

PONENCIAS DEL CUARTO CONGRESO
INTERNACIONAL DE ARBITRAJE
2010

Volumen 20 Biblioteca de Arbitraje del
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

Ponencias del Cuarto Congreso Internacional de Arbitraje 2010

CENTRO DE
ARBITRAJE



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATÓLICA**
DEL PERÚ



ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

PONENCIAS DEL CUARTO CONGRESO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE 2010

Primera edición, agosto 2012

Tiraje: 1000 ejemplares

© Mario Castillo Freyre, coordinador

© MARIO CASTILLO FREYRE, editor, 2012

Av. Arequipa 2327, Lince

Telfs. (511)200-9090 / 422-6152 / 441-4166

estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

© PALESTRA EDITORES S.A.C., 2012

Jr. Ica 435 Of. 201 - Lima 1 - Perú

Telefax: (511) 7197-628 / 7197-629

palestra@palestraeditores.com - www.palestraeditores.com

Diseño de Cubierta: Iván Larco

Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.

Imprenta: F.M. Servicios Gráficos S.A.

Henry Revett n.º 220 Lima - Lima - Santiago de Surco

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

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2012-07832

ISBN: 978-612-4047-79-4

Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

	Páginas
PALABRAS LIMINARES	9
1. El Arbitraje en los procesos de privatización José Daniel Amado Vargas	11
2. El control judicial del Arbitraje Alfredo Bullard González	23
3. Revisión de la aplicación práctica de las principales modificaciones en materia de arbitraje en la Ley de Contrataciones del Estado Ricardo Gandolfo Cortés	39
4. La ejecución de laudos extranjeros en la experiencia peruana Gonzalo García-Calderón Moreyra	71
5. Ejecución de laudos contra terceros: una aproxima- ción a partir del Pleno Jurisdiccional Comercial Marianella Ledesma Narváez	85
6. Los Tratados de Libre Comercio y las Inversiones Nicolás Lloreda	95
7. El pacto de negociar con anterioridad a la iniciación del arbitraje (<i>multi-step dispute resolution clauses</i>) Álvaro López de Argumedo Piñeiro	107

8. Ampliación de plazo y prestación de adicionales ¿materia arbitrable o necesariamente arbitrable? Álvaro Prialé Torres	135
9. Plazos de caducidad en los arbitrajes con el Estado Mario Reggiardo Saavedra	153
10. Arbitraje y seguros Pedro Richter Valdivia	169
11. Designación de árbitros y costos arbitrales Silvia Rodríguez Vásquez	183
12. Medidas anti-proceso en el Arbitraje Internacional (<i>Anti-suit injunctions</i>) Franz Stirnimann Fuentes	201
13. El arbitraje institucional en la experiencia española Miguel Temboury Redondo	215
14. La responsabilidad y la ética de los centros de arbitraje Mario Castillo Freyre	225

PALABRAS LIMINARES

Es muy grato para nuestro Estudio presentar el volumen 20 de la *Biblioteca de Arbitraje*, el mismo que recoge las ponencias expuestas en el Cuarto Congreso Internacional de Arbitraje, que coorganizamos con el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú en septiembre del año 2010.

Ha sido siempre vocación de los organizadores del referido Congreso, el compilar las ponencias de los participantes, de modo tal que las mismas sean publicadas para su ulterior consulta general.

En ese sentido, estamos muy honrados de publicar este libro, el mismo que incluye catorce trabajos, escritos por José Daniel Amado Vargas, Alfredo Bullard González, Ricardo Gandolfo Cortés, Gonzalo García-Calderón Moreyra, Marianella Ledesma Narváez, Nicolás Lloreda, Álvaro López de Argumedo Piñeiro, Álvaro Prialé Torres, Mario Reggiardo Saavedra, Pedro Richter Valdivia, Silvia Rodríguez Vásquez, Franz Stirnimann Fuentes, Miguel Temboury Redondo y el suscrito.

Adicionalmente, es muy satisfactorio apreciar cómo se ha ido consolidando nuestro Congreso Internacional de Arbitraje, el mismo que en el año 2010, batió récord de asistencia.

Dicho evento ha ido convocando cada vez más a los actores del medio arbitral peruano, convirtiéndose en un espacio importante de debate y de exposición de los principales temas de interés en el Arbitraje.

Es para mí también satisfactorio el ver cómo estos Congresos han ido afirmando la presencia del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, cuyo crecimiento e importancia cualitativa son muy notorios en la actualidad.

Sometemos a consideración de nuestros lectores este volumen 19 de la *Biblioteca de Arbitraje*.

Lima, abril del 2012

MARIO CASTILLO FREYRE¹

¹ Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Profesor principal de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. www.castillofreyre.com.

EL ARBITRAJE EN LOS
PROCESOS DE PRIVATIZACIÓN

José Daniel Amado Vargas

EL ARBITRAJE EN LOS PROCESOS DE PRIVATIZACIÓN

*José Daniel Amado Vargas**

Para hablar de arbitrajes de inversión y luego de privatización, tenemos que empezar por recordar que el origen normativo de las disposiciones más importantes en esta materia surgen justamente en épocas en las que no había arbitraje de inversión porque virtualmente no había inversión en el Perú y, lo que ocurrió a partir del año 1990 fue una revolución normativa; el Congreso de la República delegó al Poder Ejecutivo la facultad de legislar mediante decretos legislativos, normas sobre el crecimiento de la inversión privada donde le cupo importante labor al doctor Alfonso de los Heros en todo ese trabajo y por cierto también a muchos exalumnos de esta universidad que quiero recordar especialmente, a Manuel de la Puente, Rafael Roselló, Alfonso Rubio y Jack Batievsky, que ya no están entre nosotros y que de alguna manera aportaron su conocimiento del Derecho Privado a generar una situación de progreso normativo, un clima de inversión adecuado y encontraron que el tema del arbitraje era absolutamente fundamental.

Todavía había vestigios en la Constitución de 1979 de lo que se llamaba la doctrina Calvo, que hoy día estudiamos de manera histórica, sin embargo, si uno mira el artículo 136 de la Constitución de 1979 ya se hablaba de procesos arbitrales constituidos en virtud de convenios internacionales, eso era el límite de lo que podía llevarse a arbitraje

* Socio del Estudio Miranda & Amado Abogados.

internacional cuando el Estado era parte.¹ En ese contexto es que se da la lluvia de decretos legislativos de los años 1991 y 1992 y se forman esos grupos de trabajo que permiten un avance fundamental en temas como por ejemplo la inversión extranjera, el arbitraje en particular y se crea el marco para generar mecanismos vinculados a la transferencia del sector privado de lo que el Estado venía haciendo, sea como accionista titular de compañías o sea en su función promotora de obras de infraestructura.

Lo que hace el artículo 16 del Decreto Legislativo n.º 662 es que pone de manera muy clara que los convenios de estabilidad pueden ser llevados a tribunales arbitrales constituidos en virtud de tratados de los cuales el Perú sea parte.² Todo esto dentro de los límites de la Constitución de 1979, y eso es importante porque en la Constitución de 1979 todavía había esa primera nota a la cual me referí sobre la posibilidad de ir a arbitraje donde hubiese un convenio internacional y existía también en ese momento el artículo 1357 del Código Civil de 1984, que había generado la posibilidad de crear Contratos Ley,³ otro tema fundamental y muy vinculado a lo que después iba a ser el gran desarrollo del arbitraje de inversión en el país.

¹ Artículo 136.- Las empresas extranjeras domiciliadas en el Perú están sujetas sin restricciones a las leyes de la República. En todo contrato que con extranjeros celebran el Estado o las personas de derecho público o en las concesiones que se les otorgan, debe constar el sometimiento expreso de aquéllos a las leyes y tribunales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática.

Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero. El Estado y las personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de contratos con extranjeros a tribunales judiciales o arbitrales constituidos en virtud de convenios internacionales de los cuales es parte el Perú.

² Artículo 16.- El Estado podrá someter las controversias derivadas de los convenios de estabilidad a tribunales arbitrales constituidos en virtud de tratados internacionales de los cuales sea parte el Perú.

³ Artículo 1357 del Código Civil

«Por ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato».

Estoy haciendo mención también porque en realidad fue una norma que vino después, en el año 1995, la que aclaró de alguna manera la relación del artículo 1357 del Código Civil y la posibilidad de que el Estado otorgue garantías y seguridades en procesos de privatización. Al final, voy a hacer un pequeño resumen relacionando todo, pero nuevamente no olvidemos la apertura de la inversión, el tema de arbitraje, cómo las normas de crecimiento de la inversión privada que se dieron en los años 1991 y 1992 dieron un paso adelante en ese tema y cómo las normas de privatización, de alguna manera, encontraron la fórmula para reunir todas esas situaciones en una ventaja competitiva para el Perú como destino de inversiones.

La Constitución Política de 1993, que hace algunos cambios fundamentales, tiene mucho que ver con lo que finalmente terminó siendo y consolidando un marco jurídico de crecimiento de la inversión privada. Muchas veces se dice que el país no se puede cambiar por normas legales y por supuesto que eso es cierto. Yo creo, y viví esa época, que todos estos cambios normativos, fueron en gran medida una excepción a esa regla que todos conocemos, el drástico viraje que se reflejó en políticas de Estado que, a su vez, llegaron con las normas legales distintas, fue fundamental en el crecimiento de la inversión privada del país.

El artículo 63 de la Constitución es el que habla de la inversión nacional y extranjera y toca de manera muy diferente a lo que hace un momento había leído sobre la posibilidad de ir a arbitraje.⁴ Agrega que

⁴ Artículo 63.- Inversión nacional y extranjera

La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas.

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

el Estado y las entidades del Estado pueden someter las controversias a arbitraje y, luego dice con toda claridad, que aquellas controversias de naturaleza contractual pueden estar sometidas a arbitraje nacional o internacional en la forma que lo establezca la ley, con lo cual ya la limitación de que era necesario un tratado, había quedado de lado a partir del año 1993.

También la Constitución tocó el tema de los Contratos Ley, y el artículo 62 se refiere a la libertad de contratar y, de manera particular, al tema de los conflictos y controversias.⁵ Todo esto es importante, porque algunos de los principales casos arbitrales que se han dado en el Perú tienen que ver directamente con ese marco legal, con el tema de las normas de crecimiento de la inversión privada, de la creación del régimen de la estabilidad jurídica, que a su vez se sustentó en los Contratos Ley y de alguna manera generaron un marco propicio para que al momento de privatizar, el Estado pudiese decirle a las entidades interesadas en una privatización que si tienen un problema, no iban a tener riesgo en el Poder Judicial (de esa época) y van a poder acceder a arbitraje y, en particular, van a poder acceder a arbitraje internacional en algunos casos y, en otros casos, nacional. Estoy citando los casos más conocidos en el arbitraje internacional en materia de privatización varios de ellos, todos

El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.

⁵ Artículo 62.- Libertad de contratar

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

los cuales tienen que ver con convenios de estabilidad y eso es muy importante porque nuevamente hace la relación entre Contrato Ley, convenio de estabilidad y privatización:

- El caso Duke Energy International contra el Estado peruano, que si bien la compañía Duke Energy ganó en el CIADI, está en proceso de revisión en estos momentos en la Corte Permanente de La Haya.
- El caso Aguaytía Energy contra el Estado peruano, que es un caso donde el Estado peruano salió victorioso y que es muy interesante porque toma una perspectiva distinta de los tribunales que van a referirse en particular a los convenios de estabilidad.

Todo este marco de la inversión privada es fundamental en el análisis de estos dos casos. Si uno lee los laudos, va a encontrarse con toda esa historia de cómo el Perú pasa de una época donde no había un marco adecuado para la inversión, a una época en la cual sí lo había, de cómo el arbitraje era fundamental para esto y cómo en particular los casos de privatización y concesiones fueron fundamentales también.

Los casos de Edelnor, Luz del Sur y Edegel son de privatizaciones y también son casos donde el arbitraje se llevó por el convenio de estabilidad jurídica. Son casos muy similares al de Duke Energy en cuanto a cuál fue la materia que estaba detrás de estos casos. La gran diferencia es que estos casos se dieron en el Perú, bajo arbitraje nacional, por un centro arbitral local. El resultado fue el mismo que el de Duke Energy.

Hablando de contratos de privatización podríamos hablar interminablemente, porque han habido muchísimas privatizaciones que implicaban transferencias al sector privado de la propiedad o el uso de bienes, de acciones o servicios del Estado. Éste es el caso de la cláusula de la privatización de Telefónica, que es muy completa y habla de la posibilidad de una resolución amistosa entre las partes, un tema muy recurrente

en los contratos de privatización peruanos.⁶ Después veremos cómo el Estado peruano ha promovido esto recientemente y ha generado una norma vinculada justamente a esta visión de que en primer lugar hay que hacer un esfuerzo de una solución amistosa y luego se toca de manera particular un arbitraje administrado que permite una resolución de las controversias que se dieran. Esta cláusula fue repetida en muchos otros contratos de privatización; Telefónica quizá fue un símbolo de las privatizaciones de esa época, pero definitivamente es una cláusula que se ha encontrado muchas veces y ha sido invocada en varias ocasiones por la empresa Telefónica.

El tema de contratos de concesión, en cambio, llamémosles contratos de concesión para generar obras de infraestructura, es un tema donde los conflictos y controversias tienen un régimen muy particular que ya quedó acuñado desde el primer contrato de concesión BOOT (*build, own, operate and transfer*), de construir y transferir al Estado, durante un plazo, se dio esta posibilidad de generar una situación muy particular al nivel de cómo se resuelvan las controversias. Las controversias se van a resolver según los contratos BOOT en el Perú en un modelo utilizado hasta el día de hoy de la manera que está allí proyectado y que se podrá acceder a través del Centro de Arbitraje.⁷

⁶ Cláusula arbitral del Contrato de Concesión entre el Estado y la Empresa Nacional de Telecomunicaciones S.A.A. (hoy Telefónica del Perú S.A.A.).

Sección 3.01: Sometimiento

Cualquier controversia que surja de o en conexión con este CONTRATO, su interpretación o ejecución, incluyendo cualquier aspecto relativo a su existencia, validez o terminación, será resuelto amistosamente por las partes y en caso estas partes no llegaran a un acuerdo satisfactorio en el proceso de conciliar, la o las materias en controversia serán finalmente resueltas mediante arbitraje administrado por la Cámara de Comercio de Lima. Ambas partes convienen en que el procedimiento arbitral no será iniciado o éste no prosperará, para las controversias relativas a una materia o en relación a un asunto que pueda estar o está pendiente de solución conforme a los procedimientos que este mismo contrato establece.

⁷ Cláusula arbitral del Contrato de Concesión de Distribución de Gas en Lima y Callao: Cláusula 18, Solución de Controversias.

Por un lado, los conflictos tienen que ser definidos si son controversias técnicas o no técnicas. Si fueran técnicas, se hará un peritaje que como ustedes saben, de acuerdo a una disposición final de la ley de arbitraje en el Perú, tienen un régimen análogo al arbitraje, y si son no-técnicas, irán a arbitraje local si la disputa es hasta diez millones de dólares, o irán a un arbitraje en el CIADI a partir de diez millones de dólares. Ése es el contrato estándar a nivel de contratos de concesión o de infraestructura, llámese Camisea o cualquier tipo como los de grandes carreteras.

Menciono algunos casos, sin hacer juicio de valor, para darles una idea sobre qué casos se han dado hasta ahora:

- Caso Grupo Distriluz, es un caso muy interesante en el cual una empresa que había adquirido cuatro compañías de distribución eléctricas, decide devolverlas al Estado. El caso va a arbitraje y el Estado demanda a las empresas y el Estado termina recuperando la propiedad de las empresas y cobrándole cuarenta millones de dólares al que había ganado la buena pro, que era el grupo Distriluz.
- Caso Teleférico, un caso un poco más concreto y muy específico, donde había una cláusula penal a favor del ganador de la buena pro quien logra, debido a que la UNESCO no le da el pase al proyecto teleférico de Macchu Pichu, cobrarle al Estado una cláusula penal importante.

Los conflictos y controversias que pudieran surgir entre las Partes deberán ser resueltos por trato directo entre las Partes dentro de un plazo de quince (15) días. En caso de no resolverlo mediante trato directo, deben definir si se trata de una controversia de carácter técnico o no técnico.

Controversias técnicas resueltas por un Experto y controversias no técnicas por un tribunal arbitral: (i) arbitraje internacional de acuerdo con Reglamentos del CIADI en caso el monto comprometido sea superior a US\$ 10,000,000; y (ii) arbitraje de derecho ante la Cámara de Comercio de Lima en caso el monto comprometido sea menor o igual a US\$ 10,000,000.

- Caso Hydro-Quebec, es un caso muy interesante vinculado a contratos de concesión. Éste fue un peritaje internacional donde las partes se pusieron de acuerdo en nombrar a un perito internacional de nacionalidad argentina que finalmente resolvió en una resolución pericial, más o menos 18 millones de dólares a favor de la compañía Hydro-Quebec.
- Caso Antamina, es un caso de servicios donde la disputa era sobre cuánto tenía que ganar el banco de inversión que asesoró al Estado peruano en la venta de Antamina, donde como ustedes quizá recuerden, hubo un pago de 147 millones de dólares; era un compromiso de inversión de dos mil millones de dólares, que en esa época eran cifras absolutamente astronómicas.

Quiero terminar diciendo que hoy en día el Estado peruano ha comprendido que el tema de la solución amistosa es un tema fundamental, concepto que surge además de la doctrina internacional, está en los tratados bilaterales de inversión de posible arreglo entre las partes y tenemos en el Perú una ley que establece este sistema de coordinación para tratos directos cuando existe una controversia internacional planteada por un inversionista o por el Estado. Y existe esta ley que muchas personas no conocen, pero que es muy importante, sobre el sistema de coordinación y respuesta del Estado a ese tipo de controversias.⁸ Todo

⁸ Ley que establece el sistema de coordinación y respuesta del Estado en controversias internacionales de inversión, Ley n.º 28933.

Optimizar la respuesta y coordinación al interior del sector público frente a las Controversias Internacionales de Inversión, permitiendo una oportuna y apropiada atención.

Centralizar la información de los acuerdos y tratados en materia de inversión suscritos por el Estado peruano (...).

Establecer un mecanismo de alerta frente al surgimiento de cualquier Controversia Internacional de Inversión.

Centralizar la información respecto a las Controversias Internacionales de Inversión que se susciten.

Definir el procedimiento de coordinación entre las Entidades Públicas involucradas en una controversia.

eso está bien organizado, no sólo para poder realizar una defensa correcta para contratar abogados, sino además para poder darle efectos presupuestales. Hay que tener la posibilidad de provisionar para poder pagar un laudo. Hay normas sobre trato directo y hay normas en particular sobre el tema presupuestal.

Quisiera recordar ahora los conceptos que he tratado de explicar, tales como los contratos de privatización que son principalmente dos en el Perú, los contratos de privatización como tales, básicamente transferencia de activos, de mayoría de acciones y los contratos de concesión que han tomado en su mayoría la forma de BOOT, que es básicamente construir, operar y transferir de vuelta al Estado. Ya mencioné cómo son las cláusulas típicas, cómo funcionan, cuál ha sido la importancia del marco legal.

Aparte de esos contratos, van a estar muy vinculados los contratos ley, los convenios de estabilidad jurídica y a veces contratos de concesión de servicios públicos, por ejemplo, si el contrato BOOT fue vinculado al tema de telefonía, va a haber un contrato de concesión de telefonía también, y también normalmente tiene una cláusula arbitral. Hemos visto cuántos de estos convenios de estabilidad han ido a arbitraje, inclusive internacional y habrá un Contrato Ley donde el Estado ofrece, según el artículo 1357 del Código Civil, garantías y seguridades al inversionista, es un documento separado que también tiene una cláusula arbitral; todo eso genera espacios que de hecho se han utilizado.

Debo agregar finalmente, algo que no es materia directa de esta exposición, la posibilidad de que el inversionista, aun en un escenario de privatización, decida no recurrir a los contratos ni a las normas que

Internalizar los costos generados por las Entidades Públicas involucradas en una controversia.

Estandarizar en la medida de lo posible, las cláusulas de solución de controversias a incluirse en los acuerdos y tratados en materia de inversión bajo el ámbito de la presente Ley.

he estado mencionando, sino a los tratados bilaterales de inversión, que son un tema que forma parte del mapa de cualquier persona que tiene la necesidad o la obligación de defender los intereses de un cliente en un escenario de privatización.

EL CONTROL JUDICIAL DEL ARBITRAJE

Alfredo Bullard González

EL CONTROL JUDICIAL DEL ARBITRAJE

*Alfredo Bullard González**

Sumario: 1. Antecedentes.— 2. El carácter inevitable del arbitraje.— 3. ¿Y cómo se ha comportado el Poder Judicial?— 4. La importancia del Recurso de Anulación.— 5. El control (o no control) de las motivaciones.— 6. El objetivo del recurso de anulación: que el Juez controle si se respetó el Convenio Arbitral.— 7. Recurso de anulación a arbitrajes iniciados con la Ley anterior.— 8. Laudos parciales y anulación.— 9. Anulación por no haberse citado al Procurador.— 10. La oponibilidad del Laudo a terceros.

1. ANTECEDENTES

Los jueces están mencionados en la ley de arbitraje por dos razones: (1) para colaborar con los árbitros; o (2) para controlar lo que hicieron los árbitros.

Esta charla va a tratar de la segunda de estas razones.

La nueva ley giró, es más, podemos decir que se originó, en torno a establecer límites a los jueces antes que ampliar las facultades para controlar a los árbitros. Para establecer estos límites, la Comisión Técnica a cargo de su redacción se basó en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional anterior a la ley. Por eso vale la pena recordar la historia.

* Profesor Principal en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio Bullard, Falla, Ezcurra Abogados.

La historia de la ley se origina a fines del gobierno de Alejandro Toledo, en el año 2005 cuando se designa la Comisión Técnica, que tuvo el honor de presidir, para plantear una serie de reformas. En la primera reunión que tuvimos con el Ministro de Justicia, el doctor Tudela, para iniciar los trabajos éste nos señala de dónde venía su preocupación principal. Había alguna jurisprudencia que se estaba dando en el Poder Judicial, con un sesgo de intervención y afectación del arbitraje. Se refería a los ya famosos casos Cantuarias y Algamaras, que fueron tan sonados y tan discutidos. Se habían dado varias cautelares y decisiones judiciales civiles y penales tratando de frenar la decisión de los árbitros.

Evidentemente, ya no se podían solucionar esos casos que estaban en trámite, pero sí plantear mecanismos para que los problemas que se estaban dando no volvieran a ocurrir.

La Comisión entregó al final del plazo concedido por el Poder Ejecutivo un proyecto de reformas urgentes. Ello fue el fruto del trabajo de seis meses, en las que se modificaban, si mal no recuerdo, catorce artículos de la ley, la mayoría centrados en resolver estos problemas de intervención de los jueces en el arbitraje.

La Comisión, sin embargo, decidió ya sin nombramiento por haber vencido el plazo, seguir reuniéndose para trabajar en una reforma de la ley completa, pues estimaba que no era buena idea tener una ley parchada. Y una de las cosas que me encargó la Comisión en mi calidad de Presidente (ahora sin nombramiento oficial), era ir a visitar a los ministros de turno y decirles que estábamos trabajando en un proyecto de reforma integral.

En el camino ocurrió una coincidencia que, gracias a la buena suerte, desencadenó en la aprobación de la ley vigente. Fue una puerta que se abrió de la manera más inesperada y que permitió aprobar la ley gracias a la delegación de las facultades legislativas para la implementación del TLC con Estados Unidos que el Congreso le había dado al Poder

Ejecutivo. En esos tiempos yo había estado conversando telefónicamente con Rosario Fernández que era la Ministra de Justicia. Era, como es obvio, una persona bastante ocupada, por lo que nuestras conversaciones habían sido breves y no habíamos tenido tiempo de discutir el tema con tiempo suficiente.

Mi hija Daniela se lesionó el brazo jugando basket y la llevé a la clínica. Mientras esperaba que le tomaran los rayos X me encontré con Rosario, pues su hija se había lesionado el pie. La espera en la antesala de los rayos X nos dio el tiempo para conversar y allí pudimos hablar «con calma» de la ley. Ella sacó entonces la idea que se aprobara en base a las facultades delegadas para el TLC. Y para suerte el TLC efectivamente contenía un compromiso para mejorar la legislación arbitral del país.

Todo esto pasó cuando nos quedaban solamente dos semanas para que vencieran las facultades. Por suerte había una base bastante desarrollada en el trabajo de la Comisión. Se aceleró el trabajo y finalmente se aprobó la ley bajo la forma de Decreto Legislativo. Si nuestras respectivas hijas no se hubieran lesionado el mismo día (por suerte lesiones leves) quién sabe si se hubiera presentado la oportunidad.

Toda esta historia viene a cuento para comentarles que el origen de la nueva ley fue la preocupación por el control indebido, excesivo o arbitrario por parte del Poder Judicial sobre las actividades arbitrales. Y es que el establecer límites adecuados a los jueces es central en el desarrollo del arbitraje.

2. EL CARÁCTER INEVITABLE DEL ARBITRAJE

Aquí entra a tallar una idea central, que es el carácter inevitable del arbitraje. La esencia del pacto para arbitrar es no ir al Poder Judicial. Ello es para el arbitraje como la cosa y el precio para la compraventa. Por

ello, si el sistema no evita que acabes en el Poder Judicial, entonces el arbitraje no sirve.

Así, el arbitraje funciona porque es inevitable, porque una vez que se pacta el convenio, no se le puede parar. No debe quedar sujeto a un nuevo acuerdo ni a la autorización o revisión de un tercero distinto a aquél al que las partes acordaron. El convenio arbitral es un contrato cuya ejecución no puede ser confiada al juez, pues, precisamente el acuerdo es no ir al juez. Por eso es tan importante el principio *kompetenz-kompetenz*.

Si se le puede detener, el arbitraje no funciona. Así de simple. En los países donde hay mecanismos para parar el arbitraje metiendo al medio a los jueces, el arbitraje no funciona. En los países donde tenemos legislación y jueces que entienden que esa legislación no permite parar el arbitraje, el arbitraje funciona y es lo que ha pasado en el Perú. El arbitraje funciona porque el Tribunal Constitucional ha dicho (más allá de algún esperpento excepcional en alguna sentencia aislada) que el arbitraje no se puede parar y ha dicho que los árbitros pueden rechazar una intervención que constituye un control indebido de los jueces de la actividad.

Se ha dicho que todo control, y ésta es la regla, es *ex post* al arbitraje y al laudo. El control no es *ex ante* ni durante el arbitraje. El control es, reitero, *ex post*. Ello significa que la intervención de los jueces sólo ocurre, para efectos del control, cuando los árbitros han acabado su trabajo.

Es a partir de esa idea que el recurso de anulación es el único recurso que se puede interponer para controlar lo que hicieron los árbitros, y eso lo señala muy claramente el artículo 3, numeral 4 de la ley, que recoge el principio con una claridad meridiana y lo dice con todas sus letras. Pero, en el fondo el artículo no es más que un resumen de lo que dijo el Tribunal Constitucional en los casos Algamarcas y Cantuarias.

Ése es el principio central, lo cual convierte al control judicial en una etapa muy importante, pero siempre posterior.

Durante la vida del arbitraje hay sólo una excepción al principio de que todo control es *ex post* y que incluso podemos discutir si es realmente un control de los jueces. Curiosamente esa excepción se llama excepción: la excepción de arbitraje. Se plantea cuando alguien ya ha ido a un juez y la contraparte considera que debió haberse ido a arbitraje. De ahí su carácter excepcional. Algo tiene que decir ese juez.

Cuando se plantea por un momento, se abre una ventana para que el juez que ve la excepción pueda tomar una decisión que puede, en casos muy limitados y muy claros, parar el arbitraje: solamente cuando el convenio es manifiestamente nulo, que es clarísimo que ese convenio no tiene vigencia. Por ejemplo, quien lo suscribe es un menor de edad. Pero, tiene que ser clarísimo e indubitable.

3. ¿Y CÓMO SE HA COMPORTADO EL PODER JUDICIAL?

Pero no basta lo que diga la ley y que ésta sea clara de que el control es *ex post*. Se requiere además que el Poder Judicial respete la regla y la aplique correctamente. Pero, gracias a que la regla está clara, se ha generado que en el Perú, donde tanto criticamos al Poder Judicial, una conducta adecuada: el Poder Judicial es reconocido porque ha respetado y entendido la importancia del arbitraje. Y, por tanto, ha respetado en términos generales la regla y el principio de inevitabilidad y de control *ex post*, salvo excepciones que justamente confirman la regla.

Los temas que nos planteaba la doctora Ledesma en su exposición son clara expresión de ello; podemos discrepar con algunos, pero uno ve una preocupación y un entendimiento básico de los principios más importantes del arbitraje. Yo discrepo de algunas cosas que se han decidido, pero en general puedo con tranquilidad decir que el Poder Judicial

tiene como principio respetar el arbitraje y creo que ése ha sido en gran parte el éxito y crecimiento del arbitraje en el Perú.

4. LA IMPORTANCIA DEL RECURSO DE ANULACIÓN

El arbitraje no es, sin embargo, un «coto de caza» donde los árbitros pueden hacer lo que les da la gana, libres de control. El recurso de anulación es la forma como la ley preserva el derecho de las partes de que los árbitros actúen correctamente y, sobre todo, respeten el pacto arbitral. Siempre digo que el recurso de anulación es justamente un sistema de protección del convenio arbitral. Y la esencia del convenio arbitral es, como ya dijimos, que los árbitros resuelvan, dentro del marco de lo acordado, el fondo de la controversia. Por eso es un recurso limitado, diferente a la apelación.

5. EL CONTROL (O NO CONTROL) DE LAS MOTIVACIONES

El artículo 62 de la ley es categórico en limitar el único recurso impugnativo que tienen los jueces para controlar a los árbitros. En la parte pertinente dice que está prohibido bajo responsabilidad pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el Tribunal Arbitral. El artículo es, a propósito y con toda intención, redundante. Cuando en la Comisión Técnica se estaba redactando nos preguntábamos: ¿Qué se les puede ocurrir a los abogados para encontrar una rendija por la cual abran la posibilidad de revisión del fondo? Y entonces se redactó la norma para tratar de no dejar rendijas. Controlar la interpretación es controlar el contenido del laudo. Entonces digamos que no se puede revisar la interpretación. Y entonces también dijimos «contenido», dijimos «criterios», dijimos (importante porque ahora han salido con la idea que se pueden revisar los defectos de motivación) motivaciones, dijimos todo lo que se nos ocurrió para cerrar la entrada a la

revisión del fondo. Y ello porque todo lo que no diga será luego usado en tu contra. Por ahí se les ocurrirá alguna palabrita que no está en el artículo 62 y tratarán de ampliar el alcance del recurso.

Como indicamos, en el artículo 62 claramente se señala que no se discuten las motivaciones. No pueden ser discutibles si es que corresponde al árbitro y sólo a él ver el fondo de la controversia. Lo único que podríamos admitir como un vicio es un laudo que no está motivado, que está en blanco, o sea, resuelve sin decir por qué resuelve de esa manera. El único caso sería el de ausencia de motivación. Y ello porque las partes pactaron que estuviera motivado. Si no está motivado se incumplió con lo pactado. Pero, no puedes discutir el contenido de la motivación por más malo que sea, y en eso la ley es bastante clara.

Por eso es que sostengo que no se deben revisar las motivaciones, salvo en un caso: que las partes hubiesen pactado que el laudo esté debidamente motivado. Ahí sí, porque es una regla pactada y entonces si usted no cumplió con la regla que pactamos, entonces el juez puede anular, y regresar el tema a los árbitros para que cumplan con motivar.

6. EL OBJETIVO DEL RECURSO DE ANULACIÓN: QUE EL JUEZ CONTROLE SI SE RESPETÓ EL CONVENIO ARBITRAL

El objetivo del recurso de anulación, siempre lo he dicho, es proteger el convenio arbitral, es decir proteger el acuerdo de las partes. La naturaleza convencional del arbitraje hace que sólo podamos cuestionar a los árbitros si éstos incumplieron el acuerdo de las partes. De hecho, me atrevería a decir que el recurso de anulación es la forma de ejecutar a los árbitros las obligaciones que éstos asumen sobre la base del convenio que las partes tuvieron para ir a arbitraje.

Cuando ustedes ven las causales de anulación, quizá con excepción de una de ellas, a lo que se refieren es que ese arbitraje no se ejecutó

como se pactó y, por lo tanto, se anula. ¿Y a qué nos estamos refiriendo? Veamos las causales:

- Convenio nulo: si no se pactó, entonces no puede haber arbitraje, y se anula; no se está respetando la voluntad de las partes, porque no hay voluntad de las partes. El juez, por tanto, puede dejar sin efecto el laudo.
- Falta de notificación de las actuaciones, porque es una regla esencial del pacto que se tiene que notificar cuando comienza el arbitraje y si no se cumplió con esa regla, es nulo y el juez deja sin efecto el laudo.
- La parte no ha podido ejercer sus derechos, porque como bien dice Park, está implícito en el convenio arbitral el error de los árbitros, está aceptado que se pueden equivocar en el fondo y las partes pactan sabiendo que los árbitros se pueden equivocar. Pero, lo que no pactan es que no se van a poder defender. La esencia del convenio arbitral no es que los árbitros no se equivocan, pero sí que las partes puedan defenderse.
- Porque la composición del tribunal o las actuaciones no se han ajustado a las reglas pactadas por las partes, causal donde se dice explícitamente que no se respetó lo pactado.
- La no arbitrabilidad por mandato de la ley, que es el único caso donde uno puede decir que no es el pacto lo que se protege sino el mandato de la ley de que algo no se arbitre. Aunque de alguna manera tiene que ver con preservar el derecho de la parte, porque si algo no es arbitrable lo que se está diciendo en el fondo es que ese pacto no puede funcionar, las partes no podían pactar eso y por eso es que no se arbitra.
- Se laudó fuera del plazo pactado, donde nuevamente la causal es que los árbitros no cumplieron con lo acordado.

En realidad el convenio arbitral es protegido a través de la anulación, y cuando el juez mira las causales previstas, en realidad lo que se está preguntando es si este arbitraje respetó lo que las partes pactaron. Si no lo respetó, puede anularlo.

7. RECURSO DE ANULACIÓN A ARBITRAJES INICIADOS CON LA LEY ANTERIOR

Voy a tocar ahora el tema de la aplicación de las reglas de anulación de la nueva ley a los arbitrajes iniciados con la antigua ley. Los jueces han interpretado que si bien las reglas de la nueva ley no son aplicables, de acuerdo a la Disposición Transitoria Segunda, a las actuaciones arbitrales iniciadas antes de su entrada en vigencia, sí lo son a los recursos de anulación que se interpongan contra los arbitrajes antiguos. En otras palabras, la ley nueva no se aplica, según esta interpretación, a la tramitación de los arbitrajes iniciados antes, pero sí a los recursos de anulación contra dichos arbitrajes. Varios han criticado esta interpretación judicial, sin embargo, creo que el tema no es tan sencillo como sostienen los críticos.

Si uno revisa con cuidado la ley, los jueces tienen, en buena parte, razón. Lo que dice la ley de arbitraje es que la antigua ley rige las actuaciones arbitrales. Pero, el recurso de anulación no es una actuación arbitral, y se sujeta a normas procesales que se siguen y aplican ante los jueces ordinarios. Y lo que los jueces nos están diciendo es que las normas procesales entran en vigencia de manera inmediata. Entonces, las normas procesales (no las arbitrales) ya entraron en vigencia.

Pero hay que tener cuidado, porque si un arbitraje se ha tramitado bajo ciertas reglas y la nueva ley tiene una redacción diferente para calificar una causal de anulación, no podría aplicarse la nueva redacción porque tendría un efecto retroactivo. Por ello hay que distinguir reglas

procesales de tramitación del recurso, de reglas sustantivas para calificar la existencia de una causal de anulación.

8. LAUDOS PARCIALES Y ANULACIÓN

Éste es un tema interesantísimo que ha generado en la doctrina y en la práctica discusiones interminables, sobre todo por la enorme variación de situaciones y supuestos que se pueden presentar. Estas discusiones explican por qué, a pesar de que la Comisión vio y analizó el problema y supo que había un tema sobre si podía iniciarse una anulación contra un laudo parcial cuando el arbitraje aún continuaba para emitirse el laudo definitivo. La casuística es interminable y es imposible contemplarla en una norma.

Sin embargo, en la ley nueva hay un supuesto en el cual sí se hace mención a un caso de laudo parcial y de cómo debe resolverse. Es el caso del laudo parcial que resuelve una excepción o cuestionamiento del arbitraje y declara fundada la excepción o el cuestionamiento sólo respecto a determinadas pretensiones, por lo que el arbitraje continúa en relación a las demás que se hubieran interpuesto. Es el supuesto regulado en el numeral 5 del artículo 41 de la ley. En ese caso no cabe plantear anulación contra dicho laudo y debe esperarse a que se dicte el laudo final para cuestionar la decisión.

Pero, efectivamente, no hay respuesta para todos los casos. Lo que ocurre es que hay laudos parciales de muy distintos tipos y, por tanto, tienen problemáticas distintas. Un conjunto de laudos parciales pueden darse en el supuesto de que una discusión sea muy complicada porque hay que nombrar a un perito para calcular los daños, pero ¿para qué vamos a hacer trabajar al perito si después la demanda va a ser infundada porque no hay daño o porque no hay causalidad o porque no hubo culpa? Entonces, los árbitros pueden emitir un primer laudo para determinar si hay o no hay responsabilidad. Hecho eso, recién pueden

nombrar al perito y que el perito nos diga y cuantifique cuánto se debe pagar. El primer laudo es de responsabilidad y el segundo de *quantum*, si es que fuera necesario porque se determina que hay responsabilidad en el primero. Si no hay responsabilidad, nos ahorramos los costos del peritaje. Cuando uno tiene una secuencia de laudos de ese tipo, no tiene sentido ir a la anulación del primer laudo hasta que no se resuelva el segundo, porque recién con el segundo laudo es ejecutable el primer laudo. Lo que no tiene sentido es que se ejecute un laudo y, sin embargo, no puedo pedir anulación. Pero, un laudo que establece responsabilidad, pero no el monto de la misma no es ejecutable porque no hay monto que ejecutar.

Pero, ¿qué ocurre con laudos parciales en un caso muy complejo, por ejemplo, uno en que hay 58 pretensiones? Algunas son más urgentes que otras, por más que sean autónomas, independientes. No es que tengo primero que decir una cosa para poder decir la otra, como en nuestro ejemplo anterior, sino que una se refiere a una parte de la obra y la otra a otra parte de la obra. Y decido la primera parte, a lo mejor la más grande, por alguna razón, y esos laudos son ejecutables. En esa obra, por ejemplo, se cayó un puente, se rompió una alcantarilla y se ahogó un obrero; tenemos tres hechos distintos y tenemos que determinar responsabilidad. Veamos primero la caída del puente, que es lo más importante. Entonces discutimos el efecto económico, resolvemos, hay un laudo y ejecutamos. Si esto es ejecutable, tiene que ser anulable, tengo el poder de iniciar la anulación, porque si no, no me lo puedes ejecutar. Allí no tiene sentido esperar al final de todo el arbitraje.

Entonces, hay que diferenciar cierto tipo de laudos parciales de otros.

9. ANULACIÓN POR NO HABERSE CITADO AL PROCURADOR

Se han dado varios laudos que han sido anulados porque los árbitros no citaron al procurador público en un caso en que una de las partes

era una entidad estatal. Eso es ciertamente un despropósito. Discrepo radicalmente con el criterio seguido por el Poder Judicial. Entiendo que la Constitución señala que la defensa del Estado es a través de los procuradores públicos, pero eso es algo por lo que el Estado tiene que velar. El demandante no tiene por qué velar que se notifique al procurador. Eso le corresponde a los funcionarios del Estado. Demando al Estado y no tengo por qué estar velando que ello se cumpla. Los árbitros notifican en el domicilio señalado en el contrato. Si el funcionario público no hace su trabajo de llamar al procurador y decirle que hay un caso que atender, es responsabilidad de los funcionarios. No es responsabilidad de los árbitros ni de la contraparte. ¿Acaso si se notifica al procurador y éste no se apersona, se está violando algún derecho de defensa? No debe confundirse indefensión con ausencia de ejercicio del derecho de defensa. Los árbitros cumplen su función notificando en el domicilio del contrato. Lo demás ya es problema de la defensa del propio Estado.

10. LA OPONIBILIDAD DEL LAUDO A TERCEROS

Se ha mencionado el caso de dos partes que celebran una compraventa con cláusula arbitral en un inmueble ocupado por un tercero, luego demandan al vendedor por no entregar el inmueble, van a un arbitraje rápido y luego pretenden ejecutar el laudo lanzando al tercero que no firmó el convenio. Pero, aquí hay un problema de inoponibilidad del laudo porque el ocupante no es parte ni del convenio ni del arbitraje.

En este tema hay una confusión muy grande que se deriva de pensar que el arbitraje es una jurisdicción equivalente a la jurisdicción ordinaria. La Constitución lo dice, pero no es una jurisdicción en el sentido de la jurisdicción judicial, es una jurisdicción diferente. La propia Constitución dice que es una garantía de la administración de justicia, la unidad e integridad de la actividad jurisdiccional; no existen fueros privativos con excepción del militar y del arbitral. Entonces el arbitral y el militar son fueros privativos, es decir, son una jurisdicción pero dife-

rente. No son parte de la misma unidad. Lo que quiere decir es que son jurisdicciones diferentes, y esas jurisdicciones tienen que obedecer, cada una, a su propia naturaleza. Y la jurisdicción arbitral es diferente a la jurisdicción común. Si bien algunos de los principios le son aplicables, otros no.

