencia, rescisión, resolución, nulidad o anulabilidad total o parcial de un contrato u otro acto jurídico que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, ineficacia o invalidez de éste. En consecuencia, los árbitros podrán decidir libremente sobre la controversia sometida a su pronunciamiento, la que podrá versar, inclusive, sobre la inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato o acto jurídico que contenga el convenio arbitral...*».

De lo señalado se infiere que el convenio arbitral se configura como una convención autónoma, consagrándose su separabilidad respecto del contrato principal, de forma tal que los árbitros tienen competencia para juzgar incluso sobre la validez del convenio. De esta forma, el contrato de arbitraje es un contrato independiente y sustantivo, distinto de aquel al que, formalmente, aparece unido (estamos en presencia de una documentación única para dos contratos) y que goza de plena autonomía. Se habla de la disociación entre el *instrumentum* y el *negotium*.

La cláusula arbitral tiene un objeto estrictamente procedimental. Esto es, someter los litigios que surjan o puedan surgir de la convención principal al juicio de árbitros.

Asimismo, la autonomía del convenio arbitral genera dos consecuencias: **i)** la nulidad del contrato principal no traerá consigo de modo necesario la nulidad del convenio arbitral; y **ii)** el pacto arbitral tiene una causa distinta de la del contrato principal. Así, en el convenio arbitral las partes pretenden someter a los árbitros los litigios surgidos o que pudieran surgir en relación al contrato principal. Su único lazo de unión es que «*la cláusula compromisoria por sí misma no tiene efectos, sino que debe referirse a un contrato concreto...*»⁽¹⁹⁾.

Capacidad de las personas jurídicas para someterse a Arbitraje

DÉCIMO SEGUNDO.– Que, el hecho que se conciba el convenio arbitral como instrumento en el que se plasma el derecho de las personas a solucionar las cuestiones litigiosas de su libre disposición, no es obstáculo para habilitar la vía arbitral, igualmente para las personas jurídicas. Esta capacidad no hace más que responder a lo que constituye una práctica acogida por el Derecho Comparado, que manifiesta la utilidad de la institución arbitral, de modo especial, en un ámbito muy concreto: la actividad comercial de sociedades civiles y mercantiles.

Como regla general, la facultad de la representación de la sociedad está conferida explícitamente al gerente general de acuerdo a lo normado por el artículo 14º de la Ley General de Sociedades. Dicho artículo, en su último párrafo establece que: «*El gerente general o los administradores de la sociedad, según sea el caso, gozan de las facultades generales y especiales de representación procesal señaladas en el Código de la materia, por el solo mérito de su nombramiento, salvo estipulación en contrario del Estatuto*».

(19) CARAZO LIÉBANA, María José, *El Arbitraje Societario*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2005, p. 60.

Si bien, el gerente general es el representante de la sociedad por mandato imperativo de la Ley N° 26887 –Ley General de Sociedades–, también es que, ella puede tener otros representantes con facultades especiales, o que mediante Estatuto se le otorguen diversas facultades a los otros órganos o cargos de la sociedad.

DÉCIMO TERCERO.– Que, respecto de otros representantes, que pueden ser personas naturales u órganos de la sociedad, estos pueden estar facultados mediante cuatro modalidades: **1)** Mediante el Estatuto, lo cual implica una modificación de éste, si fuera el caso que no se hubieran otorgado en el Estatuto vigente. **2)** Mediante acuerdo de Junta General de Accionistas. **3)** Mediante acuerdo de Directorio; y **4)** Mediante delegación del gerente general, si ello está permitido por el Estatuto.

Claro está que, estos representantes no podrán ejercer otras atribuciones que las taxativamente establecidas, debiendo constar indubitablemente las facultades de disposición y gravamen sobre bienes de la sociedad, de acuerdo con los artículos 156º y 167º del Código Civil, cuando efectúen tales operaciones.

Asimismo, de acuerdo con el artículo 12º de la Ley General de Sociedades N° 26887, la sociedad está obligada a cumplir con los actos y contratos celebrados dentro de los límites de sus facultades.

DÉCIMO CUARTO.– Que, de otro lado, la Junta General de Accionistas constituye el fiel reflejo de la voluntad social⁽²⁰⁾, en vista de que para la adopción de sus acuerdos son los accionistas quienes deliberan sobre las ventajas y consecuencias de tales decisiones; por ende, *puede convenir en nombrar a cualquier persona para que represente a la sociedad en determinado acto*. Dicha circunstancia converge en un supuesto de representación voluntaria y no de representación orgánica como sucede en el caso de los órganos de la sociedad. Para inscribir tal apoderamiento basta una copia certificada del Acta. Las facultades de que gozan éstas personas son limitadas al texto del poder otorgado, siendo taxativas y estrictamente literales, con lo cual no cabe interpretación alguna respecto de sus alcances.

DÉCIMO QUINTO.– Que, en el caso *sub examine*, de la revisión de las Acta de Juntas Generales de Accionistas de la Compañía Minera Algamarca Sociedad Anónima y la Compañía de Exploraciones Algamarca Sociedad Anónima, celebradas con fecha treinta y uno de julio de dos mil dos, obrantes de fojas ochocientos setenta y seis a ochocientos sesenta y siete, y de fojas mil setecientos seis y mil setecientos cinco –así foliadas–, se aprecia que las Juntas aprobaron el acuerdo propuesto por la empresa Sulliden Exploration Inc. respecto a la compra de sus respectivas concesiones mineras ubicadas en el distrito de Cachachi, provincia de Cajabamba, departamento de Cajamarca, indicándose textualmente lo siguiente:

*«... Autorizándose al Presidente señor Miguel de Orbegoso Tudela para aceptar firmar la referida **carta de intención** recibiendo el pago indicado y ejecutando la*

(20) Artículo 11º de la Ley N° 26887: “La Junta General de Accionistas es el órgano supremo de la sociedad...”.

transferencia en su oportunidad, de cumplirse las condiciones aceptadas...» (Junta General de Accionistas de Compañía Minera Algamarca Sociedad Anónima); y,

*«... y autorizo al Presidente Sr. Miguel de Orbegoso Tudela a **suscribirlo**, ejecutando la transferencia en su oportunidad, de cumplirse las condiciones aceptadas...»*

(Junta General de Accionistas de Compañía de Exploraciones Algamarca Sociedad Anónima)

DÉCIMO SEXTO.— Que, de lo glosado se desprende claramente que en las referidas Juntas Generales de Accionistas, se acordó designar al señor Miguel de Orbegoso Tudela como representante de las empresas recurrentes, para la suscripción de la Carta de Intención «*para la adquisición de la propiedad Shahuindo en el departamento de Cajamarca, Perú*», de fecha veinticinco de junio de dos mil dos y la respectiva ejecución de la transferencia de sus propiedades mineras, de cumplirse las condiciones aceptadas.

Resulta incuestionable que las empresas Minera Algamarca y Exploraciones Algamarca facultaron a la persona de Miguel de Orbegoso Tudela sin invocar su calidad de gerente general de las mismas.

A su vez, el hecho que aquél haya actuado en las mencionadas Juntas Generales como Secretario⁽²¹⁾, tampoco nos conduce a inferir que su designación para realizar el cuestionado acto jurídico implicaba su calidad de gerente general, toda vez que en la celebración de las mencionadas Juntas también participó como Presidente y accionista de las actoras.

El acuerdo de las Juntas respecto a la facultad de representación del señor Miguel de Orbegoso Tudela es claro y no acarrea dudas al respecto; más aun, si aquél actuando como Secretario redactó las Actas.

DÉCIMO SÉPTIMO.— Que, de lo anterior se evidencia que la voluntad social de las citadas Juntas Generales de Accionistas, fue designar un apoderado para llevar a cabo la suscripción y transferencia de las propiedades mineras de las empresas Minera Algamarca Sociedad Anónima y Exploraciones Algamarca Sociedad Anónima. Y si bien, tal designación recayó en la persona del Presidente, gerente general y accionista de tales empresas, vale decir, del señor Miguel de Orbegoso Tudela, no puede inferirse que se le facultó investido de una o todas esas calidades.

⁽²¹⁾ De acuerdo a los artículos 14° de los Testimonios de Escrituras Públicas de Modificación Total de Pacto Social y Estatutos de Minera Algamarca y Exploraciones Algamarca S.A. de fecha 27 de diciembre de 2001 que obran de fojas 1480, 1459 y de fojas 1433 a 1415, respectivamente, del Expediente Arbitral “Sulliden-Shahuindo”: “*Las Juntas Generales son presididas por el Presidente del Directorio. El Gerente General, actúa como secretario (...)*”.

DÉCIMO OCTAVO.— Que, entonces la pregunta que surge es: **¿Un apoderado autorizado para contratar (poder especial), lo está también para incluir una cláusula arbitral o someter las disputas a arbitraje?** Y la respuesta es que no, porque el apoderamiento al representante constituye el punto de partida de su actuación en nombre del representado y delimita y concreta sus facultades, ya que obviamente será el acto unilateral del representado —de otorgamiento del poder— el que exprese hasta donde llegue dicho poder. El Otorgamiento de facultades se rige bajo el principio de liberalidad y, por ende, no se presume la existencia de facultades no conferidas explícitamente.

Además, el poder para firmar convenio arbitral debe ser expreso, conforme lo dispone el inciso 3) del artículo 167º del Código Civil: «*Los representantes legales requieren autorización expresa para realizar los siguientes actos sobre los bienes del representado: (...) 3. Celebrar compromiso arbitral (...)*».

DÉCIMO NOVENO.— Que, la institución arbitral encuentra su base en la libertad y en la autonomía de la voluntad⁽²²⁾. Ello «*en consonancia con el derecho constitucional la tutela efectiva, no puede entenderse mas que considerando, que en la misma medida que ese convenio cierra el paso al poder judicial, crea un derecho procesal de igual rango, el derecho al proceso arbitral*»⁽²³⁾.

El sometimiento al arbitraje presupone siempre un acto voluntario de sumisión a él de las partes en conflicto toda vez que «la Constitución ha establecido, como regla general, que corresponde al Poder Judicial el avocamiento único y singular del estudio y solución de los diversos tipos de conflictos jurídicos (principio de unidad), prohibiendo al legislador que atribuya la potestad jurisdiccional a órganos no confortantes del Poder Judicial (principio de exclusividad)»⁽²⁴⁾.

Así, la exigencia de facultades expresas al representante para obligar a la sociedad a someterse a un arbitraje subyace en la voluntariedad del arbitraje porque tal institución constituye una excepción al principio de la jurisdicción predeterminada u ordinaria de administrar justicia del Poder Judicial, reconocida en el artículo 138º de la Constitución, excepción que se encuentra normada en el inciso 1) del artículo 139º de la acotada Carta Magna y en el artículo 4º de la Ley General de Arbitraje N° 26572; por tanto, en caso el representante no cuente con dicha autorización, no obligará a la sociedad a sustraerse del Poder Judicial.

Del mismo parecer es el doctor Vidal Ramírez para quien «*El inc. 3) del art. 167 exige autorización expresa al representante legal para la celebración de un conve-*

(22) Y, es que “*lo esencial en el arbitraje es la voluntariedad*”, en: MOLINA CABALLERO, M. Jesús: La congruencia en los Laudos Arbitrales, Universidad de Málaga, Málaga, 2002, p. 140.

(23) ROCA MARTÍNEZ, José María: Arbitraje e Instituciones Arbitrales, José María Bosch, Barcelona, 1992, p. 30.

(24) Fundamento 5 de la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 28 de febrero de 2006, emitida en el Expediente número 6167-2005-PHC/TC.

nio arbitral, el cual implica un acto abdicativo al derecho a la instancia jurisdiccional ordinaria, pues la Constitución Política reconoce también a la jurisdicción arbitral (art. 139)»⁽²⁵⁾.

Entonces, las exigencias relativas a la representación en caso de convenio arbitral revisiten especial trascendencia cuando el apoderamiento legitima la celebración del llamado contrato principal pero no se refiere a la cláusula arbitral pues ésta tiene vida propia, independiente del contrato que lo contiene y siempre *«deberá expresar la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o de algunas de estas cuestiones a la decisión de uno o más árbitros...»*⁽²⁶⁾ (el subrayado es nuestro).

VIGÉSIMO.— Que, ¿podría aplicársele al apoderado la extensión del contrato de mandato estipulado en el artículo 1792º del Código Civil? Consideramos que no; dado que el mandato es un contrato por el cual el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos, por cuenta y en interés del mandante; la representación en cambio, consiste en la facultad de actuar por cuenta, en interés y en nombre de otra persona, sea por disposición de la ley o de la voluntad del representado.

El acto jurídico de otorgamiento de poder de representación (acto de apoderamiento), es uno de naturaleza unilateral y de carácter recepticio. El mandato, por el contrario, es un contrato, esto es, un acto jurídico plurilateral. Además, *«la esencia del mandato es que mediante su ejecución se pretende la realización de un servicio personal, pero no en nombre de alguien, sino por su cuenta e interés»*⁽²⁷⁾.

VIGÉSIMO PRIMERO.— Que, entonces, la voluntad social de los accionistas plasmada en las citadas Juntas Generales de Accionistas de las empresas recurrentes, no contienen un contrato de mandato a favor del señor Miguel de Orbegoso Tudela, sino, un acto de apoderamiento porque: **a)** el mandatario gestiona un negocio por su cuenta haciendo recaer esta actividad en su esfera jurídica patrimonial, situación que no se aprecia en el Contrato de Transferencia de Propiedades Mineras de fecha once de noviembre de dos mil dos, en el cual el señor Miguel de Orbegoso Tudela no actuó en su nombre y sí en representación de Minera Algamarca y Exploraciones Algamarca; **b)** el mandato se presume oneroso de acuerdo a lo estipulado en el artículo 1791º del Código Civil; y, **c)** en el mandato se requiere realizar un acto de retransmisión del mandatario al mandante, supuesto que tampoco se verifica en el caso de autos. Más aun si, en la representación *«los efectos de los actos celebrados por el representante en nombre del representado se producen directamente en el patrimonio de éste»*⁽²⁸⁾.

⁽²⁵⁾ VIDAL RAMÍREZ, Fernando: El Acto Jurídico, Gaceta Jurídica Editores, 4ta. Edición, 1999, p. 187.

⁽²⁶⁾ ROCA MARTÍNEZ. Op. cit., p. 31.

