

PANORAMA ACTUAL DEL ARBITRAJE 2019 - 2020

Volumen 82 Biblioteca de Arbitraje del
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

**Panorama actual del
Arbitraje 2019 - 2020**

CENTRO DE
ARBITRAJE



PONTIFICA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ



Universidad Católica
San Pablo



Asociación Iberoamericana
de Derecho Privado

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

PANORAMA ACTUAL DEL ARBITRAJE 2019 - 2020

- © ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE, S.C.R.L.
Av. Arequipa 2327, Lince, Lima, Perú
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com
- © CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
Calle Esquilache 371, San Isidro
Telfs. (511) 626-7400 / 626-7401
www.consenso.pucp.edu.pe
- © UNIVERSIDAD CATÓLICA SAN PABLO
Urb. Campiña Paisajista s/n Quinta Vivanco - Barrio de San Lázaro
Telfs. (51) 54-605630 / 54-605600, Anexos 200, 300 ó 390
www.ucsp.edu.pe
- © ASOCIACIÓN IBEROAMERICANA DE DERECHO PRIVADO
Calle 56 # 41 - 147 Medellín - Colombia
Telfs. +57 (4) 2398080
<http://www.aiddp.com/>

Primera edición, diciembre 2020

Tiraje: 500 ejemplares

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

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

Miguel Aljovín n.º 414, Miraflores, Lima

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

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2020-08377

ISBN: 978-612-4400-29-2

Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

	Página
Nota del editor	9
Las garantías acordadas por las partes para tramitar el recurso de anulación del laudo <i>Juan Peña Acevedo</i>	11
¿Puede el Arbitraje proteger a los ofertantes y/o consumidores afectados por una práctica de precios predatórios o de discriminación de precios, declarada en sede administrativa por la Autoridad de Defensa de la Competencia? <i>Abdías Sotomayor Vértiz</i>	59
El financiamiento del Arbitraje a través de terceros <i>Alonso Bedoya Denegri</i>	73
Cuantificando los daños en Arbitraje de Inversión <i>Alonso Bedoya Denegri</i>	89
¿La propia corrupción como argumento de defensa? A propósito de recientes casos en disputas de inversión ante el CIADI <i>Alonso Bedoya Denegri</i>	113
Algunas consideraciones sobre los Arbitrajes de Inversión <i>Mario Castillo Freyre</i> <i>Alonso Bedoya Denegri</i>	139

NOTA DEL EDITOR

El presente volumen, de número 82, forma parte de la sub colección de la *Biblioteca de Arbitraje*, que lleva por título *Panorama actual del Arbitraje*, y corresponde a los años 2019 y 2020.

El libro recoge seis trabajos, que considero de relevancia publicar.

El primero, corresponde al doctor Juan Peña Acevedo, experimentado abogado y profesor universitario de Arbitraje, y se titula “Las garantías acordadas por las partes para tramitar el recurso de anulación del laudo”, tema muy polémico y de gran importancia práctica.

El segundo trabajo, es un aporte del doctor Abdías Sotomayor Vértiz, experto en Derecho Administrativo y Tributario, titulado “¿Puede el Arbitraje proteger a los ofertantes y/o consumidores afectados por una práctica de precios predatórios o de discriminación de precios, declarada en sede administrativa por la Autoridad de Defensa de la Competencia?

Los siguientes trabajos pertenecen a un joven muy talentoso y especializado en arbitraje de inversión. Me refiero al doctor Alonso Bedoya Denegri.

Así, el primer aporte de Bedoya, se titula “El financiamiento de Arbitraje a través de terceros”, materia muy delicada, sobre la cual consideramos que todavía se ha escrito muy poco, a pesar de la enorme importancia y derivaciones que tiene.

El segundo aporte de Bedoya Denegri, lleva por título “Cuantificando los daños en Arbitrajes de Inversión”.

El tercer artículo de Alonso Bedoya es “¿La propia corrupción como argumento de defensa? A propósito del caso Gasoducto Sur Peruano”.

Y el último trabajo de esta obra, corresponde a Alonso y a quien escribe estas líneas, y se titula “Algunas consideraciones sobre los Arbitrajes de Inversión”, una especie de introducción a tan importante materia.

Por último, debo reiterar que la *Biblioteca de Arbitraje* siempre tiene sus páginas abiertas a todo aquel que desee publicar algún trabajo sobre arbitraje o sobre algún otro medio de resolución de conflictos. La invitación está hecha.

Lima, septiembre del 2020

Mario Castillo Freyre*

* Abogado, magíster y doctor en derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; abogado en ejercicio; socio del Estudio que lleva su nombre; miembro de número de la Academia Peruana de Derecho; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. www.castillofreyre.com.

LAS GARANTÍAS ACORDADAS POR LAS PARTES PARA TRAMITAR EL RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO

*Juan Peña Acevedo**

Sumario: 1. Introducción. 2. Antecedentes del tratamiento de las garantías para tramitar el recurso de anulación de laudo. 3. Tratamiento de las garantías para tramitar el recurso de anulación de laudo en la Ley de Arbitraje: situación actual y comparada. 4. La autonomía privada en la configuración del procedimiento arbitral y la limitación legal para su ejercicio. 5. La funcionalidad del recurso de anulación de laudo. 6. La renuncia al recurso de anulación de laudo. 7. La ejecución del laudo y su suspensión. 8. Indebidos acuerdos que adoptan las partes como requisitos para tramitar el recurso de anulación de laudo. 9. Tratamiento jurisprudencial. 9.1. Sentencia del Tribunal Constitucional N° 7532-2006-AA. 9.2. Resolución emitida en el expediente N° 908-2006 de la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. 9.3. Sentencia N° 65-2014-0 de la Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. 9.4. Sentencia del Tribunal Constitucional N° 7787-2013-PA/TC. 9.5. Otros pronunciamientos judiciales. 9.6. Pleno Jurisdiccional Regional Comercial de Lima del Año 2016. 10. A manera de conclusión.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Profesor de Arbitraje en la Escuela de Posgrado de la Universidad San Martín de Porres y Gerente Legal de Electropérú.

1. INTRODUCCIÓN

La Ley de Arbitraje peruana, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1071 (en adelante, la LA), tributaria de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial Internacional, instauró importantes modificaciones al sistema hasta entonces vigente. Dentro de dichas modificaciones se publicitó como una importante innovación¹ la ejecución de los laudos aun cuando éstos fuesen impugnados en sede judicial, lo cual de primera impresión podría considerarse contradictorio, pues dentro del mismo marco normativo se permitiría la posibilidad de anular un laudo y, pese a ello, también la posibilidad de que dicho laudo, eventualmente nulo, sea ejecutado.

Sin embargo, conforme lo detallaremos más adelante, no existe tal contradicción, el cambio normativo respeta el derecho de la parte vencida en un arbitraje de impugnar un laudo que incurra en las causales previstas en la LA o viole derechos constitucionales, a través del recurso de anulación, pero, al mismo tiempo, privilegia los efectos de cosa juzgada del laudo. En la exposición oficial de motivos se señala que la idea central de esta innovación es favorecer el cumplimiento de los laudos y desincentivar la interposición maliciosa de los recursos de anulación.

Efectivamente, durante la vigencia de la Ley General de Arbitraje, aprobada por la Ley 26572 y derogada por la LA, se privilegiaba la firmeza del laudo arbitral frente a su ejecutividad². Así, con la sola interposición

¹ Jorge Santistevan se refería a la “inevitabilidad de la ejecución del laudo”. SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. *Inevitabilidad del Arbitraje ante la Nueva Ley Peruana (DL N° 1071)*. En Revista Peruana de Arbitraje N° 7, Magna Ediciones, Lima, 2008, p. 112. En igual sentido, Fernando Cantuarias y Roque Caivano señalan: “La LA introduce en su artículo 66, uno de los más significativos cambios en la legislación arbitral peruana, al disponer (...) que la interposición y pendencia del recurso de anulación no suspende la ejecución”. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y CAIVANO, Roque J. *La Nueva Ley de Arbitraje Peruana: Un nuevo salto a la modernidad*. En Revista Peruana de Arbitraje N° 7, Magna Ediciones, Lima, 2008, p. 79.

² Además, el Código Procesal Civil indicaba que sólo se podían ejecutar los “laudos arbitrales firmes”; así, señalaba:

“Artículo 688.- Títulos ejecutivos Sólo se puede promover ejecución en virtud de títulos ejecutivos de naturaleza judicial o extrajudicial según sea el caso. Son títulos ejecutivos los siguientes: (...) 2. Los laudos arbitrales firmes; (...)" (subrayado nuestro).

del recurso de anulación de laudo se suspendía la posibilidad de ejecutarlo³, salvo que las partes hubiesen pactado el ofrecimiento de algún tipo de garantía como requisito de admisibilidad para la tramitación de dicho recurso. En este último supuesto, en caso de que el impugnante no hubiese acompañado la garantía acordada al recurso de anulación, llevaba a que el Poder Judicial declare la inadmisibilidad del recurso y consecuentemente quede habilitada la vía judicial de ejecución de laudo.

La LA realizó un “cambio sustancial” respecto a la ejecución de los laudos, pues a partir de su vigencia la sola interposición del recurso de anulación no suspende la ejecución del laudo sino que es necesario un pronunciamiento expreso del Poder Judicial que declare la suspensión, ante la presentación, con el recurso de anulación, de una garantía bancaria por el valor de la condena contenida en el laudo o la garantía acordada por las partes.

El cambio normativo resulta saludable, pues, salvo que se garantice el cumplimiento de la condena contenida en el laudo, la parte vencedora en el arbitraje podrá solicitar la ejecución del laudo⁴. Esta solicitud, además, no menoscaba el derecho de la parte vencida en el arbitraje de cuestionar el laudo por las causales de anulación previstas en la LA.

Sin embargo, a nivel nacional, algunas salas de las Cortes Superiores de Justicia, competentes para conocer de los recursos de anulación de laudos (a fin de admitir a trámite dichos recursos al amparo del numeral 2 del artículo 64 de la LA⁵) vienen exigiendo a los impugnantes que acrediten el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad acordados por las partes en el convenio arbitral, en el acta de instalación o en el Reglamento de la institución arbitral al que se hayan sometido, los cuales principalmente exigen la presentación de una fianza bancaria, para que se admita a trámite el recurso de anulación de laudo.

Dicha exigencia plantea un cuestionamiento a la interpretación correcta del artículo 64, numeral 2, de la LA, evaluando la validez de los acuerdos que pueden adoptar las partes del convenio arbitral, pues si bien

³ Mecanismo impugnatorio que otorgaba a la parte perdedora en un arbitraje, una forma económicamente eficiente de dilatar el cumplimiento de la condena impuesta por el laudo, por los bajos costos de plantear el recurso de anulación.

⁴ Artículo 59 de la LA.

⁵ Artículo 64, numeral 2, de la LA.

el arbitraje nace de su autonomía privada (convenio arbitral), aceptar una libertad contractual excesiva impedirá tramitar un recurso de anulación de laudo de acordarse barreras ilegales para su interposición.

En concreto, en el presente trabajo analizamos la viabilidad legal de aceptar que las partes acuerden la obligatoriedad de la presentación de una garantía bancaria como requisito de admisibilidad para tramitar un recurso de anulación de laudo. En dicho contexto, será necesario analizar los límites de la autonomía privada en el arbitraje, así como la aplicación del *pacta sunt servanda* frente a una posible renuncia del recurso de anulación y la funcionalidad de dicho recurso.

2. ANTECEDENTES DEL TRATAMIENTO DE LAS GARANTÍAS PARA TRAMITAR EL RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO

La Ley General de Arbitraje, aprobada por Ley 25935, facultaba a las partes de un arbitraje a pactar, como requisito para la admisión a trámite del recurso de anulación, una garantía para el cumplimiento del laudo, teniendo como límite la cantidad a favor de la parte vencedora. La norma señalaba que se debía acompañar al recurso de anulación el recibo de pago, el comprobante de depósito en cualquier entidad bancaria o la fianza solidaria por la cantidad en favor de la parte vencedora si se hubiera pactado en el convenio arbitral como requisito para la interposición de la anulación (artículo 61)⁶. La norma también establecía que la interposición del recurso de anulación suspendía la ejecución del laudo⁷.

La Ley 25935 fue derogada por la Ley General de Arbitraje aprobada por Ley 26572, pero en este extremo contenía una regulación similar a su antecesora, precisando en su artículo 72 que era un “requisito(s) de admisibilidad del recurso de anulación: (...) el recibo de pago o comprobante

⁶ Si bien la norma se refiere al recurso de apelación, los mismos requisitos eran aplicables para el recurso de anulación de laudo, en virtud a lo que el artículo 68 señalaba: “Al recurso de anulación se acompañarán los documentos a que se refiere el Artículo 61”.

⁷ Ley 25935: “Artículo 78.- El laudo se ejecutará como una sentencia, sin admitir otra oposición que la que se fundamente acreditando documentalmente la interposición y pendencia de la apelación o de la anulación, en cuyo caso el Juez suspenderá la ejecución hasta que recaiga sentencia (...).”.

de depósito en cualquier entidad bancaria, o fianza solidaria por la cantidad en favor de la parte vencedora, 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, como requisito para la interposición del recurso”.

Como se puede apreciar, las partes mantenían la facultad de pactar como requisito de admisibilidad del recurso de anulación el garantizar el cumplimiento del laudo hasta por el límite de la cantidad a favor de la parte vencedora, incluyéndose la posibilidad de que la regulación sobre este punto se encuentre en el reglamento de la institución arbitral al que las partes se hubiesen sometido. Además, se mantenía la suspensión de la ejecución del laudo con la interposición del recurso de anulación⁸.

El acuerdo de presentación de una garantía como requisito de admisibilidad del recurso de anulación de laudo fue destacado por algunos autores por reducir “significativamente los incentivos para interponer recursos de anulación dilatorios”⁹ y por devenir de un acuerdo legal y constitucionalmente válido¹⁰.

Como se puede apreciar, la opción legislativa a elegir tiene que ver con definir cuál de las partes intervenientes en el arbitraje debe asumir el riesgo derivado del tiempo necesario para la ejecución del laudo. Hasta antes de la vigencia de la LA, el legislador optó por privilegiar los intereses de la parte perdedora en el arbitraje sobre los de la parte vencedora, en la eventualidad de que el laudo pueda ser declarado nulo por el Poder Judicial y la ejecución del laudo pudiese causarle daños a dicha parte perdedora.

⁸ Ley 26572: “Artículo 84.- Proceso de ejecución.- El laudo se ejecutará como una sentencia, sin admitir otra oposición que la que se fundamenta acreditando documentalmente la interposición y pendencia de la apelación ante una segunda instancia arbitral o de la apelación o anulación ante el Poder Judicial, en cuyo caso el Juez suspenderá la ejecución (...).”

⁹ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje Comercial y de las inversiones*. Lima: Editora Jurídica Gríley – UPC, 2007, p. 383.

¹⁰ Manuel Villa-García señala que “es totalmente válido y constitucional que las partes pacten en el convenio arbitral o que se incluya en algún reglamento procesal de algún Centro de Arbitraje la exigencia de constituir fianza bancaria a favor de la parte vencedora y como requisito de admisibilidad del recurso de anulación”. VILLA-GARCÍA NORIEGA, Manuel. *La constitucionalidad de exigir fianza para recurrir a la anulación de laudo*. En *Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje*. Lima: Palestra Editores, 2009, p. 308.

3. TRATAMIENTO DE LAS GARANTÍAS PARA TRAMITAR EL RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO EN LA LEY DE ARBITRAJE: SITUACIÓN ACTUAL Y COMPARADA

Con la entrada en vigencia de la LA se cambia de opción legislativa y se privilegian los derechos de la parte vencedora en el arbitraje, los cuales podrían verse afectados por un ejercicio malicioso del recurso de anulación de laudo¹¹, sólo con afán dilatorio y eventualmente pretendiendo dolosamente el detrimento del patrimonio de la parte perdedora en el arbitraje para no cumplir con lo ordenado en el laudo. Ana María Arrarte señala que el mencionado cambio parte de un análisis de costo-beneficio que tiene en cuenta la excepcionalidad con la que el Poder Judicial declara la nulidad de laudos, por lo que siendo ésta mínima se evidencia “la ventaja que tiene la ejecución inmediata, ante la posibilidad de que la interposición del recurso de anulación, sólo tenga como propósito evitar que el laudo sea ejecutado”¹².

Referencialmente, podemos mencionar que en años recientes, las Salas Civiles de la Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima registran las siguientes estadísticas de laudos anulados: Año 2009:

¹¹ En el presente trabajo nos referiremos al “recurso de anulación” por ser esa la terminología utilizada por la LA. Sin embargo, dejamos constancia de la polémica existente, entre quienes consideran que dicho medio impugnatorio no es un recurso sino una demanda. Lo que, más allá de una disquisición teórica, puede tener importantes consecuencias prácticas. Así, si se considera un recurso, y en consecuencia una prolongación del arbitraje, las partes podrían continuar ejerciendo su autonomía privada y configurar algunos aspectos de su tramitación, por ejemplo, la obligatoriedad de la presentación de la carta fianza para tramitar la anulación. Si, por el contrario, se considera una demanda, que inicia una etapa distinta al arbitraje, únicamente le serán aplicables los requisitos previstos en la ley para su presentación, a saber los presupuestos procesales, que se encuentran recogidos en la LA y en los artículos 424 y 425 del Código Procesal Civil.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia 142-2011-PA/TC ha señalado: “17. (...) Que se haya previsto por mandato del Decreto Legislativo N° 1071, que norma el Arbitraje, la posibilidad de un recurso de anulación (...) como fórmula a posteriori, no significa que tal mecanismo sea parte integrante del proceso arbitral (...). En esta línea, para el Tribunal Constitucional el recurso de anulación es en realidad una demanda.

¹² ARRARTE ARISNABARRETE, Ana María. *Apuntes sobre la ejecución de laudos en el Decreto Legislativo N° 1071, nueva Ley de Arbitraje*. En Revista Peruana de Arbitraje N° 10. Magna Ediciones, Lima, 2010, p. 88.

12%, año 2010: 9%, año 2011: 11%, año 2012: 9%, año 2013¹³: 12%, año 2014: 11%, año 2015: 21%¹⁴ año 2016 22%¹⁵, año 2017: 16%¹⁶.

Además de lo expuesto, el cambio de opción legislativa unifica el tratamiento normativo nacional, dándole un tratamiento similar al previsto para el reconocimiento de laudos extranjeros en el artículo 75, numeral 8, de la LA y en la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras¹⁷, la cual en su Artículo VI señala: “Si se ha pedido a la autoridad competente prevista en el artículo V, párrafo 1 e), la anulación o la suspensión de la sentencia, la autoridad ante la cual se invoca dicha sentencia podrá, si lo considera procedente, aplazar la decisión sobre la ejecución de la sentencia y, a instancia de la parte que pida la ejecución, podrá también ordenar a la otra parte que dé garantías apropiadas”. Es decir, la Corte Superior de Justicia, en el trámite de reconocimiento de laudo extranjero, puede suspender la ejecución del laudo requiriendo se le entreguen garantías suficientes para su cumplimiento, en tanto culminan las impugnaciones que contra dicho laudo se hayan iniciado.

La LA elimina la suspensión de la ejecución del laudo con la sola interposición del recurso de anulación, pero faculta a quien interpone el recurso de anulación a solicitar la suspensión de la ejecución del laudo, siempre que excluyentemente, y en ese orden: (i) cumpla con el requisito de la garantía acordada por las partes; (ii) cumpla con la garantía establecida en el reglamento arbitral aplicable; (iii) si no existe acuerdo, presente una fianza bancaria por una cantidad equivalente al valor de la condena contenida en

¹³ REGGIARDO SAAVEDRA, Mario. *La anulación de laudo por defectos de motivación en Perú*. En Argumentación jurídica y motivación de las resoluciones judiciales. Giovani Priori Posada (coordinador). Palestra Editores, Lima, 2016, p.358. Señala que en el año 2013 se declaró la nulidad de 23 laudos de un total de 161 recibidos, es decir solo el 14%.

¹⁴ RAFFO, Mauricio. Ponencia en el III Congreso de Jueces y Árbitros Proceso Judicial y Procedimiento Arbitral: Semejanzas y Diferencias. Lima, 7 y 8 de junio 2016. Organizado por el Instituto Peruano de Arbitraje y Club Español de Arbitraje. Estadísticas 2009 a 2015.

¹⁵ Correspondiente a la Primera Sala Comercial Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. En V Congreso Nacional de Jueces y Árbitros. Control Judicial de los Laudos Arbitrales: Mitos y Realidades. Instituto Peruano de Arbitraje. Ponencia de ECHEVERRIA, Sara Luz. *Presentación de Estadísticas de la Segunda Sala Comercial en materia de anulación de laudos arbitrales*. Lima, 5 de julio de 2018.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ratificada por el Perú mediante Ley N° 24810, publicada el 25 de mayo de 1988 y vigente desde el 5 de octubre del mismo año.

el laudo; y (iv) si no hay acuerdo, y la condena no es líquida o valorizable, presente una fianza bancaria por un monto razonable determinado por el Tribunal Arbitral o por la Corte Superior¹⁸.

Sin embargo, algunos convenios arbitrales, como es el caso del Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional (COES SINAC)¹⁹, o reglamentos de importantes instituciones arbitrales emitidos luego de la entrada en vigencia de la LA²⁰, incorporaron como requisito para admitir a trámite el recurso de anulación de laudo, la entrega de una garantía a favor de la parte vencedora en el arbitraje. Este es el caso del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, vigente hasta el 15 de junio de 2017²¹ y el T.U.O. del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje²². En otros reglamentos

¹⁸ Artículo 66 de la LA.

¹⁹ Estatuto del COES SINAC “ARTÍCULO QUINCUÁGESIMO QUINTO.- ARBITRAJE (...) 55.9 Laudo arbitral y recurso de anulación ante el Poder Judicial.- (...) Constituye requisito para la admisibilidad del recurso de anulación y para la suspensión de los efectos del Laudo, la constitución de fianza bancaria, solidaria e incondicionada, en favor de la parte vencedora, por el monto de garantía que sea fijado por el Tribunal Arbitral en el mismo Laudo (...).”

²⁰ Los cuales en virtud de lo regulado en el artículo 6, literal b de la LA integran el convenio arbitral.

²¹ Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú. “**Garantía.** Artículo 86º.- El recurso de anulación deberá estar acompañado con el documento que contiene la constitución de carta fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática a favor de la otra parte, con una vigencia no menor de seis (6) meses y renovable hasta por tres (3) después de que se resuelva en definitiva el recurso de anulación, bajo apercibimiento de llevarse a cabo la ejecución de laudo, y por una cantidad equivalente a la cuantía del valor de la condena contenida en el laudo. (...)

Efectos del recurso de anulación Artículo 87º.- La sola interposición del recurso de anulación no suspende los efectos del laudo ni de su ejecución. No obstante, cabe la suspensión del laudo y de su ejecución, a solicitud de quien interpone el recurso de anulación, siempre y cuando haya cumplido con lo dispuesto en el artículo 86º del presente Reglamento. La Corte Superior de Justicia, ante quien se interpone el recurso de anulación, verificará el cumplimiento de dicha garantía”.

El Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú vigente, cambia el tratamiento anterior y señala en su artículo 74.- “Para suspender la ejecución del laudo, el recurso de anulación debe estar acompañado con el documento que contiene la constitución de fianza (...).”.

²² “Artículo 63. Recurso de Anulación. Como requisito para interponer recurso de anulación contra el laudo, podrá establecerse en el convenio arbitral que la parte impugnante deberá acreditar la constitución de fianza bancaria a favor de la parte vencedora y por la cantidad que el laudo determine pagar a la parte vencida (...).”.

de importantes instituciones arbitrales como AMCHAM y el Colegio de Ingenieros del Perú no se encuentra regulada dicha obligación.

En el caso del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, el Reglamento Procesal de Arbitraje del año 2007 consideraba como un requisito obligatorio de admisibilidad del recurso de anulación de laudo la presentación del recibo de pago o comprobante de depósito en cualquier entidad bancaria o una carta fianza bancaria, solidaria, incondicionada y de realización automática extendida a favor de la parte vencedora²³. Posteriormente, el Reglamento Arbitral del año 2008²⁴, en correspondencia con la recién aprobada LA, requería la presentación de la garantía solo cuando se solicitara la suspensión de los efectos del laudo. El moderno Reglamento del año 2017, no contiene regulación al respecto. Es decir, el mencionado centro de arbitraje, ha ido evolucionando desde un extremo de obligatoriedad de la presentación de la garantía, hasta la no regulación al respecto, entendemos considerando que hacerlo importaba inmiscuirse en la regulación de un proceso judicial, lo que no les correspondía como entidad privada.

Aun cuando el presente trabajo no está referido al arbitraje en contrataciones del Estado, debemos mencionar que el derogado reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF²⁵, establecía en su artículo 231 que “Como requisito para interponer recurso de anulación contra el laudo, podrá establecerse en el

²³ Fernando Cantuarias, citando a Roger Rubio, señala que este requisito claramente desalentaba la presentación de recursos de anulación dilatorios. Precisando que entre 1993 – 2000, el 86% de los laudos de dicho centro no fueron impugnados. En CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Recursos contra el Laudo Arbitral*. En Themis Revista de Derecho N° 53. Asociación Civil Themis PUCP, Lima, 2007, p. 49.

²⁴ Reglamento Arbitral del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Artículo 61º.- (...) 2. La parte que interponga el recurso de anulación contra un laudo y solicite la suspensión de su ejecución, deberá presentar a la autoridad judicial competente, una carta fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática, extendida a favor de la otra parte, con una vigencia no menor a seis (6) meses, renovable hasta que se resuelva en definitiva el recurso de anulación, y por una cantidad equivalente a la cuantía del valor de la condena contenida en el laudo. 3. Si la condena, en todo o en parte, es puramente declarativa o no es valorizable en dinero o si requiere una 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 previstas en el numeral anterior, como requisito para disponer la suspensión de la ejecución”.

²⁵ Vigente hasta el 8 de enero de 2016.

convenio arbitral que la parte impugnante deberá acreditar la constitución de carta fianza a favor de la parte vencedora y por la cantidad que el laudo determine pagar a la parte vencida”.

Es decir, que, aun durante la vigencia de la LA, la normativa de contrataciones estatales consideró válido el acuerdo de las partes de establecer el requisito de la presentación de una carta fianza para admitir a trámite el recurso de anulación de laudo.

Actualmente, la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Ley 30225, señala que: “45.22 La interposición del recurso de anulación del laudo por el contratista requiere presentar fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la Entidad, conforme al porcentaje que se establece en el reglamento, con una vigencia no menor a seis (6) meses renovables por todo el tiempo que dure el trámite del recurso”²⁶. Reglamentando dicha norma el Decreto Supremo N° 344-2018-EF, en el artículo 239, ha precisado que la carta fianza debe otorgarse a favor de la Entidad, por una cantidad equivalente al veinticinco por ciento (25%) del valor de la suma que ordene pagar el laudo, y, si el laudo, en todo o en parte, es puramente declarativo o no es valorizable en dinero o si requiere de liquidación o determinación que no sea únicamente una operación matemática, el valor de la carta fianza será equivalente al tres por ciento (3%) del monto del contrato original.

Consideramos un error el establecimiento de esta obligación, pues conforme al desarrollo que exponemos más adelante, este tipo de requerimientos restringen el ejercicio del derecho de acción del contratista por una condición estrictamente económica. Asimismo, llama la atención que dicho requisito le sea sólo exigible al contratista y no a la entidad, lo que evidencia un trato desigual a las partes contratantes, atentatorio contra el elemental principio de trato igualitario que rige en el arbitraje.

En la legislación comparada hemos tenido oportunidad de revisar la Ley de Arbitraje española, la cual regula la suspensión de los efectos del laudo, siempre que se ofrezca caución por el valor de la condena; no obstante (y a diferencia de la LA), también agrega un monto por los daños y

²⁶ Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 082-2019-EF.

perjuicios que pudieran derivarse de la demora en la ejecución del laudo²⁷. No se regula la posibilidad de pactar otros requisitos para la admisibilidad del recurso de anulación.

En igual sentido, la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador, prevé la suspensión de los efectos del laudo, siempre que se garantice a la parte vencedora los perjuicios estimados que la demora en la ejecución del laudo le pueda causar²⁸. La suspensión es dictada por el Tribunal Arbitral. Esta norma tampoco regula, como requisito del recurso de anulación, el garantizar el valor de la condena contenida en el laudo, lo cual no obsta a que dicha condena sea considerada como parte de los perjuicios por la demora en la ejecución del laudo.

La Ley boliviana de Conciliación y Arbitraje establece la suspensión de la ejecución del laudo con la interposición del recurso de anulación²⁹ y

²⁷ Ley de Arbitraje española: “Artículo 45 Suspensión, sobreseimiento y reanudación de la ejecución en caso de ejercicio de la acción de anulación del laudo. 1. El laudo es ejecutable aun cuando contra él se haya ejercitado acción de anulación. No obstante, en ese caso el ejecutado podrá solicitar al tribunal competente la suspensión de la ejecución, siempre que ofrezca caución por el valor de la condena más los daños y perjuicios que pudieren derivarse de la demora en la ejecución del laudo. La caución podrá constituirse en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 529 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Presentada la solicitud de suspensión, el tribunal, tras oír al ejecutante, resolverá sobre la caución. Contra esta resolución no cabrá recurso alguno. 2. El Secretario judicial alzará la suspensión y ordenará que continúe la ejecución cuando conste al Tribunal la desestimación de la acción de anulación, sin perjuicio del derecho del ejecutante a solicitar, en su caso, indemnización de los daños y perjuicios causados por la demora en la ejecución, a través de los cauces ordenados en los artículos 712 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

²⁸ Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador:

“Quien interponga la acción de nulidad, podrá solicitar al árbitro o tribunal arbitral que se suspenda la ejecución del laudo, rindiendo caución suficiente sobre los perjuicios estimados que la demora en la ejecución del laudo pueda causar a la otra parte.

El árbitro o tribunal arbitral, en el término de tres días, deberán fijar el monto de la caución, disponiendo la suspensión de la ejecución del laudo.

La caución deberá constituirse dentro del término de tres días, contados a partir de esta notificación”.

²⁹ Ley de Conciliación y Arbitraje boliviana: “Artículo 119. (TRÁMITE DE EJECUCIÓN FORZOSA).

Radicada la solicitud, la autoridad judicial competente la correrá en traslado a la parte contraria, para que conteste dentro de los cinco (5) días a partir de su notificación.

La autoridad judicial aceptará oposición a la ejecución forzosa del Laudo Arbitral cuando se demuestre documentalmente el cumplimiento del propio Laudo Arbitral o la existencia de recurso de nulidad del Laudo Arbitral pendiente. En este último caso la autoridad judicial suspenderá la ejecución forzosa del Laudo Arbitral, hasta que el recurso sea resuelto (...).”

no regula la posibilidad de pactarse otros requisitos para la admisibilidad del recurso de anulación.

4. LA AUTONOMÍA PRIVADA EN LA CONFIGURACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL Y LA LIMITACIÓN LEGAL PARA SU EJERCICIO

La autonomía privada, entendida como la facultad que tienen las personas de autorregular sus conductas, está estrechamente vinculada con el derecho a la libertad de las personas. El derecho a la libertad, es un derecho fundamental e inherente a la persona humana, que le permite hacer todo aquello que considere conveniente para su íntegro desarrollo personal. En el caso peruano, el derecho a la libertad en el artículo 2, numeral 24, literal a, de la Constitución Política, el cual señala “Toda persona tiene derecho: (...) 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”.

La norma transcrita evidencia el reconocimiento, al máximo nivel normativo, del derecho a la libertad y, en consecuencia, la obligación de ser respetado por todo el ordenamiento jurídico. Sin embargo, la misma norma, si bien resalta el derecho a la libertad, simultáneamente hace referencia a las prohibiciones legales que limitan su ejercicio, es decir, las personas podrán hacer lo que deseen y desarrollarse plenamente, siempre que sus conductas no colisionen con límites legales establecidos en consideración a mayores beneficios de la sociedad en su conjunto.

En esta misma, línea, y como una expresión de la autonomía privada incorporada en el derecho a la libertad, se encuentra el derecho a contratar, el cual también cuenta con reconocimiento constitucional en dos artículos:

Artículo 2, inciso 24, literal a, señala “Toda persona tiene derecho: (...) 14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”.

Artículo 62º.- 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 (...).

Nuevamente, apreciamos el reconocimiento al máximo nivel normativo del derecho a las personas de contratar libremente, pero otra vez encontramos que esta contratación debe ser con fines lícitos y que no se contravengan leyes de orden público³⁰.

Debemos recordar que el derecho a contratar tiene dos ámbitos en los que se desenvuelve: la libertad de contratar o de culminación (las partes decidirán libremente con quién contratan) y la libertad contractual o de configuración (las partes decidirán el contenido de su contrato).

A nivel legal, encontramos por lo menos los siguientes artículos del Código Civil que regulan el derecho a contratar y los límites a su ejercicio:

Artículo 1354 “Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo”.

Artículo V del Título Preliminar: “Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres”.

Las normas transcritas están relacionadas con la libertad contractual, con aquello que las partes pueden pactar, es decir, los términos de las obligaciones que contraen, la configuración interna del contrato. Dichos términos contractuales no podrán ser contrarios a normas de carácter imperativo ni a leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

En ese sentido, salvo las buenas costumbres, que no se encuentran necesariamente recogidas en una norma y tienen una connotación moral que puede variar en el tiempo, las normas imperativas y las leyes que interesan al orden público, sí requieren estar recogidas en una norma escrita. Es decir, las limitaciones a la libertad contractual deben estar recogidas en una norma escrita “puede manifestarse bien sea ordenando que los parti-

³⁰ Es importante señalar que la norma constitucional hace referencia a “leyes de orden público”, con lo cual debe interpretarse que el “orden público”, para considerarse un límite al derecho a contratar, debe estar recogido en una ley. Al respecto, se puede revisar: DE LA PUENTE, Manuel. *El Contrato en general. Tomo I*. Palestra Editores. Primera reimpresión. Lima, 2003, p. 215.

culares tengan una conducta determinada, caso en el cual nos encontramos ante las normas legales *preceptivas* (...), o bien impidiendo que actúen en determinado sentido, eventualidad en la que estamos frente a las normas *prohibitivas*³¹.

Teniendo en cuenta lo expuesto precedentemente, debemos señalar que pese a las múltiples discusiones respecto a la naturaleza jurídica del arbitraje, existe un consenso en que su origen es contractual y se plasma en el convenio arbitral. Es en este espacio negocial en el que se desenvuelve la autonomía privada, en sus dos ámbitos: la libertad de contratar o de culminación (arbitrabilidad subjetiva: las partes decidirán libremente con quién celebran el convenio arbitral) y la libertad contractual o de configuración (arbitrabilidad objetiva: las partes decidirán qué tipo de controversias solucionarán en la vía arbitral y estructurarán el procedimiento arbitral), respetando los límites legales establecidos.

Así, las partes del convenio arbitral pueden someter a arbitraje las controversias sobre materias de su libre disposición³² y configurar, con carácter obligatorio para ellas³³, el procedimiento arbitral³⁴. Sin embargo, dicha configuración tiene dos límites importantes: el primero es temporal, está referido a que sólo puede ser ejercido hasta la culminación de las actuaciones arbitrales; el segundo, es que no puede vulnerar normas que son imperativas³⁵.

Con relación al primer límite, debemos señalar que la solución de controversias tiene como vía natural de encausamiento el Poder Judicial, y sólo en caso las partes acuerden apartarse de dicha vía (convenio arbitral), podrá solucionarse la controversia a través de un arbitraje. Si bien la posibilidad de activar el mecanismo de solución de controversias en la vía judicial es permanente, es decir, siempre estará a disposición para tramitar las demandas que se presenten, la vía arbitral tiene una duración temporal, pues el tribunal arbitral se constituye para la solución de la controversia

³¹ Ibid. 210.

³² Artículo 2, numeral 1, de la LA.

³³ En aplicación del principio *pacta sunt servanda*: Lo acordado por las partes es de obligatorio cumplimiento. El Artículo 1361 del Código Civil señala “Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos (...).”

³⁴ Artículo 34, numeral 1, de la LA.

³⁵ El artículo 1354 del Código Civil establece que las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

específica que le será puesta en conocimiento. Así, el procedimiento arbitral se inicia con la recepción de la solicitud de arbitraje³⁶ y culmina con la expedición del laudo o de las resoluciones que lo interpretan, rectifican, integran o excluyen³⁷. En esta etapa, las partes son libres de adoptar los acuerdos que consideren apropiados para resolver su controversia, teniendo como límite el tratamiento igualitario para las partes y darles suficiente oportunidad para que hagan valer sus derechos.

Es pertinente ir mencionando que las actuaciones arbitrales que pueden ser definidas por acuerdos entre las partes intervenientes en el arbitraje se encuentran reguladas en el Título IV, Actuaciones Arbitrales, de la LA. Sin embargo, el recurso de anulación de laudo se encuentra regulado en el Título VI, Anulación y Ejecución del Laudo, de la LA³⁸. El Título IV de la LA otorga una amplia libertad regulatoria y dispositiva a las partes, situación completamente distinta a la prevista en el Título VI, que tiene una regulación más bien restrictiva a la intervención de las partes en la configuración de esta etapa revisora del laudo, estableciendo normas imperativas que escasamente permiten la regulación por las partes³⁹.

Es decir, las partes podrán regular las actuaciones arbitrales, pero no pueden regular las actuaciones procesales posteriores del arbitraje⁴⁰, ya que “el recurso de anulación no es una actuación arbitral, y se sujeta a normas

³⁶ Artículo 33 de la LA.

³⁷ Artículo 60, numeral 1, de la LA.

³⁸ En opinión que no compartimos encontramos el pronunciamiento de la Sentencia emitida en el expediente N° 035-2012, de la Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de Lima, en el recurso de anulación de laudo seguido por el Ministerio Público contra Consorcio SW, de fecha 8 de agosto de 2012, la cual señala: “SEGUNDO: (...) Las partes dotan de contenido al proceso arbitral, pudiendo limitar su accionar al cumplimiento de determinados requisitos, adicionales a los establecidos por ley, de los cuales dependa la viabilidad de sus pretensiones, **no tan solo a nivel arbitral, sino además a las que puedan activarse culminadas sean las actuaciones arbitrales**” (resaltado y subrayado nuestro).

³⁹ . En file:///C:/Users/Intel/Downloads/res_2012000350145229000861974.pdf. 19 de abril de 2019, 15:05.

⁴⁰ Quizá sólo la renuncia a la anulación de laudo en el arbitraje internacional y el pacto de requisitos para garantizar la ejecución de laudo, el cual como señalamos más adelante debe limitarse a los pedidos de suspensión de la ejecución del laudo.

⁴¹ Como tampoco pueden regular las otras formas de colaboración judicial con el arbitraje, como pueden ser las medidas cautelares previas al arbitraje, la actuación de pruebas o la ejecución de mandatos arbitrales.

procesales que se siguen y aplican ante los jueces ordinarios”⁴¹. En igual sentido, Mario Castillo señala: “la autonomía privada y la libertad de regulación que consagra el artículo 34 de la Ley de Arbitraje, rige sólo respecto de las “actuaciones arbitrales” y no alcanza a la configuración de los presupuestos procesales del recurso de anulación”⁴².

Los privados no pueden imponer al Poder Judicial la obligación de exigir requisitos no previstos en la ley para ejercer su función (de orden público) de control judicial requerida vía el recurso de anulación. Los requisitos de admisibilidad y procedencia del recurso de anulación se encuentran establecidos en el artículo 63 de la LA y en las normas procesales aplicables, las cuales se enmarcan en una relación jurídica de derecho público y son imperativas, no sujetas a disposición ni discrecionalidad de los privados, y, por tanto, ajena a autorregulación⁴³.

El segundo límite a la libertad contractual se encuentra en el respeto de normas imperativas, con lo que no cabe a las partes acordar reglas que restrinjan gravosamente sus derechos fundamentales o pretendan regular etapas en las cuales no tienen facultad discrecional. En el caso concreto, no es posible efectuar pactos que por consideraciones estrictamente económicas, restrinjan el ejercicio del derecho de acción, que se plasma en la interposición y trámite de un recurso de anulación de laudo.

El derecho de acción, que integra el derecho a la tutela jurisdiccional, es “la facultad o poder jurídico del justiciable de acudir al órgano jurisdiccional en busca de tutela efectiva, independientemente de que cumpla con los requisitos formales o de que su derecho sea fundado. En ese sentido, toda persona natural o jurídica puede recurrir al órgano jurisdiccional para ejercitar su derecho de acción, plasmado físicamente en la demanda, en forma directa o mediante representante, con la finalidad de que éste dé

⁴¹ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *El Control del arbitraje*. En *Arbitraje Ponencias del Cuarto Congreso Internacional de Arbitraje 2010*. Lima: Mario Castillo Freyre Editor, 2012, p. 33.

⁴² CASTILLO FREYRE, Mario y otros. La Ley de Arbitraje: Análisis y *Comentarios a Diez años de su vigencia*. Gaceta Jurídica. Lima, 2018, p. 797.

⁴³ Sentencia N° 65-2014-0 de la Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. En: http://jmwongabad.com/wp-content/uploads/2015/11/Requisito_carta_fianza_inconstitucional_nulidad_de_laudo.pdf. Revisado el 24 de abril de 2016, 10:12 pm.

solución a un conflicto de intereses intersubjetivos o a una incertidumbre jurídica, a través de una decisión fundada en derecho”⁴⁴.

En ese sentido, una norma de orden público fundamental se encuentra recogida en el artículo 139, numeral 3, de la Constitución, EL cual establece que es un derecho fundamental y garantía procesal “la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional”⁴⁵, el cual en términos del artículo 4 del Código Procesal Constitucional, se concreta en la tutela procesal efectiva⁴⁶, entendida como “aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, (...) a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a acceder a los medios impugnatorios regulados (...)”⁴⁷, además la administración de justicia es, por mandato constitucional⁴⁸ y legal⁴⁹, gratuita⁵⁰.

Con relación a la gratuidad, acertadamente se ha señalado que “el derecho a la tutela jurisdiccional –demandar o ser demandado- no debe estar gravado con una exigencia patrimonial, porque tal acto implicaría un agra-

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N.º 2293-2003-AA/TC. En <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02293-2003-AA.html>. Revisado el 1 de mayo de 2019, 11:05 am.

⁴⁵ “El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es inherente a toda persona por el sólo hecho de serlo. Constituye la manifestación concreta de por qué la función jurisdiccional es, además de un poder, un *deber* del Estado, en tanto no puede excusarse de conceder *tutela jurídica* a todos el que lo solicite”. MONROY GÁLVEZ, Juan. *La Formación del Proceso Civil Peruano, escritos reunidos*. Community, Lima 2010. p. 304.

⁴⁶ Si bien la norma constitucional se refiere a tutela jurisdiccional, “el nombre más adecuado para identificarlo sería el de tutela procesal, en tanto alcanza a toda la actividad resolutiva que se realiza en la sociedad, y no únicamente la que realizan los órganos jurisdiccionales”. MONROY GÁLVEZ, Juan. En La Constitución Comentada, análisis artículo por artículo. Gaceta Jurídica, primera reimpresión. Lima, 2006. Tomo II, p. 498.