De hecho, para ponerles un ejemplo, es una garantía de la función jurisdiccional la doble instancia que no existe en el arbitraje. No son iguales. De hecho, el recurso de anulación no es una doble instancia, pues éste revisa algunos aspectos, pero sobre el fondo no hay doble instancia y eso es porque el arbitraje tiene una naturaleza particular.

Si uno entiende bien esto, uno se da cuenta de que el arbitraje no sirve para cualquier cosa, sirve para algunas cosas; el arbitraje no sirve para resolver problemas de personas que no han firmado ni consentido el convenio arbitral. La única excepción es la incorporación de partes no signatarias que no es que sean terceros, el artículo 14 de la ley no se refiere a terceros, se refiere a partes no signatarias que son personas cuyo consentimiento arbitral se ha expresado de una manera diferente, pero tienen un consentimiento para arbitrar. Los casos, por ejemplo, de empresas vinculadas no firman pero ejecutan el contrato. A través de la ejecución han manifestado su voluntad de ir a arbitraje, pero no es que sea un tercero al arbitraje.

Al señor que ocupa un inmueble y que no tiene convenio arbitral, no se le puede aplicar el artículo 14, por dos razones: primero, porque no está en el supuesto, no ha convenido de ninguna manera directa o indirecta para arbitrar. Y en segundo lugar, porque el artículo 14 no es para la ejecución sino para llamar a alguien a un arbitraje en trámite y que se defienda en el arbitraje. Tampoco tiene sentido que yo lo notifique para que se apersona al arbitraje, porque los árbitros no tienen jurisdicción sobre esos terceros, porque la jurisdicción ha nacido de un contrato y los ocupantes del inmueble no tienen contrato con las partes. Entonces no pueden ser traídos a este arbitraje.

La salida es más simple: para ellos (los ocupantes) no es oponible el laudo y por tanto no se le puede ejecutar. No están obligados por ese laudo ni por el convenio, ni por el contrato que lo originó. Entonces la respuesta es, simplemente, que si es un verdadero tercero real, el laudo no le es ejecutable. No importa si se le notifica del arbitraje, porque el arbitraje no lo vincula si no es parte en el convenio arbitral.

REVISIÓN DE LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LAS
PRINCIPALES MODIFICACIONES EN MATERIA DE
ARBITRAJE EN LA LEY DE CONTRATACIONES DEL
ESTADO

Ricardo Gandolfo Cortés

REVISIÓN DE LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LAS PRINCIPALES MODIFICACIONES EN MATERIA DE ARBITRAJE EN LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

*Ricardo Gandolfo Cortés**

Sumario: 1. La cláusula obligatoria de solución de controversias.— 2. Prestaciones adicionales de obra que no pueden someterse a arbitraje.— 3. Sede internacional de arbitrajes.— 4. Sincerar los plazos de caducidad.— 5. Las especialidades de los árbitros o el sexo de los ángeles.— 6. La garantía en los recursos de anulación como requisito indispensable para evitar la ejecución del laudo.— 7. Las consecuencias de la judicialización maliciosa de los arbitrajes.— 8. Conclusión.

La semana pasada estuve en Huaraz atendiendo compromisos académicos y pude comprobar con gran satisfacción el creciente desarrollo que viene alcanzando esta pujante provincia de generosos recursos provenientes del canon minero. Por donde uno camina se encuentra con obras públicas y privadas en plena ejecución y con profesionales de distintas especialidades involucrados en la tarea de sacar adelante a la

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y experto en contratación pública. Es vicepresidente de la Asociación Peruana de Consultoría y gerente legal de la firma consultora CESEL. Es autor del primer proyecto de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y de su Reglamento. Ha participado en la elaboración de diversos anteproyectos de normas sobre la materia. Ha realizado estudios e investigaciones para organismos internacionales e instituciones multilaterales de crédito. Es catedrático de la maestría en Gestión y Administración de la Construcción de la Universidad Nacional de Ingeniería, consultor internacional, conferencista y árbitro.

ciudad ubicada en lo que podríamos denominar la sierra norte del país. En ese esfuerzo colectivo se advierte aquí, como en realidad en todo el territorio nacional, una inquietud muy grande y un gran afán por conocer los detalles de las normas que gobiernan las contrataciones del Estado, en el entendido de que existen muchos procesos de selección que se convocan para adquirir bienes y servicios de toda índole y para emprender diversas construcciones.

La ocasión fue propicia para repasar con un numeroso grupo de contratistas y de funcionarios de distintos niveles de gobierno algunas de las principales modificaciones que, respecto de la que la antecedió, trajo consigo la Ley de Contrataciones del Estado (LCE)¹ que empezó a regir el 1 de febrero de 2009. Especial interés despiertan los cambios en materia de arbitraje y solución de controversias en consideración al hecho de que existe un amplio consenso de que a menudo se distrae mucho tiempo y dinero en resolver discrepancias que deberían superarse de una manera rápida y eficaz para continuar trabajando en busca del progreso y aprovechando la circunstancia particularmente generosa que se presenta y que por fortuna tiende a consolidarse.

Es verdad que todavía es prematuro para verificar los resultados de las reformas que ha introducido la LCE y más aún de sus normas sobre solución de controversias, porque sólo se aplican a los contratos que se derivan de licitaciones y concursos que fueron convocados a partir de esa fecha mágica que es el 1 de febrero de 2009. Todos los contratos que se derivan de procesos convocados antes de esa fecha se regulan por la antigua Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, actualmente derogada pero, como queda dicho, con vida para esos casos que suelen ser la mayoría, al menos entre todos aquellos que llegan a los tribunales arbitrales.

Esta evidencia, sin embargo, no es impedimento para repasar algunas de esas modificaciones que felizmente no son muchas, porque si lo

¹ Promulgada mediante Decreto Legislativo n.º 1017.

hubieran sido, como lo proponía algún proyecto parlamentario oportunamente desechado, se habría condenado a todos los operadores del sistema a detener sus trabajos para ponerse a estudiar un nuevo universo legislativo que, en realidad, no podía cambiar mucho la realidad de las cosas, porque en lo que respecta a las contrataciones del Estado mayormente no hay nada nuevo que descubrir.

1. LA CLÁUSULA OBLIGATORIA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Una de las primeras novedades que introdujo la LCE es la relativa a la cláusula obligatoria de solución de controversias² que ahora, según lo dispuesto en el Reglamento,³ en el improbable caso de que no estuviese incorporada dentro del contrato, nos remite al arbitraje institucional administrado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).⁴ En el anterior régimen si no había cláusula arbitral, había arbitraje ad hoc.⁵ Hay árbitros y centros que han protestado contra este cambio, en la creencia que la norma insiste en preferir al OSCE por encima de las otras instituciones arbitrales. La crítica es un tanto desmedida. La norma opta por privilegiar el arbitraje institucional, es cierto, pero lo hace de una manera muy tibia, al punto de remitir al OSCE todas las disputas que se originen en contratos que no tienen ninguna cláusula arbitral, lo que a estas alturas resulta virtualmente inconcebible, con bases estandarizadas colgadas en el portal de este mismo organismo y con la normativa suficientemente difundida.

² LCE, artículo 40, inciso b).

³ Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 184-2008-EF (en adelante, Reglamento), artículo 216, tercer párrafo.

⁴ Creado por el artículo 57 de la LCE en sustitución del CONSUCODE creado en 1997.

⁵ Reglamento anterior, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 084-2004-PCM, artículo 274, segundo párrafo.

Si las cláusulas arbitrales no remiten a ningún instituto, el arbitraje será *ad-hoc*.⁶ Exactamente como antes. Sólo si se pacta ir a un centro, obviamente este acuerdo prevalecerá.⁷ Y es lo que están haciendo algunos institutos como la Cámara de Comercio, la Universidad Católica y el Colegio de Ingenieros. Están celebrando convenios con algunas entidades para que sus cláusulas arbitrales sean incorporadas en las proformas de contrato que se incluyen en las bases de los procesos que convocan. Personalmente he visto algunos casos y me parece que es una solución muy interesante para diversificar la oferta arbitral y para privilegiar, en armonía con el espíritu de la norma, el arbitraje institucional.

No tengo nada en contra de los arbitrajes *ad-hoc*. Todo lo contrario, soy presidente y además integro varios tribunales de esta clase. Pese a ello, procuro encargar la administración y la secretaría a un centro. Eso no los convierte en arbitrajes institucionales, es verdad, pero les dota de cierto soporte o respaldo adicional al que pueden ofrecer los propios árbitros. Puede ser una deformación, que en mi caso se explica por el hecho de no disponer de un local o despacho particular e idóneo para estos menesteres y por mi habitual reticencia a confiar estas tareas en las oficinas y el personal de alguno de los árbitros de parte. Existe la práctica de dejar al presidente del tribunal la elección de la sede y del secretario razón por la que, cuando me toca serlo, trato de ejercer esta facultad de común acuerdo con los otros árbitros, pero sin preferir a uno por encima del otro ni en el más mínimo e intrascendente detalle.

Hay algunos centros nuevos, distintos a los habituales, que se han abierto precisamente para cubrir estas deficiencias de infraestructura y logística y para ofrecer esos soportes y respaldos. Admito que tengo algunos arbitrajes en ellos y por lo pronto no tengo ninguna queja. Todo lo contrario, debo reconocer que se esmeran por prodigar servicios de la más alta calidad con el objeto de competir y marcar algunas diferencias

⁶ Reglamento, artículo 216, segundo párrafo.

⁷ Reglamento, artículo 216, primer párrafo.

frente a aquellos otros que les llevan la ventaja del posicionamiento previo.

Me queda en el tintero una preocupación latente y es la relativa a la forma en que tanto la LCE como el Reglamento abordan el tema de esta cláusula obligatoria. La LCE lo hace de la manera adecuada, admitiendo, por ejemplo, que en el caso de que en las bases o en el contrato «no se incluya la cláusula correspondiente, se entenderá incorporada de pleno derecho la cláusula modelo que establezca el Reglamento».⁸ El Reglamento, en cambio, alude a la supuesta posibilidad de que las partes puedan pactar la realización de una determinada clase de arbitraje, que puedan optar por uno u otro procedimiento o que puedan encomendar la organización y administración del proceso a una institución arbitral.⁹ La verdad es que las partes no pactan nada. Son las entidades las que incluyen en sus bases o en sus contratos la clase de arbitraje o el centro al que previamente han decidido someter cualquier controversia que pueda suscitarse. Los postores no proponen nada ni siquiera durante la etapa de consultas en la que teóricamente podrían formular alguna sugerencia. No lo hacen porque saben de sobra que no tienen ningún margen para consensuar algún convenio sobre el particular. La LCE en ese aspecto es más realista y no hace ninguna referencia a ningún pacto, limitándose como queda dicho, a regular lo que procede en uno y otro caso.

2. PRESTACIONES ADICIONALES QUE NO PUEDEN SOMETERSE A ARBITRAJE

Otra modificación que ha pasado algo desapercibida es aquella vinculada a las prestaciones adicionales que no pueden someterse a arbitraje y que se inscribe en el afán de algunas autoridades de restarle competencias a este mecanismo de solución de controversias. Ahora ya no sólo no pueden dilucidarse en la vía arbitral las discrepancias sobre adicio-

⁸ LCE, artículo 40, inciso b), última parte.

⁹ Reglamento, artículo 216.

nales de obra que requieren de la aprobación previa de la Contraloría General de la República, sino tampoco las que versan sobre los mismos adicionales que no requieren de ese trámite,¹⁰ con lo que en la práctica se ha ampliado la excepción, lo que constituye una pésima señal hacia el mundo en momentos en que el Perú debería convertirse en una sede internacional de arbitrajes, aprovechando las ventajas comparativas de una sólida y masiva experiencia forjada en gran medida por la LCE y por una legislación moderna a la que sólo le falta abrirse a la posibilidad de celebrar audiencias virtuales en circuito cerrado y a través de teleconferencias.

Antes, es verdad, no estaba permitido arbitrar sobre los denominados mayores metrados de obra o «metrados no previstos contractualmente»,¹¹ prohibición que la LCE no reproduce aunque existen fundadas dudas de que se sostenga que están comprendidas dentro de las discrepancias sobre adicionales, como si lo fueran, cuando no lo son. Los mayores metrados aparecen como consecuencia de los contratos a precios unitarios con el objeto de ajustar las necesidades de la obra, que sólo se pueden constatar en plena ejecución, respecto de las proyecciones referenciales de los estudios previos. Pero eso todavía no se entiende cabalmente, razón por la que la omisión de este tipo de impedimentos no permite abrigar la esperanza de que constituya una señal de avanzada.

El sistema a precios unitarios se aplica, según el propio Reglamento, cuando la naturaleza de la prestación no permite conocer con precisión la cantidad de metrados requeridos. Por eso el postor formula su propuesta ofertando en función de las partidas que en vía referencial se indican en las bases, planos y especificaciones técnicas, para luego valorizar de acuerdo a su ejecución real.¹² Si sólo cuando se ejecuta la

¹⁰ LCE, artículo 41, quinto párrafo.

¹¹ Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, cuyo último Texto Único Ordenado fue aprobado mediante Decreto Supremo n.º 083-2004-PCM (en adelante, LCAE), artículo 41, inciso b), segundo párrafo.

¹² Reglamento, artículo 40, inciso 2.

obra se va a saber exactamente la cantidad de metrados que se necesitan para cada partida, es absurdo sostener que si se sobrepasa el monto consignado de manera referencial, en una cualquiera, durante el proceso, se configura un adicional, cuando, por otra parte, a éste se lo define como aquella obra no considerada en el expediente técnico, ni en el contrato, pero cuya realización resulta indispensable para dar cumplimiento a la meta de la obra principal.¹³

Resulta por demás evidente que los mayores metrados de una partida prevista en el expediente técnico no pueden ser considerados como adicional. Ello, no obstante, la Contraloría General de la República persiste en señalar, a contrapelo de lo preceptuado en la normativa sobre contratación pública, que la denominada «prestación adicional de obra» es la que corresponde «a obras complementarias y/o mayores metrados necesarios para alcanzar la finalidad del contrato».¹⁴ Que persista en ese error no es por cierto una buena señal, más aún cuando se aspira a convertir al país, y particularmente a Lima, como queda dicho, en sede internacional de arbitrajes.

3. SEDE INTERNACIONAL DE ARBITRAJES

La idea es aprovechar las circunstancias muy favorables que se presentan para el país. De una parte, tenemos una economía fuerte y en constante crecimiento que permite la ejecución de obras y de proyectos de inversión en absolutamente todos los sectores. No como en el pasado, que la inversión se focalizaba y se concentraba en determinadas áreas y en determinados períodos, según el interés de quienes la impulsaban o la coyuntura que podía llevar los pocos recursos disponibles a uno u otro lado, pero nunca a varios al mismo tiempo. Ahora la inversión, pública y privada, es multisectorial, masiva y en alza sostenida. Como resultado

¹³ Reglamento, Anexo 1, Definición 40.

¹⁴ Directiva n.º 002-2010-CG/OEA aprobada mediante Resolución de Contraloría n.º 196-2010-CG, punto V.1.a.

inevitable tenemos numerosos contratos que se negocian, celebran y desarrollan aquí. Obviamente, en la mayoría de ellos, las cláusulas de solución de controversias remiten invariablemente a mecanismos de solución alternativa de disputas y virtualmente ninguna de ellas las deriva al Poder Judicial. Lo que hay que lograr, como primer paso, es conseguir que esos convenios incluyan las cláusulas arbitrales que obliguen a desarrollar los arbitrajes en el Perú y si son arbitrajes institucionales que sean administrados por centros de arbitraje nacionales.

Ya se ha dicho que diversos centros de arbitraje han logrado suscribir algunos acuerdos con ciertas entidades del sector público que incorporan en sus bases y modelos o proformas de contrato sus cláusulas arbitrales de forma tal que cualquier desavenencia automáticamente se deriva al arbitraje institucional administrado de la manera elegida. No es suficiente, sin duda. Hay que avanzar más y generalizar esta práctica, de suerte tal de pelear la sede arbitral con centros de carácter internacional con domicilios diversos en París, Nueva York, Miami, Londres, Estocolmo y otras ciudades y capitales mundiales de negocios e inversiones. No es tarea fácil, naturalmente. Pero abona a favor de la propuesta el hecho de que se trata de incorporar la fórmula en contratos que se ejecutan en el Perú y explotar la posibilidad de que las partes que los hayan suscrito pueden estar más predispuestas a resolver sus conflictos aquí mismo para no incurrir en mayores gastos de movilización y traslados para evaluar procesos de designación, buscar árbitros y abogados y familiarizarse con legislaciones no muy conocidas.

En el Perú, por otra parte, contamos con una legislación moderna en materia arbitral, tanto en lo que respecta a la normativa general, básicamente referida a la Ley de Arbitraje,¹⁵ vigente desde el 1 de septiembre de 2008, como en lo que respecta a la normativa especial, vinculada al sector público y referida obviamente a la ya citada LCE, vigente desde el 1 de febrero de 2009. Ambas normas están suficientemente consolidadas como para vislumbrar las ventajas comparativas que ofrecen a la

¹⁵ Promulgada mediante Decreto Legislativo n.º 1071.

luz de la propuesta formulada de convertir al Perú en sede internacional de arbitrajes. A diferencia de otros países de la región, aquí existe además una envidiable estabilidad política y económica que no se altera mayormente ni siquiera durante las etapas pre electorales, lo que ofrece seguridades adicionales para los inversionistas no sólo para contratar en el Perú si no para poder aceptar resolver en los centros de arbitraje peruanos las discrepancias que podrían producirse en la ejecución contractual, con la tranquilidad de que el proceso arbitral se conducirá con arreglo a derecho sin interferencias ni intromisiones inaceptables de autoridades gubernamentales o regionales. En la improbable eventualidad de que ellas se produzcan, tendrán también las partes las garantías de que ni las instituciones arbitrales ni los propios árbitros aceptarán ningún tipo de presiones.

Lo expuesto ya es bastante como para convencerse de la conveniencia de elegir al Perú como sede arbitral para resolver en Lima, por ejemplo, las discrepancias que surjan de los contratos que se celebren y ejecuten aquí. Ello, no obstante, no es suficiente. Para convertir al Perú en una sede internacional de arbitraje los centros que operan en el país tienen que modernizarse y modernizar sus reglamentos y procedimientos. No es posible que no hayan introducido, ninguno de ellos, los adelantos tecnológicos en su justa dimensión ni hayan incorporado las audiencias no presenciales, las teleconferencias, las actas suscritas por Internet y las notificaciones por correo electrónico, por decir lo menos. Tienen que hacerlo. Para evitar que árbitros, así como abogados y representantes de empresas que provengan de distintos lugares tengan que viajar a Lima para realizar audiencias y diligencias que pueden perfectamente hacerse sin tener que movilizarse de un lado a otro. Que vengan, está bien, pero que lo hagan para conocer el país y sus atracciones. No que lo hagan obligados por actuaciones prescindibles. Si hay que celebrar una audiencia necesariamente presencial, está bien, que vengan. Pero sólo en esos casos.

Una vez que se logre afianzar esa conquista, habrá que lanzarse en procura de otras mayores, como la de arrebatarles a otras ciudades la posibilidad de ser sede internacional de arbitrajes para disputas que no versen sobre contratos que se ejecutan en el Perú ni que enfrentan a partes domiciliadas aquí. Eso es más difícil, claro. Pero no imposible. En la medida que se difundan las virtudes de los procesos arbitrales que se administran en el país se podrá explotar otros factores, tales como la predictibilidad de los laudos, para cuyo efecto hay que trabajar un archivo de tendencias jurisprudenciales sobre la base de acuerdos de cada centro y de algo así como las salas plenas arbitrales, la seguridad jurídica, la solvencia de los árbitros y hasta las tarifas menos onerosas de los litigios. Si a todo ello se le unen programas paralelos al estilo de las ruedas de negocios y actividades diversas para quienes vengan, como sucede en otros sectores, podría redondearse una opción altamente interesante y beneficiosa para el litigante foráneo. Incorporando a los servicios de solución de controversias por la vía del arbitraje institucional dentro del paquete de exportaciones que el Perú le ofrece al mundo. Pero, eso sin duda vendrá después.

4. SINCERAR EL PLAZO DE CADUCIDAD

En tercer lugar, y volviendo a lo que es la materia medular de esta ponencia, es menester destacar que la LCE ha dejado pasar la ocasión de sincerar el plazo de caducidad previsto para iniciar un proceso arbitral, toda vez que existía y existe aún una contradicción abierta entre el plazo abierto hasta antes de que termine el contrato que prevé la LCE¹⁶ y los plazos parciales, más cerrados y perentorios, que contempla el Reglamento, para determinados casos especiales, tales como los de la nulidad, resolución, culminación y liquidación del contrato, las ampliaciones de plazo y valorizaciones, metrados y recepción de obras.¹⁷

¹⁶ LCE, artículo 52, primer párrafo.

¹⁷ Reglamento, artículos 144, 170, 175, 179, 199, 201, 209, 210 y 211.

En este caso no se comenta ninguna modificación. Se anota que faltó hacerla, para sincerar los plazos y dejar que prevalezca, como es lógico, la disposición de mayor jerarquía normativa, porque además le permite al contratista evaluar si difiere sus reclamaciones para el final, en función del criterio de economía procesal, inmerso dentro del principio de eficiencia,¹⁸ o simplemente se abstiene de presentarlas porque al terminar el contrato ha quedado satisfecho y no desea involucrarse y gastar recursos y energías en un proceso arbitral.

La caducidad, como se sabe y como lo recuerda el Código Civil,¹⁹ extingue el derecho y la acción correspondiente, a diferencia de la prescripción, que extingue la acción pero no el derecho mismo.²⁰ Los plazos de caducidad, por si hubiera alguna duda, se fijan por ley y no hay posibilidad de pactar en contrario, a juzgar por lo dispuesto taxativamente en el mismo Código Civil.²¹ La Corte Suprema lo ha ratificado al señalar que conforme a la doctrina, las relaciones jurídicas y sus derechos se fijan en el tiempo de la concepción y al momento de su nacimiento y, por consiguiente, es el transcurso del tiempo, como fenómeno jurídico, el que se recoge en la norma para precisar sus efectos, razón por la que el derecho emerge ligado a un plazo para su ejercicio, plazo que sólo puede ser, en virtud de un mandato de carácter imperativo, fijado por ley, sin admitirse como queda dicho, pacto en contrario.²²

Debe prevalecer, por tanto, la ley y, en consecuencia, las solicitudes de conciliación y arbitraje, cualquiera de ellas o ambas, deben formularse en cualquier momento antes de que culmine el contrato, esto es, antes de que éste sea liquidado.²³ Una futura modificación del Reglamento tendrá que sincerar los plazos y eliminar lo que no se ajusta a la LCE.

¹⁸ LCE, artículo 4, inciso f).

¹⁹ Código Civil, artículo 2003.

²⁰ *Ibid.*, artículo 1989.

²¹ *Ibid.*, artículo 2004.

²² Cas. n.º 1802-99-Lima. En «El Peruano», 18.12.1999, p. 4339.

²³ LCE, artículo 43.

5. LAS ESPECIALIDADES DE LOS ÁRBITROS O EL SEXO DE LOS ÁNGELES

Según la Ley de Contrataciones del Estado (LCE),²⁴ las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. Precisa a continuación, como ya lo hemos anotado, que el inicio de estos procedimientos debe solicitarse en cualquier momento antes de que culmine el contrato y que éste es un plazo de caducidad salvo para los reclamos que formulen las entidades por vicios ocultos.

El mismo dispositivo agrega que el arbitraje será de derecho y que será resuelto por un árbitro único o por un tribunal arbitral mediante la aplicación de la LCE y de su Reglamento, así como de las normas de derecho público y de derecho privado, en ese orden de preferencias.²⁵ Que el arbitraje sea de derecho no constituye ninguna novedad porque ésa es la opción desde la primera Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado,²⁶ cuyo anteproyecto tuve el honor de preparar a iniciativa del antiguo Consejo Superior de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas (CONSULCOP). El Estado no va a ceder en esto pese a los reclamos de algunos sectores. La referencia a un árbitro único o tribunal arbitral sí es una novedad porque siempre se ha aludido a un tribunal que podía ser unipersonal o colegiado. Desde el 2008 se hace la distinción como si no pudiese existir un tribunal de un solo árbitro lo que constituye un error semántico imperdonable que se debería subsanar en breve por respeto al idioma de Cervantes.

La LCE también preceptúa que el árbitro único y el presidente del tribunal arbitral necesariamente deben ser abogados con especialización acreditada en Derecho Administrativo, arbitraje y contrataciones con el Estado, en tanto que los demás integrantes del colegiado podrán ser ex-

²⁴ *Ibid.*, artículo 52, primer párrafo.

²⁵ *Ibid.*, artículo 52, segundo párrafo.

²⁶ Ley 26850, artículo 53.2, tercer párrafo.

peritos o profesionales de otras materias,²⁷ sin ninguna exigencia adicional por demostrar. Que el árbitro único y el presidente del tribunal sean abogados tampoco es novedad. Apareció en el primer Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado,²⁸ que creó ese arbitraje de derecho *sui generis*, sobre cuya validez se desató tanta controversia hasta que posteriormente se trasladó del Reglamento a la misma ley, con lo que la discusión ya no se centró en la legalidad de la medida sino en su constitucionalidad, procedencia y utilidad. En la elaboración del proyecto del primer Reglamento también participé, integrando la comisión que redactó el primer borrador, pero obviamente no estuve de acuerdo con ese híbrido ni con esa exigencia que, por lo demás, coloca a quien está en minoría en la obligación de velar por la aplicación de un universo normativo amplio y variopinto que de ordinario sólo él está profesionalmente en condiciones de entender.

Lo que sí es novedad, o lo fue cuando se promulgó la LCE, es la especialización en Derecho Administrativo, arbitraje y contrataciones con el Estado que debe acreditar el árbitro único o el presidente del tribunal arbitral. Desde el año pasado, ya no sólo tiene que ser abogado sino que adicionalmente tiene que tener estas especialidades, lo que constituye, sin ninguna duda, la modificación más importante en materia de arbitraje respecto de la antigua Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

De esas especialidades he dicho que son como el sexo de los ángeles: todos saben que lo tienen, pero nadie puede probarlo. Con los árbitros sucede exactamente lo mismo. Todos saben las especialidades que tienen, pero nadie puede probarlo. O nadie sabe cómo hacerlo. El Reglamento de la LCE, no aporta ninguna regulación que pudiera contribuir a desenredar este misterio, lo que abona a favor de la tesis de que esta exigencia se agregó a última hora y en circunstancias en que el proyecto de Reglamento ya estaba prácticamente terminado. Lo prueba

²⁷ LCE, artículo 52, tercer párrafo.

²⁸ Decreto Supremo n.º 039-98-PCM.

el proyecto original,²⁹ que no hacía ninguna referencia a ella y cuyo texto todavía se puede consultar en el portal del Congreso de la República.

El objeto de la exigencia es, sin duda, blindar los laudos y asegurarse de que éstos sean efectivamente el colofón de auténticos arbitrajes de derecho. Sin embargo, todo indica que la solución no es la más idónea porque lo cierto es que en ese propósito se ha terminado creando un nuevo requisito que, en el caso de un tribunal pluripersonal, sólo debe cumplir un árbitro en tanto que los demás, que eventualmente pueden hacer mayoría, no necesitan observarlo.

El Texto Único de Procedimientos Administrativos del Órgano Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE),³⁰ vigente desde el 15 de enero de este año, ha encontrado una solución al problema de las especialidades, pues exige para inscribirse en el registro de árbitros, aparte de la documentación habitual, que se haya aprobado el curso de formación que esta misma institución dicta o, en su defecto, que se cuente con una capacitación mínima de 120 horas académicas. Obliga igualmente a acreditar, cuando menos, uno de un total de siete requisitos muy puntuales: experiencia no menor de 5 años en contratación pública en el ejercicio de la administración pública o en el ejercicio privado de la profesión; en arbitraje, como árbitro, abogado o secretario arbitral; y en derecho administrativo, así como diplomados expedidos por universidades que acrediten especialización en contrataciones con el Estado, en arbitraje y en Derecho Administrativo.

Pero, como la necesidad tiene cara de hereje, esta solución ha generado la protesta de otros centros, razón por la que para evitar que el registro del OSCE se convierta en el único capaz de acreditar árbitros con los requisitos exigidos, será indispensable que éstos también distingan muy claramente a aquéllos que están en condiciones de desempeñarse como presidentes de tribunales o árbitros únicos en la solución de

²⁹ Proyecto n.º 1490-2007-PE.

³⁰ Aprobado mediante Decreto Supremo n.º 292-2009-EF.

conflictos derivados de la LCE de aquellos otros que sin tener todas esas especialidades pueden integrar estos tribunales con solvencia y conocimientos de esas materias.

Las especialidades de los árbitros, aplicables a todos ellos y no sólo al árbitro único o al presidente del tribunal arbitral, tienen un par de antecedentes tanto en el primer Reglamento de la LCAE³¹ como en el que lo sustituyó,³² que les exigían, ambos dispositivos, contar con no menos de 5 años de experiencia en las materias objeto de la convocatoria. Sabiamente, el tercer Reglamento³³ omitió este requisito, no por ser innecesario, sino porque era y es de difícil acreditación y podía provocar la recusación de los árbitros, como que en efecto la provocó en más de una ocasión, al punto de declararse fundada alguna en perjuicio de un distinguido profesional a quien una entidad objetó supuestamente porque, según adujo, «siendo las cuestiones controvertidas materia de un análisis complejo y especial del Derecho de Construcción y Obras Públicas, el Árbitro recusado no cumple con las exigencias establecidas en la normativa aplicable para el presente proceso arbitral ...».³⁴

Al absolver la recusación el árbitro indicó que «ha desempeñado su labor como árbitro en asuntos relacionados a la contratación estatal hace más de ocho años», que ha dictado un curso universitario sobre la materia que incluye el tema del contrato de obra y que ha escrito una serie de artículos sobre el asunto. Ello, no obstante, el OSCE estimó que «de la revisión de los documentos presentados por el árbitro recusado, no se acredita que contaría con la experiencia requerida en el presente proceso arbitral, sino que de manera general, sustenta experiencia en el

³¹ Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 039-98-PCM, artículo 143.

³² Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 013-2001-PCM, artículo 195.

³³ Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 084-2004-PCM, artículo 282.

³⁴ Resolución n.º 063-2010-OSCE/PRE del 18.02.10.

campo de las Contrataciones del Estado». La resolución final que declara fundada la recusación añade que «ninguna de las pruebas documentarias presentadas por el citado profesional referentes a la especialidad de Contratos de Obra tiene más de cinco (5) años de antigüedad...».³⁵

De la lectura de esa resolución se advierte que resulta inobjetable porque debía ceñirse a lo señalado en la norma reglamentaria aplicable. El Reglamento que vino después, incluyó la obligación de que el árbitro designado presente una declaración expresa sobre su idoneidad, capacidad profesional y disponibilidad.³⁶ Nada más. El actual, siguiendo esa línea, repitió lo mismo.³⁷ Ciertamente que a continuación advierte que los árbitros pueden ser recusados, entre otras causales, cuando no cumplan con ello, o con las exigencias y condiciones establecidas por las partes en el convenio arbitral.³⁸ No menos cierto es que no se contempla una expresa referencia al incumplimiento de la acreditación de las especialidades que exige la LCE. Ello, sin embargo, no asegura que no se pueda interponer una recusación por ese motivo, como en efecto se interpuso una, exitosa además, bajo el imperio de otro marco normativo.

Nuestra impresión es que la exigencia de las especialidades debe eliminarse y mantenerse la obligación de cumplir con los requisitos señalados para acceder a los registros de árbitros en contratación pública. Mientras tanto, la solución elegida por el OSCE, que deberían reproducir otros centros, es interesante porque puede desanimar a quienes pretendan recusar por esta causa a un árbitro inscrito en su lista y porque, en la eventualidad de que siempre se lo quiera apartar de un proceso, en definitiva puede servir de base para declararla infundada.

³⁵ Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo n.º 013-2001-PCM, artículo 195, ya citado.

³⁶ Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 084-2004-PCM, artículo 282, ya citado.

³⁷ Reglamento, artículo 224.

³⁸ *Ibid.*, artículo 225.

6. LA GARANTÍA EN LOS RECURSOS DE ANULACIÓN COMO REQUISITO INDISPENSABLE PARA EVITAR LA EJECUCIÓN DEL LAUDO

La LCE, de otro lado, no hizo mucho por afianzar el carácter inapelable, definitivo y obligatorio del laudo arbitral.³⁹ Especial preocupación genera su carácter inapelable sobre el que descansa su principal fortaleza: la de ser el arbitraje un mecanismo rápido y efectivo de solución de controversias. Si el laudo puede ser apelado o judicializado por la vía del recurso de anulación o, para decirlo con propiedad, por el uso abusivo del recurso de anulación, pierde esa principal fortaleza. Una forma de evitar ese riesgo era exigir el requisito de la fianza para interponer ese recurso que debería formularse únicamente con el objeto de revisar las formalidades del proceso y no el fondo, pero que en la práctica terminó prostituyéndose, si se permite el término, hasta el punto de no distinguirse de cualquier apelación.

Como he dicho en reiteradas ocasiones, lo que la LCE no se atrevió a hacer, lo hizo la Ley de Arbitraje, la nueva. Como todos sabemos, esta nueva Ley de Arbitraje, permite interponer el recurso de anulación sin ninguna fianza, como pedían los procesalistas y puristas del derecho, defensores de la doble instancia y de la justicia al alcance de todos, lo que está bien pero en ocasiones abre las puertas al abuso del derecho que es lo que está mal. Ello, no obstante, la misma Ley de Arbitraje advierte⁴⁰ que el recurso de anulación no suspende el cumplimiento y ejecución del laudo que, según agrega,⁴¹ sólo se puede lograr si es que se constituye fianza por el monto que el laudo ordena pagar. Si quien interpone el recurso, lo pierde, se le ejecuta la fianza⁴² y de paso se le ahorra a la otra parte pasar por las horcas caudinas de la cobranza, trámite que por lo demás es otra historia.

³⁹ LCE, artículo 52, sexto párrafo.

⁴⁰ Ley de Arbitraje, artículo 66, inciso 1.

⁴¹ Ley de Arbitraje, artículo 66, inciso 2.

⁴² Ley de Arbitraje, artículo 66, inciso 6.

Mi opinión es que no interesa si esta novedad está en la Ley de Arbitraje o en la LCE. Lo cierto es que está vigente y eso está bien. Lástima que algunas entidades están incluyendo en sus bases convenios expresos que pretenden liberar a las partes de la obligación de constituir fianzas como requisito para interponer el recurso de anulación. Las entidades están avisando así que si pierden de todas maneras van a dilatar el proceso y van a tratar de dilatar el cumplimiento y la ejecución del laudo. Y eso no es legal. Hay que erradicarlo de inmediato. No se hacen las reformas para que no sean observadas.

Sobre este asunto de la garantía en los recursos de anulación es preciso insistir. La Ley de Arbitraje dispone, como se ha indicado, que «la interposición del recurso de anulación no suspende la obligación de cumplimiento del laudo ni su ejecución arbitral o judicial, salvo cuando la parte que impugna el laudo solicite la suspensión y cumpla con el requisito de la garantía acordada por las partes o establecida en el reglamento arbitral aplicable. Al examinar la admisión del recurso, la Corte Superior verificará el cumplimiento del requisito y, de ser el caso, concederá la suspensión».⁴³

Quiere decir, como ya lo hemos señalado en otras oportunidades, que desde el 1 de setiembre del 2008, fecha en que entró en vigencia la nueva Ley de Arbitraje, la sola interposición de un recurso de anulación ya no suspende la ejecución del laudo como ocurría antes. La misma ley deja entender que sólo se puede suspender la ejecución cuando la parte que impugna así lo solicite y cumpla además con el requisito de la garantía acordada por las partes o establecida en el reglamento aplicable. ¿Y si no ha sido acordada por las partes, no está establecida en el reglamento aplicable o no existe ningún reglamento susceptible de aplicarse por tratarse de un arbitraje *ad-hoc*?

La misma norma responde la pregunta y acota que «si no se ha acordado requisito alguno, a pedido de parte, la Corte Superior concederá

⁴³ Ley de Arbitraje, artículo 66, inciso 1.

la suspensión, si se constituye fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la otra parte con una vigencia no menor a seis (6) meses renovables por todo el tiempo que dure el trámite del recurso y por una cantidad equivalente al valor de la condena contenida en el laudo».⁴⁴ Está claro que con la Ley de Arbitraje se confirma que ahora sólo se podrá suspender el cumplimiento del laudo si es que se constituye una garantía por el valor de la condena.

«Si la condena, en todo o en parte, es puramente declarativa o no es valorizable en dinero o si requiere de liquidación o determinación que no sea únicamente una operación matemática, el tribunal arbitral podrá señalar un monto razonable en el laudo para la constitución de la fianza bancaria en las mismas condiciones referidas en el apartado anterior, como requisito para disponer la suspensión de la ejecución, salvo acuerdo distinto de las partes»,⁴⁵ agrega el dispositivo.

Eso significa que aun en el caso de que el laudo no ordene expresamente pagar un monto, para suspender la ejecución del laudo siempre habrá que cumplir con el requisito de la fianza, para cuyo efecto el tribunal fijará la cantidad por la que debe extenderse, «salvo acuerdo distinto de las partes»,⁴⁶ dejándose establecido que en esta materia, a diferencia de las otras, cabe que el demandante y el demandado prevean otra opción, otra salida, en suma, que pacten en contra de lo indicado.

La misma ley refiere que «la parte impugnante podrá solicitar la determinación del monto de la fianza bancaria prevista en el apartado anterior a la Corte Superior que conoce del recurso, cuando el tribunal arbitral no lo hubiera determinado. También podrá solicitar su graduación, cuando no estuviere de acuerdo con la determinación efectuada por el tribunal arbitral. La Corte Superior luego de dar traslado a la otra

⁴⁴ Ley de Arbitraje, artículo 66, inciso 2.

⁴⁵ Ley de Arbitraje, artículo 66, inciso 3.

⁴⁶ *Ob. cit.*

parte por tres (3) días, fijará el monto definitivo en decisión inimpugnable».⁴⁷

A diferencia del apartado precedente, que dejaba espacio para que las partes puedan libremente decidir una alternativa en particular, en éste la norma admite la posibilidad de que lo resuelto por el tribunal, a falta de acuerdo de las partes, más bien, pueda ser modificado por la Corte cuando la parte que impugna no estuviese de acuerdo con la cantidad fijada por los árbitros.

En todos los casos, «la garantía constituida deberá renovarse antes de su vencimiento mientras se encuentre en trámite el recurso, bajo apercibimiento de ejecución del laudo. Para tal efecto, la Corte Superior, a pedido de la parte interesada, de ser el caso, oficiará a las entidades financieras para facilitar la renovación».⁴⁸ Como es obvio, «si el recurso de anulación es desestimado, la Corte Superior, bajo responsabilidad, entregará la fianza bancaria a la parte vencedora del recurso. En caso contrario, bajo responsabilidad, lo devolverá a la parte que interpuso el recurso».⁴⁹

Una duda puede quedar flotando: así como las partes pueden acordar algo distinto para el caso de que la condena no pueda valorizarse en dinero, así también las mismas partes podrían dispensarse del requisito de la fianza y regresar a la fórmula de la antigua Ley General de Arbitraje n.º 26572, que consideraba a esta garantía como requisito para admitir el recurso sólo «si se hubiera pactado en el convenio o dispuesto en el reglamento de la institución arbitral a la que las partes hubieran sometido la controversia».⁵⁰ ¿Es eso posible?

⁴⁷ Ley de Arbitraje, artículo 66, inciso 4.

⁴⁸ Ley de Arbitraje, artículo 66, inciso 5.

⁴⁹ Ley de Arbitraje, artículo 66, inciso 6.

⁵⁰ Ley General de Arbitraje n.º 26572, artículo 72, inciso 4.

La inquietud encierra su propia respuesta, desde mi punto de vista. Y es que así como la nueva Ley de Arbitraje deja abierta la posibilidad para que las partes acuerden algo distinto, naturalmente para el caso de que la condena no pueda valorizarse en dinero, para otros casos no deja abierta esa posibilidad, con lo que legítimamente puede inferirse que las partes no tienen esa facultad para hacer lo mismo frente a cualquier eventualidad.

Sería, por lo demás, como sacarle la vuelta a la ley que no por nada se ha esforzado en ponerle candados a la tentación, en nuestro medio muy frecuente por desgracia, de dilatar innecesariamente los propios procesos arbitrales y, más aún, la ejecución y el cumplimiento del laudo. Si se va a permitir que las partes puedan acordarlo todo, pues no sería necesaria ni siquiera la propia ley.

La Ley de Arbitraje refiere que «ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo contemplado en este Decreto Legislativo. Cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad».⁵¹

El apartado consagra la jerarquía de la función jurisdiccional del arbitraje y subraya que el control judicial posterior sólo cabe «mediante el recurso de anulación del laudo contemplado en este Decreto Legislativo» y el recurso contemplado en el Decreto es el glosado. No cabe otro. Por si eso fuera poco, la misma Ley de Arbitraje dice que «cuando una disposición de este Decreto Legislativo [...] deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad comprenderá la de autorizar a un tercero, incluida una institución arbitral, a que adopte esa decisión».⁵² La ley, por consiguiente, puede dejar determinados

⁵¹ Artículo 3, inciso 4.