⁽²⁷⁾ ARIAS-SCHEREIBER, Pezet y CÁRDENAS QUIROZ: Exégesis del Código Civil Peruano de 1984, Gaceta Jurídica, 2da. Edición, Lima, p. 150.

⁽²⁸⁾ Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas, Gaceta Jurídica, 1ra. Edición, Lima, 2007, p. 275.

VIGÉSIMO SEGUNDO.– Que, conforme se han producido los hechos, al momento de celebrar la mencionada transferencia de las propiedades mineras, el señor Miguel de Orbegoso Tudela, de conformidad con el artículo 164º del Código Civil, acreditó sus facultades como apoderado sin invocar su condición de gerente general⁽²⁹⁾; tanto es así, que en la introducción de la Escritura Pública de Transferencia de Propiedades Mineras de fecha once de noviembre de dos mil dos, celebrado de una parte por Minera Algamarca Sociedad Anónima y Compañía de Exploraciones Algamarca Sociedad Anónima, y de otra parte con Sulliden Shahuindo Sociedad Anónima Cerrada, el Notario Público certifica:

«COMPARECEN:

Don: MIGUEL DE ORBEGOSO TUDELA...

En este acto declara proceder en nombre y representación de Compañía Minera Algamarca S.A.... y quien dice estar debidamente facultado según consta del Acta que se insertará...

Asimismo, en este acto declara proceder en nombre y representación de Compañía de Exploraciones Algamarca S.A.... y quien dice estar debidamente facultado según consta del Acta que se insertará.

Don: MIGUEL GRAU MALACHOWSKI....

Quien en este acto declara proceder en nombre y representación de Minera Sulliden Shahuindo S.A.C...., en sus calidades de gerente general y apoderado, respectivamente; y quien dice estar debidamente facultado según consta de su Estatuto Social el mismo que se encuentra en trámite de inscripción.

DOY FE DE HABER IDENTIFICADO A LOS COMPARECIENTES Y QUE PROCEDEN CON CAPACIDAD...» (el subrayado es nuestro).

VIGÉSIMO TERCERO.– Que, en atención a lo previsto por el acotado artículo 164º del Código Civil, el representante está obligado a acreditar las facultades de que está investido según consten en el título del poder, cuando es requerido por el tercero con quien realiza el acto jurídico. Al momento de celebrar y suscribir la transferencia de las propiedades mineras de Minera Algamarca y Exploraciones Algamarca, el señor Miguel de Orbegoso Tudela actuaba con facultades derivadas no de su calidad de gerente general sino de la autorización que constaba en las Actas de las Juntas Generales de Accionistas de fecha treinta y uno de julio de dos mil dos, esto es, como apoderado; caso distinto del representante de la empresa Sulliden Shahuindo quien se identificó como gerente general y apoderado y que actuaba facultado por lo señalado en el Estatuto Social de dicha empresa.

⁽²⁹⁾ Artículo 164 del Código Civil.- Manifestación de la calidad de representante

El representante está obligado a expresar en todos los actos que celebre que procede a nombre de su representado y si fuere requerido, a acreditar sus facultades.

Más aun si conforme se advierte de la Carta de intención para la adquisición de la propiedad Shahuindo en el departamento de Cajamarca, Perú, de fecha veinticinco de julio de dos mil dos, el señor Miguel de Orbegoso Tudela se identifica como Presidente y no como gerente general. Igual situación aparece de la Carta de intención de fecha quince de agosto de dos mil dos.

En suma, de la valoración pormenorizada y conjunta efectuada por este Colegiado de todos los documentos que constan en el expediente Arbitral «Sulliden-Algamarca» se colige irrefutablemente que al señor Miguel de Orbegoso Tudela solo se le autorizó como apoderado y actuó como tal en la transferencia de las propiedades mineras de las demandantes.

VIGÉSIMO CUARTO.– Que, finalmente, sin pretender dejar de resolver un tema que ha sido objeto de vasta discusión por las partes en conflicto; vale decir, ¿si un gerente general, por el solo mérito de su nombramiento se encuentra facultado para practicar arbitraje? Queremos señalar que habiendo este Colegiado arribado a la firme convicción que el señor Miguel de Orbegoso Tudela fue autorizado e intervino en los contratos solamente como persona natural y sin su investidura de gerente general para actuar en nombre y representación de Minera Algamarca y Exploraciones Algamarca en la transferencia de las propiedades mineras de dichas empresas, resulta irrelevante para resolver la controversia considerar si en su condición de gerente general estaba o no facultado para suscribir el contrato arbitral.

Por consiguiente, la causal planteada ante la jurisdicción prevista en el inciso 1) del artículo 73º de la Ley General de Arbitraje Nº 26572, deviene imparable.

Efectos de la anulación del laudo por la causal contenida en el inciso 1) del artículo 73º de la Ley Nº 26572.

VIGÉSIMO QUINTO.– Que, ahora bien, de conformidad con el inciso 1) del artículo 78º de la Ley General de Arbitraje, si el laudo es anulado como consecuencia de la nulidad del convenio arbitral (en este caso, la inexistencia), la competencia de la jurisdicción ordinaria queda expedita, salvo que las partes celebren un nuevo convenio arbitral (por cierto, válido).

Con ello, se produce la nulidad del laudo y de todo el arbitraje, por cuanto el nacimiento del arbitraje (dado, a través del convenio) estaba viciado desde su origen. Así declarada la nulidad por sentencia, queda expedita la vía judicial *«lo que no impediría que las partes quisieren suscribir un convenio arbitral ex novo para solventar sus disputas por vía arbitral»*⁽³⁰⁾.

Pronunciamiento respecto a lo señalado por el Tribunal Constitucional en su fundamento Nº 87 de los Expedientes Nº 6149-2006-PA/TC y Nº 6662-2006-PA/TC-Lima y en su fundamento Nº 6 del Expediente Nº 8229-2006-PA/TC.

⁽³⁰⁾ BARONA VILAR, op. cit., p. 1443.

VIGÉSIMO SEXTO.– Que, el Tribunal Constitucional en el fundamento 87 de su sentencia del once de diciembre de dos mil seis, recaída en el **Expediente N° 6149-2006-PA/TC** (recurso de Amparo promovido por Minera Shahuindo Sociedad Anónima Cerrada, contra la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima), y **Expediente N° 6662-2006-PA/TC-Lima** (recurso de Amparo promovido por la Compañía de Exploraciones Algamarca contra el Tribunal Arbitral «Sulliden-Algamarca») estableció que:

«87. En consecuencia, a la luz de la jurisprudencia emitida por este Tribunal y a lo dispuesto en la Ley General de Arbitraje, y con el propósito de administrar justicia aun cuando se esté frente a un vacío o deficiencia de la ley, sin que ello signifique actuar contra constitucione o contra legem, este Colegiado dispone que la Sala ante la cual se hubiera interpuesto el correspondiente recurso de anulación, resuelva, como cuestión previa al análisis de la validez del laudo, si la interpretación del artículo 31 de la Ley General de Arbitraje realizada por el Tribunal Arbitral Sulliden-Algamarca –que tuvo como consecuencia la emisión de las resoluciones N°s 106, 108, 109, 110, 112, 114, 115, 116, 116, 121, 124 y 125–, vulnera el derecho a un juez imparcial y, concomitantemente lo dispuesto en el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos, aplicable al caso conforme lo establece la Cuarta Disposición Transitoria de la Constitución Política del Perú, en perjuicio de la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A.. Asimismo, de ser el caso, la Sala habrá de determinar cual es el órgano competente para resolver la recusación planteada, siempre como cuestión previa al análisis de la validez del laudo. Este Colegiado considera que solo así, una vez agotado los efectos de la cuestión previa aludida, quedará despejado el camino para la expedición de un pronunciamiento definitivo sobre la validez o invalidez del laudo arbitral, a propósito de la resolución del recurso de anulación (el subrayado es nuestro).

VIGÉSIMO SÉPTIMO.– Que, dadas las peculiaridades del arbitraje, solo se encuentra justificado en cuanto se base en la propia voluntad de las partes que van a verse afectada por el mismo. Esa voluntad de las partes se plasma fundamentalmente en el convenio arbitral, que, por ello, deviene simultáneamente en el fundamento y el límite del arbitraje. Hablamos de fundamento en la medida que la propia sentencia del arbitraje se vincula necesariamente a la voluntad de someterse al mismo. Esta idea se percibe perfectamente en los motivos de anulación de laudo arbitral: como se ha explicado ampliamente en los considerados precedentes y, en este caso puntual, cuando el laudo es anulado por la inexistencia del convenio arbitral.

VIGÉSIMO OCTAVO.– Que, en tal medida, siendo que el cuestionado arbitraje se encontraba viciado desde su nacimiento porque el convenio arbitral contenido en la cláusula 6.2 inserta en el Contrato de Transferencia de Propiedades Mineras del once de noviembre de dos mil dos, es nulo, devendría innecesario pronunciarnos respecto a la denominada cuestión previa planteada por el Tribunal Constitucional; esto es, *«¿si la interpretación del artículo 31° de la Ley General de Arbitraje realizada por el Tribunal Arbitral «Sulliden-Algamarca» vulnera el derecho a un juez imparcial y concomitantemente lo dispuesto en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, aplicable al caso conforme lo establece la Cuarta Disposición Transitoria de la Constitución Política del Perú, en perjuicio de la Compañía de Exploraciones*

Algamarca Sociedad Anónima? Porque, por una razón fundamental ya explicada, el convenio arbitral constituye el punto de partida del arbitraje, entonces, **¿Cómo va el Colegiado a analizar la validez del procedimiento arbitral, si aquél no debió llevarse a cabo ante la inexistencia de convenio arbitral?**

Hemos sostenido que no nace un procedimiento arbitral si previamente no ha existido acuerdo de las partes en sustraer su controversia al Poder Judicial, para lo cual debe existir un convenio válido que en el presente caso, no existe.

En consecuencia, declarar la incompetencia del Tribunal Arbitral por inexistencia de convenio arbitral, todo lo actuado durante el proceso arbitral, incluido los pronunciamientos sobre la recusación contra los árbitros son absolutamente inválidos, por lo que el pronunciarse sobre la recusación en cualquier sentido, supone la posibilidad de convalidar o reinstaurar una eventual ratificación de su competencia, lo que no es posible al concluirse que dicho Tribunal Arbitral resultaba incompetente por lo que ni siquiera debió instalarse.

VIGÉSIMO NOVENO.— Que, por lo demás, igual lógica conlleva a determinar que carece de objeto pronunciarse sobre la cuestión previa referida en el fundamento N° 6 de la Sentencia del Tribunal Constitucional del veinte de octubre de dos mil seis recaído en el **Expediente N° 08229-2006-PA/TC**³¹ subsumida en una interpretación extensiva del inciso 2 del artículo 73° de la Ley General de Arbitraje destinada a cuestionar vulneraciones al debido proceso, ello en razón de tratarse de una incidencia producida al interior del proceso arbitral, que como se ha indicado anteriormente es nulo desde su origen.

Respecto de las causales de nulidad invocadas y contenidas en los incisos 2), 6) y 7) del artículo 73° de la Ley N° 26572.

TRIGÉSIMO.— Que, por lo glosado, también carece de objeto emitir pronunciamiento por las causales de anulación invocadas por las actoras y contenidas en los incisos 2), 6) y 7) del artículo 73° de la Ley General de Arbitraje.

⁽³¹⁾ En dicho proceso constitucional Compañía Minera Algamarca S.A. solicitó que se declaren inaplicables y sin efecto jurídico la Resolución N° 17 del 21 de febrero de 2005 que declara la nulidad de la Resolución N° 116 del 31 de enero de 2005 por la que el Tribunal Arbitral Sulliden Algamarca aceptó la abstención del árbitro Fernando CANTUARIAS SALAVERRY y la Resolución N° 130 del 8 de marzo de 2005 que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la citada resolución N° 117. Alega el recurrente que las resoluciones impugnadas vulneran el debido proceso en general y el derecho a un Tribunal independiente e imparcial; asimismo considera que no se puede dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.

Ante tal alegación, el Tribunal Constitucional sostuvo en su fundamento N 6: considera que cualquier tema relativa a las afectaciones al debido proceso, deben ser esclarecidas en el trámite del recurso de anulación, mediando una interpretación extensiva del inciso 2 del artículo 73° de la Ley General de Arbitraje, las cuales serán evaluadas como cuestión previa a la determinación de la validez o invalidez del propio laudo”.

TRIGÉSIMO PRIMERO.– Que, por último de conformidad con la Primera Disposición Complementaria y Final del Código Procesal Civil resulta aplicable supletoriamente al caso de autos el artículo 412º de dicho cuerpo normativo, correspondiendo a la parte vencida el pago de las costas y costos que hubiese acarreado el presente proceso.

Por tales razones y de conformidad con lo establecido además por el inciso 1) del artículo 78 de la Ley Nº 26572 y del artículo 412 del Código Procesal Civil;

SE RESUELVE:

- 1) **DECLARAR FUNDADO en parte**, el recurso de anulación de Laudo Arbitral formulado por la Compañía Minera Algamarca Sociedad Anónima, mediante escrito de folios trescientos cincuenta y ocho a trescientos noventa y dos;
- 2) **DECLARAR FUNDADO en parte**, el recurso de anulación de Laudo Arbitral formulado por la Compañía de Exploraciones Algamarca Sociedad Anónima Cerrada, mediante escrito de folios ochocientos ochenta y tres a mil ciento ochenta y cuatro;
- 3) **DECLARAR NULO** el Laudo Arbitral de Derecho (Resolución Nº 214) de diecinueve de julio de dos mil seis, expedida por el Tribunal Arbitral «*Sulliden-Shahuindo*» presidido por el doctor Jorge Santistevan de Noriega e integrado por los doctores Fernando Cantuarias Salaverry y Víctor Ávila Cabrera, **por la nulidad del convenio arbitral**;
- 4) **DECLARAR** que **CARECE DE OBJETO** emitir pronunciamiento por las causales de anulación invocadas y contenidas en los incisos 2), 6) y 7) del artículo 73º de la Ley General de Arbitraje; y, así como las cuestiones previas a que se refieren las sentencias recaídas en los Expedientes Nº 6149-2006-PA/TC, Nº 6662-2006-PA/TC-Lima y Nº 08229-2006-PA/Tc; y,
- 5) **DECLARAR RESTABLECIDA** la competencia del Poder Judicial, salvo acuerdo distinto de las partes, de conformidad con lo dispuesto por el inciso 1) del artículo 78º de la Ley Nº 26572;

En los seguidos por la COMPAÑÍA MINERA ALGAMARCA S.A. y COMPAÑÍA DE EXPLORACIONES ALGAMARCA S.A. contra MINERA SULLIDEN SHAHUINDO S.A.C. sobre ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL; con costas y costos. **Notificándose.-**

 GUILLERMO LOHMANN LUCA DE TENA(*)

Una cuestionable anulación de laudo arbitral. Nulidad de convenio arbitral, representación de personas jurídicas y artículo 167 del Código Civil(**)

SUMARIO: *1. Resumen de antecedentes. 2. Análisis. 2.1. La inexistencia, la nulidad y la ineficacia. Conceptos distintos. Sus diferentes efectos. 2.2. La nulidad de convenio arbitral como causal de anulación de laudo. 2.3. ¿Procede anulación de laudo arbitral por causal no invocada en el proceso arbitral? 2.4. La representación llamada orgánica y la indebida aplicación del artículo 167 C.C.*

1. RESUMEN DE ANTECEDENTES

La empresa Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. (Sulliden) adquirió ciertos derechos mineros de las empresas Compañía Minera Algamarca S.A. y Compañía Minera de Exploraciones Algamarca S.A. (las Algamarcas). Los contratos contenían además respectivos convenios arbitrales. Las Juntas

(*) Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Socio de Rodrigo, Elías & Medrano Abogados.