⁴⁷ Al respecto, el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil indica que “(t)oda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso”.

⁴⁸ “Artículo 139º.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...)16. El principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos, en los casos que la ley señala”.

⁴⁹ Código Procesal Civil, Título Preliminar, “Artículo VIII. Principio de Gratuidad en el acceso a la justicia.- El acceso al servicio de justicia es gratuito, sin perjuicio del pago por costas, costos y multas en los casos que establece este Código”.

⁵⁰ Si bien la gratuidad del acceso a la justicia puede entenderse dirigida, en primer lugar, al Estado, ello no obsta para requerirla también a los privados, que pretendan con un exigencia económica restringir el uso del derecho de acción.

vio a uno de los derechos fundamentales de la persona humana: recurrir a un órgano jurisdiccional”⁵¹.

En virtud a las normas citadas, consideramos que el impedir el ejercicio del recurso de anulación limitaría, por lo menos, el respeto de los derechos fundamentales enunciados, lo cual no puede ser tolerado por el sistema jurídico.

Asimismo, debemos tener en cuenta que el Tribunal Constitucional ha señalado que la autonomía de la voluntad⁵² en tema arbitrales, no debe ser entendida de manera absoluta sino respetando los valores y principios constitucionales. Así, ha considerado que:

“En el caso del convenio arbitral, si bien se gesta a partir del sentido privatista de las relaciones contractuales, no presenta un haz de contenidos cuyas categorías sean exclusiva y excluyentemente de Derecho Privado. Interpretarlo de este modo implicaría soslayar su naturaleza constitucional, sujeta a los principios y deberes primordiales de la función jurisdiccional consagrados en el artículo 139º de la Constitución; los mismos que deberán extenderse razonablemente a la jurisdicción arbitral.

Si bien es cierto que la autonomía de la voluntad deriva de la Constitución, no puede discutirse la facultad de controlarla por razones del orden público constitucional, máxime si la propia jurisdicción arbitral integra éste. Esto supone que en un Estado constitucional, el poder se desagrega en múltiples centros de decisión equilibrados entre sí por un sistema de control de pesos y contrapesos, como postula el artículo 43º de la Constitución. Esto hace

⁵¹ MONROY GÁLVEZ, Juan. La Formación del Proceso Civil Peruano, escritos reunidos. Op. Cit. p. 320.

⁵² Si bien el Tribunal Constitucional se refiere a “autonomía de la voluntad”, siguiendo a Manuel de la Puente, consideramos que la referencia correcta en la esfera contractual es a la “autonomía privada”. La voluntad, si bien generalmente se encuentra presente en la configuración de un contrato, existen supuestos en los cuales ello no sucede, por ejemplo, cuando uno de los contratantes hace una declaración, que lo vincula contractualmente, pese a que ella no coincide con su voluntad. Ver. DE LA PUENTE, Manuel. Op. cit., Pp. 197 y ss.

que el poder público, pero también el privado, estén sometidos al Derecho”⁵³.

Es decir, la actuación de la autonomía privada en el arbitraje tiene como restricción, en la etapa en la que las partes estructuren su procedimiento arbitral, el respeto de normas imperativas y su sometimiento a los principios y valores constitucionales, por lo que los acuerdos que vulneren los mencionados límites, como sería la limitación al ejercicio del recurso de anulación, son jurídicamente inválidos y así deben ser declarados por las instancias judiciales o constitucionales competentes.

5. LA FUNCIONALIDAD DEL RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO

En principio, debemos resaltar que la intervención del Poder Judicial en el arbitraje debe respetar un principio de mínima intervención; es por ello que el recurso de anulación es el único mecanismo de impugnación del laudo⁵⁴ y, teniendo en cuenta la gravedad de los vicios que puedan haberse cometido durante el arbitraje, revisan aspectos formales del laudo⁵⁵ y la violación de derechos constitucionales⁵⁶.

El tratamiento judicial del recurso de anulación debe ser respetuoso de las decisiones adoptadas por los árbitros y no es el inicio del trámite ante una segunda instancia en la cual la parte perdedora en el arbitraje intente que se revise el fondo de la controversia, el contenido de la decisión, los criterios, las motivaciones o las interpretaciones contenidas en el laudo⁵⁷.

Algunos autores como Alfredo Bullard consideran que el recurso de anulación es un mecanismo de control contractual y que, por tanto, co-

⁵³ Sentencia del Tribunal Constitucional EXP. N.º 6167-2005-PHC/TC, Caso Fernando Canturrias Salaverry. Considerando 17.

⁵⁴ Artículo 62, numeral 1, de la LA.

⁵⁵ Los taxativamente señalados en el artículo 63 de la Ley de Arbitraje.

⁵⁶ Duodécima Disposición Complementaria de la LA.

Sin perjuicio de lo establecido en dicha norma, la debida protección de derechos constitucionales, a través de los recursos de anulación, no está exenta de cuestionamientos, principalmente, luego de aprobado el precedente constitucional, referido a las vías que se consideran “igualmente satisfactorias” para la protección de derechos constitucionales, sentencia N° 2383-2013-PA/TC (caso Elgo Ríos).

⁵⁷ Artículo 62, numeral 2, de la LA.

rresponde que el Poder Judicial verifique si los árbitros han respetado debidamente el acuerdo de las partes plasmado en el convenio arbitral⁵⁸ y si lo pactado respetó la ley⁵⁹. Además, ese respeto a lo acordado por las partes obligará a que, por ejemplo, en la tramitación del recurso de anulación, el Poder Judicial no pueda modificar el monto de las garantías acordadas por las partes para solicitar la suspensión de la ejecución del laudo.

Desde una perspectiva más publicista del recurso de anulación, Miguel Lacruz señala que éste es un procedimiento a través del cual se ejerce el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y se lleva a cabo el control de legalidad de todo el arbitraje, inclusive desde el convenio arbitral⁶⁰. La tutela jurisdiccional efectiva, conforme lo hemos mencionado, se vincula a las garantías mínimas constitucionales de administración de justicia relacionadas al debido proceso.

El recurso de anulación de laudo permite controlar el exceso de poder de los árbitros, en tanto que este control sólo puede ser ejercido por el Poder Judicial “como guardián de la legalidad y del Estado de Derecho”⁶¹. Al respecto, Fernando Cantuarias y Manuel Diego Aramburú señalaban que tratándose de mecanismos de control “y que el arbitraje es una instancia voluntaria, obviamente no podrán ser los propios árbitros los que se “controlen” a sí mismos (...) la articulación de mecanismos de control del arbitraje debe ser necesariamente desarrollada por instancias ajena al quehacer arbitral. Además, (...) el arbitraje no sólo interesa a las partes del conflicto, sino también la sociedad tiene un legítimo interés en que la función arbitral se desarrolle lo más libre posible pero a la vez lo suficientemente controlada como para que no hayan excesos ¿Qué instancia ajena al quehacer arbitral puede desarrollar la importante labor de control? Pues únicamente el Poder Judicial”⁶².

⁵⁸ BULLARD, Alfredo. *Litigio Arbitral El arbitraje desde otra perspectiva*. Lima: Editorial Palestra, 2016, p. 441.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 450.

⁶⁰ LACRUZ MANTECON, Miguel. En *Comentarios breves a La Ley de Arbitraje*. DÍAZ-BASTIEN, Ernesto (coordinador). Madrid: Editorial REUS S.A., 2007, p. 205.

⁶¹ Exposición oficial de motivos de la Ley de Arbitraje.

⁶² CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y ARAMBURÚ YZAGA, Fernando. *El Arbitraje en el Perú: Desarrollo actual y perspectivas futuras*. Fundación M.J. Bustamante De La Fuente. Lima, 1994. Pp. 382-383.

En este sentido, consideramos que la tramitación del recurso de anulación es una importante atribución del Poder Judicial que no puede ser restringida de manera previa por las partes, más aún cuando está previsto para la protección de derechos constitucionales.

6. LA RENUNCIA AL RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO

En la LA identificamos que las partes del convenio arbitral pueden renunciar válidamente a interponer el recurso de anulación de laudo de manera tácita, por inacción, en tres supuestos:

- a) Renunciando a su derecho a objetar, en los términos del artículo 11º de la LA⁶³, respecto a la infracción de normas o acuerdos dispositivos por las partes⁶⁴.
- b) Renunciando a recusar a los árbitros pese a conocer motivos para su recusación⁶⁵.
- c) Dejando transcurrir el plazo de 20 días hábiles previsto en la LA para interponer el recurso de anulación de laudo⁶⁶.

En dichos casos la parte renunciante a ejercer su derecho impugnatorio es consciente, o diligentemente debe serlo, de los efectos que su conducta omisiva le occasionará, sin que ello derive de una imposición contractual.

Sin embargo, es cuestionable que la renuncia a interponer el recurso de anulación sea producto de un acuerdo expreso y previo a la existencia del vicio que podría generar la nulidad, el cual inclusive podría consistir en una violación de derechos constitucionales.

⁶³ Artículo 11 de la LA.

⁶⁴ Debiendo precisarse que “(e)n el caso de infracciones de normas imperativas la renuncia tácita no se produce puesto que son indisponibles y la parte afectada podrá sin ninguna limitación hacer uso de sus facultades de impugnación (...) sin necesidad de haber realizado una denuncia previa, puesto que la ausencia de ésta, en ese caso, no se entiende como consentimiento de la infracción”. En SERRANO GÓMEZ, Eduardo. En *Comentarios breves a La Ley de Arbitraje*. DÍAZ-BASTIEN, Ernesto (coordinador). Madrid: Editorial REUS S.A., 2007, p. 35.

⁶⁵ Artículo 28, numeral 4, de la LA.

⁶⁶ Artículo 64, numeral 1, de la LA.

En primer lugar, debemos señalar que la LA, en su artículo 63, numeral 8, señala de manera explícita que en algunos arbitrajes internacionales se puede pactar la renuncia a interponer el recurso de anulación⁶⁷. Este pacto de renuncia obedece a que a dichos laudos, en caso pretendan ser ejecutados en el Perú, les serán aplicables las normas de la LA referidas a Reconocimiento y Ejecución de Laudos Extranjeros. El artículo 75 de la LA permite, a la Corte Superior de Justicia, denegar el reconocimiento de un laudo si se prueba algún vicio similar a aquellos previstos como causales de anulación en el artículo 63 de la LA. Es decir, aquellos vicios que el Poder Judicial no pudo revisar, en el laudo o procedimiento arbitral, por la renuncia de las partes al recurso de anulación, los revisará en el proceso de Reconocimiento y Ejecución de Laudos Extranjeros⁶⁸.

Dado que el artículo 63, numeral 8, es una norma que establece una excepción para el caso de los arbitrajes internacionales y es restrictiva de

⁶⁷ Artículo 63, numeral 8, de la LA.

⁶⁸ Similar regulación contiene la Convención de Nueva York, sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Naciones Unidas, 6 de julio de 1958), ratificada por el Perú mediante Ley N° 24810, publicada el 25 de mayo de 1988 y vigente desde el 5 de octubre del mismo año, que en su Artículo V señala: “Artículo V. 1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia; o b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; o e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia. 2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba: a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país”.

derechos, no se puede aplicar por analogía⁶⁹ y puede ser interpretada contrario sensu. En consecuencia, podemos deducir que el legislador ha optado porque no quepa pactar la renuncia al recurso de anulación de laudo en los arbitrajes nacionales, porque no cabría la revisión de las causales de anulación por el Poder Judicial, como sí ocurre en el proceso de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros.

Al respecto, encontramos que Juan Luis Avendaño considera que “trátese del arbitraje nacional no es posible renunciar al recurso de anulación antes de que se haya expedido el laudo, como tampoco es válida la renuncia al derecho de acción⁷⁰. Marianella Ledesma escribe en el mismo sentido, que “no se puede admitir la renuncia de las partes a la posibilidad de impugnar el laudo; un acuerdo en tal sentido supondría la renuncia al derecho a la tutela judicial”⁷¹. La autora también agrega que “el arbitraje no solo interesa a las partes en conflicto sino también a la sociedad en conjunto, que tiene interés en que la función arbitral se desarrolle lo más libre posible pero, a la vez, lo suficientemente controlada como para que no se presenten excesos o abusos”⁷².

En igual sentido Miguel Lacruz señala que “la inderogabilidad por voluntad privada de tal derecho hace que no sea posible la renuncia anticipada a la acción”⁷³.

En consecuencia, estando prohibida por vía legislativa de manera directa la posibilidad de renunciar al recurso de anulación de laudo en los arbitrajes nacionales, no cabe que por una vía indirecta, como es el pacto de las partes respecto a requisitos de admisibilidad del recurso de anulación de laudo, se restrinja su ejercicio. De manera correcta, la Primera Sala Comercial de Lima ha señalado que “la voluntad de las partes no puede tener la virtud de privar de eficacia a aquellas normas que regulan la actuación judicial del Estado en aquello que de acuerdo a tal normativa le ha sido

⁶⁹ Código Civil. Título Preliminar: “Artículo IV.- La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía”.

⁷⁰ AVENDAÑO VALDEZ, Juan Luis. “Comentario al artículo 63 de la Ley Peruana de Arbitraje”. En: SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (Coordinadores). Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje, Tomo I. Instituto Peruano de Arbitraje. Lima, 2011, p. 717.

⁷¹ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisdicción y Arbitraje*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Tercera Edición. Lima, 2014, p. 262.

⁷² Ibid., p. 262.

⁷³ LACRUZ MANTECON, Miguel, Op cit., p. 205.

reservado, que se revelan imperativas y de orden público”⁷⁴. Aceptar lo contrario implicaría impedir a las partes del arbitraje, que por consideraciones estrictamente económicas, tramiten dicha acción impugnatoria, lo que equivaldría a una renuncia al recurso de anulación y vulneraría el ejercicio del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.

7. LA EJECUCIÓN DEL LAUDO Y SU SUSPENSIÓN

Debemos empezar señalando que el laudo es de cumplimiento obligatorio porque así lo han acordado las partes al celebrar el convenio arbitral, pues en ese momento son conscientes de la posibilidad de que las controversias que se susciten entre ellas culminen con la expedición de un mandato arbitral. Es por ello que el cumplimiento del laudo debería ser espontáneo por la parte perdedora en el arbitraje. La parte vencedora excepcionalmente debería requerir el apoyo judicial para lograr coercitivamente el cumplimiento.

Conforme precisa el artículo 59 de la LA, el laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes; también produce los efectos de cosa juzgada, siendo ejecutable judicialmente transcurridos quince días de notificado⁷⁵. Dichas características evidencian

⁷⁴ Quinto Considerando de la Sentencia 042-2015, Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. En file:///C:/Users/Intel/Downloads/res_2015000420160250000020907.pdf. 19 de abril de 2019. 16:19.

⁷⁵ Esta regulación es clara y contundente respecto a los efectos del laudo para su ejecución. Al respecto, el numeral 2, del artículo 688 del Código Procesal Civil, señalaba: “Artículo 688.- Títulos ejecutivos

Sólo se puede promover ejecución en virtud de títulos ejecutivos de naturaleza judicial o extrajudicial según sea el caso. Son títulos ejecutivos los siguientes: (...) 2. Los laudos arbitrales firmes; (...)” (subrayado nuestro).

Consideramos conveniente señalar que en algunas oportunidades, los Juzgados que tramitan la ejecución del laudo, al amparo del artículo 688 inciso 2 del Código Procesal Civil, requieren al ejecutante acreditar que el laudo es “firme”. Ello resulta erróneo, pues no se necesita la presentación de un laudo firme para proceder a su ejecución, por tres razones: (i) La Ley de Arbitraje es posterior al Código Procesal Civil, por lo tanto, el artículo 68 de la Ley de Arbitraje, que no requiere firmeza del laudo para su ejecución, ha derogado tácitamente el artículo 688, inciso 2, que contenía la exigencia de firmeza, el legislador ha preferido el cumplimiento inmediato del laudo, en estricta aplicación temporal de las normas; (ii) La Décima Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje, señala que las disposiciones procesales de la Ley de Arbitraje prevalecen sobre las del Código Procesal Civil, una clara actuación del principio de especialidad

que el legislador ha privilegiado la ejecutividad del laudo por sobre su firmeza, y es por ello que el Estado pone a disposición de las partes su poder de coerción para la ejecución de los laudos a través del Poder Judicial.

Marianella Ledesma señala que se puede definir el proceso de ejecución de laudo como “aquel cuyo objeto consiste en una pretensión tendiente a hacer efectiva (...) la sanción impuesta por un laudo de condena”⁷⁶. Los laudos de condena son aquellos que “persiguen la realización u omisión de una prestación en la que el demandado haga algo o lo deje de hacer”⁷⁷, diferenciándose de los laudos declarativos, los cuales esclarecen una situación incierta, y los laudos constitutivos, que son los que crean, modifican o extinguen una relación jurídica⁷⁸.

Sin embargo, apreciamos que normativamente, la LA prevé la posibilidad de que se ejecuten laudos declarativos y, consecuentemente, se pueda solicitar la suspensión de la ejecución. Así, la LA en su artículo 66, numeral 3⁷⁹, regula el tratamiento que se le dará a un pedido de suspensión cuando “la condena (...) es puramente declarativa” (resaltado nuestro). A fin de compatibilizar los conceptos de “condena” y “declarativa”, mencionados en el artículo 66, con los conceptos de laudos de condena y declarativos antes citados, debería entenderse que la mención hecha por el legislador a “condena”, es a lo resuelto por el laudo y no como un mandato de hacer o no hacer.

Pese a lo expuesto, resulta difícil imaginar la ejecución de un laudo declarativo, entendido como aquel que esclarece una situación incierta, pues éste no tendrá ningún mandato específico que ejecutar, es decir, el Tribunal Arbitral en el laudo habría resuelto la incertidumbre que le ha sido puesta a conocimiento, pero no ordena ningún acto que pueda ser ejecutado, pues en caso contrario sí existiría un mandato de condena, con lo cual el laudo dejaría de ser sólo declarativo.

El proceso judicial de ejecución de laudo está regulado en el artículo 68 de la LA, y conforme a sus términos debería ser muy expeditivo. La

de las normas; y (iii) El artículo 66 de la Ley de Arbitraje señala expresamente que la sola interposición del recurso de anulación no suspende la ejecución del laudo.

⁷⁶ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Op. cit., p. 267.

⁷⁷ Idid., p. 265.

⁷⁸ Ibid., p. 265.

⁷⁹ Artículo 66, numeral 3, de la LA.

parte interesada debe presentar su demanda ante el juez especializado en lo comercial o civil, según lo que corresponda⁸⁰; la demanda también debe acompañar el laudo y sus rectificaciones, interpretaciones, integraciones o exclusiones, así como las actuaciones de ejecución efectuadas por el tribunal arbitral. Acto seguido, el Juzgado dictará mandato de ejecución, a fin de que la parte emplazada cumpla en el plazo de 5 días bajo apercibimiento de ejecución forzada. La parte emplazada solo podrá oponerse si acredita el cumplimiento de la obligación requerida o la suspensión de la ejecución por disposición de la Sala Superior que conoce del recurso de anulación⁸¹. De la oposición se corre traslado por 5 días y luego el Juzgado resuelve; la resolución que declara fundada la oposición es apelable con efecto suspensivo.

Es decir, conforme a la LA, emitido un laudo de condena, éste debe ejecutarse en sus estrictos términos, sin admitir mayores articulaciones u oposiciones, salvo que se acredite el cumplimiento o que se haya suspendido su ejecución al haberse emitido un mandato en ese sentido durante la tramitación del recurso de anulación de laudo, al garantizarse suficientemente el cumplimiento del laudo con una carta fianza bancaria o con la garantía acordada por las partes.

El tratamiento dado en la LA al recurso de anulación de laudo y a la ejecución judicial de éste, pretende resguardar los intereses de las partes intervenientes en el arbitraje:

- a) Con el fin de proteger los intereses de la parte vencedora, ha previsto que la sola interposición del recurso de anulación no suspenda la ejecución del laudo; ello, para evitar que se emplee el recurso de anulación de laudo como una estrategia dilatoria de

⁸⁰ Artículo 9, numeral 3, de la LA.

⁸¹ Es pertinente mencionar que en el Pleno Jurisdiccional Comercial de Lima, de 5 de junio 2015, se ha señalado que: “La calificación de un Laudo arbitral como título ejecutivo debe efectuarse verificando que de los documentos presentados (copia del Laudo y de sus rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones y, en su caso, de las actuaciones de ejecución efectuadas por el Tribunal Arbitral), se desprenda que la obligación declarada en el Laudo y cuyo cumplimiento se pretende en sede judicial sea cierta, expresa y exigible, y, en su caso, líquida o liquidez tratándose de dar sumas de dinero. No puede impedirse que la parte ejecutada alegue el incumplimiento de los requisitos comunes de procedibilidad de una ejecución, a que se refiere el artículo 689º del Código Procesal Civil, pero esto debe efectuarse únicamente a partir de lo laudado, sin reabrir la controversia que fue objeto de arbitraje”.

la parte perdedora para evitar su cumplimiento, principalmente por cuanto el transcurso del tiempo que demore la tramitación judicial de la anulación de laudo podría convertir en insolvente al deudor o, por algún otra circunstancia, hacer imposible el futuro cumplimiento del laudo; así, la finalidad de la fianza es “garantizar el posible perjuicio de la otra parte ante la suspensión de la ejecución del laudo”⁸².

- b) Para resguardar los intereses de la parte vencida en el arbitraje, preservando su derecho a impugnar el laudo, permite que en la tramitación del recurso de anulación de laudo esta parte solicite la suspensión de la ejecución del laudo, siempre que garantice su cumplimiento, teniendo en cuenta “los intereses del ejecutado y la posibilidad de que pueda tener éxito la impugnación del laudo y no pueda revertirse la situación creada por la ejecución (por insolvencia sobrevenida del ejecutante o por otras causas)”⁸³.

Es por ello que no tendría sentido que el sistema jurídico permita a las partes solucionar sus controversias a través de una jurisdicción privada con reconocimiento constitucional⁸⁴ y luego de obtener un pronunciamiento que pone fin a las controversias a través del laudo, pese a tener la calidad de cosa juzgada limite su ejecución, con la sola interposición del recurso de anulación de laudo. Esta situación sería similar a la de una sentencia judicial, cuyo retardo en su ejecución se encuentra prohibido constitucionalmente como una garantía de la administración de justicia⁸⁵.

En consecuencia, en cuanto a la ejecución del laudo existe ya una ponderación de los derechos de las partes respecto del laudo emitido, y ésta

⁸² Considerando Décimo Octavo de la Sentencia Casatoria N° 350-2016 HUÁNUCO, de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fecha 29 de noviembre de 2016. En <http://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/ar-web/CAS350-2016Huanuco.pdf>. 19 de abril de 2019. 09:53 am.

⁸³ JIMÉNEZ GARCÍA, Daniel. En *Comentarios breves a la Ley de Arbitraje*. DÍAZ-BASTIEN, Ernesto (coordinador). Madrid: Editorial Reus, 2007, p. 237.

⁸⁴ Constitución Política del Perú. Artículo 139º.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral (...).

⁸⁵ Constitución Política del Perú. “Artículo 139º.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede (...) modificar sentencias ni retardar su ejecución (...).”

ha sido fijada por el legislador privilegiando la ejecución sobre la firmeza del laudo. Sólo cabe que el ejecutado consiga suspender la ejecución si garantiza suficientemente el cumplimiento del laudo. Sin embargo, dicha ponderación no restringe en forma alguna la posibilidad de cuestionar judicialmente la validez del laudo, es decir, el laudo se ejecutará sin que por ello se restrinja el derecho de la parte afectada por algún vicio del laudo o del procedimiento arbitral para la correspondiente impugnación judicial a través del recurso de anulación.

8. INDEBIDOS ACUERDOS QUE ADOPTAN LAS PARTES COMO REQUISITOS PARA TRAMITAR EL RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO

Las principales deficiencias en la administración de justicia del Poder Judicial, tienen que ver con: (i) el excesivo tiempo en la solución de las controversias; y (ii) el des prestigio social del Poder Judicial. Lo expuesto ha incentivado el desarrollo del arbitraje como un mecanismo alternativo de solución de controversias, que tiene como principales ventajas frente al proceso judicial, la especialidad, la flexibilidad, la confidencialidad y la rapidez.

Sin embargo, la rapidez en la solución de la controversia que brinda el arbitraje se ve limitada por la recurrencia perniciosa, por partes contratuales infractoras y vencidas en un arbitraje, al Poder Judicial, a través de recursos de anulación de laudos o procesos de amparo, a fin de dilatar el cumplimiento de los mandatos arbitrales.

Conocedores de ese contexto, o quizá para mantener la confidencialidad de sus controversias, las partes que celebran convenios arbitrales plantean fórmulas que hagan prevalecer la rapidez o confidencialidad de la solución arbitral en busca de una solución oportuna y definitiva; así, intentando disuadirse mutuamente de la posibilidad de iniciar recursos de anulaciones de laudo, que puedan retardar la solución final de la controversia, acuerdan requisitos, generalmente económicos, que deben cumplirse para iniciar los mencionados recursos, consistiendo básicamente en la presentación de cartas fianza.

Para determinar la validez de dichos acuerdos, debe revisar la aplicación de por lo menos dos derechos con jerarquía constitucional, el derecho

a contratar (principalmente la libertad contractual) y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (principalmente el derecho de acción).

Los que consideran que dichos acuerdos son válidos se preguntan ¿cómo es posible alegar la inaplicación de una regla pactada por quien la decidió libre y voluntariamente y solicitar que se deje sin efecto cuando ésta no le favorece?⁸⁶ Si bien el cuestionamiento entraña una reprobación de una actuación que podría responder a la mala fe, debe también analizarse los mayores perjuicios que una aplicación estricta del acuerdo puede generar.

Como lo hemos venido explicando, desde nuestro punto de vista, tales acuerdos no son legalmente válidos, pues: (i) si bien existen, por lo menos, dos derechos constitucionales involucrados, es claro que la libertad contractual, también por disposición constitucional, tiene limitaciones consideradas en normas imperativas y (ii) porque a través de esos acuerdos, las partes están pretendiendo regular una etapa, la del proceso judicial, en la cual no tienen facultades de disposición, por encontrarse regido por normas imperativas de orden público.

Así, en primer lugar, como lo hemos mencionado, el derecho de acción⁸⁷, por mandato constitucional es gratuito⁸⁸, por lo cual su ejercicio no puede limitarse por consideraciones económicas acordadas por privados. En ese sentido, “la naturaleza misma de ese “requisito” de procedibilidad para interponer una demanda de anulación de laudo arbitral, constituido por la presentación de una carta fianza, vulnera, además, el principio constitucional establecido y aplicable para todo proceso, a saber: la gratuitud de la administración de justicia⁸⁹.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que conforme a la LA, los únicos requisitos para tramitar el recurso de anulación de laudo son:

⁸⁶ En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/07532-2006AAA%20Aclaracion.html>. Revisado el 24 de abril de 2016, 9:54 pm.

⁸⁷ “[...] la acción es el derecho de recurrir a la instancia jurisdiccional y que, por ello, es un derecho subjetivo”. VIDAL, Fernando. *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, junio 2005, tomo X, p. 342.

⁸⁸ “Artículo 139º.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 16. El principio de la gratuitud de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos, en los casos que la ley señala”.

⁸⁹ En CASTILLO FREYRE, Mario y otros. La Ley de Arbitraje: Análisis y *Comentarios a Diez años de su vigencia*. Op. cit., p. 798-799.

- a) Que se alegue una de las causales previstas en el artículo 63 de la LA, o la violación de un derecho constitucional⁹⁰, debidamente fundamentada y acreditada con los medios probatorios correspondientes. El artículo 29 numeral 7, el artículo 30, el artículo 41, numerales 4 y 5, de la LA regulan supuestos en los que procede tramitarse el recurso de anulación de laudo, referidos a resolución de recusaciones, remociones, excepciones u objeciones, pero no son causales distintas a las reguladas en el artículo 63, sino que al ser invocados en la impugnación del laudo deben adecuarse a las causales señaladas en este artículo.
- b) Que se interponga ante la Corte Superior competente dentro de los veinte días posteriores a la notificación del laudo.
- c) Que se adjunte copia de los documentos de las actuaciones arbitrales que tengan en su poder.
- d) Que se cumpla con cualquier otro requisito que haya sido pactado por las partes para garantizar el cumplimiento del laudo.

Este último ha sido entendido como el acuerdo de las partes para establecer garantías como requisito para la tramitación del recurso de anulación de laudo. Mario Castillo, en su comentario a dicho requisito, sostiene que “esto se refiere a las garantías que pudieran haberse establecido como necesarias, a efectos de interponer el recurso de anulación”⁹¹ y así lo entendían también algunos de los reglamentos arbitrales como el Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú (artículo 86, antes citado) vigente hasta el 15 de junio de 2017 y el T.U.O. del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje (artículo 63, antes citado). También es acogido en convenios arbitrales de importantes entidades como es el caso del Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional (COES SINAC)⁹².

⁹⁰ LA: Duodécima Disposición Complementaria de la LA.

⁹¹ CASTILLO FREYRE, Mario y otros. Op. cit., p. 781.

Sin perjuicio de ello, también señala que: “El artículo 64, inciso 2), de la Ley de Arbitraje, se refiere a la carta fianza pactada por las partes “para garantizar el cumplimiento del laudo”, que es la disputa por el artículo 66 de la citada ley, relativa al pedido de suspensión del cumplimiento del laudo y no a la presentación misma del recurso de anulación” Ibid. p. 797.

⁹² Estatuto del COES SINAC “ARTÍCULO QUINCUAGÉSIMO QUINTO.- ARBITRAJE (...) 55.9 Laudo arbitral y recurso de anulación ante el Poder Judicial.- (...) Constituye requisiti-

Consideramos que esta interpretación es errónea, pues no toma en cuenta que ha sido derogado el tratamiento que daba la Ley General de Arbitraje, que permitía; (i) la suspensión de la ejecución del laudo con la sola interposición del recurso de anulación y (ii) pactar como requisito de admisibilidad del recurso de anulación del laudo, la presentación de una garantía. La aplicación de dicho tratamiento resulta cuestionable en el contexto regulatorio de la LA, que elimina la suspensión de la ejecución de un laudo con la sola interposición del recurso de anulación.

Coincidiendo con la sentencia emitida en el expediente N° 65-2014-0 de la Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, que comentaremos más adelante, pensamos que la interpretación correcta y sistemática respecto a los posibles acuerdos de las partes para la tramitación del recurso de anulación deben entenderse referidos a la posibilidad de que la parte impugnante solicite la suspensión del laudo. Es decir, sólo para tramitar la suspensión del laudo las partes podrán acordar cuál sería, por ejemplo, la garantía que se debería adjuntar a dicho pedido, la cual, como en el caso de las leyes ecuatoriana y española, referidas en los Antecedentes del presente artículo, podría considerar no sólo la condena contenida en el laudo, sino los eventuales daños y perjuicios que la tramitación del recurso de anulación le pueda generar a la parte beneficiada con el laudo.

Respecto del monto que se debe garantizar con la carta fianza, equivalente a la condena contenida en el laudo, consideramos que no tiene naturaleza indemnizatoria, si no de cumplimiento de la obligación contenida en el mandato arbitral, lo cual se desprende de la comparación de la LA con sus similares de Ecuador⁹³ y España⁹⁴, que como lo hemos mencionado, se refieren expresamente a los daños que se puedan generar por la inejecución del laudo, extremo que sí tiene naturaleza indemnizatoria.

to para la admisibilidad del recurso de anulación y para la suspensión de los efectos del Laudo, la constitución de fianza bancaria, solidaria e incondicionada, en favor de la parte vencedora, por el monto de garantía que sea fijado por el Tribunal Arbitral en el mismo Laudo (...)".

⁹³ Ver nota 21.

⁹⁴ Ver nota 20.

9. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL

Antes de la vigencia de la LA han existido pronunciamientos jurisprudenciales relacionados con la exigibilidad de la presentación de una garantía como requisito de admisibilidad de la recurso de anulación, dentro de los cuales Fernando Cantuarias⁹⁵ menciona fallos “que han hecho respetar esta exigencia contractual”: (i) Fallo del 4 de junio de 1999 de la Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Justicia de Lima, en los seguidos por Embotelladora Latinoamericana Sociedad Anónima – ELSA Gamavi Investment INC, Inversiones Chuyugual y Ricardo Gallegher Málaga, sobre anulación de laudo arbitral (expediente 1228-99)⁹⁶; y (ii) Ejecutoria del 28 de enero de 2002 expedida por la Primera Sala Civil de la Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, en los seguidos por ESSALUD con Medic Land S.A. sobre anulación de laudo arbitral (expediente 1452-2001)⁹⁷.

Con posterioridad a la vigencia de la LA han continuado expidiéndose pronunciamientos en uno u otro sentido. A continuación revisaremos algunos pronunciamientos judiciales y constitucionales referidos a la exigibilidad de la mencionada garantía, antes y después de la entrada en vigencia de la LA.

⁹⁵ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Recursos contra el Laudo Arbitral*. Op. cit., p. 49.

⁹⁶ El fallo señala: “No procede admitir a trámite el recurso de anulación del laudo arbitral si se hubiere pactado en convenio o dispuesto en el reglamento de la institución arbitral a la que las partes hubieran sometido la controversia, que constituye requisito para la interposición del recurso, el comprobante de depósito o fianza bancaria, por la cantidad fijada a favor de la parte vencedora”. *Ibid.*, p. 49.

⁹⁷ La ejecutoria señala: “Habiéndose ordenado en el laudo materia de anulación que ESSALUD pague a Medic Land S.A. la suma que allí se precisa y sometido dicho arbitraje al Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro (...) en el que se establece la exigencia de dicho pago en la forma antes precisada, es de concluirse que lo alegado por la recurrente en el sentido que al ser ESSALUD una entidad del Estado, el pago ordenado en el laudo debe ceñirse al procedimiento establecido en el Decreto de Urgencia 055-2001; sin embargo, los de la materia no se encuentran dentro de los supuestos allí establecidos, toda vez que dicho dispositivo hace expresa referencia a adeudos que se originen en mandatos judiciales consentidos y ejecutoriados que se encuentren en calidad de cosa juzgada”. *Ibid.*, p. 49.

9.1. Sentencia del Tribunal Constitucional N° 7532-2006-AA⁹⁸:

Durante la vigencia de la Ley General de Arbitraje aprobada por Ley 26572, con fecha 8 de noviembre de 2007, el Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de pronunciarse respecto a la constitucionalidad de la exigencia de presentación de una garantía como requisito de admisibilidad del recurso de anulación contenida en el artículo 38º del Reglamento Procesal de Arbitraje Nacional del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, el cual disponía que:

“(...) constituye requisito de admisibilidad del recurso de apelación: la presentación del recibo de pago o del comprobante de depósito de cualquier entidad bancaria, o la constitución de fianza solidaria a favor de la parte vencedora, por una cantidad equivalente a la cuantía del valor de la condena contenida en el laudo. El mismo requisito de admisibilidad se exige para el recurso de anulación”.

Al respecto, el Tribunal Constitucional consideró que no se vulneraba el derecho de defensa del demandante por los siguientes fundamentos: “(...)

- Las normas y/o disposiciones del Reglamento eran conocidas por ambas partes antes de que éstas se obligaran a éste, en consecuencia el sometimiento a dichas reglas se hizo por el solo uso del derecho a la libre contratación de las partes (artículo 62º de la Constitución del Estado), siendo lo pactado “Ley entre las partes”. Asimismo, se debe agregar que dicho sometimiento no ha sido negado a lo largo del proceso arbitral.
- Como se sabe el arbitraje es de carácter privado y ‘opcional’ por lo que si las partes deciden someterse a las reglas de este es porque tienen la posibilidad de cumplir con todos los supuestos de incidencia que resulten de estas, obligándose a cumplirlas para poder hacer valer sus derechos.

⁹⁸ En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/07532-2006AAA%20Aclaracion.html>. Revisado el 24 de abril de 2016, 9:54 pm.

- Porque es conocido que las empresas que desarrollan y celebran contratos de la magnitud del que celebró la demandante se someten al arbitraje para evitar las dilataciones de un proceso judicial, sometiéndose a dicho proceso arbitral a su propia voluntad y costo, quizá por la magnitud del valor y riesgo de lo que ahí se negocia, así como también por su capacidad monetaria.
- Entonces, ¿cómo es posible alegar la inaplicación de una regla pactada por quien la decidió libre y voluntariamente y solicitar que se deje sin efecto cuando esta no le favorece? Y que además constituye una práctica común en el arbitraje. En consecuencia, el artículo 38º del Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje constituye una regla del proceso contractualmente pactada por las partes”.

En resumen, la línea argumental del Tribunal Constitucional señala que el sometimiento a las normas del mencionado reglamento institucional se encuentra dentro de la libertad contractual de las partes y, por tanto, al haberlo aceptado, les resulta obligatorio, no siendo posible que con posterioridad lo desconozcan. Señalan, además, que dichos pactos son comunes en el arbitraje.

La sentencia comentada fue dictada durante la vigencia de la derogada Ley General de Arbitraje (aprobada por Ley 26572) y privilegia claramente la libertad contractual de las partes y el obligatorio cumplimiento de lo conscientemente acordado por ellas. De otro lado, y aun cuando no lo menciona, debemos entender que tuvo en cuenta el esquema normativo aplicable en ese momento que, como hemos mencionado, suspendía la ejecución del laudo con la sola interposición del recurso de anulación, por lo que se permitía el pacto entre las partes de garantizar la futura ejecución del laudo como requisito de admisibilidad para la tramitación del mencionado recurso.

Sin perjuicio de ello, el Tribunal Constitucional no analizó la posibilidad de que en el arbitraje se hubiese cometido alguna violación de derechos constitucionales y el pacto entre las partes pudiese limitar la revisión y protección judicial y constitucional.

9.2. Resolución emitida en el expediente N° 908-2006 de la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima⁹⁹:

También durante la vigencia de la Ley General de Arbitraje (aprobada por Ley 26572), la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima emitió la resolución N° 2, de fecha 12 de julio de 2006, en el expediente 908-2006, con la cual se rechazó el recurso de anulación interpuesto y se declaró improcedente el pedido de aplicación del control difuso efectuado por la parte impugnante.

En este caso, la parte que interpuso el recurso de anulación de laudo solicitó a la Sala Superior que empleando el control difuso, que permite a los jueces inaplicar normas contrarias a la Constitución, inaplique al recurso de anulación en trámite “la condición pecuniaria que impone el inciso 4) del artículo 72 de la Ley de Arbitraje y artículo 68 del Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio”¹⁰⁰, es decir, que no se le exija la presentación de una carta fianza para tramitar el recurso de

⁹⁹ En Revista Peruana de Arbitraje N° 8. Magna Ediciones, Lima, 2008, pp. 281-282.

¹⁰⁰ El artículo 72 de la Ley General de Arbitraje (aprobada por Ley 26572) señalaba que era un requisito de admisibilidad del recurso de anulación la presentación de “(...) el recibo de pago o comprobante de depósito en cualquier entidad bancaria, o fianza solidaria por la cantidad en favor de la parte vencedora, 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, como requisito para la interposición del recurso”.

Entendemos que la mención es al artículo 68 del Reglamento Procesal de Arbitraje de la Cámara de Comercio, aplicable al arbitraje que dio lugar a la sentencia comentada, el cual señalaba:

“(...) La parte que desee interponer ante el Poder Judicial el recurso de anulación contra un laudo arbitral, deberá presentar a la autoridad judicial competente como requisito de admisibilidad del recurso, de conformidad con el inciso 4) del artículo 72^a de la Ley, el recibo de pago o el comprobante de depósito en cualquier entidad bancaria o una carta fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática, extendida a favor de la parte vencedora, con una vigencia no menor de seis (6) meses y renovable hasta por tres (3) meses después de que se resuelva en definitiva el recurso de anulación, y por una cantidad equivalente a la cuantía del valor de la condena contenida en el laudo.

Si la condena es puramente declarativa o no es valorizable en dinero no será de aplicación el requisito señalado en el párrafo anterior, salvo pacto en contrario de las partes.

Si la autoridad judicial competente desestima el recurso de anulación, la parte vencedora en el laudo arbitral, por ese solo hecho, queda facultada para ejecutar las garantías constituidas a su favor.

anulación de laudo, pese a encontrarse obligada en virtud de lo dispuesto en el reglamento de la institución arbitral a la que se había sometido.

Al respecto, la Sala consideró que la limitación del acceso a la justicia por configuración del requisito de admisibilidad de la carta fianza no era producto ni consecuencia directa del artículo 72 de la Ley General de Arbitraje y del artículo 68 del Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio, sino que “su aplicación y operatividad dependerá siempre de la voluntad de las partes, quienes en ejercicio de la autonomía privada deciden incluir este requisito” en sus acuerdos arbitrales. Además, consideró que el requisito consignado en las normas mencionadas “no parece irrazonable o desmedido (y, por ende, tampoco inconstitucional), toda vez que su finalidad es asegurar la oportuna satisfacción de un derecho de crédito que ha sido ya plenamente reconocido en la jurisdicción arbitral a través de un laudo expedido por un tribunal constituido por las propias partes, al que libremente decidieron someterse”.

Como lo hemos mencionado, la resolución analizada se emitió durante la vigencia de la Ley General de Arbitraje, la cual admitía la suspensión de la ejecución de laudo con la interposición del recurso de anulación de laudo; es por ello la referencia al requisito de la presentación de la carta fianza como una garantía de un crédito reconocido. Sin perjuicio de esto, se resalta la fuerza vinculante de la voluntad de las partes, pero quedó sin analizarse la posibilidad de que por acatar el pacto de las partes (contenido en el artículo 68 del reglamento mencionado) se convalide la violación, a través del arbitraje, de un derecho constitucional, sin que éste pueda ser objeto de revisión en la vía judicial o constitucional.

Es pertinente mencionar que resoluciones como la analizada, conforme a criterios jurisprudenciales resultan siendo inimpugnables, con lo cual podría consumarse judicialmente la vulneración a derechos constitucionales. Así, por ejemplo, la resolución de fecha 18 de junio de 2009, emitida en el expediente N° 1876-2009 de la Sala Civil Transitoria de la Corte

Cuando la tramitación del recurso de anulación concluya desestimándolo, el Secretario General solicitará al Poder Judicial la devolución de las garantías otorgadas, sin responsabilidad alguna para el órgano judicial. En este caso, el Centro, por la simple constatación del fallo judicial, procederá a entregar bajo cargo, la fianza o garantía a la parte vencedora para que proceda a su ejecución, sin responsabilidad alguna para el Centro.

En caso el laudo haya sido anulado, se devolverá la fianza o garantía a la parte que la presentó sin responsabilidad alguna del Centro”.

Suprema de la República, declaró infundada una queja contra una resolución que declaró improcedente una apelación previa presentada por el impugnante contra la resolución de la Sala Superior que rechazó su recurso de anulación. La Sala Suprema consideró que en el proceso de anulación de laudo sólo cabe interponer recurso de casación cuando el laudo es declarado nulo total o parcialmente, no encontrándose regulado ningún otro tipo de recursos, como el de apelación, por lo cual no corresponde su trámite.