⁵² Artículo 6, inciso a).

asuntos para que sean decididos libremente por las partes pero, a juzgar por lo indicado en este apartado, esa delegación debe ser necesariamente expresa, como lo es cuando faculta a las partes a establecer la forma en que se procederá a calcular la garantía cuando la condena sea declarativa o no pueda ser valorizada en dinero.

Así como la Ley de Arbitraje ha suprimido el recurso de apelación con el objeto de hacer que esta vía de resolución de conflictos vuelva a ser rápida y eficaz, así también ha establecido la obligación de la fianza como requisito para suspender la ejecución de los laudos. Es una disposición de ineludible cumplimiento respecto de la que, por tanto, no cabe pacto en contrario.

7. LAS CONSECUENCIAS DE LA JUDICIALIZACIÓN MALICIOSA DE LOS ARBITRAJES

Antes de terminar, corresponde expresar la preocupación que ha despertado una sentencia del Tribunal Constitucional difundida recientemente a propósito de la anulación de un laudo arbitral y que traslada el litigio a la competencia del Poder Judicial. El pronunciamiento vulnera varios principios, entre ellos el del derecho al juez natural, el derecho a la doble instancia y, aunque no lo dice textualmente, al debido proceso.⁵³

Se trata de la sentencia⁵⁴ que resolvió el recurso de agravio constitucional interpuesto por Pablo Hugo Torres Arana contra la resolución expedida por la Sala Permanente de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República⁵⁵ que, a su turno, declaró improcedente la demanda con la que el mismo actor solicitó que

⁵³ Así lo señaló Álvaro Aguilar, secretario del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima en declaraciones reproducidas en *Gestión*, 30.09.10, p. 28.

⁵⁴ Expediente n.º 05923-2009-PA/TC, expedida el 21.06.10.

⁵⁵ Del 12.08.09.

la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior, que había anulado el laudo, resuelva el fondo de sus pretensiones.

El recurrente interpuso una demanda de amparo⁵⁶ contra los vocales de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior, solicitando la nulidad de dos de sus resoluciones, que declaran improcedentes los pedidos de ejecución de lo dispuesto judicialmente y la apelación consecuente, y contra los vocales de la Sala Transitoria de la Corte Suprema solicitando la nulidad de una de sus resoluciones, que declaró improcedente el posterior recurso de queja, y solicitando adicionalmente que se ordene que esta última cumpla con emitir una nueva resolución debidamente motivada respecto de su recurso,⁵⁷ con el que pidió que emita una nueva sentencia en sustitución del laudo arbitral⁵⁸ que había sido anulado por esta misma sala.⁵⁹

El señalado señor Pablo Hugo Torres Arana interpuso demanda arbitral en forma solidaria contra Marina Internacional Holding S.A. y Mía Meliá Inversiones Americanas N.V., solicitando la intervención de Corporación Hotelera Metor S.A. y planteando diversas pretensiones principales, accesorias y subordinadas que fueron resueltas por el laudo arbitral, que resolvió declarar fundada su demanda en el extremo referido a la indemnización por daño emergente y precisó la forma en que ésta debía ser pagada. Más adelante interpuso recurso de anulación porque el tribunal arbitral había laudado sobre la indemnización por daño emergente y la forma de pagarse, una materia no sometida a su decisión. La Cuarta Sala Civil de Lima resolvió declarar nulo y sin efecto legal el laudo, sentencia contra la que las emplazadas en el proceso arbitral interpusieron un recurso de casación que fue desestimado por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema.⁶⁰

⁵⁶ El 21.09.06.

⁵⁷ Del 22.11.05.

⁵⁸ Del 15.02.02.

⁵⁹ Mediante sentencia del 20.10.03.

⁶⁰ Mediante la sentencia de fecha 12.07.05.

El recurrente aduce que al declararse la nulidad del laudo, y no del proceso arbitral,⁶¹ presentó un escrito a la Sala Superior señalando que la competencia judicial había quedado restablecida y que, por tanto, ella resultaba competente para emitir nueva sentencia sobre la base de las pretensiones y lo actuado en el proceso arbitral, pedido que fue desestimado sin realizarse ninguna interpretación, análisis ni fundamentación, lo cual vulnera su derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales. Al desestimarse su pedido, señala que interpuso recurso de apelación, el cual también fue desestimado vulnerándose su derecho a la pluralidad de instancias.

Admitida a trámite la demanda por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima se incorpora al proceso como litisconsortes necesarios a Marina Internacional Holding S.A., Mía Meliá Inversiones Americanas N.V. y Corporación Hotelera Metor S.A. El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial contesta la demanda argumentando que el recurrente no ha acreditado con medios probatorios suficientes las afirmaciones vertidas en cuanto a la supuesta vulneración de sus derechos constitucionales al debido proceso y a la tutela procesal efectiva. Las sociedades litisconsortes contestan la demanda señalando que el demandante dejó consentir la resolución judicial que dice afectarlo, que la acción está prescrita, que no existe interés para obrar, que el agravio ha cesado y que no se puede continuar el proceso dictándose sentencia sobre controversias materiales ajenas a la pretensión de anulación. La Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, declara improcedente la demanda,⁶² por considerar que las resoluciones cuestionadas se ajustan a derecho y han sido expedidas conforme a las normas de la materia. La Sala revisora confirmó la apelada, por estimar que las resoluciones judiciales se encuentran debidamente motivadas y que el recurrente pretende cuestionar el criterio interpretativo esgrimido por las Salas emplazadas.

⁶¹ Invocando la Ley n.º 26572, artículo 78, inciso 6).

⁶² El 14.07.08.

El demandante estima que las resoluciones contra las que acciona han vulnerado su derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, por cuanto no han respondido en forma debida su pedido de ejecución de la casación, en la medida que carecen de motivación respecto a los alcances de la Ley General de Arbitraje.⁶³ Así delimitada la pretensión demandada, el Tribunal Constitucional estima que el objeto de enjuiciamiento del presente proceso debe dirigirse a determinar si las resoluciones cuestionadas cumplen, o no, con la obligación constitucional de la motivación de las resoluciones.⁶⁴

El Tribunal Constitucional ratifica que toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente o tenga una motivación aparente, constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional. En el presente caso, agrega, el artículo objeto de interpretación de las resoluciones judiciales cuestionadas,⁶⁵ vigente en el momento en que se inició y resolvió el recurso de anulación, dispone que si el laudo arbitral ha sido anulado,⁶⁶ la competencia del Poder Judicial quedará restablecida, salvo acuerdo distinto de las partes.

Teniendo presente ello, el Tribunal considera que la resolución⁶⁷ vulnera el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, porque se trata de una resolución judicial cuya motivación resulta insuficiente y arbitraria, ya que se limita a parafrasear parte de la Ley General de Arbitraje⁶⁸ para declarar improcedente el pedido de ejecución del demandante, sin explicar razón alguna de por qué se ha declarado improcedente el pedido de ejecución del demandante.

En este contexto el Tribunal considera que la petición de ejecución presentada por el demandante merecía ser contestada en forma debida

⁶³ Ley n.º 26572, artículo 78, inciso 6), ya citado.

⁶⁴ Constitución Política del Perú, artículo 139, inciso 5.

⁶⁵ Ley n.º 26572, artículo 78, inciso 6).

⁶⁶ Por la causal establecida en la Ley 26572, artículo 73, inciso 6.

⁶⁷ Del 12.01.06.

⁶⁸ Ley n.º 26572, artículo 78, inciso 6.

y razonada por la Cuarta Sala Civil en el proceso de anulación de laudo arbitral, por cuanto lo peticionado tenía por finalidad hacer efectivo el derecho constitucional a la ejecución de las resoluciones judiciales. No obstante, de las resoluciones judiciales cuestionadas se advierte que tanto la Sala Civil de la Corte Superior como la Sala Civil de la Corte Suprema han abdicado de su función de interpretación,⁶⁹ pues ninguno de los dos órganos judiciales han precisado cuáles son los alcances de la frase «la competencia del Poder Judicial quedará restablecida, salvo acuerdo distinto de las partes», lo cual también vulnera el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales. El Tribunal considera que la frase debe ser interpretada en el sentido de que el órgano competente para conocer la pretensión demandada en el proceso arbitral cuyo laudo fue declarado nulo es el Poder Judicial, a través de la Sala que declaró nulo el laudo. Para ello, la Sala deberá fallar sobre la base de lo actuado en el proceso arbitral hasta el momento anterior a que se emitiera el laudo arbitral, pues lo actuado en dicho proceso conserva plena validez ya que no ha sido declarado nulo y porque en el proceso arbitral las partes han ejercido en forma plena su derecho de defensa.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional declara fundada la demanda y nulas las resoluciones expedidas por la Cuarta Sala de la Corte Superior y todas las demás resoluciones emitidas con posterioridad, ordenando que la propia Cuarta Sala cumpla con emitir una nueva resolución en respuesta a la solicitud de ejecución presentada.

En honor a la verdad es preciso destacar que el magistrado Juan Francisco Vergara Gotelli emitió un voto singular, por cuanto, en su opinión, el recurrente interpone recurso de amparo contra las resoluciones que se pronunciaron en puridad por la solicitud de avocamiento de la Cuarta Sala Civil de Lima, por lo que corresponde sólo analizar si dichas resoluciones se encuentran debidamente motivadas, es decir, si sustentan debidamente la determinación a la que arriban.

⁶⁹ Específicamente del inciso 6) del artículo 78 de la Ley n.º 26572.

El doctor Vergara Gotelli glosa el sustento de las resoluciones y concluye que la primera se encuentra motivada, puesto que considera claramente que el dispositivo citado por el recurrente está referido a que acuda al Poder Judicial realizando los cuestionamientos que crea pertinente, considerando que dicho articulado no dispone que sea la Sala emplazada (la que resuelve el pedido) la que debe avocarse a la causa. Por ello considera que el análisis que realiza la resolución en mayoría es erróneo, pues considera que dicha resolución se encuentra insuficientemente motivada, ya que no interpreta adecuadamente la Ley General de Arbitraje, cuando se entiende que la desestimatoria del pedido, es precisamente porque la Cuarta Sala Civil de Lima considera que no debe avocarse a la causa sino que dicho articulado indica que la competencia del Poder Judicial es la que queda restablecida, no interpretando de ninguna manera que esto implique que dicha Sala tenga que resolver su pretensión, respondiendo expresamente el pedido realizado por el recurrente. En consecuencia, cabe decir que cuando la Ley General de Arbitraje habla del restablecimiento de la competencia del Poder Judicial, se está refiriendo a la pérdida de competencia de los árbitros para así poder reiniciar el proceso ante el juez ordinario competente.

Respecto de la segunda resolución igualmente estima que las razones por las que deniega el recurso de apelación, se sustentan en la Ley General de Arbitraje,⁷⁰ que establece que contra las resoluciones emitidas por la Corte Superior sólo procede el recurso de casación, interpuesto obviamente por el perdedor como efectivamente fue en este caso. La desestimatoria de la apelación en este estado resultaba pertinente, así como la denegatoria de la queja de derecho.

Por esto es que en el presente caso no encuentra el doctor Vergara Gotelli razones para estimar la demanda de amparo y mucho menos cuando se advierte que lo que en puridad busca el recurrente es que la Cuarta Sala Civil de Lima se avoque en el conocimiento de su demanda interpuesta ante el tribunal arbitral y la resuelva como tribunal de

⁷⁰ Artículo 77.

primera instancia, cosa que no puede decir la ley por obvias razones. Es por lo expuesto que considera que las resoluciones cuestionadas se encuentran suficientemente motivadas, por lo que la demanda debe ser desestimada y, por tanto, declararse infundada, por no advertirse afectación de los derechos del demandante.

8. CONCLUSIÓN

En los últimos años ya son varios los laudos arbitrales que el Tribunal Constitucional no sólo ha anulado sino que ha remitido al Poder Judicial para que en esta vía se resuelvan en definitiva materias ya juzgadas en la vía arbitral, lo que ha generado el justo y comprensible malestar de los centros de arbitraje que operan en el país y la protesta de la comunidad jurídica que entiende que no se respeta el fuero y no se aplican cabalmente las leyes de arbitraje.

Sentencias como éstas afectan el blindaje con que el propio Tribunal Constitucional revistió a la institución arbitral hace cuatro años, relevando principios elementales que la vigente Ley de Arbitraje ha reproducido y que, obviamente, no deberían ser dejados de lado. De lo contrario, quienes ahora acuden al arbitraje en busca de la solución rápida y eficaz de sus problemas, van a dejar de hacerlo para ir directamente al Poder Judicial que es donde están terminando algunos procesos, exactamente como antes de que el país convierta al arbitraje en un real y efectivo mecanismo de solución de toda índole de controversias.

Esta tendencia de resolver acciones de amparo ratificando la anulación de laudos y enviándolos al Poder Judicial para que emita sentencias sobre el fondo de las respectivas controversias, obliga a repensar el rol pedagógico de los centros de arbitraje y a reprogramar la agenda de la comunidad jurídica a efectos de organizar mesas de trabajo y de debate con los mismos miembros del Tribunal Constitucional, con los vocales de la Corte Suprema y de las Cortes Superiores, para crear conciencia o

cuando menos establecer criterios uniformes de aplicación normativa y para proponer los dispositivos que sean necesarios a fin de desterrar la judicialización maliciosa de los arbitrajes que perjudica severamente no sólo la resolución de las desavenencias sino el mismo desarrollo nacional que todo el país anhela.

LA EJECUCIÓN DE LAUDOS EXTRANJEROS
EN LA EXPERIENCIA PERUANA

Gonzalo García-Calderón Moreyra

LA EJECUCIÓN DE LAUDOS EXTRANJEROS EN LA EXPERIENCIA PERUANA

*Gonzalo García-Calderón Moreyra**

Las sentencias o laudos arbitrales dictados en el extranjero requieren de un proceso de reconocimiento previo a la ejecución de los mismos por parte del Poder Judicial peruano.

La nueva Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo n.º 1071) establece en el Título VIII, el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, señalando que serán reconocidos y ejecutados todos los laudos pronunciados en un lugar que se halle fuera del territorio peruano, en la medida que no violenten o vulneren determinados principios.

A diferencia de lo que ocurre con las sentencias judiciales, las mismas que se regulan para efectos de su reconocimiento por el Libro X del Código Civil y donde se exigen criterios de revisión muy específicos para la validez del mismo, la ley de arbitraje ha establecido criterios universales.

En efecto, para lograr que los laudos que provienen de un estado extranjero se homologuen en nuestro país, la norma ha establecido que se tendrán en cuenta la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras aprobada en Nueva York el 10 de junio de 1958, o la Convención Interamericana de Ar-

* Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Socio del Estudio García-Calderón, Vidal, Montero & Asociados.

bitraje Comercial Internacional aprobada en Panamá el 30 de enero de 1975. Ambos tratados forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, y en caso se pretenda reconocer alguna sentencia arbitral que proviene de un país que ha ratificado ambos tratados, se aplicará el más favorable a la parte que solicite reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero.

Es importante señalar que con el fin de precisar el ámbito de su aplicación, la Convención ha señalado que se aplicará a cualquier controversia que tenga su origen en diferencias generadas entre personas naturales o personas jurídicas, incorporando las sentencias dictadas por los árbitros nombrados para casos determinados, y también incorporando las sentencias arbitrales dictadas por órganos permanentes a los que las partes se hayan sometido, siempre y cuando las sentencias que se pretende reconocer no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en que se pide su reconocimiento.

Como podemos apreciar, lo relevante no es la nacionalidad de las partes ni la ley aplicable, ni el domicilio de éstas, sino la sede del tribunal arbitral, por lo que el criterio para reconocer una sentencia será el lugar donde se emitió el laudo arbitral, a efectos de solicitar su posterior ejecución.

Otro requisito que señala la Convención de Nueva York, es que el origen del arbitraje, es decir, el convenio arbitral, haya sido pactado por escrito, entendiéndose por escrito incluso el intercambio de cartas o cualquier otro medio en donde deje constancia indubitablemente de la voluntad de las partes de apartarse del Poder Judicial.

El artículo III de la Convención establece 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. Agrega que, para el reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales no se

interpondrán condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o costas más elevados, que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales.

Para obtener el reconocimiento y la ejecución de la sentencia arbitral, el artículo IV de la Convención dispone que la parte que lo pida deberá presentar, necesariamente, junto con la demanda, el original debidamente autenticado de la sentencia o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad; y el original del acuerdo a que se refiere el artículo II —del que nos hemos ocupado al tratar de la validez y forma del mismo— o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad.

De la misma manera, la Convención de Panamá de 1975 establece que el acuerdo arbitral debe constar por escrito firmado por las partes o debe incluirse un canje de cartas o comunicaciones que demuestren su voluntad de manera indubitable; señala también que el nombramiento de los árbitros deberá hacerse de conformidad a lo pactado por las partes, y que podrá delegarse a un tercero dicha designación. Esta Convención de la cual el Perú forma parte, incorpora las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, señalando que a falta de acuerdo expreso entre las partes, serán las reglas de la CIAC incorporadas a la Convención, las que se apliquen.

Dichas reglas contienen el mecanismo de designación de los árbitros, así como la lista y la conformación de los paneles arbitrales. Se contempla también el mecanismo procesal, las audiencias, la renuncia al derecho a objetar, la competencia de los árbitros para resolver sobre su propia competencia, entre otros principios del Derecho Arbitral reconocidos en nuestra legislación interna.

Al igual que la Convención de Nueva York, esta Convención señala que los laudos arbitrales tendrán fuerza de sentencia judicial ejecutoria, indicando que su ejecución o reconocimiento deberá exigirse en la

misma forma que la de las sentencias dictadas por tribunales ordinarios, según las leyes procesales del país donde se ejecuten.

Ambas Convenciones señalan las causales para denegar el reconocimiento de una sentencia o laudo arbitral, las mismas que son recogidas en el artículo 75 del Decreto Legislativo n.º 1071. Lo interesante es que a diferencia del reconocimiento de sentencias judiciales en donde es el interesado en el reconocimiento quien debe probar el cumplimiento de los requisitos que el Perú señala como estándares mínimos para homologar una sentencia extranjera, para el caso de los laudos arbitrales, la carga de la prueba se traslada a aquél que se opone al reconocimiento del laudo y no a quien lo solicita.

Bastará que el solicitante del «Exequátur» adjunte el original o copia del laudo debidamente autenticado con arreglo a las leyes del país de procedencia del documento y certificado por un agente diplomático o consular peruano; si el documento no estuviese redactado en español, deberá acompañarse traducción simple, salvo que la autoridad judicial considere que requiere traducción oficial.

Es claro que las causales son las únicas posibles de invocar para solicitar la no «nacionalización» del laudo emitido en el extranjero. La primera causal señala, que se podrá denegar un laudo si la parte contra la cual se invoca prueba:

- a. Que una de las partes en el convenio arbitral estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho convenio no es válido, en virtud de la ley a la que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado al respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo.

La redacción de la ley peruana respecto a la competencia del tribunal arbitral y respecto a la anulación del laudo es más completa, al señalar que el tribunal arbitral es el único competente para decidir acerca

de objeciones relativas a inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral, o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida. Así también el artículo 63 señala que el laudo puede anularse si el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz. Sin embargo, el tema de la incapacidad de las partes no ha sido señalado en nuestra legislación interna de manera expresa, y sí lo ha sido para efectos de considerarlo como causal de denegación del laudo extranjero.

Véase que en esta causal entra en juego el Derecho Internacional Privado, al señalarse que la ley aplicable a efectos de que el juez peruano evalúe la causal, será la ley a la que las partes se sometieron (autonomía de la voluntad de las partes), y si nada se hubiese dicho (lo cual es lo usual para los Convenios Arbitrales, no para el fondo del conflicto en donde sí hay sometimiento de las partes a una ley determinada) se regulará en base a la ley del país en que se haya dictado el laudo.

Es decir, que las partes pueden haber elegido como ley aplicable al fondo de la controversia una ley específica, pero para efectos de la capacidad o incapacidad de las partes, la ley aplicable será la ley del lugar de la sede del tribunal arbitral, aplicando el principio de la «*Lex Fori*» o la Ley del Foro, a efectos de evaluar este punto por parte de los jueces peruanos.

Normalmente la capacidad en la doctrina se regula por la ley personal, es decir, sea la Ley de Nacionalidad o la Ley de Domicilio. En el caso peruano, los artículos 2070 y 2073 del Código Civil precisan que el estado y capacidad de la persona natural se regula por la ley de su domicilio y que para el caso de las personas jurídicas señala que la existencia y capacidad de las empresas de derecho privado, se rigen por la ley del país en que fueron constituidas, los mismos que son reconocidos de pleno derecho en el Perú para ejercer, eventualmente, en el territorio nacional.

Este primer inciso también regula la validez del Convenio, por lo que deberá revisarse la forma del mismo, según la ley del lugar de expedición del laudo.

Es importante enfatizar que cuando pacten un arbitraje internacional, revisen la ley interna que gobierna el lugar del proceso, ya que puede darse el caso de que —al no cumplir con las formalidades exigidas por la ley en que se dictó el laudo— no puedan reconocerla en un tercer Estado.

- b. Que la parte contra la cual se invoca el laudo no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.

No nos olvidemos de que esta causal, al igual que las demás, debe ser alegada y probada por el demandado en el procedimiento de reconocimiento. Se trata de una causal muy amplia, que abarca no sólo el mecanismo de designación del árbitro (sea de un tribunal o del árbitro único) sino de cualquier violación por falta de notificación o indefensión, a lo largo del procedimiento arbitral.

La primera pregunta que cabe formularse es si estas violaciones debieron ser puestas en conocimiento del tribunal arbitral para poder tener acceso al recurso de oposición al exequátur, tal como se exige para las causales de anulación. Al respecto, la respuesta es categórica, señalando que cualquier vicio debe ser reclamado ante el tribunal arbitral para poder utilizarlo luego como causal para exigir la denegatoria del reconocimiento del laudo.

Es evidente que el tribunal arbitral debe actuar dentro de los criterios de un debido proceso internacional, por lo que si la ley de un país restringe derechos reconocidos, dicha sentencia no podrá hacerse valer

en el Perú, por lo que los principios de contradicción, igualdad y el derecho a la defensa, son principios universales.

El omitir notificar la designación de un árbitro, priva a la parte de su legítimo derecho para revisarlo.

Es particularmente interesante no sólo comentar el tema de falta de notificación, o tratamiento desigual o arbitrario de parte del tribunal frente a una de las partes, sino el tema de que por medio del recurso de reconocimiento, los jueces peruanos evalúan la forma de actuar de los árbitros a lo largo del procedimiento, constituyendo este mecanismo un contrapeso a la función arbitral.

El Tribunal Constitucional peruano tiene abundantes resoluciones sobre el tema, por lo que me remito a ellas para el caso interno.

Finalizo este punto indicando que es absolutamente inválido el pacto mediante el cual una de las partes quede facultada por la otra para designar el árbitro o a los árbitros y será motivo de denegar el reconocimiento de un laudo extranjero en el Perú.

- c. Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el convenio arbitral o contiene decisiones que exceden sus términos.

Los fallos «*Extra Petita*» o «*Ultra Petita*» responden a un error de los árbitros respecto a los puntos controvertidos y siendo el arbitraje una sustracción voluntaria del Poder Judicial, no cabe admitir un laudo que resuelva más allá de los acuerdos celebrados por las partes.

Cabe aclarar que la denegación de la demanda de reconocimiento sólo se dará sobre los puntos laudados en exceso, en la medida en que puedan separarse sin afectar el contenido integral del laudo.

Como el exequátur es una revisión del debido proceso, revisión formal, esta causal permite de manera indirecta, ingresar al fondo, ya que el juez deberá estudiar el contenido del laudo, los puntos controvertidos, el convenio arbitral y decidir si los árbitros respetaron el marco que las partes fijaron al momento de laudar. Esto no significa ingresar a revisar el criterio, motivación o interpretación de los árbitros, pero sí permite a los jueces calificar si el pronunciamiento se ajusta al contenido del convenio arbitral, y si los puntos controvertidos resueltos están en concordancia con ello.

Vean que esta causal no versa sobre el convenio arbitral, ni sobre el procedimiento, sino que se da luego de finalizado el contrato entre las partes y los árbitros con la expedición del laudo arbitral.

- d. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes, o en defecto de tal acuerdo, que no se han ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje.

Esta causal tiene mucho que ver con la causal que se refiere a la vulneración del debido proceso y a la igualdad que debe existir en todo procedimiento.

Es claro que no se podrá reconocer un laudo si el origen de los árbitros no fue el pactado por las partes, y con igual razón si el procedimiento no respetó el pacto de aquéllos. El procedimiento para elegir los árbitros, el número, sus capacidades individuales, el conocimiento o títulos exigidos por las partes, son elementos que pueden ocasionar la denegación del reconocimiento.

Es particularmente complejo el hecho de que existiendo un convenio arbitral en un arbitraje internacional, en donde las partes tienen sus domicilios en países o Estados diferentes, las partes no hayan señalado

el mecanismo residual de designación de árbitro, en el supuesto que uno de ellos no lo designe.

El Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial, firmado en Ginebra en 1961, establece en su artículo IV.2 que «Si las partes han estipulado someter el arreglo de las posibles controversias, entre ellos a un arbitraje *ad-hoc*, y si en un plazo de treinta días desde la fecha de la notificación de la demanda de arbitraje al demandado, una de las partes omitiese el nombre de su árbitro, éste será designado, salvo que las partes hubiesen previsto lo contrario en el acuerdo arbitral, a petición de la otra parte, por el Presidente de la Cámara de Comercio competente del país en el cual tenga su residencia habitual o su sede social la parte omitente en el momento de la presentación de la demanda de arbitraje. El presente párrafo se aplicará igualmente a la sustitución de un árbitro o árbitros nombrados por una de las partes o por el presidente de la Cámara de Comercio que se alude anteriormente».

Nuestra Ley de Arbitraje señala que en el arbitraje internacional, para el caso que una de las partes no designe al árbitro que le corresponde o al Presidente, el nombramiento será efectuado por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o por la Cámara de Comercio de Lima, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje.

El mejor consejo que les puedo dar, es que siempre indiquen el mecanismo residual de designación de árbitros en todos sus acuerdos arbitrales.

El mecanismo de elección de los árbitros, al estar pactado en el convenio arbitral o en el Reglamento de la Institución a la que se sometieron, y no respetarse, implica un incumplimiento contractual que invalida el reconocimiento.

En defecto del pacto expreso, la ley aplicable sería la ley del lugar del proceso, la misma que regulará el mecanismo procesal a seguir.

Si los árbitros violaran la ley del lugar del proceso que señala un procedimiento determinado en defecto de la voluntad de los árbitros, el laudo no podrá reconocerse en nuestro país.

Este punto es relevante, ya que algunos países señalan un procedimiento específico para los arbitrajes que se llevan en su territorio.

- e. Que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por una autoridad judicial competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictado ese laudo.

El laudo debe tener la calidad de cosa juzgada según la ley del país en que se dictó el Laudo Arbitral.

Nuevamente debe distinguirse entre la ley aplicable al fondo del conflicto y la ley que gobierne el lugar donde se desarrolle el arbitraje. Esta última es la que nos dirá si tiene la calidad o no de cosa juzgada.

Como sabemos, la solicitud de anulación no suspende la ejecución del laudo en nuestro país, por lo que la única manera de denegar el reconocimiento será que se pruebe que el laudo ha sido anulado en el país en el que se dictó.

Sin embargo, la práctica judicial internacional es esperar que el recurso de anulación haya finalizado, para iniciar el procedimiento de reconocimiento en un país distinto al que se dictó el laudo.

Ése es el espíritu de nuestra ley al indicar que la Corte Superior peruana que conoce de la solicitud de exequátur —si lo considera pertinente— podrá aplazar su decisión hasta que finalice el recurso de anulación o suspensión presentado ante la autoridad judicial del país en que se dicte el laudo.

También es posible denegar una solicitud de reconocimiento de un laudo extranjero si la autoridad judicial comprueba que el objeto de la controversia no es susceptible de sometimiento a arbitraje según el Derecho peruano y/o que el laudo arbitral vulnere el orden público internacional.

Se trata de causales que se aplicarán de oficio por parte del juzgado.

Debe distinguirse el concepto de orden público nacional, del de orden público internacional. El segundo forma parte del Derecho Interno, mas no todas las cuestiones de orden público interno de un Estado forman parte del orden público internacional.

En nuestro país, los jueces superiores vienen respetando las solicitudes de reconocimiento de laudos en estricta aplicación de las Convenciones Internacionales de las cuales el Perú forma parte.

Disculpen que ponga un caso personal de carácter profesional, pero creo, refleja lo que estoy señalando: Un laudo dictado en Londres seguido entre Energoprojekt Niskogradnja, que ordenaba un pago por parte de la Compañía de Seguros y Reaseguros Pacífico Peruano-Suiza, respecto al proyecto Chira-Piura, que se había visto afectado por daños ocasionados por el fenómeno de El Niño, y motivado en que las partes no se ponían de acuerdo sobre el monto, pese a existir una póliza que ofrecía cobertura sobre esos hechos, fue resuelto por un tribunal arbitral con sede en Londres. La demandada no cumplió con lo señalado en el laudo arbitral, por lo que la empresa ganadora del arbitraje solicitó su reconocimiento ante la Corte Superior de Lima, la misma que reconoció el laudo arbitral, pese a la oposición de la demandada.

El Poder Judicial, luego de seguir el trámite procesal señalado en los tratados internacionales y homologado el laudo, ordenó la ejecución del mismo.

EJECUCIÓN DE LAUDOS CONTRA TERCEROS:
UNA APROXIMACIÓN A PARTIR DEL PLENO
JURISDICCIONAL COMERCIAL

Marianella Ledesma Narváez

EJECUCIÓN DE LAUDOS CONTRA TERCEROS:
UNA APROXIMACIÓN A PARTIR DEL PLENO
JURISDICCIONAL COMERCIAL

*Marianella Ledesma Narváez**

Uno de los temas álgidos que se presentan en la actividad judicial, está vinculado con la ejecución de los laudos arbitrales. Una controversia sometida a arbitraje no se agota con el laudo sino que requiere ingresar al proceso de ejecución para lograr la satisfacción del derecho ya declarado. No es suficiente saber que se tiene el derecho sino se necesita el restablecimiento del mismo.

El tema que nos interesa abordar en este comentario está vinculado con la ejecución de laudos que afectan derechos de terceros ajenos al convenio arbitral y al procedimiento en el que se emitió el laudo materia de ejecución.¹

* Juez Supernumeraria de la Corte Superior de Justicia de Lima.

¹ Los casos analizados tienen como partícipes en común al Notario Serafín Martínez Gutarra y al árbitro único: Eugenio Martín Cisneros Navarro. Véase el caso seguido entre Rita Espinoza Lara con Asesores y Liquidadores de Empresas ALADEM EIRL sobre obligación de dar bien inmueble. Laudo protocolizado en la citada Notaría Martínez Gutarra, Cisneros Navarros el 10 de septiembre de 2009. Otro caso, véase el seguido por Eyner Flores Ramos con Orellana Asesores y Consultores SAC sobre entrega de bien inmueble determinado. Laudo protocolizado en la Notaría Martínez Gutarra con fecha 27 de agosto 2009. Comparten este *modus operandi* en los casos analizados: «celebrar la compraventa de un inmueble y someter la contratación al convenio arbitral, para luego buscar un árbitro *ad-hoc*, que no sólo ordene la desocupación del predio al vendedor obligado con la

Véase el caso en el que se pacta la venta del bien, sin hacer referencia a que éste se encuentra ocupado por un tercero ajeno al vendedor. Además, en dicho contrato se pacta el convenio arbitral y luego se busca a un notario y un árbitro *ad-hoc* (que por coincidencia son los mismos en los casos analizados) para que completen la faena de emitir el laudo que ordene dentro de un plazo breve, que la parte demandada (vendedor) cumpla con entregar la posesión efectiva de la finca al comprador, sino que además ordene:

[...] de no verificarse la entrega y posesión efectiva del inmueble dentro del plazo fijado, se procederá al lanzamiento de los demandados y terceros que ocupen el área referida en ejecución judicial de este laudo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 690 CPC.

Como se aprecia, el objetivo es construir un título extrajudicial en el que no sólo se vincule para la entrega del inmueble al contratante del convenio, sino incluso a terceros ocupantes de éste; de tal manera que con «tremendo» laudo se recurra a la jurisdicción, para que se proceda complacientemente con la ejecución forzada de éste.

La afirmación de que el convenio arbitral se extiende a aquéllos que hayan expresado su consentimiento de someterse al arbitraje, es una ficción en los casos citados; en igual forma, la que sostiene que la eficacia del convenio arbitral sólo afecta a las partes y a sus sucesores por asumir la personalidad de aquéllas, pero no a los terceros frente a los cuales el contrato es *res inter alios acta*.

Esta situación descrita genera posiciones encontradas entre los propios jueces, quienes sí admiten esa intervención, contra terceros, siempre y cuando se cumpla con lo dispuesto en el artículo 690 CPC, que dice: «cuando la ejecución pueda afectar derecho de tercero, se debe notificar a éste con el mandato de ejecución». Con este razonamiento se

entrega, sino que además extienda los efectos de su fallo a terceros ocupantes del predio, contra quienes dispone su lanzamiento, con la intervención judicial».

convalida la manipulación de los mecanismos procesales para obtener por vía indirecta —la ejecución del laudo contra terceros— lo que no se puede hacer por vía directa, como es, laudar respecto de terceros.

Cuando hay un exceso en el pronunciamiento del árbitro, que afecta a terceros, quien está llamado a controlar ese desborde será el propio juez de la ejecución, siempre y cuando no se haya interpuesto el recurso de anulación contra el laudo; para lo cual tomará como referente el propio convenio arbitral para ese control formal.

El árbitro puede ordenar el lanzamiento de los demandados, pero no contra terceros, aunque las partes que han suscrito el convenio arbitral, les hayan delegado facultades de ejecución; sin embargo, como la *vis* compulsiva requiere de la intervención forzada de la jurisdicción, la parte beneficiada con ese laudo y ante la resistencia de la parte ejecutada, buscará la intervención de la jurisdicción para lograr la ejecución del laudo, en los mismos términos de la condena, esto es, buscará se disponga el lanzamiento y los apremios complementarios a ello, si fuere el caso.

En estos casos, el juez de la ejecución debe verificar esas facultades para controlar los límites de actuación del árbitro, sobre todo cuando involucra la afectación de terceros. Hay que afirmar que el arbitraje sólo puede afectar a quienes a él se sometieron. Sólo puede versar sobre conflictos planteados por personas que se comprometieron a aceptar la decisión y no puede extenderse a personas ajenas al pacto; en consecuencia, no comparto la posición que bajo el argumento de la tutela de los derechos de los terceros afectados con el desalojo, buscan citarlos, con el mandato de ejecución, pues la ejecución del laudo no puede alcanzar a estos terceros para involucrarlos en las resultas del proceso de ejecución.

El rechazo debe ser liminar por el juez de la ejecución; caso contrario, implicaría convalidar la afectación de los derechos fundamentales de estos terceros, que sin haber tenido posibilidad de controvertir la

pretensión del demandante en sede arbitral, quedarían vinculados por lo laudado.

Como ya he señalado, la ejecución del laudo que afecta a terceros ha generado posiciones encontradas en la judicatura, a tal punto que ha sido materia de reflexión en el Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial del año en curso (2010). En ella concurrieron dos posiciones.

La primera que sostenía que sí debería notificarse al tercero, siempre y cuando se notifique la demanda y el mandato de ejecución; la segunda posición partía por afirmar que no es posible notificar al tercero del mandato de ejecución, porque el laudo vincula a las partes del proceso arbitral y no puede ser convalidada su omisión con la notificación del artículo 690 CPC. No corresponde la notificación con el mandato de ejecución de los laudos contra terceros, porque esos terceros, no participaron en el proceso arbitral, por cuanto el convenio arbitral se extiende sólo a aquéllos que prestaron el consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado; ello de conformidad al artículo 14 del D.L. n.º 1071.² La ausencia del tercero en el proceso arbitral determina la inaplicación del laudo respecto de él y no podrá ser superada mediante la notificación del artículo 690 CPC.³

² El artículo 14 del D.L. n.º 1071 dispone que el convenio arbitral se extiende a aquéllos que prestaron el consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos, siendo así el laudo arbitral sólo resulta vinculante a quienes encontrándose dentro de los supuestos de dicha norma hubieran intervenido en el arbitraje; ello, en atención al principio de la autonomía privada expresada por las partes en el convenio arbitral.

³ En el referido cónclave se afirmó que tanto en el laudo arbitral que apareja ejecución, como en el convenio arbitral que lo sustenta, no han intervenido

La posición que acogió el Pleno asumió que «corresponde notificar con la demanda y mandato de ejecución a los terceros cuando la ejecución pueda afectar su derecho, debiendo su intervención estar sujeta a lo dispuesto por el artículo 101 del Código Adjetivo; ello, en virtud a lo dispuesto por el artículo 690 del Código Procesal Civil». Bajo la posición asumida, por mayoría, debe entenderse que estos terceros son notificados para que puedan solicitar su incorporación y formular contradicción a la ejecución; para que puedan ejercer los mecanismos de impugnación, si es que se deniega su intervención.⁴ En este último supuesto, un caso que grafica la indefensión de los terceros afectados con el laudo aparece en la siguiente ejecutoria, cuyas consideraciones transcribimos a continuación:

Que es materia de apelación la resolución que tiene por no presentado el escrito de apelación por el recurrente; que la resolución n.º 1 que admite la demanda de ejecución de laudo arbitral ordenando notificar a la ejecutada y a los ocupantes que pudieran encontrarse en el inmueble materia de *litis* [...] que, corre el escrito de contradicción del quejoso en el que se tiene por no presentado, expresándose que:

los terceros a quienes alude el ejecutante al pretender su notificación con el mandato de ejecución, por lo que no puede hacerseles extensivo lo resuelto en sede arbitral. Lo contrario implicaría una grave violación de los derechos fundamentales de los terceros, que sin haber tenido posibilidad de controvertir la pretensión del demandante en sede arbitral, quedarían vinculados por lo laudado.

⁴ Esto último también operaría con algunas restricciones, pues, estando prohibida la admisión de recursos que entorpezcan el laudo arbitral, del artículo 68, inciso 4) del D.L. n.º 1071, se colige inevitablemente que la participación del tercero resultará severamente restringida. El artículo 68 del D.L. n.º 1071 dispone que sólo puede formularse oposición a la ejecución si se acredita con documentos el cumplimiento de la obligación requerida o la suspensión de la ejecución conforme al artículo 66 del D.L. citado, en el primer caso, el cumplimiento es pertinente y exigible a quien es parte en el contrato y no a los terceros; y en el segundo caso, el tercero no podrá oponer tal causal al no tener jurídicamente posibilidad de obtener la suspensión de la ejecución, que está igualmente reservada a las partes en el arbitraje.

«por resolución n.º 01 se dispuso notificar a los ocupantes del inmueble **a fin de que tengan pleno conocimiento del proceso**; en consecuencia, queda establecido que el ocupante del inmueble no resulta ser parte en el presente proceso, siendo ello así, téngase por no presentado el escrito»;

Que, asimismo el recurrente interpone apelación contra la citada resolución que dispone no tener presentado su escrito [...]; que, en la medida que el quejoso ha sido notificado con el mandato de ejecución y en mérito al principio constitucional de pluralidad de instancias, la queja en estudio debe acogerse.⁵

Como se puede advertir, se notifica a los ocupantes del inmueble, pero se les impide ejercer cualquier articulación o impugnación, pues, se considera no ser parte en el proceso de ejecución. Esta posición ha sido corregida por el Pleno Jurisdiccional, pues se ha sostenido que la notificación a los terceros ocupantes del inmueble, debe permitir su incorporación y que puedan ejercer los mecanismos de impugnación, si es que se deniega su intervención.

Por último, lo rescatable de todo este debate en el citado cónclave es la posición final asumida por mayoría de los jueces, en el sentido de que en los casos de restitución o entrega de bienes inmuebles, si el tercero se opusiera a la ejecución (o alegara contradicción) del laudo arbitral, sustentando y acreditando que se encontraba en posesión del bien sub materia, incluso con anterioridad al proceso arbitral, el cual resolvió la desocupación del mismo, sin que él haya intervenido en dichos procesos; la oposición (contradicción) interpuesta judicialmente debe ser amparada, pues, de no ser así se estaría no sólo violentando normas procesales sino también normas que constituyen garantías constitucionales como la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho al debido proceso en su vertiente: derecho de defensa, toda vez que el tercero quedaría en total indefensión.

⁵ Ejecutoria 2.ª Sala Comercial de Lima. Expediente n.º 273-2010. Resolución: 19 abril 2010. Quejoso Julio Nicolás Varias Carbone contra el 10.º Juzgado Comercial. Expediente n.º 2009-09665.

A MANERA DE REFLEXIÓN FINAL

He querido compartir estas ideas expuestas por la judicatura en relación a la ejecución del laudo arbitral contra terceros, para afirmar dos ideas centrales: a) la inejecución del laudo frente a los terceros, no comprendidos en el convenio arbitral; y b) el rol contralor que debe asumir la judicatura para preservar derechos y garantías fundamentales, no sólo de las partes, sino incluso frente a situaciones que lleven a la indefensión de terceros; pues, el arbitraje debe ser un medio de resolución de controversias, que vincule a las partes que han querido someterse a él, bajo un claro e irrestricto respeto de los principios y valores constitucionales.

LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO
Y LAS INVERSIONES

Nicolás Lloreda

LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO Y LAS INVERSIONES

*Nicolás Lloreda**

En la charla que me corresponde, voy a tratar de describir lo que implica el capítulo de inversiones del Tratado de Libre Comercio del Perú y los Estados Unidos de América y, en general, lo que significan los acuerdos de protección de inversiones. El Perú tiene ya casi cuarenta acuerdos de protección de inversiones suscritos, sumando los que por sí solo ha suscrito el Perú con otros países, y los capítulos de inversiones que ha incluido el Perú en los Tratados de Libre Comercio suscritos con varios países.

Lo interesante del capítulo de inversiones y de los acuerdos de protección de inversiones desde el punto de vista histórico, es que, si hacemos memoria, hace treinta y cinco años, en el año 1974, en la Asamblea General de las Naciones Unidas, se aprobó la Carta de Derechos Económicos y Obligaciones de los Estados, y en esa carta, aprobada por la mayoría de los países, expresamente se excluía la aplicación del Derecho Internacional cuando se apropiaba de la inversión extranjera por parte de un Estado, y se afirmaba en la declaración de manera expresa, que era la ley interna del Estado receptor de la inversión la que regía el tratamiento de esa inversión extranjera. Vemos ahora en el año 2009, que

* Consejero Senior del Estudio Crowell Moring LLP, Washington D.C., Estados Unidos de América. Actualmente, representa empresas y gobiernos en arbitrajes y transacciones internacionales, y en asuntos contractuales y de comercio internacional.

el péndulo ideológico se fue al otro lado y ahora existen más de dos mil trescientos acuerdos de protección de inversiones firmados entre aproximadamente 178 países, en los que expresamente, en la gran mayoría de estos acuerdos se reconocen para la inversión extranjera, (i) el principio del trato nacional, es decir que la inversión extranjera debe ser tratada exactamente igual a la inversión nacional; (ii) el trato de nación más favorecida; (iii) el derecho a la compensación justa y efectiva en caso de expropiación y (iv) el trato justo y equitativo.

El trato de nación más favorecida es un principio esencial del Derecho de Comercio Internacional y consiste en que se trata a la inversión extranjera proveniente de un país de la misma forma (y no puede tratársele menos bien o de manera arbitraria) a como se trata la inversión extranjera de cualquier otro país. Por su parte, el principio del trato justo y equitativo es un principio bastante desarrollado por la jurisprudencia internacional sobre el cual se han escrito infinidad de páginas, pero si tuviera que resumirlo, yo diría que se equipara al derecho al debido proceso, lo que en el derecho anglosajón se conoce como el *due process*.

Entonces, para un inversionista extranjero, los derechos que le conceden el acuerdo de protección de inversiones (BIT, Bilateral Investment Treaty) o el capítulo de inversiones del Tratado de Libre Comercio, implica que además de las leyes que lo protegen en el Perú cuando invierte en ese país, también ostenta los derechos esenciales que le está otorgando el tratado, y que priman sobre cualquier norma interna si ésta contraría al Derecho Internacional. Esto quiere decir que en la práctica, el inversionista, que está apostando en un mercado que no es el suyo, con una regulación que no es la suya y en otro idioma, muchas veces, tiene una garantía de que va a ser objeto de trato justo y equitativo. Y si el Estado toma medidas violatorias de esos principios o no toma las medidas adecuadas será responsable, porque el acuerdo de protección de inversiones y los capítulos de inversión del TLC tratan de proteger al inversionista sobre cualquier acción u omisión del Estado que lo pueda

afectar. Es decir, se le da al inversionista extranjero, inclusive, un derecho adicional del que no goza un inversionista nacional.

¿Por qué afirmo esto? Porque si un inversionista peruano tiene un problema con el Estado peruano, no puede acudir a un tribunal internacional. En cambio, un inversionista extranjero sí. De la misma manera, un inversionista norteamericano si tiene un problema con una medida expropiatoria del gobierno de los Estados Unidos de América, o que considera injusta, no puede acudir a un tribunal internacional, mientras que un inversionista peruano en los Estados Unidos sí tiene ese derecho.

Otro avance muy notable tiene que ver con los acuerdos de protección de inversiones con el alcance de las definiciones; es decir, qué se entiende por la inversión. Porque la definición de inversión ha ido avanzando en los últimos treinta años, para cubrir hoy mucho más tipos de inversión, pues en la mayoría de los tratados se reconoce la inversión de portafolio, los instrumentos financieros, las acciones, aportes, bonos, e inclusive, los créditos.

La deuda, durante muchos años los países en desarrollo no quisieron aceptarla dentro de la definición de inversión. Hacerlo se equiparaba a que el país perdía la soberanía de tomar medidas para prevenir crisis en la balanza de pagos. Es decir, los países querían reservarse el derecho a poder impedir la salida de capitales, incluido el pago de las deudas en otras monedas. Hoy, la gran mayoría de los tratados incluyen la deuda pública como una inversión que, si no se paga o se retrasa su pago puede ser objeto de un reclamo internacional. También se entiende hoy dentro de la definición de inversión: Los derechos contractuales, las concesiones, los contratos de administración, las cuentas de participación, los derechos reales, naturalmente la finca raíz, la propiedad intangible, los derechos que uno tenga sobre una hipoteca, las fianzas, los *leasing*, la propiedad intelectual, los derechos de autor y los derechos que confiere la ley, como las concesiones, los permisos, las licencias.

¿Quién es el inversionista cuya inversión está protegida? En principio, naturalmente el nacional del Estado que es parte del tratado y la empresa constituida en ese Estado. En lo que varían los tratados, es si se reconoce a cualquier empresa constituida en un país miembro como cubierta, así el capital sea de un tercer país que no ha suscrito el tratado. Es decir, si una empresa colombiana está constituida en el Perú, invierte en Estados Unidos de América, esa empresa tiene derecho y está protegida bajo el acuerdo de libre comercio entre los Estados Unidos de América y Perú. Pero, si el acuerdo especificara que el capital debe ser originario, entonces la empresa colombiana establecida en Perú e inversionista en los Estados Unidos de América no tendría la protección.

Los derechos específicos son el trato no discriminatorio, los estándares generales y las prohibiciones específicas. El trato no discriminatorio es básicamente, el trato a la nación más favorecida y el trato nacional. En los tratados de libre comercio muchas veces se encuentran excepciones a esos derechos para sectores específicos, a veces en el sector financiero, o en el sector de telecomunicaciones se negocia que no se aplica el trato nacional para parte de estos sectores, cuando los países quieren proteger ciertos sectores y no les quieren dar todos los derechos de protección al inversionista extranjero en todos los sectores.

Los estándares generales son (i) el trato justo y equitativo y (ii) la protección y la seguridad plena. Ésta, última la jurisprudencia, la identifica como esa obligación que tiene el Estado de ejercer una actividad política que proteja la inversión. Hay varios casos en la jurisprudencia internacional que han tocado el tema, de la protección y seguridad plenas. Por ejemplo, la protección que debe realizar el Estado al inversionista frente de un grupo guerrillero o unos criminales que pueden perjudicar la inversión. Allí, el Estado tiene la obligación de proteger esa inversión que fue afectada.

También la protección plena incluye responsabilidad del Estado frente a la omisión. Por ejemplo, hay una batalla entre la policía y unos

vándalos, y la policía para terminar el conflicto y volver a poner orden en el lugar, acaba afectando y destruyendo la inversión. En ese caso hay responsabilidad del Estado. También cubre el trato no arbitrario, es decir, no puede haber ninguna arbitrariedad, pues ésta genera responsabilidad. Está el derecho, que en algunos acuerdos de protección a inversiones es explícito y en otras es tácito, del cumplimiento de los compromisos del Estado, y la protección también tácita y a veces expresa, en los acuerdos contra la *denegación de justicia*, es decir, que el inversionista y la inversión tienen el derecho a haber tenido acceso a un sistema judicial transparente, eficaz e independiente.

El modelo del acuerdo de protección a inversiones que usaba Estados Unidos en el año 1994, es diferente al capítulo de inversiones que firmó en el año 2006 ó 2007 el Perú con los Estados Unidos de América. El modelo anterior, el del NAFTA y los acuerdos de protección de inversiones que suscribió los Estados Unidos de América entre el año 1990 y 1997, específicamente le otorga a las partes el trato justo y equitativo y la protección y seguridad plenas, y se especifica que no se le dará un tratamiento menos favorable al inversionista que el requerido por el Derecho Internacional y que ninguna parte impedirá, a través de medidas discriminatorias o irrazonables, la administración del manejo de la operación o la venta de la inversión que están cubiertas.

En el año 2004, diez años más tarde, la situación es otra, es decir, ya ha habido tantos casos en la jurisprudencia internacional tratando el tema de la protección plena, y del trato justo y equitativo, que los Estados Unidos de América decidieron junto con Canadá y México en el año 2001, hacer una interpretación sobre el alcance del artículo 1105 del NAFTA, y que es muy similar a lo que aparece en el capítulo de inversiones del Tratado de Libre Comercio entre Perú y los Estados Unidos de América. En éste, se dice que cada parte otorgará a las inversiones de la otra parte un trato de acuerdo al Derecho Internacional consuetudinario, incluyendo el trato justo y equitativo y la protección y

seguridad plenas, conceptos que no implican un trato mayor o adicional del que se requiere para el estándar de nivel mínimo de trato bajo el derecho consuetudinario, ni crean derechos sustanciales adicionales. En el año 1994, el Derecho Internacional podía incluir el derecho consuetudinario y el derecho de los tratados. Lo que está tratando de excluir es que no se incluya el derecho de los tratados. Eso quiere decir que, si una de las partes incumplió una parte diferente del tratado, eso no significa que se haya incumplido el capítulo de inversiones, porque para que esto suceda se tendría que haber incumplido expresamente las protecciones y los derechos que allí están incluidos y evitar así que la violación de otro tratado o de otra parte del tratado implique que se dio una violación del Derecho Internacional.

Con relación a la cláusula paraguas o el *Umbrella Clause*, los Estados Unidos sí incluyen esta cláusula a diferencia de los tratados de protección que impulsa Europa. Esta cláusula básicamente incluye en el acuerdo los contratos que hayan suscrito extranjeros en el pasado y que pudieran estar sujetos, por ejemplo, a arbitraje local. Es decir le da a contratos e inversiones anteriores las protecciones del acuerdo.

El Perú realmente tiene una variedad muy amplia de acuerdo de protección de inversiones en los que en algunos se otorgan ciertos derechos, y en otros, esos derechos no están. Tenemos un acuerdo como el que se suscribió con la China, que es muy limitado, el de Estados Unidos que es bastante amplio, pero que tiene unos derechos y no tiene otros, y el de Europa que tiene otro tipo de cosas.

En cuanto a la expropiación, el acuerdo de protección de inversiones del Tratado de Libre Comercio busca garantizar que si hay expropiación se dé una compensación justa y eficaz. La expropiación es no sólo la expropiación típica cuando el Estado o una entidad municipal o regional se apropia de una inversión extranjera, cierran la fábrica, por ejemplo, o se toma el control de un pozo petrolero. Está también la expropiación indirecta, que es quizás más común en la práctica, cuando el

Estado o una entidad regulatoria, a través de unas medidas perjudica la inversión. Por ejemplo, el inversionista tiene una concesión para prestar el servicio de alumbrado, y cuando obtuvo la concesión, en el contrato no se pusieron topes a las tarifas que podía cobrar. El inversionista decide subir las tarifas, vienen las protestas del público, y el gobierno le dice, «usted no puede cobrar más de 50 soles mensuales», por ejemplo. Es una expropiación indirecta. Cualquier medida del gobierno que cambie las condiciones y expectativas legítimas que tiene el inversionista se constituye en una expropiación indirecta. No es expropiación usar la autoridad soberana que tiene el Estado, el poder de policía, mientras sea de buena fe y mientras no sea discriminatorio.

Si se da este tipo de expropiación, si el inversionista considera que ha sido afectada su inversión, y trata de negociar con el Estado y no encuentra solución y decide que no tiene opción diferente a ir al arbitraje, tiene que revisar primero si el convenio tiene, como tienen muchos de los convenios, lo que se llama el *fork in the road* (tenedor en el camino, o la obligación de escoger un foro específico). Hay muchos acuerdos de protección de inversiones que obligan al inversionista a escoger, o acude a la justicia peruana o va directamente a la justicia internacional. Pero, si acude a la justicia peruana ya no puede acudir al arbitraje internacional.

Esto es muy importante, pues una de las garantías para el inversionista en estos acuerdos de protección de inversiones es poder acudir a un tribunal internacional que, supuesta y probablemente, va a ser completamente independiente. Es decir, si se trata de una controversia de alto contenido político, la corte local puede ser objeto de tanta presión, que por este motivo, y no por los méritos, falle a favor del Estado.

Además, una ventaja adicional es que el convenio bajo el cual se suscriben estos acuerdos establece que los laudos de estos tribunales arbitrales son de obligatorio cumplimiento y son vinculantes, como si fueran una sentencia interna del Estado. Es decir, cuando el laudo ya

está en firme, condenando al Estado del país que sea, si el país no cumple el laudo y no compensa al inversionista, éste tiene la posibilidad de ir donde un juez local o de cualquier otro país miembro del convenio para que se ejecute ese laudo.

Finalmente, quiero mencionar un tema que considero interesante. El capítulo de inversiones del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América, incluye una cláusula de seguridad nacional mucho más expresa, mucho más precisa de las que existen en otros TLC y en otros capítulos de inversiones. Esto se dio por presión interna en los Estados Unidos de América, pues después del atentado del 11 de septiembre, vino la preocupación de que este país iba a ser atacado nuevamente y esto generó una gran paranoia que continúa. En el año 2006, la empresa Dubai Ports, una de las mayores administradoras de puertos del mundo, de capitales del Medio Oriente, que coincidentalmente es la concesionaria del puerto del Callao, compró varios puertos en los Estados Unidos de América incluyendo el puerto de Baltimore. Consiguieron todas las autorizaciones, pero ante la presión pública, el Congreso de los Estados Unidos se preocupó tanto de que una empresa del Medio Oriente fuera a manejar los puertos, que forzó a que se deshiciera la transacción para que Dubai no pudiera comprar ni manejar esos puertos. A partir de ese momento, el Congreso le exigió al Ejecutivo para que, cuando negociara Tratados de Libre Comercio con cualquier país, tenía que quedar muy claro que existiera en los tratados una cláusula de seguridad nacional, y que si el país receptor de la inversión, por sí mismo determinaba que cierta inversión era un tema de seguridad nacional, ese tema no podía llevarse a arbitraje. Es decir, el Estado receptor de la inversión puede alegar que se trata de un tema de seguridad nacional tales como el gas, el petróleo, los puertos y ese tema no va a arbitraje y el tribunal, como está escrita la norma, no tiene competencia para verlo. Esto no lo tienen los tratados anteriores de los Estados Unidos de América. Los primeros que los tienen son los tratados de Corea, Panamá, Perú y Colombia. Obviamente, si un país como el Perú el día de mañana decidiera, ante una controversia de un inversionista de los Estados

Unidos de América, argumenta que el tema es de seguridad nacional y que no cabe el arbitraje internacional, tendría una presión muy grande, pero es una realidad que tendría el derecho de hacerlo.

EL PACTO DE NEGOCIAR CON ANTERIORIDAD
A LA INICIACIÓN DEL ARBITRAJE
(*MULTI-STEP DISPUTE RESOLUTION CLAUSES*)

Álvaro López de Argumedo Piñeiro

EL PACTO DE NEGOCIAR CON ANTERIORIDAD
A LA INICIACIÓN DEL ARBITRAJE
(*MULTI-STEP DISPUTE RESOLUTION CLAUSES*)

*Álvaro López de Argumedo Piñeiro**

Sumario: 1. Introducción.— 2. Caracterización del pacto de negociar con carácter previo a la iniciación del arbitraje.— 3. Requisitos del ejercicio del pacto de negociar.— 3.1. Subjetivos.— 3.2. Requisitos de forma.— Tiempo de la solicitud, Requisitos de contenido, Requisitos de acreditación.— 4. Iniciación del procedimiento arbitral sin haber cumplido con la obligación de negociar previamente.— 5. Anulación del laudo ante el incumplimiento del pacto de negociar.— 6. Ejecutabilidad del pacto de negociar y *anti-suit injunctions*.— 7. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Ocurre cada vez con más frecuencia que las partes que deciden insertar una cláusula de arbitraje en un contrato establecen, también, la obligación de negociar con carácter previo a la iniciación del arbitraje. Son las denominadas *escalation clauses*, *multi-tier clauses* o *multi-step alternative dispute resolution clauses*.¹

En esencia, lo que en ellas se dispone es que la parte que desee comenzar un arbitraje deberá, con carácter previo, iniciar una negociación

* Abogado. Socio del Estudio Uría y Menéndez, Madrid, España.

1 FILE, J. «United States: Multistep Dispute Resolution Clauses». En *IBA Legal Practice Division*, Mediation Committee Newsletter. Londres, julio 2007, p. 36.

con la otra parte, con la finalidad de tratar de resolver amistosamente la disputa (de ahí que se hable del efecto «depurador» o del efecto «filtro» que estas cláusulas presentan).²

Su tipología es muy variada: conviven cláusulas de extraordinaria simplicidad (aquellas en las que, por ejemplo, las partes se obligan, antes de iniciar el arbitraje *to use best efforts to reach an agreement*) junto con aquellas otras, más detalladas, que establecen el período máximo de duración de la negociación, quiénes han de ser los intervinientes (*e.g.* Consejero Delegado, Director General, etc.) e incluso el número de sesiones que habrán de celebrarse.³

El objeto de estas *multi-tier clauses* es evidente. Se trata, en definitiva, de poner en conocimiento de la otra parte la existencia de la controversia y de darle la oportunidad de obtener una solución «extra-arbitral», evitándose así los costes económicos y temporales que todo proceso arbitral encierra.⁴ Junto a esta finalidad, el pacto puede tener también por objeto conceder a la parte reclamada la oportunidad de preparar mejor su defensa, en caso de que la solución negociada no pueda ser finalmente alcanzada.⁵

En definitiva, estos pactos permiten que las partes puedan reflexionar sobre los hechos que originan la controversia, agotando así las posibilidades de un acuerdo amistoso.

No puede dejar de resaltarse, además, su trascendencia en la economía de la obligación. En efecto, a las partes que celebran un contrato

² SUTTON, D., J. GILL and M. GEARING. *Russell on Arbitration*. Londres: Sweet & Maxwell, 2007, p. 48.

³ *Vid.* FILE, J. *Loc. cit.*, p. 33.

⁴ *Vid.* Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de marzo de 1989 (RTC n.º 1989/60), al analizar la finalidad de la reclamación previa administrativa, con la que el pacto de negociar guarda una cierta analogía.

⁵ *Vid.* Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1988 (RJ n.º 1988/5259), también referida a la reclamación previa administrativa.

—donde se incluye esta obligación de negociar— no les resultará indiferente que sus disputas puedan resolverse de manera «extra-arbitral». Como resulta evidente, los costes económicos, temporales e incluso reputacionales de un arbitraje son muy superiores a los que derivan de un proceso negociado. De ahí que pueda no resultar indiferente a una parte la existencia o no de este pacto.

Los pactos de negociar plantean no pocas incertidumbres: ¿Cuáles son los efectos de su inobservancia? ¿Tienen jurisdicción los árbitros si el pacto ha sido incumplido? ¿Cabe subsanar ese incumplimiento? ¿Es ejecutable forzosamente el pacto? ¿Puede instarse la nulidad de un laudo arbitral por no haberse cumplido el pacto de negociar? A éstas y a otras preguntas intentamos contestar en las líneas que siguen a continuación.

Conviene indicar, por último, que si bien nuestra doctrina y jurisprudencia han examinado instituciones similares (*e.g.*, la falta de reclamación previa en vía gubernativa, a la que hacía alusión el viejo artículo 533.7 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 o la conciliación laboral obligatoria del artículo 63 de la Ley de Procedimiento Laboral), no ha abordado esta cuestión en relación con el arbitraje. Sí ha existido, sin embargo, un intenso debate en los tribunales y la doctrina de los Estados Unidos de América, que ha dado lugar a numerosas resoluciones, muchas de ellas contradictorias, a las que haremos aquí alusión.

2. CARACTERIZACIÓN DEL PACTO DE NEGOCIAR CON CARÁCTER PREVIO A LA INICIACIÓN DEL ARBITRAJE

El pacto de negociar antes de la iniciación del arbitraje puede ser, a mi juicio, caracterizado (a) bien como una condición suspensiva —o *condition precedent*, en la terminología norteamericana— para la iniciación del arbitraje; (b) bien como un presupuesto procesal —*rectius*: arbitral— para el inicio del proceso (*procedural arbitration requirement*); o (c) bien como una carga procesal.

La caracterización del pacto bajo una u otra figura tiene consecuencias de enorme relevancia respecto a extremos como su posible ejecución forzosa o la subsanabilidad del incumplimiento, por lo que resulta indispensable este análisis previo para llegar con posterioridad a conclusiones sobre esas cuestiones.

En un extremo se sitúan los que consideran que estas cláusulas impiden acceder al arbitraje, en tanto y en cuanto el proceso de negociación no se haya llevado a cabo. La configuran así como una suerte de condición suspensiva (o, en la terminología norteamericana, *condition precedent*). Esta postura ha sido particularmente mantenida por los tribunales norteamericanos cuando las partes han querido claramente establecer la obligación de negociar como una *condition precedent*. También ha sido considerado como un *pactum de non petendo* o una renuncia temporal a iniciar el arbitraje hasta que no haya finalizado la negociación.⁶

Así, en *HIM Portland LLC vs. DeVito Builders Inc.*,⁷ el Tribunal de Apelaciones del Primer Circuito estableció que:

[...] [u]nder the plain language of the contract, the arbitration provision is not triggered until one of the parties requests mediation. Consequently, because neither party «ever attempted to mediate this dispute, neither party can be compelled to submit to arbitration».

Del mismo modo, en *Weekley Homes Inc. vs. Jennings*⁸ se sostuvo lo siguiente:

The trial court correctly interpreted the contractual language to require satisfaction of the provisions of the mandatory negotiation clause as a condition precedent to arbitration, and correctly determined that this arbitrability issue was one of the courts to determine, not the arbitration. Although the arbitration clause begins with broad language that generally grants ju-

⁶ Vid. BERGER, K. «Law and Practice of Escalation Clauses». En *Arbitration International*. Kluwer Law International, 2006, vol. 22, n.º 1, p. 5.

⁷ *HIM Portland LLC vs. DeVito Builders Inc.*, 317 F.3d 41, 42 (1st Cir. 2003).

⁸ *Weekly Homes Inc. vs. Jennings* 936 SW 2d 16, 18 (Tex. App. 1996).

isdiction to the arbitrator to determine the issue of arbitrability, express language in the contract restricts the breadth of that clause. The arbitration provision that makes arbitrable «any dispute or question arising under the provisions of this agreement» is qualified by the clause «which has not been resolved under the mandatory negotiation provision».

En definitiva, la interpretación de algunos tribunales norteamericanos es que el pacto de negociar tendrá la consideración de condición suspensiva —o *condition precedent*— en aquellos supuestos en que así lo hayan cualificado expresamente las partes.⁹

A mi juicio, esta interpretación es correcta en esos exclusivos supuestos. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que cuando las partes establecen un sistema *multi-tier* para resolver sus disputas (que comienzan con la obligación de negociar con carácter previo), en el que no se establece expresamente que esa obligación de negociar suspende el efecto de los siguientes escalones (aquí, el arbitraje), el incumplimiento de la obligación de negociar no puede impedir la posibilidad de iniciar las restantes fases para la resolución del conflicto. En efecto, semejante interpretación conduciría directamente a tener que acudir a la jurisdicción (puesto que la cláusula arbitral no podría ser «activada» al no haberse cumplido la condición necesaria para ello), que es precisamente lo que las partes han querido evitar. Será dentro del propio proceso arbitral donde habrán de examinarse los efectos del no cumplimiento del pacto de negociar previamente. Como gráficamente expresa Born,¹⁰ «even where an agreement provides for arbitration only after a lengthy process

⁹ SUTTON, D., J. GILL y M. GEARING. *Op. cit.*, p. 48. En el mismo sentido, *Kemiron Atlantic Inc. vs. Aguakem Int'l Inc.*, 290 F.3d 1287, 1291 (11th Cir. 2002): «The parties agreed to conditions precedent and, by placing those conditions in the contract, the parties clearly intended to make arbitration a dispute resolution mechanism of last resort ... [therefore,] [b]ecause neither party requested mediation, the arbitration provision has not been activated and the FAA does not apply».

¹⁰ BORN, G. *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009, p. 241.

of other dispute resolution mechanisms, it still remains an arbitration agreement. Arbitration delayed is not, so to speak, arbitration».

O, dicho con otras palabras, otorgar efectos suspensivos (respecto a las demás fases para la resolución de la controversia) a la obligación de negociar supondría que, por el mero hecho de que esa negociación no se hubiera llevado a cabo, toda la estructura de resolución de conflictos creada por las partes para apartarse de la jurisdicción se vendría abajo, en contra de la voluntad de resolver su controversia de manera extrajudicial. Bastaría, además, con el sencillo expediente de no iniciar la fase de negociación (o de negarse a negociar ante el requerimiento de la otra parte) para eludir la vía arbitral y poder así acudir a la jurisdicción.¹¹ En este sentido se resolvió el asunto *Dave Greytak Enters Inc. vs. Mazda Motors of America Inc.*:¹²

For example, the First Circuit Court of Appeals considered a construction contract with a multi-step dispute resolution clause that provided, among other things, that disputes «shall ... be subject to mediation as a condition precedent to arbitration». Neither party attempted to mediate the ensuing dispute and after the plaintiff filed suit, it subsequently moved to compel arbitration based on the arbitration component of the contract's multi-step dispute resolution clause. When the defendant resisted this motion, the court held that «[u]nder the plain language of the contract, the arbitration provision is not triggered until one of the parties requests mediation». Consequently, because neither party «ever attempted to mediate this dispute, neither party can be compelled to submit to arbitration».

Indeed, the Eleventh Circuit Court of Appeals considered a contract that did not even state explicitly that mediation was a condition precedent to arbitration, but rather stated that [i]n the event that a dispute cannot be settled between the parties, the matter shall be mediated within fifteen (15) days after receipt of notice by either party that the other party requests the mediation of a dispute pursuant to this paragraph. The dispute resolution clause went on to say that «[i]n the event that the dispute cannot be settled

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Dave Greytak Enters Inc. vs. Mazda Motors of America Inc.*, 622 A.2d 14, 23 (Del. Ch. 1992).

through mediation, the parties shall submit the matter to arbitration within ten (10) days after receipt of notice by either party».

The good-faith-negotiation provision, when considered in its entirety and in context, was intended basically as the first step of a more comprehensive procedural scheme and obligation —imposed upon both parties— «to seek prompt and expeditious non-judicial resolution of disputes between them». The highly detailed nonjudicial dispute resolution procedures ... begin with management review, progressing to a stipulation as to the facts and issues in dispute, moving to third-party resolution and, finally, to binding arbitration. Those procedures and their sequence, make it evident that litigation was intended as a last resort, and not ... the beginning point, of the dispute resolution process.

Parece, así pues, que el pacto de negociar debe ser más bien caracterizado como un presupuesto procesal (entendido como conjunto de requisitos que condicionan el derecho a obtener una resolución sobre el fondo).¹³ Podría incluso considerarse como una carga procesal, según veremos con posterioridad. En efecto, el incumplimiento del pacto de negociar previamente no impediría la iniciación del arbitraje. En palabras del Tribunal de Casación de Zurich en su sentencia de 15 de marzo de 1999,¹⁴ «obligation to mediate was substantive obligation but did not prevent procedural commencement of arbitration». Del mismo modo, en *International Association of Bridge vs. EFCO Corp. and Construction Products Inc.*,¹⁵ el Tribunal de Apelaciones del Octavo Circuito señaló: «compliance with the procedural prerequisites in an arbitration agreement is not a bar to the commencement of arbitration, but instead is a substantive issue for the arbitrators to examine». Pero, sí daría lugar a que mientras no fuera subsanado (luego examinaremos la cuestión de la subsanabilidad) no pudiera dictarse una resolución sobre el fondo,

¹³ Vid. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M.A. *Derecho Procesal Práctico*. Madrid: Ceura, 1993, tomo I, p. 407.

¹⁴ Sentencia del Tribunal de Casación (*Kassationsgericht*) de Zurich, citado en *ASA Bulletin*. Kluwer International, 2002, vol. 20, pp. 373-376.

¹⁵ *International Association of Bridge vs. EFCO Corp. and Construction Products, Inc.*, 359 F 3d 954, 957 (8th Cir. 2004).

en la medida en que faltaría un requisito esencial para que se dictara un laudo definitivo (no impediría, sin embargo, en mi opinión, que pudiera dictarse un laudo interlocutorio, resolviendo precisamente sobre esta cuestión).

Cabría también configurar esta obligación como una mera carga procesal (esto es, acto que es necesario ejecutar para prevenir un perjuicio procesal —aquí, arbitral—):¹⁶ la parte interesada en la resolución de la controversia no está obligada a iniciar previamente al arbitraje un período negociador, pero el incumplimiento del pacto —mientras no sea subsanado— perjudicará sus expectativas de obtener una resolución favorable sobre el fondo.

En otras palabras, bien se considere un presupuesto procesal (*recitius*: arbitral), bien una mera carga, su incumplimiento no cerrará las puertas al arbitraje (a diferencia de lo que ocurriría si se le considerara una condición suspensiva), pero sí a una resolución sobre el fondo del asunto. Esta conclusión, como veremos, tiene importantes repercusiones en lo que se refiere a la propia jurisdicción de los árbitros y a la ejecutabilidad del pacto de negociar.

No puede dejar de mencionarse, por último, que hay quien considera¹⁷ que la obligación de negociar debe considerarse como una obligación puramente sustantiva, sin trascendencia procesal alguna, por lo que su incumplimiento ha de resolverse —al igual que el de cualquier otra obligación material— en una mera indemnización de daños. A mi juicio, esta aproximación no es acertada. No sólo porque el pacto de negociar forma parte del esquema de resolución de conflictos de las partes (y por ello tiene una indudable trascendencia procesal), sino también

¹⁶ Vid. GOLDSCHMIDT, J.P. *Principios generales del proceso*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, vol. 1, pp. 49 y ss.

¹⁷ Vid. WALTHER, F. «E-confidence in e-commerce durch Alternative Dispute Resolution». En *Aktuelle Juristische Praxis* (AJP/PJA), Dike Verlag AG, Zürich/St.Gallen, julio 2001, pp. 176 y ss.

porque, de anudar como única consecuencia de su incumplimiento una indemnización de daños, ese incumplimiento quedaría en la práctica sin sanción alguna, puesto que no se acaba de vislumbrar cómo podrían determinarse los daños por no haber negociado.

3. REQUISITOS DEL EJERCICIO DEL PACTO DE NEGOCIAR

Siguiendo una clasificación típicamente guaspiana,¹⁸ el ejercicio del pacto de negociar debe reunir una serie de requisitos que enunciaremos brevemente a continuación:

3.1. *Subjetivos*

La solicitud de negociar debe ser, lógicamente, planteada por la parte del contrato que ha constatado la existencia de la controversia y pretende poner en marcha el procedimiento de resolución de conflictos pactado por las partes. Si en cada una de las posiciones (solicitante de la negociación y destinatario de la solicitud) hay una sola persona o entidad, no se plantean problemas de relieve.

Cuando, sin embargo, hay pluralidad de partes en cada posición, será necesario que todos los que pretenden resolver la controversia (si hay pluralidad de partes en la posición del solicitante) inicien el procedimiento de reclamación frente a todos los que se encuentren en la parte solicitada.

¹⁸ GUASP DELGADO, J., maestro de Derecho Procesal, autor, entre otras obras, de *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid: Aguilar, 1943. *El arbitraje en el Derecho español*. Barcelona: Bosch, 1956; y *Derecho Procesal Civil*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1956 (una versión actualizada de esta obra puede encontrarse en GUASP, J., con P. ARAGONESES ALONSO. *Derecho Procesal Civil*. Navarra: Cívitas, 2006, 6.ª Ed., 2006).

Cuando una de las partes es una entidad asociativa sin personalidad jurídica, como un consorcio o una Unión Temporal de Empresas, habrá que tener en cuenta esta singularidad. En efecto, si la solicitante es la entidad asociativa carente de personalidad, deberán —en principio— formular la solicitud todos los miembros de ésta (bien directamente, bien a través del gerente o apoderado en que hayan delegado las correspondientes facultades).

Puede ocurrir, sin embargo, que sea uno solo de los miembros del consorcio el que pretenda reclamar para sí, en su propio nombre y derecho, por tener una reclamación perfectamente individualizable frente a su contraparte contractual. Ello es sin duda posible en la medida en que se encuentra generalmente admitido que cuando la prestación de uno de los miembros del consorcio es individualizable y separable respecto a la de los demás, nada obsta a que ésta pueda ser formulada también de manera individual.¹⁹

Cuando la iniciación de la negociación se solicita frente a una entidad asociativa sin personalidad, ésta debe plantearse frente a todos los miembros que la integran, salvo en el caso de que su responsabilidad sea solidaria, o cuando esa responsabilidad sea perfectamente individualizable en la entidad hacia la que se dirija la solicitud. Será en cualquier caso lo más prudente dirigirse frente a todos los integrantes de la entidad.

Naturalmente, la solicitud debe en todo caso formularse por una persona que represente válidamente a la sociedad (bien como consecuencia de una representación orgánica o voluntaria). La solicitud debe

¹⁹ Cfr. *Impreglio SpA vs. Pakistán*, Decisión sobre jurisdicción de 22 de abril de 2005 (Caso CIADI ARB/03/3, Ref. ICC 133, 2005), *vid.* comentario de John P. Gaffney; y *Lesi SpA and Astaldi SpA vs. Algeria*, Laudo de 4 de noviembre de 2008 (Caso CIADI ARB/05/3, Ref. ICC 354, 2008); ambos publicados en *Investment Claims*, Nueva York: Oxford University Press, 2009. *Vid.* también DERAINS, Y. «The limits of the arbitration agreement in contracts involving more than two parties». En *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Special Supplement. París, 2003, vol. 14.

remitirse a un representante válido de la otra parte. Bastará, sin embargo, con que se envíe a aquellos órganos o personas con los que se ha mantenido habitualmente contacto durante la ejecución del contrato. En este sentido se pronunció el tribunal arbitral que dictó el laudo parcial CCI de 29 de enero de 1990 (caso 6276),²⁰ ante la objeción formulada por el demandado señalando que el destinatario de la solicitud de negociación no podía representar válidamente a la sociedad:

The defendant is in no position to dispute at present before the Tribunal the validity, which it has not disputed in the past, of the relations of the claimant with various municipal organs which moreover contacted it themselves and gave it instructions.

La conclusión de este laudo debe considerarse plenamente válida, en la medida en que si una parte ha actuado, durante la ejecución de un contrato, con unos representantes determinados, no podrá luego negar su capacidad y legitimación para actuar en el proceso negociador (ni, mucho menos, para recibir la correspondiente solicitud para iniciar la negociación).

3.2. *Requisitos de forma*

En cuanto a los requisitos de forma, éstos vendrán generalmente determinados en el pacto de negociar. Puede ocurrir, sin embargo, que nada se diga al respecto. En tal caso, parece lógico que la solicitud haya de formularse por escrito para permitir conocer el alcance exacto de la controversia (y para poder acreditar que se cumplió con la obligación de negociar). Nada impide, sin embargo, que la solicitud sea verbal (si bien esto planteará notables problemas de prueba respecto a que la negociación ha sido instada —que habrán quizás de resolverse por medio de *affidavits* o *written statements* de las personas intervinientes en el proceso negociador—). En cualquier caso, la existencia de una solicitud mera-

²⁰ Citado en JIMÉNEZ FIGUERES, D. «Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in ICC Arbitration». En *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 2003, vol. 14, n.º 1. Nueva York: Oxford University Press, 2009, p. 72.

mente verbal resulta ajena a la práctica internacional, donde la solicitud es prácticamente siempre escrita.

3.3. Tiempo de la solicitud

La solicitud debe presentarse en un plazo razonable desde que haya surgido la controversia,²¹ no sólo porque resulta un requisito obligado

²¹ Las normas FIDIC disponen al respecto:

53.1 Notice of Claim: Notwithstanding any other provision of the Contract, if the Contractor intends to claim any additional payment pursuant to any Clause of these Conditions, or otherwise, he shall give notice of his intention to the Engineer, with a copy to the Employer, within 28 days after the event giving rise to the claim has first arisen.

53.2 Contemporary Records: Upon the happening of the event referred to in Sub-Clause 53.1, the Contractor shall keep such contemporary records as may reasonably be necessary to support any claim he may subsequently wish to make. Without necessarily admitting the Employer's liability, the Engineer shall, on receipt of a notice under Sub-Clause 53.1, inspect such contemporary records and may instruct the Contractor to keep any further contemporary records as are reasonable and may be material to the claim of which notice has been given. The Contractor shall permit the Engineer to inspect all records kept pursuant to this Sub-Clause and shall supply him with copies thereof as and when the Engineer so instructs.

53.3 Substantiation of Claims: Within 28 days, or such other reasonable time as may be agreed by the Engineer, of giving notice under Sub-Clause 53.1, the Contractor shall send to the Engineer an account giving detailed particulars of the amount claimed and the grounds upon which the claim is based. Where the event giving rise to the claim has a continuing effect, such account shall be considered to be an interim account and the Contractor shall, at such intervals as the Engineer may reasonably require, send further interim accounts giving the accumulated amount of the claim and any further grounds upon which it is based. In cases where interim accounts are sent to the Engineer, the Contractor shall send a final account within 28 days of the end of the effects resulting from the event. The Contractor shall, if required by the Engineer so to do, copy to the Employer all accounts sent to the Engineer pursuant to this Sub-Clause.

53.4 Failure to Comply: If the Contractor fails to comply with any of the provisions of this Clause in respect of any claim which he seeks to make, his entitlement to payment in respect thereof shall not exceed such amount as the Engineer or any arbitrator or arbitrators appointed pursuant to Sub-Clause 67.3 assessing

conforme a las exigencias de la buena fe (con la que mal se compadece-
ría formular una reclamación transcurrido un largo período de tiempo
desde el hecho que la motivó) sino también porque será así más sencillo
que todas las partes involucradas puedan acceder al material probatorio
y a los archivos necesarios para intentar solventarla.

No son infrecuentes las cláusulas que establecen un período de
tiempo determinado durante el que se puede solicitar la negociación,
transcurrido el cual sólo cabe acceder directamente al arbitraje. Esta si-
tuación se presenta típicamente en los contratos de construcción, en los
que se establece un proceso de negociación (o de mediación) dirigido
por el arquitecto director de la obra, que no cabe instar una vez finali-
zada la obra o efectuado el último pago.

Éste es, precisamente, el supuesto que se planteó en *Tekmen & Co. vs. Southern Builders Inc.* (SBI).²² Tekmen había celebrado un contrato
con SBI para la construcción de un hotel en Rehoboth Beach. Entrega-
da la obra en el 2000, Tekmen descubrió en el año 2001 la existencia de
una serie de defectos estructurales y presentó una reclamación judicial
contra SBI. La cláusula de resolución de la controversia decía:

the claim considers to be verified by contemporary records (whether or not such
records were brought to the Engineer's notice as required under Sub-Clauses 53.2
and 53.3).

53.5 Payment of Claims: The Contractor shall be entitled to have included in any
interim payment certified by the Engineer pursuant to Clause 60 such amount
in respect of any claim as the Engineer, after due consultation with the Employer
and the Contractor, may consider due to the Contractor provided that the Con-
tractor has supplied sufficient particulars to enable the Engineer to determine the
amount due. If such particulars are insufficient to substantiate the whole of the
claim, the Contractor shall be entitled to payment in respect of such part of the
claim as such particulars may substantiate to the satisfaction of the Engineer. The
Engineer shall notify the Contractor of any determination made under this Sub-
clause, with a copy to the Employer.

²² *Tekmen & Co. vs. Southern Builders Inc.*, C.A. n.º 04C-03-007 RFS (Del. Super.
Ct. 2005).

Claims, including those alleging an error or omission by the Architect but excluding those arising under Paragraphs 10.3 through 10.5, shall be referred initially to the Architect for decision. An initial decision by the Architect shall be required as a condition precedent to mediation, arbitration or litigation of all Claims between the Contractor and Owner arising prior to the date final payment is due, unless 30 days have passed after the claim has been referred to the Architect with no decision having been rendered by the Architect [...].

En esencia, Tekmen sostenía que dado que ya había finalizado la obra, no cabía iniciar el procedimiento ante el arquitecto, razón por la cual —en la medida en que ese procedimiento era una *condition precedent* para el arbitraje— éste tampoco podía iniciarse y debía acudirse necesariamente a la jurisdicción.

La Corte Superior de Delaware entendió que el hecho de que no fuera ya posible iniciar el procedimiento ante el arquitecto no extinguía o provocaba la ineficacia de la sumisión a arbitraje. En palabras del propio tribunal:

[...] the duty to submit the claim to arbitration did not end upon final payment. There is a distinction between the interpretation of clauses requiring that no demand for arbitration be made after the date of final payment and those requiring merely that the existing claim be submitted to the architect as a condition precedent up until the date of final payment. This case falls into the latter category. Where submission of the claims to the architect is a condition precedent to arbitration, a party's duty to arbitrate is not extinguished merely because the condition precedent is finite in time.