(**) Dejo constancia de haber emitido opinión con relación a ciertos asuntos que se discutieron en el proceso arbitral al que se contrae la sentencia que comento. Sin embargo, ninguno de ellos guarda vinculación directa con los temas que analizo en este artículo.

de Accionistas de las Algamarcas aprobaron las transferencias y facultaron a la persona que ejercía los cargos de Presidente del Directorio y de Gerente General a suscribir los contratos respectivos, pero sin explicitar el cargo concurrente gerencial del Presidente ni que facultaban a dicho funcionario a incluir en los contratos un convenio arbitral.

Por circunstancias que no vienen al caso, Sulliden demandó arbitralmente a las Algamarcas.

Del texto de la sentencia que analizamos (Considerando octavo) se desprende que ambas Algamarcas dedujeron excepción de incompetencia del tribunal arbitral. Una de ellas sustentó la incompetencia sosteniendo la inexistencia de convenio arbitral; la otra la sustentó en la ineficacia del convenio, afirmando que lo suscribió quien no tenía poderes para hacerlo.

Por sentencia del 9 de agosto de 2007, la Sala Civil de la Subespecialidad en lo Comercial de Lima (expedientes acumulados 1753-2006 y 1757-2006) ha anulado el laudo, por la causal de nulidad de convenio arbitral. La esencia de la decisión se afina en considerar que para poder suscribir convenios arbitrales el gerente general de una sociedad mercantil requiere estar investido con facultad expresa, lo que la sentencia respalda en el artículo 167 del Código Civil.

2. ANÁLISIS (*)**

2.1. La inexistencia, la nulidad y la ineficacia. Conceptos distintos. Sus diferentes efectos

2.1.1. La primera oración del primer párrafo del artículo 39 de la Ley General de Arbitraje (LGA) contiene dos enunciados en sendas

(***) Excluyo de este comentario muchas otras apreciaciones jurídicas de la sentencia con las cuales discrepo. Entre ellas, por mencionar una, la afirmación en el Considerando Undécimo de la resolución según la cual “la cláusula compromisoria por sí misma no tiene efectos, sino que debe referirse a un contrato concreto (...)”. Esa afirmación no es compartible en nuestro derecho, porque ciertamente es indiscutible que el convenio arbitral (lo de cláusula compromisoria es ya un arcaísmo) tiene efectos propios y que no necesariamente se vincula a un contrato determinado, sino a cualquier relación jurídica material de libre disposición, sea o no contractual.

frases. El primero es que los árbitros pueden decidir su propia competencia. El segundo es que, además, pueden resolver las oposiciones relativas a la existencia, eficacia o validez del convenio arbitral.

Para estos fines la competencia consiste en la posibilidad de que los árbitros válidamente conozcan el fondo de la controversia y acerca de ella puedan emitir una decisión respaldada por la autoridad estatal. Abarca, por tanto, múltiples facetas, que van desde que la materia sea legalmente arbitrable, pasando porque la controversia cuyo arbitraje se pide esté contemplada por un convenio arbitral, que haya legitimidad para obrar, que no exista litispendencia o cosa juzgada o cualquier otra razón impeditiva.

El segundo enunciado, concordante con el primer párrafo *in fine* del artículo 14 LGA, prescribe que las discrepancias atinentes a la existencia, eficacia o validez del convenio arbitral, las decide el propio órgano arbitral, con dos atinencias de prelación. Una, que estas discrepancias deben ser resueltas en el propio arbitraje como cuestión previa (artículo 39, segundo párrafo LGA) antes de proseguir las actuaciones, aunque por excepción la decisión pueda ser pospuesta hasta el laudo mismo. Laudo que puede amparar la oposición a la competencia y consiguientemente no habrá pronunciamiento total o parcial sobre el fondo, o no ampararla y resolver la controversia. Otra, que el órgano arbitral tiene prelación sobre el sistema judicial para resolver la oposición. En definitiva, el órgano arbitral tiene competencia preferente para discernir si hay o no convenio arbitral y, de haberlo, si le afecta alguna razón (podría ser, por ejemplo, vencimiento del plazo de vigencia del pacto arbitral) o vicio que obste la competencia del órgano arbitral sobre el fondo. Esta preferencia y prelación tiene dos corolarios. Uno, que el Poder Judicial sólo puede examinar la competencia de los órganos arbitrales después de emitido el laudo, asunto sobre el cual el Tribunal Constitucional ya ha sido pródigo en razones para confirmarlo (véanse especialmente casos 6167-2005-PHC-TC y 1567-2006-AA/TC). Otro, que la causal de recurso de anulación judicial del laudo por la competencia arbitral tiene que coincidir con lo que al respecto se hubiese discutido y resuelto previamente en el arbitraje.

La norma del artículo 39 LGA no parece ser una regla disponible, esto es, soslayable y de la que las partes o los árbitros puedan prescindir.

Cuando el texto establece que “los árbitros están facultados” para decidir sobre la oposición a su competencia no está diciendo que si quieren decidir lo hacen y si no quieren pueden abstenerse de hacerlo sin consecuencias. Más bien, pienso que lo que el texto legal ha querido decidir es que el ordenamiento jurídico les autoriza y legitima para hacerlo, ordenándoles tomar la decisión que corresponda si el tema surge de oficio o lo plantea alguna de las partes.

2.1.2. Precisado lo anterior, entremos al punto neurálgico: la inexistencia, la invalidez o la ineficacia del convenio arbitral (de manera total o parcial respecto de algún punto controvertido) hacen que el órgano arbitral no tenga competencia sobre el fondo (o parte de él), aunque haya tenido competencia para pronunciarse sobre esa falta de competencia.

La doctrina jurídica ha debatido muchísimo la categoría de inexistencia. Es frecuentemente reproducida la frase de Planiol que afirma que es una de las materias más oscuras del Derecho Civil. Y en más de una ocasión en sentencias de casación se han empleado como sinónimos inexistencia y nulidad, equivocación en parte excusable debido al defecto notorio del artículo 219.1 C.C.

En estricto, la genuina inexistencia significa ausencia fenoménica o conceptual de algo, esto es, que carezca de todo viso de realidad; que no haya llegado a ser, a nacer en lo absoluto o carece de los elementos que permitan identificarlo o reconocerlo (el ejemplo clásico de inexistencia en términos jurídicos era el matrimonio de dos personas del mismo sexo). Pero en términos jurídicos no todo lo existente puede ser reputado legalmente como válidamente existente, pues en algunas ocasiones la validez existencial se hace depender de ciertas exigencias –materiales, digamos solamente para fines didácticos– sin las cuales lo que tenga “ser” para otros fines, no es reconocido con “ser” valedero para el Derecho. Eso es lo que acontece cuando un acuerdo arbitral que se haya celebrado (en tanto haya habido coincidencia de voluntades y sólo en ese sentido existente), no ha sido trasladado a un elemento material que permita recoger y almacenar información escrita, que es la manera que la LGA requiere para enterarse y conocer que es existente. Me explico: para el acuerdo arbitral y otros actos jurídicos el Derecho solamente adquiere conocimiento de existencia válida cuando puede saberlo de cierta manera que en concreto el ordenamiento predetermina. Todos

los supuestos del artículo 10 de la LGA reclaman que, de uno u otro modo, la voluntad arbitral haya quedado traspasada a, o reflejada en, un documento escrito que los árbitros (y en su caso los jueces para el caso de excepción arbitral ex artículo 448 Código Procesal Civil–CPC) puedan leer, lo que presupone conocimiento de existencia cierta. Por tanto, faltando forma escrita⁽¹⁾ no hay para fines jurídicos convenio arbitral al que se pueda otorgar validez y cuyo cumplimiento pueda ser exigido. O más claro, las declaraciones de voluntad verbales o tácitas derivadas de *facta concludentia* no se aceptan por sí mismas como circunstancias suficientemente demostrativas de existencia válida y cierta de los convenios arbitrales. En resumidas cuentas, sólo puede hablarse de inexistencia jurídica de convenio arbitral cuando no hay voluntad reconocible que conste por letras o, en general, signos gráficos admitidos de manera uniforme y objetiva en un lugar o tiempo determinados y que sean portadores de una idea más o menos unívoca. El que el artículo 10 citado establezca la formalidad escrita bajo sanción de nulidad no hace sino corroborar que el convenio que acaso pueda tener existencia para otros fines no tiene válida existencia para vínculo arbitral, porque si algo merece una sanción es porque existe.

Distintas también entre sí son las instituciones de ineficacia e invalidez. En ambas se da por descontada la existencia (en la acepción que acabo de dejar expuesta), pero el negocio jurídico existente puede estar aquejado de algo –ya veremos qué, más abajo– que le impide desplegar o desarrollar jurídicamente las consecuencias que ordinariamente estaba destinado a obtener o lograr.

La ineficacia es, en nuestro ordenamiento, el estado o situación que denota una forma de ser o estar con falta de efectos, prácticos o jurídicos, de manera total o parcial. La ineficacia, incluyendo en ella su variante de inoponibilidad, se postula y proyecta sobre las consecuencias o alcances que se esperan del negocio, no sobre nada intrínseco o viciado en él (en lo que incluyo todas las causales del artículo 219 C.C.). Las razones y extensión de la ineficacia pueden ser múltiples: originarias, sobrevenidas, funcionales, estructurales, totales, parciales; en fin, de

(1) La que a mi juicio, conforme al artículo 141 C.C. puede incluir, entre otras posibilidades, escritura contenida en soporte electrónico o análogo, acuerdo *per relationem*, contratos interconectados o complejos aunque no estén incorporados en un solo documento.

distinta índole o repercusión. Cuán anchamente se extiende la noción de ineficacia y cuán grande es el espectro de su influencia se puede comprobar con unos pocos ejemplos: la condición y el término suspensivos o resolutorios, que nacen de la voluntad (salvo casos especiales, ej. artículo 1534 C.C.); la inoponibilidad ante un cierto acreedor por la conocida como ineficacia pauliana, que requiere de declaración judicial; la ineficacia e inoponibilidad para el representado del acto celebrado por quien se atribuye representación sin tenerla.

La eficacia, por cierto, no necesariamente depende de la validez, aunque a veces coinciden. Un acto jurídico puede ser válido pero ineficaz (casos, v.g. del plazo suspensivo hasta que llegue el término, artículo 178 C.C.; del acuerdo de separación de patrimonios entre cónyuges, hasta que se inscriba en el registro personal, artículo 295 C.C.; el pacto de indivisión hereditaria no inscrito, artículo 848 C.C., etc.). A la inversa, puede ser inválido pero eficaz para terceros (caso de nulidad para el tercero de buena fe, v.g. 865 C.C.) o a la postre eficaz incluso para las partes y también ante el Derecho (caso de vicio de nulidad cuya pretensión haya prescrito).

La invalidez es cosa diferente y tiene su origen y razón de ser en el límite legalmente impuesto a la esfera de libertad de la autonomía privada, cuando colisiona con la autoridad del ordenamiento. Se denomina inválido al acto jurídico incompatible con los valores sustanciales que el ordenamiento recoge y al que, por tanto, se debe privar de valor, esto es, de tutela o respaldo. En suma, que el Derecho no lo reputa lícito (en el ancho sentido del término) y hay que expulsarlo, hasta donde se pueda, del mundo jurídico. Se trata, pues, de un acto repudiado y repugnado por el sistema jurídico, porque no tiene, o tiene irregularmente, las cualidades o exigencias que el sistema reclama. La nulidad es la sanción que la legislación apareja para los casos de invalidez, vale decir, cuando el acto o negocio es contrario a los criterios de valor.

2.1.3. Por ser distintas las situaciones de inexistencia, ineficacia o invalidez, también son distintos los remedios, formas de saneamiento (algunos lo llaman recuperación) o maneras de superar sus vicisitudes y, naturalmente, también distintas las consecuencias que produce el estado jurídico del acto durante el tiempo.

En la auténtica inexistencia (por ejemplo: absolutamente no hay emisión de voluntad; no hay sujetos verdaderos sino que se ha falsificado

un nombre) no cabe considerar propiamente remedio alguno, porque solamente se puede remediar –esto es, reparar– lo que tenga la cualidad de ser, aunque imperfecta o defectuosa. Algo que nunca ha llegado a nacer (bien porque nunca se ha celebrado, bien porque se ha celebrado sin completarse al grado de poder configurar un acto jurídico reconocible como tal) nunca es susceptible de ser salvado.

En los casos de ineficacia los remedios y los estados jurídicos son tan dispares como las causales o motivos que la producen.

En una condición suspensiva, por ejemplo, ordinariamente la ineficacia se supera por sí misma o no se supera, dependiendo de si el acontecimiento condicionante llega a ocurrir o no.