En similar sentido a la resolución emitida en el expediente n° 908-2006, se pronunció la Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima en la resolución de fecha 7 de julio de 2008, expediente N° 2517-2007¹⁰¹, en la cual se indicó que “el propósito del requisito de admisibilidad consistente en la presentación de la carta fianza o documento similar radica en asegurar, facilitar y viabilizar la ejecución del laudo arbitral en su integridad; esto es, que quienes hayan obtenido a su favor condenas dinerarias (sumas determinadas) o valorizables en dinero (sumas por determinar) puedan acceder prontamente a la satisfacción de sus derechos de crédito (...) no puede dejarse de resaltar que la aplicación y operatividad de este requisito, no es producto ni consecuencia directa de lo dispuesto en el inciso 4) del artículo 72 de la Ley 26572, sino más bien, de la voluntad de las propias partes, quienes en ejercicio de su autonomía privada, optaron por someterse al reglamento procesal de determinada Institución Arbitral, (en este caso el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima), que contempla expresamente esta exigencia”.

9.3. Sentencia n° 50-2013-0 de la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima¹⁰²:

La Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el expediente N° 50-2013-0, en la sentencia de fecha 18 de junio de 2013, se pronunció con relación a la exigencia de una carta fianza por el valor de la condena contenida en el laudo para tramitar un recurso de anulación de laudo, requisito establecido en el artículo

¹⁰¹ En Revista Peruana de Arbitraje N° 8, Magna Ediciones, Lima 2008, p. 183-184.

¹⁰² En: http://www.osce.gob.pe/descarga/arbitraje/sentencias_judiciales/SENTENCIAS/2013/017.pdf. Revisado el 24 de abril de 2016, 10:22 pm.

63 del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del OSCE¹⁰³, el cual señalaba:

“Artículo 63. Recurso de Anulación. Como requisito para interponer recurso de anulación contra el laudo, podrá establecerse en el convenio arbitral que la parte impugnante deberá acreditar la constitución de fianza bancaria a favor de la parte vencedora y por la cantidad que el laudo determine pagar a la parte vencida. A falta de acuerdo de las partes al respecto la parte impugnante deberá acreditar la constitución de fianza bancaria a favor de la parte vencedora y por la cantidad que el laudo ordene pagar a la parte vencida, como requisito para la interposición del recurso de anulación contra el laudo (...).”.

Al respecto, la sentencia señaló: “es pertinente precisar previamente, que en virtud del numeral 2 del Acta de Instalación, el proceso arbitral se ha tramitado de acuerdo a las reglas establecidas en el Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del OSCE (R. n° 016-2004-CONSUCODE/PRE), cuerpo reglamentario que en su artículo 63 exige como requisito para interponer recurso de anulación de laudo acreditar la constitución de fianza bancaria a favor de la parte vencedora; sin embargo, lo establecido en el reglamento citado no alcanza en lo relativo a la admisibilidad del recurso de anulación, el cual debe regirse por las normas contenidas en el Decreto Legislativo n° 1071, la misma que no exige para la admisión del recurso de anulación la presentación de carta fianza pues, proceder en sentido contrario, esto es exigir una carta fianza, significaría otorgarle vigencia a una disposición derogada. En efecto, la actual ley «artículo 66 del Decreto Legislativo n° 1071» establece que la carta fianza sólo será presentada en caso se solicite la suspensión de los efectos del laudo. Siendo ello así, este Colegiado «como ya lo ha indicado en la resolución número dos» considera necesario eximir al demandante de la presentación de la carta fianza”.

El pronunciamiento de la Sala Superior apuntala el esquema normativo vigente, considerando que la exigencia de una carta fianza como requisito de admisibilidad del recurso de anulación podría ser válido en el

¹⁰³ El T.U.O. del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje, aprobado por R. N° 016-2004-CONSUCODE/PRE, modificado por Resolución N° 172-2012-OSCE/PRE y vigente desde el 3 de julio de 2012.

contexto de la derogada Ley General de Arbitraje, pero no en la LA, por cuanto ésta sólo prevé dicha exigencia en el supuesto que se vaya a solicitar la suspensión de los efectos del laudo. Además, la interpretación de la Sala permite corroborar que con la entrada en vigencia de la LA quedan derogadas de manera tácita las normas anteriores que requiriesen la presentación de una garantía como requisito para la tramitación del recurso de anulación de laudo; ello, en concordancia con lo previsto en el artículo I del Título Preliminar del Código Civil, el cual señala: “La ley se deroga sólo por otra ley. La derogación se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de ésta es íntegramente regulada por aquélla (...”).

Con relación al requisito de exigibilidad de la carta fianza previsto en el artículo 63 del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del OSCE, se ha pronunciado también la Segunda Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima¹⁰⁴, señalando que el derogado reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, aplicable a la controversia consideraba, en su artículo 231, como un requisito facultativo, acordado por las partes, para interponer recurso de anulación contra el laudo, acreditar la constitución de carta fianza a favor de la parte vencedora y por la cantidad que el laudo determine pagar a la parte vencida. En consecuencia, concluyeron que no es imperativa la exigencia de la mencionada carta fianza para la tramitación del recurso de anulación, prevaleciendo por jerarquía el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado sobre el Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del OSCE.

9.4. Sentencia N° 65-2014-0 de la Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima¹⁰⁵:

La Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el expediente N° 65-2014-0, en la sentencia de fecha 20 de enero de 2015, ha tenido oportunidad de pronunciarse

¹⁰⁴ Sentencia de fecha 31 de enero de 2015, emitida en el expediente N° 249-2013-0, en el recurso de anulación de laudo iniciado por INDECOPA contra Consorcio Metropolitano.

¹⁰⁵ En: http://jmwongabad.com/wp-content/uploads/2015/11/Requisito_carta_fianza_inconstitucional_nulidad_de_laudo.pdf. Revisado el 24 de abril de 2016, 10:12 pm.

con relación a la exigencia de una carta fianza por el valor de la condena contenida en el laudo para tramitar un recurso de anulación de laudo y concluir que “la libertad de regulación que el artículo 34 de la Ley de Arbitraje reconoce a las partes, está referido a las actuaciones arbitrales en estricto, esto es, aquellas que se producen en el curso del arbitraje como tal, a cargo del tribunal arbitral, mas no puede ser fuente de configuración de requisitos para el ejercicio del fundamental derecho de acción en sede judicial. Por tanto, no es exigible como requisito para la interposición del recurso de anulación”.

La sentencia analiza la validez jurídica de la disposición contenida en el artículo 63 del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje¹⁰⁶ y menciona las siguientes consideraciones importantes:

- a. La regulación por las partes de la obligación de adjuntar al recurso de anulación de laudo una garantía por el valor de la condena contenida en el laudo, se condecía con la regulación contenida en la Ley General de Arbitraje, pues dicha norma establecía que la sola interposición del recurso de anulación suspendía la ejecución del laudo. La regulación contenida en la LA ya no suspende la ejecución del laudo con la sola interposición del recurso de anulación, por lo cual no se justifica que una regulación infra legal, como la del mencionado artículo 63 del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje, la exija.
- b. La autonomía privada reconocida a las partes en el arbitraje no es “libérrima, sino que reconoce límites provenientes del ordenamiento jurídico”.
- c. La exigencia de la carta fianza como requisito para la presentación del recurso de anulación de laudo atañe directamente al ejercicio fundamental del derecho de acción, el cual no puede ser limitado por la voluntad de las partes.
- d. La libertad de regulación contenida en el artículo 34 de la LA no permite “la regulación de los requisitos para acceder a sede judicial para el ejercicio de la función de control judicial vía el recurso de anulación, pues ello entraña directamente con los derechos fun-

¹⁰⁶ Transcrito al analizar la jurisprudencia anterior N° 50-2013-0.

damentales de acceso a la justicia y de tutela jurisdiccional efectiva, cuya regulación sólo puede provenir de la ley, teniendo ésta incluso como límite el contenido esencial de tales derechos que no puede ser desconocido con la imposición de requisitos irrazonables”.

- e. No se le puede imponer al Poder Judicial exigir requisitos no previstos en la ley para ejercer su función —de orden público— de control judicial requerida vía el recurso de anulación. Los requisitos de admisibilidad y procedencia del recurso de anulación se encuentran establecidos en el artículo 63 de la LA y en las normas procesales aplicables, las cuales se enmarcan en una relación jurídica de derecho público y son imperativas, no sujetas a disposición ni discrecionalidad de los privados, y, por tanto, ajenas a autorregulación.
- f. La LA sólo prevé la exigencia de la carta fianza en caso que, presentado el recurso de anulación, se pida la suspensión de la ejecución de laudo; ello, porque la sola presentación del recurso de anulación no implica la suspensión de los efectos del laudo. La carta fianza se asemeja a una contracautela que garantiza el cumplimiento del laudo.
- g. La interpretación sistemática del artículo 64 de la LA permite concluir en que el “*otro requisito que haya sido pactado por las partes para garantizar el cumplimiento del laudo*” (resaltado nuestro) al que se refiere dicho artículo, es a la garantía prevista en el artículo 66 de la misma LA y que aplica únicamente cuando se solicite la suspensión de la obligación de cumplimiento o de la ejecución del laudo, pero no para la interposición del recurso de anulación.
- h. El artículo 63 del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje es “una exigencia abusiva, que carece de sentido y utilidad, siendo por ende irrazonable, máxime si como advierte el Colegiado, implica una severa restricción de los derechos fundamentales de acceso a la justicia y de la tutela jurisdiccional efectiva” y es por tanto inconstitucional.
- i. Una interpretación sistemática del artículo 64 de la LA debe llevar a la conclusión de que la mención realizada al cumplimiento de “cualquier otro requisito que haya sido pactado por las partes para

garantizar el cumplimiento del laudo” es aplicable sólo cuando se solicite la suspensión de la ejecución del laudo, pero no para la anulación de laudo.

9.5. Sentencia del Tribunal Constitucional n° 7787-2013-PA/TC¹⁰⁷:

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional, con fecha 9 de diciembre de 2015, se ha pronunciado en un proceso de amparo iniciado contra una resolución de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que supeditó la admisión del recurso de anulación a la constitución de una fianza bancaria, a pesar de que el impugnante no solicitó la suspensión de los efectos del laudo y, posteriormente, rechazó el recurso.

El Tribunal Constitucional para resolver tomó en consideración que en el recurso de anulación el actor reconoció su obligación de presentar una carta fianza, precisando que el monto no había sido determinado en el laudo, por lo cual pidió a la Cuarta Sala Civil que lo determine. Luego de la determinación del monto por la Sala, solicitó la fijación de un monto menor. Sin embargo, posteriormente, alegando que la Cuarta Sala Civil había señalado que a la anulación de laudo le era aplicable la LA, solicitó dejar sin efecto el requisito de la carta fianza, la cual sólo era exigible si se pedía la suspensión de los efectos del laudo. La Sala desestimó los argumentos del impugnante y rechazó el recurso de anulación.

Efectuada la revisión de los antecedentes, el Tribunal Constitucional consideró que la real intención del demandante era cuestionar el monto de la fianza bancaria fijado por la Cuarta Sala Civil de Lima y eximirse de su presentación, pues inicialmente había reconocido su deber de presentar una fianza, pero aprovechando que la Sala había incurrido en el error de señalar que al recurso le era aplicable la LA¹⁰⁸, argumentó que se le exigía cumplir con un requisito que no corresponde, lo que no era cierto, dado

¹⁰⁷ En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/07787-2013-AA.pdf>. Revisado el 30 de abril de 2017, 13:42 pm.

¹⁰⁸ LA: Segunda Disposición Transitoria “Salvo pacto en contrario, en los casos en que con anterioridad a la entrada en vigencia de este decreto legislativo, una parte hubiere recibido la solicitud para someter la controversia a arbitraje, las actuaciones arbitrales se regirán por lo dispuesto en la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje”.

que la obligación de la entrega de carta fianza estaba recogida en el artículo 72 de la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje, aplicable a su caso.

En primer lugar, apreciamos que el Tribunal Constitucional omite pronunciarse sobre las afectaciones constitucionales que podrían suscitarse con la exigencia de la carta fianza para la admisión a trámite de un recurso de anulación de laudo y, de otro lado, consideramos que el Tribunal Constitucional se equivoca al señalar que en aplicación de la Segunda Disposición Transitoria de la Ley de Arbitraje, al recurso de anulación le era aplicable la Ley General de Arbitraje aprobada por Ley 26572.

Efectivamente, la mencionada disposición transitoria, señala que la Ley General de Arbitraje, es únicamente aplicable a las “actuaciones arbitrales” en los casos en los que se haya iniciado el arbitraje antes de la entrada en vigencia de la LA. Sin embargo, conforme ya lo hemos expresado, las “actuaciones arbitrales” se encuentran reguladas dentro del Título IV, Actuaciones Arbitrales de la LA y, el recurso de anulación de laudo se encuentra regulado en el Título VI, Anulación y Ejecución del Laudo, de la LA.

Es decir, interpretando sistemáticamente las normas en la LA, queda claramente establecido que, en el caso analizado, la derogada Ley General de Arbitraje, era aplicable a las “actuaciones arbitrales” y LA era aplicable al recurso de anulación por tratarse de normas procesales las cuales son de aplicación inmediata¹⁰⁹. Asimismo, reiteramos que la regulación del recurso de anulación no permite acuerdo de partes, como son los contenidos en un reglamento arbitral. Las normas que regulan el recurso de anulación son normas procesales imperativas que no permiten acuerdos en contrario. En consecuencia, no puede aceptarse un acuerdo que obligue a la presentación de una carta fianza como requisito de admisibilidad del recurso de anulación.

De otro lado, debemos señalar que a la sentencia analizada se adjunta el Voto Singular del magistrado Ernesto Blume Fortini. En dicho voto, el magistrado sostiene que debe revisarse el precedente constitucional contenido en la sentencia N° 142-2011-PA/TC, caso María Julia, por cuanto el recurso de anulación de laudo no está siendo una vía igualmente satis-

¹⁰⁹ La Segunda Disposición Complementaria del Código Procesal Civil señala “Las normas procesales son de aplicación inmediata (...).”

factoria para la protección de derechos constitucionales, lo cual señala se evidencia, en el caso analizado, pues no debería permitirse condicionar la tramitación del recurso de anulación de laudo a “exigencias económicas totalmente opuestas a la naturaleza de una justicia que se supone preferencial por lo demás gratuita” (considerando 13). En ese sentido considera que “el recurso de anulación es un instrumento al que sólo pueden acceder quienes ostentan una notoria ventaja económica” (considerando 14).

Agrega el magistrado Blume que la decisión de la Cuarta Sala Civil de Lima, es abiertamente lesiva del derecho fundamental de acceso a los recursos y, como tal, debe ser revisada (considerando 15).

Conforme puede apreciarse, el pronunciamiento del magistrado Blume evidencia las violaciones constitucionales que se pueden cometer al rechazar un recurso de anulación de laudo por no adjuntarse la carta fianza, pues efectivamente se está limitando el ejercicio del derecho a la acción del impugnante por un tema estrictamente económico, en un proceso judicial que, por lo demás, no permite el ejercicio de otros medios impugnatorios contra las decisiones que emita la Sala Superior que conoce el recurso de anulación de laudo.

9.6. Otros pronunciamientos judiciales¹¹⁰:

A continuación mencionamos otros pronunciamientos interesantes relacionados con el objeto del presente trabajo, los cuales sugerimos revisar:

- a) Sentencia n° 042-2015 de la Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de Lima, en la anulación de laudo iniciada por el Gobierno Regional de Arequipa contra Oncorserv S.R.L. Consideró no válido el pacto de presentación de una carta fianza para la tramitación de la anulación de laudo.
- b) Sentencia n° 190-2014, Segunda Sala Civil Subespecialidad Comercial de Lima, en la anulación de laudo iniciada por Guillermo Lesmes Pastor Revilla y otra contra Moshe Elkin Ackerman y

¹¹⁰ Mencionados por RIVERA GAMBOA, Miguel. La presentación de Carta Fianza como requisito del recurso de anulación de laudo. A propósito del Pleno Regional Comercial de Lima del año 2016. En Plenos Comerciales. Aspectos objetivos. Instituto Pacífico. Lima, 2018.

otro. Consideró no válido el pacto de presentación de una carta fianza para la tramitación de la anulación de laudo, más aun considerando que los demandantes eran terceros.

- c) Sentencia n° 035-2012. Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de Lima, en la anulación de laudo iniciada por el Ministerio Público contra Consorcio SW. Consideró válido el pacto de presentación de una carta fianza para la tramitación de la anulación de laudo.

9.7. Pleno Jurisdiccional Regional Comercial de Lima del año 2016

El 30 de setiembre y 1 de octubre de 2016 se llevó a cabo en Lima, el Pleno Jurisdiccional Regional Comercial sobre Anulación de Laudos Arbitrales y Embargo de Bienes Estatales.

El primer tema abordado en dicho pleno fue: “Validez del pacto que establece como requisito de procedibilidad del recurso de anulación de laudo la presentación de la carta fianza”. Al respecto, se plantearon dos ponencias:

- a) Primera ponencia: El acuerdo de las partes que fija como requisito del recurso de anulación la presentación de una carta fianza, es válido y vinculante para el órgano jurisdiccional. Por tanto, la Sala al calificar la admisión del recurso de anulación debe verificar su cumplimiento.
- b) Segunda ponencia: El acuerdo de las partes que fija como requisito del recurso de anulación la presentación de una carta fianza, no es válido ni vinculante para el órgano jurisdiccional. Por tanto, la Sala al calificar la admisión del recurso de anulación no debe exigir su cumplimiento.

En respaldo de la primera ponencia se argumentó el legítimo ejercicio de la autonomía privada de las partes del arbitraje, plasmada en el artículo 34 de la LA, y la aplicación del artículo 64, numeral 2, de la LA, que señala que la Sala que conozca el recurso de anulación de laudo debe verificar que

se adjunte al recurso “cualquier otro requisito que haya sido pactado por las partes para garantizar el cumplimiento del laudo”.

La segunda ponencia se basaba en la configuración legal de la aplicación de los presupuestos procesales para iniciar una anulación de laudo, los cuales —se señaló— no estaban sujetos a la voluntad de las partes, por ser “normas que atañen al derecho de acceso a la tutela jurisdiccional efectiva y que posibilitan el ejercicio de la función que el Estado se ha reservado, de control judicial del arbitraje”.

Escuchadas ambas posiciones, se obtuvo: 24 votos para la Primera Ponencia y 11 votos para la Segunda Ponencia.

Conforme se podrá deducir de los argumentos que hemos expuesto en el presente trabajo, no compartimos la posición mayoritaria adoptada, pues aceptarla puede implicar una grave afectación a derechos constitucionales de las partes en un arbitraje.

10. A MANERA DE CONCLUSIÓN

El arbitraje tiene como piedra angular la autonomía privada (dentro de ésta el ejercicio de la libertad contractual) y permite adoptar acuerdos entre las partes involucradas respecto al procedimiento arbitral; sin embargo, dicha autonomía se limita cuando deba recurrirse al Poder Judicial para controlar el laudo. La facultad inherente a las partes intervenientes en un arbitraje de recurrir al Poder Judicial, para que éste revise la validez de las actuaciones arbitrales, no permite que éstas acuerden límites o condiciones que hagan en la práctica imposible el necesario control judicial, lo cual no debe confundirse con los límites o condiciones que sí pueden acordar las partes para el caso en que se solicite la suspensión de la ejecución del laudo.

El numeral 2 del artículo 64 de la LA —que exige a los impugnantes que se acredite el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad acordados por las partes para garantizar el cumplimiento del laudo— debe entenderse aplicable en el supuesto en que el impugnante solicite la suspensión de la ejecución del laudo, por ser ésta una interpretación que hace prevalecer derechos constitucionales como el de la tutela jurisdiccional efectiva para permitir el acceso de los justiciables al recurso de anulación de laudo.

Si bien podría aceptarse que las partes pacten requisitos para suspender la ejecución de laudo, no es válido que el cumplimiento de esos requisitos limite la tramitación del recurso de anulación, porque ello restringiría el ejercicio de derechos constitucionales, principalmente el derecho de tutela jurisdiccional.

Sin perjuicio de ello, a fin de evitar interpretaciones contradictorias, debería plantearse la modificación del numeral 2, del artículo 64 de la LA, precisándose que los requisitos que pueden acordar las partes en un recurso de anulación se refieren al supuesto de pedir la suspensión de la ejecución del laudo.

¿PUEDE EL ARBITRAJE PROTEGER A LOS OFERTANTES Y/O CONSUMIDORES AFECTADOS POR UNA PRÁCTICA DE PRECIOS PREDATORIOS O DE DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS, DECLARADA EN SEDE ADMINISTRATIVA POR LA AUTORIDAD DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA?

*Abdías Sotomayor Vértiz**

Sumario: 1. Antecedentes del problema. - 2. El rol que cumple la Autoridad de Defensa de la Competencia. - 3. La acción dañina del predador o discriminador de precios. - 4.- El daño económico causado a los Competidores. - 5. El daño causado a los Consumidores. - 6. Argumentos a favor y en contra del arbitraje en temas de libre competencia. - 7. Materialización de la propuesta legislativa de arbitraje.

1. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA.

Se busca que los mercados sean libres, ello permite que los empresarios ejerzan su libertad de realizar actos de comercio, actividades económicas y negocios en general.

Para que la libertad económica sea plena, los empresarios deben competir por posicionarse en el mercado, la competencia o pugna entre los comerciantes debe ser siempre una constante, debe ser libre y leal, con lo cual se asegura la sostenibilidad del modelo de libre mercado, beneficiando a la sociedad en general, y a los empresarios y consumidores en particular.

* Abogado, Magíster en Derecho Internacional Económico y Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

La libre competencia es un principio fundamental para promover el crecimiento de los mercados. La libre competencia supone la presencia de tres requisitos:

- a) La libertad de iniciativa o acceso a la economía o mercado propiamente.
- b) La libertad de determinar el modo, condiciones, formas o circunstancias de la actividad que se va a desarrollar.
- c) La igualdad de los competidores (como agentes económicos y como sujetos) ante la Ley.

El ejercicio de la primera libertad sirve de base para la materialización de las otras dos libertades, si a las personas se les permite formar una empresa o iniciar una actividad económica, su ingreso tendrá efectos en el mercado.

La segunda significa poder elegir las condiciones del acceso o ingreso al mercado. Bajo la segunda libertad, las personas naturales o jurídicas deciden cómo participan, cómo intervienen en el mercado, cómo se organizan; es decir, cómo realizan sus actividades empresariales y contribuyen con la Economía.

La última es la igualdad que tienen todos los agentes que concurren en un mercado en particular; bajo la regla de la igualdad no podrían permitirse beneficios o tratos preferentes para algunos de los agentes económicos, ya que ello no sólo no respetaría la libre competencia, sino que al ser un privilegio sería un trato desleal respecto de los agentes económicos que no cuentan con beneficios para participar en el mercado.

Sólo cuando concurren los tres requisitos recién se puede hablar de la existencia de libre competencia. La violación al primer requisito implicaría una limitación del acceso al mercado y la ausencia del último requisito representaría una discriminación entre competidores sin sustento objetivo sino por el contrario arbitrario.

La libre competencia supone libertades para dos actores, el consumidor y el empresario (demandantes y ofertantes). Con relación al primero se busca permitir que tenga la libertad de elección de bienes o servicios en un mercado (lo cual asegura su demanda). En el caso del productor también se busca asegurar su libertad de elegir, para poder desarrollar su actividad

de ofertante en el mercado, decidiendo que bienes ofrece y las condiciones de la oferta.

Luego de conocer las implicancias y conceptos de las tres libertades, es preciso determinar qué se entiende (o debe entender) por competencia.

Existen dos tipos de competencia la competencia perfecta y la imperfecta. La primera (competencia pura) parte de los supuestos económicos teóricos y considera que los precios, en un mercado, sólo se determinan por el cruce de una oferta y demanda; el segundo tipo de competencia no considera tal cruce en abstracto. Son los competidores quienes fijan sus precios en función de sus costos (y también de sus estrategias comerciales) y no lo realiza el mercado en abstracto. Los precios bajarían si los productores fuesen más eficientes, ya que reducirían sus costos; pero ello no ocurriría si el productor ofertante no opta por ser eficiente, goza de una posición privilegiada en el mercado, y abusa de dicha posición.

Ante la ausencia de la competencia perfecta, lo que ha existido siempre es la llamada competencia imperfecta o practicable.

El segundo tipo de competencia parte de la existencia de un grado de competitividad entre las empresas (proveedores u ofertantes) que concurren en un mercado. Esta última origina ciertas distorsiones naturales en el mercado, a diferencia de las distorsiones artificiales creadas por el propio empresario con fines restrictivos, los cuales no son aceptados por la libre competencia.

2. EL ROL QUE CUMPLE LA AUTORIDAD DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Para garantizar la libre competencia y proteger el libre mercado, los países adoptan distintos modelos, uno de ellos es contar con normas de protección de la libre competencia, las cuales sean aplicadas por una autoridad competente que resuelva dichos problemas; en el caso del Perú se ha optado por una entidad pública del Gobierno Nacional, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), el cual cuenta con una Comisión de Defensa de la Libre Competencia como primera instancia administrativa, y una Sala Especializada en Defensa de la Competencia, como segunda instancia administrativa.

Para el modelo de defensa de la libre competencia, los empresarios competidores que se vean afectados por una restricción a la libre competencia generada por otro competidor, tiene el derecho de acudir ante la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOP, e interponer una denuncia por infracción de las normas de libre competencia, con la finalidad de proteger sus derechos y el mercado; adicionalmente, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia también puede de oficio abrir una investigación preliminar, y posterior inicio de un procedimiento administrativo sancionador, bajo las normas de protección de la libre competencia.

La intervención de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, de oficio o a pedido de parte, tiene por finalidad, reestablecer las condiciones fundamentales de la libre competencia, con lo cual se beneficiará al mercado en general, y en especial, se protegerá a los competidores.

Si la Comisión de Defensa de la Libre Competencia sanciona la existencia de una infracción de las normas de libre competencia, es que dicho órgano administrativo cuenta con los medios probatorios que le permiten demostrar la vulneración de las reglas del libre mercado; por lo que su decisión busca reestablecer las condiciones en las que operaba el mercado sin la distorsión o infracción de la libre competencia.

Cabe indicar que durante el tiempo transcurrido desde que la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI recibe la denuncia y emite una decisión final en primera instancia, las distorsiones al libre mercado no sólo han alterado las reglas esenciales de la libre competencia, en paralelo sus efectos reales en primer lugar han afectado los planes y labor comercial de los competidores nacionales y extranjeros, ellos son las primeras víctimas del incumplimiento de los principios de la libre competencia, y el que los ha incumplido, el predador, aprovecha todo éste tiempo para resultar victorioso en el mercado, habiendo alterado las reglas de la libre competencia.

La decisión de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia puede ser objeto de impugnación administrativa, a fin de que resuelve el caso la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de INDECOPI.

La Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de INDECOPI resuelve el recurso de apelación, interpuesto contra la deci-

sión de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia; la decisión de la segunda instancia puede confirmar, modificar o declarar nula la decisión de la primera instancia.

Una vez emitida la decisión de la referida Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de INDECOPI, se agota la vía administrativa, con lo cual se puede ejecutar la decisión del INDECOPI, incluso recurriendo a la ejecución forzada prevista por la Ley N° 26979 y sus modificatorias, Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva.

También es preciso señalar que bajo las reglas de la Ley N° 27584 y sus modificatorias, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, existe la posibilidad de que una persona, ejerciendo su derecho a una acción contencioso administrativa prevista en el artículo 148 de la Constitución Política, podría interponer una demanda contra la decisión adoptada por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de INDECOPI, ello con la finalidad de que se ejerza el control jurídico del Poder Judicial respecto de las actuaciones de la administración pública sujetas al Derecho Administrativo.

Hacemos la precisión del posible inicio de un proceso contencioso administrativo, ya que al interior del referido proceso se podría dictar una medida cautelar que impidiese la ejecución de la decisión de última instancia del INDECOPI, caso en el cual se suspenderían los efectos de la decisión, con lo cual los efectos dañinos de la restricción a la libre competencia, seguirán dañando al mercado y a los competidores (nacionales o extranjeros).

En los casos de precios predatorios o de discriminaciones de precios, si no se aplica o acata la decisión del INDECOPI de restablecer las condiciones para que funcione el libre mercado, los competidores que sí respetan las reglas seguirán siendo afectados, ya que el predador o el discriminador continuará abusando de su posición en el mercado para alterar las reglas básicas de libre competencia; por esas razones nuestro temor de que el tiempo transcurra hasta que se presente la denuncia o intervenga el INDECOPI, también nos preocupa el tiempo que la instancias del INDECOPI se tomarán en sancionar al infractor, y también existe el riesgo de que en se dicte una medida cautelar en un proceso judicial contencioso administrativo, que impida que se acate lo resuelto por el INDECOPI para restablecer el libre mercado.

3. LA ACCIÓN DAÑINA DEL PREDADOR O DEL DISCRIMINADOR DE PRECIOS.

La práctica del precio predatorio o del discriminador de precios, responde a un análisis previo que realiza la empresa respecto del mercado y los bienes que son ofertados por los competidores; por lo que la empresa predatoria conoce los previsibles efectos de la práctica que efectuará, afectando no sólo a los competidores sino también a los consumidores, éstos últimos pagarán más por el mismo bien y la competencia artificial creada respecto del bien ofertado a precios predátorios o a precios discriminados sin sustento objetivo (la acción es tan dañina que busca afectar a los competidores).

La empresa cuenta de antemano con estimaciones de sus pérdidas, ninguna empresa actúa en el mercado sin informarse previamente los datos que provienen tanto de la propia empresa (sus costos fijos y variables), como de los competidores (sus precios de venta), y es por eso que realiza estudios de mercado y de competidores.

Cabe preguntarse ¿qué supone realizar un planeamiento por parte del predador o del discriminador? Lo explicamos en el siguiente párrafo.

El accionar empresarial supone una previa planeación y decisión al interior de la empresa: en el caso de realizarse una práctica predatoria o de discriminación de precios, el planeamiento es fundamental ya que se busca afectar a los competidores. Antes de obtener los beneficios económicos de realizar una práctica que represente la restricción a la libre competencia, su sola puesta en funcionamiento ya representa una acción imputable a la empresa.

Las normas de libre competencia sancionarán que una empresa haya decidido ganar o mantener una posición en el mercado, a costa de incumplir los principios fundamentales del libre mercado, para lo cual abusará de su posición de dominio, dañando al competidor.

Consideramos que por parte del infractor de las normas de libre competencia, se requiere de conciencia y voluntad en su accionar, ya que cuando oferta sus bienes o servicios a precios predátorios o discrimina precios, sabe que está restringiendo la competencia.

En las prácticas de discriminación de precios o de los precios predátorios, la empresa puede tener distintos objetivos, entre los cuales podemos mencionar los siguientes:

- Predación de los competidores.
- Obtención de nuevos mercados.
- Nuevos bienes a ser ofertados.

En el primero de los objetivos, la práctica anticompetitiva afecta en primer lugar a los competidores (nacionales o extranjeros). Luego de reducir la participación de los competidores (o haberlos eliminado), el agente activo de la discriminación dirigirá su accionar contra los consumidores. Cuando la empresa decide subir sus precios incurre en un acto de abuso de posición de dominio, éste acto deberá ser sancionado.

Para la segunda explicación por objetivos la empresa, ella busca incursionar en otros mercados para lograr una mayor demanda (suma de las demandas de cada uno de los mercados en los que participa) y para ello se basa en su posición de dominio en un mercado determinado que ha conquistado previamente. En este caso la empresa desde un inicio comete actos de abuso de posición en el primer mercado, es por ello que no necesita aprovecharse de los nuevos consumidores del nuevo mercado. Como resultado de esta estrategia, la empresa puede tener pérdidas en el segundo mercado, pero ellas serán compensadas con las ganancias provenientes del primer mercado.

En el caso descrito no es necesaria la existencia de predación ya que la empresa no busca como fin último eliminar a los competidores ubicados en el nuevo mercado, ella sólo busca ampliar sus mercados para aprovechar los beneficios de las economías de escala. Los consumidores del primer mercado sufren los perjuicios mientras que los consumidores del segundo mercado disfrutan los beneficios irreales de la práctica anticompetitiva.

En el tercer supuesto, la empresa busca expandir su negocio vía una diversificación de productos; no busca ampliar su mercado territorialmente sino ampliar la variedad de su oferta. Para lograr tal meta la empresa puede optar por una estrategia de subsidio cruzado de bienes. En este caso el actor parte de una posición de dominio respecto de un bien y tiene una participación pequeña (o no tiene una participación) en el mercado del bien que va a introducir con precios distorsionados.

4. EL DAÑO ECONÓMICO CAUSADO A LOS COMPETIDORES.

El agente económico que abusa de su posición de dominio y lleva a cabo prácticas restrictivas de la libre competencia como los precios predatorios o la discriminación de precios, tiene como primer objetivo afectar a sus competidores, nacionales o extranjeros, a quienes buscará sacar del mercado o afectarlos lo suficiente económicamente para que ya no representen una competencia.

Por efectos de los precios predatorios o la discriminación de precios, el mercado se altera en favor del competidor desleal, y son los competidores leales quienes sufren las consecuencias negativas, ya que deben de reducir sus precios para seguir compitiendo, ello en un primer momento es bueno para el mercado, pero recordemos que los precios predatorios o la discriminación de precios son estrategias artificiales que dañarán al mercado.

Las estrategias artificiales son desleales, originan que algunos de los competidores leales deban optar por cambiar sus planes de negocios, por ejemplo retrasarán la apertura de nuevas plantas o la contratación de nuevos trabajadores; en otros casos los competidores leales optarán por asumir internamente pérdidas con la finalidad de reducir sus precios de venta para seguir compitiendo y hacerle frente al competidores que realiza los precios predatorios o la discriminación de precios.

Bajo cualquiera de los escenarios posibles para los competidores leales, ellos se verán afectados por los efectos negativos de los precios predatorios o la discriminación de precios.

La quiebra de algunos competidores, las pérdidas internas que deben asumir, la restructuración interna de la empresa competidora, o los cambios en los bienes o servicios que se ofertan, son algunas de las posibles respuestas que un competidor leal puede realizar para hacer frente a las estrategias de precios predatorios o la discriminación de precios; pero en cualquiera de los casos, hay un efecto o un costo económico que deben asumir, el cual posteriormente debería de ser reparado.

Hasta antes de que se aplique la decisión del INDECOPI para establecer las condiciones esenciales para que opere el libre mercado, los competidores leales sufren los efectos negativos de las acciones del competidor desleal; dichas acciones generarán un daño emergente y un lucro cesante,

los cuales deberán ser indemnizados, ya que la decisión del INDECOPI solo tiene efectos jurídicos ex post y no ex ante.

Creemos que los daños emergentes y los lucros cesantes que hayan sufrido cada uno de los competidores, nacionales o extranjeros, deben ser objeto de una efectiva indemnización; lamentablemente las normas de libre competencia no consideran los supuestos de indemnización para los denunciantes, y es por ello que los competidores afectados deben decidir la presentación de una demanda indemnizatoria. Creemos que no basta con restablecer las condiciones de libre competencia, debe irse más allá, considerando que Perú es un país con un mercado pequeño, sumado a los niveles de formalidad de las empresas, motivo por el cual los efectos dañinos de prácticas de precios predatorios o de discriminaciones de precios son mucho más dañinos y peligrosos.

5. EL DAÑO CAUSADO A LOS CONSUMIDORES.

Por efectos de los precios predatorios, los consumidores en un primer momento se benefician al pagar precios muy baratos por el bien; los precios predatorios son muy atractivos para los consumidores y es por ello que optan por dejar de consumir los productos más caros de los competidores.

Si bien en un primer momento los consumidores se benefician de que un competidor realice o lleve a cabo prácticas de precios predatorios o de discriminación de precios, una vez que los competidores sean eliminados o afectados, el agente económico negativo revertirá la situación elevando los precios, con la finalidad de recuperar sus pérdidas; al no haber competidores que le hagan frente, el mercado habrá sido alterado y entre los perjudicados también estarán los consumidores.

También consideramos que los consumidores mediante las Asociaciones de Consumidores, deberían tener habilitado su derecho a interponer demandas de indemnización por daños derivados de prácticas de precios predatorios o de discriminación de precios.

6. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DEL ARBITRAJE EN TEMAS DE LIBRE COMPETENCIA.

Independientemente de los argumentos a favor o en contra, lo que se buscará con el arbitraje, será abordar la problemática de la posible reparación de los daños económicos que un competidor leal, nacional o extranjero, sufrió como consecuencia de la realización de prácticas desleales de precios predatorios o la discriminación de precios.

Entre los argumentos a favor de nuestra propuesta tenemos los siguientes:

- La necesidad de un rápido proceso en el cual se pueda determinar si existe o no una responsabilidad extracontractual por los daños causados a los competidores leales.
- La necesidad de un proceso altamente especializado, dada la complejidad de la materia (el daño al mercado y el daño a los competidores).
- Favorecer una efectiva protección de los intereses económicos de los competidores leales.
- Evitar un proceso judicial largo y complejo dada la necesidad de analizar pruebas e información muy compleja que fue previamente analizada por la Comisión de Libre Competencia del INDECOPÍ.

Los procedimientos seguidos ante la Comisión de Libre Competencia del INDECOPÍ por presuntas prácticas de precios predatorios o de discriminaciones de precios, toman su tiempo hasta que se emita una decisión final en primera instancia, a lo que debemos sumar el tiempo que el caso será evaluado por la Sala Especializada del Tribunal del INDECOPÍ; dicha demora permite que se acumulen daños emergentes y lucros cesantes respecto de los competidores, nacionales o extranjeros.

Optamos por la figura del arbitraje ya que sería lo más recomendable para atender una demanda compleja que debe ser resuelta en muy corto tiempo, evitando que la demora impida o demore la emisión de la sentencia de indemnización y el pago de la misma.

Creemos que tramitar una demanda de indemnización por daños y perjuicios en sede judicial sería muy complicado, y dada las etapas procesales y la pluralidad de instancias (sumado a la posibilidad de que se plantee un recurso de casación civil) harían muy complejo el atender a la petición de un competidor leal que decide demandar la indemnización.

Los argumentos en contra de la propuesta de arbitraje para tramitar las pretensiones de indemnización por daño emergente y lucro cesante por parte de un competidor leal, nacional o extranjero, derivadas de la realización de prácticas de precios predatores o de discriminaciones de precios, se sustentan en las siguientes razones:

- No bastaría con que se emitan los actos administrativos sancionatorios por parte de los órganos del INDECOPI especializados en temas de libre competencia, estaría supeditado al inicio y posible resultado del proceso contencioso administrativo en sede judicial.
- Si es posible el inicio de un proceso contencioso administrativo en sede judicial, ello fortalece la idea de un proceso judicial para tramitar la pretensión de indemnización por daños y perjuicios civiles.
- Los competidores leales podrían sentirse satisfechos con los resultados de la aplicación de las decisiones de la Comisión de Libre Competencia o de la Sala Especializada del Tribunal del INDECOPI.
- Los competidores leales al libre mercado, que quebraron o están en situación de liquidación o restructuración empresarial

Si bien son interesantes los argumentos en contra del arbitraje, consideramos que el arbitraje puede atender las pretensiones de Derecho Público (por ejemplo, arbitraje en las contrataciones estatales) o de Derecho Privado.

En el presente caso, las pretensiones de indemnización por daño emergente y lucro cesante por parte de un competidor leal, nacional o extranjero, derivadas de la realización de prácticas de precios predatores o de discriminaciones de precios, serían pretensiones de Derecho Privado (la afectación a sus actividades económicas y comerciales) vinculadas con un

tema de Derecho Público (vinculadas con la protección del mercado, y del interés público asociado a la libre competencia).

Optamos por el arbitraje, con la salvedad que será decisión de cada competidor leal, nacional o extranjero, sumado a las Asociaciones de Consumidores, tendrán que decidir si interponen o no demandas arbitrales. Lo que nosotros hemos planteado es que exista la habilitación legal para disponer la obligatoriedad del arbitraje en los casos de pretensiones de indemnización por daño emergente y lucro cesante derivadas de la realización de prácticas de precios predatorios o de discriminaciones de precio

7. MATERIALIZACIÓN DE LA PROPUESTA LEGISLATIVA DE ARBITRAJE.

A fin de viabilizar la posibilidad de que se inicien en donde se discutan las pretensiones de indemnización por daño emergente y lucro cesante por parte de un competidor leal, nacional o extranjero, afectado por los efectos negativos en el mercado como consecuencia de la realización de prácticas de precios predatorios o de discriminaciones de precios, optamos por procesos arbitrales.

Nuestra propuesta es muy simple, supone modificaciones legales para que se habilite la posibilidad legal de iniciar un proceso de demanda en sede arbitral. Se deben modificar las siguientes normas:

- Ley que Norma el Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071.
- Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1034.
- Modificaciones a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobadas mediante Decreto Legislativo N° 1396.

Las referidas normas deberían ser modificadas a fin de que se dispongan lo siguiente:

- Todo competidor afectado por prácticas de precios predatorios o de discriminaciones de precios, está legitimado para iniciar un proceso arbitral de indemnización por daños y perjuicios.

- Las Asociaciones de Consumidores y/o Usuarios reconocidas por el INDECOPI, están legitimadas para iniciar un proceso arbitral de indemnización por daños y perjuicios, contra el competidor desleal causante de prácticas de precios predatorios o de discriminaciones de precios.
- El competidor sancionado por el INDECOPI por infracción de las normas de libre competencia por realizar prácticas de precios predatorios o de discriminaciones de precios, está obligado a someterse a la justicia arbitral, ante el inicio de demandas arbitrales por parte de competidores afectados por dichas prácticas o por Asociaciones de Consumidores y/o Usuarios reconocidas por el INDECOPI.

Las modificaciones legales, para viabilizar la debida tramitación de las demandas de indemnización por daños y perjuicios, derivadas de prácticas de precios predatorios o de discriminaciones de precios, también deberían considerar lo siguiente:

- Conformación del Tribunal Arbitral, el cual debería no sólo considerar a profesionales del Derecho especializados en Libre Competencia, Derecho Civil y Derecho Comercial. No cabría Arbitraje de un solo árbitro.
- También se debería disponer que el Tribunal Arbitral cuente con el apoyo de Peritajes de Oficio preparados por Economistas o Ingenieros Industriales, dada la especialización y complejidad de los efectos negativos sobre el mercado, derivados de las prácticas de precios predatorios o de discriminaciones de precios.
- Disponer que el inicio de las demandas arbitrales, es independiente de la existencia de un proceso judicial contencioso administrativo seguido en contra de las decisiones de las instancias del INDECOPI en materia de libre competencia.
- Disponer un plazo máximo para el inicio de la demanda arbitral, ello con la finalidad de dar seguridad jurídica.
- Establecer que se debe tratar de un Arbitraje Institucional.
- Se debe tramitar ante un Centro de Arbitraje ubicado en la ciudad de Lima.