En cualquier caso, y como es lógico, la solicitud debe presentarse antes de que haya transcurrido el plazo de prescripción de la acción (la misma solicitud producirá, además, el efecto de interrumpir la prescripción).

Finalmente, en cuanto al plazo de presentación, debe hacerse referencia a una patología que se presenta con alguna frecuencia: la iniciación del arbitraje se produce antes de que haya expirado el plazo para

negociar. Esta cuestión será tratada más adelante, al analizar los efectos del incumplimiento del pacto de negociar. Bastará ahora con indicar que si esa solicitud de arbitraje se presenta una vez constatado de modo concluyente que es imposible alcanzar una solución negociada de la controversia, deberá entonces tenerse por cumplido el requisito de procedibilidad arbitral, pues otra postura no induciría sino a un retraso en la resolución de la controversia, no justificado ni amparado por ningún interés legítimo.

3.4. Requisitos de contenido

Como se ha indicado con anterioridad, la tipología de los pactos de negociar es muy variada. Conviven así pactos de carácter vago o generalistas («the parties shall negotiate in good faith prior to ...») con aquellos otros más detallados donde se hace constar el tiempo máximo que ha de durar la negociación, las personas que deben asistir a ellas (Consejero Delegado, Director General, etc.) e incluso el número de sesiones que habrán de celebrarse. En estas últimas el cumplimiento del pacto de negociar debe, lógicamente, ajustarse a lo establecido por las partes.

Ocurre en ocasiones, sin embargo, que estos requisitos son cumplidos sólo parcialmente. Así, por ejemplo, cuando las negociaciones deben ser mantenidas entre «*senior representatives*» de las partes y acude por una de ellas un mero representante. Otro supuesto frecuente es que no se agote el plazo prescrito para negociar. El primero de los supuestos se planteó en el arbitraje CCI 9977, resuelto por un laudo final de 22 de junio de 1999.²³ La parte demandada sostuvo que no se había cumplido con el requisito de procedibilidad para acceder al arbitraje, en la medida en que, aun cuando el pacto de negociar establecía que las negociaciones debían celebrarse entre «*senior management representatives*», la parte demandante había estado representada por un mero apoderado, que no tenía esa condición. El árbitro único rechazó semejante planteamiento

²³ Citado en JIMÉNEZ FIGUERES, D. *Op. cit.*, p. 84.

sosteniendo, en esencia, que si la demandada consideraba que el nivel del interlocutor en la negociación no era el suficiente, así debía haberlo indicado, para que se pudiera subsanar, por lo que la objeción no era atendible. En palabras del propio tribunal:

A prior process like the one set forth in the Agreement, rather implies an attitude and behaviour of the parties inspired in a true and honest purpose of reaching an agreement. Henceforth, if one of the parties considers in good faith that its counterpart is not authentically committed to foster the possibilities of settling the dispute, for instance, because of the quality of its representative, it is expected that the former would express so during the process. So that, the counterpart might be able to put a prompt remedy to said objection.

[...]

(iii) [Defendant]'s allegation objecting the characteristics of [Claimant] representative involved in the process is a post factual argument. If [Defendant] was truly committed to settle the controversy and considered the characteristics of the [Claimant]'s representative as an obstacle in doing so, it would be expected that [Defendant] should have raised such point at that time. It did not occur.

El pacto de negociar también debe considerarse correctamente ejecutado, aun cuando no haya expirado el plazo previsto por las partes para la negociación, cuando es obvio que las posiciones de las partes son tan dispares que alcanzar una solución negociada será prácticamente imposible. En tales circunstancias, mantener la exigencia de negociar hasta el final del plazo pactado carece de justificación. Como señala Jiménez Figueras:²⁴

The importance of good will in amicable dispute resolution may in the past sometimes have led arbitrators to believe that refusing to allow a request for arbitration when it was quite obvious that the parties were too divided to entertain an amicable settlement may not have been in the parties' best interests.

²⁴ *Loc. cit.*, p. 72.

No pueden dejar de mencionarse, por último, aquellos supuestos en los que se exige un hito formal para que la negociación quede clausurada. Así, por ejemplo, aquellos supuestos en los que se debe remitir una carta manifestando que se ha llegado a la conclusión de que no es posible alcanzar un acuerdo. En estos casos, naturalmente, el requisito debe cumplirse para tener por correctamente cumplido el pacto de negociar. Algunos tribunales arbitrales,²⁵ sin embargo, han entendido que — pese a la existencia del requisito — si una de las partes remitía una comunicación a la otra señalando que si a determinada fecha no se alcanzaba un acuerdo, debía entender finalizada la negociación, entonces el hito de finalización (la carta comunicando que no había posibilidad de acuerdo) debía entenderse cumplido:

Fixing in advance in a letter a date by which the attempt to amicably settle the dispute would be held as having failed in this absence of a settlement was an acceptable substitute to sending a letter notifying Respondents of such failure.

A nuestro juicio la interpretación del tribunal es correcta, en la medida en que, transcurrido el plazo fijado en la carta, era claro que la negociación no podía continuar y había de pasarse necesariamente a la siguiente fase para la resolución de la disputa. Conviene subrayar la importancia de la fijación de un hito que permita tener por finalizada la negociación, a fin de evitar actitudes obstruccionistas y dilatorias de aquella parte que realmente no desea negociar.

3.5. Requisitos de acreditación

Como se ha dicho anteriormente, la solicitud de negociar se presenta usualmente por escrito. Se trata de una carta o de un documento, generalmente sencillo, donde se incluirá el objeto de la disputa, y la reclamación que en su caso se formula, y se solicita una reunión que sirva de

²⁵ Laudo interlocutorio de 7 de junio de 1999 (caso CCI 9984); citado en JIMÉNEZ FIGUERAS, D. *Loc. cit.*, pp. 85-87.

comienzo a la negociación. Por tanto, la acreditación de este extremo no presentará particulares dificultades.

Lógicamente, será necesario también confirmar que la negociación ha tenido lugar. Dado que normalmente se intercambian cartas, e-mails y propuestas, este extremo tampoco ha de presentar mayores dificultades. Sin embargo, es posible que las partes hayan pactado que las negociaciones han de tener carácter confidencial o —simplemente— no desean que sus propuestas accedan al procedimiento arbitral. En tales casos bastará con *affidavits* o *written statements* de las personas involucradas²⁶ (si bien, como es lógico, si se ha pactado la confidencialidad de la negociación, deberá quedar debida constancia de ello, a fin de poder justificar debidamente en el arbitraje la imposibilidad de aportar los oportunos documentos probatorios).

En algunas ocasiones, algún demandado ha sostenido que no se había cumplido con la obligación de negociar porque la parte contraria no había negociado de buena fe. Los tribunales arbitrales se niegan generalmente a entrar a valorar si se cumplió o no con el requisito de la buena fe, pues lo único que han de verificar es si formalmente hubo negociación.²⁷

Finalmente, debe señalarse que si la parte frente a la que se dirige la solicitud de negociar se niega a hacerlo, sin aportar ninguna justificación razonable, el requisito debe entenderse cumplido. Así, en *Biloune (Syria) and Marine Drive Company Ltd. (Ghana) vs. Ghana Investment Centre and Government of Ghana* (1994),²⁸ se estableció que: «The Tribunal holds that the legal and contractual prerequisites to arbitration

²⁶ Laudo definitivo de 22 de junio de 1999 (Caso CCI n.º 9977), citado en JIMÉNEZ FIGUERAS, D. *Loc. cit.*, p. 84.

²⁷ Laudo interlocutorio de 28 de junio de 1996 (Caso CCI n.º 742), citado en JIMÉNEZ FIGUERAS, D. *Loc. cit.*, pp. 78 y 70.

²⁸ *XIX Yearbook Commercial Arbitration* 11, p. 18.

—failure of attempts at amicable settlement— were satisfied by the Claimant's efforts and the Respondent's inaction».

La decisión del tribunal tiene sentido, en la medida en que el pacto de negociar tiene por objeto agotar las posibilidades de solventar la controversia de manera amistosa. Si ello resulta imposible por la inacción de una de las partes, debe iniciarse la siguiente fase de resolución del conflicto. Lo contrario conduciría a privilegiar la posición de aquél que mantiene una actitud obstaculizadora u obstruccionista, lo que carecería de todo sentido.

4. INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL SIN HABER CUMPLIDO CON LA OBLIGACIÓN DE NEGOCIAR PREVIAMENTE

Constituye *communis opinio*²⁹ que han de ser los árbitros los que han de decidir sobre las consecuencias de no haber cumplido con el pacto de negociar.³⁰ Como se ha visto, salvo en el caso de alguna sentencia norteamericana, que estima que —al no haberse cumplido la *condition precedent*— los árbitros carecen de jurisdicción,³¹ lo cierto es que existe consenso sobre que ésta es una cuestión a ser resuelta por los árbitros.³²

²⁹ Vid. JOLLES, A. «Consequences of Multi-tier Arbitration Clauses: Issues of Enforcement». En *The Chartered Institute of Arbitrators*. Londres: Thomson, Sweet & Maxwell, 2006, p. 335.

³⁰ Vid. PAULSSON, J. «Jurisdiction and admissibility». En *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution*, Liber Amicorum in Honor of Robert Briner, ICC Publishing, Publicación n.º 693, pp. 601-617.

³¹ La mayoría estima, sin embargo, lo contrario: «issues concerning the procedure for triggering arbitration ... are matters for arbitration, not initial judicial determination». SBC Interactive Inc. vs. Corp. Media Partners, 714 A.2d 758, 759 (Del. 1998). Ver también Pettinaro Constr. Co. vs. Harry C. Partridge, Jr. & Sons, 408 A.2d 963 (Del. Ch. 1979) («The proper method of initiating arbitration under the contract is a matter for the decision of the arbitrator»).

³² Vid. BORN, G. *Op. cit.*, p. 842.

Pues bien, hecha esta primera precisión preliminar, la primera cuestión a discernir es si el incumplimiento de la obligación de negociar podría ser apreciado *ex officio* por los árbitros.

Pocas dudas existen, a mi juicio, sobre el hecho de que, para poder apreciar la falta de este presupuesto o requisito de procedibilidad, es necesaria su alegación por la parte demandada. En efecto, como es bien sabido, el arbitraje es, en esencia, un producto de la voluntad de las partes. Por tanto, si aquélla que puede plantear la excepción no la formula, habrá que entender que ambas partes están de acuerdo en eliminar el requisito. Habría un consentimiento tácito a la modificación de la cláusula de resolución de disputas.

En el supuesto de que se plantee la objeción por la parte interesada, el tribunal arbitral puede optar (tras verificar que, efectivamente, no se ha cumplido con la obligación de negociar), bien por archivar directamente el procedimiento, bien por ordenar su paralización e instar a las partes a que negocien.

El examen de los laudos arbitrales accesibles permite confirmar que en la generalidad de los casos los tribunales arbitrales tienden a archivar el arbitraje, por considerar que falta un requisito esencial de procedibilidad y, por tanto, que la solicitud de arbitraje es prematura. Probablemente, ello se debe a que, como expresó Lord Mustill en el conocido asunto *Channel Tunnel*.³³

Those who make agreements for the resolution of disputes must show good cause for departing from them ... Having promised to take their complaints to the experts and if necessary to the arbitrators, this is where the appellants should go. The fact that the appellants now find their chosen method too slow to suit their purposes is to my way of thinking quite beside the point.

³³ *Channel Tunnel Group Ltd. vs. Balfour Beatty Construction Ltd.*, [1993] AC 334 (HL).

Ejemplo paradigmático de ese tipo de laudos es el dictado el 29 de enero de 1990, en el arbitraje CCI n.º 6276.³⁴ Las partes habían previsto un procedimiento de resolución de disputas que comprendía tres etapas: primero, una negociación amistosa, después sometimiento a la decisión de un ingeniero y, por último, arbitraje. Las partes iniciaron negociaciones que no llegaron a buen fin y, tras ellas, acudieron directamente al arbitraje, sin someter la controversia previamente al ingeniero. La demandada objetó el incumplimiento de la cláusula de resolución de disputas, lo que fue acogido por el tribunal que ordenó el archivo del arbitraje en estos términos:

The Tribunal has thus reached the conclusion that the claimant has not satisfied the prerequisite set forth in article 65 of the general conditions of contracts. Consequently, the request for arbitration concerning the 1981 contract, which is certainly not impossible for the future, is at present premature. It, therefore, behaves the claimant formally to demand from the defendant the designation of an engineer to whom submit the present dispute before it comes before the Tribunal.

No obstante, aunque ésa sea la práctica general no parece que sea, en mi opinión, la más acertada. En efecto, si existe una controversia clara entre las partes (como es evidente que existe cuando se ha llegado a la fase arbitral), lo más probable es que la negociación no llegue a buen puerto. Ello obligará a iniciar de nuevo el arbitraje y a constituir un nuevo tribunal arbitral, lo que supondrá la pérdida de un tiempo precioso para resolver el conflicto.

Parece por ello más acertado, en el interés de las partes, suspender la tramitación del procedimiento arbitral, remitiendo a las partes a la negociación, y reiniciarlo una vez haya finalizado esa negociación.³⁵ Ello

³⁴ Citado en JIMÉNEZ FIGUERAS, D. *Op. cit.*, pp. 76-78.

³⁵ Lo cual además resulta coherente con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional, que dice: «Recurso a procedimientos arbitrales o judiciales: Cuando las partes hayan acordado recurrir a la conciliación y se hayan comprometido expresamente a no entablar,

exigirá, claro está, directrices precisas a las partes sobre el plazo máximo con el que cuentan y las condiciones en que se ha de desarrollar la negociación (siempre que no estén predeterminadas en el pacto de negociar).³⁶

Es cierto que las partes estarán negociando bajo la presión de un arbitraje ya iniciado, pero también que, en el balance de intereses, esta solución parece preferible a aquélla que lleva a la finalización definitiva del procedimiento.

En cualquier caso, si la decisión del tribunal arbitral es el archivo definitivo del procedimiento arbitral, nada impide a la parte, como es evidente, cumplir con el requisito de negociar para iniciar un nuevo arbitraje con posterioridad.³⁷

No obstante lo anterior, en el caso de que, a los ojos del tribunal arbitral, resulte claro que la postura de las partes está tan enconada que no existe posibilidad alguna de llegar a un acuerdo, el tribunal arbitral deberá rechazar la objeción y continuar con el arbitraje. En palabras del laudo dictado en el caso CCI³⁸ n.º 8445, 1996:

The arbitrators are of the opinion that a clause calling for attempts to settle a dispute amicable ... should not be applied to oblige the parties to engage in fruitless negotiations or to delay an orderly resolution of the dispute.

en un determinado plazo o mientras no se produzca cierto hecho, ningún procedimiento arbitral o judicial con relación a una controversia existente o futura, el tribunal arbitral o de justicia dará efecto a ese compromiso en tanto no se haya cumplido lo en él estipulado, salvo en la medida necesaria para la salvaguardia de los derechos que, a juicio de las partes, les correspondan. El inicio de tal procedimiento no constituirá, en sí mismo, una renuncia al acuerdo de recurrir a la conciliación ni la terminación de ésta».

³⁶ Vid. BORN, G. *Loc. cit.*, p. 843 y JOLLES, A. *Op. cit.*, p. 337.

³⁷ Vid. BORN, G. *Loc. cit.*, p. 846.

³⁸ Laudo definitivo de 1996 (caso CCI n.º 8445), citado en *Yearbook of Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2001, vol. XXVI, pp.167-180.

5. ANULACIÓN DEL LAUDO ANTE EL INCUMPLIMIENTO DEL PACTO DE NEGOCIAR

En algunas ocasiones se ha planteado que el incumplimiento del pacto de negociar debía conducir a la anulación del laudo dictado sin cumplir previamente con la obligación de negociar. En esencia, lo que se ha venido a sostener es que, en la medida en que el pacto de negociar constituye una *condition precedent* o condición suspensiva, el tribunal arbitral habría dictado el laudo careciendo de jurisdicción (o, si se prefiere, sin mandato de las partes), por lo que su laudo sería radicalmente nulo. Esto es, precisamente, lo que acordó el tribunal en *White vs. Kampner*³⁹ («the parties were required to participate in the mandatory negotiation sessions prior to arbitration»).

Lógicamente, si el pacto de negociar es caracterizado no como una *condition precedent* o una condición suspensiva, sino como un presupuesto procesal e incluso una carga (caracterización que a nuestro juicio es la que corresponde a estos pactos), el tribunal arbitral tiene jurisdicción para resolver sobre si se ha cumplido o no con la condición de negociar y su laudo no podrá ser anulado por este motivo.

6. EJECUTABILIDAD DEL PACTO DE NEGOCIAR Y *ANTI-SUIT INJUNCTIONS*

La cuestión de la ejecutabilidad del pacto de negociar se ha planteado, fundamentalmente, ante los tribunales norteamericanos. Su repuesta ha sido, de manera general, que únicamente cuando la obligación de negociar venga acompañada de una serie de parámetros que permitan determinar si en verdad se ha cumplido o no, entonces será posible ordenar su ejecución forzosa.⁴⁰

³⁹ 641 A.2d 1381, 1387 (Conn. 1994). Vid. también la sentencia *Handelsmaatschappij Vekoma BV (Netherlands) vs. Maran Coal Corp. (US)*, del Tribunal Federal Suizo (Bundesgericht), Sala Civil I, de 17 de agosto de 1995.

⁴⁰ Así, en *Mocca Lounge Inc. vs. Misak*, 99 AD. 2d 761 (2d Dept. N.Y.S. 1983) se señaló que era posible ejecutar un pacto de negociar: «As one New York Court

Correlativamente, cuando el pacto de negociar tiene un carácter vago, impreciso o genérico, vienen a considerar que el pacto es inejecutable.⁴¹

Los tribunales se muestran, asimismo, más proclives a la ejecución forzosa del pacto cuando éste aparece claramente configurado como una *condition precedent* de las posteriores fases para la resolución del conflicto.⁴² Sin embargo, cuando la percepción del tribunal es que la pretensión de ejecutar el pacto de negociar responde al interés espurio de una parte en retrasar la resolución del conflicto, ha rechazado la pretensión.⁴³

En conexión con la ejecutabilidad del pacto de negociar, merece destacarse también que, en ocasiones se han solicitado *anti-suit injunctions* para paralizar arbitrajes iniciados sin observar el pacto de negociar previamente. Cabe mencionar a este respecto el caso *Commerce Bank NA vs. DiMaria Construction Inc.*,⁴⁴ donde el Tribunal Superior de New Jersey, en sentencia de 17 de abril de 1997, rechazó la petición de paralizar el arbitraje iniciado por DiMaria, al considerar que la cuestión de si el pacto de negociar previamente había sido cumplido o no corres-

observed, it is possible to enforce a definite and certain duty to negotiate in good faith, but even when called upon to construe a clause in a contract expressly providing that a party is to apply his best efforts, a clear set of guidelines against which to measure a party's best efforts is essential to the enforcement of such a clause».

⁴¹ *Vid. Candid Prod. Inc. vs. International Skating Union*, 530 F. Supp. 1330 (S.D.N.Y. 1982): «[A]n agreement to negotiate in good faith is unenforceable because it is even more vague than an agreement to agree; an agreement to negotiate in good faith is amorphous and nebulous, since it implicates so many factors that are themselves indefinite and uncertain that the intent of the parties can only be fathomed by conjecture and surmise».

⁴² *WHITE vs. KAMPNER*, 641, A.2d, 1385 (Conn. 1994), citado en FILE, J. *Op. cit.*, p. 36.

⁴³ *Southland Coop. vs. Keating*, 465, US1 (U.S. S. Ct. 1984).

⁴⁴ *Commerce Bank vs. DiMaria Construction*, 300 (N.J. Super. 9 1997).

pondría a los árbitros («... the trial court correctly construed the general arbitration clause in the contracts between Commerce and DiMaria to require the arbitrators to decide whether DiMaria was foreclosed for arbitrating because it did not file a claim with the architect or demand arbitration within twenty-one days of termination of the contracts»). En ocasiones, sin embargo, estas *anti-suit injunction* sí han sido concedidas cuando una parte ha rechazado participar en el proceso de negociación al que se encontraba obligado.⁴⁵

7. CONCLUSIÓN

Los pactos de negociar pueden jugar —y de hecho juegan— un importante papel en el proceso de resolución de disputas de las partes. Éstos deben considerarse como presupuestos procesales (*rectius*: arbitrales) para poder acceder a una resolución sobre el fondo del asunto, por lo que su incumplimiento no debe impedir el acceso al procedimiento arbitral, si bien habrán de ser los árbitros los que determinen los efectos del incumplimiento. Con carácter general, deberán proceder al archivo o cierre del expediente, si bien resultará más razonable que procedan simplemente a la paralización del arbitraje hasta que este requisito haya sido cumplido. La ejecución forzosa del pacto de negociar resultará posible cuando los términos de su cumplimiento se encuentren bien definidos; no así cuando se reduzcan a declaraciones genéricas o imprecisas. En cualquier caso, conviene destacar el papel «filtro» o «purificador» de conflictos que pueden desempeñar, no exento, en algunos casos, de algunas dificultades que conviene advertir y prever en lo posible en la cláusula que se configure a tal fin.

⁴⁵ Vid. JOLLES, A. *Op. cit.*, p. 332.

AMPLIACIÓN DE PLAZO Y PRESTACIÓN DE ADICIONALES
¿MATERIA ARBITRABLE O NECESARIAMENTE ARBITRABLE?

Álvaro Prialé Torres

AMPLIACIÓN DE PLAZO Y PRESTACIÓN DE ADICIONALES ¿MATERIA ARBITRABLE O NECESARIAMENTE ARBITRABLE?

*Álvaro Priale Torres**

Sumario: 1. Introducción.— 2. Materia arbitrable en la Ley de Contrataciones del Estado.— 2.1. Ampliaciones de plazo.— 2.2. Los presupuestos adicionales de obra.— 3. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La Constitución Política del Perú contiene una habilitación expresa para que el Estado y sus dependencias puedan someter a arbitraje las controversias derivadas de sus relaciones contractuales; es decir, se puede arbitrar con el Estado temas derivados de contratos. Sin embargo, existen arbitrajes con el Estado que no se originan en contratos y que están plenamente legislados, como ocurre con el arbitraje derivado de procesos de expropiación o de la ejecución de sentencias de Tribunales Internacionales que disponen indemnizaciones.

La participación del Estado en los arbitrajes supone un tratamiento diferenciado de los arbitrajes en los que intervienen partes privadas, ya que existen un conjunto de reglas especiales que han sido incluidas en el Decreto Legislativo n.º 1071 —Ley de Arbitraje—, y que tienen como

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Post-Grado en la Especialización de Derecho Civil otorgado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha sido Profesor de Post-Título de Derecho Público y Contratación Pública del Centro de Educación Continua de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

régimen especial la Ley de Contrataciones del Estado aprobada por Decreto Legislativo n.º 1017 (en adelante denominada, indistintamente, como la Ley o Decreto Legislativo n.º 1017) y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo n.º 184-2008-EF (en adelante denominado, indistintamente, el Reglamento o Decreto Supremo n.º 184-2008-EF).

De este modo, en el desarrollo del arbitraje en el Perú se generan soluciones a problemas puntuales —legales y técnicos— derivados de algunas disposiciones legales y/o contractuales dentro de los contratos de obra pública. En ese sentido, consideramos como punto de enfoque de esta hipótesis a las ampliaciones de plazo y a las prestaciones adicionales que se generan en la ejecución contractual, en la medida que una gran parte de los procesos arbitrales sobre contratación pública giran en torno a estos temas, para poder determinar si en un proceso arbitral especializado resultará más justa (o eficiente) la solución a arribar en defecto de la jurisdicción ordinaria donde no se puede llegar al nivel de especialización y dedicación requerido.

Sobre este tema en particular, diversos autores han señalado que, a diferencia de la jurisdicción ordinaria, la jurisdicción arbitral resulta la más eficiente para poder resolver estos temas tan especializados, ya que implica no sólo un nivel de análisis alto sino también tiempo de dedicación, características que la jurisdicción ordinaria adolece. En ese sentido, creemos conveniente que temas como las ampliaciones de plazo y las prestaciones adicionales sean cuestionadas en sede arbitral, a fin de profundizar la confianza, la eficiencia y la seguridad jurídica en nuestro ordenamiento jurídico.¹

¹ Al respecto, Arrarte Arisnabarreta y Paniagua Guevara señalan lo siguiente: «la necesaria aplicación del «sentido de la realidad», en lo que respecta a la relación entre la eficiencia, corrección y fluidez en las relaciones económicas y comerciales del Estado, y los mecanismos de solución de controversias que inevitablemente se susciten entre ellas». ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María y Carlos PANIAGUA GUEVARA. «Apuntes sobre el Arbitraje Administrativo y la Materia Arbitrable». En *Revista Peruana de Arbitraje*, 2007, n.º 4, p. 122.

Ahora bien, como hemos manifestado, la contratación pública en nuestro país se encuentra regida fundamentalmente por la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Legislativo n.º 1017) y su Reglamento (Decreto Supremo n.º 184-2008-EF).

Ambas normas buscan establecer los principios y mecanismos por los cuales transcurrirá el desarrollo de la contratación estatal, desde la etapa de convocatoria hasta la liquidación del contrato. Dentro de todo este recorrido se suscitan diversos hechos que muchas veces encuentran respuesta en lo previsto legalmente, pero otras tantas veces podemos apreciar que la respuesta de la norma especial es insuficiente y, lo que es peor, en algunos casos se verifica que es inconveniente.

Es entonces ése nuestro punto de partida: la institución del arbitraje en el Perú puede —y efectivamente lo logra— resolver, o contribuir a resolver, situaciones configuradas por vacíos o efectuar interpretaciones que resulten adecuadas ante controversias que requieren un alto grado de especialización, por cuanto se trata mayormente de la necesidad de una apreciación técnica y legal conjunta.²

2. MATERIA ARBITRABLE EN LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

El régimen actual en las contrataciones del Estado supone, claramente, la inclusión de una cláusula arbitral o convenio arbitral en los contratos que suscriba el Estado con un particular o una empresa privada, a fin

² Asimismo, para García Calderón, «Es clara la voluntad del Estado de sustraerse del Poder Judicial y obligar a los organismos estatales que todos los conflictos generados como consecuencia de adquisiciones de bienes y/o servicios sean resueltos por la vía arbitral, al considerar las ventajas que este mecanismo le ofrece a la alternativa de acudir al Poder Judicial». GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, GONZALO. «Enriquecimiento sin causa en el arbitraje en la Ley de Contrataciones del Estado». En *Compilación de Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje*. Lima, 2007, p. 392.

de que éstas puedan recurrir a la conciliación o arbitraje ante una posible controversia surgida en la etapa de ejecución del contrato. De este modo, el artículo 40 de la Ley de Contrataciones del Estado establece que todos los contratos regulados por la referida norma incluirán necesariamente cláusulas referidas, entre otras, a la solución de controversias, que a la letra señala lo siguiente:

Artículo 40.- Cláusulas obligatorias en los contratos.

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

[...]

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

[...]

Ahora bien, es necesario señalar que, en caso las partes, es decir una entidad del Estado y el Contratista, no hubiesen pactado una cláusula arbitral se entenderá incorporada de pleno derecho, lo cual demuestra la voluntad que tiene el Estado de sustraerse de la jurisdicción ordinaria. Siguiendo esta perspectiva, el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado establece lo siguiente:

Artículo 52.- Solución de controversias

Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, considerada ésta de manera independiente. Este plazo es de caducidad, salvo para los reclamos que formulen las Entidades por vicios ocultos en los bienes, servicios y obras entregados por el contratista, en cuyo caso, el plazo de caducidad será el que se fije en función del artículo 50 de la presente norma, y se computará a partir de la conformidad otorgada por la Entidad. (El subrayado es nuestro).

Conforme se puede apreciar, el referido artículo contempla una enumeración de lo que resultarían materias arbitrables, es decir, controversias sobre ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, lo que supone una norma bastante general, pero que excluye temas relacionados a las prestaciones adicionales que superen cierto porcentaje, establecido en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

2.1. Las ampliaciones de plazo

El artículo 41 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por el Decreto Legislativo n.º 1017, establece que el contratista podrá solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y/o paralizaciones ajenas a su voluntad, debidamente comprobados y que modifiquen el cronograma contractual:

Artículo 41.- Prestaciones adicionales, reducciones y ampliaciones

Excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la Entidad podrá ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes y servicios hasta por el veinticinco por ciento (25%) de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, podrá reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje.

Tratándose de obras, las prestaciones adicionales podrán ser hasta por el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados, entendidos como aquéllos derivados de las sustituciones de obra directamente relacionadas con las prestaciones adicionales de obra, siempre que ambas respondan a la finalidad del contrato original. Para tal efecto, los pagos correspondientes serán aprobados por el Titular de la Entidad.

En el supuesto de que resultara indispensable la realización de prestaciones adicionales de obra por deficiencias del Expediente Técnico o situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato, mayores a las establecidas en el segundo párrafo del presente artículo y hasta un máximo de cincuenta por ciento (50%) del monto originalmente contratado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista, el Titular de

la Entidad podrá decidir autorizarlas. Para ello se requerirá contar con la autorización del Titular de la Entidad, debiendo para la ejecución y el pago contar con la autorización previa de la Contraloría General de la República y con la comprobación de que se cuenta con los recursos necesarios. En el caso de adicionales con carácter de emergencia dicha autorización se emitirá previa al pago. La Contraloría General de la República contará con un plazo máximo de quince (15) días hábiles, bajo responsabilidad, para emitir su pronunciamiento. Dicha situación debe ponerse en conocimiento de la Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República del Congreso de la República y del Ministerio de Economía y Finanzas, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

Alternativamente, la Entidad podrá resolver el contrato, mediante comunicación escrita al contratista.

La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no podrá ser sometida a arbitraje. Tampoco podrán ser sometidas a arbitraje las controversias referidas a la ejecución de las prestaciones adicionales de obra y mayores prestaciones de supervisión que requieran aprobación previa de la Contraloría General de la República.

El contratista podrá solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y/o paralizaciones ajenas a su voluntad, debidamente comprobados y que modifiquen el cronograma contractual.

Las discrepancias respecto de la procedencia de la ampliación del plazo se resuelven de conformidad con lo establecido en el inciso b) del artículo 40 de la presente norma.

Como se puede apreciar, la ley especial no señala algún plazo de caducidad para resolver las «discrepancias» sobre la ampliación de plazo, haciendo expresa referencia al artículo 40 que textualmente dispone: «Solución de controversias: Toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato deberá resolverse mediante conciliación o arbitraje. En caso de que en las Bases o el contrato no se incluya la cláusula correspondiente, se entenderá incorporada de pleno derecho la cláusula modelo que establezca el Reglamento».

Entonces, debemos guiarnos por el artículo 52 de la ley y consecuentemente asumir que el procedimiento de arbitraje para resolver una controversia de ampliación de plazo puede solicitarse hasta antes de culminar el contrato.

Sin embargo, de conformidad al artículo 175 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, cualquier controversia relacionada con la ampliación del plazo por parte de la entidad podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la comunicación de esta decisión. Esto último resulta una cláusula de caducidad:

Artículo 175.- Ampliación del plazo contractual

Procede la ampliación del plazo en los siguientes casos:

1. Cuando se aprueba el adicional, siempre y cuando afecte el plazo. En este caso, el contratista ampliará el plazo de las garantías que hubiere otorgado;
2. Por atrasos o paralizaciones no imputables al contratista;
3. Por atrasos o paralizaciones en el cumplimiento de la prestación del contratista por culpa de la Entidad; y,
4. Por caso fortuito o fuerza mayor.

El contratista deberá solicitar la ampliación dentro de los siete (7) días hábiles de aprobado el adicional o de finalizado el hecho generador del atraso o paralización.

La Entidad resolverá sobre dicha solicitud en el plazo de diez (10) días hábiles, computado desde su presentación. De no existir pronunciamiento expreso, se tendrá por aprobada la solicitud del contratista, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

En virtud de la ampliación otorgada, la Entidad ampliará el plazo de los contratos directamente vinculados al contrato principal.

Las ampliaciones de plazo en contratos de bienes o para la prestación de servicios darán lugar al pago de los gastos generales debidamente acreditados. Cualquier controversia relacionada con la ampliación del plazo por parte de la Entidad podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la comunicación de esta decisión.

Podemos apreciar, entonces, que ante una cláusula de caducidad o diferente a la norma nacional especial, se generará una posibilidad de interpretación referida, así ¿podemos iniciar un arbitraje incluso des-

pués de la liquidación y pago?, ¿los plazos de caducidad no corren?, ¿sólo se considera como plazo de caducidad a los previstos en la Ley y no a los del Reglamento?

Al respecto, mayormente se considera que debe prevalecer la norma de mayor jerarquía, por lo cual, en estricta aplicación del principio de legalidad, la Ley debe prevalecer sobre su Reglamento.

En efecto, conforme hemos apreciado el plazo de caducidad para solicitar el procedimiento de arbitraje, según la Ley es hasta cualquier momento anterior a la fecha de culminación del Contrato. Asimismo, el artículo 51 de la Constitución Política del Perú dispone que la Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley sobre las normas de inferior jerarquía y así sucesivamente. Es bueno mencionar también que el artículo 138 de la Constitución Política del Perú dispone que en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces (en nuestro caso serían los árbitros) prefieren la primera y que igualmente prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

Este análisis se ha venido realizando al resolver medios de defensa en procesos arbitrales, generándose opiniones diversas y muy valiosas, pero éste es sólo un ejemplo de cómo pueden irse complicando las cosas, como veremos a continuación.

Otro punto por comentar es el que surge del artículo 201 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, donde se establece el procedimiento que debe seguir toda ampliación de plazo, a fin de que amerite su aprobación, conforme se detalla a continuación:

Artículo 201.- Procedimiento de ampliación de plazo

Para que proceda una ampliación de plazo de conformidad con lo establecido en el artículo precedente, desde el inicio y durante la ocurrencia de la causal, el contratista, por intermedio de su residente, deberá anotar en el cuaderno de obra las circunstancias que a su criterio ameriten ampliación

de plazo. Dentro de los quince (15) días siguientes de concluido el hecho invocado, el contratista o su representante legal solicitará, cuantificará y sustentará su solicitud de ampliación de plazo ante el inspector o supervisor, según corresponda, siempre que la demora afecte la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente y el plazo adicional resulte necesario para la culminación de la obra.

Podemos apreciar que el artículo 201 establece el procedimiento que debe seguirse para tramitar una solicitud de ampliación de plazo. En el primer párrafo de este artículo, se establece como requisito para que proceda una ampliación de plazo, la condición de que: «[...] siempre que la demora afecte la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente y el plazo adicional resulte necesario para la culminación de la obra...».

Entonces, surgen las interrogantes, ¿cómo deben saber el Supervisor o la entidad que el plazo adicional que solicita el Contratista, resulta necesario para la culminación de la obra? Si la obra está adelantada, entonces ¿no corresponde otorgar la ampliación de plazo?, independientemente del buen sustento que tenga la solicitud, ¿cuándo se considera que el Contratista está en una situación de atraso? En este contexto, ¿sólo resulta procedente la solicitud de ampliación de plazo cuando el Contratista esté atrasado?

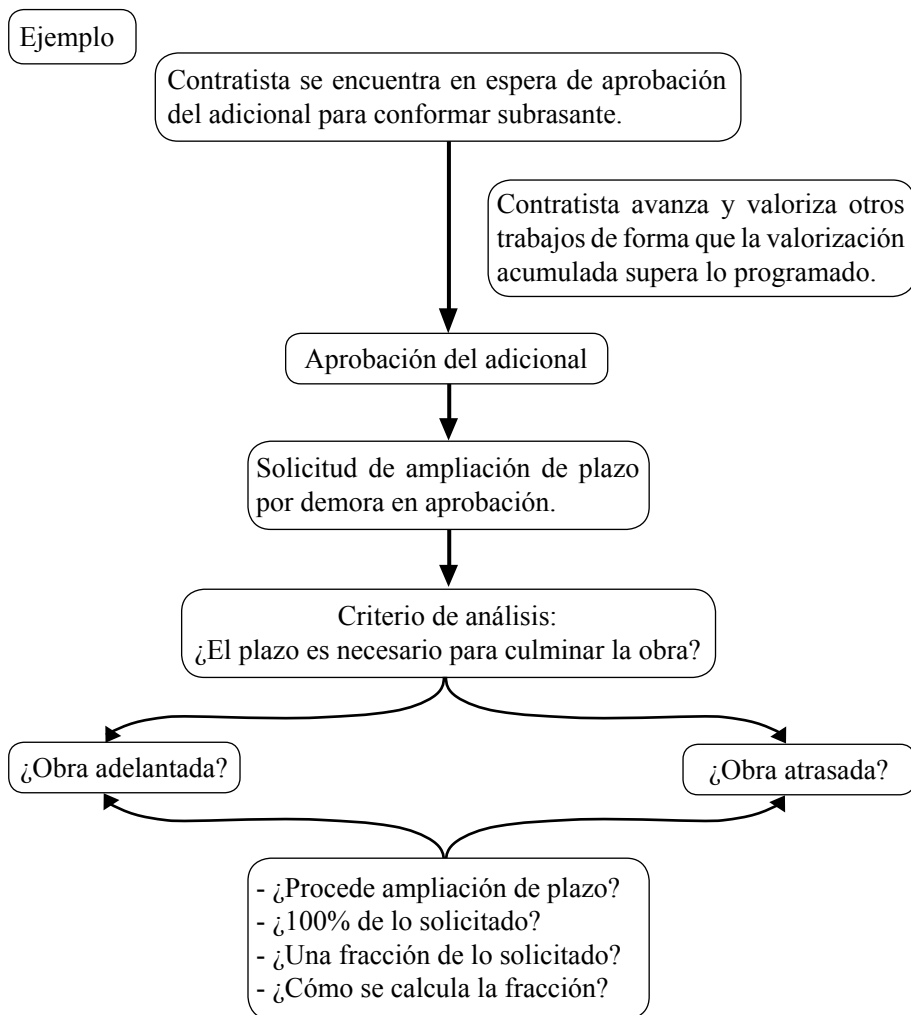
Esta parte del artículo 201 del Reglamento vigente, en una interpretación literal, en realidad significa un incentivo para que los contratistas no adelanten sus trabajos, pues ello no podría generar ampliación de plazo. Si bien es cierto el Estado no se perjudicará cuando el contratista se encuentre en la fecha programada, también es cierto que será muy difícil que una obra se entregue de manera anticipada a lo previsto, pues implicaría una renuncia a los gastos generales derivados de la ampliación de plazo.

Así, necesariamente se deberá encontrar una solución de interpretación desde el punto de vista técnico, pues esta indefinición mucho

tiene que ver con la ejecución propia de la obra. Desde nuestro punto de vista, verificar en un momento determinado si el plazo de la obra por otorgarse es necesario para culminarla, es en realidad técnicamente muy difícil de prever, pues en determinado momento puede ser necesario, pero en otro momento quizás no. Nos explicamos. Imaginemos que para poder continuar una obra se hace necesaria la aprobación de una prestación adicional. Como el contratista quiere seguir avanzando, mientras demora el trámite de aprobación de la prestación adicional continúa ejecutando otras actividades que al ser valorizadas superan la valoración programada a esa fecha y, por lo tanto, en la medida en que la determinación de atraso o adelanto de una obra se verifica con las valorizaciones (definición de Valorización de Obra según el Reglamento: *Es la cuantificación económica de un avance físico en la ejecución de la obra, realizada en un período determinado*), podemos concluir en que desde el momento en que se supera lo programado, habría adelanto y si se encuentra por debajo de lo programado, existe atraso.

Así, siguiendo el ejemplo, a pesar de que se ha valorizado más de lo programado en un momento determinado, si el trámite de la prestación adicional superara los plazos legales y de acuerdo con ello se solicitara una ampliación de plazo por la demora en la aprobación, podría denegarse la solicitud por considerar que existe un adelanto cuando en realidad la obra se encuentra en la necesidad de mayor plazo de ejecución, pues puede darse el caso de que la ejecución de las actividades que determinaron el adelanto al ser valorizadas se extendió por sólo 15 días y la demora en la aprobación de la prestación adicional fue de más de 30 días (situación muy probable como veremos en el punto referido a las prestaciones adicionales).

Entonces, para resolver esta situación se hace necesaria una opinión especializada, pues los hechos determinan que la solución prevista en el artículo 201 antes citado resulta insuficiente.



Queda claro entonces que la solución a las controversias de este tipo necesariamente deberá pasar por un análisis mayor al previsto en la norma (a nuestro entender errado, pues lo que debería determinar el derecho a una ampliación de plazo es únicamente la afectación de la ruta crítica de la obra, vale decir, conforme a la definición del Reglamento, la secuencia programada de las actividades constructivas de una obra cuya variación afecta el plazo total de ejecución de la obra).

2.2. Prestaciones adicionales de obra

Siguiendo la definición del Anexo de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, las Prestaciones Adicionales de Obra pueden ser definidas como aquellas prestaciones no consideradas 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.

Del mismo modo, estas prestaciones adicionales de obra generan presupuestos adicionales, que son definidas como aquella valoración económica de la prestación adicional de una obra que debe ser aprobada por la Contraloría General de la República cuando el monto supere al que puede ser autorizado directamente por la entidad.