Muy diverso es el caso de la lesión al derecho de un acreedor que permitiría solamente para él la ineficacia o inoponibilidad subjetiva pauliana. En esta hipótesis el acto en daño al acreedor es plenamente eficaz y la ineficacia es simplemente una posibilidad que se concreta sólo con la sentencia firme para un acreedor singular; mientras tanto, el acto de disposición o gravamen supuestamente lesivo surte eficacia para el acreedor perjudicado y la posibilidad decae o se esfuma si transcurre el plazo de prescripción sin que el acreedor potencialmente perjudicado haya accionado la pretensión pauliana. La eficacia plena se consolida automáticamente vencido el plazo.

Bastante distinta es la ineficacia del acto celebrado por representante falso o representante que actúa en abuso o exceso de sus facultades. Estos casos, a su vez, requieren análisis distintos. Efectivamente, la hipótesis de carencia o falsa representación se reduce a una constatación casi meramente fáctica; hay representación o no. En cambio, como en los supuestos de abuso o exceso se parte de la premisa de existencia de representación es menester una detenida interpretación, sobre todo finalista, tanto de hecho como de derecho de las facultades. Interpretación, por supuesto, que primero la hará el tercero ante quien se pretende ejercer la representación y que después en caso de conflicto se tendrá que resolver en sede jurisdiccional.

Sin embargo, cuando en definitiva quede decidida la situación y constatada la ineficacia, solamente se la podrá superar mediante ratificación, que surte efecto retroactivo, o con la prescripción extintiva.

2.1.4. Es importante dejar constancia de todo lo anterior, pues me parece que la sentencia que comento no ha discernido adecuadamente las diferencias y como consecuencia de tomar como homogéneo lo que es heterogéneo, ha calificado erróneamente las cosas llegando a conclusiones equivocadas. Es decir, al asemejar a nulidad lo que no es nulo.

En efecto, a juzgar del texto de la sentencia la argumentación de las Algamarcas para sustentar que el órgano arbitral carecía de competencia fue, en un caso, la inexistencia del convenio y, en otro caso, la ineficacia por carencia de facultades de quien suscribió el convenio arbitral. Empero, tanto la ineficacia como la inexistencia han sido acogidas por la sentencia bajo el toldo de la causal de nulidad de convenio.

Pues bien, el razonamiento de inexistencia era, por cierto, del todo impertinente y en modo alguno amparable, ya que si los acuerdos arbitrales constaban por escrito con seguridad eran existentes, al margen de su validez o no, eficacia o no, que son otras cosas. La alegación de inexistencia del pacto arbitral apoyada en que actuó como representante de la empresa quien no tenía facultad para convenir arbitrajes no podía ser acogida por varias razones, tan poderosas como sencillas. En primer lugar, porque la falta de representación supone una hipótesis de ineficacia, no de falta de existencia, pues la existencia se comprueba por el hecho de que hubo declaraciones de voluntades constantes por escrito, creando relaciones jurídicas no para el sujeto físico declarante sino para las personas jurídicas por quienes actuaba. En segundo lugar, porque el artículo 162 C.C. estatuye explícitamente que el acto ineficaz puede ser ratificado, lo que meridianamente pone de manifiesto que por fuerza ha de tener existencia, pues nada que no “sea” es susceptible de ser saneado por ratificación. Aparte del inequívoco sentido jurídico de la palabra «ratificar» en nuestro ordenamiento positivo, basta leer el Diccionario académico para comprobar que la expresión significa “Aprobar o confirmar actos, palabras o escritos dándolos por valederos y ciertos”. Como la figura de la ratificación produce el efecto de que el representado asume para sí lo que hizo el representante, es incuestionable que sólo se puede asumir lo que existe, nunca lo inexistente. En tercer lugar, el mismo numeral 162 anota que “El tercero y el que hubiese celebrado el acto jurídico como representante podrán resolver el acto jurídico (...)”, lo que pone a la luz dos cosas: que el acto ha sido celebrado, *ergo* existe;

que el acto puede ser resuelto, *ergo* también existe, porque si no existiera no habría para qué resolverlo. Y tampoco tendría *sindéresis* decir que se puede resolver por ineficacia un acto nulo, pues precisamente la resolución presupone validez (artículo 1371 C.C.)

El argumento de la otra de las Algamarcas que se basó en la ineficacia es harina de otro costal. A ello me refiero en los párrafos siguientes.

2.2. La nulidad de convenio arbitral como causal de anulación de laudo

2.2.1. El artículo 73 de la LGA preceptúa que el laudo arbitral puede ser anulado solamente cuando incurra en alguna de las causales que el propio artículo describe. A semejanza de otras legislaciones, nuestro ordenamiento también emplea la expresión «sólo», como sinónimo de *numerus clausus* o únicamente por las causales taxativamente enumeradas.

El inciso 1 dispone que es causal de anulación “La nulidad del convenio arbitral, siempre que quien lo pida lo hubiese reclamado conforme al artículo 39” de la propia LGA. Empero, puede comprobarse que este artículo 39 no alude a nulidad, sino a inexistencia, ineficacia o invalidez.

Como he dejado expuesto más arriba, la nulidad nada tiene que ver con la verdadera inexistencia o con la ineficacia, no sólo por razones de dogmática jurídica y de situaciones fácticas ostensiblemente diferentes, sino porque hay varias otras circunstancias que lo corroboran.

La primera, acaso la más fácil, es que ya hay un antecedente jurisprudencial: la Casación 2021-97-Lima, expresa sin asomo de dudas de su texto que el acto celebrado con falta o exceso de representación no es nulo, sino precisamente ineficaz.

La segunda es que la sanción de nulidad solamente puede postularse para los casos que la ley contempla. Por ser una sanción, tanto el supuesto como la sanción misma tienen que estar previstos, sin posibilidad de aplicación extensiva o analógica (artículo IV C.C.). En nuestro Derecho no hay nulidades implícitas, por extensión o analogía; tiene que concurrir inexorablemente una de las causales del artículo 219 del C.C.

La tercera, estrechamente conectada con la anterior, es que la nulidad se declara tras un criterio de apreciación valorativa, o sea, luego de un examen o escrutinio de hecho y de derecho para verificar si el negocio jurídico en cuestión merece o no gozar de valor jurídico. Por lo tanto, la categoría jurídica de nulidad siempre denota una sanción, resultado de una previa constatación de invalidez, en el sentido que el ordenamiento no puede extender respaldo o tutela al acto respectivo. O dicho a la inversa, la nulidad es una consecuencia de una causa que es la invalidez. La estricta nulidad no opera de manera automática. No hay declaración de nulidad sin previa comprobación de invalidez.

La cuarta, porque el artículo 73.1 de la actual LGA tiene su claro antecedente en el 56.1 del Decreto Ley 25935⁽²⁾, que a su vez se remitía al artículo 34 del mismo Decreto, que solamente se refería a vicios del convenio arbitral⁽³⁾. Y, claro está, los vicios solamente se pueden postular sobre lo que existe y que perjudiquen su validez; nada que ver con ineficacia.

En su momento, las citadas normas del Decreto Ley 25935 tuvieron como fuentes al artículo V.1(a) de la Convención de Nueva York de 1958 y al 5.1(a) de la Convención de Panamá de 1975, que contemplan los casos de incapacidad de alguna de las partes o invalidez del convenio; el artículo 45 de la Ley de Arbitraje de España, de 1988; y el artículo 34 de la Ley Modelo de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas, conocida como Ley Modelo CNUDMI o UNCITRAL. En ninguna de esas normas hay la menor alusión a inexistencia o ineficacia para estos fines.

A mi entender, pues, cuando el artículo 73.1 de la LGA se está refiriendo a nulidad de convenio arbitral solamente puede haberse referido a una nulidad en el riguroso y auténtico sentido técnico que esa expresión tiene en nuestro derecho material y arbitral. No es cuestión

(2) “Artículo 56. Los laudos arbitrales de derecho y de conciencia solamente pueden ser anulados por los siguientes motivos: 1. Nulidad del convenio arbitral, salvo que se haya formalizado judicialmente, y siempre que quien lo pida lo hubiese reclamado conforme al artículo 34”.

(3) “Artículo 34. Iniciado el proceso, la oposición al arbitraje por vicios del convenio arbitral, por falta de requisitos de los árbitros o por inexistencia de aceptación, se debe formular al presentar las partes sus pretensiones iniciales (...)”.

de vana exquisitez ni prurito de virtuosismo, sino de que las categorías jurídicas no son camaleones. Y en las categorías de nulidad e ineficacia (particularmente en su variante de inoponibilidad para el representado) salta a la vista su diferente sentido y que obedecen a razones disímiles. Efectivamente, mientras en la primera –nulidad– se configura una tensión entre un interés particular, privado y concreto de un lado y de otro lado un interés general y abstracto del ordenamiento, en la segunda –ineficacia– la inoponibilidad es tensión que se postula exclusivamente entre dos intereses privados. Incluso la manera de enfocar su análisis es de ordinario diferente, porque en la invalidez-nulidad el acto es mirado desde fuera por la ley y hacia él en proceso intelectual de deducción descendiendo de lo general (la ley) a lo particular (el acto); en cambio, en la ineficacia se examina el acto jurídico desde dentro y en su propia mirada, en su potencialidad de proyectar efectos hacia fuera de sí, en proceso inductivo a partir de lo particular que es el acto mismo.

Aparte de todo lo anterior, hay una razón por la que juzgo que el legislador ha querido referirse solamente a nulidad (sin aludir a ineficacia o inexistencia) y que encuentro convincente, pero que, sin embargo, no he encontrado recogida (o se me ha escapado inadvertida) en ninguna obra de la materia. Y es la siguiente: la nulidad (léase, invalidez) de un convenio arbitral –esto es, su contraposición a valores básicos y generales del sistema jurídico– es cuestión demasiado grave como para que quede excluida de la supervisión estatal a través de su brazo jurisdiccional. Así como el Estado puede declinar la revisión judicial del fondo de la materia controvertida dejándola al solo juicio de los árbitros si así lo han acordado las partes, hay ciertos asuntos (como son todos los taxativamente explicitados en el artículo 73 de la LGA) de los que, por reputarlos especialmente severos e importantes, no ha querido abdicar y los considera irrenunciables, esto es, no disponibles por las partes. La nulidad no es tema disponible, por cierto; no está en la posibilidad de las partes sanearla o corregirla, a diferencia, por ejemplo, de la ineficacia por defecto de representación o de la anulabilidad que, respectivamente, pueden ser objeto de ratificación o de confirmación porque concierne a intereses exclusivamente privados.

En este contexto se explica perfectamente que el ordenamiento haya querido reservarse la supervisión del alegato de vicio del convenio arbitral solamente por nulidad (cuando ella hubiera sido alegada en el

arbitraje), no así por otros defectos que pudieran aquejar al acto u otras circunstancias que lo limiten, puesto que como ni unos ni otras lo vician intrínsecamente y de raíz la ley ha querido dejar la decisión al exclusivo criterio de los árbitros y, por tanto, irrevisable.

2.3. ¿Procede anulación de laudo arbitral por causal no invocada en el proceso arbitral?

2.3.1. Como ha quedado dicho, el artículo 73.1 de la LGA es explícito al referirse solamente a nulidad, condena de muerte jurídica que se vincula a la invalidez, no a la ineficacia.

Ahora bien, el mismo artículo requiere *claris verbis* que la nulidad del convenio, o sea, su invalidez, tiene que haber sido expuesta como causal de oposición al arbitraje, conforme al artículo 39.

La razón es absolutamente explicable. A diferencia de otras legislaciones en las que la impugnación judicial al laudo se formula como pretensión de demanda, en nuestro ordenamiento ha sido disciplinado como un recurso, y así lo regula expresamente. Como todo recurso, solamente tiene por objeto revisar un pronunciamiento previo que cause agravio. De lo que se sigue que necesariamente ese previo pronunciamiento tiene que responder a un petitorio que alguna de las partes haya hecho valer ante el órgano arbitral.

Siendo así las cosas, mal puede ser procedente un recurso de anulación de laudo por nulidad de convenio arbitral si antes en el proceso arbitral no ha habido petitorio, contradicción y pronunciamiento precisamente sobre esa nulidad, que solamente puede ser por alguna de las causales del artículo 219 C.C.

A mi juicio, pues, la sentencia incurre en gran inexactitud cuando expresa (Considerando Décimo) que “(...) resulta irrelevante para el caso bajo análisis que una de las excepciones de incompetencia (específicamente la deducida por Exploraciones Algamarca) se haya fundado en la ineficacia de la cláusula que contiene el convenio arbitral (...)”. De irrelevancia –vale decir, de asunto menudo que carece de importancia o relevancia– nada en lo absoluto. Por el contrario, el asunto era de lo más trascendente y gravitante, no sólo porque no se puede

confundir figuras, situaciones o instituciones jurídicas –y por cierto que la nulidad y la ineficacia por defecto de poderes son cosas diferentes–, sino porque al conocerse y resolverse en vía de recurso de anulación una argumentación de hecho y de derecho que no había sido anteriormente planteada, se está lesionando severamente el derecho de defensa y de contradicción de una de las partes. Si el derecho positivo peruano no ha escatimado cuidado para distinguir notoriamente la nulidad de la ineficacia, es porque las califica de figuras diversas a las cuales, por ende, la ley positiva también asigna tratamiento diferente. Lo que significa que no es procedente un recurso de anulación de laudo por nulidad de convenio si tal asunto no ha sido visto previamente en el arbitraje. Es más, si no hubo denegación de nulidad porque no fue pedida, no pudo haber agravio. Y sin agravio no hay recurso que proceda. Naturalmente, en este caso no es pertinente la regla *iura novit curia*, máxime si la sentencia no la ha invocado.

2.3.2. De otro lado, o soy excesivamente suspicaz o me parece advertir del texto transcrito del Considerando Décimo de la sentencia que en ella se ha entendido que basta haber solicitado la falta de competencia del tribunal arbitral, sea cual fuere la razón, para que eso habilite la posterior anulación por nulidad de convenio. Y eso tampoco parece compatible, pues puede ser distinta la causa o motivo de incompetencia. Vayan dos botones de muestra en que el mismo petitorio puede estar justificado en causas distintas: si se solicita divorcio por la causa de adulterio, no podrá concederse divorcio por la causa de injuria grave; si se solicita desalojo por falta de pago de la renta de arriendo no podrá declararse por vencimiento de plazo del contrato. Lo que puesto al caso equivale a decir que si la incompetencia del tribunal arbitral se justificó en ineficacia e inexistencia de convenio, no puede declararse por nulidad, que es causa diferente.