- Disponer que cabe la celebración de acuerdos en Actas de Conciliación, para sólo recurrir al arbitraje en los casos de falta de acuerdos.
- Disponer que el proceso ante el Tribunal Arbitral no dure como máximo hasta 1 año desde la fecha de inicio del proceso.
- Disponer que la decisión del laudo emitido por el Tribunal Arbitral, no se vea afectado por las futuras decisiones de un eventual fallo judicial emitido en un proceso contencioso administrativo en donde se cuestione la decisión del INDECOPI respecto de la sanción administrativa de las prácticas de precios predatorios o de discriminaciones de precios.

EL FINANCIAMIENTO DEL ARBITRAJE A TRAVÉS DE TERCEROS

Alonso Bedoya Denegri

Sumario: 1. Concepto. 2. Modus operandi. 3. Tipos de arbitrajes que suelen ser financiados por terceros. 4. Definiciones que suelen ser confundidas con TPF. 5. Divulgación y conflictos de intereses. 6. Ventajas del financiamiento. 7. Desventajas del Financiamiento. 8. El financiamiento en Perú y América Latina. 9. Conclusión.

1. CONCEPTO

El financiamiento de arbitrajes no es un tema que ha sido tocado expresamente por nuestra legislación ni por la doctrina nacional. Soy un convencido de que aún cuando el arbitraje es la mejor forma de solución de controversias, un punto que siempre resalta negativamente es su creciente onerosidad y la falta de recursos con las que se encuentran todas aquellas personas que deseen accionar esta vía jurisdiccional.

Lastimosamente, se presentan muchas circunstancias en que la parte vulnerable en una relación contractual (potencial demandante) no puede accionar arbitralmente por falta de liquidez; puesto que el recurrir a una instancia arbitral es una inversión que no todos están en condiciones de afrontar. Más aún si no tienen la total certeza de que satisfacerán su pretensión y por ende recibirán una indemnización económica por los daños incurridos, ni que la parte demandada será condenada a pagar todas las costas y costos del proceso.

Es como consecuencia de esto, que en otras partes del mundo (principalmente Estados Unidos de Norte América y Europa), se ha promovido que sea un tercero quien financie los costos del proceso arbitral a cambio

de una retribución al momento que se emita un laudo y este sea favorable para la demandante. Como consecuencia el tercero que financió podrá recuperar su inversión y generará cierta utilidad.

Ahora bien, el financiamiento de arbitraje a través de terceros concretamente consiste en que un fondo de inversión, una empresa o un tercero financien en parte o en su totalidad los costos que implican el proceso arbitral a cambio de una ganancia en caso se gane el litigio. Los gastos que suelen financiarse son los siguientes:

1. Gastos administrativos del proceso arbitral (gastos del centro arbitral).
2. Los honorarios de los abogados/representantes legales.
3. Garantías por costos (Security for costs)
4. Las diversas pericias en caso de ser necesarias.
5. Los honorarios del árbitro o tribunal arbitral.

Esta práctica es conocida en el mundo anglosajón como *Litigation Funding* o *Third Party Funding* (TPF) y nació en los Estados Unidos y ha ido cuajando en Europa e inclusive Australia, no obstante, América Latina ya no es la excepción, pues hay fondos de inversión que apoyan esta iniciativa. Más adelante se darán algunos ejemplos de estos.

De acuerdo al reporte del 2018 elaborado por ICCA (Concilio International de Arbitraje Comercial) y por la Universidad Queen Mary de Londres¹, llegar a una definición exacta de Financiamiento por Terceros, así como definir que puede enmarcarse como un Financiador de Terceros (Third Party Funder) ha resultado muy debatible en los últimos años llegándose a confundir con otras modalidades de financiamiento como los fondos de contingencia que muchas firmas de abogados utilizan o con los seguros BTE o ATE (Antes del Evento y Despues del Evento) respectivamente. Por tanto, luego de una investigación por la ICCA, se ha llegado a la siguiente definición:

¹ International Council for Commercial Arbitration, Reporte del Equipo de Trabajo del IC-CA-Queen Mary en Financiamiento de Arbitrajes Internacionales por Terceras Partes, Reporte Nº4, abril 2018.

El término “Financiamiento de Terceros” se refiere a un acuerdo entre una entidad que no es parte en la disputa para proporcionar a una parte, un afiliado de esta parte o un bufete de abogados que represente a esa parte,

- a) fondos u otro apoyo material para financiar parte o la totalidad del costo de los procedimientos, ya sea individualmente o como parte de un rango específico de casos, y
- b) dicho apoyo o financiamiento se proporciona a cambio de una remuneración o un reembolso que depende total o parcialmente del resultado de la disputa, o que se proporciona a través de una subvención o a cambio de un pago de la prima.

Del mismo modo, El término “Financiador de Terceros” (Third Party Funder) se refiere a cualquier persona natural o jurídica que no sea parte en la disputa, pero que suscriba un acuerdo con una de las partes de la disputa, un afiliado de esa parte o un bufete de abogados que represente a esa parte:

- a) para proporcionar apoyo material o financiar parte o la totalidad del costo de los procedimientos, ya sea individualmente o como parte de una gama específica de casos, y
- b) dicho apoyo o financiación se proporciona a cambio de una remuneración o un reembolso que depende total o parcialmente del resultado de la disputa, o que se proporciona a través de una subvención o a cambio de un pago de la prima.

2. MODUS OPERANDI

Si bien la existencia de los fondos de inversión no es principalmente la de financiar litigios, la corriente moderna ha llevado a que muchos fondos sean precursores en esta área y aun cuando no existe una regulación uniforme determinada sobre como los fondos de inversión deben operar y financiar los litigios; esto principalmente debido a que cada fondo o

inversionista proveniente de determinado país tiene sus propias normas ha seguir y suelen ser reguladas por entidades bancarias que varían en su funcionamiento según su región. Sin embargo, es posible hacer a grandes rasgos una comparación entre el funcionamiento y mecánica de los fondos de inversión que se dedican a financiar litigios en distintas partes del mundo, ya que el *modus operandi* no difiere sustantivamente.

En una primera etapa, el fondo o inversionista deberá realizar un *due diligence*. Esto quiere decir que se efectuará una investigación minuciosa y buscará información detallada sobre el estado de los activos y pasivos de la parte demandada. Se indagará respecto a la actividad comercial a la que la parte demandada se dedique, para luego analizar la tasa de recuperabilidad de la inversión que el fondo realice en caso logren ganar el litigio y deban asegurarse que la demandada tenga solvencia para cumplir las pretensiones económicas de la demandante en caso se tenga que pagar una suma de dinero o ejecutar parte de sus bienes.

El inversionista siempre debe tener claro que, en caso de una eventual indemnización a favor del demandante, el fondo tendría con que recuperar su inversión. Esto va de la mano con un análisis de costo sobre el proceso arbitral para lo cual deberá preparase un presupuesto, entrevistarse con abogados de prestigio y experiencia para que representen a la demandante, así como con testigos, realizar una verificación de antecedentes sobre el demandante y demandada.

Habiéndose efectuado el correspondiente *due diligence* el fondo o inversionista deberá hacer un costo beneficio de su inversión. Esto consiste en analizar la cuantía solicitada por la demandante en la demanda *vs* el coste del financiamiento. Por lo general los fondos buscarán sacar un amplio margen de ganancia por lo que el monto demandado deberá ser cuando menos dos o tres veces mayor al monto invertido.

Es importante destacar que el fondo de inversión o el inversionista siempre será un patrocinador financiero y por ningún motivo será parte del proceso arbitral, pues al fondo de inversión no se le extiende el convenio arbitral, toda vez que no es una parte signataria del mismo ni pretende beneficiarse de la solución del conflicto (no tiene legítimo interés más allá que el recuperar su inversión) ni mucho menos ha de entenderse la parti-

cipación del fondo o inversionista como *Amicus Curiae*², ya que esta figura hace referencia a un tercero que desea ayudar al tribunal ya que el tema de litigio puede centrarse sobre disputas de interés general. Si hay una frase que describiera la participación del inversionista en los litigios no cabe duda que el término correcto sería “*a non-zero-sum game*”³ pues tanto el fondo de inversión como la parte demandante auspiciada se encuentran en una posición ventajosa recíprocamente.

*Fernández Masía*⁴ hace dos aclaraciones que pueden ser precisas en relación con la anterior definición, en función de la tipología y la práctica sobre la realización de este tipo de acuerdos de financiación.

- 1) En primer lugar, aunque generalmente la posición procesal de la parte financiada es la de demandante en el procedimiento arbitral, nada impide que también pueda ocurrir que sea la parte demandada la que pueda ser financiada por un tercero⁵. Siempre y cuando, exista la intención de reconvenir y el tercero financiador evalúa positivamente la opción de que dicha reconvención pueda estimarse finalmente por parte del tribunal arbitral en su laudo⁶.
- 2) En segundo lugar, la amplitud de los costes procesales cubiertos por el acuerdo de financiación es variable. El desembolso por parte de la empresa financiadora puede ir desde simplemente los gastos en que puede incurrir la parte financiada en el proceso pagando por los honorarios de los árbitros y las tasas de la institución

² Amigo de la Corte o amigo del Tribunal.

³ Frase que hace referencia en donde las ganancias y las pérdidas de todos los jugadores no se suman a cero y todo el mundo puede ganar: un juego de ganar-ganar. En otras palabras, beneficio mutuo.

⁴ Fernández Masía Enrique, La Financiación por Terceros en el Arbitraje Internacional, Profesor Titular de Derecho Internacional Privado – Universidad de Castilla La Mancha, p. 207.

⁵ M Steintz, “Whose claim is it anyway?: Third Party Litigating Funding”, Minn. L. Rev., Vol 95, 2011, p. 1276.

⁶ Otro caso excepcional aunque diferente en su naturaleza, es lo que está ocurriendo en el procedimiento arbitral Phillip Morris c. Uruguay, caso CIADI nº.ARB/10/7, donde una ONG -Anti-Tobacco Trade Litigation Fund-, fundación que respaldan Michael Bloomberg y Bill Gates, está ayudando financieramente a la defensa del Estado uruguayo. Dicha ayuda filantrópica se corresponde con los fines de la citada fundación de ayudar a los países menos desarrollados a defenderse frente a las acciones judiciales llevadas a cabo por la industria tabaquera para impugnar las medidas gubernamentales que restringen el consumo de tabaco.

arbitral, hasta la posible futura condena en costas, si aquella ve totalmente rechazada sus pretensiones en el laudo y el tribunal así lo estima conveniente⁷.

3. TIPOS DE ARBITRAJES QUE SUELEN SER FINANCIADOS POR FONDOS DE INVERSIÓN

Como consecuencia del apogeo del arbitraje y las necesidades del día a día, los fondos de inversión, así como los diversos financieros o inversionistas que se prestan al financiamiento de arbitraje han hecho accesible un mayor espectro de financiamiento, en donde las circunstancias en las que la financiación de terceros sea viable en más situaciones que antes.

Es poco probable que los inversionistas otorguen financiamiento para casos que no impliquen daños y perjuicios. Dado que los inversionistas, están principalmente interesados en reclamaciones con un resultado de daños ya que de esa manera el financista podrá asegurarse su objetivo con una suma de dinero a cobrar al momento de ejecutarse el laudo.

Como se mencionó anteriormente, los fondos de inversión suelen financiar litigios en donde los daños probables sean muchas veces mayores al costo del proceso que tienen que invertir. Hay algunos fondos de inversiones en donde si el monto por daños y perjuicios que su cliente (demandante) reclama no es mayor a determinada cifra, pues simplemente no están interesados y se rehúsan a invertir en dicha causa.

Debemos tener en claro que financiar un arbitraje es una inversión de alto riesgo, y los inversionistas requerirán buenas perspectivas de éxito. Realizarán su propio análisis separado de la reclamación y sólo la financiarán si tienen confianza en ella y en la forma en que se está avanzando.

De acuerdo al diario español *el economista* hay fondos dedicados a una gran variedad de controversias incluyendo no sólo arbitrajes nacionales y comerciales, sino también a arbitrajes de inversión:

⁷ L. B. Nieuwveld, “Third Party Funding – Investment of the Future?”, Kluwer Arbitration Blog, 1 de noviembre de 2011, disponible en <http://kluwerarbitrationblog.com/2011/11/01/third-party-funding-investment-of-the-future/> [consultado el 24 de mayo de 2016].

“En estos momentos, ante el Ciadi ya hay 15 casos presentados lo que supone situarse al mismo nivel que países como Argentina en los que hay presentadas un total de 18 reclamaciones que abarcan a cerca de 30 fondos y empresas, pero fuentes consultadas por este diario indican que existen al menos otros 10 o 15 dispuestos a presentarlos.

Un ejemplo de este tipo de actuaciones lo ha protagonizado recientemente el fondo Burford Capital Limited que adquirió los derechos de demanda de la familia Eskenazi contra la expropiación de YPF a Repsol para reclamar una indemnización ante el Juzgado del Distrito Sur de Nueva York.

Longford Capital, Bentham IMF, Gerchen Keller Capital, Harbour Litigation Funding, Calunius Capital, Redres Solutions, Therium Capital Management, Vannin Capital, Woodsford Litigation Funding o Lake Whillans son algunos de estos tipos de fondos que financian grandes pleitos. Algunos de ellos incluso tienen su propia asociación Association Of Litigation Funders.⁸

No obstante, es importante indicar que no todo tipo de pretensión es materia de financiamiento, ya que hay tipos de controversias que suelen estar excluidas de la cobertura. A modo de ejemplo el *Harbour Litigation Funding* es un centro de inversiones que opera en todo el mundo desde Londres y Hong Kong. Los fondos Harbour han proporcionado financiamiento para reclamantes en 12 jurisdicciones y cuatro foros arbitrales, pero ellos mismos no financian casos relacionados a daños a la persona, negligencia médica, divorcio y difamación⁹.

4. DEFINICIONES QUE SUELEN SER CONFUNDIDAS CON EL TPF

Llegar a delimitar que es o no un financiamiento de arbitrajes por terceros puede ser una tarea muy exhaustiva y complicada. Como se mencionó a inicios del presente ensayo, hay muchas modalidades de financiamiento que si bien por su propia naturaleza son muy similares al TPF, no se ha llegado unánimemente a diferenciar de ésta última. El reporte del ICCA ha logrado definir aquellas figuras más relevantes de financiamiento que

⁸ <http://www.eleconomista.es/empresas-finanzas/noticias/6810974/06/15/Los-fondos-de-litigios-dispuestos-a-financiar-los-arbitrajes-de-renovables.html>

⁹ <https://www.harbourlitigationfunding.com/how-we-work/our-criteria/>

suelen confundirse con TPF. A continuación, mencionaremos algunas de ellas:

4.1. Pólizas Antes del Evento: Se da cuando una de las partes toma una póliza de seguros para cubrir los costos legales asociados con diferentes escenarios legales, como disputas relacionadas con el empleo o la compra de bienes y servicios o a lesiones personales y negligencia médica, entre otras. En estos escenarios las aseguradoras suelen ser reembolsadas antes de que surja la disputa mediante el pago de una prima en lugar de reembolsarse sobre el resultado favorable como consecuencia de obtener un laudo favorable. Por ello, el monto que reciba la aseguradora no estará subordinado al resultado de la disputa. Si bien puede argumentarse que las aseguradoras al igual que los financiadores de arbitrajes tratarán de tomar el control de como el procedimiento arbitral se desenvolverá, ya sea encargándose de contratar a la firma de abogados encargados de patrocinar al asegurado, o a ser ellas mismas quienes nombran al árbitro de parte, no obstante, el grupo de trabajo del ICCA-Queen Mary ha decidido no incorporar este tipo de financiamiento dentro de su definición de TPF.

4.2. Pólizas Después del Evento: Se da en el evento de que una de las partes luego de suscitada la disputa (demanda arbitral), se contrata a una aseguradora para que ésta se encargue de pagar los propios costos legales, así como los costos legales que se tengan que pagar a la contraparte, a sus abogados, a los árbitros, peritos etc. En este supuesto, la aseguradora recuperará lo gastado en el proceso en caso que se gane el proceso arbitral, por tanto, el éxito de la aseguradora está subordinada a que se gane la disputa. Es por ello que este tipo de financiamiento puede entenderse como una forma de TPF, aunque el grupo de trabajo del ICCA-Queen Mary no ha llegado a una decisión unánime.

4.3. Cartera de Financiamiento: Es en el caso en el que un financiador cuenta con una cartera con múltiples asuntos de contingencia o contingencia parcial por lo general vinculados a una firma de

abogados. Tres es el número mínimo de casos requeridos, pero algunas carpetas tienen cuarenta o más casos. Tener múltiples casos en una cartera le permite a una empresa ofrecer garantías cruzadas de sus activos de litigio, sobre lo cual el financiador recibe un retorno de aquellas disputas arbitrales o de litigios que tengan éxito. La estructuración de este modo de financiamiento gira en torno a múltiples reclamos bajo cualquiera de los modelos que generalmente implica alguna forma de garantía cruzada, lo que significa que el retorno del financiador depende del rendimiento financiero neto general de la cartera y no de cada resultado de manera individual.

4.4. Préstamos Corporativos: Es la forma mediante el cual un proceso arbitral es financiado por medio de unos préstamos que bien puede ser otorgado por una entidad financiera o por un fondo de inversión.

5. DIVULGACIÓN Y CONFLICTOS DE INTERESES

El tema de si los TPF deben ser revelados es un tema de gran debate. No hay unanimidad en cuanto a si es que los financiadores deban revelar su identidad o participación durante el arbitraje, no obstante, es en deber de cada una de las partes del proceso (demandante, demandado y árbitros) el de revelar sobre la existencia de cualquier tercero que tenga alguna relación con el desenlace del arbitraje. Existen casos en los que los financiadores han tenido una estrecha vinculación con los árbitros, por ejemplo, en caso uno de los árbitros forme parte del directorio de una de las afiliadas de la financiadora, lo cual puede como no comprometer la independencia e imparcialidad del árbitro. Aunque parezca que las posibilidades puedan ser remotas, la realidad puede ser más extraña que la ficción y ya se han dado casos en dónde quienes financian como terceros una demanda arbitral tienen una relación estrecha con los árbitros. Es por esto que para evitar cualquier conflicto de intereses generado por la falta de revelación de alguna de las partes es que muchas de las instituciones arbitrales del mundo requieren tanto a los árbitros como a las partes que revelen al iniciar el

proceso o caso contrario lo antes posible si es que están siendo financiados parcial o totalmente por un tercero y de ser así que se revele la identidad de aquél financiador para que no haya ningún conflicto de intereses.

A la luz de cualquier divulgación hecha con respecto a la participación de cualquier tercero financiador o asegurador, tanto los árbitros como las instituciones arbitrales deben evaluar si existen posibles conflictos de intereses estos, y así evaluar la necesidad de hacer las divulgaciones apropiadas o tomar otras medidas relevantes que puedan ser requeridas por las leyes, reglas o pautas aplicables.¹⁰

El *quid* del asunto radica en que los inversionistas de arbitraje muchas veces tienen influencia sobre el desenvolvimiento del proceso arbitral, desde la designación de árbitros (árbitros de su preferencia) hasta la elección de la firma de abogados que patrocinará el proceso. Por ende, se puede concluir que el Third Party Funder deja de ser un tercero en la ecuación para convertirse en una parte directa del proceso en dónde los representantes del fondo inversor tomarán las decisiones en vez de las propias partes del proceso con la finalidad de asegurar ganar el caso y así poder reclamar el porcentaje o parte alícuota del monto que se haya pactado como modalidad de pago con las partes.

Justamente lo que se trata de evitar es esto, pues cabe el riesgo de que el procedimiento arbitral pierda autonomía y las partes dejen de tener el control y direccionamiento del proceso solo para pasar a ser co-pilotos que miran desde la tribuna como sus intereses son determinados por terceras personas.

El informe del Equipo de Trabajo del ICCA-Queen Mary menciona acertadamente que hasta hace relativamente poco tiempo, se debatía si era posible incluso que los inversores/financiadores, o al menos ciertos tipos de acuerdos de financiamiento, crearan conflictos de intereses para los árbitros, pues los inversores o fondos de inversiones argumentaban que el financiamiento de arbitrajes no podía generar posibles conflictos de intereses porque es simplemente una de las muchas formas posibles de apoyo financiero para perseguir o defender una disputa.

¹⁰ International Council for Commercial Arbitration, Reporte del Equipo de Trabajo del IC-CA-Queen Mary en Financiamiento de Arbitrajes Internacionales por Terceras Partes, Reporte Nº4, abril 2018, página 81.

Por tanto, el argumento se resumía en que la fuente de financiamiento para una disputa es irrelevante por lo que no había ninguna razón para tratar dicha forma de financiamiento de manera distinta a lo que vendría a ser un préstamo corporativo otorgado por una entidad financiera con el único propósito perseguir un reclamo.

La oposición a la divulgación de un tercero que financia una disputa, según explican algunos fondos de inversión (principales financieras de arbitrajes) radica en que en muchas veces la contraparte inicia una campaña para llenar de trabas el proceso arbitral iniciando estrategias frívolas para recusar árbitros que supuestamente puedan tener cierta conexión con los fondos de inversión o quien sea quien financie el arbitraje. Llegando al punto de tratar de anular el laudo alegando que el tribunal arbitral no actuó de manera independiente e imparcial al tener entre sus miembros a uno con cierta conexión con los finanziadores.

Un conflicto de intereses relacionado con un fondo de inversión dedicado a financiar arbitrajes puede ser inicialmente desconocido tanto por las partes como por los árbitros. Sin embargo, es preferible que se revele cualquier relación lo antes posible ya que de no revelarse en el momento pertinente puede conllevar a que alguna de las partes trate de recusar a uno de los árbitros que tenga la supuesta conexión con el fondo de inversión. Esto sin duda genera trabas en el desenvolvimiento del proceso y puede alargar las actuaciones arbitrales llegando a costarle a las partes más dinero y tiempo.

En el caso del árbitro, sin duda éste sufrirá vergüenza institucional al ver su integridad moral cuestionada, lo cual conllevara a que tenga menos designaciones en un futuro ya sea de alguna institución o de las partes mismas, pero lo que no se puede dejar de mencionar es que esto también puede conllevar a un golpe al arbitraje como institución, ya que al presentarse más de estos casos, las partes estarán renuentes en resolver sus disputas mediante este foro de solución de controversias.¹¹

Hoy en día, el consenso prevaleciente en la comunidad de arbitraje internacional es que la existencia de financiamiento de terceros en el arbitraje, puede generar posibles conflictos de interés para los árbitros, y por lo

¹¹ Ibídem, 87.

tanto, debe revelarse la identidad de los finanziadores. Es mejor pecar por exceso que por defecto.

6. VENTAJAS DEL FINANCIAMIENTO

Ciertamente el financiamiento de arbitrajes por un fondo o tercero trae ciertas ventajas que no pueden ser obviadas, pues un potencial demandante querrá acudir a un finanziador por más de un motivo y es importante poder nombrarlas:

- 6.1. El arbitraje suele ser oneroso, y muchas veces sucede que un potencial demandante no acciona la vía arbitral justamente por falta de recursos. No obstante, esto ya no es un impedimento ya que se puede recurrir al financiamiento de arbitraje. Es una especie de salvavidas para quienes no tienen la liquidez necesaria para iniciar un litigio.
- 6.2. Aun cuando un posible demandante tenga los recursos para poder iniciar un arbitraje, es posible que también se encuentren interesados en el financiamiento por terceros ya que de esta manera pueden mitigar algún tipo de riesgo económico que conlleva todo el proceso arbitral a expensas de tener que renunciar a una parte de lo que puedan recuperar con el laudo favorable. La empresa o persona que tiene la liquidez para gastar en un arbitraje oneroso, puede optar por el financiamiento y utilizar esa liquidez para invertir su dinero en alguna actividad rentable.
- 6.3. Los fondos de inversión o cualquier tercero que financie el arbitraje estarán interesados en recuperar su inversión, por tanto, realizarán un minucioso *due diligence* y llevarán a cabo su propio análisis para calcular la ganancia que podrán recibir.

7. DESVENTAJAS DEL FINANCIAMIENTO

Si bien el financiamiento de arbitraje es en gran medida algo novedoso y beneficioso para aquellos que no tienen la solvencia para seguir un caso engorroso y oneroso. Es importante señalar que también hay algunas consideraciones importantes a tener en cuenta sobre el financiamiento de terceros al arbitraje que le puede restar méritos, dependiendo del acuerdo que se llegue entre el inversionista y el cliente (demandante).

- 7.1. El demandante o recurrente tendrá que donar una parte o todo el monto en caso de éxito a la empresa que lo financie, ya que esa es la retribución que generalmente se pacta con los fondos de inversión.
- 7.2. El demandante o recurrente puede perder autonomía durante el proceso, toda vez que la intervención de un tercero (inversionista) puede condicionar o limitar la toma de decisión del titular de la acción.
- 7.3. El hecho que haya un tercero que financie el proceso puede limitar las negociaciones y/o acuerdos a los que las partes puedan llegar, puesto que el inversionista más que tener un interés en la causa del demandante tiene un interés pecuniario, la cual probablemente sólo se satisfacerá con la continuidad del proceso hasta que se emita un laudo favorable. Así también el hecho de que un tercero financiador esté presente durante el proceso puede suponer un posible conflicto de interés con los árbitros, lo cual pondría en duda la imparcialidad e independencia del tribunal arbitral en caso exista alguna relación entre el financiador con el tribunal arbitral.
- 7.4 Se estaría vulnerando la confidencialidad del arbitraje, así como la confidencialidad entre abogado y cliente, ya que hay un tercero quien subvenciona la parte legal y es evidente que estará al tanto de cada etapa del proceso.

8. EL FINANCIAMIENTO DE ARBITRAJE EN PERÚ Y AMÉRICA LATINA

En el caso de Latinoamérica, tenemos a ***Lex Finance***, el cual es un fondo de inversión que se dedica a financiar arbitrajes. Ellos ofrecen tres modos de financiamiento.

El primero consiste en financiar todos los gastos del arbitraje (gastos administrativos, gastos legales, honorarios arbitrales) a cambio de una parte del monto que la parte demandante pueda ganar con el laudo. Claro está, que ***Lex Finance*** sólo se beneficiará si el demandante gana el litigio, de lo contrario no tendría ninguna compensación.

Un segundo modo de financiamiento que brinda es mediante un préstamo, que cubra todos los gastos del proceso arbitral a cambio de una tasa de interés, más una parte del monto que la parte recurrente/demandante pueda ganar con el laudo. Acá ya estamos ante un esquema mixto, en donde el riesgo que asume el fondo es moderado a comparación del primer escenario.

Por último, tenemos una tercera modalidad, que básicamente consiste en que el fondo compra el monto ganado a la culminación del arbitraje, con un descuento que permite al cliente (demandante/recurrente) monetizar el monto transferido a ***Lex Finance***.¹²

Cabe resaltar que Lex Finance opera en Perú y cuenta con un equipo de arbitraje, otro encargado de analizar los riesgos legales, los riesgos crediticios, gestión de activos y finanzas corporativas.

9. CONCLUSIÓN

Como conclusión, considero necesario señalar que parte de la problemática arbitral hoy en día es que se dejar de administrar justicia y se pierden derechos por falta de recursos, pues ir a un arbitraje puede significar un gran monto económico y muchas veces por falta de recursos se deja de accionar. Por tanto, la solución que brinda el financiamiento de estas empresas especializadas sin duda resulta útil y necesaria. No olvidemos que aquellos que prestan el financiamiento se arriesgan con el demandante, ya

¹² <http://www.lex-finance.com/>

que nada asegura que el recurrente satisfaga su pretensión y gane la suma de dinero demandada, lo cual a su vez significará que el fondo/inversionista perderá la inversión.

Claro está que, como todo sistema, el financiamiento dista de ser algo perfecto, pues como señale hay posibles desventajas y de seguro en los próximos años iremos enterándonos y educándonos aún más sobre la materia, pero si sopesamos todo en una balanza estoy convencido que los puntos a favor del financiamiento de arbitrajes y de litigios en general por un tercero puede ser conveniente.

Uno de los puntos en contra que los detractores indican sobre el financiamiento por terceros es que esto generará un incremento en el volumen de litigios de los cuales muchos van a contener demandas sin un mayor asidero y esto posiblemente podría entorpecer las distintas vías jurisdiccionales en las cuales los litigios se ventilan, no obstante aquí es donde entra la experiencia de los fondos de inversión o posibles financieras, quienes no estarán interesados en solventar cualquier pretensión que un posible recurrente demande, ya que por más quijotesca que pueda parecer la contribución de los fondos, la realidad es una y es que los fondos apostarán mayormente sólo por pretensiones concretas que se encuentren debidamente sustentadas y que tengan la mayor probabilidad de ganar, toda vez los fondos se rehusarían a financiar una causa perdida, por tanto veo con cierto escepticismo que el financiamiento por terceros pueda generar un incremento frívolo de demandas.

CUANTIFICANDO LOS DAÑOS EN ARBITRAJES DE INVERSIÓN

Alonso Bedoya Denegri

1. INTRODUCCIÓN

Hasta el 2015, aproximadamente el 20% de los casos CIADI versaban sobre disputas relacionadas a la industria del petróleo, el gas y la minería, mientras que un 42% versaban sobre disputas relacionadas al sector eléctrico y energético en general. En total, cerca del 62% de los casos CIADI se relacionan al sector energético.¹ Las disputas en materias de inversión pueden ir desde unos cuantos millones hasta los miles de millones, tal como sucedió en el caso Yukos, en donde un tribunal arbitral ordenó el pago de 50 mil millones de dólares americanos por parte del Estado Ruso a los accionistas de la empresa petrolera Yukos.

Por lo general, al hablar de arbitrajes de inversión lo primero que suele venir a nuestra mente es la selección de un panel de árbitros competentes con vasta solvencia en conocimientos relacionados al derecho internacional privado y público, y con un cuantioso bagaje académico en políticas energéticas, así como un amplio dominio de tratados de inversión y de libre comercio.

Sin embargo, un punto que suele dejarse de lado es la importancia de la cuantificación de daños solicitados en la demanda arbitral. La cuantificación de daños representa un micro universo dentro del arbitraje. Los peritos son los encargados de cuantificar las pretensiones de las partes, es decir asignar un *quantum* a la conducta lesiva generada por el Estado infractor. En buena cuenta, su dictamen determinará la cuantificación del monto solicitado por la parte recurrente ante el tribunal arbitral. A priori, esto no parece que deba ser una materia que genere mayor debate, sin

¹ Estadística CIADI sobre número de casos, edición 2016-1, p. 26.

embargo, su tratamiento es igual de vital que la selección de un panel de árbitros competentes.

En este ensayo, se tratará de explicar la importancia de la cuantificación de daños en los arbitrajes de inversión que son administrados por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones - CIADI, describiendo al mismo tiempo las principales tendencias y métodos que se emplean al momento de aplicarse dicha cuantificación.

Es importante señalar que el ámbito de aplicación del presente trabajo es principalmente en arbitrajes de inversiones toda vez que el contenido de los laudos es de acceso público, caso que no sucede con los arbitrajes comerciales que suelen estar protegidos por el principio de confidencialidad. Para propósitos prácticos éste artículo podrá referirse a los peritos como testigos expertos indiferentemente.

La jurisprudencia del CIADI tiende a mostrar que los peritos a menudo son nombrados por las partes. A pesar de esto, los tribunales arbitrales con frecuencia nombran a expertos independientes por iniciativa propia, para ayudarlos a comprender los complejos problemas técnicos y en ocasiones a evaluar los informes de expertos proporcionados por las partes al cuantificar sus pretensiones. Cabe señalar que aun cuando las reglas de arbitraje del CIADI no proporcionan ninguna guía en cuanto a los expertos respecta, los tribunales arbitrales suelen apoyarse en diversos principios y directrices aceptados internacionalmente, y que serán detallados más adelante.

Al evaluar los daños, los árbitros se enfrentan a tareas cruciales tales como decidir si la expropiación fue legal o ilegal, cuál es la fecha de valoración a efectos de computar los daños, o cuál es la tasa de interés (si es que corresponde). Todo esto influirá inevitablemente en el *quantum* final de daños que los demandantes pueden recibir del demandado – el Estado anfitrión de la inversión-. Los tribunales arbitrales tienden a aplicar un método de valoración prospectivo y, esencialmente, emplean el método de Flujo de Efectivo Descontado (DCF, por sus siglas en inglés) para evaluar el valor justo de mercado (FMV, por sus siglas en inglés) de la inversión afectada. Sin embargo, la casuística del CIADI también muestra que, para aplicar este método, los tribunales deben contar con detalles sobre la rentabilidad de la inversión dañada para evaluar su justo valor de mercado. En caso de que esto no sea posible (es decir, si la inversión dañada no es ren-

table, o si la empresa es nueva), los tribunales pueden aplicar un método de valoración retroactivo.

2. CARÁCTERÍSTICAS DE LOS EXPERTOS

Como bien se indicó anteriormente, la selección de un perito/experto, ya sea de parte o nombrado por el tribunal arbitral para cuantificar daños, es de suma importancia en el contexto del arbitraje internacional. Los árbitros otorgarán una compensación basada en el sustento que los expertos puedan acreditar a lo largo del proceso. Si el peritaje de cuantificación de daños carece de ciertas características, no se logrará persuadir al tribunal arbitral sobre el monto solicitado y la pretensión de la parte recurrente será desestimada.

Es importante señalar que las instituciones arbitrales no proporcionan una guía uniforme en referencia a los peritos/expertos, por lo que muchos principios universales han sido recogidos al momento de tratar de regular los derechos y obligaciones de los mismos. En general, las instituciones arbitrales requieren que los expertos sean independientes de las partes, y transparentes sobre cómo llegaron a sus conclusiones (los hechos en los que se basaron, la metodología que utilizaron, las opiniones que sostienen, etc.).

Entre las principales características del perito podemos encontrar las siguientes:

- Deber de Independencia e Imparcialidad: Al igual que los árbitros, el perito debe satisfacer un estándar elevado de neutralidad. La opinión del experto o perito deberá además ser imparcial, objetiva, y no influenciada por las presiones del proceso de resolución de disputas o por cualquiera de las Partes.² Debe tenerse en claro la noción de que aun si una de las partes del proceso arbitral elige a un perito, este deberá actuar como un experto independiente y su informe solo deberá basarse en información objetiva. El informe pericial no debe obedecer a un interés externo de querer influenciar

² CIArb Protocol for the use of party appointed expert witness in International Arbitration.

al tribunal arbitral para que este laude a favor de la parte que contrató sus servicios. Tanto es el nivel de independencia que pesa sobre el experto que este está en la obligación de revelar su actual relación con la parte que lo nombró, así como cualquier relación pasada que tenga con las partes del proceso, incluidos los árbitros³.

- Debe estar calificado y especializado en el campo o área sobre la cual preste su opinión: El perito en buena cuenta es un experto en determinada materia. Su motivo de ser en el proceso arbitral es proveer asistencia al tribunal arbitral al esclarecer ciertos hechos materia de Litis. Los peritos pueden dividirse en tres categorías:
 - Expertos en *quantum* o cuantificación de daños: es el tipo de experto que es altamente técnico y que realizará evaluaciones técnicas, de mercado y análisis financieros, todo lo cual se consolida en última instancia en la evaluación de daños al asignarle un *quantum*.
 - Expertos en determinada industria – pericia científica: es el tipo de experto que tiene un *know how* específico en determinada industria en la que el tribunal arbitral carece de suficiente experiencia y conocimiento. El rol de este tipo de perito es educar al tribunal en un área específica. Por ejemplo, en una disputa concerniente a la explotación de un yacimiento minero, será el experto quien podría ilustrar al tribunal si existe o podría haber habido un desafío geológico que podría haber sido imprevisto antes de que comenzará el proyecto, limitando la responsabilidad del contratista.
 - Expertos legales: aunque puede parecer redundante tener un experto legal en un arbitraje internacional en el que los árbitros son expertos legales, es pertinente afirmar que los tribunales arbitrales generalmente no dominan el marco legal del país anfitrión de la inversión. Por tanto, muchas veces se deben apoyar en opiniones legales de la región en dónde la prestación y/o disputa se lleva a cabo.

³ IBA, Guidelines on the Taking of Evidence, Article 5.2 (a).

- Debe suscribir un reporte en el cual afirme que los hallazgos del mismo obedecen genuinamente a sus creencias y opiniones: Esta característica debe estar presente en todo reporte pericial. De esta manera se legitima la independencia del experto ya que demostrará como sus opiniones y conclusiones (de expertos) no se subordinan a los intereses particulares de alguna de las partes (en caso se trate de expertos nombrados por alguna de las partes), pues se deberá contar con una descripción de los métodos, las pruebas y la información utilizada para llegar a las conclusiones. Asimismo, se deberá proporcionar todos los documentos en los que se basa el informe pericial.

3. EVALUACIÓN DE DAÑOS EN PROCEDIMIENTOS CIADI

La evaluación de los daños es un tema clave en el arbitraje internacional. La parte demandante querrá tener una idea sólida de la probabilidad de recuperar daños sufridos, y en qué monto. A la inversa, el demandado (usualmente el Estado infractor) necesitará determinar su exposición a un posible fallo que involucre el resarcimiento de daños. Por tanto, los expertos son una parte crítica en el arbitraje internacional. En resumidas cuentas, el experto calculará el valor de la empresa que fue expropiada utilizando metodologías de valoración reconocidas internacionalmente.

Con lo complejo que son los casos relacionados a arbitrajes de inversiones, y con la creciente sofisticación de los servicios empleados, es poco usual que la evaluación de los daños pueda ser realizada por un solo experto. Esta labor puede requerir la asistencia de diversos expertos para poder concertar en una cifra. Los casos más complejos requerirán la colaboración de expertos de distintas industrias, como, por ejemplo, un economista, para evaluar el flujo de ingresos brutos, o un contador para evaluar los costos asociados. Las disputas por infracción de patentes o disputas antimonopolio también pueden requerir un análisis económico complejo, por ejemplo, para simulaciones de precios de mercado.⁴ Este es el caso *Oxy*

⁴ Expert Witnesses in Arbitration, Charles Rivers Association, Corporate Dispute Magazine, Oct-Dec Issue.

v. Ecuador, donde doce peritos fueron designados por las partes, mientras que en el caso *Exxon Mobil v. Venezuela*, solo en el lado de los demandantes se nombraron ocho expertos diferentes.

Como norma general, el estándar para calcular los daños en arbitraje de inversiones se remonta a la decisión del caso *Chorzów Factory* (“Affaire relative à l’usine de Chorzów”) de la Corte Permanente de Justicia Internacional (“CPJI”). En esta decisión, la CPJI sostuvo lo siguiente:

“El principio esencial contenido en la noción real de un acto ilegal, un principio que parece estar establecido por la práctica internacional y en particular por las decisiones de los tribunales arbitrales, es que la reparación debe, en la medida de lo posible, eliminar todas las consecuencias del acto ilegal y restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido si ese acto no se hubiera cometido. La Restitución en especie o, si esto no es posible, el pago de una suma correspondiente al valor que tendría una restitución en especie; la indemnización, si fuera necesario, de los daños por pérdidas sufridas que no serían cubiertos por la restitución en especie o el pago en su lugar, tales son los principios que deberían servir para determinar el monto de la compensación debida por un acto contrario al derecho internacional.”⁵

El derecho internacional que se deriva del caso *Chorzów Factory* requiere, por lo general, una “reparación completa” a los inversores por los daños causados por actos internacionalmente ilícitos como norma general. Sin embargo, en línea con lo señalado por la CPJI, los tribunales CIADI a menudo deciden que la restitución real no puede llevarse a cabo y, por lo tanto, procede determinar una suma correspondiente al valor que el daño ocasionado equivaldría.⁶

Las disposiciones de inversión aplicables a menudo brindan orientación a los tribunales CIADI sobre cómo calcular la compensación en caso de que una inversión extranjera se vea comprometida por acciones vejatorias por parte del Estado. Por ejemplo, el Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Egipto y el Reino Unido determinó la compensación como “compensación rápida, adecuada y efectiva”, ascendien-

⁵ *Factory At Chorzów, Germany v Poland*, Judgment, Demanda por Indemnización, Pronunciamiento No 13, (1928) PCIJ Series A No 17, ICGJ 255 (PCIJ 1928), 12 de setiembre de 1928, Liga de las Naciones (histórico); Corte Permanente de Justicia (histórico), en para. 124.

⁶ Véase e.g., *Metalclad Corporation v. Mexico*, caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, Laudo del 30 de agosto 2000, en para. 122.

do dicha compensación “*al valor de mercado de la inversión inmediatamente antes de la expropiación*”.⁷ El Tratado Bilateral de Inversión (TBI) España-Méjico establece que: “*la compensación será equivalente al valor de mercado de la inversión inmediatamente antes de que se produjera la expropiación o antes de que se anunciara o hiciera pública, lo que ocurra primero*”.⁸ Sin embargo, es usual que la normativarelacionada a las inversiones guarden silencio sobre cómo se debe calcular la compensación.

Con este fin, los tribunales CIADI han empleado una variedad de metodologías para estimar los daños sufridos por los inversionistas como consecuencia de las violaciones de los tratados de inversión por parte de los Estados. Como regla general, si el Estado expropió una empresa o propiedad de dicha empresa, o destruyó su valor, se suele compensar al inversor con un laudo que contenga una compensación por daños igual al valor justo de mercado (“FMV”).⁹ Ni el derecho internacional consuetudinario ni las normas basadas en tratados requieren la aplicación de una metodología de valoración particular para los daños.¹⁰ Sin embargo, los estudiosos en la materia sugieren que existen principalmente dos enfoques:

- i. Primero, los métodos prospectivos, (*forward-looking methods, en inglés*) que buscan establecer el valor del activo relevante en la fecha de valoración como un reflejo de su potencial para generar utilidades.
- ii. En segundo lugar, los métodos retrospectivos, (*Backward looking methods, en inglés*) que buscan establecer valor por referencia a gastos relacionados con inversiones pasadas.

⁷ Agreement for the Promotion and Protection of Investments between Egypt and the United Kingdom, Art. 5; véase también Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, Caso CIADI No. ARB/98/4, Laudo del 8 de diciembre 2000.

⁸ Agreement on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments between the Kingdom of Spain and the United Mexican States 1995, Art. 4(2); véase también *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States*, Caso Ciadi No. ARB(AF)/00/2, Laudo del 29 de mayo 2003, en para. 187.

⁹ Véase J. Alberro, G.D. Ruttinger, “Going Concern” As a Limiting Factor in Damages in Investor-State Arbitrations, *Journal of Damages in International Arbitration*, 2015, vol. 2, en p. 1.

¹⁰ M. W. Friedman, F. Lavaud, *Damages Principles in Investment Arbitration* in J. Trenor, *The Guide to Damages in International Arbitration*, GAR, 2nd ed., 2017, at p. 94.

4. MÉTODOS PROSPECTIVOS

En el contexto de los métodos prospectivos, la jurisprudencia del CIADI muestra que los tribunales han empleado varios métodos para calcular el valor justo de mercado. Estos incluyen: i) *los enfoques basados en el ingreso*, y ii) *el enfoque basado en el mercado*.