Según la doctrina nacional, los presupuestos adicionales de obra pueden ser definidos como aquellos cálculos que representan un incremento del monto contractual, el cual se deriva de mayores bienes y servicios o de mayores trabajos (en el caso del contrato de obra) no considerados en el Contrato Original.

En tal sentido, el artículo 41 de la Ley de Contrataciones del Estado desarrolla el tema de los adicionales, entre otros, estableciendo lo siguiente:

Artículo 41.- Prestaciones Adicionales, reducciones y ampliaciones

Excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la Entidad podrá ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes y servicios hasta por el veinticinco por ciento (25%) de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, podrá reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje.

Tratándose de Obras, las prestaciones adicionales podrán ser hasta por el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados, entendidos como aquéllos derivados de las sustituciones de obra directamente relacionadas con las presta-

ciones adicionales de obra, siempre que ambas respondan a la finalidad del contrato original. Para tal efecto, los pagos correspondientes serán aprobados por el Titular de la Entidad.

En el supuesto de que resultara indispensable la realización de prestaciones adicionales de obra por deficiencias del Expediente Técnico o situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato, mayores a las establecidas en el segundo párrafo del presente artículo y hasta un máximo de cincuenta por ciento (50%) del monto originalmente contratado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista, el Titular de la Entidad podrá decidir autorizarlas. Para ello se requerirá contar con la autorización del Titular de la Entidad, debiendo para la ejecución y el pago contar con la autorización previa de la Contraloría General de la República y con la comprobación de que se cuentan con los recursos necesarios. En el caso de adicionales con carácter de emergencia dicha autorización se emitirá previa al pago.

[...]

La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no podrá ser sometida a arbitraje. Tampoco podrán ser sometidas a arbitraje las controversias referidas a la ejecución de las prestaciones adicionales de obra y mayores prestaciones de supervisión que requieran aprobación previa de la Contraloría General de la República.

[...]

Como se puede apreciar del artículo antes citado, no es posible discutir en sede arbitral sobre la autorización de una prestación adicional. Sin embargo, aprobar una prestación adicional puede significar el inicio de una controversia por la responsabilidad de la demora en la aprobación. ¿Esta demora es fácil de imputar?

Artículo 196.- Consultas sobre ocurrencias en la obra

Las consultas se formulan en el cuaderno de obra y se dirigen al inspector o supervisor, según corresponda.

Las consultas cuando por su naturaleza, en opinión del inspector o supervisor, no requieran de la opinión del proyectista, serán absueltas por éstos

dentro del plazo máximo de cinco (5) días siguientes de anotadas las mismas. Vencido el plazo anterior y de no ser absueltas, el contratista dentro de los dos (2) días siguientes acudirá a la Entidad, la cual deberá resolverlas en un plazo máximo de cinco (5) días, contados desde el día siguiente de la recepción de la comunicación del contratista.

Las consultas cuando por su naturaleza, en opinión del inspector o supervisor, requieran de la opinión del proyectista serán elevadas por éstos a la Entidad dentro del plazo máximo de cuatro (4) días siguientes de anotadas, correspondiendo a ésta en coordinación con el proyectista absolver la consulta dentro del plazo máximo de quince (15) días siguientes de la comunicación del inspector o supervisor.

Para este efecto, los proyectistas establecerán en sus respectivas propuestas para los contratos de diseño de la obra original, el compromiso de atender consultas en el plazo que establezcan las Bases.

En caso no hubiese respuesta del proyectista en el plazo máximo fijado en el párrafo anterior, la Entidad deberá dar instrucciones al contratista a través del inspector o supervisor, sin perjuicio de las acciones que se adopten contra el proyectista, por la falta de absolución de la misma.

Si, en ambos casos, vencidos los plazos, no se absuelve la consulta, el contratista tendrá derecho a solicitar ampliación de plazo contractual por el tiempo correspondiente a la demora. Esta demora se computará sólo a partir de la fecha en que la no ejecución de los trabajos materia de la consulta empiece a afectar la ruta crítica del programa de ejecución de la obra.

De lo expuesto, debemos formularnos diversas interrogantes, como ¿qué responsabilidad compete al Contratista por el sustento?, ¿es exigible el sustento o análisis del Presupuesto?, ¿quién es responsable de establecer la causal? No existe el procedimiento de devolución del adicional, según lo establece la Opinión n.º 022-2010/DTN del 15.02.10, ¿con qué anticipación el Contratista debe formular el adicional si se requiere aprobación de la CGR?, ¿qué se debe presentar como «Presupuesto Adicional»?

Incluso, el artículo 207 del Reglamento dispone plazos que aparentemente serían suficientes, pero ello sólo podrá evidenciarse con la

realidad de la ejecución del Contrato, de lo cual se apreciará la conveniencia de los plazos establecidos. Podemos adelantar que si sumamos las vicisitudes que pueden generarse por las consultas en el trámite de las prestaciones adicionales, en realidad tenemos una serie de situaciones no resueltas en la norma legal, que incluso pueden variar de obra en obra.

Artículo 207.- Obras adicionales menores al 15%

[...]

La necesidad de tramitar y aprobar una prestación adicional de obra se inicia con la correspondiente anotación en el cuaderno de obra, ya sea por el contratista o el supervisor, la cual deberá realizarse con treinta (30) días de anticipación a la ejecución. Dentro de los diez (10) días siguientes de la anotación en el cuaderno de obra, el contratista deberá presentar al supervisor o inspector el presupuesto adicional de obra, el cual deberá remitirlo a la Entidad en un plazo de diez (10) días. La Entidad cuenta con diez (10) días para emitir la resolución aprobatoria. La demora de la Entidad en emitir la resolución en los plazos señalados que autorice las prestaciones adicionales de obra podrá ser causal de ampliación de plazo.

Lamentablemente, en la actualidad se vienen generando controversias en sede arbitral referidas no sólo a la demora en la aprobación de la prestación adicional, sino incluso sobre lo que significa presentar un «presupuesto adicional». Es claro que determinar las imputaciones de la demora en el trámite equivale a un conocimiento pormenorizado de la obra y del trámite realizado.

Por último, la mencionada Directiva n.º 002-2010-CG/OEA de la Contraloría General de la República sobre «Control Previo Externo de las Prestaciones Adicionales de Obra» ha manifestado una nueva situación que puede dar lugar a reclamos sobre ampliaciones de plazo. En efecto, el inciso q) del numeral 11.1 señala como requisito a presentar: Opinión favorable del proyectista sobre las modificaciones de su Proyecto. Sin embargo, ¿qué ocurre si no se cuenta con la opinión favorable del Proyectista?, ¿quién asume la responsabilidad por gestionar la opinión favorable del Proyectista?, ¿existe la posibilidad de que algún

proyectista asuma la responsabilidad de los defectos del proyecto?, ¿cuál es el momento para solicitar la opinión del Proyectista?, ¿antes o después de aprobar la entidad?, ¿quién pagará los gastos generales por las demoras?

Entonces, queda claro que el arbitraje tiene retos permanentes en la solución de controversias derivadas de la ejecución de contratos de obra o de infraestructura, que requieren una permanente especialización y seguimiento, donde las soluciones deberán necesariamente provenir de un análisis integral de los aspectos técnicos y legales propios de cada circunstancia u obra en particular, donde a nuestro entender la Sede Arbitral brinda las mayores posibilidades de solución acorde al interés de las partes que intervienen en un contrato de infraestructura u obra.

PLAZOS DE CADUCIDAD EN LOS
ARBITRAJES CON EL ESTADO

Mario Reggiardo Saavedra

PLAZOS DE CADUCIDAD EN LOS ARBITRAJES CON EL ESTADO

*Mario Reggiardo Saavedra**

Sumario: 1. Introducción.— 2. El problema.— 3. ¿Un reglamento puede establecer plazos de caducidad?— 4. ¿Al establecer plazos de caducidad diferentes a la LCE, el RLCE está desarrollándola o contradiciéndola?

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años el arbitraje se ha convertido en un importante mecanismo de solución de controversias para el Estado peruano. El inicio de esta política empezó con el artículo 63 de la Constitución Política de 1993, que permitió el sometimiento del Estado a las decisiones arbitrales. Pero, ya en 1992 lo intentaba el artículo 1 de la Ley n.º 25935, lo cual luego fue recogido en el artículo 2 de la Ley n.º 26572 de 1996, así como finalmente en los incisos 2 y 3 del artículo 4 del Decreto Legislativo n.º 1071 de 2008, los que fueron estableciendo que el Estado podía someter sus controversias con terceros a arbitraje.

El incremento de los arbitrajes en los cuales entidades del Estado peruano son partes, empezó con el artículo 53 de la Ley n.º 26850,

* El autor es profesor de Derecho Procesal Civil y Análisis Económico del Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad del Pacífico y Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. El autor agradece además el apoyo de Álvaro Tord Velasco y de Luis Vargas Martínez en la investigación para este trabajo.

Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado de 1997, donde se estableció la obligatoriedad de solucionar un conflicto por conciliación extrajudicial o arbitraje, según lo que acordaban las partes. Actualmente, el marco básico de dichos arbitrajes está regulado en el Decreto Legislativo n.º 1017, Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, LCE) y su Reglamento, el Decreto Supremo n.º 184-2008 (en adelante, RLCE), los que establecen la obligatoriedad de incluir cláusulas arbitrales para la solución de conflictos con las contrapartes de las entidades públicas.

En ese sentido, Castillo y Sabroso señalan que todo ese paquete de normas transformaron radicalmente el servicio de justicia en el Perú, en la medida de que introdujeron la conciliación y el arbitraje como mecanismos obligatorios de solución de los conflictos suscitados en los contratos que el Estado celebra con particulares, ya sea con respecto a la adquisición de bienes y servicios o con respecto a la ejecución de obras y a su supervisión.¹ Ello evidencia que los legisladores peruanos son conscientes de que no necesariamente el propio Estado resultaba ser el más indicado para solucionar sus propios conflictos.

El objeto de este trabajo es analizar el plazo para iniciar el arbitraje en el marco de la LCE. Este tema es importante porque los plazos que establece el RLCE son específicos, pero cortos a comparación del plazo de caducidad más largo que establece la propia LCE. ¿Cuál es el plazo de caducidad aplicable en las controversias surgidas entre el Estado y los terceros contratantes? Lo veremos a continuación.

2. EL PROBLEMA

El LCE y el RLCE establecen distintos plazos de caducidad para iniciar arbitrajes sobre controversias derivadas de contratos celebrados con el Estado. El artículo 52 de la LCE establece lo siguiente:

¹ CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. *El arbitraje en la contratación pública*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre -Palestra Editores, 2009, pp. 14-15.

Artículo 52.- Solución de controversias.- Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, considerada ésta de manera independiente. Este plazo es de caducidad, salvo para los reclamos que formulen las Entidades por vicios ocultos en los bienes, servicios y obras entregados por el contratista, en cuyo caso, el plazo de caducidad será el que se fije en función del artículo 50 de la presente norma, y se computará a partir de la conformidad otorgada por la Entidad. [...].

Sin embargo, el artículo 215 del RLCE señala que «cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144, 170, 177, 199, 201, 209, 210 y 211 o, en su defecto, en el artículo 52 de la Ley». Es decir, el RLCE establece plazos de caducidad distintos a la LCE para ciertos supuestos. Los plazos de caducidad específicos que establece el RLCE son los siguientes:

Artículo 144.- Nulidad del Contrato.- Son causales de declaración de nulidad de oficio del contrato las previstas por el artículo 56 de la Ley, para lo cual la Entidad cursará carta notarial al contratista adjuntando copia fedateada del documento que declara la nulidad del contrato. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes el contratista que no esté de acuerdo con esta decisión, podrá someter la controversia a conciliación y/o arbitraje.

Artículo 170.- Efectos de la resolución.- [...] Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución. Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida.

Artículo 177.- Efectos de la conformidad.- Luego de haberse dado la conformidad a la prestación se genera el derecho al pago del contratista. Efectuado el pago culmina el contrato y se cierra el expediente de contratación respectivo.

Toda reclamación o controversia derivada del contrato inclusive por defectos o vicios ocultos se resolverá mediante conciliación y/o arbitraje, en los plazos previstos para cada caso.

Artículo 199.- Discrepancias respecto de valorizaciones o metrados.- Si surgieran discrepancias respecto de la formulación, aprobación o valorización de los metrados entre el contratista y el inspector o supervisor o la Entidad, según sea el caso, se resolverán en la liquidación del contrato, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida.

Sólo será posible iniciar un procedimiento de conciliación o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles después de ocurrida la controversia si la valorización de la parte en discusión representa un monto igual o superior al cinco por ciento (5%) del contrato actualizado.

La iniciación de este procedimiento no implica la suspensión del contrato ni el incumplimiento de las obligaciones de las partes.

Artículo 201.- Procedimiento de ampliación de plazo.- [...] Cualquier controversia relacionada con el pronunciamiento de la Entidad respecto a las solicitudes de ampliación de plazos podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la comunicación de esta decisión.

Artículo 209.- Resolución del Contrato de Obras.- La resolución del contrato de obra determina la inmediata paralización de la misma, salvo los casos en que, estrictamente por razones de seguridad o disposiciones reglamentarias de construcción, no sea posible.

[...] En caso de que surgiese alguna controversia sobre la resolución del contrato, cualquiera de las partes podrá recurrir a los mecanismos de solución establecidos en la Ley, el Reglamento o en el contrato, dentro del plazo de diez (10) días hábiles siguientes de la notificación de la resolución, vencido el cual la resolución del contrato habrá quedado consentida. [...]

Artículo 210.- Recepción de la Obra y plazos.- [...] 3. En caso de que el contratista o el comité de recepción no estuviese conforme con las observaciones o la subsanación, según corresponda, anotará la discrepancia en el acta respectiva. El comité de recepción elevará al Titular de la Entidad, según corresponda, todo lo actuado con un informe sustentado de sus

observaciones en un plazo máximo de cinco (5) días. La Entidad deberá pronunciarse sobre dichas observaciones en igual plazo. De persistir la discrepancia, ésta se someterá a conciliación y/o arbitraje, dentro de los quince (15) días siguientes al pronunciamiento de la Entidad. [...].

Artículo 211.- Liquidación del Contrato de Obra.- [...] En el caso de que una de las partes no acoja las observaciones formuladas por la otra, aquélla deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje. [...].

El RLCE ha establecido plazos de caducidad distintos para ciertos supuestos que ya tenían un plazo de caducidad previsto en la LCE. Ante esta situación cabe preguntarse ¿cuál de los plazos se aplica? ¿El de la ley o el del reglamento? Para responder esta pregunta, necesitamos analizar previamente dos situaciones: (i) ¿Puede un reglamento establecer plazos de caducidad?; y de ser así, ii) ¿Puede un reglamento establecer plazos de caducidad distintos al de la ley que desarrolla?

3. ¿UN REGLAMENTO PUEDE ESTABLECER PLAZOS DE CADUCIDAD?

El artículo 2004 del Código Civil señala lo siguiente:

Artículo 2004.- Los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto contrario.

La citada norma —aparte de señalar que no se puede pactar en contra de los plazos de caducidad— establece que los mismos los fija «la ley». ¿Por «ley» debemos entender a las normas del sistema jurídico en general o sólo aquéllas que constitucionalmente tienen rango de ley? Al respecto, el profesor Marcial Rubio señala que los plazos de caducidad sólo deben ser fijados por normas con rango de ley:

Desde que las acciones están reguladas por norma de ley, hay que entender que los plazos de caducidad también deben ser fijados por normas del mismo rango, no inferiores.²

Ello claramente ha sido establecido para la prescripción extintiva en el artículo 2000 del Código Civil:

Artículo 2000.- Sólo la ley puede fijar los plazos de prescripción.

Cuando el artículo 2000 señala que sólo la ley puede fijar plazos de prescripción, se está refiriendo a normas con rango de ley, excluyendo a normas de rango inferior como los decretos o resoluciones.³ Dicha taxatividad para el caso de la prescripción, abre la posibilidad de discutir si ocurre lo mismo con la caducidad, dado que el artículo 2004 del Código Civil no excluye de manera tajante la posibilidad de establecer plazos de caducidad con normas de rango inferior al legal, como sí lo hace el artículo 2000. Por ello, pese a lo señalado anteriormente, Rubio admite que no sería indiscutible la reserva de ley para la caducidad:

Hay que notar, en este sentido, que existe una marcada diferencia entre el artículo 2004 referido a la caducidad, y el 2000, que trata la misma materia en referencia a la prescripción. [...] El artículo 2000 está excluyendo que se fije plazos de prescripción por medios distintos de los de la norma legislativa con rango de ley. Sin embargo, el artículo 2004 no establece taxativamente lo mismo [...].⁴

Una interpretación literal de ambas normas puede generar dudas sobre si la caducidad tiene reserva de ley como la prescripción. Sin embargo, atendiendo al argumento *a fortiori* si la caducidad no sólo permitir al deudor ejercer la opción de librarse del cumplimiento de su obligación ante la inactividad del titular del derecho al vencimiento del término prescriptorio (lo que suelen llamar la extinción de la «acción»,

² RUBIO CORREA, Marcial. *Prescripción y caducidad*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2003, p. 65.

³ *Ibid.*, p. 58.

⁴ *Ibid.*, p. 65.

como la prescripción extintiva),⁵ sino también el derecho mismo (con lo cual la caducidad incluye a la prescripción misma), no tendría sentido que ésta no tenga reserva de ley y la prescripción sí.

Por otro lado, en favor de la posibilidad de que un reglamento pueda establecer plazos de caducidad, a nivel legislativo no existe en Perú una norma que señale qué es lo que puede regular un reglamento, excluyendo la posibilidad de los plazos de caducidad. En cambio, por ejemplo, la legislación española contiene un dispositivo que, en cierta

⁵ Esta definición no es la mejor, porque utiliza un concepto de «acción» desfasado. El derecho de acción es el que tiene todo sujeto de derecho durante su existencia, no se extingue nunca porque es abstracto y carece de exigencia material. Con «acción» en realidad muchos hacen referencia a la «pretensión», que es una declaración de voluntad para afirmar un derecho y reclamar tutela jurídica para el mismo, la cual no se dirige al órgano jurisdiccional sino a un sujeto de derecho. Pero, la pretensión tampoco se extingue con el solo transcurso del plazo de prescripción, ya que si sus efectos no son alegados por el demandado —en el Perú a través de una excepción procesal— entonces el proceso sigue e incluso la pretensión puede ser declarada fundada en la sentencia o laudo.

En realidad, la prescripción extintiva tiene como finalidad, además de contribuir a la seguridad jurídica, el permitirle al deudor ejercer la posibilidad de librarse del cumplimiento de su obligación ante la inactividad del titular del derecho al vencimiento del término prescriptorio. Es muy lúcida la evaluación que hace Cueva García al respecto. Comparto su idea de que la prescripción asegura el tráfico de bienes y servicios, asegurando a los terceros en la sociedad la realidad de las apariencias (mediante la consolidación de esta última). Esta institución también, al permitir que el proceso acabe en la etapa postulatoria si el demandado deduce la excepción de prescripción, ahorra los costos administrativos de la continuación del proceso, tanto para las partes como para la sociedad que financia con sus tributos al Poder Judicial, permitiendo además que los jueces cuenten con mayor tiempo disponible. Por eso sería importante que la prescripción ejercida por el demandado, también pueda poner fin a un arbitraje rápido, de modo que, como señalan Castillo y Sabroso, no se tiene que realizar toda la actividad probatoria y ser resuelta recién en el laudo, lo cual implica un ahorro de recursos escasos como lo son el tiempo y el dinero.

Por tanto, la prescripción permite al demandado oponerse al cumplimiento de su obligación por el transcurso del tiempo, generando de ese modo seguridad jurídica y ahorro de recursos.

manera, pretende definir integralmente qué es lo que pueden regular los reglamentos. En efecto, el párrafo 2 del artículo 23 de la Ley de Gobierno de 23 de noviembre de 1997, establece lo siguiente:

Los reglamentos no podrán regular materias objeto de reserva de Ley, ni infringir normas con dicho rango. Además, sin perjuicio de su función de desarrollo o colaboración con respecto a la Ley, no podrán tipificar delitos, faltas o infracciones, así como tributos, cánones u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público.

Si bien nuestra legislación carece de una norma semejante, a la misma conclusión podemos llegar si revisamos el conjunto de disposiciones que en nuestro ordenamiento establece reservas de ley:

Como se sabe los reglamentos constituyen normas jurídicas de rango inferior y por ende subordinados a la ley. Por tanto, encuentran su límite en las materias reservadas constitucionalmente o reguladas por normas con rango de ley. Al respecto, la Constitución peruana establece los casos en que opera la reserva de ley para el desarrollo normativo de determinadas materias. Así sucede con la reserva de ley en las materias penal y sancionadora administrativa, la tributaria y para la limitación de derechos fundamentales [...].⁶

No obstante, existe silencio respecto de la posibilidad de dicha reserva a la caducidad civil. Sin embargo, autores de prestigio como Danós Ordoñez piensan que las materias civiles y procesales no pueden ser reglamentadas:

[...] en principio no sería posible que el gobierno pueda expedir reglamentos de leyes sobre materias no administrativas, es decir, de carácter en estricto civil o de normas que regulen procesos que se tramitan ante el Poder Judicial. En el primer caso, la restricción se justifica en las materias cuya determinación está librada a la autonomía de la voluntad de los participantes y que, por tanto, no requieren de la intervención normativa del Poder Ejecutivo. Esto explica por qué el Código Civil es un cuerpo legal que carece

⁶ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. El régimen de los reglamentos en el ordenamiento jurídico peruano. En *Aspectos del Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Idemsa, 2009, pp. 243-244.

de reglamentos. En caso de las normas procesales, la no intervención de la potestad reglamentaria del presidente se justifica en la necesidad de garantizar la autonomía de los órganos jurisdiccionales, que podría ser afectada si se permitiera que el Poder Ejecutivo dicte reglamentos que desarrollen las normas procesales.⁷

En un trabajo anterior, relacionado también a los plazos de caducidad de la LCE y el RLCE, García-Calderón cuestiona la posibilidad de que un reglamento fije plazos de caducidad, en contravención al citado artículo 2004 del Código Civil.⁸ En la misma línea de pensamiento se encuentra Rodríguez Ardiles.⁹

Sin embargo, contra esta objeción se puede señalar que la caducidad de plazos para el inicio de arbitrajes derivados de situaciones reguladas en la LCE y el RLCE, no es en estricto una materia civil y menos aún procesal civil. Son normas de derecho público y, por tanto, la legislación civil y procesal civil sólo es aplicable en defecto. En efecto, el artículo 5 de la LCE establece que dicha norma y su reglamento priman sobre las demás normas de derecho público y privado:

Artículo 5.- Especialidad de la norma y delegación.- El presente Decreto Legislativo y su Reglamento prevalecen sobre las normas de derecho público y sobre aquéllas de derecho privado que le sean aplicables.

El Titular de la Entidad podrá delegar, mediante resolución, la autoridad que la presente norma le otorga. No pueden ser objeto de delegación, la aprobación de exoneraciones, la declaración de nulidad de oficio y las autorizaciones de prestaciones adicionales de obra y otros supuestos que se establezcan en el Reglamento.

⁷ *Ibid.*, p. 225.

⁸ GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. «Análisis del arbitraje en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado». En *Ius et Praxis*. Lima, 2001, n.º 32, p. 146.

⁹ RODRÍGUEZ ARDILES, Ricardo. «La caducidad del arbitraje en la Contratación del Estado». En *Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico*. Lima, 2006, n.º 1, p. 335.

La LCE es una norma de rango legal, posterior y especial respecto del Código Civil. En ese sentido, todo lo que regule sobre caducidad en arbitrajes sobre contrataciones del Estado, puede prevalecer sobre lo que regule el Código Civil en relación a la caducidad en general. Lo cuestionable es que la LCE diga que su reglamento prevalece sobre otras leyes, dado que ello contradice el artículo 51 de la Constitución, que señala que las leyes prevalecen sobre los reglamentos.

En ese sentido, si la LCE hubiese señalado que en caso de arbitrajes de contrataciones con el Estado los plazos de caducidad los puede establecer el RLCE, se trataría de una norma con rango de ley que estaría haciendo una excepción válida al artículo 2004 del Código Civil. Pero, considero que no lo hace expresamente. En todo caso, me parecería exagerado afirmar que una interpretación del artículo 5 de la LCE permitiría interpretar que la LCE estaría autorizando a su reglamento a establecer plazos de caducidad, haciendo una excepción a la regla contenida en el artículo 2004 del Código Civil.

4. ¿AL ESTABLECER PLAZOS DE CADUCIDAD DIFERENTES A LA LCE, EL RLCE ESTÁ DESARROLLÁNDOLA O CONTRADICIÉNDOLA?

Asumiendo que la LCE sí hubiese hecho una excepción al artículo 2004 del Código Civil, permitiendo que su reglamento establezca plazos de prescripción, habría que analizar si es jurídicamente viable que el RLCE establezca plazos de caducidad distintos a los que la LCE establece en los mismos supuestos.

En efecto, una situación sería que la ley establezca plazos de caducidad para los supuestos A y B y permita a su reglamento establecer plazos de caducidad para supuestos C y D. Pero, una situación distinta sería que la ley establezca plazos de caducidad para los supuestos A y B y su reglamento establezca luego plazos de caducidad distintos para

dichos supuestos A y B. Ahí habría un problema de contradicción entre reglamento y ley.

Recordemos que el artículo 51 de la Constitución establece el principio de jerarquía de las normas, en el cual los reglamentos están sujetos a lo que establecen las leyes:

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

Asimismo, el artículo 138 de la Constitución Política establece que los jueces deben preferir las leyes sobre los reglamentos en caso de incompatibilidad entre ambos:

Artículo 138.- Administración de Justicia. Control difuso.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

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

El mismo principio se manifiesta en la regulación de la producción de los reglamentos, según el cual, éstos no deben contradecir las leyes. Esta regla está contenida en el inciso 8 del artículo 118 de la Constitución, que señala lo siguiente:

Artículo 118.- Corresponde al Presidente de la República:

[...]

8. Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones.
[...].

Sobre la citada norma, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

[...] dicha disposición constitucional establece los límites a la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo, consistentes en que la fuente normativa denominada reglamento no debe transgredir ni desnaturalizar las leyes que pretende reglamentar. Estos mismos límites, conforme al mandato constitucional, delimitan la expedición de los decretos y resoluciones.

Ahora bien, es necesario considerar que en nuestro modelo constitucional algunos órganos constitucionales también expiden reglamentos, y si bien, en rigor no son aquéllos a los que alude el inciso 8 del artículo 118 de la Constitución, es evidente que tales reglamentos también constituyen fuente normativa porque desarrollan diversos ámbitos de sus leyes orgánicas o leyes de creación.¹⁰

De acuerdo a la Constitución y lo señalado por el Tribunal Constitucional, los reglamentos deben desarrollar las leyes y no contradecirlas. Sin embargo, en este caso, es evidente que existe una contradicción entre ambos dispositivos: la LCE establece un plazo y el RLCE otro. En ese sentido, no resulta muy difícil establecer que no estamos ante un reglamento que desarrolle una ley, sino que la está contradiciendo en los mismos supuestos.

Por otro lado, desde un punto de vista funcional, también considero que no se deben aplicar los plazos previstos en el RLCE. En efecto, si se aplicasen los plazos cortos de la RLCE, la parte del contrato que se considere perjudicada, se verá obligada a tomar decisiones apresuradas respecto a la conveniencia o no de pedir el inicio del arbitraje, sin que tenga tiempo suficiente para evaluar la conveniencia de entrar en el consumo de recursos que ello implica.

La inevitable premura en la decisión de iniciar el arbitraje, llevará a que las partes eventualmente destinen gastos inútiles en abogados, árbitros, peritos, obtención de medios probatorios y todo lo necesario para llevar correctamente el arbitraje. Estos gastos innecesarios también

¹⁰ Pleno Jurisdiccional recaído en el Expediente n.º 047-2004-AI/TC del 24 de abril de 2006.

se pueden dar si se inician arbitrajes por conflictos que pudieron ser solucionados con más tiempo y calma de otro modo. Por más que después la parte demandante podría desistirse de su pretensión o del proceso, el gasto innecesario en tiempo y dinero ya no se recupera, sin perjuicio del desgaste en la relación comercial que siempre implica la comunicación del inicio de un proceso.

En cambio, el plazo previsto en la LCE permite acumular pretensiones por varios problemas a lo largo del contrato, con ahorro de tiempo y dinero para las partes, toda vez que existirá el suficiente análisis para el correcto inicio del arbitraje. Bajo los plazos cortos del RLCE, en los casos de contratos de mediano y largo plazo, se tendrá que iniciar posiblemente más de un arbitraje, lo cual es un derroche de recursos. Con ello sólo ganan los abogados. Más allá de que luego los arbitrajes puedan acumularse en uno solo (siempre que el primero no avance rápido y se emita el laudo), ello genera también un costo innecesario en tiempo y dinero con el inicio de los sucesivos arbitrajes, lo cual se evita con las economías de escala que generan las demandas con pretensiones acumuladas.¹¹

¹¹ Las ventajas de las economías de escala en los procesos donde se producen acumulaciones, pueden ser revisadas en ROSEMBERG, David. *Avoiding Duplicative Litigation of Similar Claims: The Superiority of Class Action vs. Collateral Estoppel vs. Standard Claims Market*. En *Public Law Research Paper*, diciembre 2002, n.º 44, Harvard Law School. *Harvard Law & Economics Discussion Paper*, n.º 394, p. 2. y en ERICHSON, Howard. *Beyond the Class Action: Lawyer Loyalty and Client Autonomy in Non-Class Action Collective Representation*. En *University of Chicago Legal Forum*, 2003, p. 20.

ARBITRAJE Y SEGUROS

Pedro Richter Valdivia

ARBITRAJE Y SEGUROS

*Pedro Richter Valdivia**

Antes de compartir el tema que se me ha encomendado, Arbitraje y Seguros, deseo agradecer al Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú en la persona de su Director el doctor César Guzmán-Barrón, así como al Estudio del doctor Mario Castillo Freyre por la invitación a este IV Congreso Internacional de Arbitraje.

Deseo hacer la salvedad de que no es propósito de este trabajo analizar las principales características que reviste el contrato de seguro, ni los elementos que lo componen, ni tampoco revisar los aspectos más relevantes de la institución del arbitraje, por cuanto ello ha sido explicado en detalle en otras ponencias.

Mi intención se limita a compartir mi experiencia de casi 25 años como abogado en la actividad aseguradora y transmitirles una inquietud sobre el tema materia de esta ponencia, con el único propósito de aportar en la búsqueda de una solución a una problemática, que no sólo no contribuye al desarrollo del mercado de seguros, sino que crea las condiciones para que el regulador recomiende a las partes que solucionen sus controversias en el Poder Judicial, privándonos de las ventajas de la institución arbitral.

* Abogado. Socio del Estudio Torres, Carpio Portocarrero & Richter Abogados. Ex Pro-Gerente Legal de Pacífico Seguros.

Entrando de lleno al tema, me preguntaba si los convenios arbitrados contenidos en la mayoría de los condicionados generales de las pólizas de seguros de riesgos generales, que se ofrecen en el mercado de seguros, constituyen en ciertos casos una barrera para que cierto grupo de asegurados puedan resolver sus controversias logrando el reconocimiento del siniestro por parte de la aseguradora.

Antes de analizar la interrogante planteada, considero importante realizar un breve repaso sobre los temas que, por lo general, se discuten en un arbitraje de seguros, así como los diferentes tipos de arbitraje que se presentan en materia de seguros.

En materia de seguros, al igual que en otras áreas del Derecho, se presentan una serie de conflictos entre las partes. En el caso del contrato de seguro, considero que un buen número de conflictos tiene origen en la creencia —por parte del asegurado— de contar con mayor cobertura de la contratada. Dicha confusión lleva al asegurado a suponer que al contratar, por ejemplo, un seguro contra incendio que cubra su propiedad los daños en caso de dicho siniestro, serán resarcidos automáticamente por la aseguradora. Sin embargo, no consideran —en muchos casos por no revisar bien su póliza— que el contrato de seguro cuenta con ciertas cláusulas contractuales que limitan el referido riesgo o, en su caso, el importe de la indemnización.

De otro lado, en las últimas dos décadas las aseguradoras, de manera voluntaria o porque así lo ha exigido el marco regulatorio, han hecho múltiples esfuerzos por combatir la llamada «letra chica» en los contratos de seguro. Sin embargo, este esfuerzo todavía no es suficiente y muchas pólizas todavía adolecen de falta de claridad y precisión respecto, por ejemplo, al alcance de la cobertura contratada.

Dentro de los temas y discusiones más recurrentes en un arbitraje de seguros, tenemos:

- Alcance de la cobertura - delimitación de cobertura - riesgos excluidos.
- Interés asegurable.
- Modificación del estado de riesgo y agravación del riesgo.
- Suspensión de cobertura.
- Reticencia.
- Cumplimiento de cargas y garantías y sus consecuencias en caso de incumplimiento.
- Mora en el pago de la prima y sus consecuencias.
- Infraseguro y monto de la indemnización.
- Siniestro consentido.

Respecto del tipo de arbitraje, tenemos:

- Arbitraje Internacional.
- Arbitraje Nacional.

Mediante el Arbitraje Internacional se pueden resolver, por ejemplo, las discrepancias que se puedan presentar entre una aseguradora local y el reasegurador extranjero respecto a la validez, vigencia y alcance de la póliza de reaseguro, el alcance de la cobertura o la procedencia del pago en un contrato de reaseguro.

El Arbitraje Internacional también se puede presentar con ocasión de pólizas de seguros facultativas o las denominadas pólizas *fronting*. En ellas, por lo general, el reasegurador es elegido por el propio asegurado domiciliado en el país, sin embargo, la sede principal de dicho asegurado domicilia en el exterior, y ella exige que la póliza de seguro contenga una estipulación que obligue a que cualquier controversia entre asegurado y asegurador sea resuelta en un tribunal arbitral con sede en un país extranjero y aplicando una ley extranjera, usualmente el país del reasegurador. Una vez resuelta la controversia mediante Arbitraje Internacional, el laudo se ejecuta como cualquier laudo de esta naturaleza.

Respecto al Arbitraje Nacional es dable destacar que, tratándose de controversias derivadas de los denominados «grandes riesgos», como los que surgen del contrato de seguro de cascos pesqueros y no pesqueros, rotura de maquinaria, montaje, aviación, construcción, incendio, transportes, etc., las pretensiones discutidas usualmente están por encima del millón de dólares, y, por ello, es común que se resuelvan mediante un arbitraje *ad-hoc*. No pretendemos ahondar en el arbitraje *ad-hoc*, ni explicar las razones por las cuales los convenios arbitrales establecen su uso, pero antes de cerrar dicho tema debemos comentar que en nuestra experiencia en este sector, los casos presentados se desarrollan —en la gran mayoría de los casos— de manera pacífica, respetándose por un lado el derecho de las partes al debido proceso y a la defensa y del otro, las decisiones de los árbitros plasmadas en los respectivos laudos. Estos arbitrajes están cimentados en la ética, buena fe procesal y el respeto entre las partes y ellas con el tribunal. Por esto consideramos que esta figura se mantiene con tanta vigencia en el mercado de seguros.

Dejando de lado el tema anterior, notamos que es en los seguros denominados «personales», derivados de pólizas de vehículos, accidentes y vida, entre otros, donde se presentan los problemas que se abordarán en este trabajo.

Para comenzar debemos analizar el tipo de cláusulas de convenio arbitral que ofrece el mercado de seguros:

Cláusulas de convenio arbitral:

Modelo 1

Toda discrepancia, controversia, reclamación o litigio entre LA COMPAÑÍA y EL ASEGURADO y/o sus cesionarios y/o los beneficiarios de esta póliza, si la hubiere, que surgiera como consecuencia de la interpretación, incumplimiento, terminación e invalidez del contrato de seguro, de la responsabilidad u obligación de LA COMPAÑÍA, o por cualquier otra causa, será resuelta por medio de un arbitraje de derecho, cuyo Tribunal estará integrado por tres miembros designados directamente por las partes, para

lo cual cada uno designará un árbitro, quienes de común acuerdo decidirán al tercero que lo presidirá.

Dicho Tribunal tendrá como sede la ciudad de Lima. Para el nombramiento de los árbitros, así como para el sometimiento a un Reglamento Arbitral y en general para la integración del contenido del Convenio se aplicará lo establecido en el artículo 13 y siguientes de la Ley General de Arbitraje.

El Laudo que expida el Tribunal será final e inapelable, por lo que las partes renuncian expresamente a la interposición del recurso de apelación y anulabilidad, salvo en lo que se refiere a este último recurso cuando el Laudo transgreda alguna de las causales señaladas en el artículo 56 de la Ley General de Arbitraje.

Modelo 2

Todas las desavenencias o controversias que pudieran derivarse de la ejecución o interpretación de esta Póliza y de los demás documentos o Endosos que formen parte del Contrato de Seguro, inclusive las que pudieran estar referidas a su nulidad o invalidez, serán resueltas mediante arbitraje de Derecho conforme a la Ley peruana. El arbitraje se llevará a cabo de conformidad con el Estatuto y los Reglamentos del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, al cual las partes se someten en forma incondicional, declarando conocerlas y aceptarlas en su integridad. El lugar del arbitraje será la ciudad de Lima. Las partes además acuerdan que el laudo del Tribunal Arbitral será definitivo e inapelable.

El Tribunal Arbitral que resolverá el arbitraje estará compuesto por tres (3) miembros. Dentro del plazo de diez (10) días calendario contados a partir de la presentación de la solicitud, cada parte nombrará un árbitro. Dentro de los diez (10) días calendario contados a partir de la designación de los dos árbitros, estos últimos nombrarán al tercer árbitro, quien presidirá el Tribunal Arbitral. En el caso de que alguna de las Partes no nombre a su respectivo árbitro o de no existir designación del tercer árbitro por parte de los árbitros ya nombrados, será el Consejo Superior de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, o aquél que lo sustituya en tales funciones, quien se encargue de tal designación de conformidad con sus Reglamentos o, en su defecto, con la Ley General de Arbitraje vigente a la fecha de la controversia.

¿Constituyen estas cláusulas una barrera para que cierto grupo de asegurados resuelva sus controversias y logre el reconocimiento de su siniestro?

Veamos el tema planteado con un breve ejemplo.

Luis Pinedo Rengifo de 40 años de edad, después de mucho esfuerzo, logró comprarse un automóvil de segunda mano valorizado en US\$ 8,000.00. Aconsejado por sus amigos y familiares decide asegurar su unidad bajo una póliza de vehículo; para ello acude a la oficina en Iquitos de una de las principales aseguradoras en el mercado.

La referida aseguradora le hace entrega a Luis Pinedo de su póliza vehicular con una suma asegurada para daño propio ascendente a US\$ 8,000.00. Ésta contiene, entre otras cláusulas, términos y condiciones, una de convenio arbitral.

A los tres meses de haber contratado la póliza vehicular, Luis Pinedo sufre un accidente de tránsito que trae como consecuencia la pérdida parcial de la unidad por US\$ 4,000.00. Luis presenta el reclamo a la aseguradora y ésta lo rechaza sobre la base de una exclusión de cobertura contenida en la póliza. El asegurado no comparte esta posición y presenta una reconsideración, que también es desestimada.

El señor Pinedo, ayudado por un abogado de la zona, revisa la póliza y advierte que ésta contiene una cláusula de convenio arbitral y que su discrepancia deberá ser resuelta por un tribunal arbitral compuesto por tres árbitros, siendo la sede del arbitraje la ciudad de Lima. Al hacer el cálculo, el señor Pinedo se da cuenta de que no sólo deberá pagar los gastos de los árbitros y el secretario, sino además los de su abogado, pasaje y estadía en Lima, todo lo cual asciende al 50% del monto reclamado.

Su abogado le comenta la existencia de la Resolución SBS n.º 1420-2005¹ b) Reglamento de pólizas de seguros y notas técnicas, y le dice que habiendo estudiado bien su caso le recomendaría plantear su demanda directamente ante un juez de Iquitos, toda vez que las aseguradoras están prohibidas de incluir en las pólizas cláusulas en los que los asegurados renuncien a la jurisdicción que les favorece.

El señor Pinedo, convencido de los argumentos de su abogado, plantea su demanda en Iquitos, pretendiendo que la aseguradora le pague la suma de US\$ 4,000.00 por el siniestro parcial que sufrió la unidad.

Notificada la demanda, la aseguradora propone una excepción de convenio arbitral y procede a contestar la demanda. La referida excepción de convenio arbitral es declarada fundada en primera instancia y ante la apelación interpuesta por el señor Pinedo, es confirmada en segunda instancia. Después de litigar más de tres años, el asegurado cansado y sin recursos, decide dejar su reclamo donde está y asumir directamente dicha pérdida.

Nadie es ajeno a las ventajas de la vía arbitral frente a la ordinaria: rapidez en la solución del conflicto, especialización profesional de los árbitros, facultad de las partes de poder escoger a sus árbitros, libertad de fijar las mismas partes las reglas del proceso arbitral, etc. Por ello, incluir dichas cláusulas resulta incuestionable. Convendrán también en que la decisión del Poder Judicial frente a la excepción propuesta por la aseguradora es totalmente válida y arreglada a ley, al margen de cierta ambigüedad de la resolución SBS n.º 1420-2005.