En definitiva, no es posible que aquello no invocado en sede arbitral (como la invalidez del convenio arbitral) pueda ser conocido en el Poder Judicial, vía recurso de anulación, por una causal (la nulidad) no postulada, discutida ni objeto de pronunciamiento en el arbitraje.

Para terminar, no puedo omitir señalar que llama la atención que la parte considerativa de la sentencia que comento se abstenga de analizar y, por tanto, de resolver como correspondiera, una de las argumentaciones

de Sulliden y resumida en la parte de “Vistos” de la sentencia, según la cual una de las Algamarcas había reconocido en un proceso judicial que “*existe un convenio arbitral*”. Si esto fuera así, o si por parte de Sulliden hubiera alguna otra argumentación de que una o ambas Algamarcas ratificaron o reconocieron la validez del convenio arbitral, es preocupante que en la sentencia no haya habido razonamiento al respecto. Eso configuraría una grave omisión que debiera causar la anulación de la sentencia.

2.4. La representación llamada orgánica y la indebida aplicación del artículo 167 C.C.

2.4.1. Entrando ya a la ineficacia, la sentencia anulatoria del laudo expresa, en sustancia, lo siguiente: (a) en los Considerandos Decimoquinto, Decimosexto y Decimoséptimo, que las Juntas de Accionistas de las Algamarcas aprobaron las transferencias y facultaron a la persona del Presidente a suscribir los contratos respectivos, pero sin explicitar que lo facultaban a incluir un convenio arbitral en tales contratos, y que “si bien tal designación recayó en la persona del Presidente, gerente general y accionista de tales empresas, vale decir, del señor (...), no puede inferirse que se le facultó investido de una o todas esas calidades”; (b) en los Considerandos Decimooctavo y Decimonoveno, que el artículo 167, inciso 3 del Código Civil, establece que los representantes legales requieren de autorización expresa para pactar compromiso arbitral; (c) en el Considerando Vigésimo cuarto, que como en las Juntas se autorizó a una persona natural “sin mencionar su investidura de gerente general (...) para actuar (...) en la transferencia de las propiedad mineras (...), resulta irrelevante (...) considerar (...) si en su condición de gerente general estaba o no facultado para suscribir el convenio arbitral”.

Con el natural respeto que me merecen los magistrados que han tenido los criterios que acabo de resumir, me parece que no han enfocado correctamente las cosas y, por tanto, han arribado a conclusiones equivocadas.

No quiero explayarme (y este artículo no tiene tal propósito), de modo que voy a ser muy sucinto, aunque espero que suficientemente explícito.

2.4.2. En primer lugar, hay que distinguir entre la representación tradicionalmente conocida como orgánica⁽⁴⁾ y el apoderamiento. La primera es aquella que ineludiblemente requieren las personas jurídicas, pues de otro modo no pueden formar voluntad y expresarla. Por eso es que se suele decir, con acierto, que la representación orgánica más que legal es institucional, en el sentido de sustantiva e indisoluble con la persona jurídica, lo que fuerza a distinguirla de la voluntaria y de la legal⁽⁵⁾. Una persona jurídica necesariamente debe tener representantes orgánicos y puede además tener apoderados, pero no éstos sin aquéllos. Por tanto, cuando se habla de representación orgánica (paradigmáticamente, la de la gerencia) la representación se ostenta porque va anudada al cargo o función que imperativamente integra la estructura misma de la persona jurídica⁽⁶⁾, cosa que no es inherente a la representación civil que en su naturaleza está la de ser prescindible, abstracta o incausada (en el sentido que puede ser independiente de cualquier otra relación jurídica subyacente o conexas).

El apoderamiento es el negocio jurídico por el que una persona (representado) en ejercicio de su autonomía privada (si quiere otorga poder, si no quiere, no) voluntariamente confiere investidura a otra (representante) con poder especial o general (artículo 155 C.C.) para que ciertos actos jurídicos celebrados o ejecutados por éste comprometan a aquél.

De lo dicho se comprueba, entonces, que en el apoderamiento necesariamente hay dos personas, pero en la representación orgánica el órgano gerencial con sus atribuciones inmanentes es parte congénita de la propia persona jurídica y sin autonomía propia fuera de ella.

(4) Compruébese que la Gerencia es, con la Junta de Accionistas y el Directorio, órgano de la sociedad anónima, como figura en el Libro Segundo, Sección Cuarta de la LGS. El Código Civil también se refiere a órganos de la asociación en el artículo 82.4.

(5) Omite citas doctrinarias en este trabajo. Pero me parece indispensable, por lo claro y contundente, un texto de GALGANO, Francesco (*El negocio jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 408): “(...) la representación orgánica se distingue netamente tanto de la representación voluntaria cuanto de la representación legal, con la que tiene en común el carácter de representación necesaria”.

(6) Por ejemplo, una sociedad no podrá negarse a cumplir una obligación que le compete, escudándose en que está vacante el cargo de gerente por falta de designación de la persona que ocupe la gerencia.

Por lo tanto, el que una persona jurídica –que como parte consustancial de sí tiene un representante orgánico– confiera además a la misma persona que encarna el órgano un apoderamiento para un acto especial, viene a significar, sencillamente, que en el mismo sujeto concurren dos investiduras por distinto título, fuente y oportunidad. Investiduras que no se excluyen ni limitan entre sí, sino que incluso pueden sumarse. Veamos un caso previsto en el propio ordenamiento. El artículo 115.5 de la Ley General de Sociedades-LGS establece que compete a la junta de accionistas “Acordar la enajenación, en un solo acto, de activos cuyo valor contable exceda el cincuenta por ciento del capital de la sociedad”. La norma no reclama que la junta también decida quién ha de representar a la sociedad en el acto jurídico. De manera que si se limitara a tomar el acuerdo de enajenación, ¿puede dudarse de que el gerente general sí podría suscribir los contratos respectivos, puesto que uno de sus deberes es cumplir los acuerdos de la junta general como prescribe el artículo 190.9 de la misma LGS?

Pues bien, si en la especie resulta que el individuo a quien las Juntas de las Algamarcas apoderaron de manera especial para ejecutar los acuerdos y formalizar las transferencias era al mismo tiempo gerente con las facultades generales respectivas u otras especiales otorgadas, a mi modo de ver no es correcto sostener que, con relación a esas transferencias y lo vinculado a ellas, no pueda la persona de ese gerente ejercer también las atribuciones que tiene por ser propias de tal cargo. La circunstancia de que en las actas de las Juntas no constara que el sujeto apoderado para los actos especiales de enajenación en ellas aprobados ostentaba a la vez el cargo de gerente, no le impedía a éste comportarse con sus poderes gerenciales previos y coexistentes puesto que en él concurrían dos nombramientos: uno especial y ocasional derivado del apoderamiento, consistente en formalizar las transferencias acordadas; y otro permanente e institucional, el de representante orgánico actuando como gerente con todas las atribuciones inherentes al órgano de gerencia. Entre ellas, sin duda, la de suscribir un convenio arbitral, que por su autonomía del contrato o relación jurídica a que se refiere pudo ser celebrado en documentos separados a los de los contratos de transferencias de los derechos mineros. No era necesario, consecuentemente, que en las Juntas de Accionistas se dijera que, además de suscribir los contratos de transferencia el funcionario apoderado al efecto, quedaba

asimismo facultado en su calidad de gerente general para celebrar el convenio arbitral, que por supuesto no puede ser calificado de acto contrario al objeto social. Sostener lo contrario sería tanto como decir que, por un instante y solamente en lo relacionado a las transferencias, la gerencia carecía de gerente.

Resulta entonces algo chocante que en el Considerando Vigésimo cuarto de la sentencia se exprese que es “irrelevante (...) considerar (...) si en su condición de gerente general estaba o no facultado para suscribir el convenio arbitral”, lo que sustenta en que las Juntas de Accionistas solamente se habían referido a él para intervenir en los contratos de transferencia. No juzgo el punto nada irrelevante u ocioso, desde luego. Las Juntas tuvieron un cometido único y singular: aprobar los actos jurídicos de transferencias y designar a la persona que los celebraría. De modo que si se acepta (y así lo hace la sentencia en su Considerando Undécimo) que el convenio arbitral tiene autonomía del acto jurídico al cual se vincula, era más bien absolutamente relevante –en rigor, imprescindible– que la sentencia examinara y resolviera, lo que ha omitido, si quien suscribió el pacto arbitral en cuestión tenía o no facultades para hacerlo en virtud de título distinto al del apoderamiento especial que, para un propósito específico, se le extendió en los acuerdos de Juntas. En suma, incluso aunque se admitiera como correcto que la sentencia haya cobijado la ineficacia bajo los paraguas de inexistencia o nulidad, ha desistido de resolver un punto controvertido de singularísima importancia, cual es el de si la persona que convino el arbitraje tenía o no poderes y, de no tenerlos, si hubo o no ratificación.

2.4.3. En segundo lugar, para sustentar que el gerente general de una sociedad mercantil no tiene, por el solo hecho de ser tal, atribuciones o facultades para celebrar un convenio arbitral, la sentencia ha invocado el artículo 167 del Código Civil. Se trata, sin duda, de una grave apreciación y aplicación indebida de una norma, que es de esperar que sea corregida por la Corte Suprema.

El artículo 167 está en el Título de Representación del Libro de Acto Jurídico. Es la representación derivada de apoderamiento y que primariamente se refiere a la de las personas naturales, no de las jurídicas (a las que se aplica sólo supletoriamente en defecto de sus respectivos regímenes especiales). Ese numeral 167, por tanto, se refiere solamente

a los representantes legales (padres, tutores, curadores) de quienes el Código Civil llama incapaces relativos o absolutos, o a quienes actúan en ciertos casos especiales (v.g. bienes del ausente, artículo 56 C.C.; albacea, artículo 787.7° C.C.). Esta es la interpretación de la doctrina nacional, sobre lo cual (hasta donde conozco) no hay el menor atisbo de discordia. Además, es lo que necesariamente se colige de la Exposición de Motivos⁽⁷⁾: “*La norma [se refiere al 167] se fundamenta en la función tuitiva del ordenamiento jurídico que inspira a la representación legal*”. ¿Acaso las personas jurídicas necesitan de alguien externo a ellas que las cuide, guarde, ampare y defienda, que es el significado de tuitivo?

El segundo párrafo del artículo 145 C.C. establece que la representación tiene dos fuentes: “*la otorga el interesado o la confiere la ley*”. Lo que dice, pues, y no hay que retorcer las cosas, es que la voluntad de designar al representante es de arbitrio privativo del representado, o que viene conferida por voluntad (y por eso, iniciativa) ya contenida de antemano en la ley positiva. En materia societaria la ley especial (artículo 185 LGS) exige que haya una gerencia, en el sentido funcional, pero la decisión de otorgar facultades de representación, fijar cuáles son y elección del sujeto son actos que quedan librados a la voluntad de la persona jurídica interesada. En las personas jurídicas (y en particular sociedades) ni la iniciativa de celebrar el negocio jurídico de apoderamiento ni la de elegir a quien encarne el órgano representativo en modo alguno vienen conferidas por la ley, la que se limita a señalar de manera supletoria (artículo 188 LGS) los alcances mínimos de las facultades.

Consecuentemente, cuando el artículo 167 C.C. alude a representantes legales inevitablemente se está refiriendo a aquellos que actúan para y en nombre de personas naturales y en cuya designación y determinación de facultades no puede intervenir el representado (salvo el caso especial de los albaceas, por obvia razón), precisamente porque como carece de voluntad legalmente apta para actuar por sí mismo, tampoco puede elegir a quien lo haga en su nombre y para él, señalando sus atribuciones. El ordenamiento legal, entonces, ante tal carencia de voluntad suficiente del representado le provee la representación y tiene

(7) Compilación de REVOREDO, Delia, *Código Civil*, Exposición de motivos y comentarios. Lima, 1985, Vol. IV, p. 295.

decidido y resuelto previamente (véanse, p. ej. artículos 569 C.C. y 772 CPC) quién es la persona que actúa como representante y con qué atribuciones (véanse, p. ej. incisos 6 y 7 del artículo 423 C.C.), o en defecto de esa persona el Juez (o por decisión del consejo de familia) designa quién debe serlo. Naturalmente, este artículo 167 no se aplica a las personas jurídicas, que sí tienen voluntad y capacidad de decisión para designar tanto a sus representantes orgánicos como a apoderados para actos especiales o cierta categoría de actos.

No puede dejar de comprobarse, además, que cuando la LGS se refiere a representantes (v.g. artículos 12 y 14) prescinde del calificativo “legal”. Y tenía que hacerlo, pues tanto los representantes orgánicos (administradores en la terminología especial de la LGS) como los llamados apoderados derivan su legitimación de la voluntad de quien los nombra, no de las voluntades de la ley o del Juez.

Por otra parte, si se quiere aplicar a los gerentes el inciso 3 del artículo 167 C.C., con el mismo criterio habría que aplicar los otros incisos. Esto es, por ejemplo, los gerentes precisarían de autorización expresa para realizar el más nimio acto de disposición de los activos societarios, sean fijos o negociables, no obstante que la ley societaria (artículo 115 LGS) ha querido que solamente se requiere de autorización cuando el valor de los activos enajenados en un solo acto supere cierto porcentaje del capital social. Para todo lo demás, y salvo que la propia LGS o el estatuto reserven ciertos actos a otros órganos, la gerencia puede celebrar todo tipo de actos jurídicos, incluso de disposición o gravamen, a pesar de que la LGS los llama administradores (artículos 14 y 152). La ley especial, en este caso societaria, ha querido hacer así tres claras distinciones entre la representación civil y la representación que ejerce quien personifica el órgano de la persona jurídica. Primera, que a la gerencia no le es aplicable la distinción entre poder especial y general de administración a que alude el artículo 155 C.C., y aunque la LGS la denomine órgano de administración puede asumir todo tipo obligaciones y celebrar contratos para cuanto concierna a los intereses sociales. Segunda, que tampoco le es pertinente el artículo 156 C.C. cuando exige que la facultad de disponer y gravar conste expresamente, y el gerente podrá hacer lo que sea consistente con el objeto social a menos que se le hayan restringido estas posibilidades o que se trate del caso previsto en el artículo 115 LGS. Tercera, que no es menester

que la atribución a la gerencia para disponer y gravar conste por escritura pública bajo sanción de nulidad (como requiere el 156 C.C., aunque en coherencia con el 161 debió prescribirse ineficacia u inoponibilidad), pues bien se sabe que es suficiente que los poderes consten en acta y se inscriban en el registro.