4.1. *Enfoques basados en el ingreso.*

Este enfoque se refiere a cualquiera de los siguientes métodos: Flujo de Efectivo Descontado (“*DCF-Discounted Cash Flow*”), Valor Presente Ajustado y Flujo de Efectivo Capitalizado.¹¹ Sin embargo, el método DCF, según la jurisprudencia del CIADI, es el método más apropiado para evaluar el valor justo de mercado. En el caso *Quiborax SA v. Bolivia*, el tribunal sostuvo que:

“...el método DCF es ampliamente aceptado como el método apropiado para evaluar el valor justo de mercado respecto de una empresa en marcha.... con un historial probado de rentabilidad”.¹²

Este método también es utilizado comúnmente por expertos (economistas) para valorizar las empresas en general.¹³ Bajo este método, los expertos estiman el flujo de efectivo futuro esperado por parte de la inversión del demandante y lo descontarán a una tasa que refleje los riesgos asociados con la realización. En pocas palabras, este método generalmente implica descontar los flujos de efectivo futuros anticipados que la inversión habría

¹¹ Id.

¹² Véase *Quiborax SA v. Plurinational State of Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/06/2, Laudo del 16 de setiembre 2015, en para. 344; véase también *CMS v. Argentina*, Laudo del 12 de mayo de 2005, en paras. 416-417. Véase también *Merrill & Ring Forestry L. P. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Administrado por CIADI, Laudo del 31 marzo 2010, en para. 264; *Mohammad Ammar Al-Bahloul v. Republic of Tajikistan*, SCC Caso No. V064/2008, Laudo final del 8 de junio 2010, at paras. 70-71; World Bank, Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, 2002, Guideline IV.6(i); PwC International Arbitration Damages Report, 2015, en p. 7.

¹³ Véase J. Alberro, G.D. Ruttinger, “Going Concern” As a Limiting Factor in Damages in Investor-State Arbitrations, Journal of Damages in International Arbitration, 2015, vol. 2, en p. 1.

generado, pero sin contar el daño ocasionado (por el Estado expropiante) a una tasa de descuento que refleje todos los riesgos del proyecto.¹⁴

La razón por la cual este método se usa ampliamente es porque se puede aplicar a casi todos los negocios y activos, siempre y cuando se espere que estos sean rentables, y donde el negocio o actividad en sí esté orientado a obtener una rentabilidad. Este método también es efectivo ya que puede ajustarse para valorar activos, así como el proyecto de inversión, un segmento de negocios o determinada entidad comercial en disputa. Más aún, se puede ajustar para cualquier fecha de valoración.¹⁵

Para entender el método de DCF es crucial entender lo que significa “*empresa o negocio en marcha*” como se indica en el caso *Quiborax SA v. Bolivia*. Los tribunales arbitrales de inversiones hasta esa fecha no habían dado con una definición precisa del término. Sin embargo, las Directrices del Banco Mundial sobre el Tratamiento de la Inversión Extranjera Directa han sido citadas frecuentemente por los tribunales y definen el término de la siguiente manera:

“La empresa (o negocio) en marcha es una empresa que consiste en activos generadores de ingresos que han estado en funcionamiento durante un período de tiempo suficiente para generar los datos necesarios para el cálculo de los ingresos futuros, y que se podía esperar con certeza razonable, si no se hubiera producido la toma, seguir produciendo ingresos legítimos durante el transcurso de su vida económica en las circunstancias generales...”¹⁶

Según estudios realizados en 2015 y 2017 por Pryce waterhouse Coopers (PwC), los tribunales CIADI han utilizado el método DCF en la mayoría de los casos. La investigación del 2015 comprendió un análisis de 95 laudos entre 1990 y 2015. De dicho análisis se concluyó que el método DCF fue aplicado en 37 de 95 casos.¹⁷ Sin embargo, el método de DCF

¹⁴ Id.

¹⁵ K. F. Schumacher, H. Klonne, Introduction to the Discounted Cash Flow Method, Chapter 8, Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration, Nijhoff International Investment Law Series, 206, Vol. 11.

¹⁶ World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, Section IV(6).

¹⁷ Véase PwC International Arbitration Damages Report, 2015, en p. 8.

ha sido rechazado en 22 de 59 casos (es decir, 37% de tasa de rechazo) donde fue propuesto por el demandante. Entre 2015 y 2017, esta tendencia ha cambiado de manera manifiesta y el método de DCF se ha aceptado en 9 de los 11 casos (es decir, 18% de tasa de rechazo) donde fue propuesto por el demandante.¹⁸

En ese caso, se preguntarán: “¿Qué criterio usan los tribunales para determinar si el método DCF aplica?”. En términos generales, la disposición de los tribunales del CIADI para aplicar el método DCF depende de si existe una base suficiente para estimar los flujos de efectivo a futuro.¹⁹ Esta preocupación llevó a numerosos tribunales CIADI a rechazar su aplicación donde las proyecciones se consideran demasiado especulativas.²⁰ Un claro ejemplo de esto sería cuando el demandante es una empresa recientemente constituida, sin antecedentes u otros datos relevantes sobre los cuales realizar proyecciones de ganancias.²¹

A modo de ilustración, en el caso de la Compañía de *Aguas del Aconquija SA v. La República Argentina*, el tribunal sostuvo lo siguiente:

“En el derecho internacional, según las circunstancias propias de cada caso, hay varias maneras de obtener el valor de mercado. El Tribunal acepta, en principio, que el valor de mercado puede determinarse por referencia al lucro cesante en el debido caso. En verdad, teóricamente, incluso puede ser el método preferido de cálculo de los daños y perjuicios en los casos relativos a la confiscación o menoscabo fundamental de empresas en plena actividad. Sin embargo, el valor neto actualizado resultante del análisis según el DCF no siempre es adecuado, menos aún cuando los supuestos y proyecciones se vuelven cada vez más especulativos. Además, como lo señala la Demandada (La República de Argentina), muchos tribunales internacionales han afirmado que no

¹⁸ Véase PwC International Arbitration Damages Report, 2015, en p. 6.

¹⁹ M. W. Friedman, F. Lavaud, Damages Principles in Investment Arbitration in J. Trenor, The Guide to Damages in International Arbitration, GAR, 2nd ed., 2017, at p. 101.

²⁰ Véase, *Awdi v. Romania*, Caso CIADI No. ARB/10/13, Laudo del 2 marzo 2015, en para. 514 (“[T]he application of the DCF method ... is not justified in the circumstances There are ... uncertainties regarding future income and costs of an investment in this industry in the Romanian market.”).

²¹ Véase M. W. Friedman, F. Lavaud, Damages Principles in Investment Arbitration in J. Trenor, The Guide to Damages in International Arbitration, GAR, 2nd ed., 2017, en p. 101.

es adecuado basar una adjudicación en el lucro cesante a menos que la empresa de referencia sea rentable y haya estado funcionando durante un período suficiente como para establecer un historial de desempeño. El Tribunal señala que aún en el caso de las fuentes autorizadas en que se basan las Demandantes, la indemnización según el lucro cesante generalmente se adjudica únicamente cuando la rentabilidad futura puede ser determinada, es decir (...) la rentabilidad concreta, en lugar de su monto”.²²

Sin embargo, el hecho de que una inversión dañada pueda ser de una empresa que no ha funcionando durante un período suficiente como para establecer un historial de desempeño no necesariamente evitará que la indemnización por daños y perjuicios se calcule de acuerdo con el método DCF, siempre y cuando exista información suficiente para permitir proyecciones confiables de flujos de efectivo.²³

En el caso *Rumeli Telekom v. Kazakhstan*, el tribunal arbitral observó que el uso del método DCF no requiere necesariamente que el activo relevante se caracterice como un “negocio en marcha”, que asume ganancias futuras predecibles basadas en datos históricos. Allí, la compañía de telefonía turca invirtió en un joint venture para proporcionar servicios de telecomunicaciones. El tribunal sostuvo que Kazajstán violó el tratado bilateral de inversión (TBI) turco-kazak al negar un trato justo y equitativo a los reclamantes y aplicó el método DCF. El tribunal citó las Pautas del Banco Mundial sobre el Tratamiento de la Inversión Extranjera Directa y encontró que, bajo estas pautas, la inversión de la parte afectada no se habría considerado como un “negocio en marcha” porque a la fecha de las medidas perjudiciales *el negocio no había estado constituido durante el tiempo suficiente para haber generado la información necesaria para el cálculo de los ingresos futuros*.²⁴ A pesar de esto, el tribunal sostuvo que “dado que el valor de ese activo estaba directamente vinculado a su potencial para generar

²² *Compania de Aguas del Aconquija SA v. Argentine Republic*, CASO CIADI No. ARB/97/3, Laudo del 20 de Agosto de 2007, en para. 8.3.3.

²³ N. Rubins, V. Sinha, B. Roberts, *Approaches to Valuation in Investment Treaty Arbitration in C. L. Beharry, Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration*, Nijhoff, 2018, at p. 186.

²⁴ *Rumeli Telekom A.S. v. Republic of Kazakhstan*, Caso CIADI No. ARB/05/16, Laudo del 29 de Julio 2008, en para 811.

futuros ingresos, no existe alternativa realista al uso del método DCF para asignarle un valor (...) al potencial del negocio”²⁵

4.2. Estándares para la aplicación del método dcf

El caso *Rusoro Mining Ltd v. Venezuela*, ha marcado un hito importante para la aplicación del método DCF. Si bien el tribunal optó por no utilizar el Flujo de Caja Descontado, el mismo colegiado estableció un criterio sobre los supuestos en los que se puede aplicar dicho método, los cuales han sido utilizados posteriormente por otros tribunales CIADI:

“(El Método) DCF funciona correctamente si se cumplen todos, o al menos una parte significativa, de los siguientes criterios:

- La empresa tiene un registro histórico del desempeño financiero;
- Existen proyecciones confiables del flujo de efectivo a futuro, idealmente en forma de un plan de negocios detallado adoptado en tempore insuspecto, preparado por los oficiales de la compañía y verificado por un experto imparcial;
- El precio al cual la empresa podrá vender sus productos o servicios puede determinarse con una certeza razonable;
- El plan de negocios puede financiarse con efectivo autogenerado o, si se requiere efectivo adicional, no debe haber incertidumbre sobre la disponibilidad de financiamiento;
- Es posible calcular un WACC (Weighted Average Cost of Capital, por sus siglas en inglés, o coste medio ponderado del capital) significativo, incluida una prima de riesgo de país razonable, que representa el riesgo político en el país anfitrión;
- *La empresa funciona en un sector con baja presión reguladora o, si la presión reguladora es alta, su alcance y efectos deben ser predecibles:*

²⁵ Id.

*debería ser posible establecer el impacto de la regulación en los flujos de efectivo futuros con un mínimo de certeza.*²⁶

Además, en el caso *Tenaris v Venezuela*, aunque el método DCF fue propuesto en la cuantificación de daños tanto por la empresa demandante como por el estado de Venezuela, el tribunal denegó su aplicación aduciendo que: “[Una] situación en la que DCF sería claramente preferido podría ser donde, después de varios años de desempeño exitoso, un contrato de concesión a largo plazo (por ejemplo, para la operación de un aeropuerto) o en el caso de un contrato de suministro a largo plazo, se ha rescindido... porque en esos casos las variables son limitadas y los flujos de efectivo disponibles no son difíciles de calcular con una certeza razonable”²⁷.²⁸ El tribunal concluyó que esto no sucedía en el citado caso, ya que el historial de operaciones de los demandantes en la inversión afectada se remonta a aproximadamente 42 meses.²⁹

Respecto del tiempo que debe operar una inversión afectada o expropiada para que se considere como una “*empresa en marcha*” y de ese modo poderse aplicar el método DCF, los tribunales del CIADI han llegado a diferentes conclusiones. Por ejemplo, en el caso *Metalclad Corp v. México*, el tribunal resolvió que para establecer “*un registro de desempeño*” se requiere establecer “*la presencia previa en el mercado por al menos dos o tres años, que es el período mínimo necesario para establecer conexiones comerciales continuas*”.³⁰

Por su lado, los economistas no están de acuerdo con el criterio de “dos o tres años” y opinan que es arbitrario.³¹ Este plazo también ha sido criticado implícitamente por otros tribunales CIADI. Por ejemplo, en el caso Compañía de Aguas del Aconquija y Vivendi Universal SA v. Argentina,

²⁶ *Rusoro Mining Ltd. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/12/5, en para. 759.

²⁷ *Tenaris S.A. & Talta-Trading Marketing Sociedade Unipessoal LDA v. Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/11/26, Laudo del 29 de enero 2016, en para. 524.

²⁸ Id.

²⁹ *Id.*, en para. 525.

³⁰ *Metalclad Corporation v. Mexico*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, Laudo del 30 de agosto 2000, en para. 120.

³¹ Véase J. Alberro, G.D. Ruttinger, “Going Concern” As a Limiting Factor in Damages in Investor-State Arbitrations, *Journal of Damages in International Arbitration*, 2015, vol. 2, en p. 11.

el tribunal sostuvo que: “*el demandante podría establecer la probabilidad de pérdida de ganancias con suficiente certeza incluso en ausencia de un negocio en marcha.*” En este caso en particular, el tribunal aplicó un estándar alternativo, al aplicar el método DCF vinculando la demostración de futuras ganancias perdidas para establecer un registro de evidencia adecuado, incluida una evaluación de los riesgos involucrados:

“*Un demandante que no puede confiar en un registro de la rentabilidad demostrada debe presentar un registro bien preparado de sus (u otros) éxitos, basado en la experiencia de primera mano (propia o de expertos calificados), o en registros corporativos establecidos en el balance de “Las probabilidades de que se hubieran producido beneficios de la concesión en cuestión frente a los riesgos particulares involucrados, además de los de la violación del Tratado”.*”³²

4.3. Enfoque basado en el mercado (Market Based Approach)

El enfoque basado en el mercado es aquel sistema mediante el cual se evalúa el valor de un proyecto o compañía por referencia al valor de otros proyectos o compañías de magnitudes similares y cuyo valor de mercado es conocido o puede inferirse.³³ El análisis comparativo se basa en elementos comparables o transacciones comparables.³⁴

Aunque este método ha sido empleado por varios tribunales de arbitraje de inversiones (especialmente en la notoria saga *Yukos v. Rusia*),³⁵ se ha observado que el enfoque basado en el mercado no se ha utilizado como el método principal para evaluar la pérdida; más bien, se ha utilizado como

³² *Compañía de Aguas del Aconquija and Vivendi Universal SA v. Argentina*, Caso CIADI No, ARB/97/3, Laudo del 20 de agosto 2007, en para. 8.3.10.

³³ Rosen, H, Cazier-Darmois, M., Expert Evidence, The Guide to Energy Arbitrations, GAR, 2nd ed, 2017.

³⁴ M. W. Friedman, F. Lavaud, Damages Principles in Investment Arbitration in J. Trenor, The Guide to Damages in International Arbitration, GAR, 2nd ed., 2017, at p. 102.

³⁵ Por ejemplo, en Yukos v. Russia saga, el tribunal hallo que tenía ‘una medida de confianza’ en la base de índices bursátiles existentes y rechazados para aplicar el método DCF. Véase Hulley Entreprises Ltd v. Russian Federation, PCA Caso No. AA 226, Laudo final del 18 de julio 2014, en paras. 1785-1787; Veteran Petroleum Ltd.

un medio para evaluar la precisión de otros métodos.³⁶ En el caso *Tenaris v. Venezuela*, el tribunal notó la “*dificultad de identificar compañías realmente similares para comparación*”³⁷ y rechazó el enfoque basado en el mercado.

Sin embargo, en el caso *Ioannis Kardassopoulos y Ron Fuchs v. Georgia*, el tribunal arbitral sostuvo que “[es] difícil concebir evidencia concreta del valor de un activo expropiado (y derechos relacionados a este) que en una transacción de venta que involucre el mismo activo (y derechos) 16 días después de la expropiación”.³⁸ Por lo tanto, el tribunal aplicó el enfoque basado en el mercado, habiendo considerado la transacción de venta que involucraba al mismo activo para evaluar el valor justo de mercado.

Crystalex v. Venezuela es otro ejemplo en el que el tribunal siguió el enfoque basado en el mercado para evaluar las pérdidas en el contexto de una expropiación ilegal. Allí, el reclamante celebró un contrato minero con una empresa estatal venezolana para desarrollar depósitos de oro. Posteriormente, el demandante no pudo obtener los permisos necesarios del gobierno venezolano y la empresa estatal rescindió el contrato minero. Los expertos en daños de Crystalex elaboraron un modelo de mercado basado en empresas mineras de oro comparables que cotizan en bolsa y calcularon el valor del proyecto, basado en el volumen de reservas de oro en la fecha de valoración. El tribunal aceptó este método y sostuvo que este método podría “*restablecerse sin demora, siempre que se aplique correctamente y, especialmente si se utiliza el equivalente apropiado*”.³⁹

³⁶ N. Rubins, V. Sinha, B. Roberts, *Approaches to Valuation in Investment Treaty Arbitration* in C. L. Beharry (ed.), *Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration*, Nijhoff, 2018, en p. 189.

³⁷ *Tenaris SA and Talta – Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda v. Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/11/26, en para. 529.

³⁸ *Ioannis Kardassopoulos and Ron Fuchs v. Georgia*, Caso CIADI No. ARB/05/18 and ARB/07/15, Laudo del 3 de marzo 2010, en para. 599.

³⁹ *Crystalex International Corporation v. Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/11/2, Laudo del 4 de abril 2016, en para. 901; Véase N. Rubins, V. Sinha, B. Roberts, *Approaches to Valuation in Investment Treaty Arbitration* in C. L. Beharry (ed.), *Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration*, Nijhoff, 2018, en p. 192.

5. METODOS RETROSPECTIVOS (BACKWARD LOOKING METHODS)

Estos métodos de valoración buscan cuantificar la pérdida de una empresa o negocio en función del valor de la inversión que realmente se realizó.⁴⁰ En otras palabras, estos métodos cuantifican la compensación en función de los costos históricos incurridos por la empresa expropiada en el desarrollo de la inversión afectada. Estos métodos se pueden distinguir como enfoque de costos de inversión ; enfoque basado en activos y; Otros enfoques sui generis.

5.1. *Enfoque de costo de inversión*

Este método ha sido preferido por los tribunales CIADI donde la empresa expropiada nunca fue un negocio en marcha, no tenía un historial de rentabilidad o no tenía una perspectiva realista de ser rentable, independientemente de las medidas lesivas del estado infractor.⁴¹

Sin embargo, algunos tribunales CIADI encontraron que no siempre es necesario recurrir a un método retroactivo en el que la inversión no tiene un registro claro de rentabilidad. Como ejemplo, en el caso *Gold Reserve v. Venezuela*, el proyecto en disputa aún no había alcanzado la etapa de producción y, por lo tanto, no tenía un historial de flujos de efectivo históricos. El tribunal determinó que el método DCF podía ser aplicable, sosteniendo que “*un método de DCF se puede usar de manera confiable en el presente caso debido a la naturaleza del producto y al análisis detallado del flujo de efectivo de la minería*”.⁴²

El estudio de 2015 realizado por PricewaterhouseCoopers, que evaluó 95 casos entre 1990 y 2015, indica que el enfoque del costo de la inversión se ha utilizado aproximadamente en casi la misma proporción que el enfoque DCF. Sin embargo, el estudio de 2017 observó que “*la tendencia a lo largo del tiempo fue que los Tribunales prefirieran usar métodos prospectivos*

⁴⁰ *Id.*, en p. 195.

⁴¹ *Id.*, en p. 196.

⁴² *Gold Reserve Inc. v. Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/09/1, Award of 22 September 2014, en para. 830.

como por ejemplo enfoques basados en el ingreso en lugar de recurrir a las cifras históricas”⁴³

5.2. Enfoque basado en activos (“valor contable”)

El enfoque basado en activos utiliza el “valor contable” o el “*valor de reemplazo*” de los activos expropiados.⁴⁴ Al igual que en el método anterior, este enfoque suele ser adecuado para las empresas en etapa temprana (cuando se desconocen las inversiones, los costos operativos y los ingresos, o cuando no se han delineado las reservas) o para las empresas que no son consideradas como negocio en marcha.

Este método esencialmente busca determinar el valor justo de mercado del activo relevante al observar el valor neto en libros de la compañía en la fecha de valoración.⁴⁵ El valor contable neto se calcula restando los pasivos totales de los activos totales (neto de la depreciación, el agotamiento y la amortización acumulados) tal como aparecen en los estados financieros de la compañía.⁴⁶

Sin embargo, el uso de esta metodología hace que sea muy difícil identificar y identificar el valor de mercado de cada activo y pasivo, y no considerarlos como una unidad operativa.⁴⁷ Esta es probablemente la razón por la que han sido descartados por varios tribunales CIADI.

Como ejemplo, en el caso *Tidewater v Venezuela*, el tribunal sostuvo que: “no corresponde determinar el valor justo de mercado por vía de referencia ni al valor de liquidación de los activos de la Empresa SEMARCA, o al valor contable de dichos activos, tal como alega la Demandada²⁵⁴. Con arreglo a las Directrices del Banco Mundial, es probable que dichos

⁴³ *Id.*

⁴⁴ M. W. Friedman, F. Lavaud, Damages Principles in Investment Arbitration *in* J. Trenor, The Guide to Damages in International Arbitration, GAR, 2nd ed., 2017, en p. 102.

⁴⁵ N. Rubins, V. Sinha, B. Roberts, Approaches to Valuation in Investment Treaty Arbitration *in* C. L. Beharry (ed.), Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration, Nijhoff, 2018, en p. 198.

⁴⁶ *Id.*

⁴⁷ Rosen, H, Cazier-Darmois, M., Expert Evidence, The Guide to Energy Arbitrations, GAR, 2nd ed, 2017.

métodos sólo sean apropiados cuando la empresa no sea una probada empresa en operación”.⁴⁸

No obstante, en Siemens v. Argentina, el tribunal arbitral adoptó el enfoque del valor contable, sosteniendo que: “*usualmente el método del valor contable o valor en libros - aplicado a una inversión reciente - se considera un método apropiado para calcular el valor justo de mercado cuando no hay mercado para los activos expropiados*”.⁴⁹

6. OTRAS CONSIDERACIONES IMPORTANTES TOMADAS A CUENTA POR LOS TRIBUNALES DEL CIADI AL EVALUAR DAÑOS MEDIANTE EVIDENCIA DE EXPERTOS

La jurisprudencia y los comentarios sugieren que existen consideraciones variables dadas por los tribunales de arbitraje de inversiones al evaluar los daños. Estos incluyen: expropiación legal o ilegal (A); fecha de valoración (B) y; tasa de interés (c).

A. *Expropiación legal o ilegal*

La jurisprudencia y los comentarios sugieren que determinar si una expropiación es legal o ilegal puede tener un impacto significativo en el resarcimiento de daños. Si bien un inversionista con activos expropiados legalmente sólo tendrá derecho a recuperar el valor de los activos en el momento en que se realizó la expropiación, un inversionista cuyos activos son ilegalmente expropiados puede recibir recursos tales como restitución y daños suplementarios, así como una valoración en la fecha en que se emite el laudo.⁵⁰

Aunque existe una aceptación general de que las violaciones de los requisitos procesales fundamentales tales como la no correspondencia de la

⁴⁸ *Tidewater Investment SRL & Tidewater Caribe, C.A. v. Venezuela*, Caso CIADI No. ARB 10/5, Laudo del 13 de marzo 2015, at para. 165; Véase también Enron Corp v. República de Argentina, Caso CIADI No. ARB/01/3, Laudo del 22 de mayo 2007, en para. 382 .

⁴⁹ *Siemens A.G. v. República de Argentina*, Laudo del 6 de febrero de 2007, en para. 355.

⁵⁰ M. W. Friedman, F. Lavaud, *Damages Principles in Investment Arbitration* in J. Trenor, *The Guide to Damages in International Arbitration*, GAR, 2nd ed., 2017, en p. 99.

expropiación a una causa justificada de utilidad pública o interés social, o cuando no se respeta el debido proceso durante la expropiación, así como la discriminación a una inversión extranjera, hacen que una expropiación sea ilegal. Sin embargo no hay consenso unánime sobre si la expropiación que solo viola el requisito de compensación calificaría como ilegal.⁵¹

A modo de ejemplo, un tribunal CIADI determinó que las expropiaciones realizadas de conformidad con los requisitos y procedimientos establecidos en los tratados de inversión, pero que carecían de una compensación justa, podían ser enmarcadas como expropiaciones legales. “*En la expropiación que solo solicita la determinación de una compensación por parte de un tribunal internacional no debe considerarse una expropiación ilegal*”.⁵² “De manera similar, en el caso *Venezuela Holdings v. Venezuela*, el tribunal sostuvo que “*el simple hecho de que un inversionista no haya recibido una compensación no hace que una expropiación sea ilegal*”.⁵³

Sin embargo, no hay unanimidad en el criterio empleado por otros tribunales. En el caso *Von Pezold v. Zimbabwe*, el tribunal sostuvo que: “*no se pagó una compensación por las propiedades, y por lo tanto ... la expropiación no cumplió con los criterios legales*”.⁵⁴ Dado que no había compensación, el tribunal no examinó si la expropiación tenía un propósito público o si había satisfecho con todos los requisitos del debido proceso, o si la expropiación era o no discriminatoria.

“*El Tribunal concluye que debe hacerse una distinción entre una expropiación lícita y una expropiación ilícita. Una expropiación que sólo requiere una indemnización justa debe ser considerada como una expropiación provisionalmente lícita, precisamente porque el tribunal que analiza el caso determinará y otorgará esta indemnización.*

La diferencia esencial entre las dos es que la indemnización por una expropiación lícita es la indemnización justa representada por el valor de la empresa en el momento de la expropiación, y la reparación en el caso

⁵¹ Id.

⁵² *Tidewater Investment SRL & Tidewater Caribe, C.A. v. Venezuela*, Caso CIADI No. ARB 10/5, Laudo del 13 de marzo 2015, en para. 141.

⁵³ *Venezuela Holdings v. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/07/27, Laudo del 9 de octubre de 2014, en paras. 301, 306.

⁵⁴ *Bernhard Friedrich Arnd Rüdiger von Pezold y otros v. Republica de Zimbabwe*, Caso CIADI No. ARB/10/15, Laudo del 28 de julio de 2015, en para. 497.

de una expropiación ilícita es la restitución en especie o su equivalente monetario.”⁵⁵

De manera similar, en el caso *Unglaube v. Costa Rica*, el tribunal encontró que la mera falta del pago compensatorio de parte del estado hizo que la expropiación fuera ilegal.⁵⁶

B. La fecha de valoración

La elección de la fecha de valoración también puede tener un impacto significativo en el monto de la compensación otorgada al inversor cuyos activos y propiedad han sido sujetos pasivos de la conducta soberana del estado.⁵⁷ La importancia de la fecha de valoración se deriva del hecho de que a partir de esa fecha los tribunales realizarán la evaluación del monto indemnizatorio. Con este fin, los tribunales generalmente se enfrentan a la cuestión de si se debe emplear un análisis retrospectivo o si confiar únicamente en la información disponible a la fecha de la expropiación.⁵⁸

Bajo el enfoque *ex ante*, la parte perjudicada recibirá el valor de la inversión en el momento en que se realizó la expropiación, claro está que dicho monto será ajustado por la tasa de interés correspondiente al momento de emitirse el laudo. Caso contrario sucede bajo el enfoque *ex post*, pues en este caso el demandante recibirá el valor de la inversión en una fecha posterior que usualmente coincidirá con la fecha de la expropiación.⁵⁹

C. La tasa de interés otorgada por los Tribunales de Arbitraje de Inversiones

El informe de PwC del 2017 muestra que los tribunales están prestando más atención a los intereses en arbitrajes de inversiones. Según el informe, los intereses a veces pueden exceder el valor del laudo en sí. La tendencia

⁵⁵ *Tidewater Investment SRL & Tidewater Caribe, C.A. v. Venezuela*, Caso CIADI No. ARB 10/5, Laudo del 13 de marzo 2015, en para. 141.

⁵⁶ Véase *Unglaube v. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/08/1, Laudo del 16 de mayo de 2012, en para. 305.

⁵⁷ M. W. Friedman, F. Lavaud, *Damages Principles in Investment Arbitration* in J. Trenor, *The Guide to Damages in International Arbitration*, GAR, 2nd ed., 2017, en p. 103.

⁵⁸ Id.

⁵⁹ Id.

es que el interés compuesto ahora se aplica en la gran mayoría de los casos.⁶⁰

Antes del año 2000, la tasa de interés simple se utilizó en un 60% de los casos sometidos a arbitraje y la tasa de interés compuesta sólo se usó en un 40% de los casos; sin embargo, en 2015, la tasa de interés simple solo se utilizó en un 14% de los casos revisados y el interés compuesto se utilizó en el 86% de los casos sometidos a arbitraje.⁶¹

El informe también indica que, si bien los demandantes solicitan al Tribunal Arbitral aplicar una tasa de interés simple, los tribunales reconocen que es práctica usual hoy en día otorgar una tasa de interés compuesta, ya que este método refleja de mejor manera la realidad económica de las empresas, considerando que suelen apalancarse de diversos préstamos cuyo tipo de interés es el compuesto y no simple.

7. LA PROBLEMÁTICA DE LA EVIDENCIA DE EXPERTOS EN LOS PROCEDIMIENTOS DEL CIADI

La evidencia pericial está consagrada en las Reglas de Arbitraje 34, 35 y 36 del CIADI. El testimonio y el examen de los expertos se rigen por las mismas reglas que los testigos⁶². Los expertos suelen ser nombrados para ayudar a los tribunales del CIADI a evaluar la compensación monetaria que pondría a la parte perjudicada de nuevo en la situación económica en la que habría estado en ausencia de las acciones del demandado.⁶³

En los procedimientos del CIADI, los expertos a menudo son nombrados por las partes⁶⁴, pero el tribunal puede pedir a las partes que presen-

⁶⁰ Véase PwC International Arbitration Damages Report, 2015, en p. 9.

⁶¹ Véase PwC International Arbitration Damages Report, 2017, en p. 7.

⁶² Véase CIADI Regla de Arbitraje 35.

⁶³ Rosen, H, Cazier-Darmois, M., Expert Evidence, The Guide to Energy Arbitrations, GAR, 2nd ed, 2017.

⁶⁴ Véase e.g., *CMS v. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/08, Laudo del 12 de mayo 2005, en para. 418; *Aguas del Tunari v. Repùblica de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/02/03, Decisión sobre Jurisdicción, 21 de octubre 2005, en para. 40; *World Duty Free Kenya v. Kenya*, Caso CIADI No. ARB/00/7, Laudo del 4 de octubre del 2006, en para. 163; *PSEG v. Repùblica de Turkia*, Caso CIADI No. ARB/02/5, Laudo del 19 de enero 2007, en para. 320; *Oxy v. Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/11, Laudo del 20 de setiembre 2012, en para. 710 *et seq.*; *Karakay Karad-*

ten más expertos si lo considera necesario.⁶⁵ Aunque es menos frecuente, los tribunales del CIADI también han nombrado expertos por su propia iniciativa.⁶⁶ Por ejemplo, el tribunal de Suez y Vivendi v Argentina nombraron un experto independiente para que lo asistiera debido a la complejidad percibida del caso y las conclusiones ampliamente diferentes a las que llegaron los expertos de las partes.⁶⁷ Esto también puede suceder cuando el Tribunal no confía en la evidencia proporcionada por los expertos de las partes.⁶⁸ Como ejemplo, en *HEP v Eslovenia*, el tribunal designó a su propio experto, en parte debido a la complejidad del caso y en parte “*porque los expertos de ninguna de las partes proporcionaron un caso de daños claro y convincente*”.⁶⁹ Además, en algunos de los casos, los tribunales recurrieron a expertos independientes para evaluar la evidencia pericial proporcionada por los expertos designados por las partes.⁷⁰

Como se ha ilustrado en los párrafos anteriores, los tribunales CIADI se enfrentan con frecuencia a una gran cantidad de informes de expropiación proporcionados por las partes. Por ejemplo, en el caso *Oxy v. Ecuador*,⁷¹ doce peritos fueron designados por las partes, mientras que en el caso *ExxonMobil v. Venezuela*, los demandantes nombraron ocho expertos diferentes.⁷² Sin embargo, este extenso uso de expertos ha sido limitado por algunos tribunales del CIADI. Por ejemplo, en *Medio Oriente Cement v. Egipto*, el tribunal aplicó la Regla 34 y sostuvo que sería demasiado costoso

eniz Elektrik Uretim A.S. v. Pakistan, Caso CIADI No. ARB/13/1, Laudo del 22 de Agosto de 2017.

⁶⁵ Véase Convención CIADI, Art. 43; CIADI Reglas de Arbitraje, Regla 34.

⁶⁶ Véase., *Benvenuti & Bonfant v. Congo*, Caso CIADI No. ARB/77/2, en para. 1.24., 4.27; *LET-CO v. Liberia*, Caso CIADI No. ARB/83/2, Laudo del 31 de marzo 1986; *CMS v. República de Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/08, Laudo del 12 de mayo 2005, en para. 50-51.

⁶⁷ Véase *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic*, Caso CIADI No. ARB/03/19, Laudo del 9 de abril 2015, en para. 7.

⁶⁸ PwC International Arbitration Damages Report, 2017, en p. 5.

⁶⁹ Véase *Hrvatska Elektroprivreda D.D. v. Republica de Eslovenia*, Caso CIADI No. ARB/05/24, Laudo del 17 de diciembre 2015.

⁷⁰ Véase, *CMS v. República de Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/08, Laudo del 12 de mayo 2005, en para. 50-51; *Enron v. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/03, Laudo del 22 de mayo 2007, en paras. 38, 364; *Sempra v. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/16, Laudo del 28 de setiembre de 2007, en paras. 50-51.

⁷¹ Véase *Oxy v. Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/11, Laudo del 20 de setiembre 2012.

⁷² Rosen, H, Cazier-Darmois, M., Expert Evidence, The Guide to Energy Arbitrations, GAR, 2nd ed, 2017.

buscar una opinión de expertos independientes para evaluar el valor de un barco y para evaluar los daños. Por lo tanto, el tribunal optó por obtener una estimación del valor del barco a partir de la evidencia disponible en el registro.⁷³

8. RESEÑA FINAL:

El arbitraje internacional ha tenido una desmesurada evolución en las últimas décadas y este cambio ha ido de la mano con la globalización. La crisis financiera y la caída de los precios de las materias primas han sido factores clave en el crecimiento de disputas comerciales internacionales de gran envergadura. Por ello es pertinente señalar que, si bien en el pasado los peritos o expertos en daños no han cumplido un rol trascendental en el resultado final de los daños otorgados en arbitrajes internacionales, esto ha venido cambiando y hoy es igual de imprescindible contar con un equipo de expertos en daños que con un solvente tribunal arbitral.

Los proyectos de energía tienden a ser proyectos a largo plazo, y la evaluación de su valor depende en gran medida del precio esperado de productos cuyo valor es altamente volátil. No es tarea sencilla cuantificar el daño emergente y lucro cesante al hablarse de activos subyacentes como el petróleo, gas, minería etc., o de un negocio en marcha que pasa a ser expropiado.

El CIADI registró el mayor número de casos en un año calendario en 2015, lo que refleja el continuo crecimiento de los arbitrajes entre inversionistas y el Estado, mientras que el valor de tales disputas también creció, con 165 arbitrajes que superan los \$ 100 millones en 2014, en comparación con 59 en 2005.

Lamentablemente los Tratados Bilaterales de Inversión o Tratados Multilaterales no estipulan los estándares de compensación ni cómo cuantificar los daños en caso el Estado anfitrión genere un perjuicio al inversor extranjero. Si bien se ha tratado de aplicar el derecho internacional consuetudinario para homogenizar ciertos estándares, aún existe muchas

⁷³ Véase *Middle East Cement v. Egypt*, Caso CIADI No. ARB/99/6, Laudo del 12 abril 2002, en para. 150; C. H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2nd ed., 2017, en p. 665-666.

áreas grises, y los Tribunales Arbitrales no tienen una pauta establecida. Por ello, muchos tribunales se encuentran con cierta flexibilidad al momento de determinar qué método aplicar para calcular el monto de reparación dependiendo de los hechos del caso y de la naturaleza de la pérdida. Como bien se señaló anteriormente, el caso Chorzow marcó un hito importante para determinar el método de valuación de daños, sin embargo, como bien podrán advertir, en el arbitraje internacional no existen los precedentes vinculantes, y los tribunales no están obligados a aplicar un método específico de cuantificación que fuera aplicado por otro tribunal arbitral.

Espero que el presente ensayo haya podido ilustrar a groso modo la meridiana importancia del peritaje y la cuantificación de los daños en el arbitraje internacional. Sin duda alguna, los expertos en daños seguirán cobrando un mayor papel en los años venideros a medida que la globalización y la volatilidad de las materias primas siga disparándose.

¿LA PROPIA CORRUPCIÓN COMO ARGUMENTO DE DEFENSA? A PROPÓSITO DE RECIENTES CASOS EN DISPUTAS DE INVERSIÓN ANTE EL CIADI

*Alonso Bedoya Denegri**

Abstract: El autor analiza la relación entre la corrupción y el arbitraje de inversión, usando diversas fuentes de jurisprudencia arbitral ante el CIADI. A partir de este, esboza algunas figuras doctrinales y jurisprudenciales como el *equitable estoppel*, la doctrina de las *manos limpias* y el *double hat*, que son pertinentes para entender mejor cómo los tribunales CIADI vienen afrontando —o deberían afrontar— los casos contaminados por corrupción. Asimismo, el autor delinea la jurisprudencia del CIA-DI no pacífica en casos de corrupción, mostrando ejemplos en los que se ha favorecido al Estado anfitrión como a los inversores privados.

Palabras clave: arbitraje de inversión, corrupción, equitable estoppel, CIADI.

* Catedrático del curso de arbitraje en la Universidad San Ignacio de Loyola y Universidad San Martín de Porres. Realizó un LLM en Comparative & International Dispute Resolution en la Universidad Queen Mary de Londres , con un enfoque en arbitraje de inversiones, comercial y de disputas en construcción. En el año 2018 se desempeñó como abogado pasante en del área de Arbitraje Internacional de la firma Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP. (Wilmerhale LLP). Pertenece a la nómina de Árbitros de los Centros de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y de la Cámara de Comercio Americana del Perú; así como, del Centro de Arbitraje y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Adicionalmente, forma parte del Chartered Institute of Arbitrators del Reino Unido, y es miembro del Directorio de Árbitros del London Court of International Arbitration, así como miembro de la nómina de árbitros del Centro Internacional de Arbitraje de Singapur.

1. SOBRE LA CORRUPCIÓN

La corrupción ha sido parte de la vida humana durante miles de años y ha sido predeterminada por el desarrollo histórico de la sociedad. La civilización ha luchado sin éxito en erradicarla completamente. Todos los días hay altos funcionarios gubernamentales que renuncian a sus cargos, gobiernos cambiantes, cientos de miles de personas paradas sosteniendo carteles y a menudo arriesgando sus vidas para protestar en contra de la corrupción en el mundo. Es de vital importancia para la salud de una sociedad comprender contra qué protesta la gente. Los cambios revolucionarios que han tenido lugar en nuestra historia fueron motivados en gran medida por un deseo de reformar las instituciones corruptas. Todo esto muestra el impacto significativo de la corrupción en la sociedad, la economía y la política.

La corrupción es frecuente en la mayoría de los países. En 2017, según el Barómetro Global de la Corrupción 2017, se encontró que más de dos tercios de los países con puntajes en todo el mundo obtuvieron puntajes por debajo de 50 de 100 en el índice de corrupción, 0 indicando corrupción alta y 100 correspondientes al nivel de corrupción más bajo posible, lo que resulta en un puntaje promedio global de 43/100.¹ Según el Barómetro Global de la Corrupción 2017 publicado por Transparencia Internacional, más de una de cada cuatro personas informa haber pagado un soborno en los últimos doce meses al interactuar con instituciones públicas clave y servicios. Por otro lado, las estimaciones muestran que el costo de la corrupción equivale a más del 5 por ciento del PIB mundial (US 2,6 billones, Foro Económico Mundial) con más de US 1 billón pagado en sobornos cada año (Banco Mundial).²

La gran corrupción consiste en actos cometidos en un alto nivel de gobierno que distorsionan las políticas o el funcionamiento central del Estado, lo que permite a los líderes beneficiarse a expensas del bien público, causando daños graves y generalizados a las personas y a la sociedad, que a menudo quedan impunes. La corrupción menor se refiere al abuso cotidiano del poder encomendado por parte de funcionarios públicos de niveles bajo y medio en sus interacciones con ciudadanos de a pie, que a menudo

¹ Transparency International. "Corruption Perception Index 2017".

² CleanGovBiz. "The rationale for fighting corruption". *OECD*.

intentan acceder a bienes o servicios básicos en lugares como hospitales, escuelas, departamentos policiales y otras agencias. La corrupción es una manipulación de políticas, instituciones y reglas de procedimiento en la asignación de recursos y financiamiento por parte de los tomadores de decisiones políticas, quienes abusan de su posición para mantener su poder, estatus y riqueza. Sin lugar a dudas, se podrían agregar otras clasificaciones de corrupción a la lista.³

Con la globalización de los mercados mundiales, el fenómeno de la corrupción ha empeorado significativamente y cada vez más se encuentra bajo los reflectores. Si bien los esfuerzos se han centrado en el desarrollo de nuevas normas internacionales con respecto a los derechos humanos, el medio ambiente y el desarrollo sostenible, es una creencia común que la corrupción es hoy un obstáculo importante para el desarrollo económico y social de muchos países. Además, la integración de los mercados mundiales ha llevado a la adopción de nuevos estándares con respecto a la transparencia, la ética corporativa y la buena gobernanza, lo que también ha dado lugar al consenso de que la corrupción es un obstáculo para el crecimiento de mercados sólidos y transparentes.⁴

Los Estados que más necesitan inversiones provienen de aquellas partes del mundo que son inestables políticamente, subdesarrolladas y muy pobres para invertir. Los inversores sensibles buscan la estabilidad que viene con el “Estado de Derecho”, y aquellas partes del mundo envueltas en la autocracia y la represión, a menudo también las naciones más pobres, deberían ser ignoradas por los inversores extranjeros bajo cualquier cálculo frío y racional. Sin embargo, para muchos de estos Estados en desarrollo, la inversión extranjera fluye, y en miles de millones, impulsada no por el altruismo sino por ciertas verdades implacables del capital: que en esta era de liquidez históricamente alta y de tasas de interés bajas, el dinero ya no puede estar inactivo y siempre buscará un retorno; ese riesgo genera recompensa y cuanto mayor es el riesgo, mayor es el rendimiento potencial;

³ Jomart Joldoshev, “Proof of Corruption in International Investment Arbitration” (QMUL LLM dissertation, 2018) 6-9 (sin publicar, en archive con el autor)

⁴ R. Fathallah. “Corruption in International Commercial and Investment Arbitration: Recent Trends and Prospects for Arab Countries”. *2 International Journal of Arab Arbitration* (2010, Issue 3) pp. 65-90.

y que los mercados menos explorados, desarrollados y sofisticados producirán rendimientos mucho mayores que los mercados más eficientes.⁵

La inversión extranjera es un componente crítico de la economía mundial: dado que muchos países en desarrollo carecen de tecnología, capital y otros recursos para desarrollar sus industrias, la inversión extranjera se considera un componente crucial para hacer que sus mercados sean más competitivos en una economía globalizada. Nuestras observaciones y experiencias diarias nos dan una imagen muy clara sobre la existencia y el alcance de la corrupción; esto puede establecerse claramente, mientras que la proposición contraria, no. Ya que este fenómeno no puede considerarse inexistente, no sería coherente dejarlo fuera del campo de investigación.