¹ Resolución SBS n.º 1420-2005

Reglamento de Pólizas de Seguros y Notas Técnicas.

Prohibiciones

Artículo 4.- Las empresas están prohibidas de incluir en las pólizas de seguro las siguientes estipulaciones:

a) Cláusulas mediante las cuales los asegurados y/o beneficiarios renuncien a la jurisdicción y/o leyes que les favorezcan.

Sin embargo, el caso planteado nos deja la sensación de que algo no camina y que cualquiera de nosotros como usuario de un seguro puede estar en una situación similar que implica que, por un tema de costo-beneficio, una serie de reclamos se queden sin resolver.

¿Qué hacer? ¿Qué alternativa tenemos los asegurados y las aseguradoras para hacer viable que la mayoría de los conflictos que se presentan, se resuelvan en la vía arbitral?

¿Son en realidad los convenios arbitrales contenidos en las pólizas una barrera que impide a ciertos asegurados resolver sus reclamos?

En el Perú, a diferencia —por ejemplo— de Argentina y España, dichas cláusulas resultan totalmente válidas. Veamos brevemente su tratamiento en el Derecho comparado.

Existen tres corrientes respecto a la validez de estas cláusulas:

- i) Las que prohíben de forma total las cláusulas arbitrales, declarando nulas las mismas.

Éste es el caso de Argentina, que en el artículo 57 de la Ley n.º 17418 dispone:

Son nulas las cláusulas compromisorias incluidas en la póliza. La valuación del daño puede someterse a juicio de peritos.

- ii) Las que legitiman un empleo relativo, sólo en casos específicos previamente definidos.

Como es el caso de España, en donde se establece:

Los pactos de sumisión al arbitraje sólo podrán pactarse cuando surge la controversia.

La invalidez del convenio arbitral relativo al sometimiento de un conflicto en que el asegurado es un consumidor, antes de que surja la controversia.

- iii) Las que otorgan plena validez a la cláusula arbitral bajo ciertos parámetros.

En el Perú y específicamente en seguros, tenemos el D.L. n.º 1071, Ley General de Arbitraje, que en su artículo 15 regula las relaciones jurídicas estándares:

Artículo 15.- Relaciones jurídicas estándares.

1. En el arbitraje nacional, los convenios arbitrales referidos a relaciones jurídicas contenidas en cláusulas generales de contratación o contratos por adhesión serán exigibles sólo si dichos convenios han sido conocidos, o han podido ser conocidos por quien no los redactó, usando una diligencia ordinaria.

De igual modo tenemos la resolución SBS n.º 1420-2005, Reglamento de Pólizas de Seguro y Notas Técnicas, Prohibiciones, artículo 4:

Resolución SBS n.º 1420-2005

Reglamento de Pólizas de Seguros y Notas Técnicas.

Prohibiciones

Artículo 4.- Las empresas están prohibidas de incluir en las pólizas de seguro las siguientes estipulaciones:

- a) Cláusulas mediante las cuales los asegurados y/o beneficiarios renuncien a la jurisdicción y/o leyes que les favorezcan.

¿Cuántos casos van a arbitraje?

- La Defensoría del Asegurado recibió en el 2009, 350 casos, de los cuales 300 (86%) fueron admitidos.
- De los 350 casos, 78 eran referidos a vehículos y 2 a robos.

- De los 300 casos admitidos, fueron resueltos 192 [65 (33.85%) reclamos fundados, 109 (56.77%) infundados y 18 (9.38%) improcedentes].

Antes de explicar estas cifras de la Defensoría del Asegurado, es dable destacar que la Defensoría del Asegurado es una institución independiente creada por las aseguradoras como una vía de solución de conflictos. La Defensoría del Asegurado está integrada por cinco miembros, entre abogados y técnicos de seguros. Su tribunal resuelve reclamaciones indemnizatorias de asegurados contra aseguradoras por importes menores a US\$ 50,000.00; en su mayoría están referidas a los denominados seguros «personales».

Conforme a las cifras, de los 300 casos admitidos observamos que más de 109 casos fueron declarados infundados, lo cual representa el 56.77% de los casos admitidos. Se sabe además que ni el 20% de los reclamos declarados improcedentes por la Defensoría llega a arbitraje; probablemente, por un tema de costo-beneficio.

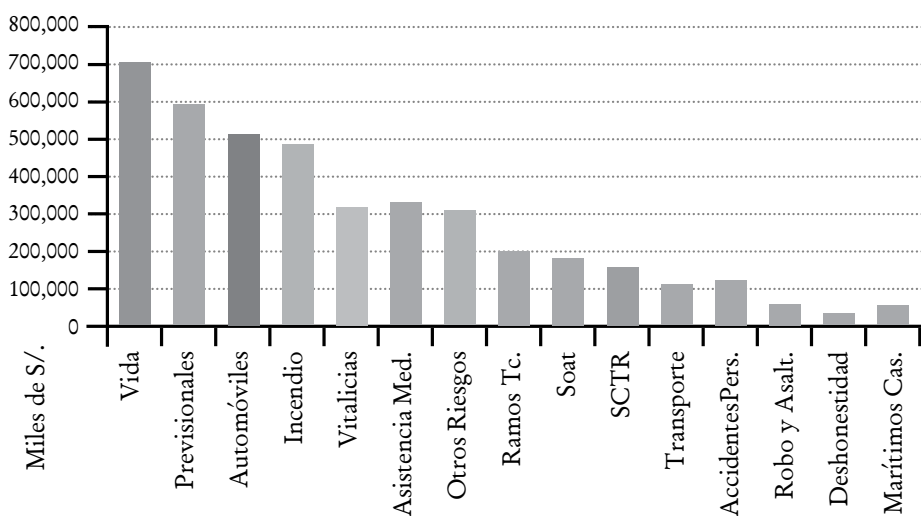
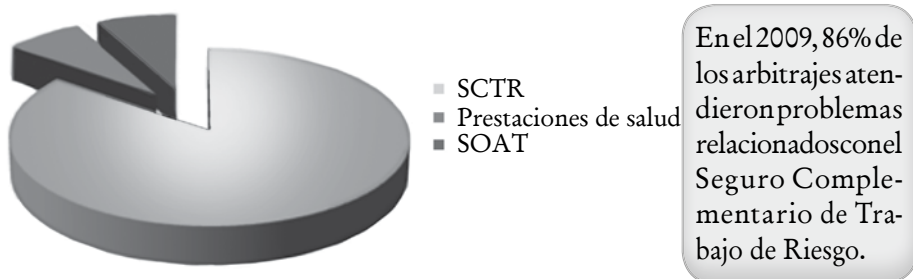
Veamos ahora qué nos dice la experiencia del Centro de Arbitraje de la SEPS:

	2007	2008	2009	Total (2000-2009)
Arbitrajes	85	77	96	963



- Gratuitos
- Menores a S/. 200
- Mayores a S/. 200 y menores a S/. 700
- Menores a S/. 700

En el 91% de los arbitrajes del 2008 el costo para las partes fue menor a S/. 200.



Las primas facturadas por SCTR a pesar de ser aprox. tres veces menores que las facturadas por vehículos, tienen una incidencia mucho mayor en resolución de conflictos por la vía arbitral.

La experiencia de la SEPS nos muestra que el arbitraje institucional, gracias a las características con las que cuenta, puede ser la alternativa que permita solucionar la falla actual en el sistema que no permite que las reclamaciones por montos pequeños sean resueltas mediante arbitraje a un costo razonable para las partes. Esta figura permitiría que los usuarios no tengan que asumir el costo de un siniestro —a pesar de estar asegurados—, por ser ello más barato que defenderse.

DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS
Y COSTOS ARBITRALES

Silvia Rodríguez Vásquez

DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS Y COSTOS ARBITRALES

*Silvia Rodríguez Vásquez**

Sumario: 1. Importancia de la elección del árbitro.— 2. Errores más frecuentes al designar un árbitro.— 2.1. Designarlo por amistad.— 2.2. Designar constantemente al mismo árbitro.— 2.3. Designar al árbitro estrella.— 2.4. Omitir designar por negarse al arbitraje.— 3. Costos arbitrales.— 4. Características de los honorarios arbitrales y gastos de la institución arbitral.— 5. Criterios para establecer los honorarios y gastos de la institución arbitral (en un arbitraje *ad-hoc*).— 6. Devolución de honorarios.

Buenas noches, me ha tocado disertar sobre dos temas esenciales para el mundo arbitral: la elección y designación del protagonista del proceso arbitral, es decir, el árbitro o árbitros que conducirán el proceso y, a la vez, el costo que el proceso arbitral tiene para las partes.

Empecemos por el primer tema, la designación de los árbitros, que marca un derrotero en el proceso y definitivamente influye en los costos que pueda significar un proceso arbitral, que es el segundo tema a tratar.

1. IMPORTANCIA DE LA ELECCIÓN DEL ÁRBITRO

Muchos han llegado a decir que el arbitraje vale lo que vale el árbitro. Asimismo, diversos autores señalan que una vez surgida la controversia, nada es más importante que la elección de los árbitros.

* Abogada. Secretaria General de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Pero, ¿por qué es importante la elección de un árbitro?

Las personas que estamos en el medio arbitral podríamos responder casi automáticamente, indicando algo tan simple como «porque es el que decide la controversia».

Pero, más allá de las respuestas automáticas, tomemos un tiempo para reflexionar sobre ello. Atrás de la elección de un árbitro, se encuentra el hecho de que las partes se han apartado de la jurisdicción natural que les corresponde y han escogido el arbitraje como la vía idónea para solucionar sus controversias, entregándole a privados, profesionales o no, expertos o no, la resolución de una disputa comercial. De por medio puede encontrarse la existencia de su negocio en el mercado, por lo que se puede entender, entonces, la trascendencia de esta vital elección.

Si esto es así, entonces la elección de un árbitro debe ser meditada y valorada con parámetros establecidos: ¿qué criterios debe tener en cuenta una parte cuando debe nombrar a un árbitro?

Un primer criterio será el analizar las calidades personales objetivas que debe cumplir el candidato a árbitro:

1. Debe ser una persona natural (artículo 20 de la LA). Nuestra norma también indica que si se efectúa alguna referencia a una persona jurídica, se entiende hecha para que actúe como nominadora de árbitros (disposición complementaria quinta de la LA).
2. El candidato a árbitro debe hallarse en pleno ejercicio de sus derechos civiles (artículo 20 de la LA), es decir, debe ser mayor de 18 años y no debe encontrarse incurso en causal de incapacidad conforme a los artículos 43 y 44 del Código Civil.
3. El candidato a árbitro no debe encontrarse en causal de incompatibilidad para actuar como árbitro (artículos 20 y 21 de la LA),

es decir, si se decide nombrar a un funcionario o servidor del Estado como árbitro, deberá tenerse en cuenta los márgenes que establecen las normas de incompatibilidad, establecidos, entre otros, en la Ley n.º 27588.

4. La nacionalidad no es relevante para ser nombrado árbitro. Si lo fuera, deberá indicarse expresamente en el convenio arbitral (artículo 20 de la LA).
5. Si se trata de un arbitraje nacional de derecho, el árbitro será abogado, pero no será necesario que sea abogado en ejercicio ni que pertenezca a una asociación o gremio (artículos 22.1 y 22.2 de la LA).
6. Ninguna norma nos refiere que el árbitro deberá ser un experto en la materia objeto de la controversia como un requisito objetivo, a excepción del caso de los arbitrajes derivados de las normas de contratación con el Estado. Sin embargo, utilizando una simple lógica, se debe concluir en que la parte deseará un árbitro que conozca la materia que deberá dilucidar.
7. Para el caso de los arbitrajes derivados de las normas de contratación con el Estado, deberá tenerse en cuenta que, tratándose de árbitro único o presidente de un tribunal arbitral, además de ser abogados, los candidatos deberán contar con especialización en derecho administrativo, arbitraje y contrataciones con el Estado.
8. El futuro árbitro no debe tener vínculos con ninguna de las partes, es decir, debe ser independiente.

Superada esta primera barrera, deberá seguirse con un segundo criterio, debo reconocerlo más difícil, consistente en las calidades personales subjetivas del futuro árbitro. Este rubro, tan importante como el primero, supone tener un conocimiento sobre la moral de aquel can-

didato que se desea nombrar como árbitro. Claro está, esta tarea es casi imposible, pero sí podría intentarse aproximarse al ideal:

1. El futuro árbitro debe ser imparcial, lo que supone un estado mental del árbitro, que puede ser comprobado por actitudes, conducta o expresiones del árbitro.
2. El profesor Horacio Grigera Naón nos recuerda además que el candidato a árbitro debe guiarse por un espíritu equitativo y sin prejuicios, que le permitan conducir el arbitraje desde una perspectiva equidistante y dar a las partes oportunidad suficiente para defender su caso.

La tesis de la relatividad «moral» de los árbitros designados por una parte, la cual se encuentra arraigada en los Estados Unidos de América y que significa la posibilidad de que éstos sean «no neutrales» o «predispuestos», está siendo mediatizada. Prueba de ello es que el Código de Ética de la American Bar Association, y la American Arbitration Association reformó en el año 2004 dicha posibilidad, recomendando que es preferible que todos los árbitros sean neutrales (es decir, independientes e imparciales) incluyendo los designados por las partes.

En suma, un candidato a árbitro debe cumplir con diversos requisitos, tanto objetivos como subjetivos y, aún más, dichos requisitos deben mantenerse en el desarrollo del proceso arbitral hasta su finalización.

2. ERRORES MÁS FRECUENTES AL DESIGNAR UN ÁRBITRO

- 2.1. Designarlo por amistad: Muchos de nosotros hemos escuchado alguna vez la frase: «¿Para qué están los amigos?». Los amigos pueden estar para muchas cosas, pero no para ser designados árbitros. Al menos, no si esa parte espera que su amigo árbitro falle a su favor. El amigo árbitro puede confundir su labor e ingresar a integrar un

tribunal arbitral, sintiéndose defensor de la parte que lo ha elegido, es decir, un abogado, y no un profesional que debe decidir de manera justa y equitativa la controversia.

Las consecuencias de este error frecuente pueden variar dependiendo de diversas situaciones:

- El amigo árbitro elegido no es un experto: La consecuencia de elegir un amigo árbitro no experto es que sus opiniones no serán tomadas en cuenta en las deliberaciones del tribunal arbitral. La falta de conocimiento en la materia puede generar que el amigo árbitro se aúna a lo discutido por la mayoría o al voto que él considere que tenga la razón y, en el peor de los casos, al voto que le procure beneficios adicionales. Es posible también que genere siempre un voto discordante.
- El amigo árbitro es un experto: Si bien cumple con la especialidad en la materia, las decisiones que adopta se basan en razonamientos que contravienen el sentido de la norma o efectúa razonamientos más allá de ella. De no encontrar apoyo en el resto de árbitros, emitirá un voto discrepante, pero tratará siempre de influenciar al resto del tribunal arbitral. Sus actuaciones harán más difícil el trámite del proceso arbitral y su constante intromisión generará desconfianza en los coárbitros.

2.2. Designar constantemente al mismo árbitro: Independientemente de si la designación se debe a la confianza que una parte puede tener en un profesional, lo cierto es que esta situación puede generar suspicacia en la contraparte y cuestionar la designación de este profesional. La realidad es que no existe un número mínimo o máximo de veces para designar al árbitro, sino que dependerá principalmente de la conducta demostrada por el árbitro en el proceso arbitral.

- 2.3. Designar al árbitro estrella: A veces por las referencias que se nos dan, sabemos de un excelente profesional que puede ayudarnos a resolver el conflicto; sin embargo, es necesario considerar el nivel de trabajo que dicho profesional puede tener a su cargo, ya que debido a diferentes circunstancias, el arbitraje puede ser relegado y, por ende, su trámite puede ser más lento. En el mercado arbitral existen muy buenos profesionales que pueden apoyar en la solución de conflictos; es cuestión de otorgarles la oportunidad y de esta manera ampliar el universo de árbitros que puedan atender con la misma calidad el proceso arbitral.
- 2.4. Omitir designar por negarse al arbitraje: Esta situación se presenta cuando una de las partes, con poco conocimiento del sistema arbitral, se opone al inicio del arbitraje a pesar de la existencia de una cláusula arbitral. Como señal de su oposición se niega a designar al árbitro que le corresponde, lo que luego puede generarle mayor desconfianza en el proceso. Si bien la nueva norma ha desterrado la intromisión del Poder Judicial para la designación de un árbitro, sí es conveniente que sea la propia parte la que decida el profesional que considera idóneo para el cargo.

Es necesario tener en cuenta que si una parte hace una designación con los errores que se indican, corre el riesgo de que el árbitro designado por ésta sea objeto de recusación, generando un mayor trámite en el proceso y un atraso que perjudica a ambas partes.

Las instituciones arbitrales, pueden ayudar a evitar estos errores y siempre será más útil acudir a una institución que sea reconocida y confiable para elegir a un árbitro.

¿Cómo funciona la designación de árbitros en una institución arbitral?

Tomemos como ejemplo el Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP).

El Reglamento de la PUCP posibilita que las partes establezcan sus propios mecanismos para la designación de los árbitros; sin embargo, realiza una labor tuitiva, pues verifica que dichos mecanismos no contravengan la normativa de arbitraje, ni generen incompatibilidades con las funciones de los órganos del Centro.

La designación de árbitros la efectúa un órgano colegiado independiente, que en el caso de la PUCP se denomina Corte de Arbitraje integrada por cinco profesionales abogados. Hasta la fecha tenemos el honor de contar con los doctores Jorge Avendaño como su Presidente, Alfonso de los Heros, como su Vicepresidente, Javier de Belaunde, Humberto Medrano y Baldo Kresalja, como miembros de esta Corte.

Nuestro Reglamento también prevé, en casos excepcionales de nombramiento de árbitros, la posibilidad de que se conforme una Comisión Ad-Hoc, integrada por el Director del Centro y dos funcionarios de la PUCP, sólo si las partes así lo deciden.

¿Qué criterios se tiene en cuenta para designar a un árbitro? Aparte de los indicados al inicio de esta exposición, el Centro de Arbitraje de la PUCP tiene especialmente en cuenta:

1. La naturaleza de la controversia: Pudiendo referirse a temas civiles, comerciales o derivados de la contratación del Estado.
2. La complejidad de la controversia: Si bien al inicio del arbitraje no puede vislumbrarse en su total magnitud, de la lectura de los escritos iniciales de las partes, podrá advertirse si la materia resulta muy compleja (pluralidad en los demandantes o demandados, múltiples pretensiones, etc.), que suponga una dedicación mayor a la usual.
3. La especialidad del profesional: Los árbitros deben tener conocimiento sobre la materia a resolver, ya que decidirán en una sola

instancia el destino de una controversia. Esta responsabilidad les exige una preparación constante y un interés en este mecanismo.

Conforme al Reglamento del Centro, de no existir un número de árbitros determinado en la cláusula arbitral o que haya sido dispuesto por las partes, el tribunal arbitral estará conformado por una sola persona, es decir, la controversia será decidida por un árbitro único. Con esta medida se busca que exista un menor costo arbitral para las partes.

En este punto, vale la pena mencionar que en la actualidad algunos contratos con el Estado, contienen estipulaciones para la determinación del número de árbitros, basándose en la cuantía de la controversia. Así, si la cuantía es cuantificable económicamente y no excede de 50 UITs, la controversia será decidida por un árbitro único. No obstante, estas estipulaciones pueden generar algunos inconvenientes al inicio de la controversia, pues es difícil en ese momento conocer la cuantía.

El mecanismo de designación en el Centro es conocido por aquéllos que se desempeñan en el mundo arbitral: Cuando se trata de árbitro único lo designa la Corte de Arbitraje, a menos que las partes se encuentren de acuerdo en el nombramiento de un profesional. Cuando se trata de un colegiado, cada parte designa a su árbitro y éstos a su vez designan al Presidente del Tribunal Arbitral. En este caso, sólo en defecto de las partes, la Corte de Arbitraje efectúa la designación.

En conclusión, el acto de designación de un árbitro reviste vital importancia para el desarrollo sano del proceso, por lo que cuando las partes deban elegirlos, deben tener en cuenta parámetros como los antes descritos; esto, para el bien y mejor desarrollo de todo el proceso arbitral. Las instituciones arbitrales como el Centro de Arbitraje PUCP, pueden coadyuvar a esta tarea, por lo que deben otorgarse mayores posibilidades en la designación de árbitros.

Pasaré a referirme a los costos arbitrales de un proceso arbitral.

3. COSTOS ARBITRALES

Para tratar este tema debemos considerar, tal como lo señala el profesor Eduardo Silva Romero, la existencia de contratos implícitos en el mundo arbitral. El primero, surgido entre las partes y los árbitros, llamado «Contrato de Árbitro» y de otro lado, el «Contrato de Organización del Arbitraje», que rige la relación entre las partes con la institución arbitral. Por el contrato de árbitro, éste se obliga a conducir el proceso arbitral y a dictar un laudo arbitral que dirima la controversia y las partes se obligan a financiar y sufragar los honorarios y gastos de los árbitros. Por el contrato de organización de arbitraje, la institución se obliga a administrar el proceso arbitral y las partes a financiar y sufragar los honorarios y gastos de la institución arbitral.

Es así que debemos tener en cuenta que, tal como ocurre en cualquier otro servicio, el desempeño como árbitro o como institución arbitral, supone el pago de honorarios, siendo ésta una obligación principal que incluso puede determinar la conclusión anticipada del proceso por incumplir con ella.

Es necesario tener en cuenta que estos contratos de árbitro o de organización del arbitraje, suponen también una obligación para con la otra parte. Es así que al suscribirse la cláusula arbitral, las partes no sólo se obligan a someterse a la jurisdicción arbitral, sino que a la vez se obligan una con la otra a que harán todo lo necesario para que el futuro proceso arbitral se pueda instaurar y desarrollar.

Así lo establece el artículo 38 de la LA, cuando señala que las partes están obligadas a observar el principio de buena fe en todos sus actos e intervenciones en el curso de las actuaciones arbitrales y a colaborar con el tribunal arbitral en el desarrollo del arbitraje.

Por lo tanto, la obligación que tienen las partes entre sí, supone que deben contribuir al pago de los costos arbitrales que les correspondan

y si una de ellas falla en el pago, la otra deberá asumir el pago en su reemplazo, pues de lo contrario, el proceso concluirá sin la emisión de un laudo.

¿Pero, qué son los costos arbitrales?

Son todos aquellos gastos que las partes deben sufragar para el desarrollo del proceso arbitral, los que podrán corresponder a los del proceso en sí (pago a los árbitros o a la institución arbitral) o a los gastos incurridos al procurar la defensa de sus intereses, por ejemplo, los gastos de los abogados patrocinadores.

Nuestra norma señala en su artículo 70 qué conceptos comprenden los costos arbitrales:

- a. Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.
- b. Los honorarios y gastos del secretario (se entiende cuando se trata de un arbitraje *ad-hoc*).
- c. Los gastos administrativos de la institución arbitral.
- d. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.
- e. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.
- f. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.

De todos estos conceptos, son los honorarios y gastos del tribunal arbitral y de la institución arbitral, los que han generado mayores controversias y, precisamente, sobre estos dos es que profundizaré la exposición.

4. CARACTERÍSTICAS DE LOS HONORARIOS ARBITRALES Y GASTOS DE LA INSTITUCIÓN ARBITRAL

1. Son solidarios entre las partes: Si una falla en el pago, la otra deberá asumir la parte proporcional, pues de ello dependerá que el arbitraje pueda concluir con un laudo. Sin embargo, si las liquidaciones son separadas, ya no se aplicará esta solidaridad, sino que únicamente serán tramitadas las pretensiones que hayan sido pagadas (artículo 72 de la LA). Esta solución es la más acertada, pues lo contrario significaría soportar una carga (normalmente impuesta por el demandado) que no estaba dentro de las posibilidades del demandante y dado que el demandante es el mayor interesado en que avance el arbitraje, el demandado no necesariamente cumplía con esta obligación.
2. Pueden efectuarse anticipos adicionales de honorarios de los árbitros y de la institución arbitral, es decir, cuando ya estén iniciadas las actuaciones y en pleno desarrollo del proceso arbitral, es posible incrementar el monto de los honorarios y gastos administrativos, de acuerdo a los criterios que más adelante veremos (artículo 72 de la LA). Estas decisiones pueden producir desacuerdos con las partes e incluso reclamaciones, por lo que si los árbitros consideran que es necesario liquidar un nuevo anticipo de honorarios, fundamenten esta decisión en base a criterios tangibles para las partes, a fin de evitar que el proceso arbitral se entrampe por temas económicos. Puede suceder que el demandante presente una solicitud de arbitraje con una cuantía menor y al momento de presentar su demanda, las pretensiones sean mayores. Cabe, entonces, hacer un reajuste ahí. Igual sucederá en el caso de una reconvenición, medidas cautelares u otros pedidos que puedan generar una mayor complejidad en la materia.

3. Los honorarios de los árbitros y del secretario, o los gastos administrativos de la institución arbitral son determinados con exactitud con posterioridad a su designación, dados los anticipos adicionales que pueden darse durante el proceso. Incluso antes de laudo, los árbitros pueden incrementar sus honorarios, fundamentando la decisión. Esta característica debe ser tomada en cuenta por las partes antes de ingresar a un arbitraje y tratar de comparar los costos de una negociación con lo que puede significar el arbitraje.
4. Los costos arbitrales pueden ser imputados a la parte vencida, si es que las partes no han acordado otra cosa en el convenio arbitral. Sin embargo, los árbitros tienen la facultad de distribuir y prorratear los costos de otra manera, de acuerdo a las circunstancias del caso. Es así que vemos que en muchos laudos, los árbitros establecen que los costos arbitrales serán sufragados por ambas partes en montos iguales, indicando que han tenido razones suficientes para litigar.

5. CRITERIOS PARA ESTABLECER LOS HONORARIOS DEL TRIBUNAL ARBITRAL (EN UN ARBITRAJE *AD-HOC*)

Según la LA, las partes son las que libremente pueden determinar las reglas relativas a los costos del arbitraje, es decir, en la cláusula arbitral las partes pueden establecer desde ya estos criterios que guiarán a los árbitros. De no existir un acuerdo, los árbitros serán los que decidan al respecto. En el caso de los honorarios del tribunal arbitral o del secretario, deberán tener en consideración los criterios que establece la propia norma (artículo 71 de la LA).

¿Cuáles son los criterios que señala la norma?

1. Razonabilidad: Este criterio es subjetivo, ya que dependerá del concepto de razonabilidad que tiene cada profesional para de-

terminar sus honorarios. Por ejemplo, un árbitro podrá utilizar como referencia para determinar sus honorarios arbitrales, sus honorarios como abogado en el Estudio para el cual labora y esto dependerá del nivel en que se encuentre el bufete de abogados para el cual labora.

2. Monto en disputa: Este criterio objetivo es el que se utiliza normalmente y supone calcular los honorarios de los árbitros considerando un porcentaje de la cuantía que se encuentra en controversia. A mayor cuantía, mayores honorarios.
3. Dimensión y complejidad del caso: Este criterio es también subjetivo, ya que un árbitro con mucha experiencia podrá tener una escala distinta sobre lo que resulta complejo en comparación con un árbitro que recién se inicia. Sin embargo, es válido para determinar los honorarios de los árbitros o institución arbitral.
4. Tiempo dedicado por los árbitros: A mayor trabajo, mayor tiempo dedicado a un caso, por lo que éste será un criterio válido para determinar los honorarios de los árbitros.
5. El desarrollo de las actuaciones arbitrales: Partes muy litigiosas conllevan un incremento en el tiempo de trabajo de los árbitros, así como en la complejidad del caso. Constantes reconsideraciones e incidentes dentro del proceso, generarán mayores temas a tratar antes de resolver la disputa principal; y, si bien ésta tenga una cuantía menor y no sea tan compleja, lo cierto es que el nivel de litigiosidad demostrado por una o ambas partes, permitirá que se determine los honorarios por este motivo.
6. Usos y costumbres arbitrales: Una costumbre formalizada ya en diferentes reglamentos de arbitraje, es determinar los honorarios aplicando rangos mínimos y máximos, a lo cual se le aplica un determinado porcentaje. Un arbitraje *ad-hoc* puede utilizar este criterio, por ejemplo, para determinar sus honorarios.

7. Otras circunstancias: ¿Qué sucedería si la sede del arbitraje no sea Lima (el lugar de trabajo y residencia de un árbitro), sino una ciudad del interior del país? Tal vez el árbitro no aceptaría arbitrar o simplemente incrementaría sus honorarios, considerando la posibilidad de tener que trasladarse a una provincia.

¿Es posible que las partes acuerden que sea sólo una de ellas la que asuma el costo total de los honorarios de los árbitros? Si bien el artículo 72 utiliza la palabra «asumirán», no debe entenderse ésta como un mandato, sino como una facultad de la que se puede disponer. Esta posibilidad resulta totalmente válida, pues para el caso de falta de pago de una parte, la otra debe asumirlo, y cuando finaliza el proceso los árbitros pueden imputar la asunción de costos arbitrales a una sola parte. Por lo tanto, no existe inconveniente alguno para acordar este supuesto. Sin embargo, la pregunta que quedaría en el aire es: ¿y si la parte que debe pagar, no paga? ¿El arbitraje debe continuar? Si es el demandante el que incumple el pago podría entenderse que simplemente no tiene interés en el arbitraje, pero esto cambia si es que el acuerdo supone que sea el demandado el que cubra los costos. Dentro del mismo caso, ¿qué pasaría si el demandante pretende una cuantía mayor que supone unos honorarios exorbitantes para los árbitros y para la institución arbitral? Son preguntas que tal vez sólo se puedan responder al momento de presentarse cada caso.

Otro supuesto que puede presentar problemas, es la existencia de una pluralidad de demandantes y/o demandados. Si existen 20 demandantes y sólo un demandado, ¿es correcto que el único demandado pague una cuantía incrementada por el excesivo número de intervinientes en la parte demandante y que éstos, a su vez, paguen un monto mínimo debido al prorrato? En este caso, los usos y costumbres del tribunal arbitral permiten que éstos puedan efectuar un prorrato equitativo entre todos los intervinientes en el proceso y así evitar que una sola parte cargue con el mayor costo del proceso.

¿Cómo se establecen los honorarios de los árbitros y los gastos administrativos en una institución arbitral?:

Por lo general, las instituciones arbitrales cuentan con un tarifario de arbitraje, en donde se establecen los honorarios de los árbitros, así como la tasa administrativa que cobra el Centro de Arbitraje, normalmente calculada de acuerdo a la cuantía de la controversia.

En el caso del Centro de Arbitraje de la PUCP se cuenta con diversas reglas referidas a los costos arbitrales:

1. La cuantía se determina a través de la suma de todas las pretensiones en la demanda y reconvención. Se admite liquidaciones separadas. Esto nos hace concluir en que estos costos podrán ser conocidos previamente por las partes.
2. Si la cuantía no es cuantificable, la Corte de Arbitraje fijará los costos atendiendo a la naturaleza y complejidad de la controversia.
3. El pago de los árbitros se realiza directamente por las partes, de acuerdo a las liquidaciones efectuadas que deben ser pagadas en montos iguales por las partes después de instalado el tribunal arbitral.
4. Se admiten nuevas liquidaciones cuando aumenta la cuantía.
5. Se permite pagos fraccionados aprobados por los árbitros.
6. Si ocurre una falta de pago de una o ambas partes y no se cumple con los plazos del requerimiento, se suspende el trámite del proceso por 30 días; si transcorre dicho plazo, se procede a archivar el proceso.

6. DEVOLUCIÓN DE HONORARIOS

La devolución de honorarios siempre ha generado una preocupación para los árbitros, para el centro arbitral y para las partes.

La actual LA establece en la Décimo Primera Disposición Complementaria, que tiene mérito ejecutivo la decisión del tribunal arbitral o de la institución arbitral que ordena la devolución de honorarios.

En el caso del Centro de Arbitraje de la PUCP, la devolución se produce por causa de renuncia, recusación fundada o remoción del árbitro, siendo la Corte de Arbitraje la que definirá el monto de sus honorarios y lo que le corresponde al árbitro sustituto.

Asimismo, si las partes lo solicitan, corresponde que la Corte de Arbitraje se pronuncie sobre la devolución de honorarios cuando se trate de una conclusión anticipada del proceso.

MEDIDAS ANTI-PROCESO EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL
(*ANTI-SUIT INJUNCTIONS*)

Franz Stirnimann Fuentes

MEDIDAS ANTI-PROCESO EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL (ANTI-SUIT INJUNCTIONS)

*Franz Stirnimann Fuentes**

Sumario: 1. Introducción: definición y contexto.— 2. Las medidas anti-arbitraje.— 3. ¿Quién emite estas medidas?— 3.1. El juez.— 3.2. El árbitro.— 4. ¿Quiénes son los destinatarios de estas medidas?— 5. Límites.— 6. Orígenes.— 7. Relación con otras reglas del Derecho.— 7.1. Convención de Nueva York (Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 10 de junio de 1958).— 7.2. Bruselas I (Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la Competencia Judicial, el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil).— 8. Dos ejemplos prácticos a recordar sobre la aplicación de las medidas anti-arbitraje.— 8.1. Caso COPEL, en Brasil: una situación absurda.— 8.2. El caso IATA, en Suiza: reflejo de la posición mayoritaria de la no aceptación de las medidas anti-arbitraje o *anti-arbitration injunctions*.— 9. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN: DEFINICIÓN Y CONTEXTO

Las medidas anti-proceso en el arbitraje internacional, conocidas por los anglosajones como las *anti-suit injunctions*, constituye un tema exótico. También son un tema controversial, ya que estas medidas no suelen ser muy respetuosas de los principios internacionales procesales.

* Franz Stirnimann Fuentes, Doctor en Leyes (Zurich, Suiza), LL.M. (Georgetown, Estados Unidos de América). Abogado admitido a las barras de Nueva York, Inglaterra y Suiza, *Counsel* en el Estudio internacional LALIVE, Ginebra, Suiza.

Las medidas anti-proceso son medidas cautelares mediante las cuales se puede ordenar la paralización de un proceso descrito como paralelo, es decir, llevado a cabo en otra jurisdicción, o en un arbitraje, al mismo tiempo que otro procedimiento judicial ante una corte estatal en otra jurisdicción. Es decir, el juez —o el árbitro— ordena a las partes que están litigando ante él/ella de acabar con las actuaciones que han abierto en paralelo.

Esta situación —dos o tres tribunales, o jueces, que conocen de la misma causa al mismo tiempo— es uno de los grandes problemas a los que nos enfrentamos muchas veces en el arbitraje y en el proceso internacional. Cuando, por ejemplo, una corte francesa está redactando una sentencia y en paralelo un tribunal peruano está deliberando sobre un supuesto de hecho en el cual se aprecia una identidad de partes, una identidad de hechos, y en algunos casos, incluso una identidad de temas jurídicos.

Para solucionar los problemas que se crean cuando hay dos litigios o procesos paralelos que tratan de la misma cuestión, se han desarrollado dos instrumentos:

- el principio de *litis pendencia*, y
- el principio de *res iudicata* o principio de la cosa juzgada.

El primero, la *litis pendencia*, implica que un caso ha sido iniciado ante una corte o un tribunal y, consecuentemente, tan pronto existe una litis delante de un juez estatal o un árbitro, la misma litis no puede ser conocida por otro juez o árbitro, ya sea en el mismo país o en otro.

El segundo principio, o instrumento, para detener procesos paralelos y solucionar esta problemática, es el principio de la cosa juzgada, es decir, tan pronto como se ha decidido sobre una litis, y se ha emitido un laudo o una sentencia/decisión judicial, la misma litis no puede ser relitigada: el caso se considera cerrado, asunto zanjado.

2. LAS MEDIDAS ANTI-ARBITRAJE

Podemos considerar incluso un tercer instrumento para combatir el proceso paralelo, y éste sería justamente la medida anti-proceso, que será el tema principal de mi discurso. La medida anti-proceso, o *anti-suit injunction*, prohíbe a una parte que se comprometió mediante una cláusula arbitral acudir a un tribunal extranjero de recurrir a otro foro. Es decir, que tan pronto se firma un pacto arbitral o se ha comenzado un arbitraje no se puede litigar el mismo tema ante otra jurisdicción. Así, se puede pedir a un juez o a un árbitro que emita esta orden de prohibir a una de las partes continuar con sus actuaciones nocivas en otra jurisdicción destinadas a dañar el procedimiento arbitral.

Para ilustrar el punto, imaginémonos un arbitraje entre una parte peruana y una parte rusa, basado en un contrato de compra y venta de materia prima de origen peruano. El contrato contiene una cláusula arbitral; por lo tanto, cuando surge un contencioso entre las partes se abre el arbitraje. A pesar de ello, la parte rusa decide iniciar también un proceso paralelo en Vladivostok (Siberia), lugar donde el propietario de la parte rusa a lo mejor nació y donde también conoce personalmente al juez, para litigar sobre el mismo tema en un foro más «favorable». En este momento, la parte peruana, en ciertos foros, puede acudir al tribunal o incluso al juez de este foro, y pedir que el árbitro o juez emita una orden destinada a parar el proceso en Vladivostok iniciado por la parte rusa. En esta situación, la medida anti-proceso tiene un efecto positivo, pues sirve para proteger al arbitraje de un acto de sabotaje.

Por otra parte, también existe la posibilidad de que se ordene una medida anti-arbitraje, o más bien *anti-arbitration injunction*, con la cual se le pide a un juez estatal el emitir una orden de detener el arbitraje. Esto es la otra cara de la moneda de las *anti-suit injunctions*. Y no se trata de un escenario teórico. Hace unos años, se publicó y comentó un caso en el cual una parte logró parar un arbitraje mediante una medida anti-arbitraje. Se trataba de un arbitraje entre una parte francesa y una

parte pakistaní celebrado bajo los auspicios de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), en Singapur. La parte francesa decidió abrir el arbitraje contra la parte pakistaní, y la parte pakistaní decidió replicar con un proceso anti-arbitraje en su propio foro, Pakistán. Así, le pidió al juez pakistaní emitir una orden anti-arbitraje y, consecuentemente, ordenar la detención del arbitraje. Es más, el juez pakistaní no sólo ordenó a la parte francesa parar el arbitraje en Singapur, sino que, además, prohibió a los propios árbitros seguir adelante. Esta orden no supuso ningún impedimento para los dos árbitros europeos, que decidieron continuar el arbitraje, no obstante, la orden del juez pakistaní. Sin embargo, el tercer árbitro —de nacionalidad pakistaní— se vio obligado a renunciar, pues la orden del juez pakistaní no sólo ordenaba detener el arbitraje sino que conllevaba, en caso de que los árbitros no siguieran ni se comprometieran con la orden, una multa de varios miles de dólares y también una amenaza de encarcelamiento en Pakistán. Sin embargo, la CCI ordenó la continuación del arbitraje a pesar de la constitución truncada del panel.

3. ¿QUIÉN EMITE ESTAS MEDIDAS?

3.1. *El juez*

Técnicamente, las medidas anti-proceso, o *anti-suit injunctions*, vienen dictadas por un juez. En efecto, la medida *anti-suit injunction* es un instrumento que ha sido inventado por las cortes anglosajonas. Pueden pedirse a un juez inglés o un juez en Vancouver, Hong Kong, Melbourne y, en general, en todos los países anglosajones y en las antiguas colonias del imperio británico.

Lo interesante en la aplicación de una *anti-suit injunction*, es que son medidas altamente efectivas. Cuando emite una *anti-suit injunction*, el juez no sólo tiene el poder de prohibir a la parte detener el proceso paralelo en otro país. Además, el juez puede imponer una multa e incluso ordenar el encarcelamiento. Por lo tanto, una orden anti-procedi-

miento emitida por un juez en Nueva York o Londres —ambos centros importantísimos del comercio internacional— tiene un impacto real e inmediato para cualquier compañía que tiene sede o negocios en una de estas ciudades: es poco probable que se arriesguen a contravenir la orden y a que uno de sus directores sea encarcelado.

3.2. *El árbitro*

En algunos casos las medidas anti-proceso emanan de un árbitro. Tal competencia viene otorgada por ciertas reglas arbitrales. Es por esta razón que es un escenario posible, en el cual al principio de un procedimiento arbitral una de las partes acude a otra jurisdicción, probablemente de mala fe, y remite al árbitro a cargo del caso una petición para detener el arbitraje a favor del procedimiento que acaba de iniciar en paralelo.

El problema al cual se va enfrentar el árbitro al que se pide emitir tal orden, es si además de tener el poder jurisdiccional para emitir esta medida, también tiene la facultad práctica. A diferencia de un juez estatal, un árbitro no tiene «imperio», no tiene el aparato judicial o policial para respaldarle. Tampoco puede, como en muchos países, imponer una multa. Existen excepciones, por ejemplo, Francia, donde el árbitro sí puede imponer lo que se llama una *astreinte*, que es un tipo de multa procesal. Pero, en la mayoría de los casos, como, por ejemplo, en Suiza, no se observa tal posibilidad.

4. ¿QUIÉNES SON LOS DESTINATARIOS DE ESTAS MEDIDAS?

Generalmente, las medidas anti-proceso se emiten contra una de las partes. En el caso de medidas anti-arbitraje también se dirigen a los mismos árbitros, como he explicado anteriormente en el ejemplo de Pakistán. Un caso relativamente poco corriente es el de una orden contra una institución arbitral (es decir, la *London Court of International*

Arbitration (LCIA), la CCI o, por ejemplo, el Centro de Arbitraje de la Universidad Católica de Lima). Existe, sin embargo, el caso de un juez etíope que emitió una orden anti-arbitraje contra la CCI, en la cual le ordenaba a la CCI el parar un arbitraje en Londres. Increíble ejemplo de un exceso de competencia y arrogancia judicial que discutiremos más adelante.