Y a este respecto, nótese dos grandes diferencias que abundan para hacer más visible que no es posible hacer extensivas indiscriminadamente a la representación legal las reglas de la voluntaria (y tampoco las de la orgánica). En primer lugar, puede verificarse que mientras que el artículo 156 citado condena con nulidad si no es explícito y por escritura pública el poder conferido para ciertos actos, el numeral 167 omite sanción. No establece ni nulidad, ni inexistencia, ni ineficacia. No veo entonces razonable que la sentencia haya traído a colación este numeral para connotarlo con la consecuencia de nulidad de convenio arbitral. Eso no lo permite el artículo IV C.C. En segundo lugar, el acto celebrado invocando representación voluntaria sin tenerla en todo o parte, puede ser ratificado por el representado (sea persona natural o jurídica); no así el realizado por el representante legal, puesto que si su representado no tiene aptitud legal para conferir representación tampoco la tiene para ratificar, que equivale a un apoderamiento *a posteriori*.

Querer aplicar el artículo 167 C.C. a la persona que actúa como gerente de una sociedad para impedirle suscribir un convenio arbitral si no se ha mencionado su calidad de gerente y con autorización para celebrar ese convenio en el acto que aprueba otro acto jurídico distinto (como es el contrato al que se aplicará el arbitraje), significa también prescindir y hacer tabla rasa de los artículos 14 y 188.2 de la LGS, que prescriben que el gerente tiene las facultades generales y especiales de representación procesales, salvo disposición en contrario del estatuto. Encuentro verdaderamente ilógico que se entienda que en aplicación de los artículos 14 y 188.2° citados, en concordancia con el 75 del Código Procesal Civil, puede un gerente pactar arbitraje para las controversias ya sometidas a proceso judicial, pero que se juzgue que no puede pactarlo previamente, antes de que se suscite el diferendo. Digo ilógico porque, en definitiva, se trata de lo mismo: excluir una controversia de la jurisdicción estatal.

2.4.4. Y a propósito de vinculaciones procesales, y solamente para terminar y no extenderme más (aunque la sentencia da mucho de sí para que se haga), no puedo dejar de anotar que el Considerando Undécimo tiene un párrafo independiente sumamente preocupante, pues afirma que “La cláusula arbitral tiene un objeto **estrictamente** procedimental” (resaltado en negrita mío). Esto es inexacto, pues basta leer los párrafos segundo y tercero del artículo 9 de la LGA para comprobar que el acuerdo arbitral no se ciñe estrictamente a lo procedimental. Y eso descontando que el convenio arbitral crea para las partes obligaciones con árbitros, con la institución administradora del arbitraje, etc.

Empero, si la sentencia anulatoria del laudo hubiera llevado las cosas con coherencia y bajo el entendimiento que el convenio arbitral tiene (estrictamente o no) un objeto procedimental, debió recordar que el artículo 75 CPC se aplica supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, según la Primera Disposición Final del CPC.

Análoga observación puede hacerse respecto del voto singular y discrepante del mayoritario en la causa 1567-2006-PA/TC, en el cual el magistrado constitucional opinaba, en sustancia, que en aplicación del artículo 75 CPC los gerentes generales no gozan de facultades para someter a arbitraje controversias que aún no estén en sede judicial, por asimilar el convenio arbitral a los actos de “disposición de derechos sustanciales” (y también dando por equivalentes ineficacia a inexistencia⁽⁸⁾). En este breve artículo no pretendo analizar cuestiones constitucionales, pero he de confesar que se me hace muy cuesta arriba comulgar con esa asimilación. En primer lugar, porque los derechos sustantivos de que habla la norma procesal (que no dice «sustanciales») son los de orden material, para distinguirlos de los procesales

(8) Así es. El Considerando Noveno del voto expresa que “En el caso de autos es posible apreciar que el cuestionamiento de la eficacia del convenio arbitral se funda en la presunta violación por parte del Sr.(...) de las facultades de representación que le fueron conferidas”. Y en el Considerando Décimo expresa que “Por tanto, el Tribunal Arbitral será competente para pronunciarse sobre su propia competencia incluso si lo que se alega, como en el caso de autos, es la inexistencia de un convenio arbitral que vincule validamente a las partes”. (Resaltados en negrita míos). Compruébese, en todo caso, que del voto se advierte que la nulidad del convenio no había sido alegada para oponerse a la competencia del tribunal arbitral.

que enumera a renglón seguido. En segundo lugar, porque con el convenio arbitral no se dispone de un derecho, sino que se establece la jurisdicción ante la cual puede hacerse valer; quiero decir, no es un acto de enajenación, transferencia, abdicación o transmisión de un derecho o modificación de su contenido, sino de opción entre dos vías constitucionales igualmente legítimas. ▲

Noticias Arbitrales

Noticias Arbitrales



NOTICIAS ARBITRALES

El Arbitraje y Medios Alternativos de Resolución de Conflictos

La Superintendencia Nacional de los Registros Públicos – SUNARP consciente del papel tan importante que viene jugando el arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos organizó en noviembre del año pasado un curso de especialización en arbitraje, denominado “El Arbitraje y Medios Alternativos de Resolución de conflictos”. Este evento se llevó a cabo en noviembre de 2007 y contó con la participación del Dr. Carlos Soto Coaguila, director ejecutivo de nuestra Revista.

Constitución del Capítulo Peruano del Club Español de Arbitraje

El pasado 29 de enero se creó el “Capítulo Peruano del Club Español del Arbitraje”. El Club Español del Arbitraje es una de las más importantes instituciones europeas que promociona y promueve el uso del arbitraje doméstico e internacional, como mecanismo de solución de conflictos, entre los empresarios y el público en general.

El primer Comité Directivo del Capítulo Peruano esta conformado por los socios peruanos del Club Español del Arbitraje, doctores Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena como Presidente, Carlos Alberto Soto Coaguila como Secretario, Alberto José Montezuma Chirinos como Tesorero y como Vocales Natale Amprimo Plá y José A. Jiménez García.

Who's who legal reconoce Árbitros Top del Perú

La prestigiosa revista Who's Who Legal ha publicado recientemente The International Who's Who of Commercial Arbitration 2008, identificando

a 450 expertos en 60 jurisdicciones alrededor del mundo. En la lista de árbitros encontramos a cinco distinguidos juristas peruanos: Jorge Avendaño, Fernando Cantuarias, Juan Guillermo Lohmann, Roberto G. MacLean y Felipe Osterling.

La REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE se honra nuevamente con el reconocimiento realizado por Who's Who Legal al doctor Fernando Cantuarias Salaverry, miembro de nuestro Comité Editor.

II Congreso Peruano Internacional de Arbitraje - Arbitraje Comercial Y Arbitraje de Inversión

Por segundo año continuo, la Universidad San Ignacio de Loyola, la Revista Peruana de Arbitraje y el Instituto Peruano de Arbitraje - IPA organizan el II Congreso Peruano Internacional de Arbitraje, denominado Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión, se realizará los días 28, 29 y 30 de abril en Lima y los 1, 2 y de mayo en el Cuzco.

Este evento contará con la participación de reconocidos árbitros nacionales e internacionales, entre los que podemos mencionar: Yves Derains (Francia), Antonio Hierro (España), Alexis Mourre (Francia), Christian Conejero (Francia), Eduardo Silva (Francia), Erik Schäfer (Alemania), Fernando Mantilla-Serrano (Francia), José María Alonso (España), entre otros prestigiosos árbitros internacionales.

Curso sobre Arbitraje Internacional en Santiago de Chile a cargo del Presidente de la RPA

En la prestigiosa escuela de Derecho de la Universidad de Chile el Dr. Jorge Santistevan de Noriega, dictó el curso Arbitraje Internacional en la tercera semana de enero del presente año. Dicho curso forma parte del Diplomado Internacional "Business & Central Law" que ofrece de manera conjunta American University y la mencionada Universidad chilena.

Actividades Académicas sobre arbitraje en el mundo

A nuestros lectores informamos que los eventos académicos sobre Arbitraje se llevarán a cabo en diferentes países del mundo (Mayor información: www.kluwerarbitration-com/arbitration/arb/newsletter/).

Sobre los Autores

Sobre
los Autores



SOBRE LOS AUTORES

(Por orden alfabético)

✓ **NATALE AMPRIMO PLÁ** (*Perú*)

Abogado por la Universidad de Lima, con estudios en Gestión Municipal y Regional en la Universidad de Haifa, Israel. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Lima desde 1991 hasta la fecha. Árbitro del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – CONSUCODE – y del Centro de Arbitraje y Conciliación Comercial del Perú – CEARCO PERÚ. Autor de numerosos artículos y publicaciones, además de expositor en diversos seminarios y fórums sobre los temas de su especialidad. Durante el período agosto 2003– agosto 2004 fue Presidente de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República. Integra la Comisión Especial Revisora del Anteproyecto del Código Civil. Socio principal de Amprimo Abogados S. Civil de R. L. y actual Presidente del Instituto Peruano de Derecho Parlamentario (correo electrónico: namprimo@amprimoabogados.com).

✓ **EMILIO CASSINA RIVAS** (*Perú*)

Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Socio del Estudio Cassina Abogados. Ha sido Gerente de Asesoría Especializada y Asesor Externo del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – CONSUCODE. Ha participado en diversos arbitrajes nacionales. Autor de libro Contrataciones y Licitaciones Públicas. (E-mail: ecassinabogados@yahoo.es)

✓ **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).

✓ **JUAN ANTONIO CREMADES SANZ-PASTOR** (*España*)

Abogado inscrito en los Colegios de Madrid y de París, con despacho abierto en ambas ciudades. Cursó estudios secundarios en el Colegio del Salvador de Zaragoza. Licenciado en Derecho por las Universidades de Zaragoza y París. Doctor en Derecho por la Universidad de París. Presidente de Honor de la Unión Internacional de Abogados, cuya presidencia efectiva asumió en 1990-1991. Primer extranjero elegido a la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de París, mandato que desempeñó en los años 1993-1995. Miembro de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional desde 1969 a 2002. Interviene como abogado o como árbitro en numerosos arbitrajes internacionales. Académico de Número de la Real Academia de Bellas Artes de San Luís y de la Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación. Colegiado de Honor del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, de la Barra Mexicana-Colegio de Abogados y del Colegio de Abogados de Santo Domingo. (E-mail: jac@jacremades.com).

✓ **NICOLÁS LLOREDA** (*Colombia*)

Abogado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, Colombia, con Master en Jurisprudencia Comparada de New York University, y Master en derecho de Sociedades de la Universidad Javeriana. Se desempeñó como Ministro Consejero y Director de la Oficina Comercial de Colombia en Washington a cargo de las relaciones comerciales entre Estados Unidos y Colombia (1993-1997). Fue Director General de la Secretaría de la Comunidad Andina, en Lima, Perú, (1997-2000) a cargo del departamento legal, supervisando el cumplimiento de los estados miembros con la normativa andina, demandando y defendiendo los intereses de la Comunidad Andina ante el Tribunal Andino de Justicia. Así mismo tuvo a su cargo el desarrollo de la legislación andina en los temas de propiedad intelectual, inversiones y compras del estado, y la coordinación de los países andinos en el ALCA y en las negociaciones del acuerdo de libre comercio con MercoSur en esos temas. Su ejercicio profesional se concentra en resolución de controversias internacionales, arbitraje internacional, transacciones inter-

nacionales, y asesoría en negociaciones y políticas de comercio exterior e inversiones. Actualmente asesora empresas en asuntos contractuales y regulatorios en Estados Unidos, y representa empresas y gobiernos en arbitrajes internacionales. Está autorizado para ejercer el derecho en el estado de New York y en la República de Colombia. (E-mail:).

✓ **GUILLERMO 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, 2002. (E-mail: JGLohmann@EstudioRodrigo.com).

✓ **IGNACIO MADALENA** (*España*)

Asociado, B. Cremades y Asociados. LL.M. en Derecho Internacional Público por la Universidad de Georgetown, Washington D.C. y LL.M. en Derecho Mercantil Internacional por la Universidad Católica de Lovaina, Bélgica. Ha participado como abogado o consejero en procedimientos arbitrales relacionados con controversias contractuales de diversa naturaleza, así como en arbitrajes sustanciados al amparo de acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones (E-mail: i.madalena@bcremades.com).

✓ **FERNANDO MANTILLA-SERRANO** (*Francia*)

Socio del Grupo de Arbitraje Internacional del bufete Shearman & Sterling LLP en el cual se dedica al arbitraje internacional. Sus áreas de especialidad incluyen contratación internacional, construcción de grandes proyectos, agencia y distribución, energía, telecomunicaciones, recursos naturales, banca, sociedades, comercio exterior y protección a la inversión. Miembro Titular de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI de París. Miembro Fundador del Consejo Latinoamericano de la London Court of International Arbitration (LCIA) y Fellow del Chartered Institute of Arbitrators. Máster en Derecho Comparado en New York University (NYU). Miembro del Panel de árbitros de los siguientes tratados de libre comercio: G-3 (México, Colombia, Venezuela), Capítulo XII; ACE-35 (Mercosur-Chile); ACE-36 (MERCOSUR-Bolivia). Hace parte también del Panel de Árbitros del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones – CIADI. (E-mail: fmantilla@shearman.com)

✓ **GREGORIO MARTÍN ORÉ GUERRERO** (*Perú*)

Abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP - Posgrado en Derecho Constitucional en la Universidad de Salamanca, España. Maestría en la Universidad Nacional Federico Villareal. Árbitro y especialista en Medios Alternativos de Resolución de Conflictos.