Habiendo hecho un preámbulo sobre la corrupción en los países en desarrollo y mostrado algunas cifras que considero relevantes, podemos abordar el tema que nos ocupa respecto de la corrupción en los arbitrajes de inversión.

2. LA DOCTRINA DEL *EQUITABLE ESTOPPEL* Y SU RELEVANCIA EN ARBITRAJES DE INVERSIÓN CONTAMINADOS POR CORRUPCIÓN

El *equitable estoppel* o “impedimento bajo el régimen de equidad” es un principio legal que impide que alguien tome una acción legal que entre en conflicto con sus reclamos o comportamientos anteriores. Esencialmente, el impedimento equitativo es un método para evitar que alguien incumpla su palabra en un tribunal de justicia. Por ejemplo, se otorgaría un impedimento equitativo a un demandado si el demandante previamente dio su permiso para que aquel hiciera algo, y luego lo demandó una vez que lo hizo. En puridad, el *estoppel* —de origen anglosajón— no es sino la teoría de los actos propios aplicada al ámbito arbitral, de tal suerte que siempre se necesitará de una primera conducta con efectos jurídicos; la creación de una expectativa en la contraparte (quien ajusta su comportamiento en virtud de esa primera conducta); y una segunda conducta que contravenga la primera, defraudando la expectativa de su contraparte. Como se ve, como trasfondo a la teoría se encuentra el compromiso de respetar la palabra em-

⁵ Llamzon, Aloysius P. “Corruption in International Investment Arbitration”.

peñada, de ahí que algunos sostienen que la doctrina de los actos propios deriva del principio más universal de la buena fe.

Dicho de otra manera, si un Estado reconoce el soborno como ilegal, empero, luego se descubre que este participa en sobornos o actos similares, la teoría del *equitable estoppel* impediría que dicho Estado anfitrión invoque la ley para escapar de su propia responsabilidad. El *equitable estoppel*, por lo tanto, trabaja para mitigar “el cinismo de la conducta contradictoria de los Estados que tratan de victimizarse de sus propios actos”.

Aterrizando los ejemplos a las reclamaciones de los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), siempre involucrarán contratos en los que un Estado es parte y tendrá un propósito legítimo, incluso cuando la corrupción esté involucrada durante la formación del contrato. Las demandas y reclamaciones en mérito de los TBI carecen de una justificación política clave para prohibir completamente las reclamaciones sujetas a una defensa contra la corrupción. Cuando la corrupción se convierte en un contrato (p. ej. el pago de dádivas a ciertos funcionarios para otorgar la *buena pro* al contratista), ambas partes aceptan el riesgo de que no podrán recuperarse si alguna de las partes incumple, puesto que ambas están actuando de manera ilegal. En los arbitrajes de inversión, el Estado casi siempre se defiende contra el reclamo de incumplimiento de un inversor. En consecuencia, cuando la corrupción se infiltra en un contrato formado bajo un TBI, el inversor privado acepta el riesgo de que no podrá recuperarse o resarcirse económicamente si el Estado incumple, pero lo mismo le ocurre al Estado, quien también acepta un riesgo en caso el inversor incumpla.

Lo anterior nos lleva a la siguiente pregunta: ¿Qué tan viable es para un Estado argumentar en un arbitraje de inversión actos de corrupción, cuando él mismo participó en ellos? Recordemos que en el reino de los arbitrajes de inversión, cualquier entidad o funcionario que represente al Estado (ya sea municipalidad, gobierno local, regional u órgano que forme parte del aparato estatal) compromete al Estado mismo y lo hace responsable. Lo mismo ocurre respecto de determinado gobierno de turno. Por más que un gobierno haya tomado acuerdos corruptos en nombre del Estado y luego otro gobierno de turno plantee desconocerlos, esto no exime al Estado de responsabilidad, pues independientemente de qué gobierno incurrió en los actos corruptos, de igual forma se está comprometiendo al Estado en las posibles consecuencias legales internacionales.

La doctrina del *equitable estoppel* va de la mano con la ya conocida doctrina de los actos propios, conocida en latín bajo la fórmula *non venire contra factum proprium*. Este principio del derecho establece la inadmisibilidad de actuar contra los propios actos realizados con anterioridad; es decir, prohíbe que una persona (o Estado) pueda ir contra su propio comportamiento mostrado con anterioridad para limitar los derechos de otra parte.⁶ La doctrina del *equitable estoppel* se basa en los principios que se encuentran en los casos de fraude. Esencialmente, esta doctrina evita que una parte tome una posición diferente en el juicio o arbitraje que la que tomó anteriormente, especialmente si la otra parte incurriría en daño como resultado del cambio.

En el caso concreto, en líneas generales, ambas partes violaron la ley para suscribir el contrato de concesión, por consiguiente, no pueden luego —para impedir o para iniciar el arbitraje— alegar que la otra ha vulnerado la ley.

Si bien la teoría de los actos propios impediría que el Estado use de escudo los actos de corrupción de un inversor extranjero para frenar el arbitraje, no menos cierto es que —siendo consecuentes con la teoría— el privado, por su parte, no puede pretender iniciar el arbitraje. Es decir, los actos propios alcanzan a ambas partes y, por tanto, el impedimento de contravenir la conducta propia se predica para el Estado y para el inversor. Para el primero, en cuanto no puede alegar como defensa actos de corrupción de los que fue parte y para el segundo, por cuanto no debiera pretender el arbitraje cuando este inició la relación contractual violando la ley.

Sucede que el presente problema tiene un matiz especial. La mayoría de casos donde se cuestionan los actos propios, son supuestos en donde solo una parte ha contravenido su propia conducta, sin embargo, la *litis* en cuestión tiene como basamento actos de corrupción de naturaleza bilateral —con prestaciones reciprocas de por medio— y en consecuencia, la obligación de respetar el compromiso asumido recae en ambos extremos de la relación. No obstante, esto lleva a una aparente contradicción: de un lado, no se puede alegar actos de corrupción para impedir el arbitraje y, por tanto, este debiera suceder, pero por otro lado, no debería darse el arbitraje en virtud de que ninguna de las partes puede alegar un incumplimiento

⁶ Bullard, Alfredo. “Los fantasmas sí existen: La doctrina de los Actos Propios”. *Ius et veritas*.

contractual/legal cuando estas ingresaron a su respectiva relación por la puerta ilegal. La aplicación consecuente del *estoppel* lleva el problema a un callejón sin salida. ¿Debe haber arbitraje o debe frenarse? En consecuencia, habría que tener cuidado en cómo aplicamos esta teoría, dado que puede convertirse en una camisa de fuerza y atar de manos al tribunal arbitral. Ahora, si no puede haber arbitraje —en aplicación del *estoppel*— entonces la resolución del conflicto entre el Estado y el inversor privado peligra, teniendo como otras opciones un arbitraje comercial o acudir a la Corte Internacional de Justicia.

Existe, sin embargo, una posible salida. La teoría de los actos propios tiene excepciones, estas son relativas a la nulidad de actos jurídicos. Cuando un acto jurídico es nulo —p. ej. por vulnerar el orden público y buenas costumbres— se vuelve irrelevante la teoría de los actos propios, por cuanto aquella *litis* que en un inicio perteneció solo a las partes, el Derecho la ha hecho suya por el interés general que hay de por medio. En ese sentido, si dos partes celebraron un contrato cuyo contenido viola el orden público, y luego una de ellas demanda ante los tribunales, aplicando los *actos propios* el juez tendría que desestimarla, pero al ser inaplicable esta teoría en razón del orden público, tendría que admitirla. El problema con esa solución es que el arbitraje es un fuero privado y —en principio— no ventila cuestiones relativas al orden público. Incluso quienes sostienen la naturaleza mixta del arbitraje, creen que su naturaleza jurisdiccional se refiere a los aspectos procesales y de ejecución, empero, este sigue siendo un acuerdo privado. Dicho esto, los arbitrajes de inversión tienen un trato distinto a los arbitrajes comerciales. Aquellos no son privados ni confidenciales; los laudos y órdenes procesales están a disposición de todos en los canales del CIADI y otros organismos. En consecuencia, muy bien podría un tribunal CIADI asumir la jurisdicción de un caso en que ambas partes han violado la ley y en donde aplicando la teoría de los actos propios debería negarla, pero que por su contenido de orden público, puede resolver el caso.

Es importante señalar que la doctrina del *estoppel* no es ajena a los tribunales del CIADI. El tribunal de Fraport estableció que es deber del tribunal arbitral impedirle a un Estado usar como defensa la violación de la ley cuando este la obvió para permitir una inversión:

"(...) Principles of fairness should require a tribunal to hold a government estopped from raising violations of its own law as a jurisdictional defense when it knowingly overlooked them and endorsed an investment which was not in compliance with its law".

La teoría del *equitable estoppel* va ganando terreno en el reino de los arbitrajes de inversión, en donde cada vez es más frecuente encontrar tribunales arbitrales que resuelven en aplicación de este principio y rechazan el predecible argumento de los Estados que pretenden que los tribunales CIADI se inhiban o declaren no tener jurisdicción en casos en donde se ha evidenciado prácticas corruptas, puesto que este argumento es contrarrestado con el hecho de que si el Estado participó en contra de su propio derecho interno al promover o participar en estas prácticas, no puede pretenderse que ellos mismos soliciten la inhibición del tribunal, por tratarse de un contrato que viola el orden público internacional y es contrario a las buenas costumbres, tal como sucedió con el famoso caso CCI nº 1110 (Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines).

3. SOBRE LA COMPETENCIA DEL CIADI EN ASUNTOS DE CORRUPCIÓN

En caso de darse un arbitraje ante el CIADI, no debemos esperar que los tribunales arbitrales se ocupen de lo concerniente a la responsabilidad penal y a los acuerdos de colaboración eficaz entre el Estado demandado y el inversor extranjero, por cuanto los árbitros no tienen ni el conocimiento, ni la experiencia, ni los recursos, ni mucho menos jurisdicción alguna para realizar investigaciones penales relativas al derecho interno de cada país en concreto. El Convenio del CIADI y los tratados de inversión tampoco regulan estos asuntos. Usualmente, los TBI suelen ser silentes sobre temas de corrupción. No obstante, las denuncias de delitos económicos pueden tener un profundo impacto en las disputas que se les presentan.

Dentro de las facultades que tiene el tribunal arbitral se encuentra la de inhibirse o declarar que carece de jurisdicción para resolver cualquier

⁷ Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25 (fundamento 346).

posible pretensión o diferencia que caiga fuera de los alcances de la jurisdicción del CIADI. El propio tribunal puede declararse no competente para oír un caso que principalmente versa sobre corrupción.⁸

Uno de los casos emblemáticos fue el caso CCI nº 1110 de 1963. “*En el contrato que subyacía a la disputa, un ingeniero argentino con cierta influencia sobre las autoridades gubernamentales, se comprometió a facilitar, en beneficio de una empresa inglesa, la adjudicación de varios contratos para el suministro a una empresa pública argentina de equipos eléctricos. Como contraprestación recibiría una jugosa comisión del 10% del valor de los contratos concluidos⁹. El ingeniero argentino utilizaba a su vez parte de la comisión recibida para corromper a los funcionarios públicos y así obtener los contratos¹⁰. Posteriormente la empresa inglesa se negó a satisfacer las comisiones, y el ingeniero argentino inició el arbitraje para cobrar las cantidades a las que creía tener derecho¹¹*”.

Ahora bien, el árbitro se declaró incompetente y se inhibió por considerar que el contrato violaba el orden público internacional y era contrario a las buenas costumbres. Si bien este caso data de hace 60 años, el derecho civil usualmente castiga con la nulidad del acto jurídico (en este caso, del contrato), por perseguir una finalidad ilícita. En el Perú, por ejemplo, los actos jurídicos deben versar sobre fines lícitos y juridicamente posibles y si esto se quebranta, pues, el contrato es sancionado con la nulidad. En el derecho anglosajón aplica un principio similar, pues la doctrina de las “*manos limpias*” priva a toda persona que ha incurrido en actos de corrupción de poder solicitar un remedio o monto indemnizatorio en la vía arbitral. El tribunal arbitral en aplicación de este principio puede declarar no tener jurisdicción alguna. En buena cuenta, el inversor que ha cometido actos

⁸ Art. 41, Convenio CIADI:

“(1) *El Tribunal resolverá sobre su propia competencia.*

(2) *Toda alegación de una parte que la diferencia cae fuera de los límites de la jurisdicción del Centro, o que por otras razones el Tribunal no es competente para oírla, se considerará por el Tribunal, el que determinará si ha de resolverla como cuestión previa o conjuntamente con el fondo de la cuestión*”.

⁹ Caso CCI nro. 1110 de 1963, pp. 4.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 10-17.

¹¹ Fernández-Armesto, Juan (2018). *La lucha contra la corrupción desde el arbitraje*. CEU Ediciones, 2018.

de corrupción pierde derecho a solicitar, en la vía arbitral, que se amparen sus derechos como inversor extranjero.

Si bien el caso CCI nº 1110 marcó un hito, se podría decir que hoy en día es más difícil advertir si un tribunal arbitral se inhibirá por actos corruptos en la formación y ejecución del contrato. Tal como veremos más adelante en el numeral VI, existe vasta jurisprudencia en el CIADI con posiciones encontradas respecto de la jurisdicción del tribunal arbitral en aquellos casos con tintes de corrupción.

Los tribunales de inversión están facultados para arbitrar disputas entre los Estados anfitriones y los inversionistas bajo marcos legales internacionales que brindan protecciones sustantivas y procesales para las inversiones privadas. Sin embargo, numerosos Estados anfitriones han argumentado que las inversiones contaminadas por la corrupción no califican para recibir protección y, por lo tanto, los tribunales carecen de jurisdicción sobre estas disputas. Los tribunales arbitrales han respondido a los argumentos de estos Estados anfitriones y se han negado a ejercer jurisdicción sobre estas disputas, no obstante, los tribunales socavan su propósito de incentivar la inversión y promover el desarrollo al negar jurisdicción sobre estos casos.

Coincido plenamente con las críticas hacia aquellos tribunales de inversión que se inhiben o sostienen no tener jurisdicción en estos arbitrajes. En mi opinión, esto se debe a dos factores; un primer factor es que ningún tribunal arbitral está dispuesto a politizar o “comerse el sapo” de tener que lidiar con un arbitraje de inversión con muchas aristas, sobre todo si el desarrollo del proceso arbitral mismo será de conocimiento público y los árbitros mismos pueden ver su criterio parcializado a la luz de tanta presión mediática; y un segundo factor es que usualmente la gran mayoría de los TBI son silentes respecto a prácticas corruptas y no prevén mecanismos o sanciones hacia las partes por infringirlos y, por tanto, consideran que pronunciarse sobre actos corruptos puede ser visto como si estuvieran tomándose atribuciones que no les corresponden o inclusive como si sus laudos estuvieran yendo más allá de su propia jurisdicción.

El artículo 25 (1) del CIADI otorga jurisdicción a tribunales sobre disputas relacionadas a inversiones, pero cuando la inversión en cuestión se ve afectada por la corrupción, los tribunales generalmente determinan que estas no califican como “inversión” en virtud del Convenio del CIADI y, en consecuencia, que el tribunal carece de jurisdicción para resolver la dis-

puta.¹² Pues como acertadamente Mortenson sostiene: En el contexto de la corrupción, los tribunales de inversión ofrecen dos razones principales para declinar la jurisdicción: la política pública internacional y el requisito de que las inversiones cumplan con las leyes del Estado anfitrión. Según la justificación de la política pública internacional, los tribunales evitan que una parte infractora obtenga alivio porque combatir la corrupción es un valor global y sería injusto ayudar a una parte que es “culpable de conducta ilegal (o inmoral)”.

Los tribunales que reconocen la defensa contra la corrupción no solo no logran poder responsabilizar a los Estados anfitriones corruptos responsables por sus actos, sino también fallan en cumplir con los estándares internacionales anticorrupción. Los Tratados Bilaterales de Inversión han sido creados con la principal finalidad de promover e incentivar el comercio exterior, dando una seguridad jurídica a aquél inversor extranjero que invierte en un país cuyo estado de derecho no es tan sólido como quisiera ser. Lo paradójico es que cuando los tribunales declinan ejercer jurisdicción en casos como el que nos atiende, a todas luces se está dando el mensaje de que se está desprotegiendo la inversión extranjera y esto no ayudará en promover la inversión y el crecimiento económico del país anfitrión. Indirectamente los tribunales arbitrales que declinan poder conocer un caso, están haciéndole un flaco favor al país anfitrión a largo plazo.

4. SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS

No hay que dejar de lado que en muchos casos el Estado comparte responsabilidad con el inversor extranjero que ha incurrido en actos de corrupción, pues para bailar tango se necesitan dos. Sin duda, el *ius imperium* del Estado, dota a este de ciertas facultades para imponer sanciones económicas a aquellos inversores que han incurrido en corrupción para hacerse de un contrato. No obstante, no olvidemos que justamente para

¹² Cf. Julian Davis Mortenson, *The Meaning of "Investment": ICSID's Travails and the Domain of International Investment Law*, 51 HARV. INT'L L.J. 257, 309-10 (2010) (“To say that the definition of ‘investment’ has been contentious is an understatement...”); Jeremy Marc Exelbert, Note, *Consistently Inconsistent: What Is a Qualifying Investment Under Article 25 of the ICSID Convention and Why the Debate Must End*, 85 FORDHAM L. REV. 1243, 1267 (2016).

eso sirve el CIADI, para despolitizar las controversias que puedan surgir. Lógicamente, el Estado previsiblemente luego de conocer los escándalos de corrupción tomará una posición predecible, esto es, paralizar proyectos, sancionar a los actores corruptos y mermarlos en la inversión que pudieran haber realizado dentro del Estado. Sin embargo, es el Estado el que está expropiando una inversión; dejemos de lado por un instante la premisa de que el inversor extranjero ha incurrido en actos de corrupción, al ser este un inversor extranjero, en virtud del respectivo Tratado Bilateral de Inversión.

Naturalmente, lo que el inversor extranjero planteará es que no hubo un debido proceso legal ni mucho menos se les ha dejado vender la cuantiosa inversión realizada dentro del territorio del Estado demandado. Son justamente estas medidas las que en mi opinión serán materia de análisis ante un eventual arbitraje en el CIADI.

En los acuerdos de inversión en que se cometen delitos económicos, el Estado es más que una parte. El Estado es quien regula, investiga, adjudica y sanciona en relación con los delitos cometidos dentro de su territorio. El enjuiciamiento de delitos económicos podría acarrear el incumplimiento de las obligaciones internacionales de un Estado, lo que llevaría a un reclamo del inversor en su contra. Por otro lado, el Estado podría presentar una reconvención por la mala conducta del inversor, por haber incurrido en actos de corrupción como es el pago de dádivas a altos y medianos funcionarios.

Cuando los representantes de un Estado cometen delitos de corrupción, los tribunales arbitrales suelen analizar a las dos partes como de una misma ecuación. Sancionar solo al inversor que corrompe es injusto, puesto que el Estado también ha incurrido en malas prácticas y debería ser sancionado bajo la misma óptica. Querer sancionar solo al inversor extranjero *prima facie* parecería injusto y contradiría los principios generalmente aceptados del derecho internacional.

Por ello, es mi opinión que la potencial posición del Estado demandado será la de querer invocar los actos de corrupción para tratar de evitar su propia responsabilidad y castigar desproporcionadamente al inversor extranjero y de ese modo aprovecharse injustamente de la desmoralización que en gran parte fue promovida por el mismo Estado. Se podría decir que estamos en una paradoja sobre qué viene primero: ¿el huevo o la gallina?.

Pues ¿quién comenzó con los actos ilícitos de pagos de sobornos para adjudicarse mega proyectos? Fue acaso el Estado quién a cargo de determinado gobierno de turno promovió este tipo de conductas, o quizás fue iniciativa propia de la misma empresa corruptora. No lo podemos saber con claridad y posiblemente no lo lleguemos a saber.

5. CASOS EMBLEMÁTICOS DE CORRUPCIÓN ANTE EL CIADI

Como primera cuestión, es muy posible que el tribunal arbitral analice su propia jurisdicción. Recordemos que es una potestad en el arbitraje de inversiones que los propios árbitros puedan declinar su jurisdicción a reclamos contaminados por delitos económicos o resolver que tales reclamos son inadmisibles. A esto se le ha llamado la doctrina de las “*manos limpias*”.

La jurisprudencia en arbitrajes ante el CIADI sobre corrupción no es uniforme. Se podría decir que existen dos corrientes: 1) una primera facción, mucho más conservadora, que suele exonerar al Estado de sus responsabilidades al estar involucrado en delitos de corrupción; y 2) una segunda facción, que está de acuerdo en otorgar a los inversores cantidades significativas de compensación, a pesar de haber incurrido en actos de corrupción para celebrar contratos.

5.1. *Facción pro Estado*

Es el caso de aquellos tribunales arbitrales que por lo general tratan de exonerar al Estado de sus responsabilidades al estar involucrados en delitos económicos. En caso de que el tratado o el acuerdo de arbitraje requieran que la inversión se realice de conformidad con la ley, los tribunales arbitrales generalmente consideran los delitos económicos al momento de determinar su propia jurisdicción.

Tal fue el caso de *Methanex v. USA*, en donde el reclamante (el productor más grande de metanol) alegó violación al principio de trato nacional y corrupción en la elaboración regulatoria que prohibió la comercialización de MTBE (aditivo que mejora el octanaje de la gasolina) en el estado de California con el fin de perjudicarlo. El tribunal desestimó la demanda por carecer de jurisdicción y manifestó que incluso asumiendo jurisdicción, la

demandas se desestimarían por los méritos del caso, ya que el proceso legislativo se llevó a cabo de manera transparente y el hecho de que el reclamante haya sido afectado no significa que hubo corrupción.

El 3 de diciembre de 1999, Methanex presentó una demanda contra los Estados Unidos de América por USD 970 millones (más costos e intereses), al amparo del capítulo 11 del TLCAN, en particular, los artículos 1102, 1105 y 1110, que regulan el *trato nacional*, el *nivel mínimo de trato* y la *expropiación*, respectivamente. A pesar de que Methanex no fabrica MTBE, alegó que sus ventas se verían afectadas por la medida, dado que el metanol utiliza MTBE para mejorar la oxigenación del combustible, y que su prohibición alentaría la compra de sustitutos del metanol.

Dentro de las razones consideradas por las autoridades californianas para prohibir la comercialización, se encontraban consideraciones que apuntaban hacia el hecho de que el MTBE es un agente cancerígeno y que el mismo fue encontrado en fuentes subterráneas de agua. Ante ello, Methanex sostuvo que no existe evidencia de que el MTBE haya ocasionado o pueda ser asociado con problemas de salud.

El tribunal formado el 18 de mayo de 2000 resolvió en un fallo parcial el 7 de agosto de 2002, que el TLCAN carecía de jurisdicción para resolver el reclamo de Methanex, tal y como fue formulado, abriendo la posibilidad de que reformulara el reclamo para proseguir con la demanda.

De esta manera, Methanex reformuló su reclamo en base a nueva información, alegando que la decisión del estado de California de prohibir la venta y utilización del MTBE estuvo determinada por contribuciones a la campaña política del que se convirtiera en gobernador de dicho estado, Gray Davis, contribuciones por parte de la empresa Archer-Daniels-Midland (la mayor productora de etanol de los EE.UU.), práctica por la cual dicha compañía ya había sido condenada en otro caso en el 2000. No obstante, este nuevo reclamo tampoco prosperó, y así, el Tribunal resolvió su falta de jurisdicción por inaplicación del art. 1101.1 del TLCAN, y por tanto, su incapacidad para resolver el mérito de las alegaciones de Methanex relativas al trato nacional (art. 1102), nivel mínimo de trato (art. 1105) y expropiación (art. 1110):

Having concluded on the evidential record that no illicit pretext underlay California's conduct and that Methanex has failed to establish that the US

measures were intended to harm foreign methanol producers (including Methanex) or benefit domestic ethanol producers (including ADM), it follows on the facts of this case that there is no legally significant connection between the US measures, Methanex and its investments. As such, the US measures do not “relate to” Methanex or its investments as required by Article 1101(1). Accordingly, the USA succeeds on its jurisdictional challenge under Article 1101, as regards Methanex’s claim pleaded in its Second Amended Statement of Claim; and the Tribunal concludes that it lacks jurisdiction to determine Methanex’s substantive claims alleged under NAFTA Articles 1102, 1105 and 1110¹³ (énfasis añadido).

De similar manera, en el caso *Inceysa v. El Salvador*, a pesar de las alegaciones del reclamante sobre adjudicaciones irregulares, el Tribunal Arbitral laudó en favor de El Salvador, por estimar que carecía de competencia para ver el fondo del caso.

Otro claro e interesante ejemplo es el caso *World Duty Free v. Kenya*, en el que la República de Kenia acordó con la compañía Word Duty Free la construcción, mantenimiento y operación del complejo *duty-free* en dos aeropuertos de Kenia. En junio de 2000, el reclamante demanda por daños al Estado de Kenia alegando expropiación de la obra. En diciembre de 2002, se demuestra a través de una declaración de testigo, que el reclamante se hizo de la concesión mediante un soborno. El accionista mayoritario de la compañía —el Sr. Ali— describió abiertamente cómo aseguró la conclusión del contrato de concesión haciendo una donación personal de USD 2 millones al presidente de Kenia; la suma en efectivo -cambiada a chelines kenianos- se guardó en un maletín marrón que el intermediario entre el Sr. Ali y el presidente Rashid Sajjad dejó junto a una pared cuando estos se reunieron. Finalizada la reunión, recogieron el maletín de donde lo habían dejado. En el viaje de partida, el Sr. Ali revisó el maletín y se dio cuenta de que el efectivo había sido reemplazado por maíz fresco:

“(...) He had then arranged for this to be exchanged into Kenyan Shillings (KSh). He brought the KSh in cash to my meeting with HEDAM in a brown briefcase. When we entered the room where the President received us, he put the briefcase by the wall and left it there. After the meeting we collected the

¹³ Cf. *Methane Corporation v. United States of America*.

*briefcase from where we had left it. On the departing journey I looked in the briefcase and saw that the money had been replaced with fresh corn*¹⁴.

Esto fue usado como argumento de defensa por el Estado y posteriormente el Tribunal Arbitral se negó a tocar el fondo del caso, aduciendo que el contrato se formó después del pago de sobornos al presidente de Kenia.

Si bien las circunstancias del pago eran indiscutibles, el reclamante argumentó que el pago, lejos de ser un soborno, estaba justificado por la cultura *harambee* y presentó pruebas de un experto que explicaba esta práctica tradicional keniana. Sin embargo, el Tribunal no estaba dispuesto a aceptar este argumento y finalmente concluyó que la “donación” de USD 2 millones del Sr. Ali al presidente de Kenia constituía un soborno destinado a asegurar el acuerdo de inversión.

El tribunal examinó las leyes nacionales y acuerdos internacionales relativos a corrupción, así como las decisiones de tribunales arbitrales tomadas en esa materia, para concluir que los contratos basados en sobornos no son exigibles por contrariar el orden público internacional:

*In light of domestic laws and international conventions relating to corruption, and in light of the decisions taken in this matter by courts and arbitral tribunals, this Tribunal is convinced that bribery is contrary to the international public policy of most, if not all, States or, to use another formula, to transnational public policy. Thus, claims based on contracts of corruption or on contracts obtained by corruption cannot be upheld by this Arbitral Tribunal*¹⁵.

El tribunal también enfatizó que los contratos contaminados con corrupción son inaplicables, incluso cuando se celebran en un país donde el soborno es una práctica común, debido a que la misma regla forma parte de la política pública inglesa y keniana. En consecuencia, el tribunal sostuvo que Kenia tenía la obligación —de conformidad con las leyes de Inglaterra y Kenia, que eran aplicables al contrato— de evitar el soborno. El reclamante, a su vez, no tenía bases para sostener ningún reclamo sobre tratados de inversión, alegados en los procedimientos del CIADI como una cuestión de orden público internacional y de política pública bajo las leyes

¹⁴ World Duty Free Co Ltd v. The Republic of Kenya, ICSID Case No. ARB/00/7.

¹⁵ *Ibidem.*

inglesa y keniana. Finalmente, el tribunal hizo una declaración crucial, reconociendo la injusticia del laudo resultante, ya que el presidente de Kenia solicitó el soborno al amparo de las costumbres locales, sin que nunca se le haya procesado por este comportamiento ilícito. No obstante, el tribunal afirmó que el acto corrupto de un presidente en ejercicio no es atribuible al Estado mismo, ya que «la ley no protege a las partes litigantes sino al público; o en este caso, a la masa de contribuyentes y otros ciudadanos que conforman uno de los países más pobres del mundo»:

“(...) *the law protects not the litigating parties but the public; or in this case, the mass of tax-payers and other citizens making up one of the poorest countries in the world*”¹⁶.

Por otro lado, así como la contaminación con delitos económicos en acuerdos de inversión propicia que los tribunales arbitrales se abstengan de resolver las controversias por falta de jurisdicción, es posible que un reclamo sea rechazado una vez que el tribunal se ha adentrado en el fondo de la *litis*.

P. ej. el caso *Churchill Mining v. Indonesia*, en el que los inversores recurrieron a un tercero, quien obtuvo licencias fraudulentas para la explotación minera de ciertas áreas en Indonesia. Eventualmente, el gobierno indonesio revocó todas las licencias, afectando al inversor -quien al perder su capacidad de explotar-, acudió al CIADI. El Tribunal Arbitral estableció la gravedad de falsificar las licencias y posteriormente empleando el estándar del *willfull blindness*¹⁷- concluyó que el demandante incurrió en una seria falta de diligencia al ignorar que el rubro en el que incursionó padece de un problema serio de corrupción y, por tanto, debió prever que las licencias mineras se conseguirían ilegalmente. Por consiguiente, el Tribunal declaró inadmisibles todos los reclamos de la empresa, por cuanto sus reclamos estaban basados en derechos adquiridos mediante fraude.

Un grupo de empresas indonesias le presentó el proyecto minero East Kutai Coal Project (EKCP) a los demandantes, para la exploración de un

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Supuesto que se configura cuando una persona, con el fin de evitar responsabilidad, se mantiene intencionalmente en un estado de ignorancia sobre hechos que, de haberlos conocido, la harían responsable.

gran depósito de carbón en la provincia del Este de Kutai, Indonesia. Los demandantes invirtieron en el proyecto EKCP. Para estos fines, el grupo Ridlatama se encargaba de conseguir las licencias —fraudulentamente— para la explotación de esas zonas.

Los conflictos comenzaron a partir del 2010, cuando las áreas de determinadas licencias otorgadas por el grupo Ridlatama se superponían sustancialmente con aquellas otorgadas a otras empresas. Por recomendación del Ministerio Forestal de Indonesia, la provincia del Este de Kutai revocó todas las licencias pertenecientes a las al grupo Ridlatama.

Este grupo inició un procedimiento contra Indonesia ante los tribunales de dicho país, mientras que los inversores recurrieron al Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas Inversiones (CIADI) en el 2012, solicitando compensación plena por la expropiación de su inversión.

Dado que los TBI no detallaban las consecuencias jurídicas de la falsificación, el tribunal consideró apropiado aplicar, aparte de los TBI, el derecho indonesio y el derecho internacional. En cuanto a la pertinencia de decisiones anteriores, el tribunal explicó que, pese a que no se encontraba obligado a respetar decisiones previas, debía prestarles debida consideración porque tenía el “deber de adoptar los principios establecidos en una serie de casos consistentes” a fin de contribuir “al desarrollo armonioso del derecho internacional de las inversiones”. El tribunal recurrió al derecho internacional y a la jurisprudencia del CIADI para establecer las consecuencias jurídicas de la falsificación. Condujo una extensa revisión de dichos casos y concluyó que, dependiendo de las circunstancias del caso, el fraude podría afectar la jurisdicción del tribunal (tal como en *Phoenix vs. la República Checa, Inceysa vs. El Salvador y Europe Cement vs. Turquía*), la admisibilidad de la demanda (como en *Plama vs. Bulgaria*) o valorarse al ver el fondo del caso (como en *Cementownia vs. Turquía, Malicorp vs. Egipto y Minnotte vs. Polonia*).

Basándose en los casos, *Venezuela Holdings vs. Venezuela, Phoenix vs. República Checa, Europe Cement vs. Turquía y Hamester vs. Ghana*, el tribunal explicó que la conducta fraudulenta constituye un abuso de derechos que se contrapone al principio de buena fe, porque un inversor no puede beneficiarse de la protección de un tratado cuando su conducta subyacente es considerada impropia.

El tribunal arbitral prosiguió, observando que algunos casos particularmente graves de conducta fraudulenta como *World Duty Free vs. Kenya y Metal-Tech vs. Uzbekistán*, fueron declarados contrarios a las políticas públicas de orden internacional. Siguiendo esa línea de pensamiento, el tribunal explicó que las demandas surgidas de derechos en base a fraude o falsificación que un demandante ignoró en forma deliberada, son *inadmisibles* en virtud de las políticas públicas de orden internacional y, en consecuencia, como el esquema fraudulento afectó la totalidad de la inversión de los demandantes, el tribunal consideró todas sus demandas inadmisibles.

El caso *SPP v. Egypt* ofrece una idea de cuándo un tribunal del CIADI podría encontrar que un Estado “*pasó por alto a sabiendas*” un hecho material relacionado con la legalidad de la formación de contratos bajo un TBI. Allí, el Tribunal impidió a Egipto (país anfitrión) alegar la ignorancia de un hecho que, de haberse planteado a tiempo, habría sido un obstáculo jurisdiccional para el arbitraje. Al llegar a esta conclusión, el tribunal declaró como principio general del derecho internacional que “*la conducta de cualquier órgano del Estado se considerará un acto de ese Estado*”, incluso cuando dicha conducta sea ilegal o exceda la autoridad del órgano estatal. Sin duda la doctrina del *equitable estoppel* estuvo presente en el razonamiento del Tribunal Arbitral.

5.2. *Facción pro inversionista*

Por el contrario, esta facción repara en otorgar a los inversionistas grandes cantidades de compensación. El caso más paradigmático, por contener el laudo más caro en la historia del arbitraje —USD 50 billones— es el caso *Yukos v. Rusia*. La federación rusa fue condenada a indemnizar por esta insólita cantidad a los accionistas de la extinta compañía petrolera Yukos, a pesar de los reveses sufridos en el camino (en el 2016 una corte de La Haya anuló el laudo que obligaba a Rusia a indemnizar).

Efectivamente, el 28 de julio de 2014, un tribunal de arbitraje de La Haya, decidió unánimemente que la Federación Rusa había violado sus obligaciones internacionales bajo el Tratado de la Carta de la Energía, al montar un proceso malintencionado que pretendía destruir a la empresa Yukos Oil Company y apropiarse de sus activos, y obligó a Rusia a otorgar

más de 50 000 millones de dólares como compensación a los antiguos accionistas mayoritarios de Yukos.

Tal como se recogió durante el arbitraje, los reclamantes mantuvieron la tesis de un proceso sistemático de desmantelamiento de Yukos por parte del Estado ruso por motivos políticos, ya que el presidente Putin veía al líder la extinta empresa —Mijaíl Jodorkovsky— como una amenaza política:

“In what has been described as “a literal orgy of lawlessness”, the Russian Federation instigated and conducted a campaign of terror aimed at depriving Yukos of its ability to run its business, and thus facilitating the destruction of the company. This was achieved through an escalating process of arrests, intimidation, harassment, searches and seizures. The breadth of the campaign, which targeted not only Yukos and its management but also entities and individuals associated with the company, and the flagrant violations of due process that characterized the actions of the Russian Federation, underscore both the ruthlessness with which the Russian Federation sought the destruction of Yukos and the coordinated nature of the attack. The undeniable effect of the actions described below was to undermine the viability of Yukos, placing the Russian Federation in a position to carry out the dismantling of the Company”¹⁸.

Rusia se opuso al laudo mediante el mecanismo habitual: la acción de anulación contra el laudo basándose —entre otras cosas— en que el tribunal arbitral carecía de jurisdicción, y así, se dictó una sentencia que anuló el laudo dictado en 2014, no por un tema de fondo, sino por una falta de jurisdicción. En efecto, el tribunal del distrito consideró que la Federación Rusa no estaba vinculada por la aplicación provisional del artículo 26 del Tratado de la Carta de la Energía, que contiene la oferta de arbitraje, a pesar de que Rusia había consentido su aplicación provisional. Esto fue luego revertido a inicios del 2020, cuando se condenó a Rusia a indemnizar a los accionistas de Yukos.

En definitiva, puede verse cómo el contenido del tratado u otro instrumento en el que las partes consienten el arbitraje, ayuda a esclarecer la jurisdicción de los tribunales y/o la admisibilidad de la pretensión.

Otro caso que vale la pena mencionar es el de *Waguih Elie George Siag y Clorinda Vecchi v. La República Árabe de Egipto*. En este caso se consideró

¹⁸ Véase, Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, UNCITRAL, PCA Case N.º 2005-04/AA227.

más de cerca la cuestión de cuando para fines de responsabilidad estatal, se considera que un gobierno conoce las acciones de sus funcionarios. La disputa se centraba en que el ciudadano italiano Sr. Siag alegó una expropiación por parte de Egipto en violación del TBI Italia-Egipto. Por su parte, Egipto afirmó que el Sr. Siag no tenía derecho por cuanto previamente había sido declarado en quiebra por un tribunal egipcio y, por lo tanto, carecía de la capacidad legal para consentir el arbitraje. El Sr. Siag respondió que el argumento de Egipto respecto de una excepción preliminar se presentó fuera de tiempo, al amparo de la Regla 41 del CIADI y debía ser ignorada o considerada como una renuncia a tal derecho, al amparo de la Regla 26 o 27 del CIADI.

Egipto culpó por esta demora al Sr. Siag y lo acusó de actuar de mala fe al no revelar oportunamente su estado quiebra. El tribunal no estuvo de acuerdo y, basándose en los artículos 4 y 7 de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente, e imputaron que el poder judicial egipcio tenía conocimiento sobre la quiebra del Sr. Siag y, por tanto, el estado egipcio también se encontraba al tanto.

En consecuencia, se denegó la defensa de Egipto y el caso procedió según sus méritos y el tribunal arbitral emitió un laudo a favor del Sr. Siag. La decisión del tribunal es notable por cuanto acepta el equitativo estoppel como defensa bajo el derecho internacional:

*"As a creation of equity, estoppel is grounded in the notion that a person ought not to benefit from his or her wrongs. Brownlie, in his text *Principles of Public International Law* notes that "[a] considerable weight of authority supports the view that estoppel is a general principle of international law, resting on principles of good faith and consistency." Sir Hersch Lauterpacht, in addition to the statement cited above, offered the view that "[a] State cannot be allowed to avail itself of the advantages of the treaty when it suits it to do so and repudiate it when its performance becomes onerous. It is of little consequence whether that rule is based on what in English law is known as the principle of estoppels or the more generally conceived requirement of good faith. The former is probably not more than one of the aspects of the latter."¹⁹*

¹⁹ Véase, Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15.

6. CASOS DE CORRUPCIÓN ANTE EL CIADI A FUTURO: ¿SE VIENE UN CAMBIO DE PARADIGMA?

Como es de amplio conocimiento, quienes pondrán fin a la disputa ante un procedimiento CIADI (ya sea inhibiéndose por falta de jurisdicción o sobre el fondo) son los árbitros. La designación de cada árbitro es de suma importancia en estos asuntos. Como es práctica usual, quienes actúan como árbitros ante el CIADI son profesionales experimentados, y muchas veces también son miembros de una firma de abogados, e inclusive muchos de ellos dirigen la práctica de arbitraje dentro de la misma firma. Como ya podrán suponer, esas mismas firmas de abogados en los arbitrajes internacionales suelen representar activamente a las partes ante tribunales arbitrales. En buen cristiano, muchas veces los árbitros se cambian la camiseta de juzgador por la de litigante y viceversa. Este precepto es conocido como el “double hat” en inglés y hace referencia a que los árbitros cambian de sombrero al pasar de juzgadores a defensores.

De hecho, cada vez es más común que distinguidos abogados representen a alguna parte —cliente— en un arbitraje administrado por las instituciones internacionales más prominentes como lo son la ICC, LCIA, SIAC, SCC o el mismo Centro Internacional de Solución de Controversias de Inversión (CIADI); y al mismo tiempo, ese mismo abogado es designado como árbitro en otro asunto (sin relación alguna con los que representa como abogado defensor) administrado por las mismas instituciones arbitrales ya mencionadas.

Más allá de si esta práctica resta transparencia al arbitraje o no y sin ánimos de entrar en un debate respecto de las reglas y directrices que los abogados y árbitros deben seguir, este hecho sin lugar a dudas está afectando el desarrollo y las conclusiones a las que los árbitros lleguen sobre aquellos casos en donde la corrupción tanto por parte del inversor como del Estado está presente.

Sin duda existe o puede existir un sesgo real por parte del árbitro, derivado de sus puntos de vista expresados previamente en otros arbitrajes en los que actuó como abogado defensor y sobre aquellos asuntos de similar índole que deba resolver en su calidad de árbitro.

En palabras de Silva Romero y H. Hranitzky: “*En los arbitrajes de inversión se debe interpretar los TBI que muchas veces contienen disposiciones*

similares, si no idénticas. Las mismas cuestiones legales o similares se plantean una y otra vez en estos casos. Además, todavía hay un grupo relativamente pequeño de árbitros con experiencia en arbitraje de inversiones, y la mayoría de estas personas también representan activamente a las partes en tales casos. Por lo tanto, no es inusual en el mundo del arbitraje de inversiones que se solicite a un individuo que se pronuncie sobre un asunto como árbitro en el que él o ella ha tomado o más tarde tomará el cargo de abogado de una de las partes en otro caso (...) De hecho, ha habido casos en los que un abogado, con el sombrero de abogado, ha citado un laudo que él o ella escribió cuando se desempeñaba como árbitro en otro caso. Los temores de que tales escenarios (u otros como ellos) puedan plantear preguntas sobre la imparcialidad del árbitro, o al menos la apariencia de imparcialidad a los ojos de un observador objetivo, se ven exacerbados por el hecho de que las disputas de inversión comúnmente plantean cuestiones de interés público, y el hecho de que, en contraste con la mayoría del arbitraje comercial, los laudos en arbitrajes de inversión están disponibles para el público”²⁰.