5. LÍMITES

El uso de las medidas anti-proceso y anti-arbitraje es muy debatido porque tales instrumentos chocan con dos de los principios fundamentales del procedimiento internacional.

El primer principio es el principio del *Comity*, término técnico anglosajón que designa el respeto observado por un juez respecto a todo otro juez. Es un principio de diplomacia judicial, por el cual se respeta la competencia y jurisdicción de otro juez y que existe de una u otra forma en muchos países. Al interrumpir a un juez/árbitro en su competencia y entrometerse en un proceso ajeno, las medidas anti-proceso y anti-arbitraje están en total oposición con el principio del *Comity*.

El segundo principio es el de *kompetenz-kompetenz*: la facultad del árbitro o del juez de decidir sobre su propia competencia. Cuando un juez decide sobre la competencia de un árbitro, emite un juicio sobre la decisión del mismo árbitro en cuanto a si tiene o si no tiene competencia. En otras palabras, una *anti-suit injunction* emitida contra un árbitro viola el principio de *kompetenz-kompetenz*.

Es por estas razones que se debe observar mucha cautela en el empleo de una *anti-suit injunction*, y más aún de una *anti-arbitration injunction*.

6. ORÍGENES

Las medidas anti-proceso tienen sus raíces en el sistema y la tradición jurídica del *equity* anglosajona. Al origen, el sistema inglés estaba compuesto por dos sistemas de Derecho: el *equity* y el *common law*. El *common law* venía a ser el derecho de las cortes municipales y el *equity* era el derecho de la jurisdicción del Rey.

El *equity* nació en la época medieval; se basaba en la idea de una justicia más justa y más equitativa que las cortes municipales. Las cortes del *equity* permitieron la creación de las medidas anti-proceso: una parte podía acceder al juez, el Rey, y pedir que su caso se litigue a través de la ley del Rey y no ante las cortes municipales. De esta rivalidad entre la competencia del Rey y sus municipios feudales nació este instrumento procesal.

Durante la expansión del imperio británico, el llamado derecho de *equity* fue introducido como un tipo de derecho paralelo en las colonias del imperio. Hoy se encuentra integrado en los cuerpos jurídicos de los Estados Unidos de América, Canadá, India, Australia, etc. Rápidamente, el instrumento de la *anti-suit injunction* fue utilizado para detener cada proceso que no se basaba en el Derecho inglés, considerando que el Derecho inglés era más justo y más equitativo que otros sistemas jurídicos. Podemos imaginarnos un comerciante inglés reclamando a un juez inglés justicia ante el Rey, bajo el sistema de *equity*, y ordenar la detención del proceso paralelo llevado en Francia que, según él, se estaría adjudicando según una ley menos justa y menos equitativa que la ley inglesa.

7. RELACIÓN CON OTRAS REGLAS DEL DERECHO

Las medidas anti-procedimiento, si bien tienen su origen en Inglaterra, también se han desarrollado en otros países del mundo, como, por ejemplo, en Brasil.

No obstante, como será explicado más adelante, siguen siendo controversiales e incluso prohibidas entre los países de la Unión Europea.

7.1. *Convención de Nueva York (Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 10 de junio de 1958)*

La doctrina ha sido muy crítica, y considera que las medidas anti-proceso no respetan la Convención de Nueva York, considerada como la Biblia del arbitraje, el tratado más importante del arbitraje internacional, que promueve el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales entre los Estados ratificantes.

La Convención de Nueva York trae consigo la idea de liberalismo, del respeto que cada Estado miembro debe tener al derecho y orden público de los otros Estados miembros y a la autonomía de definir su propio derecho y orden público. Es por eso que el artículo V de la Convención otorga al juez ejecutorio de cada Estado miembro el poder de rechazar la ejecución de un laudo en base a que viola el orden público de ese Estado miembro.

Además, la Convención impone respetar el principio de *kompetenz-kompetenz*, es decir, que el tribunal arbitral tenga el poder de decidir sobre su propia competencia. Como hemos señalado, el problema de las medidas anti-proceso, es que hay situaciones cuando no son conformes con el principio de *kompetenz-kompetenz* y, por lo tanto, tampoco con la Convención de Nueva York, pues ninguno de sus artículos otorga el poder a un tribunal, o a un juez, de ordenar que se detenga un proceso paralelo.

Sin embargo, la revisión actual de la Convención de Nueva York que se está llevando a cabo, prevé la incorporación de las medidas anti-proceso, tema que, sin lugar a duda, no pasará desapercibido y estará seguido de cerca por los profesionales del arbitraje.

7.2. *Bruselas I (Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la Competencia Judicial, el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil)*

Las medidas anti-proceso tampoco encajan con los principios rectores del Reglamento europeo sobre reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, el Reglamento de Bruselas. La Comunidad Europea, a través de este Reglamento, ha dado un empuje importante para el reconocimiento de la competencia de cada juez, para dictar laudos y ejecutarles en el territorio intracomunitario. Cuando mediante una medida anti-proceso un juez de un país miembro de la Comunidad Europea prohíbe a un juez de otro país miembro actuar en su capacidad de juez, esta medida no puede estar de acuerdo con los principios europeos y, por consiguiente, tampoco con la Convención de Bruselas.

La Corte Europea de Justicia tiene una línea jurisprudencial clara encabezada por los casos *Turner* contra *Grovity West Tankers* contra *Allianz SpA* (antes *Riunione Adriatica di Sicurta SpA*), ejemplos claros de la voluntad de la Corte Europea de Justicia de considerar las medidas anti-proceso como no conformes al Reglamento de Bruselas y, por lo tanto, tampoco conformes con el Derecho Comunitario.

Es verdad que muy a menudo las medidas anti-proceso que se dictan por jueces en Londres tienen como objeto procesos paralelos que se están llevando a cabo fuera de la Comunidad Económica Europea. De lo contrario, si la orden va en contra de un proceso paralelo que se está llevando a cabo en un país miembro de la Comunidad, la práctica de los jueces londinenses de autorizar medidas anti-proceso, hacía que esta práctica vaya en contra de los principios comunitarios.

8. DOS EJEMPLOS PRÁCTICOS A RECORDAR SOBRE LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS ANTI-ARBITRAJE

8.1. Caso COPEL, en Brasil: una situación absurda

El 2003 marca el comienzo del caso ‘Copel’, en el curso del cual dos compañías brasileñas se enjuician mutuamente. Así, COPEL (Companhia Paranaense de Energia) sociedad estatal brasileña comenzó una acción en justicia contra UEG Araucária Ltda. (sociedad privada brasileña), mientras que UEG Araucária Ltda. sometía una demanda en arbitraje ante la CCI. En esa época, no era claro si según el Derecho brasileño las personas jurídicas de derecho público (*i.e.*, COPEL) tenían el poder de comprometerse mediante una cláusula arbitral. Es sobre esta base que COPEL decidió alegar la nulidad de la cláusula de arbitraje y provocar la suspensión del arbitraje vía una medida anti-arbitraje (*anti-arbitration injunction*).

La situación se tensó aún más cuando el Juez de Primera Instancia de la ciudad de Curitiba, en el Estado de Paraná en Brasil, dio por válida la medida anti-arbitraje y la dotó de una multa de 0.5% del total del litigio por cada día de infracción. A pesar de ello, UEG Araucária fue ante la Tercera Cámara de la Corte de Apelación del Estado de Paraná para pedir la reanudación del procedimiento arbitral. La Corte accedió sobre el principio de *kompetenz-kompetenz*. Subsiguientemente, COPEL apeló y declaró que la cláusula no era válida. El Presidente de la Corte de Apelación de Paraná decidió mantener la decisión del Juez de Curitiba, en contra del arbitraje. Se alegó que la decisión de la Tercera Cámara de la Corte de Apelación iba en total contradicción con la decisión del Juez de Primera Instancia de Curitiba y se declaró la cláusula de arbitraje inválida. Sujetas a una amenaza de multa y encarcelamiento de varios millones de dólares, las partes se vieron obligadas a ceder.

Esto no es, obviamente, lo que debería ser la justicia. La justicia debería llegar a ser una solución eficaz y justa, y no un bloqueo jurídico total y mucho menos una amenaza de encarcelamiento mutuo.

Brasil siguió adelante con el desarrollo del arbitraje, siendo éste un caso único. Las cortes de los otros Estados brasileños han rechazado el uso de medidas anti-arbitraje, pero situaciones tan extremas como la del caso Copel no se han repetido.

8.2. El caso IATA, en Suiza: reflejo de la posición mayoritaria de la no aceptación de las medidas anti-arbitraje o anti-arbitration injunctions

En otro caso, probablemente, uno de los primeros y últimos casos en Europa, esta vez ubicado en Suiza, se ha podido comprobar el potencial de abuso que existe en torno a medidas anti-arbitraje.

En este caso, una sociedad de aviación europea contrató con una compañía nacional de Namibia. Subsecuente a los acuerdos, la sociedad europea inició un procedimiento de arbitraje ante IATA (institución con sede en Suiza que ha adoptado un Reglamento de Arbitraje en 1999). La parte demandada (Namibia) pidió una medida anti-arbitraje ante la corte de su país, con la esperanza de impedir el comienzo del arbitraje. Sin embargo, IATA prosiguió con el procedimiento y constituyó el tribunal arbitral. Consecuentemente, la parte demandada, Namibia, acudió a los tribunales de Ginebra para pedir medidas provisionales. Entre las peticiones: prohibir a IATA dar pie a un procedimiento de arbitraje. Sin embargo, la Corte de Ginebra declaró que este tipo de medidas no eran consistentes con las reglas internacionales aplicables en Suiza porque negaban al tribunal arbitral la posibilidad de poder decidir sobre su propia competencia en base al principio de *kompetenz-kompetenz*, y que, por lo tanto, no debían ser reconocidas.

9. CONCLUSIONES

Las medidas anti-arbitraje están de moda. Se habla mucho de sus efectos dramáticos: que las multas gigantescas que pueden resultar de la violación de una *anti-suit injunction* pueden desmotivar a las partes más temerarias.

Las medidas anti-proceso pueden ser un instrumento útil y efectivo para proteger al arbitraje. Tal instrumento procesal puede prevenir infracciones, llevadas a cabo de mala fe, que son destinadas a ralentizar o incluso poner en peligro el procedimiento arbitral.

A pesar de ello, uno no debe olvidar que la *anti-suit injunction* son un arma de doble filo que hay que emplear con mucha cautela, para evitar llegar a una paralización de las actuaciones, como se ha visto en el caso Copel. Pues, no debemos llegar a un callejón sin fondo o que sea el pez que se muerde la cola: las partes no tienen ningún interés en bloquear el procedimiento. Es más, al no ser moneda corriente en los países de tradición romana civil, se debe ser aún más prudente en su utilización.

EL ARBITRAJE INSTITUCIONAL
EN LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA

Miguel Temboury Redondo

EL ARBITRAJE INSTITUCIONAL EN LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA

*Miguel Temboury Redondo**

En España, desde finales del último medio siglo hasta la actualidad, hemos sido testigos privilegiados de una evolución cultural notable en el mundo del arbitraje como método alternativo de solución de conflictos. De hecho, de todos los sistemas ADR existentes en la actualidad, el arbitraje es el sistema de resolución de conflictos alternativo a la justicia estatal más empleado por las empresas españolas, no sólo por aquéllas que operan en la esfera internacional, sino también por aquéllas que limitan su actividad al terreno doméstico, y el número de arbitrajes se incrementa en España en todos los ámbitos.

Si a este incremento en la práctica arbitral española le unimos la política proarbitral abanderada por la Ley española de Arbitraje n.º 60/2003, o la creación en junio del 2005 del Club Español del Arbitraje y el esfuerzo de modernización e internacionalización de algunas instituciones arbitrales españolas como la Corte de Arbitraje de Madrid, no parece exagerado afirmar que en España el sector del arbitraje está viviendo un momento de auge sin precedentes.

El arbitraje institucional vio su desarrollo durante el siglo XX, en paralelo con la expansión del comercio internacional, para responder a

* Presidente de la Corte de Arbitraje de Madrid. Ex Jefe de la Secretaría de Estado de Economía, Energía y PYME. Ex Director del Gabinete del Ministerio del Interior de España.

las demandas de los operadores del comercio que deseaban obtener una solución de los eventuales conflictos fuera de los tribunales ordinarios, al margen del territorio de las partes y por personas de reconocida solvencia y experiencia en los temas objeto de controversia, pero también al amparo de instituciones estables y de prestigio.

La posibilidad de que el arbitraje fuera administrado por determinadas instituciones fue introducida en España por la Ley de Arbitraje de 1988. Esta posibilidad ha sido recogida por la vigente Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje, cuyo artículo 14 «*Arbitraje institucional*» dispone que:

1. Las partes podrán encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a:
 - a) Corporaciones de derecho público que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras y, en particular, el Tribunal de Defensa de la Competencia.
 - b) Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales.
2. Las instituciones arbitrales ejercerán sus funciones conforme a sus propios Reglamentos.

Dada la confidencialidad del arbitraje, resulta imposible conocer el peso relativo del arbitraje institucional en España frente al arbitraje *ad-hoc*, pero sí existe una tendencia generalizada entre los profesionales españoles del arbitraje en preferir el arbitraje institucional por sus caracteres de habitualidad, permanencia y profesionalidad y sus indudables ventajas. De entre éstas cabe destacar, en primer lugar, la simplificación de la cláusula arbitral inherente al arbitraje institucional, ya que la incorporación de la cláusula tipo a los contratos hace innecesaria, como en el arbitraje *ad-hoc*, la redacción de una cláusula arbitral más comple-

ja, que incorpore todas aquellas precisiones necesarias para poder llevar a cabo el arbitraje y que, en numerosas ocasiones, corre el riesgo de incluir alguna patología.

Asimismo y en segundo lugar, debe ponerse de manifiesto que las instituciones arbitrales realizan una labor que ayuda a la puesta en marcha del procedimiento arbitral. En caso de duda acerca de existencia del convenio arbitral, éstas se pronuncian *prima facie* sobre el mismo, contribuyendo con ello a proporcionar seguridad jurídica a los operadores mercantiles.

En tercer lugar, contar con la reputación de una institución arbitral, además de asegurar una gran experiencia en arbitrajes, puede facilitar el camino de la ejecución del laudo. Las cortes supervisan todo el procedimiento de principio a fin, identificando y evitando posibles vicios que, posteriormente, puedan suponer un motivo de anulación. Asimismo, algunas instituciones, como la Corte de Arbitraje de Madrid, establecen en su reglamento la obligación de los árbitros de someter el laudo a una revisión previa por parte de la Corte, a fin de garantizar, en la medida de lo posible, la ejecutabilidad del laudo y la ausencia de motivos de anulación.

En cuarto lugar, al recurrir a una institución y utilizar su reglamento se está aceptando un procedimiento de nombramiento de árbitros que de otro modo debería ser pactado por las partes con anterioridad o una vez surgida la controversia. Ello evita la necesidad, a falta de acuerdo de las partes, de acudir a la jurisdicción ordinaria a solicitar lo que la Ley n.º 36/1988 de Arbitraje denominaba «formalización judicial del arbitraje», y que ya sin esa denominación sigue presente en el artículo 15.2 de la Ley de Arbitraje de 2003, trámite que sin duda alguna, y dada la situación de la justicia en España, podría dilatar significativamente la resolución del conflicto.

En aras de la celeridad siempre buscada por los agentes económicos, otra ventaja del arbitraje institucional reseñable es que la supervisión de los plazos y trámites por parte de las cortes, que consigue evitar dilaciones injustificadas del procedimiento cuando existe inacción de una de las partes o de los propios árbitros.

Además de todas estas ventajas estrictamente enfocadas a la resolución de la controversia, no hay que olvidar otras muchas, quizá más materiales, que también ofrece el arbitraje administrado.

Una de ellas es el aspecto económico del arbitraje. Las instituciones arbitrales requieren provisiones de fondos para cubrir la administración del procedimiento y los honorarios de los árbitros. Esto propicia que en muchas ocasiones el arbitraje administrado sea percibido como más costoso. Sin embargo, dichas cantidades se conocen antes de comenzar el procedimiento, gracias a que algunas instituciones, como la Corte de Arbitraje de Madrid, cuentan con un calculador de aranceles *on line* disponible para las partes a tal efecto. Ello permite a las partes anticipar los costes y contribuye una vez más a colocar a éstas en un escenario de seguridad jurídica y predictibilidad. Por el contrario, en el caso de un arbitraje *ad-hoc* las partes deben preocuparse de pactar entre ellas los honorarios del tribunal arbitral, lo que nos devuelve inevitablemente a posibles faltas de acuerdo, dilaciones y costes en muchas ocasiones superiores a los incurridos en arbitrajes administrados.

Por todo esto, podemos decir que el arbitraje administrado en España es más ventajoso que el arbitraje *ad-hoc*, y permite proporcionar a las partes aquello que demandan, es decir, la resolución de su disputa de una forma rápida y eficaz, que ponga de manifiesto todos los beneficios del procedimiento arbitral.

Una de las características más notables del arbitraje institucional en España es su enorme dispersión. La administración de arbitrajes en

España se ha generado en cámaras, colegios y en sedes privadas. Esta pluralidad institucional ha sido criticada por muchos e identificada como uno de los más claros escollos al desarrollo en España del arbitraje internacional, al proyectarse la impresión de falta de certidumbre. La unificación es un paso que ya dieron los países de nuestro entorno, ya sea mediante la integración de instituciones arbitrales o bien mediante lo que se conoce como el modelo suizo, que consiste en mantener las instituciones arbitrales, pero que todas ellas administren los arbitrajes bajo un único reglamento homogéneo. Dadas las dificultades legales derivadas de la distinta naturaleza jurídica de las cortes arbitrales existente en España, que dificultan su unificación, el Club Español del Arbitraje ha optado por favorecer esta segunda opción, y, en este sentido ha publicado un Reglamento Modelo, con el objetivo de que las distintas instituciones consideraran adoptarlo. La Corte de Madrid fue la primera en acoger y poner en marcha, con pequeños cambios, el Reglamento Modelo elaborado por el Club. Otras cortes lo han adoptado parcialmente, pero han introducido notables diferencias, lo cual ha contribuido a mantener la dispersión y no, como pretendía el Club Español del Arbitraje, a evitarla.

Por último, debe realizarse una pequeña mención a la reforma legislativa en materia arbitral que se está tramitando en la actualidad en España, y que, en lo que se refiere al arbitraje institucional, afecta a su propia definición, sus obligaciones en relación con la independencia e imparcialidad de los árbitros, y la necesidad de suscribir seguros de responsabilidad civil a los efectos de asegurar su esfera de actuación.

Analizando el primer cambio legislativo que afecta al arbitraje institucional, una comparativa de la regulación actual y la propuesta pone de manifiesto que se pretende sustituir la expresión «corporaciones de derecho público» por el vocablo «entidades públicas»:

REDACCIÓN VIGENTE	ANTEPROYECTO
<p>1. Las partes podrán encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a:</p> <p>a) <i>Corporaciones de derecho público</i> que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras, <i>y en particular el Tribunal de Defensa de la Competencia.</i></p> <p>b) Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro de cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales.</p> <p>2. Las instituciones arbitrales ejercerán sus funciones conforme a sus propios reglamentos.</p>	<p>1. Las partes podrán encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a:</p> <p>a) Entidades públicas que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras.</p> <p>b) Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro de cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales.</p> <p>2. Las instituciones arbitrales ejercerán sus funciones conforme a sus propios reglamentos.</p> <p>3. Las instituciones arbitrales velarán por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros y garantizarán la transparencia e independencia de éstos desde su designación.</p>

A mi juicio dicha sustitución no ha sido acertada, ya que no es claro que las corporaciones de derecho público puedan ser consideradas como entidades públicas. Hay que tener en cuenta que las cámaras de comercio que, hoy por hoy, son las que administran la cuasi totalidad del arbitraje institucional en España, son corporaciones de derecho público. Por ello, la recomendación que se ha realizado al Ministerio de Justicia por parte de la Corte ha sido la de añadir a las corporaciones de derecho público en la nueva redacción o bien aclarar que la expresión «entidades públicas» incluye a las corporaciones de derecho público.

Con respecto a la nueva redacción del apartado 3 del artículo 14 de la LA, (*las instituciones arbitrales velarán por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros y garantizarán la transparencia e independencia de éstos desde su designación*) se considera materialmente inviable que las instituciones arbitrales garanticen la transparencia e independencia de los árbitros puesto que carecen de los medios de investigación precisos a tal efecto. Con esta obligación se está consagrandó una suerte de responsabilidad objetiva de las instituciones arbitrales que no tiene parangón en nuestro entorno. Además, ello casa mal con la naturaleza contractual del arbitraje, en el que se potencia que sean las partes las que elijan a sus árbitros de mutuo acuerdo en caso de árbitro único, y a su libre elección en caso de coárbitro de tribunal arbitral (siendo el Presidente del Tribunal Arbitral elegido a su vez por los dos coárbitros nombrados). En este escenario, la gran mayoría de los nombramientos no están a cargo de las instituciones arbitrales sino de las propias partes, limitándose las cortes de arbitraje a confirmar a dichos árbitros, a no ser que tengan dudas sobre su idoneidad, disponibilidad, independencia o imparcialidad. Ése sin duda es el estándar internacional. Así, las Cortes de Arbitraje velan por la independencia e imparcialidad de los árbitros, pero no pueden llegar tan lejos como a garantizarla. Esta garantía no se exige en ninguna legislación de arbitraje extranjera y desde luego se aleja de lo dispuesto en la Ley Modelo UNCITRAL. Una consecuencia que se pudiera derivar de esta obligación de garantía es la pérdida de competitividad de España como sede de arbitrajes internacionales, a la luz de la reticencia de las cortes internacionales de elegir nuestro país como sede si se las obliga a garantizar la independencia e imparcialidad de los árbitros. La propuesta de redacción que se hizo al Ministerio, por tanto, es la siguiente:

Las instituciones arbitrales velarán por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros y por la transparencia e independencia de éstos desde su designación.

Por último, el artículo 19 del Anteproyecto exige a los árbitros y a las instituciones arbitrales la contratación de un seguro de responsabi-

lidad civil o garantía equivalente, lo cual no hace sino consolidar una práctica ya extendida entre las cortes arbitrales más relevantes. No obstante, llama la atención la aparente contradicción en la que el legislador incurre con esta exigencia, ya que según el propio anteproyecto de ley los árbitros y las instituciones arbitrales sólo responden por dolo o culpa grave, y no por culpa leve —tal parece la interpretación más plausible de la «mala fe, temeridad o dolo» de la LA—. Pocas aseguradoras estarán dispuestas a asegurar el fraude, que normalmente estará excluido de cobertura en el seguro.

LA RESPONSABILIDAD Y LA ÉTICA DE
LOS CENTROS DE ARBITRAJE

Mario Castillo Freyre

LA RESPONSABILIDAD Y LA ÉTICA DE LOS CENTROS DE ARBITRAJE

*Mario Castillo Freyre**

En realidad, mi exposición va a versar sobre un tema absolutamente complementario de aquél que ha abordado el doctor Víctor Madrid, y es el relativo a qué responsabilidad (y, no me refiero a la responsabilidad civil ni a la responsabilidad penal) tienen en el terreno institucional los centros de arbitraje y cuál debe ser la ética de los mismos.

En ese sentido, creo que esta reflexión debe partir por una consideración previa; y es que cuando hablamos de los problemas de los centros de arbitraje, algunos de los cuales han sido mencionados en la exposición anterior, no necesariamente lo estamos haciendo con respecto a problemas que son privativos de los propios centros de arbitraje, sino que son problemas comunes al arbitraje, porque al fin y al cabo los centros de arbitraje son parte del medio arbitral y no constituyen, evidentemente, una isla con relación al resto de arbitrajes *ad-hoc* que se desarrollan en la sociedad peruana. Digo esto porque, básicamente, los actores que participan de una manera u otra en los arbitrajes institucionales, generalmente, son los mismos que participan en los arbitrajes *ad-hoc*, es decir, no necesariamente hay que pensar que tiene que haber

* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor principal de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Catedrático de las mismas materias en la Universidad de Lima. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Director de las Bibliotecas de *Arbitraje* y de *Derecho* de su Estudio. www.castillofreyre.com.

una situación dispar en la suerte del arbitraje institucional y en la suerte del arbitraje *ad-hoc*, si —al fin y al cabo— están siendo llevados por las mismas personas.

Sin embargo, hay particularidades en unos y en otros, pero, incluso quiero ir más allá, retomando una reflexión que hice en una oportunidad anterior y es que debe asumirse esta situación de vasos comunicantes entre el arbitraje *ad-hoc* y el arbitraje institucional y los problemas que tiene uno y los problemas que tiene otro. No hay que olvidar que, tanto el arbitraje *ad-hoc* como el arbitraje institucional se inscriben dentro del medio jurídico peruano. Es decir, los actores que interactúan dentro de estos tipos de arbitraje, son también los actores que interactúan en otros problemas jurídicos y sus eventuales soluciones, fundamentalmente, en los problemas que se ventilan ante los tribunales ordinarios de justicia y, en general, en los problemas jurídicos del medio en su conjunto; de tal manera que es difícil aislar los problemas del arbitraje institucional, de los problemas del arbitraje *ad-hoc* o del arbitraje en su conjunto, de los problemas del medio jurídico en general y, de los problemas de la sociedad peruana.

Por eso, es que en realidad de lo que estamos hablando —yo insisto mucho en esta idea— es de una permanente lucha para que el arbitraje no sea representativo de la sociedad peruana, porque en verdad, todos somos conscientes de que nuestra sociedad tiene una serie de problemas y una serie de taras, de la más variada índole. Esas taras, que existen y que siempre las criticamos cuando las vemos en el Poder Judicial, también se trasladan al arbitraje; cómo no se van a trasladar, si los vasos comunicantes entre un medio jurídico y otro son muy grandes, no son dos medios, mejor dicho, es un solo medio que puede estar más especializado en una actividad que en otra, pero, en general, es un solo medio el que litiga en un lado, en la justicia ordinaria y el que litiga en la justicia arbitral. De tal manera que, precisamente, la lucha es para que el arbitraje no represente esos problemas tan usuales y tan criticados en la administración ordinaria de justicia.

Centrándome en el arbitraje institucional, los problemas que observo con mayor preocupación y que deberían ser objeto de atención son: el primero de ellos, el relativo al control de los propios centros de arbitraje con relación a sus nóminas de árbitros, es decir, en este tema debería haber un proceso de selección riguroso y un proceso permanente de evaluación, de exclusión y de incorporación que permita que realmente estos centros de arbitraje, congreguen a las personas que deberían estar en las nóminas de los mismos; es decir, los centros de arbitraje no pueden registrar a alguien porque cumpla solamente con requisitos de orden objetivo. Naturalmente, estoy hablando en términos generales, porque hay centros que los cumplen mejor que otros. Pero, en general, el centro de arbitraje, sea cual fuere éste, debería hacer un proceso de selección tratando de investigar a fondo sobre las condiciones de la persona que postula a ese centro de arbitraje, tanto en lo que respecta al conocimiento, como en lo que atañe a los aspectos éticos o morales del postulante. ¿Por qué digo esto? Porque el ser incorporado a una nómina va a tener efectos colaterales con relación a varios otros aspectos, como el de la designación supletoria, que voy a tratar después.

Entonces, no debemos encontrarnos ante normas infladas a juicio del propio centro de arbitraje, es decir, que el propio ente administrador del centro de arbitraje, considere que su propia nómina no sirve o que su propia nómina está compuesta por un noventa por ciento de gente en la que no confiaría un proceso y, por un diez por ciento de gente a la que sí se lo confiaría. Además, creo yo, que esta selección debe tomar en cuenta cuál es el comportamiento del árbitro en relación a los procesos administrados por el propio centro, es decir, cómo se comporta, cómo ha laudado, si dejó de laudar, si se fue de viaje y no emitió el laudo, si ha tenido excesivos problemas de recusación por las partes, problemas de recusación que hayan terminado en recusaciones fundadas, etc.; todos esos elementos deben formar parte de una evaluación constante del órgano rector del respectivo centro de arbitraje.

¿Por qué todo esto? No sólo por la incorporación y por el hecho de que muchos centros de arbitraje permiten que solamente sean presidentes de tribunales aquellos árbitros que están registrados en la nómina, de ahí que tiene que haber una adecuada selección, sino además por el hecho de que el centro de arbitraje está desempeñando una función designada por su propio reglamento, o porque se trata de una cámara de comercio de cualquier localidad del Perú que está desempeñando una función de designación supletoria de árbitro.

Y, acá, se nos plantean algunos problemas. El primero es uno que voy a mencionar de forma absolutamente tangencial, y es relativo a la constitucionalidad del tema. El hecho de que la ley establezca que las cámaras de comercio deben designar supletoriamente a los árbitros en defecto de acuerdo de parte o en defecto de designación de parte, o en defecto de acuerdo de árbitros, es discutible, porque al fin y al cabo, las partes no acordaron que la designación supletoria fuese hecha por una cámara de comercio y, si hubiesen querido, hubiesen acordado esta solución como parte de su convenio arbitral. Éste es un tema que puede llevar a discusiones en torno al desvío de la jurisdicción ordinaria contemplado por el Derecho Constitucional; específicamente con respecto a convenios arbitrales celebrados con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia del Decreto Legislativo n.º 1071.

Sin duda, el tema de la variación o modificación establecida por la ley vigente en relación a la anterior, de asignar estas funciones a las cámaras de comercio, ha obedecido a razones de celeridad, en el sentido de que un proceso de designación supletoria demore menos de un mes, o tres semanas y no demore medio año o más.

Sin embargo, aquí es muy importante tener en consideración que el tema de la designación supletoria, ya sea por parte de una cámara de comercio o por parte de un centro de arbitraje cualquiera, en un arbitraje institucional y administrado por ese centro, debe ser un proceso que esté regido por la absoluta transparencia.

Vamos a partir de una idea. Yo no soy de los que otorgan un aval previo a las designaciones efectuadas por los centros de arbitrajes, es decir, me puede parecer una designación absolutamente buena, pero tengo todo el derecho de que me parezca absolutamente mala; y, no sólo eso, sino que también tengo el derecho de dudar de por qué ha sido nombrado o designado supletoriamente un árbitro en determinadas circunstancias.

A lo que voy, es que debe haber un mecanismo que exhiba ante las partes del proceso una designación supletoria transparente e incuestionable. Entonces, la pregunta que uno puede hacerse en estos casos es, ¿y cómo se logra una designación supletoria absolutamente transparente e incuestionable? Yo entiendo que existe, en muchos casos, la voluntad de nombrar a alguien competente para conocer el caso en el cual se tiene que realizar esta designación supletoria; en ese sentido, muchas veces los centros de arbitraje realizan una preselección, una terna de árbitros, y dentro de esa preselección, el órgano rector de ese centro de arbitraje escoge o realiza un sorteo.

Entonces, la pregunta es si esta designación se está o no realizando de acuerdo a ley y, la respuesta es no, porque el artículo 25, inciso 6 de la Ley de Arbitraje establece que en caso la cámara de comercio de la localidad tenga que hacer una designación supletoria, tiene que ser una designación aleatoria y empleando mecanismos o medios tecnológicos. Entonces, el realizar una preselección, a pesar de la mejor intención que exista para la elaboración de esa terna, ya implica que se trata de una preselección alejada de la aleatoriedad.

Pero señor, mi selección es mejor que si la someto a la suerte, porque estoy designando a tres árbitros excelentes; y de los tres tiene que salir uno que, obviamente, también lo va a ser; sí, pero a mí no me consta que esos tres árbitros sean derechos, pues a lo mejor no lo son. Entonces, tengo todo el derecho de exigirte que no hagas una preselección o que, en todo caso, si quieres hacer una preselección, ella sea

también por sorteo. Entonces, yo te digo que la elección del árbitro determinado de manera supletoria sea realizada por sorteo y, me dirás: no pues, porque a lo mejor te toca un árbitro sin experiencia; imagínate que te toque una persona que tiene 24 años y que acaba de colegiarse la semana pasada y es su primer arbitraje porque lo hemos incorporado anoche.

Entonces, la pregunta sería: ¿por qué lo incorporaste?; se supone que tienes una lista, se supone que esa lista tú la controlas, porque tú mismo dices quién está adentro y quién está fuera. Entonces, incluye a los que consideres que deben estar adentro y no a los que consideres que deben estar afuera. Entonces, todo parte del principio del que les hablaba, de una adecuada conformación de la nómina de los árbitros del centro de arbitraje. Si tienes una buena nómina de cuarenta personas en las que confías, cuando te llegue una designación supletoria, lo que vas a hacer es optar por el sorteo y, no importa quién salga, porque cualquiera de los que salga, está bien que haya salido.

Y mucho ojo, yo tampoco creo en los temas de especialidad, porque he sido testigo de arbitrariedades en las preselecciones. Una vez me pasó, como abogado de parte, que me pusieron una terna de árbitros en los cuales no confiaba. Al final, felizmente, que el tema fue favorable por otras circunstancias, pero cualquiera de los tres era malo. En esos casos, la única solución, a carta cabal, es el sorteo; entonces uno dirá: bueno, es el sorteo y se le comunica a la parte el resultado del sorteo. Pero, se debe convocar a las partes a una audiencia previa a la instalación del tribunal y hacer el sorteo en presencia de las partes, porque —caso contrario— tengo también el derecho de pensar que no lo hiciste por sorteo. Porque si no se hiciera así, se estaría violando el artículo 25 de la ley, que indica que tiene que ser un mecanismo aleatorio y no sólo eso, en caso de defecto de asistencia de las partes, por seguridad y por poner siete llaves al tema, llamaría a un notario público y, para mayor seguridad, alternaría de notario para que no digan que el notario puede estar coludido.

¿Por qué todo esto? Ustedes pensarán que es una exageración, pero no es así. Como se ha dicho en exposiciones anteriores, el arbitraje son los árbitros; puede haber una ley muy bonita, un reglamento fabuloso, todo lo que quieran, pero, si el tribunal arbitral no es fiable, vas a tener un mal arbitraje, si el tribunal arbitral es un tribunal que ya tiene predeterminada una decisión, ya no va a haber una solución que sea adecuada, todo estará perdido.

Creo, en adición a lo expuesto, que los centros de arbitraje deben tener mecanismos de control sumamente estrictos. Por ejemplo, en el caso del antiguo Código de Ética del CONSUCODE, hoy OSCE, existen prohibiciones expresas de que sus funcionarios participen en procesos arbitrales en la calidad que fuere. No en todos los centros de arbitraje existen esas prohibiciones. A qué me refiero; a veces está la prohibición, el miembro del consejo, el funcionario, el secretario arbitral en otros procesos, la asistente, no puede participar en un proceso que administre el centro.

La pregunta es: ¿puede participar en un proceso que no administre el centro y para el cual el convenio arbitral haya determinado la participación supletoria en caso de falta de designación de un árbitro? O sea, el proceso no es administrado por el centro X, pero las partes han convenido que si una parte no designa el árbitro, lo designa el centro X; entonces, en estricto, no es un proceso institucional, es un proceso *ad-hoc*. A veces no existe esa prohibición y, es frecuente que esa prohibición no esté presente en el caso de las cámaras de comercio que realizan función de designación supletoria por mandato de la ley.

A mí me han pasado situaciones penosas, felizmente no aquí en Lima, situaciones en las que se me ha presentado un árbitro, que no conocía, designado supletoriamente por la otra parte y, teníamos que escoger presidente; y, llegado el momento, yo ingenuamente con mi papelito con siete nombres de gente representativa del arbitraje, le muestro el papel, los mira como si no los conociera, diciéndome, doctor

quiero hacerle una propuesta, por qué no nombramos a fulanito, y, quién era fulanito, era el funcionario de esa cámara de comercio que se encargaba de armar las ternas. Entonces, le dije, doctor, mejor no escojamos a fulanito, porque van a pensar mal de usted; van a pensar que algo tuvo que ver nuestro común amigo en su designación y, que usted está pagando el favor. Naturalmente, se quedó callado y no insistió; pero era manifiesto que esta persona, ajena al medio arbitral, que no la conocían (pues, pregunté a varias personas y no la conocían), era raro que había sido designada como árbitro de manera supletoria en un proceso importante. Y, ¿a quién proponía?, seguramente, al que lo puso en la terna y que también hizo que lo designaran.

Entonces, qué es esto; éste no es ningún mecanismo de selección aleatoria, eso es simplemente un intercambio de favores en una sociedad secreta entre dos personas que están tratando de burlarse de los demás o hacer un negocio privado. Eso debe ser evitado y, por esa razón, es que creo que deberían darse mecanismos complementarios a la Ley de Arbitraje, que establezcan la imperatividad de actuar así por parte de todos los centros de arbitraje. Esto no puede ser librado al mercado, y hoy en día el centro de arbitraje que quiere lo hace y el que no quiere no, porque muchas veces nos damos cuenta de estos errores y de estos asuntos dolosos después de cometida la infracción. Por lo tanto, es mejor que la norma legal establezca claramente estas prohibiciones de participar directa o indirectamente en procesos que tengan que ver con el respectivo centro de arbitraje.

Para finalizar, quiero decir que es bueno que los centros de arbitraje, los órganos rectores, controlen permanentemente también el desempeño del personal administrativo, porque muchas veces uno aprecia la violación del deber de confidencialidad, no necesariamente por parte de los árbitros, sino por parte del personal administrativo. El personal administrativo debe entender que tiene ese deber de confidencialidad con el centro de arbitraje con el que trabaja; el secretario arbitral no puede ser una quinta columna que revele todo a la parte de su preferencia o al

mejor postor. El mismo deber de confidencialidad y de imparcialidad debe tener el secretario arbitral, quien muchas veces tiene —precisamente— una función primordial dentro de los arbitrajes, proyectando resoluciones, determinando ciertas actuaciones, etc.

Por otra parte, creo que debería haber, en la línea de lo que viene ocurriendo, y de manera acelerada, un replanteamiento por parte de los centros de arbitraje en sus respectivos reglamentos sobre el tema de la confidencialidad de los laudos. Yo me atrevería a sugerir que se analice seriamente para que en el futuro, cuando se elaboren nuevos reglamentos de los centros de arbitraje, se plantee como mecanismo base o supletorio, el de la publicidad de los laudos arbitrales, tachando los nombres de las partes comprometidas, pero sí publicando los laudos en su integridad con las firmas de los respectivos árbitros, porque éste es un control de la sociedad y del medio arbitral con relación a las personas que ejercen el arbitraje, que hoy está circunscrito al arbitraje del Estado por mandato de la ley y, está relacionado o circunscrito a aquellos procesos que van a anulación y que, como ya son conocidos por el Poder Judicial, ahí ya no hay confidencialidad. Por eso, creo que esto favorecería mucho la transparencia del arbitraje en el Perú y los laudos serían de conocimiento público. Ello, además, brindaría conocimiento en el medio empresarial sobre el comportamiento de aquellas empresas que van a arbitraje.

Si una empresa que brinda un servicio obliga a sus clientes sistemáticamente a demandarla en arbitraje y, de los arbitrajes que tiene, pierde nueve de cada diez, esa empresa se ve que no brinda un buen servicio, que entorpece el desarrollo de esa actividad, que abusa de sus clientes. Eso debe ser conocido por los clientes, debe conocerlo el mercado y debe conocerlo la competencia. Por eso, creo yo que deberíamos ir transformando el tema de la confidencialidad a efectos de que el mismo se restrinja al desarrollo del proceso, pero no al conocimiento de los laudos, salvo acuerdo distinto de las partes, naturalmente.

Por último, me voy a referir a algunos temas muy puntuales. Coincidió con la exposición de Víctor Madrid, sobre todo en lo que respecta a la independencia de los consejos de arbitraje. Efectivamente, allí tiene que haber un control muy importante de los organismos mayores, es decir, del organismo al cual pertenece el centro de arbitraje, de la universidad, de la cámara de comercio, etc., porque no puede dejarse de lado la posibilidad de que exista conflicto de interés entre un miembro de un consejo de arbitraje de una determinada institución y alguna de las partes en conflicto. Sobre todo, porque quienes integran el consejo son abogados en ejercicio.

Tiene que haber centros de arbitraje con una infraestructura adecuada y, adicionalmente, con personal absolutamente fiable, es decir, que el reloj sí marque las horas, porque si se presenta un escrito después de la hora, éste sea un escrito extemporáneo, y no se retrase el reloj. Entonces, uno puede decir que en un centro de arbitraje es o no más seguro. Ese nivel de control y ese nivel de seriedad tanto de los árbitros, como de los consejos y de los secretarios, debe extenderse a todo el personal.

Para concluir, les digo que éste es un tema infinito, que tiene muchas aristas. Creo que todo lo que abone a la transparencia en este sentido, abonará a la afirmación del arbitraje institucional. Mientras los centros de arbitraje ofrezcan mayor transparencia a sus potenciales clientes, más cláusulas arbitrales en los que se les mencione existirán en el mercado.

Lima, septiembre del 2010

PONENCIAS DEL CUARTO CONGRESO
INTERNACIONAL DE ARBITRAJE 2010
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
AGOSTO DEL 2012, CON F.M. SERVICIOS
GRÁFICOS S.A., HENRY REVETT 220, URB. SANTA RITA
SANTIAGO DE SURCO, TELÉFONO: 444-2007
LIMA 33, PERÚ