✓ **ERIK SCHÄFER** (*Alemania*)

Socio de Cohausz & Florack, se graduó de la Universidad de Freiburg (Alemania). También estudió en las Universidades de Dijon (Francia) y de Londres (Inglaterra). Obtuvo su examen de admisión a la Barra Alemana en 1987. Ejerció como consejero en la secretaría de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI de 1988 hasta 1992. Luego trabajó e como consejero jurídico interno en el departamento de patentes y marcas de una empresa y desde 1993 hasta fines de 1996 en un despacho inter-profesional (1993-1996) de abogados en Dresden (Alemania). A principios de 1997 se integró al despacho Cohausz & Florack, donde sus áreas principales de práctica son arbitraje comercial, litigios, el derecho de la propiedad intelectual así como el derecho comercial. Desde 1994 ha actuado regularmente como representante de partes y árbitro en arbitrajes nacionales e internacionales. Ha conducido procedimientos arbitrales como presidente o árbitro único en inglés, español, francés así como en alemán. Preside el grupo de trabajo de tecnologías de comunicación electrónica en el arbitraje de la Comisión CCI de Arbitraje Internacional donde él también funge como presidente coadyutorio del grupo de trabajo tratando el uso de peritos en el sistema de los varios reglamentos CCI para la resolución de conflictos. (E-mail: eschaefer@cohausz-florack.de).

Agradecimientos

Agradecimientos



Agradecimientos

El Comité Editor de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE agradece a las personas e instituciones que han colaborado, directa o indirectamente, con la publicación del quinto número de nuestra revista:

Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP	Estudio Echeopar Abogados
Centro de Arbitraje AmCham Perú	Estudio Gherzi Abogados
Estudio Avendaño Abogado	Estudio Grau Abogados
Estudio Aurelio García Sayan Abogados	Estudio Ludowieg, Andrade & Asociados Abogados
Amprimo Abogados	Estudio Oré
Barrios - Fuentes - Gallo Abogados	Estudio Payet, Rey & Cauvi S. Civil de R.L.
Clifford Chance	Estudio Rodrigo, Elías & Medrano
Cuatrecasas	Estudio Rodríguez Larraín S.C.R.L.
Estudio Alegría, Buey Fernandez, Fissore, Montemerlo	Estudio Romero
Estudio Blume Abogados	Estudio Roselló
Estudio Carbonell O'Brien Abogados	Estudio Rubio, Leguía, Normand y Asociados
Estudio Cassina Sociedad Civil	Estudio Santistevan de Noriega & Asociados
Estudio Delmar Ugarte Abogados	

AGRADECIMIENTOS

Estudio Vega & Sologuren Abogados	Piérola & Asociados
Forsyth & Arbe Abogados	Sparrow, Hundskopf & Villanueva Abogados
Dechert	Estudio M. Ferreyros Abogados Asociados
Garrigues	Bernardo M. Cremades
Gallegos Valarezo & Neyra	Erik Schäfer
Hernández & Cía. Abogados	Emilio Cassina
Estudio La Hoz, De la Flor & García Montufar Abogados	Fernando Mantilla - Serreno
Estudio Lema, Solari & Santivañez	Guillermo Lohmann Luca de Tena
MARC Perú	Ignacio Madalena
Miranda & Amado Abogados	Juan Antonio Cremades Sanz-Pastor
Montezuma Abogados	Natale Amprimo Plá
Estudio Jurídico Moreno Baldivieso	Martín Oré Guerrero
Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Luna-Victoria Abogados	Nicolás Lloreda
Estudio Torres y Torres Lara Asociados-abogados	

Las personas interesadas en colaborar con la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE pueden hacer llegar sugerencias, comentarios, noticias, artículos, laudos arbitrales o decisiones judiciales a la siguiente dirección: Av. Pardo N° 1540, Miraflores, Lima 18 – Perú, Tlfs. (51-1) 415-4920, 221-5260, Fax: (51-1) 421-7614, correos electrónicos: jorge@santistevandenoriega.com;

csoto@munizlaw.com y revistaperuanadearbitraje@gmail.com

El Comité Editor agradece todo envío sin comprometerse a su publicación.

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

Índices Históricos

Índices Históricos



CONTENIDO

Primer Número de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE 1/2005

DOCTRINA

- ✦ Guiado por una mano invisible. El orden público al amparo del capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)
HENRI ÁLVAREZ (*Canadá*)
- ✦ Algunas reflexiones sobre el alcance de la protección de las inversiones en el marco de los tratados firmados por Argentina
OSVALDO J. MARZORATI (*Argentina*)
- ✦ El arbitraje y los tratados de libre comercio
FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI (*Perú*)
- ✦ Regulación nacional del arbitraje y la Convención de Nueva York
BERNARDO M. CREMADES (*España*)
- ✦ ¿Cuándo estamos ante un arbitraje nacional o internacional conforme a la Ley General de Arbitraje?
FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY (*Perú*)
- ✦ Arbitraje institucional o arbitraje ad-hoc ¿He ahí el dilema?
PAOLO DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO (*Perú*)
- ✦ Interferencia judicial en los arbitrajes
GUILLERMO LOHMANN LUCA DE TENA (*Perú*)

LAUDOS ARBITRALES NACIONALES

Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE)

- ✦ **Caso Arbitral N° 015-2002/SNCA-CONSUCODE**
Demandante: Javi Contratistas Generales S.A.
Demandado: Instituto Nacional Penitenciario - INPE
- ✦ **Caso Arbitral N° 082-2003/SNA-CONSUCODE**
Demandante: Jenny Hortensia Egüsquiza Oliveros
Demandado: Instituto Nacional de Desarrollo - INADE

LAUDOS ARBITRALES INTERNACIONALES

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

- ✦ **Caso Nro. ARB/03/4**
Demandante: Empresas Lucchetti S.A. y Lucchetti Perú S.A.
Demandado: República del Perú
- ✦ **Caso Nro. ARB/97/3**
Demandante: Compañía de Aguas del Aconguija S.A. y
Vivendi Universal (antes *Compagnie Générale des Eaux*)
Demandado: República Argentina

NOTAS DE INTERÉS

- ✦ Directorio de Centros de Arbitraje
- ✦ Repertorio de Leyes de Arbitraje
- ✦ Circular de la Corte Suprema de la República del Perú: Sobre el respeto a la autonomía de la jurisdicción arbitral
- ✦ Fallo de la Corte Suprema de la República del Perú: Reconocimiento de la jurisdicción arbitral e inexistencia de conflicto de competencia entre jueces y tribunales arbitrales

SOBRE LOS AUTORES

CONTENIDO

Segundo Número de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE 2/2006

DOCTRINA

- ✦ Arbitraje y jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú
JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA (*Perú*)
- ✦ Requisitos para ser árbitro
FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY (*Perú*)
- ✦ La independencia e imparcialidad de los árbitros
JOSÉ MARÍA ALONSO (*España*)
- ✦ Planteos de inconstitucionalidad en el arbitraje
ROQUE J. CAIVANO (*Argentina*)
- ✦ Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos
ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ (*Perú*)
- ✦ Arbitrajes mixtos y Ley aplicable en el TLC - Países Andinos con USA
FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI (*Perú*)
- ✦ Introducción a los requisitos *rationae materiae* y *rationae personae* del arbitraje bajo el Convenio CIADI
C. IGNACIO SUÁREZ ANZORENA (*Argentina*)
- ✦ La jurisdicción *ratione temporis* en arbitrajes bajo los Tratados Bilaterales de Inversiones
PAOLO DI ROSA (*Estados Unidos de Norteamérica*)

- ✦ El arbitraje internacional CIADI y la protección de las inversiones. Nuevas tendencias y alcances de los BITs
GUILLERMO SÁNCHEZ BRAVO (*Perú*)
- ✦ Tratamiento del arbitraje internacional en la vigente legislación española de arbitraje
MARTA GONZALO QUIROGA (*España*)
- ✦ ¿Por qué España? Razones para elegir España como sede de arbitrajes internacionales
JOSÉ ANTONIO CAÍNZOS (*España*)

LAUDOS ARBITRALES NACIONALES

Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE)

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

LAUDOS ARBITRALES INTERNACIONALES

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

- ✦ **Caso Nro. ARB (AF) / 97 / 1**
Demandante: Metalclad Corporation
Demandado: Estados Unidos Mexicanos
- ✦ **Caso Nro. ARB (AF) / 97 / 2**
Demandante: Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca
Demandado: Estados Unidos Mexicanos

DECISIONES CONSTITUCIONALES Y JUDICIALES

Tribunal Constitucional

- ✦ Exp. N° 6167-2005-PHC/TC - LIMA
Fernando Cantuarias Salaverry
- ✦ Comentario de la Sentencia del Tribunal Constitucional:
“Los dilemas de constitucionalizar el arbitraje”
J. DOMINGO RIVAROLA REISZ (*Perú*)

Corte Superior de Justicia de Lima

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

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

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

NOTICIAS ARBITRALES

SOBRE LOS AUTORES

AGRADECIMIENTOS

CONTENIDO

Tercer Número de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE 3/2006

DOCTRINA

- ✧ *¿Lex mercatoria rediviva? Primera parte: De la Edad Media a la Postmodernidad*
FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA (*Perú*)
- ✧ *Jurisdiccionalidad del arbitraje*
FERNANDO VIDAL RAMÍREZ (*Perú*)
- ✧ *La Sala Constitucional y el arbitraje comercial. Hacia un régimen racional del control judicial del laudo arbitral en el derecho venezolano*
ALFREDO DE JESÚS O. (*Venezuela*)
- ✧ *El arbitraje en las sentencias del Tribunal Constitucional la procedencia del amparo contra laudos arbitrales*
JAIME DAVID ABANTO TORRES (*Perú*)
- ✧ *Apuntes sobre arbitraje comercial internacional en la República Popular de China*
DYALÁ JIMÉNEZ FIGUERES (*Costa Rica*)
- ✧ *El Arbitraje en los AII's 2005-2006. Balance general e innovaciones*
FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI (*Perú*)
- ✧ *Protección a las inversionistas: ¿El gobierno podrá parar la música? Antecedentes del Capítulo XI del TLCAN*
MARK A. CYMROT / ELLIOT J. FELDMAN / MICHAEL S. SNARR (*EE.UU.*)

- ✦ El sistema arbitral de consumo en España
CARLOS LASARTE ÁLVAREZ (*España*)
- ✦ La revolución del arbitraje en Brasil y su aceptación por el Poder Judicial
SILVIA BUENO / LISE DE ALMEIDA (*Brasil*)
- ✦ La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa. A propósito de los contratos administrativos
ALEXANDER CAMPOS MEDINA (*Perú*)
- ✦ Medidas precautorias en los procedimientos arbitrales (con especial referencia al derecho argentino)
JULIO CÉSAR RIVERA (*Argentina*)
- ✦ Pronunciamiento acerca de los costos del arbitraje en el laudo arbitral
FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY (*Perú*)
- ✦ La impugnación del laudo en la ley arbitraje española de 2003
RAFAEL HINOJOSA SEGOVIA (*España*)
- ✦ Arbitraje no vinculante: análisis y sugerencias para su implementación como herramienta efectiva en la resolución de conflictos
MARÍA HAYDÉE MIGUEL (*Argentina*)

LAUDOS ARBITRALES NACIONALES

Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del estado (CONSUCODE)

- ✦ **Caso Arbitral N° 013-2005/SNCA-CONSUCODE**
Demandante: Point Trading
Demandado: Ministerio del Interior
Materia: Cumplimiento de pago
- ✦ **Expediente Arbitral N° 070-2004/SNCA-CONSUCODE**
Demandante: IBA Internacional Business Association S.R.L.
Demandado: Electro Oriente S.A.

Tercero: Motore Und Energietechnik
 Betriebsgesellschaft Mbh.
 Materia: Cumplimiento de pago, cesión de derechos e
 intervención de tercero

LAUDOS ARBITRALES INTERNACIONALES

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

- ▲ **Caso CIADI Nro. ARB / 02 / 03**
 Demandante: Aguas de Tunari S.A.
 Demandado: República de Bolivia
- ▲ **Caso CIADI Nro. ARB / 02 / 10**
 Demandante: IBM World Trade Corporation, Actor
 Demandado: República de Ecuador

DECISIONES CONSTITUCIONALES Y JUDICIALES

Tribunal Constitucional

- ▲ **Exp. N° 1567-2006-PA/TC LIMA**
 Compañía de Exploraciones Algamarca
 Resolución Aclaratoria del Tribunal Constitucional

Corte Suprema de Justicia de la República

- ▲ **Anulación de Laudo Arbitral**
 CAS N° 1512-2004 LIMA

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

- ▲ **Anulación de Laudo Arbitral**
 Expediente: 1174-2005
 Demandante: Compañía Minera Antamina S.A
 Demandado: JRC Minería y Construcción S.A.C.
- ▲ **Anulación de Laudo Arbitral**

Expediente 60-2005

Demandante: Gobierno Regional de Piura

Demandado: Construcción Corporation S.A.C. y otros

▲ **Ejecución de Laudo Arbitral**

Expediente 300-2006

Demandante: Casoli S.A.C.

Demandado: Municipalidad Distrital de Carmen de la
Legua Reynoso

Corte Superior de Justicia de Lima - Quinta Sala Civil

▲ **Anulación de Laudo Arbitral**

Expediente 570-2005

Demandante: Fuerza Aérea del Perú

Demandado: Consorcio conformado por la Planta de
Reparación de Aeronaves de Ulan-Ude,
Motores Vladimir Klimov-Motor Sich, Oscar
Avia Group y Pacific Aeropace Holdings Ltd.