Por tanto, hoy las firmas están haciendo hincapié en la doctrina del *equitable estoppel*, y cada vez son más las firmas de abogados que utilizan ese argumento para poder procurar que su cliente —el inversor extranjero que ha incurrido en actos de corrupción como los mencionados anteriormente— pueda solicitar una indemnización por parte del Estado, al sostener que este último participó en actos de corrupción y de ilegalidades, y que la única forma para poder hacer negocios e inversión con el Estado, era rebajándose a las mismas prácticas subterfugias y como consecuencia de ello los tribunales arbitrales no deberían inhibirse ni declarar que carecen de jurisdicción para resolver sobre el fondo. Esos mismos abogados, son y/o serán los árbitros del mañana, y lógicamente la nueva generación de árbitros ya no aceptará el típico argumento del Estado sobre las “manos limpias” para oponerse al arbitraje y de ese modo, en un futuro más cercano que tardío, la doctrina de las “manos limpias” quedará obsoleta en aplicación de la doctrina del *equitable estoppel*.

²⁰ Hranitzky, Dennis H. y Silva Romero, Eduardo, *The “Double Hat” Debate in International Arbitration*, New York Law Journal, June, 2010.

7. CONCLUSIÓN

En contra de la narrativa mediática que enarbola la bandera de la corrupción respecto de ciertos inversores extranjeros y la bandera blanca al Estado, podemos entrever el *maridaje* oscuro que subyace en las altas esferas de los gobiernos. En ese sentido y recogiendo lo visto hasta ahora, podemos concluir los siguientes puntos: 1) la doctrina del *equitable estoppel* impide al Estado usar como defensa los actos de corrupción del inversor (de los que fue parte también) y le impide a este demandar, por cuanto los derechos que reclama se fundaron en actos de corrupción; 2) la jurisprudencia del CIADI en casos contaminados con corrupción no es pacífica y puede beneficiar al Estado (por falta de jurisdicción o inadmisibilidad del reclamo) o al inversor (con grandes compensaciones); 3) el “double hat” va a cambiar la tendencia de los tribunales CIADI sobre rechazar su jurisdicción en aquellos casos en los que el inversor ha incurrido en actos de corrupción, en aplicación de la doctrina del *equitable estoppel*; 4) los actos de corrupción de determinados agentes u órganos de gobierno vinculan al entero aparato estatal y, por tanto, el Estado responde por los actos de corrupción cometidos entre un inversor extranjero y el gobierno que participó en ellos, de tal suerte que las alegaciones de corrupción que pudieran ventilarse en un eventual arbitraje, deberían afectar en igual magnitud al Estado y al inversor extranjero.

Si bien los casos ante el CIADI antes mencionados, no tienen todos los mismos matices de corrupción -ya que esta por su naturaleza puede tomar muchas formas-, sí que ponen de relieve que los casos que han sido contaminados, pueden limpiarse con una solución bidireccional; ya sea trasladándole el barro al Estado anfitrión o al inversor.

Por otro lado, dado el conjunto correcto de hechos y una cuidadosa estrategia de litigio, ha llegado el momento de que un tribunal del CIA-DI evite que un gobierno corrupto confíe en su propia corrupción como defensa de responsabilidad bajo los términos de un TBI. Tal resultado eliminaría el incentivo perverso y haría que los Estados ignoren deliberadamente la corrupción en el contexto de los contratos internacionales de inversión y alineen mejor la práctica y la intención del arbitraje internacional de inversiones.

El sistema de solución de controversias inversor-Estado ha sido recientemente criticado por la falta de previsibilidad, legitimidad y por una intervención excesiva de los Estados en el ejercicio de los poderes soberanos. A medida de que los Estados confían en el sistema penal para hacer frente a los delitos económicos, esperan previsibilidad de los tribunales internacionales que revisan su comportamiento. Los inversores también se beneficiarían de una mayor coherencia ejercida por los tribunales en cuestiones relacionadas con delitos económicos.

Para garantizar la seguridad jurídica sobre los efectos del soborno, el lavado de dinero y otros delitos económicos en el derecho internacional de inversiones, los tratados deben incluir disposiciones sobre el efecto de los delitos económicos y la corrupción. Los Estados deberían facilitar la consolidación de estos acuerdos internacionales de inversión mediante la adopción de criterios de interpretación emitidos previamente, o mediante la sustitución de tratados antiguos por tratados modernos, ya sea uno a la vez o mediante acuerdos regionales. En esa dirección, p. ej. el modelo de acuerdos FIPA canadiense, en particular, los FIPA y los TLC firmados a finales de la tercera generación —entre 2013 y 2016— incluyen lenguaje anti-corrupción. También, el Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la Unión Europea y sus Estados miembros en su art. 8.18, inciso 3, respecto al ámbito de aplicación del acuerdo, establece: *“Para mayor seguridad, el inversor no podrá presentar una demanda con arreglo a la presente sección si la inversión se ha realizado mediante una declaración dolosa, ocultación, corrupción, o un comportamiento que equivalga a un recurso temerario”* (énfasis añadido).

Una nueva generación de tratados de inversión debe tener en cuenta tanto el derecho interno aplicable como las fuentes existentes de derecho internacional sobre delitos económicos junto con las mejores prácticas nacionales. Lo mismo debe predicarse en la práctica de los tribunales de inversión.

Los esfuerzos internacionales para reformar los acuerdos de inversión facilitarán una mayor seguridad jurídica dentro del sistema de resolución de disputas inversor-Estado. También mejoraría la legitimidad y previsibilidad del sistema de disputas inversor-Estado y conciliaría la lucha contra la delincuencia económica con la protección de los inversores extranjeros.

Lima, octubre de 2020

ALGUNAS CONSIDERACIONES LIMINARES SOBRE LOS ARBITRAJES DE INVERSIÓN

*Mario Castillo Freyre**
*Alonso Bedoya Denegri***

No cabe duda de que los países poco desarrollados requieren de capitales provenientes de aquellos que tienen un mayor grado de desarrollo. Esta situación no es novedosa. Es más, podría decirse que ello siempre ha sido así.

Cuando los países receptores de inversión son respetuosos de la legalidad y, por tanto, de la estabilidad de las inversiones que se han realizado en ellos, no existirá problema alguno. Pero son múltiples y constantes las experiencias que la historia registra, con respecto a la falta de respeto de las inversiones y de los capitales invertidos por empresas provenientes de otros países.

* Abogado, magíster y doctor en derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; abogado en ejercicio; socio del Estudio que lleva su nombre; miembro de número de la Academia Peruana de Derecho; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. www.castillofreyre.com.

** Catedrático del curso de arbitraje en la Universidad San Ignacio de Loyola y Universidad San Martín de Porres. Realizó un LLM en Comparative & International Dispute Resolution en la Universidad Queen Mary de Londres , con un enfoque en arbitraje de inversiones, comercial y de disputas en construcción. En el año 2018 se desempeñó como abogado pasante en del área de Arbitraje Internacional de la firma Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP. (Wilmerhale LLP). Pertenece a la nómina de Árbitros de los Centros de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y de la Cámara de Comercio Americana del Perú; así como, del Centro de Arbitraje y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Adicionalmente, forma parte del Chartered Institute of Arbitrators del Reino Unido, y es miembro del Directorio de Árbitros del London Court of International Arbitration, así como miembro de la nómina de árbitros del Centro Internacional de Arbitraje de Singapur.

Si en el mundo no se hubiese producido este fenómeno, resulta evidente que no hubiera habido necesidad de inventar el arbitraje de inversión. Para qué sería necesaria una institución, allí donde todos respetan las inversiones provenientes del extranjero.

Sabemos que, por las más diversas razones, fundamentalmente derivadas de prejuicios de orden demagógico o de políticos que rechazan de manera visceral todo lo que signifique inversión privada, sea nacional o extranjera y el progreso que ella conlleva, usualmente se atenta contra las inversiones, o poniéndoles trabas en el camino o confiscándolas, empleando, para ello, los más diversos mecanismos para encubrir dichas ilegalidades.

Esto determinó, como veremos, que se ideara el arbitraje de inversión, el mismo que es, en buena cuenta, una *rara avis* dentro del arbitraje, en la medida de que para su activación no se requerirá de la existencia de un convenio arbitral entre el inversionista perjudicado y el Estado donde radica su inversión; ya que bastará que ese inversionista sea nacional de un país que haya celebrado un tratado con el país receptor de la inversión, el mismo que proteja tales inversiones y que permita que el inversionista pueda emplazar en arbitraje al Estado receptor de la misma.

Es así que el arbitraje de inversión ha tenido enorme desarrollo en el mundo a lo largo de las últimas décadas, de modo tal que se podría afirmar que “las inversiones vienen con el arbitraje bajo el brazo”.

Cuando se ha perdido la confianza en los políticos del Tercer Mundo, por más de que sus economías puedan comportarse “mediocremente bien”, resulta indispensable el estar protegido por tratados que contemplen el arbitraje de inversión. De lo contrario, ante un abuso, el inversionista se verá obligado a emplazar al Estado ante los tribunales ordinarios del país violador de sus derechos; y, todos sabemos que en estos lares priman las presiones políticas y el espíritu de cuerpo.

En las siguientes páginas vamos a dar unas pinceladas acerca del arbitraje de inversión; sólo unas pinceladas sobre algunos de sus temas básicos, como para introducir al lector en esta materia que para muchos resulta ajena y lejana.

En adelante, estas consideraciones.

Como hemos expresado, el motor de la economía global es la inversión extranjera. La globalización y proliferación de nuevas tecnologías ha contribuido al desarrollo de los países de tercer nivel o economías emer-

gentes, como es el caso del Perú. Para esto, se necesitan grandes proyectos de infraestructura, construcción de carreteras, optimización y explotación de los recursos naturales, como el petróleo, el gas y *commodities*, como el oro, la plata, el cobre, etc. En otras palabras, sin inversión extranjera el país se paraliza y no podrá cumplir con las expectativas que el Estado genera sobre los ciudadanos.

Las inversiones extranjeras suelen tardar en consolidarse en la economía local y usualmente comienzan a operar y rendir frutos con el transcurso de algunos años; lo cual significa que la empresa que invierta en un país no verá el fruto de su inversión a corto plazo.

Lo mismo podría decirse con respecto al beneficio del país en donde las inversiones se llevan a cabo. Por ejemplo, la construcción de un ferrocarril que conecte el norte y sur del país costaría miles de millones de dólares y, probablemente, su construcción no estaría lista antes de una década. Por tanto, el usuario final (la población) no podrá hacer uso de tal infraestructura hasta que ella esté culminada.

“El Banco Mundial ha dictaminado que la implementación de la infraestructura puede generar ciertos vínculos entre infraestructura y resultados en el desarrollo sin forzar nuestra imaginación más allá de la evidencia disponible. Se puede concluir certeramente que:

- Una mejor red de transporte público mejora nuestro acceso al mercado laboral, derivando en ciudades menos congestionadas y contaminadas.
- Un mejor servicio de agua corriente y saneamiento significa menos esquistosomiasis, diarrea y problemas de salud infantiles.
- Una red eléctrica más confiable significa más tiempo para estudiar y aprender, y la libertad de trabajar desde el hogar.

Las carreteras transitables todo el año significan un mejor acceso a los mercados, escuelas y hospitales y alimentos más baratos.”¹

¹ <https://blogs.worldbank.org/es/latinamerica/m-s-all-del-crecimiento-es-bueno-para-el-bienestar-de-la-poblacion-invertir-en-infraestructura>

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) define a la inversión extranjera como:

“La inversión extranjera directa (que) refleja el objetivo de establecer un interés duradero por parte de una empresa residente en una economía (el inversor directo), en una empresa domiciliada en una economía diferente de la del inversor directo (la empresa de inversión directa). El interés duradero implica la existencia de una relación de largo plazo entre el inversor directo y la empresa de inversión directa y un grado significativo de influencia en la gestión de la empresa.”²

Partiendo de la premisa de que una inversión necesita años para ser recuperada por el inversionista, principalmente cuando dichas inversiones, son realizadas en estados con economías emergentes y con regímenes de derecho no muy consolidados y con tendencia a cambiar la legislación sustantiva cada cierto tiempo; suele ser un potencial riesgo para los inversionistas extranjeros.

Principalmente se nos vienen a la mente las palabras “nacionalización” y “estatización” del sector privado por parte del gobierno, en donde el estado expropia o confisca la propiedad privada del inversionista extranjero, so pretexto del *ius imperium* estatal y en aras del bien común.

Ciertamente, los gobiernos pueden adoptar otras medidas a través de las cuales puedan vejar la inversión extranjera, generando un clima inhóspito para la inversión privada. Algunos ejemplos pueden ser: i) medidas como impuestos abusivos a los productos extranjeros, ii) aranceles desmedidos, iii) restricciones a la repatriación de las ganancias, iv) nuevos impuestos ambientales, v) nuevas leyes que restrinjan o limiten los derechos de los inversionistas.

La expropiación indirecta comprende el supuesto en el que si bien el inversionista conserva el título legal de la propiedad, no obstante ve limitados sus derechos de uso de la propiedad como consecuencia de una interferencia del Estado.³

² OCDE, Principales Conceptos y Definiciones de la Inversión Extranjera Directa, Capítulo 3.

³ Starret Housing Corp. v. Irán, *sttpra* nota 12. Par. 1117. «It is undisputed in this case that the Government of Irán did not issue any law or decree according to which the Zomorod Project or Shah Goli expressly was nationalized or expropriated. However, it is recognized in international law

Justamente con la finalidad de promover la inversión extranjera, es que muchos países han implementado medidas específicas que protejan la inversión privada. Es aquí en donde entran en juego los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), los Tratados de Libre Comercio (TLC) y demás tratados que proveen un marco legal pro inversión y, de ese modo, poder estandarizar a nivel mundial los derechos de la inversión privada.⁴

Es el deseo de quienes escriben estas líneas, hacer una aclaración sobre un tema que aqueja a los arbitrajes de inversión. Muchos autores erróneamente hacen referencia a los arbitrajes de inversión como arbitrajes CIA-DI. Consideramos que esta definición no se adecúa a la realidad, puesto que si bien el CIADI es el principal foro en donde se ventilan los arbitrajes de inversión, no es menos cierto que existen otros mecanismos para resolver disputas de inversión. En esa línea consideramos pertinente aclarar que los términos correctos al hacerse referencia a arbitrajes de inversión, serán (valga la redundancia) “arbitrajes de inversión” o “sistemas de solución de controversias Inversor (inversionista)-Estado” (ISDS por sus siglas en inglés). Más adelante volveremos con este punto.

Habiendo hecho la precisión, este ensayo versará sobre las principales fuentes del arbitraje de inversión, en las que se pueden encontrar los TBI's existentes, diversos tratados multilaterales, como el NAFTA, el Tratado de la Carta de la Energía, la Convención CIADI, los diversos Tratados de Libre Comercio existentes, entre otros. Todos los instrumentos señalados recogen diversos principios de protección al inversionista extranjero.

A continuación, haremos una breve reseña de los instrumentos legales más importantes respecto de los arbitrajes de inversión:

law that measures taken by a state can interfere with property rights to such an extent that these rights are rendered so useless that they must be deemed to have been expropriated....». Tratado Francia-USSR de 1989, artículo 4: «Investments shall not be expropriated or nationalized either directly or indirectly through measures tantamount to expropriation or nationalization except...».

⁴ LEW, MISTELS, KROLL, Comparative International Commercial Arbitration, 2003, Kluwer Law International.

i) Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA - TLCAN)

El NAFTA es un tratado multilateral entre Canadá, México y los Estados Unidos de América, que aborda una amplia gama de asuntos comerciales y de inversión recíproca. Lo más relevante, a efectos de entender los arbitrajes de inversión, se encuentra en el capítulo 11 del NAFTA, en donde se establecen principios básicos de inversión, tales como: Trato Justo y Equitativo, Nación más Favorecida, Protección contra el trato discriminatorio de un inversionista y Expropiación sin una compensación adecuada.⁵

⁵ **Artículo 1110: Expropiación e indemnización**

1. Ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea:
 - (a) por causa de utilidad pública;
 - (b) sobre bases no discriminatorias;
 - (c) con apego al principio de legalidad y al Artículo 1105(1); y
 - (d) mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6.
2. La indemnización será equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo (fecha de expropiación), y no reflejará ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación. Los criterios de valuación incluirán el valor corriente, el valor del activo (incluyendo el valor fiscal declarado de bienes tangibles), así como otros criterios que resulten apropiados para determinar el valor justo de mercado.
3. El pago de la indemnización se hará sin demora y será completamente liquidable.
4. En caso de que la indemnización sea pagada en la moneda de un país miembro del Grupo de los Siete, la indemnización incluirá intereses a una tasa comercial razonable para la moneda en que dicho pago se realice, a partir de la fecha de la expropiación hasta la fecha de pago.
5. Si una Parte elige pagar en una moneda distinta a la del Grupo de los Siete, la cantidad pagada no será inferior a la equivalente que por indemnización se hubiera pagado en la divisa de alguno de los países miembros del Grupo de los Siete en la fecha de expropiación y esta divisa se hubiese convertido a la cotización de mercado vigente en la fecha de expropiación, más los intereses que hubiese generado a una tasa comercial razonable para dicha divisa hasta la fecha del pago.
6. Una vez pagada, la indemnización podrá transferirse libremente de conformidad con el Artículo 1109.
7. Este artículo no se aplica a la expedición de licencias obligatorias otorgadas en relación a derechos de propiedad intelectual, o a la revocación, limitación o creación de dichos derechos en la medida que dicha expedición, revocación, limitación o creación sea conforme con el Capítulo XVII, “Propiedad intelectual”.

Respecto del tipo de arbitraje que contiene el NAFTA, es importante mencionar que se hace mención del arbitraje CIADI, como foro para resolver cualquier eventual disputa, ya que todos los miembros del NAFTA son partes contratantes y suscriptoras del CIADI:

“Artículo 1120: Sometimiento de la reclamación al arbitraje

1. Salvo lo dispuesto en el Anexo 1120.1 y siempre que hayan transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los actos que motivan la reclamación, un inversionista contendiente podrá someter la reclamación a arbitraje de acuerdo con:
 - (a) el Convenio del CIADI, siempre que tanto la Parte contendiente como la Parte del inversionista, sean Estados parte del mismo;
 - (b) las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, cuando la Parte contendiente o la Parte del inversionista, pero no ambas, sea Parte del Convenio del CIADI; o
 - (c) las Reglas de Arbitraje de CNUDMI.
2. Las reglas aplicables al procedimiento arbitral seguirán ese procedimiento salvo en la medida de lo modificado en esta sección.”

ii) El Tratado de la Carta de Energía

El Tratado sobre la Carta de la Energía proporciona un marco multilateral para la cooperación energética, que es único en virtud del derecho internacional. Está diseñado para promover la seguridad energética a través de la operación de mercados energéticos más abiertos y competitivos, respetando los principios del desarrollo sostenible y la soberanía sobre los recursos energéticos.

8. Para los efectos de este artículo y para mayor certeza, no se considerará que una medida no discriminatoria de aplicación general es una medida equivalente a la expropiación de un valor de deuda o un préstamo cubiertos por este capítulo, sólo porque dicha medida imponga costos a un deudor cuyo resultado sea la falta de pago del adeudo.

El Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE) se firmó en diciembre de 1994 y entró en vigencia legal en abril de 1998. Actualmente hay cincuenta y tres Signatarios y Partes Contratantes en el Tratado.

Las principales provisiones del Tratado de la Carta de Energía radican en i) la protección de las inversiones extranjeras basada en la extensión del trato nacional o el trato de nación más favorecida (lo que sea más favorable) y la protección contra riesgos clave no comerciales, ii) condiciones no discriminatorias para el comercio de materiales, productos y equipos relacionados con la energía basados en las normas de la OMC y disposiciones para garantizar flujos de tránsito de energía transfronterizos confiables a través de tuberías, redes y otros medios de transporte; iii) la promoción de la eficiencia energética y compromiso para minimizar el impacto ambiental en la producción y uso de energía y iv) la resolución de disputas entre estados participantes y, en el caso de inversiones, entre inversionistas y estados anfitriones. El Artículo 26, numeral 4 del Tratado prescribe que cualquier disputa entre inversionista y estado anfitrión deberá resolverse mediante un arbitraje ante el CIADI.⁶

⁶ Artículo 26: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE UN INVERSOR Y UNA PARTE CONTRATANTE:

- 4) En el caso de que un inversor opte por someter la controversia para su solución con arreglo a la letra c) del apartado 2), dicho inversor deberá asimismo presentar su consentimiento por escrito de que la controversia se someta:
 - a) i) al Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, creado en virtud del Convenio sobre el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, abierto a la firma en Washington, el 18 de marzo de 1965 (en adelante denominado “Convenio CIADI”), en caso de que tanto la Parte Contratante del Inversor como la Parte Contratante en litigio sean Parte en el Convenio CIADI; o
ii) al Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, creado en virtud del Convenio mencionado en el inciso i) de la letra a), de acuerdo con la normas por las que se rige el Mecanismo Adicional de Aplicación de Procedimientos por la Secretaría del Centro (en adelante denominadas “Normas sobre el Mecanismo Adicional”), en caso de que o la Parte Contratante del Inversor o la Parte Contratante en litigio, pero no ambas, sean Parte en el Convenio CIADI;
 - b) un único árbitro internacional o tribunal de arbitraje ad hoc establecidos en virtud del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante denominado “CNUDMI”), o
 - c) un procedimiento de arbitraje por parte del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.

iii) Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional (CNUDMI – UNCITRAL).

La Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional, probablemente tenga una de las legislaciones más importantes sobre arbitraje internacional en el mundo. El CNUDMI publicó su primera ley modelo en 1985 y actualizó la misma en el 2006. Gran parte de las legislaciones modernas de arbitraje devienen de esta ley modelo, teniendo como ejemplos las leyes de arbitraje de Perú, Austria, Argentina, Bélgica, China, Chile, Costa Rica, Suecia, entre muchos otros.

La CNUDMI también cuenta con un reglamento de arbitraje y en el 2013, se incorporó una nueva provisión al reglamento, justamente para incorporar lo concerniente a arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado.

“El Reglamento sobre Transparencia se aplicará a arbitrajes entre inversionistas y estados, en el marco de tratados, iniciados conforme al Reglamento de la CNUDMI respecto de tratados celebrados antes del 1 de abril de 2014, si las partes del arbitraje o las partes del tratado de inversiones relevante han acordado sobre su aplicación después del 1 de abril de 2014. Respecto de tratados multilaterales de inversiones celebrados antes del 1 de abril de 2014, el Reglamento sobre Transparencia se aplicará si el estado del demandante y el estado demandado han acordado su aplicación. Asimismo, el Reglamento sobre Transparencia puede ser usado en procedimientos ad hoc o arbitrajes entre inversionistas y estados iniciados conforme a reglas distintas del Reglamento de la CNUDMI.”

iv) Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)

El Convenio del CIADI se negoció y se abrió a la firma en 1965 y ahora cuenta con 163 Estados contratantes, incluidos los estados de todas las

⁷ Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (con el nuevo artículo 1, párrafo 4, aprobado en 2013).

regiones geográficas del mundo.⁸ El Convenio está diseñado para facilitar la solución de “disputas de inversión”.

Las disputas de inversión se definen como controversias que surgen de una “inversión” entre un Estado Contratante (o “Estado anfitrión”) o una entidad que pertenece a dicho estado (municipalidad, ministerio, gobierno regional, etc.) y un nacional de otro estado contratante (o “inversionista”).⁹ Es importante resaltar el hecho de que el CIADI sólo puede usarse como foro en lo referente a disputas que versen sobre una inversión contra un estado contratante y no en una disputa meramente comercial que no involucre a un estado contratante.

Adicionalmente, el CIADI al ser un tratado reconocido por 163 estados, cuenta con un mecanismo de ejecución de laudos y acuerdos automático, no siendo necesario recurrir a la Convención de Nueva York para la ejecución de laudos dictados en el extranjero.

El CIADI también cuenta con un mecanismo complementario de arbitraje que busca brindar servicios de arbitraje para disputas que se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la Convención del CIADI. Es decir, resulta plenamente posible acudir a este mecanismo complementario cuando surge una disputa entre un estado que no es miembro del CIADI y un inversor extranjero que pertenece a un estado miembro del CIADI o, inclusive, sobre disputas que no versen sobre inversión. Claro está que para que las partes acudan al mecanismo complementario del CIADI, es necesario que ambas pacten o manifiesten expresamente su voluntad de arbitrar ante el CIADI. Al 31 de diciembre de 2017, el CIADI había administrado un total de 583 casos de inversión y 57 mediante el mecanismo complementario del CIADI.¹⁰

⁸ CIADI, Lista de Estados contratantes y otros signatarios del Convenio al 2019, disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx>

⁹ BORN, Gary, International Commercial Arbitration, Second Edition, 2014, p. 120.

¹⁰ Carga de Casos del CIADI, Estadísticas (Edición 2018-1).

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS PREVIOS A LA CONVENCIÓN DE WASHINGTON - CIADI

Hasta hace unas décadas un inversionista extranjero no podía iniciar tan fácilmente un reclamo o demandar a un estado extranjero en virtud de un incumplimiento contractual. El inversor extranjero se veía en la necesidad de apelar a su propio estado para que mediante la vía diplomática se tratara de llegar a un acuerdo o que, en todo caso, sea un estado quien demandara a otro estado.

Afortunadamente para los inversores extranjeros esto ha ido cambiando. En gran parte gracias al jurista argentino Carlos Calvo, quien promovió que los inversionistas extranjeros no estuvieran en una posición de desventaja ante un estado anfitrión de sus inversiones; pues, en todo caso, de existir algún reclamo contra el estado anfitrión, se podría apelar a las cortes nacionales para que tutelen los derechos del inversionista extranjero¹¹.

Este pensamiento influenció en uno de los primeros tratados de inversión, llamado “tratado de amistad, comercio y navegación” suscrito entre Italia y Colombia en 1894, cuyo texto dispuso:

“Las partes contratantes expresan su deseo de evitar todo tipo de disputas que puedan afectar sus relaciones cordiales y acuerdan que en relación con las disputas que involucran a individuos que surgen de asuntos penales, civiles o administrativos, sus agentes diplomáticos se abstendrán de intervenir, excepto en casos de negación de justicia o retraso extraordinario o ilegal en la administración de justicia.”

Décadas más tarde, la Corte Permanente Internacional de Justicia definió el concepto de *protección diplomática* en el caso del *Ferrocarril Panevezys-Saldutiskis* en 1939, señalando que¹²:

“Al abordar el caso de uno de sus nacionales, al recurrir a la acción diplomática de los procedimientos judiciales internacionales en su nombre, un estado está, en realidad, haciendo valer su propio derecho,

¹¹ La tesis fue publicada en 1868 en el Seminario de Derecho Internacional teórico y práctico de Europa y América (París, 1868).

¹² *Panevezys-Saldutiskis* (Estonia v Lithuania) 1939, PCIJ Series, A/B 76, IGCJ 328, at (16).

el derecho a garantizar en la persona de sus nacionales el respeto de las normas de derecho internacional. Este derecho se limita necesariamente a la intervención en nombre de sus propios ciudadanos porque, en ausencia de un acuerdo especial, es el vínculo de una nacionalidad entre el estado y el individuo que sólo confiere al estado el derecho de protección diplomática y es como parte de la función de protección diplomática que debe contemplarse el derecho a presentar una reclamación y garantizar el respeto de las normas del derecho internacional.”

No obstante, el procedimiento mediante el cual el inversionista pueda reclamar por alguna vejación por parte de un estado anfitrión en su inversión, era altamente insatisfactorio. Esto, principalmente porque las cortes del país en donde se lleva a cabo la inversión pueden ser renuentes a querer amparar los reclamos de un extranjero. Inclusive si esto no fuera así, por lo general la burocracia interna de las cortes nacionales hacía que cualquier reclamo fuera interminable. Se podría decir que esto suponía un *vía crucis* para el inversor extranjero. Por tanto, se comenzó a sugerir que una posible solución para el inversor recaía en otorgarle la potestad de recurrir a algún tribunal internacional, que no estuviera atado a las parcializadas cortes de un estado.

No se puede negar que la inevitable politización de las disputas dejaba a los inversores extranjeros desamparados ante los vaivenes del gobierno de turno, siendo en algunas ocasiones pro inversión, como en otros casos siendo pro estatización del mercado nacional, ergo, expropiación de la inversión privada. Lógicamente, un inversionista extranjero lo último que querría es ventilar su propia causa y reclamos ante la jurisdicción ordinaria del país anfitrión de la inversión. La historia ha enseñado que las cortes nacionales suelen ser pro estado y muchas veces sólo responden a intereses del gobierno.¹³

Es por ello que en el año 1966 se establece el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros

¹³ WALDE, Thomas. “Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty- From Dispute Settlement to Treaty Implementation”, 12 Arb Int 429 (1996) 431, et seq; LORCHER, Torsten. Neue Verfahren der Internationalen Streiterledigung in Wirtschaftssachen, 156; Turner, Gilian. “Investment Protection through Arbitration: The Dispute Resolution Provisions of the Energy Charter Treaty”, 1 Int ALR 166 (1998) 167.

Estados (el Convenio del CIADI). El Convenio del CIADI es un tratado multilateral formulado por los Directores Ejecutivos del Banco Mundial, en aras de cumplir el objetivo del Banco de promover la inversión internacional.

La principal finalidad del CIADI fue la de crear un foro de resolución de disputas entre inversores y estados. Lógicamente, el mecanismo óptimo para resolver dichos conflictos era el arbitraje. De este modo se lograba establecer una institución apolítica, en donde tanto los inversores privados como el estado anfitrión de la inversión se equiparaban en un proceso lleno de garantías, dejándose de lado el matiz político y estatista.

Uno de los mayores atractivos del CIADI es el hecho de que los laudos arbitrales no son apelables. Como bien sabemos, el arbitraje suele ser instancia única. No obstante, el CIADI tiene un mecanismo interno de anulación y revisión de laudo ante una comisión *ad hoc* conformada por árbitros del CIADI. Este tribunal *ad hoc* es independiente del tribunal arbitral que dictó el laudo y sólo podrá revisar el laudo bajo los siguientes alcances: i) que el tribunal se hubiere constituido incorrectamente, ii) que el tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente de sus facultades, iii) que hubiere habido corrupción de algún miembro del tribunal, iv) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento, v) que no se hubiere expresado en el laudo los motivos en los que el mismo se funda.

Los supuestos que dan lugar a la revisión del laudo por parte de la comisión *ad hoc* del CIADI se hallan en total sincronía con lo establecido por la Convención de Nueva York en su Artículo V¹⁴, por cuanto los motivos de anulación del laudo son virtualmente los mismos.

¹⁴ *Artículo V*

1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:
 - a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia; o
 - b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o
 - c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula comprobatoria, o contiene decisiones que

Una vez que el laudo ha quedado consentido y firme, ambas partes estarán vinculadas al cumplimiento del mismo. Al ser el CIADI una convención suscrita por el país anfitrión que se encuentra inmerso en una disputa con un inversor extranjero, la ejecución del laudo cuenta con un mecanismo automático. Es decir, el estado anfitrión tendrá que reconocer el laudo de manera obligatoria y ejecutará dentro de su territorio las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo, como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. En caso el estado anfitrión no cumpliese con esto, se encontraría en expreso incumplimiento del tratado del CIADI.¹⁵

exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o

- d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; o
 - e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia.
2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba:
- a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o
 - b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país.

¹⁵ Artículo 54

(1) Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. El Estado Contratante que se rija por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá disponer que dichos tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los estados que lo integran.

2. LEY APPLICABLE AL FONDO DE LA DISPUTA EN LOS ARBITRAJES DE INVERSIÓN

Cada tribunal establecido para resolver un reclamo derivado de un tratado de inversión, debe decidir cuál es la ley aplicable a la disputa. Responder esta pregunta, aparentemente simple, puede resultar bastante más complicado en la práctica y no está sujeto a reglas generalizadas.

Hoy en día existen más de 2900 TBI's y 389 Tratados con disposiciones sobre protección a la inversión¹⁶, aunque muchos de ellos comparten una estructura similar, no se podría afirmar que todos son iguales o casi idénticos. Partiendo de esta premisa, debemos entender que cada TBI tiene una provisión distinta respecto de arbitraje de inversión, en la que se hace alusión a la ley aplicable. Inclusive existen TBI's en donde no se hace ninguna referencia expresa a qué ley debe aplicarse en caso surja una disputa entre el inversionista extranjero y el estado anfitrión.

Thomas y Dhillon describen de manera muy acertada las principales tendencias de los TBI's sobre la ley aplicable a la controversia. “(*Existen*) Cuatro diferencias en las estructuras de los tratados respecto de la ley aplicable al fondo. Primero, los Estados han adoptado diferentes enfoques sobre la inclusión y expresión (o no) de cláusulas legales aplicables en sus tratados. En segundo lugar, los tratados varían según la ratione materiae respecto de la jurisdicción de los tribunales (haciendo referencia a lo que incluye o no el término inversión). Tercero, muchos tratados dan a los demandantes una opción de reglas arbitrales; esas reglas no tratan la ley aplicable en términos idénticos. Como resultado, los tribunales aplicando el mismo tratado, pero bajo diferentes reglas de arbitraje, podrían posiblemente decidir la ley aplicable de manera diferente. Cuarto, los tratados varían en la medida en que se refieren expresamente a la legislación local de sus Partes Contratantes. Algunos se refieren a la ley de cada Parte sobre la nacionalidad de las personas físicas al definir quién tiene derecho a presentar una reclamación. Algunos se referirán a la ley de cada Parte Contratante cuando definen su territorio a los efectos de la aplicación territorial del tratado. Algunos, por ejemplo, se referirán a la ley de cada Parte con respecto

¹⁶ Conferencias de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo -UNCTAD, disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.

*a los derechos, permisos o licencias que pueden constituir inversiones. Otros tratados son esencialmente silenciosos sobre estos asuntos definitorios.*¹⁷

En el contexto del tratado de inversión, existen dos tipos de autonomía de las partes: (a) la autonomía de los Estados Parte ejercida al formular los términos del tratado (incluido el mecanismo de arbitraje al que debe adherirse cualquier reclamante al presentar una reclamación); y (b) el de las partes en una disputa específica al acordar cómo se resolverá su disputa bajo dicho tratado. Las opciones relativas a la ley aplicable generalmente resultan del ejercicio de la autonomía de los Estados, en lugar de la de las partes contendientes, aunque algunos tribunales se han basado en gran medida en la concepción de las partes contendientes de la ley aplicable cuando los Estados miembros no han designado la ley aplicable.¹⁸

Lógicamente, cuando un TBI prevé que determinada ley se aplique, no ameritará mayor análisis para el Tribunal Arbitral, puesto que el problema recae en aquellos casos en donde la ley no está del todo definida.

Siendo que la mayoría de los Arbitrajes de Inversión se dan bajo el contexto del CIADI, puesto que fue el primer gran tratado que regula lo pertinente a arbitrajes de inversión, sólo nos enfocaremos en las provisiones que ahí se estipulan:

El artículo 42 es el relevante, a efectos de determinar la ley aplicable a la disputa en el contexto del CIADI. El citado precepto indica lo siguiente:

“Artículo 42:

- (1) *El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.*

¹⁷ THOMAS, J. Christopher, QC. Harpreet Kaur Dhillon Applicable Law Under International Investment Treaties, (2014) 26 SAjLj.

¹⁸ *Wena Hotels Ltd v Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No ARB/98/4, Award, 8 December 2000 at [78]–[79]:

The Tribunal finds that, beyond the provisions of the IPPA, there is no special agreement between the parties on the rules of law applicable to the dispute. Rather, the pleadings of both parties indicate that, aside from the provisions of the IPPA, the Tribunal should apply both Egyptian law (*ie*, ‘the law of the Contracting State party to the dispute’) and ‘such rules of international law as may be applicable’.

- (2) *El Tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley.*
- (3) *Las disposiciones de los precedentes apartados de este Artículo no impedirán al Tribunal, si las partes así lo acuerdan, decidir la diferencia ex aequo et bono.“*

La primera sección del artículo 42 recoge el principio de autonomía de la voluntad entre las partes, al establecer que son las partes, quienes pueden determinar libremente la ley aplicable en caso de una disputa de inversión. Inclusive se aprecia del mismo fraseo de la oración, que las partes tienen libertad para elegir dentro de más de una norma de derecho a aplicarse. Por ejemplo, la legislación del país anfitrión y, en lo que corresponda, a los INCOTERMS o a los principios UNIDROIT.

La segunda oración es una regla predeterminada (o “suplementaria”), que se aplica cuando no hay acuerdo entre las partes. En este caso, el tribunal debe aplicar dos fuentes de derecho, el derecho del Estado anfitrión (a menos que sus reglas de conflicto de leyes apunten al derecho de algún otro Estado) y las reglas de derecho internacional que sean aplicables. La inclusión de dos fuentes de derecho reflejaba tanto el carácter internacional del proceso arbitral del CIADI, como la necesidad de la Convención de abarcar todo tipo de inversión.

Mientras que los expertos legales que intervinieron en la elaboración del texto del CIADI indicaron que se llegó a un consenso casi unánime para la elaboración de la primera oración del Art. 42 (1), lo mismo no ocurrió con la segunda oración. Formular la segunda oración fue más controvertido. Hubo notoria discordia en el tenor del texto, en donde muchos eran de la posición de que la ley del Estado anfitrión debería tener primacía y debía aplicarse exclusivamente, a menos que las partes acuerden la ley.¹⁹

Se argumentó que la Convención debería afirmar dicho cumplimiento, en lugar de permitir la aplicación de otras leyes, cuyo efecto podría elevar a los inversionistas extranjeros a una posición especial por encima de

¹⁹ Chairman's Report on the Regional Consultative Meetings of Legal Experts, Z11 (9 July 1964) para 62 in *History* at p. 571.

la legislación nacional.²⁰ La experiencia histórica de los países en desarrollo con una historia de colonialismo, alimentó las preocupaciones sobre las reglas indefinidas de derecho internacional o extranjero que tienen prioridad sobre o desplazan a la ley del estado anfitrión.

Pero también existía la otra posición (de los países más desarrollados), quienes insistieron en que el derecho internacional debía jugar un papel más protagónico cuando las partes no hicieran mención a la ley aplicable. Aron Broches, quien fue el Abogado General del Banco Mundial, opinó que se buscó inicialmente que el derecho internacional fuese aplicable a todos los casos. Más aún, sostuvo que se buscaba dotar a los tribunales arbitrales de una amplia discreción para poder determinar la ley aplicable. Broches sostuvo que:

“Cuando las partes por un descuido, o porque no pudieron ponerse de acuerdo, o porque sintieron que el tribunal está mejor calificado para decidir el asunto, no llegaron a un acuerdo sobre la ley aplicable, la regla suplementaria en el Artículo 42 (1) requeriría que el tribunal buscara dos fuentes, a saber, en primer lugar, la ley nacional y específicamente la ley del país donde se realizó la inversión; y en segundo lugar, al derecho internacional si el derecho internacional fuera aplicable.”²¹

Broches ha señalado también que la fase secuencial del artículo 42 fue diseñada para que se tuviera el siguiente enfoque: el tribunal primero aplicaría el derecho nacional y luego el derecho internacional, si fuera aplicable. No se debe considerar que la aplicación secuencial significa que no habría jerarquía de reglas legales. Durante las negociaciones, Broches dejó en claro que, si se aplicara el derecho internacional y hubiera un conflicto entre el derecho interno y el internacional, prevalecería este último.

Es necesario aclarar que, en 1965, las leyes internacionales privadas no eran muchas y básicamente se enfocaban en principios como la no discri-

²⁰ Véase *ej*, the representative from India's comment at p 46 of Summary Record of Proceedings, Bangkok Consultative Meetings of Legal Experts, Z10 (27 April–1 May 1964) in *History* at p. 505.

²¹ Memorandum of the Meeting of the Committee of the Whole, SID/65-5 (25 February 1965), p. 3 in *History* at p. 984.

minación al inversor extranjero, la obligación de actuar de buena fe y no usar medidas en contra del derecho internacional público o principios de derecho internacional privado.

Anotado lo anterior, la primacía del derecho internacional sobre el derecho local del país anfitrión no debe ocultar el hecho de que este último suele ser más desarrollado que el derecho internacional. Sin embargo, los tratados de inversión, aunque más desarrollados que las normas generales del derecho internacional sobre el tratamiento de los extranjeros y sus propiedades, se redactan en términos comparativamente más generales que el derecho local del país anfitrión. Los tratados carecen de la especificidad y la gran cantidad de normas legales municipales (ya sea legislativas, administrativas o judiciales) que dan forma y responden a las preguntas legales nacionales. Dentro del estado-nación moderno, áreas enteras de actividad económica, comercial y de otro tipo están reguladas con un nivel de detalle mucho mayor que en el derecho internacional.²²

Para aterrizar en el tema, veamos como algunos TBI's están redactados y qué es lo que indican las cláusulas pertinentes. A modo de ejemplo, el TBI Holanda – República Checa de 1991, hace referencia a lo siguiente:

“Artículo 8 (6)

El tribunal arbitral decidirá sobre la base de la ley, teniendo en cuenta en particular, aunque no exclusivamente:

- *la ley vigente de la Parte Contratante interesada;*

²² La Corte Internacional de Justicia señaló esto en el área de derecho corporativo en el caso de Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd. (Bélgica v España), Sentencia de 5 de febrero de 1970, [1970] ICJ Rep. 19 en [38]: *En este campo, el derecho internacional debe reconocer las instituciones de derecho municipal que tienen un papel importante y extenso en el campo internacional. Esto no implica necesariamente establecer una analogía entre sus propias instituciones y las del derecho municipal, ni equivale a hacer que las reglas del derecho internacional dependan de las categorías del derecho municipal. Todo lo que significa es que el derecho internacional ha tenido que reconocer a la entidad corporativa como una institución creada por los Estados en un dominio esencialmente dentro de su jurisdicción interna. Esto a su vez requiere que, siempre que surjan problemas legales relacionados con los derechos del Estado con respecto al tratamiento de las empresas y los accionistas, en cuanto a que el derecho internacional no ha establecido sus propias reglas, debe referirse a las reglas relevantes de la ley municipal. En consecuencia, en vista de la relevancia para el presente caso de los derechos de la entidad corporativa y sus accionistas bajo la ley municipal, la Corte debe dedicar atención a la naturaleza e interrelación de esos derechos.*

- *las disposiciones de este Acuerdo y otros Acuerdos relevantes entre las Partes Contratantes;*
- *las disposiciones de acuerdos especiales relacionados con la inversión;*
- los principios generales del derecho internacional.”

La cláusula no está redactada de manera imperativa, ni establece cuál de las opciones deberá prevalecer sobre la otra. Claramente es la intención del TBI dejar a la interpretación de los tribunales arbitrales la determinación de la ley aplicable.