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

NOTICIAS ARBITRALES

SOBRE LOS AUTORES

AGRADECIMIENTOS

CONTENIDO

Cuarto Número de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE 4/2007

DOCTRINA

- ✦ Tribunal Constitucional y arbitraje: improcedencia del amparo contra resoluciones y laudos arbitrales, el control difuso en sede arbitral y el tratamiento de la recusación del tribunal arbitral “*in toto*”
JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA (*Perú*)
- ✦ Pacte con cuidado, podría terminar en el Poder Judicial
CARLOS RUSKA MAGUIÑA (*Perú*)
- ✦ Algunos problemas derivados de los arbitrajes con partes o relaciones jurídicas múltiples
ROQUE J. CAIVANO (*Argentina*)
- ✦ Apuntes sobre el arbitraje administrativo y la materia arbitrable respecto de adicionales de obra
ANA MARÍA ARRARTE ARISNABARRETA (*Perú*)
CARLOS PANIAGUA GUEVARA (*Perú*)
- ✦ De la distinción entre “*treaty claims*” y “*contract claims*” dentro del arbitraje transnacional en materia de inversiones
MARGIE-LYS JAIME RAMÍREZ (*Panamá*)
- ✦ Acumulación de arbitrajes en la esfera internacional: tensiones y problemas
C. IGNACIO SUÁREZ ANZORENA (*Inglaterra*)

- ✦ **Primeras aplicaciones de las nuevas reglas de arbitraje del CIADI sobre transparencia y participación de terceros en el procedimiento arbitral**
ENRIQUE FERNÁNDEZ MASÍÁ (*España*)

- ✦ **La prejudicialidad civil de los procedimientos arbitrales sobre los judiciales**
JOSÉ ANTONIO CAÍNZOS FERNÁNDEZ (*España*)
IÑIGO RODRÍGUEZ-SASTRE (*España*)

- ✦ **Arbitraje y *référé* en Francia. Reflexiones finales en torno a nuestro actual sistema de medidas cautelares en materia arbitral**
JUAN PABLO CORREA DELCASSO (*España*)

- ✦ **La motivación de los laudos y el recurso de anulación**
ENRIQUE A. PALACIOS PAREJA (*Perú*)

- ✦ **La eficacia del arbitraje internacional y el nebuloso control judicial de los convenios arbitrales en el Perú, ¿quién controla al controlador?**
GUILLERMO SÁNCHEZ BRAVO (*Perú*)

- ✦ **La expropiación indirecta y el Capítulo 10 del TLC suscrito por el Perú con Estados Unidos de Norteamérica**
MARCO CHÁVEZ GONZÁLES (*Perú*)

LAUDOS ARBITRALES NACIONALES

- ✦ **Laudo Arbitral**
Demandante: GyM S.A.
Demandado: Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima - SEDAPAL
Materia: Liquidación de Contrato de Prestación de Servicios

LAUDOS ARBITRALES INTERNACIONALES

- ✦ **Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)**
- Caso CIADI Nro. ARB/01/10
Demandante: Repsol YPF Ecuador, S.A.
Demandado: Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)

DECISIONES CONSTITUCIONALES Y JUDICIALES

- ✦ **Tribunal Constitucional**
 - Exp. N° 7641-2005-PA/TC
 Eustaquio Jiménez Contreras
- ✦ **Corte Suprema de Justicia de la República del Perú**
 - **Anulación de Laudo Arbitral**
 Cas. N° 825-2006-Lima
 Reconocimiento de Laudo Arbitral
 A.P. N° 323-2005-Lima
- ✦ **Corte Superior de Justicia de Lima - Tercera Sala Civil**
 - **Anulación de Laudo Arbitral**
 Expediente: 1632-04
 Demandante: Provías Nacional
 Demandado: JJC Contratistas Generales S.A.
- ✦ **- Anulación de Laudo Arbitral**
 Expediente: 917-2001
 Demandante: San Fernando S.A.
 Demandado: Alimentos Protina S.A.

COMENTARIOS BIBLIOGRÁFICOS

Comentarios a propósito de la presentación del libro del
 prof. Fernando Cantuarias
 JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA

EVENTOS DESTACADOS

- ✦ La presencia del Perú en la 5ª Conferencia Internacional
 de Arbitraje: perspectiva comparada y de 360 grados
 JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA
 ADRIÁN SIMONS PINO
- ✦ El Primer Congreso Peruano Internacional de
 Arbitraje y nuestra Revista
 JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA
 CARLOS A. SOTO COAGUILA

NOTICIAS ARBITRALES

SOBRE LOS AUTORES

AGRADECIMIENTOS

CONTENIDO

Quinto Número de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE 5/2007

DOCTRINA

- ✦ *¿Lex mercatoria* rediviva? Segunda parte: Ley internacional y ley nacional
FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA (*Perú*)
- ✦ «*Separability*» in the *United States Supreme Court*
ALAN SCOTT RAU (*USA*)
- ✦ «Y no desearás a la mujer de tu prójimo». Lo que se puede y no arbitrar en materia de contrataciones y adquisiciones del Estado
HUGO SOLOGUREN CALMET (*Perú*)
- ✦ Representación o asesoría de abogados foráneos en arbitrajes en América Latina
FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY (*Perú*)
- ✦ El arbitraje y el control de la constitucionalidad
RICARDO LUQUE GAMERO (*Perú*)
- ✦ La noción de inversión: ¿Hacia una restricción de la competencia del CIADI?
IBRAHIM FADLALLAH (*Francia*)
- ✦ Ejecución forzada de laudos internacionales
ALEXIS MOURRE (*Francia*)

- ✦ El plazo para el ejercicio de la acción en el arbitraje marítimo internacional
CARLOS ESPLUGUES MOTA (*España*)

LAUDO ARBITRAL NACIONAL

- ✦ Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE)
- ✦ Caso Arbitral N° 106-2004-SNCA-CONSUCODE
Demandante: Consorcio Energoprojekt – Cosapi S.A. – Constructora Upaca S.A. – Construcciones Villasol S.A.
Demandado: Proyecto Especial Chira-Piura
- ✦ Comentario al Caso Arbitral N° 106-2004-SNCA-CONSUCODE
El ámbito de competencia de los árbitros. Las fórmulas polinómicas como mecanismo de reajuste idóneo para mantener el equilibrio económico financiero del contrato
GUSTAVO RIVERA FERREYROS (*Perú*)

LAUDOS ARBITRALES INTERNACIONALES

- ✦ Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)
- ✦ Caso CIADI N° ARB/03/28
Demandante: Duke Energy International Peru Investments N° 1, LTD.
Demandado: República del Perú
- ✦ Comentario al Caso CIADI N° ARB/03/28
Las sorpresas de la Decisión sobre competencia en el procedimiento de arbitraje entre Duke Energy International Peru Investments N° 1 LTD (demandante) y la República del Perú (demandado)
FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI (*Perú*)
ALVARO LOREDO ROMERO (*Perú*)

DECISIONES CONSTITUCIONALES Y JUDICIALES

- ✦ **Tribunal Constitucional**
Exp. N° 7181-2006-PHC/TC

- ✦ **Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional**
Distinción entre árbitros y funcionarios públicos en sede constitucional
JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA (PERÚ)

- ✦ **Corte Suprema de Justicia de la República**
Casación N° 856-2006-Lima

- ✦ **Comentario a la Sentencia Casatoria**
Confusiones sobre el convenio arbitral y sus alcances en sede casatoria
JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA (PERÚ)

- ✦ **Corte Superior de Justicia de Lima - Primera Sala Civil**
Exp. N° 3015-2003

NOTICIAS ARBITRALES

SOBRE LOS AUTORES

AGRADECIMIENTOS

ÍNDICES HISTÓRICOS

ÍNDICE GENERAL

Índice General

Índice General



ÍNDICE GENERAL

<i>Contenido</i>	v
<i>Presentación</i>	vii

DOCTRINA

Procedimientos paralelos en el arbitraje internacional

BERNARDO M. CREMADES
IGNACIO MADALENA

1. Planteamiento del problema	3
2. La litispendencia en el arbitraje internacional.....	8
2.1. Concepto, naturaleza, regulación y aplicación al arbitraje	8
2.2. Proceso judicial y arbitraje previo	11
2.3. Arbitraje y proceso judicial previo	16
2.4. Arbitrajes paralelos	23
3. Arbitrajes múltiples y conexos	26
4. El principio de cosa juzgada	34
4.1. Concepto, naturaleza, regulación y aplicación al arbitraje	34
4.1.1. <i>Cosa juzgada formal</i>	39

4.1.2. Cosa juzgada material	41
4.2. El valor en el arbitraje de los laudos y sentencias dictados en litigios idénticos	42
4.3. El valor en el arbitraje de los laudos dictados en litigios conexos	47
5. El solapamiento de cláusulas de resolución de controversias en el arbitraje inversor-estado: Contrato y tratado	52
5.1. Límites jurisdiccionales del Tribunal Arbitral	55
5.2. La distinción entre reclamaciones y su interacción con el ordenamiento jurídico interno e internacional	61
5.3. Las cláusulas de bifurcación en el camino	68
5.4. La renuncia	70
6. La acumulación de procedimientos en el arbitraje internacional	73
6.1. Planteamiento del problema	73
6.2. Requisitos necesarios para la acumulación de procedimientos	75
7. Conclusión	83

Elección y nombramiento de los árbitros. Desde el punto de vista de las partes

ERIK SCHÄFER

1. Introducción	89
2. Factores que se deben tomar en consideración al elegir un árbitro	90
A. Factores legales	90
A.1. La jerarquía de las formativas	90
A.2. Consecuencias de violaciones de las normativas en general	91
A.3. Consecuencias relativas a una falta de independencia e imparcialidad de un árbitro	92
B. Factores de orden de táctica procesal	95

<i>B.1. Elección y nombramiento de un coárbitro</i>	95
<i>B.2. Elección y nombramiento de un árbitro único</i>	97
<i>B.3. Elección y nombramiento de un presidente</i>	97
3. Incumplimiento con los requisitos de ser y permanecer independiente e imparcial	98

Naturaleza jurídica del arbitraje y su obligatoriedad en el arbitraje testamentario

NATALE AMPRIMO PLÁ

1. El arbitraje testamentario	103
2. Controversias que pueden someterse a arbitraje testamentario	105
3. Consecuencias de no someterse al fuero arbitral	107
4. A modo de conclusión	110

Obras adicionales y mayores metrados

EMILIO CASSINA RIVAS

1. El artículo 42 de la Ley N° 26850 – adicionales ordenados	112
2. Prestaciones adicionales por errores o hechos imprevistos	112
3. Prestaciones adicionales de obras hasta el 15% y mayores de 10% en obras	113
4. Ampliaciones de plazo por prestaciones adicionales	113
5. Naturaleza de las prestaciones adicionales – diferencia con mayores metrados	113
6. Diferencia entre prestaciones adicionales y mayores metrados-doctrina	115
7. Los sistemas y las prestaciones adicionales en obras del Estado	120
8. Pago de mayores metrados: Pago de presupuestos adicionales de obra	122

El exequátur en España de los laudos extranjeros

JUAN ANTONIO CREMADES SANZ-PASTOR

1. Jurisdicción competente para conceder el exequátur	127
2. Procedimiento	131
3. Recursos	138
4. Laudos que pueden obtener el exequátur	140
5. Convenios internacionales aplicables al exequátur	143
6. Control del laudo extranjero en el procedimiento de exequátur	146
7. Motivos de oposición al exequátur	152
8. Violación del orden público	153
9. Problemas derivados de la cláusula compromisoria	155
10. No participación en el arbitraje	168
11. Irregularidades en el procedimiento de arbitraje	171
12. Litispendencia en España	175
13. Apertura en España de un procedimiento concursal	180
14. Conclusión	183

La solución de controversias en los tratados de libre comercio y/o convenios bilaterales de inversión

GREGORIO MARTÍN ORÉ GUERRERO

1. Introducción	185
2. Clases de conflictos	188
3. El CIADI en el TLC firmado entre Perú y Estados Unidos	190
3.1. En el Capítulo X del TLC entre el Perú y Estados Unidos, referido a la Inversión, se establece en la Sección B), las normas referentes a la solución de controversias entre el inversionista y el Estado	190
3.2. Aspectos controvertidos en el CIADI	191

4.	El proceso de resolución de controversias entre Estados en el TLC firmado entre Perú y Estados Unidos	196
5.	Mecanismo de solución de controversias entre particulares	197
5.1.	La solución de controversias entre particulares se encuentra regulada por la autonomía de la voluntad, sin que esto signifique que no se puedan aplicar convenios o tratados internacionales como, la Convención de Viena de 1980 ratificado por el Perú, relativo a la compra venta internacional de mercaderías	197
5.2.	Beneficios del arbitraje internacional	197
6.	Conclusiones	198
7.	Anexo	199

La denuncia de la Convención de Washington, ¿impide el recurso al CIADI?

FERNANDO MANTILLA-SERRANO

1.	La Convención de Washington prevé la denuncia	207
2.	Los efectos de la denuncia están limitados por la convención misma y por los compromisos del Estado	208
2.1.	La protección de los derechos y obligaciones en la Convención	208
2.2.	Sumisión al arbitraje CIADI como una de las obligaciones del Estado bajo el BIT	211
3.	El camino a seguir por el inversionista no está desprovisto de dificultades	213

LAUDO ARBITRAL NACIONAL

▲	Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE)	
	Caso Arbitral N° 044-2006-SNCA-CONSUCODE	
	Demandante: Consorcio Vial Chavín	
	Demandado: Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Departamental - PROVÍAS	219

LAUDO ARBITRAL INTERNACIONAL

▲ Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)	
Caso CIADI N° ARB/03/04	
Demandante: Industria Nacional de Alimentos S.A. e Indalsa Perú S.A.	
Demandado: Estado Peruano	249
Comentario al Caso CIADI N° ARB/03/04	
En el caso Lucchetti y su precedente en la jurisprudencia internacional	
NICOLÁS LLOREDA (<i>EE.UU</i>)	297
1. El proceso de anulación	302
2. El precedente del caso Lucchetti	307

DECISIONES CONSTITUCIONALES Y JUDICIALES

▲ Corte Superior de Justicia de Lima - Primera Sala Civil con subespecialidad Comercial	
Expediente N° 1757-2006	
Demandante: Compañía Minera Algamarca S.A. y Compañía de Exploraciones Algamarca	
Demandado: Minera Sulliden Shahuindo S.A.C.	313
Comentario a la Sentencia del Expediente N° 1757-2006	
Una cuestionable anulación de laudo arbitral. Nulidad de convenio arbitral, representación de personas jurídicas y artículo 167 del Código Civil	
GUILLERMO LOHMANN LUCA DE TENA (<i>Perú</i>)	347
1. Resumen de antecedentes	347
2. Análisis	348
2.1. La inexistencia, la nulidad y la ineficacia. Conceptos distintos. Sus diferentes efectos	348

2.2. La nulidad de convenio arbitral como causal de anulación de laudo	355
2.3. ¿Procede anulación de laudo arbitral por causal no invocada en el proceso arbitral?	358
2.4. La representación llamada orgánica y la indebida aplicación del artículo 167 C.C.	360
NOTICIAS ARBITRALES	369
SOBRE LOS AUTORES	373
AGRADECIMIENTOS	379
ÍNDICES HISTÓRICOS	383
Primer Número de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE 1/2005	385
Segundo Número de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE 2/2006	387
Tercer Número de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE 3/2006	391
Cuarto Número de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE 4/2007	395
Quinto Número de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE 5/2007	399
ÍNDICE GENERAL	403

ÍNDICE GENERAL

Esta revista se terminó de imprimir en Magna Ediciones
en el mes de marzo de 2008