En el caso *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. Repú- blica Árabe de Egipto*²³, el tribunal arbitral encontró que una disposición en el tratado Egipto-Grecia de 1993 que estipulaba que el tribunal “*decidirá sobre la base del respeto a la ley, incluido particularmente el presente Acuerdo y otros acuerdos relevantes existentes entre las dos Partes Contratantes y las normas y principios generalmente reconocidos del derecho internacional*”, no constituyeron un acuerdo de las partes, en el sentido de la primera oración del Artículo 42 (1). En su opinión, se aplicó la segunda oración del Art. 42 (1) Por lo tanto, aplicó “*las disposiciones sustantivas del TBI*” a “*todos los asuntos regulados por el Tratado*” y “*la ley egipcia*”, cuando ésta no haya sido anulada por la aplicación de las provisiones del TBI. El tribunal arbitral sostuvo que el derecho internacional privado también operaba, aunque de una manera supletoria:

“Por otro lado, tanto de acuerdo con la primera oración del Art. 42 (1) como las normas de derecho elegidas por las Partes en el Art. 11 del TBI y en acuerdo con la segunda oración del art. 42 (1) del Convenio del CIADI como ‘reglas de derecho internacional que pueden ser aplicadas’, la referencia y aplicación del TBI implica que el Tribunal puede recurrir a las reglas del derecho internacional general para complementar las del TBI”.

²³ Caso CIADI No No ARB/99/6, Award, 12 April 2002.*Middle East Cement Shipping and Handling Co SA v Arab Republic of Egypt*, Laudo 12 Abril 2002 at [87].

En contraste, el tribunal de *ADC Affiliate Ltd y ADC e/ ADMC Management Ltd c. Republic of Hungary*²⁴ adoptó un enfoque diferente a una disposición similar bajo el Tratado Hungría-Chipre de 1989. Ese tratado disponía que “*el tribunal arbitral decidirá sobre la base del respeto a la ley, en particular el presente Acuerdo y otros acuerdos pertinentes existentes entre las dos Partes Contratantes y las normas y principios del derecho internacional universalmente reconocidos*”. ¿Esto equivale a un acuerdo de las partes bajo la primera oración del Art. 42 (1)? El tribunal pensó que sí, en desacuerdo con la afirmación del demandado de que su legislación interna se aplicaba como una fuente de ley separada. Razonó que el consentimiento de las partes al arbitraje significaba que también consintieron en el tratado como la ley aplicable bajo la primera oración del Art. 42 (1); en esencia, habían hecho una elección implícita de ley:

“...se debe considerar que el consentimiento comprende una opción para el derecho internacional general, incluido el derecho internacional consuetudinario, siempre y cuando entre en juego para interpretar y aplicar las disposiciones del Tratado. Esto es así, ya que la presunción generalmente aceptada en conflicto de leyes es que las partes eligen un conjunto coherente de reglas legales que gobiernan su relación (que es el caso aquí, como se verá más adelante), en lugar de varios conjuntos de reglas legales, a menos que sea contrario. Está claramente expresado.”²⁵

Como conclusión, debemos notar que la tendencia apunta a que, en caso de conflicto entre el derecho interno del país anfitrión y el derecho internacional, este último suele prevalecer sobre el primero. No obstante, esto dependerá de la interpretación del tribunal arbitral. Acertadamente, Thomas y Dhillon plantean las siguientes interrogantes sobre el tema:

“(Pero) aplicar esta regla en la práctica puede generar una gran cantidad de preguntas. Cuando se aplican tanto la ley nacional del Estado anfitrión como el tratado de inversión, ¿es válida la aplicación secuencial descrita por

²⁴ Caso CIADI, No ARB/03/16, Award, 2 October 2006.

²⁵ Id.

*Broches durante la negociación de la Convención en el contexto del tratado? ¿Puede el tribunal internacional actuar directamente para determinar una violación del tratado sin haber determinado primero la legalidad de una medida bajo la ley del Estado anfitrión? ¿Debería determinar primero si la medida es legal según la legislación nacional y luego examinar si es compatible con el tratado? Para que prevalezca el derecho internacional, ¿debe estar el derecho interno en conflicto directo? ¿Cómo se determina un conflicto así? ¿Existe necesariamente un conflicto si la respuesta a un problema legal particular difiere entre el Estado anfitrión y el derecho internacional?*²⁶

Sumado a esto, poco ayuda el hecho de que en los arbitrajes de inversión no existe el precepto de *stare decisis*²⁷, que es ampliamente usado en el derecho anglosajón y que prevé que los fallos de los jueces generan precedentes obligatorios para casos similares. En buena cuenta, en el arbitraje de inversión, el resultado de la disputa dependerá de cada tribunal, generando un panorama de incertidumbre respecto de cada caso.

3. RESPECTO DE LOS PRIMEROS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN

En 1967, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) elaboró un tratado sobre la Protección de la Propiedad Extranjera. Esto desencadenó que muchas naciones suscribieran tratados bilaterales para la promoción y protección de inversiones extranjeras. Inicialmente, estos tratados bilaterales no proveían al arbitraje como mecanismo de resolución de disputas, sino más bien apelaban a la vía diplomática para resolver los conflictos.

Una vez que el CIADI ya estaba vigente, se comenzó a celebrar una segunda generación de TBI's, en donde el tenor de los tratados disponía

²⁶ THOMAS, J. Christopher, QC. Harpreet Kaur Dhillon, Applicable Law Under International Investment Treaties.

²⁷ La principal diferencia entre el derecho anglosajón y el derecho continental radica en la institución del precedente judicial obligatorio como regla de derecho. Los jueces en el derecho anglosajón están obligados a resolver los casos que se les presenten, ateniéndose a las soluciones de sentencias dictadas anteriormente en casos similares, tanto por sus superiores jerárquicos (*stare decisis vertical*), como por jueces de la misma jurisdicción incluidos ellos mismos.

la utilización del arbitraje en las instalaciones del CIADI como mecanismo de resolución de disputas. El profesor Brierle, ideó la llamada cláusula diagonal, permitiendo al inversor reclamar directamente bajo la protección del tratado bilateral en contra del estado en el que la inversión se llevaba a cabo.²⁸ Paradójicamente, el primer laudo relacionado a un TBI no se emitió sino hasta 1990, en el caso *Asian Agricultural Products (AAPL) vs. República de Sri Lanka*.

Los TBI desempeñan un papel central en el régimen de inversión internacional. A diferencia del Convenio del CIADI (y otros tratados multilaterales de inversión), los TBI son tratados bilaterales, adaptados a las circunstancias de las relaciones bilaterales individuales y sólo vinculantes para dos estados contratantes.

No obstante, los TBI siguen una estructura común e incluyen disposiciones comunes que recogen ciertos principios como protecciones sustanciativas importantes para las inversiones realizadas por inversionistas de uno de los dos Estados Contratantes en el territorio del otro Estado Contratante. Estas protecciones generalmente incluyen garantías contra la expropiación no compensada, el trato injusto o desigual y el trato discriminatorio.²⁹

Inicialmente, los TBI's eran un mecanismo de protección que las naciones económicamente más desarrolladas suscribían con países del Tercer Mundo. No obstante, hoy en día se puede encontrar inclusive TBI's entre países desarrollados. El primer Tratado Bilateral de Inversión "moderno" fue suscrito entre Alemania y Pakistán en 1959. Este primer TBI limitaba los derechos de los inversores a tomar acciones directamente en contra del estado anfitrión. En su Artículo 11 se recogían dos alternativas de solución de controversias: i) irse a la Corte Permanente de Justicia en La Haya (CPJ) o ii) arbitraje ad hoc.

Los TBI usualmente (pero no siempre) contienen disposiciones de resolución de disputas que permiten a los inversionistas de un Estado Contratante someter a arbitraje "disputas de inversión" con el otro Estado

²⁸ Véase LIEBESKIND, J.C. "Resolución de Conflictos entre Estado-Inversionista de la Confederación Suiza (2002) 20 ASA Boletín 1, en 27.

²⁹ Véase, DOLZER, R & C. SCHREUER. Principles of International Investment Law 130-212 (2d ed. 2012); NEWCOMBE, A. & L. PARADELL. Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment (2009); SCHILL, S. The Multilateralization of International Investment Law (2009).

Contratante, sujeto ocasionalmente a exclusiones específicas (por ejemplo, para disputas fiscales). Es importante destacar que, al igual que el NAFTA y el Tratado sobre la Carta de la Energía, estas disposiciones brindan el consentimiento vinculante de cada estado para el arbitraje de disputas de inversión. Esto permite a los inversores accionar un arbitraje de inversión contra el estado anfitrión, sin un acuerdo de arbitraje contractual tradicional que contenga una cláusula arbitral con el estado anfitrión (llamado “arbitraje sin conocimiento”)³⁰.

Respecto de los mecanismos de arbitraje, tenemos que los Tratados Bilaterales de Inversión usualmente prevén arbitraje ante el CIADI; sin embargo, no es poco usual que también se pueda encontrar provisiones que hagan referencia al arbitraje ad hoc usando las reglas de la CNUDMI. Inclusive hay TBI's que proponen el uso de instituciones comerciales para el desarrollo de los arbitrajes que se den como consecuencia del tratado ante la Cámara de Comercio Internacional.

El principal punto a favor de que los TBI's recojan una cláusula arbitral ante el CIADI, es que esto hará que la ejecución del laudo sea automática, no teniendo que solicitar el reconocimiento o ejecución del laudo. Ello, en virtud de que la Convención del CIADI así fue diseñada; por tanto, genera cierto parecer al inversionista privado, el saber que en caso exista un laudo favorable no tendrá que litigar ante el país anfitrión para su reconocimiento.

En el supuesto de que los TBI's recojan otro mecanismo de arbitraje, como CNUDMI o arbitraje comercial, pues se tendrá que solicitar, vía la Convención de Nueva York, el reconocimiento y la ejecución del laudo dictado en el extranjero. Aunque en cierto modo la Convención de Nueva York también brinda mayores seguridades, existe el tema procesal de tener que pedir a las cortes nacionales que ejecuten el laudo y, claro está, dependiendo del país y del desarrollo judicial del mismo, este proceso podría durar varios años.

³⁰ Véase, PAULSSON, Jan. Arbitration Without Privity, 10 ICSID L. Rev. 232 (1995).

4. ¿QUÉ DISPUTAS SE PUEDEN ARBITRAR EN EL MARCO DE UN TBI?

Como mencionamos anteriormente, los TBI's suelen tener dispositivos que prescriben que en caso surja cualquier diferencia o disputa entre el estado anfitrión y el inversor extranjero, esta disputa se ventilará mediante un arbitraje de inversión, ya sea ante el CIADI o en aplicación de las reglas del CNUDMI, entre otros foros que analizaremos más adelante. Pero, es importante poder definir cuál es el marco conceptual que abarca las disputas dentro del concepto de disputas de inversión.

Para empezar, es necesario indicar que lo que se señalará en este capítulo dependerá y variar exclusivamente del Tratado Bilateral de Inversión que se analice. No es nuestra intención generalizar, sino más bien señalar ciertas pautas que deberán ser atendidas al momento de revisar un TBI. Sin embargo, suele haber ciertos supuestos que se encuentran presentes en muchos TBI's.

Las primeras generaciones de TBI's contaban con un amplio espectro para englobar todo aquel concepto de inversión. En buena cuenta, era finalidad de los tratadistas el enmarcar la mayor cantidad de transacciones que se pudiese dentro del ámbito de inversión y que, por consiguiente, los inversores extranjeros pudieran tener una plena protección en contra de los estados anfitriones. No obstante, con los años la tendencia se ha revertido. Ahora los tratadistas tratan de limitar el espectro de aplicación del término “inversión” para darle más libertad al estado y no verlo limitado en un incumplimiento contractual y de tratado, al ejercer su propio *ius imperium*. Veamos:

5. DEFINICIÓN AMPLIA DE INVERSIÓN

La gran mayoría de TBI's de la primera generación cuentan con una definición amplia, basada en activos e inversión y han sido objeto de importante interpretación arbitral.

Se suele establecer que la inversión incluye “*todo tipo de activo*”, lo que sugiere que el término abarca todo lo referente a valor económico, prácticamente sin limitación alguna. Inclusive existen TBI's que incluyen el lenguaje “*todo tipo de interés económico*”, que plantea una distinción entre

“*activo*” e “*interés*” y es probable que sea aún más amplio. La definición general es seguida por una lista ilustrativa de las principales categorías de inversión a proteger, en las que podemos usualmente encontrar i) Bienes muebles e inmuebles y cualquier otro derecho de propiedad, como hipotecas, gravámenes y promesas de contribuciones; ii) Acciones y obligaciones de compañías o intereses en la propiedad de dichas compañías; iii) Reclamaciones de dinero o de cualquier ejecución bajo contrato que tengan un valor financiero; iv) Derechos de propiedad intelectual y buena voluntad; y v) Concesiones comerciales conferidas por ley o por contrato, incluidas las concesiones para buscar, cultivar, extraer o explotar recursos naturales.

Estas categorías se incluyen expresamente en la definición de “*Inversión*”, pero el listado no es exhaustivo. En consecuencia, los activos de “*todo tipo*” están incluidos, también si no se encuentran dentro de las cinco categorías mencionadas. Estas categorías son típicas de las que aparecen en acuerdos de inversión con amplias definiciones de “*inversión*”.

A modo de ejemplo, citamos a continuación la parte pertinente del TBI entre Perú y la República Popular de China:

“inversión significa todo tipo de activo invertido por inversionistas de una Parte de conformidad con las leyes y regulaciones de la otra Parte en el territorio de esta última, y en particular, aunque no exclusivamente, incluye:

- (a) bienes muebles, inmuebles y otros derechos reales tales como hipotecas y prendas, y derechos similares;
- (b) acciones, obligaciones, capital y cualquier otra clase de participación en compañías;
- (c) *derechos sobre dinero o cualquier otra obligación que tenga valor económico asociado con una inversión;*
- (d) *derechos de propiedad intelectual, en particular derechos de autor, patentes, marcas registradas, nombres comerciales, know-how y procesos tecnológicos, así como good-will;*
- (e) *concesiones conferidas mediante ley o bajo contrato, incluyendo concesiones para la búsqueda, el cultivo, la extracción o la explotación de recursos naturales.”*

Como se puede apreciar, en el caso mencionado, la definición de inversión contempla i) activos invertidos, ii) bienes muebles, inmuebles, derechos reales, ii) acciones, obligaciones, capital, iv) derechos sobre dinero o cualquier obligación que tenga valor económico asociado con una inversión, v) derechos de propiedad intelectual, como derechos de autor, patentes, marcas, know how, good Will, vi) concesiones conferidas mediante ley o bajo contrato, incluyendo concesiones, cultivos, extracción o explotación de recursos naturales y vii) el factor más importante es la expresión “*aunque no exclusivamente, incluye*”, lo cual sirve como un cajón de sastre. Por tanto, podemos apreciar una definición de inversión bastante amplia, en donde casi cualquier tipo de transacción económica puede ser descrita como una inversión.

Otro caso que concita nuestro interés es el TBI Azerbaiyán-Finlandia TBI (2003):

“Artículo 1

Definiciones

El término “Inversión” significa todo tipo de activo establecido o adquirido por un inversionista de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante de conformidad con las leyes y reglamentos de esta última Parte Contratante, incluyendo, en particular, aunque no exclusivamente:

- (a) *bienes muebles e inmuebles o cualquier derecho de propiedad como hipotecas, gravámenes, promesas, arrendamientos, usufructo y derechos similares;*
- (b) *acciones, obligaciones u otra forma de participación en una empresa;*
- (c) *títulos o reclamos de dinero o derechos de desempeño que tengan un valor económico;*
- (d) *derechos de propiedad intelectual, como patentes, derechos de autor, procesos técnicos, marcas comerciales, diseños industriales, nombres comerciales, know-how y buena voluntad; y*
- (e) *concesiones otorgadas por ley, por acto administrativo o bajo un contrato por una autoridad competente, incluyendo concesiones para buscar, desarrollar, extraer o explotar recursos naturales.*

Cualquier alteración de la forma en que se invierten o reinvierten los activos no afecta su carácter de inversiones.”

Los Tratados Bilaterales de Inversión, como los Tratados Multilaterales de Inversión, suelen tener una definición amplia de inversión. Cubren no sólo el capital (o los recursos) que han cruzado las fronteras con miras a la creación de una empresa o la adquisición de control sobre una existente, sino también a la mayoría de los otros tipos de activos de la empresa o del inversor, tales como propiedad y derechos de propiedad de diversos tipos, inversiones no patrimoniales, incluidos varios tipos de préstamos y transacciones de cartera, así como otros derechos contractuales, incluidos a veces derechos creados por acción administrativa de un Estado anfitrión (licencias, permisos, etc.). Tal definición es común en los TBI.

No obstante, la tendencia hoy en día está dirigida a que los nuevos Tratados Bilaterales de Inversión comiencen a tener un espectro más limitado respecto del término de inversión, toda vez que usualmente al someterse a la jurisdicción arbitral, es usual que la parte demandada, que es el Estado anfitrión, solicite al tribunal arbitral que defina si es que la disputa o hecho alegado por el inversor extranjero se encuentra enmarcado en la definición de inversión y que decida si, por tanto, el tribunal arbitral tiene jurisdicción para conocer la disputa. Esto ha generado mucho debate en la comunidad arbitral y, como consecuencia, ha llevado a que los estados prefieran limitar el ámbito de aplicación de “inversión”.

6. DEFINICIÓN RESTRINGIDA DE INVERSIÓN

Como contrapartida de lo anterior, muchos de los TBI's de las últimas generaciones han mutado a una definición de inversión mucho más restrictiva. Lo que se busca principalmente es excluir tipos específicos de activos, tales como inversiones de cartera, ciertos contratos comerciales, ciertos préstamos y títulos de deuda. También podemos encontrar el uso de una lista cerrada con muchos ejemplos taxativos y exhaustivos y que eliminan el término de “*aunque no exclusivamente*”.

Esto, sin duda, restringe mucho más el espectro de lo que se debe entender por “inversión”. Adicionalmente, otra forma de limitar el alcan-

ce del término inversión es restringir las inversiones a las realizadas “de conformidad con la legislación del país anfitrión” o inclusive restringir las inversiones cubiertas según el momento de su establecimiento o inclusive limitando las inversiones cubiertas a ciertos sectores industriales o restringiendo la gama de derechos de propiedad intelectual cubiertos.³¹

Para ilustrar mejor este punto, varios países han reconocido que incluir contratos comerciales ordinarios en la definición de inversión conduciría a que el término se volviera demasiado amplio y, por lo tanto, han comenzado a agregar un lenguaje que excluye específicamente dichos contratos de la definición de inversión.

Un claro ejemplo de esto es el modelo TBI de Canadá con el Perú,³² que en el Artículo 1 establece lo siguiente:

- “...Pero la inversión no significa,*
(X) reclamaciones de dinero que surgen únicamente de
(i) contratos comerciales para la venta de bienes o servicios por un
nacional o empresa en el territorio de una Parte a una empresa
en el territorio de la otra Parte [...]”.

Usando como ejemplo el mismo TBI con Canadá, podemos encontrar que también se adopta un enfoque de lista cerrada de la definición de inversión, que difiere del enfoque amplio de composición abierta en que no contiene una introducción conceptual para definir la inversión (“*todo tipo de activo ...*”), pero contiene una lista extensa pero finita de activos tangibles e intangibles a ser cubiertos por el tratado, así como ciertas exclusiones claras de ciertas transacciones puramente comerciales, incluidos contratos de venta y acuerdos de préstamos financieros puros que no implican riesgo de capital. El método de “*lista cerrada*” se puede aplicar para limitar una definición basada en activos, así como una definición basada en la empresa.

- “Inversión significa:*
(I) una empresa;
(II) una garantía patrimonial de una empresa;

³¹ UNCTAD, United Nations Conference on Trade and Development.

³² Tratado Bilateral de Inversión Perú-Canadá, 2007.

- (III) una garantía de deuda de una empresa;
 - (i) cuando la empresa es una filial del inversor, o
 - (ii) cuando el vencimiento original del valor de la deuda es de al menos tres años, pero no incluye una garantía de deuda, independientemente del vencimiento original, de una empresa estatal;
- (IV) un préstamo a una empresa
 - (i) cuando la empresa es una filial del inversor, o
 - (ii) cuando el vencimiento original del préstamo es de al menos tres años, pero no incluye un préstamo, independientemente del vencimiento original, a una empresa estatal;
- (V)
 - (i) a pesar de los subpárrafos (III) y (IV) anteriores, un préstamo o título de deuda emitido por una institución financiera es una inversión solo cuando el préstamo o título de deuda es tratado como capital regulatorio por la Parte en cuyo territorio la institución financiera se encuentra, y
 - (ii) un préstamo otorgado o una garantía de deuda propiedad de una institución financiera, que no sea un préstamo o una garantía de deuda de una institución financiera mencionada en (i), no es una inversión; para mayor certeza:
 - (iii) un préstamo a, o la garantía de la deuda es demandada por una Parte o una empresa estatal del mismo no es una inversión; y
 - (iv) un préstamo otorgado o un título de deuda propiedad de un proveedor de servicios financieros transfronterizos, que no sea un préstamo o título de deuda emitido por una institución financiera, es una inversión si dicho préstamo o título de deuda cumple con los criterios para inversiones establecidos en otra parte de este artículo;
- (VI) un interés en una empresa que da derecho al propietario a compartir los ingresos o ganancias de la empresa;
- (VII) un interés en una empresa que le da derecho al propietario a compartir los activos de esa empresa en la disolución, que no sea un título de deuda o un préstamo excluido de los subpárrafos (III) (IV) o (V);

- (VIII) bienes inmuebles u otros bienes, tangibles o intangibles, adquiridos en la expectativa o utilizados con fines de beneficio económico u otros fines comerciales; y
- (IX) intereses derivados del compromiso de capital u otros recursos en el territorio de una Parte con la actividad económica en dicho territorio, tal como bajo
 - (i) contratos que impliquen la presencia de la propiedad de un inversor en el territorio de la Parte, incluidos los contratos llave en mano o de construcción, o concesiones, o
 - (ii) contratos donde la remuneración depende sustancialmente de la producción, los ingresos o las ganancias de una empresa; pero la inversión no significa (énfasis agregado)
- (X) reclamaciones de dinero que surgen únicamente de
 - (i) contratos comerciales para la venta de bienes o servicios por un nacional o empresa en el territorio de una Parte a una empresa en el territorio de la otra Parte, o
 - (ii) la extensión de crédito en relación con una transacción comercial, como financiamiento comercial, que no sea un préstamo cubierto por los subpárrafos (IV) o (V); y
- (XI) cualquier otro reclamo de dinero que no involucran los tipos de intereses establecidos en los subpárrafos (I) a través de (IX)."

Otros factores que podrían usarse para limitar el alcance del término “*inversión*”, podrían ser el limitar el sector industrial en el cual el TBI deberá operar. El término “*inversión*” puede limitarse a la inversión sólo en ciertos sectores de la economía. Por ejemplo, el Artículo 1 del Tratado sobre la Carta de la Energía, establece que “*inversión*” se refiere a cualquier inversión asociada con una Actividad Económica en el Sector de la Energía y a las inversiones o clases de inversiones designadas por una Parte Contratante en su Área, como “proyectos de eficiencia de la Carta” y así notificado a la Secretaría. En este caso particular, el acuerdo estaba destinado a cubrir sólo el sector energético y todas sus disposiciones se limitaron a ese sector.

Por ejemplo, el Acuerdo Inversión Integral de la ASEAN (2009), que se aplica a los siguientes sectores: “(a) manufactura; (b) agricultura; (c) pesquería; (d) silvicultura; (e) minería y canteras; f) servicios relacionados con la fabricación, la agricultura, la pesca, silvicultura, minería y canteras; y (g)

cualquier otro sector, según lo acordado por todos los Estados miembros” (Artículo 3 (3)). Muchos Acuerdos Internacionales de Inversión (AII) excluyen las actividades de contratación pública de su ámbito de aplicación.

7. ARTÍCULO 25(I) DEL CIADI

En los arbitrajes de inversión existe un doble estándar respecto de lo que debe ser entendido como inversión. Primero, la existencia de una inversión para fines jurisdiccionales requiere el cumplimiento, tanto del alcance de la definición de inversión del TBI; y, segundo, se requerirá el cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 25(1) del Convenio del CIADI:

“Artículo 25

- (1) *La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.”* (énfasis agregado).

Por tanto, del mismo Convenio del CIADI se entiende que hay tres requisitos esenciales para que la disputa sea entendida como una disputa de inversión: i) *rationae materiae*, ii) *rationae personae* y iii) *ratione voluntatis*. Adicionalmente se debe considerar el aspecto temporal, es decir el *rationae temporis*, por cuanto los TBI's no pueden operar retroactivamente y brindar protección sustantiva antes de su entrada en vigencia.

El requisito *rationae materiae* es el que se ocupa principalmente respecto del término y concepto de inversión. Lógicamente se debe analizar el tratado bilateral en mención para poder determinar si existe o no una inversión como tal.

8. PARTICULARIDADES DE LOS ARBITRAJES DE INVERSIÓN

La principal característica que puede diferenciar a un arbitraje de inversión respecto de uno comercial, es la clara implicancia y trasfondo político del mismo. En el arbitraje de inversión sí o sí se tendrá a un estado como parte del proceso. Cualquier disputa que concierne a un estado será de una envergadura mayor que una disputa entre dos partes privadas.

Como consecuencia de lo anterior, el resultado de un arbitraje de inversión desplegará efectos jurídicos y económicos no sólo entre las partes, sino entre un gran número de terceros. Recordemos que los arbitrajes de inversión versan sobre decisiones que las entidades estatales han tomado; y, por tanto, al pertenecer al aparato estatal, cualquier desenlace puede surtir efectos no sólo ante la administración estatal, sino ante la misma población del país anfitrión de la inversión.

Por esta misma razón, al ser el estado parte de un arbitraje y al responder los actos del estado a una necesidad de bien común, la cual puede ser entendida como la actuación del estado en aras satisfacer de un modo óptimo los intereses de la mayoría de las personas; tales actos, o bien responden a un interés general que justifica el actuar del estado soberano para justificar diversas formas de intervencionismo en representación de la población, alterando la esfera de los particulares, ya sea imponiendo prohibiciones o tomando acciones que pudieran parecer arbitrarias, pero que su finalidad es el bien general para el pueblo.

Por tanto, como estos actos involucran a toda la población, es que los laudos suelen ser publicados, con libre acceso a cualquier persona interesada. Esto difiere sustancialmente respecto de los arbitrajes comerciales, en donde rara vez los laudos son de conocimiento público, por cuanto todo lo concerniente al arbitraje es consecuencia de una relación jurídica entre dos particulares.

Como se ha mencionado, los arbitrajes de inversión encuentran su principal fuente en los tratados multilaterales y bilaterales. Esto permite que el inversionista extranjero pueda apelar a la vía arbitral sin tener un convenio arbitral, como tal, suscrito en un acuerdo comercial. Para entender esto mejor, debemos partir de la premisa de que los estados suscriptores de los tratados bilaterales de inversión o de tratados multilaterales, están basados en principios de protección a la inversión privada, en donde usual-

mente los estados ofrecen una promesa unilateral de arbitrar cualquier disputa, siempre y cuando se cumplan los requisitos previstos en los tratados. Esta oferta es aceptada por el inversionista extranjero al momento en que éste decida iniciar un arbitraje en contra de dicho estado.³³

Consideramos pertinente hacer énfasis en que en algunas oportunidades se suelen llamar erróneamente a los arbitrajes de inversión como arbitrajes CIADI. Es importante indicar que el CIADI es el foro por supremacía de los arbitrajes de inversión, no obstante, no es el único disponible, puesto que también se ventilan arbitrajes de inversión ante la Cámara de Comercio Internacional (CCI), el Centro Internacional de Arbitraje de Singapur (SIAC), la Corte Permanente de La Haya (PCA), la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC), así como también bajo las reglas de la UNCITRAL. Por ello, al hacerse referencia al arbitraje de inversión es pertinente usar el término arbitraje de inversión o, en su defecto, solución de controversias inversionista-estado o ISDS.

Para que se produzca un ISDS se necesita necesariamente el consentimiento por parte del estado anfitrión de la inversión. Hay diversos mecanismos que contienen el consentimiento del estado anfitrión como, por ejemplo, Acuerdos Internacionales de Inversión (IIA), Tratados de Libre Comercio (TLC), Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) y otros tratados internacionales, como el Tratado de la Carta de Energía (TCE) en Europa y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

Los ISDS buscan dar un marco de protección a aquellos inversionistas extranjeros que ven su inversión en riesgo por actuares vejatorios de los países anfitriones. Es por ello, que usualmente los inversionistas extranjeros están supeditados a los cambios políticos que puede sufrir un estado como consecuencia de políticas públicas o cambios de gobierno, lo cual puede conllevar a un cambio en el marco regulatorio nacional, así como por cualquier tendencia o capricho de algún gobierno de turno que pueda tener intenciones de expropiar o nacionalizar las inversiones extranjeras.

³³ CREMADES, Bernardo “Arbitration in Investment Treaties: Public Offer of Arbitration in Investment Protection Treaties, en Briner, Fortier, Berger and Bredow (eds), *Liber Amicorum Bockstiegel*, 156 et seq; for a detailed analysis of the differences see WALDE, Thomas. “Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty – From Dispute Settlement to Treaty Implementation”, 12 Arb Int 429 (1996) 434 et seq.

Por ello, los inversionistas extranjeros gozan de protecciones sustantivas que protegen sus principales derechos a la inversión. Es necesario indicar que estas protecciones sustantivas son distintas de las protecciones otorgadas por la legislación interna de cada país, puesto que éstas últimas pueden ser modificadas de un momento a otro por el gobierno de turno.

Las protecciones sustantivas más comunes otorgadas por las fuentes de arbitraje de inversión suelen ser las siguientes (cuyo mayor desarrollo se realizará en la sección específica de protecciones sustantivas):

- Protección contra la expropiación;
- Trato justo y equitativo;
- Trato nacional;
- Trato de nación más favorecida (nación más favorecida).

Habiendo analizado los distintos foros de ISDS que pueden hospedar un arbitraje de inversión, cabe hacer la pregunta sobre cuál es el foro o institución más apropiado para esto. Resulta importante mencionar que la ejecución de los laudos dictados en virtud del CIADI se rige por la Convención sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convención de Washington), mientras que la mayor parte de la ejecución de laudos no CIADI se rige por la Convención de Nueva York. El punto de venta más importante del ISDS ante el CIADI es su mecanismo de ejecución autónomo y deslocalizado. Según el Convenio del CIADI, los estados contratantes están obligados a reconocer y ejecutar los laudos como si fueran una sentencia firme de un tribunal en su territorio, sin ninguna revisión previa sobre la base de sus leyes nacionales.³⁴

Por tal razón, en aquellos arbitrajes de inversión seguidos ante el CIADI, se tiene más predictibilidad sobre la ejecución del laudo, puesto que

³⁴ CIADI-Artículo 54(2) La parte que inste el reconocimiento o ejecución del laudo en los territorios de un Estado Contratante deberá presentar, ante los tribunales competentes o ante cualquier otra autoridad designados por los Estados Contratantes a este efecto, una copia del mismo, debidamente certificada por el Secretario General. La designación de tales tribunales o autoridades y cualquier cambio ulterior que a este respecto se introduzca será notificada por los Estados Contratantes al Secretario General.

(3) El laudo se ejecutará de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda.

en caso el estado decidiera no acatar o ejecutar lo indicado en el laudo, tal omisión se constituiría en un incumplimiento de las obligaciones de los tratados bilaterales y multilaterales, por ejemplo, las contenidas en los TBI y en el Convenio del CIADI. Por lo tanto, la ejecución de los laudos del CIADI generalmente no genera mayores inconvenientes al momento de ejecutarse.

Por contrapartida, en los ISDS que no pertenecen al CIADI, sólo se podrá optar por el mecanismo de ejecución establecido en la Convención de Nueva York. Después de entrar en vigor, la Convención de Nueva York estableció con éxito un régimen de ejecución uniforme en todo el mundo para los laudos arbitrales internacionales. Las cortes nacionales sólo pueden denegar el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales calificados sobre la base de los motivos previstos exclusivamente en el artículo 5 de la Convención de Nueva York.

El régimen de aplicación bajo la Convención de Nueva York generalmente se considera eficiente, aunque se presta a que cada corte nacional evalúe si se cumplen los requisitos formales para la ejecución de los laudos y si es que no contradicen alguna disposición de orden público de dicho país, lo cual puede resultar en ocasiones impredecible con diversos resultados, dependiendo del país en donde se busque la ejecución. Por ello es innegable que el régimen de ejecución de laudos que no pertenecen al CIADI bajo la Convención de Nueva York, generalmente se considera menos eficiente que la Convención de Washington (CIADI).

Otro aspecto trascendente al momento de elegir si la disputa de inversión se ventilará ante el CIADI o no, es el hecho de que a diferencia del arbitraje CIADI, en el que el CIADI publica y actualiza las decisiones de manera oportuna, los casos de arbitraje ajenos al CIADI son más confidenciales y difíciles de analizar estadísticamente, porque son administrados por diferentes autoridades y la mayoría de los regímenes de arbitraje ajenos al CIADI no mantienen un registro público y de libre acceso, como sí ocurre con el CIADI.

De acuerdo a Megan Chen³⁵, varios estudios empíricos han intentado comparar la popularidad del arbitraje CIADI y el arbitraje no CIADI para

³⁵ CHEN, Megan, Embracing Non-ICSID Investment Arbitration? The Chinese Perspective, Northwestern Journal of International Law & Business, volume 39, Issue 3 Spring.

la resolución de disputas de inversión. Aunque las cifras pueden variar ligeramente, en general se entiende que el arbitraje del CIADI tiene una historia más larga y tiene una participación mucho mayor en el mercado de resolución de disputas de inversión. Por ejemplo, antes de 2007, los datos empíricos indicaban que casi el 74,4% de dichas decisiones se emitieron en virtud del CIADI (59,8% en virtud del Convenio CIADI y 14,6% en virtud del Mecanismo Complementario CIADI), y el 25,6% restante se resolvió en virtud de la Cámara de Comercio de Estocolmo u otras reglas ad hoc.³⁶

Aunque en la realidad no haya evidencia clara que demuestre que el CIADI es el mecanismo de disputas de inversión más rápido o más favorable para ciertos litigantes, que otros foros de arbitraje de inversión, las comparaciones entre las reglas procesales que se aplican en el arbitraje CIADI y el arbitraje no CIADI han encontrado varias diferencias con respecto a la jurisdicción, las medidas provisionales y los mecanismos de supervisión. No obstante, los datos empíricos indican que las diferentes reglas procesales no dan como resultado diferencias importantes en su efectividad para resolver disputas de inversión.³⁷

9. PROTECCIONES SUSTANTIVAS A FAVOR DEL INVERSOR EXTRANJERO

Como bien se señaló anteriormente, las diversas fuentes de los ISDS otorgan diversas protecciones sustantivas a los inversores extranjeros. En esa línea se ha promovido una estructura normativa homogenizada mediante los Acuerdos Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRIIs). Del mismo modo, otros convenios y tratados internacionales pueden recoger u otorgar protecciones adicionales a los inversionistas extranjeros.

La finalidad de los AII, APRIS, TLC y demás, es la de establecer un marco regulatorio internacional, en donde se promueva y proteja las inversiones entre ambos países suscriptores del tratado y proteger a los inver-

³⁶ UNCTAD, *Database of Treaty-Based Investor-State Dispute Settlement Cases*, <http://investment-policyhub.unctad.org/isds> (last visited September 19, 2011).

³⁷ Id.

sores extranjeros de uno de los Estados al momento de invertir en el otro Estado que firma el convenio.³⁸

Veámos cuales son los principales principios en los que se basa la protección sustantiva a nivel global:

9.1. Trato de la Nación más Favorecida

El Trato de Nación más Favorecida (NMF) está contenido en prácticamente todos los tratados bilaterales de inversión. También se refleja en el art. 10 (3) y (7) del TCE y en el art. 1103 NAFTA. El propósito de las cláusulas NMF en los tratados, es asegurar que las partes se traten entre sí de una manera, al menos, tan favorable como tratan a terceros. El estándar es relativo y depende de los beneficios que disfruten los terceros estados y sus nacionales. Tan pronto como el estado confiera una protección a la inversión extranjera, ésta se extiende automáticamente al Estado en cuyo favor opera la cláusula.

El alcance exacto de una cláusula NMF estará determinado por la redacción de la cláusula; y el beneficio exacto otorgado dependerá del derecho otorgado al tercer estado. A modo de Ilustración, podemos apreciar la cláusula pertinente del TBI Perú- Australia, en donde se hace alusión a la Nación más Favorecida:

“Cada Parte tratará en todo momento las inversiones en su propio territorio sobre una base no menos favorable que la otorgada a las inversiones de inversionistas de cualquier tercer país, siempre que una Parte no esté obligada a extender a las inversiones ningún trato, preferencia o privilegio resultante de:

- (a) cualquier unión aduanera, unión económica, zona de libre comercio o acuerdo de integración económica regional al que pertenezca la Parte; o*
- b) las disposiciones de un acuerdo de doble imposición con un tercer país.”³⁹*

³⁸ GRANATO, Leonardo y ODDONE, Carlos Nahuel, La Protección Internacional del Inversor Extranjero a Través de los Acuerdos Bilaterales de Inversión.

³⁹ Tratado Bilateral de Inversión Perú-Australia, 1995.

Claro está que el fraseo de la cláusula variará, dependiendo de cada tratado suscrito. Algunos tratados hacen referencia a un “trato” que no debe ser menos favorable que el otorgado a los inversionistas de terceros estados. Otros tratados se refieren a “todos los asuntos sujetos a este acuerdo”. Pero, otros tratados especifican los artículos del tratado a los que se aplicará la cláusula NMF y cuáles son sus exclusiones. En el caso de del TBI Perú-Australia, se excluye la aplicación de las cláusulas NMF en determinadas áreas (uniones aduaneras, zonas de libre comercio, comunidades económicas).

9.2. Trato Nacional

El principio de Trato Nacional también se encuentra en la mayoría de los tratados bilaterales de inversión. Básicamente, establece que el inversionista extranjero y su inversión deben recibir un trato no menos favorable que un nacional del estado receptor. Un mejor trato del inversionista extranjero sigue siendo posible e incluso será necesario si los estándares internacionales son más altos que los que se aplican a los nacionales.

En el TBI suscrito entre Perú y Colombia podemos apreciar cómo se plasma el Trato Nacional en un Tratado Bilateral de Inversión:

- “1. *Cada parte concederá al inversionista de la otra Parte un trato no menos favorable que el que concede en circunstancias similares a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra disposición de las inversiones en su territorio.*
2. *Cada parte concederá a las inversiones cubiertas un trato no menos favorable que el que concede en circunstancias similares, a las inversiones de sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra disposición de las inversiones en su territorio”*

Si bien la mayoría de las cláusulas de trato nacional son similares, sus implicaciones prácticas difieren debido a exenciones más o menos amplias de ciertos sectores comerciales.”

9.3. Trato justo y Equitativo y el Estándar Internacional Mínimo

Casi todos los tratados de inversión requieren que los estados anfitriones otorguen un trato justo y equitativo a los inversionistas del otro estado contratante. Este estándar es el que se suele invocar con mayor frecuencia ante los tribunales de inversiones y el que se infringe con mayor frecuencia. Para resaltar la importancia de este estándar de protección, el fraseo general suele ser el siguiente:

Las inversiones deberán recibir en todo momento un trato justo y equitativo, gozarán de plena protección y seguridad y en ningún caso recibirán un trato inferior al exigido por el derecho internacional.

En *Técnicas Medioambientales Tecmed SA contra los Estados Unidos Mexicanos*⁴⁰, la expectativa básica del inversionista extranjero era que las leyes aplicables a su inversión en un relleno sanitario para residuos peligrosos, serían utilizadas por el gobierno con el fin de asegurar el cumplimiento de las metas ambientales y de salud subyacentes. En particular, al realizar su inversión, el reclamante “razonablemente confiaba” sobre la base de los acuerdos vigentes del principio de buena fe, en que el permiso que adquirió para realizar su inversión continuaría en pleno vigor y efecto. No obstante, como sostuvo el tribunal, la agencia federal mexicana pertinente, luego se negó a renovar el permiso del demandante por razones políticas, derivadas de la oposición de la comunidad local, no relacionadas con los objetivos ambientales y de salud subyacentes. Esta conducta constituyó una violación a los estándares de trato justo y equitativo.⁴¹

En caso no se otorgue el debido proceso, así como transparencia y consistencia en el funcionamiento de las autoridades públicas, la falta de predictibilidad y un marco legal estable para la inversión, que son contrarios al legítimo interés de los inversionistas por el compromiso hecho por el estado anfitrión, son considerados como un incumplimiento del trato equitativo y no discriminatorio.

⁴⁰ Laudo CIADI, Caso No ARB (AF) 00/02, IIC 247 (2003), at (157).

⁴¹ REDFERN, Alan y Martin HUNTER on International Arbitration, student version, p. 477.

9.4. Protección contra las expropiaciones

La protección contra la expropiación no compensada es una piedra angular del derecho internacional de inversiones (propiedad, derecho a protección internacional). Prácticamente todos los tratados bilaterales de inversión modernos contienen disposiciones que abordan la expropiación directa e indirecta. A modo de ejemplo, el TCE se ocupa de la expropiación en el art. 13:⁴²

“Las inversiones de los inversores de una Parte Contratante en el territorio de otra Parte Contratante no serán objeto de nacionalización, expropiación o medida o medidas de efecto equivalente a la nacionalización o a la expropiación (a las cuales se aludirá en lo sucesivo como “expropiación”),sólo podrán llevarse a cabo: a) por motivo de interés público, b) de manera no discriminatoria, c) con arreglo al debido procedimiento legal, d) mediante el pago de una compensación rápida, efectiva y adecuada.”

Los tribunales otorgan cada vez más peso a las “facultades policiales” de los estados anfitriones. Según esta doctrina, las regulaciones legítimas que afectan a los inversionistas extranjeros no equivalen a una expropiación.⁴³

El tribunal en Methanex Corp vs. Estados Unidos (Laudo Final del Tribunal sobre Jurisdicción y Méritos), dijo al respecto: “[Una] regulación no discriminatoria para un propósito público, que se promulga de conformidad con el debido proceso y que afecta, ..., un inversionista o inversión extranjera no se considera expropriatorio y compensable a menos que el gobierno regulador haya otorgado compromisos específicos al entonces supuesto inversionista extranjero ...” (en 1456).

Siguiendo con los ejemplos de los TBI's, a continuación se detalla el tenor de la cláusula de protecciones contra las expropiaciones en el TBI Perú-Canadá:

“Ninguna de las Partes nacionalizará o expropiará una inversión cubierta, ya sea directa o indirectamente mediante medidas que tengan un efecto equivalente a la nacionalización o expropiación (en ade-

⁴² SCHREUER, Christoph, Investments, International Protection.

⁴³ *Id.*

lante, “expropiación”), excepto con un fin público, de conformidad con el debido proceso legal, de manera no discriminatoria y con una indemnización pronta, adecuada y efectiva.

Dicha compensación será equivalente al valor justo de mercado de la inversión expropriada inmediatamente antes de que se produjera la expropiación (“fecha de expropiación”), y no reflejará ningún cambio en el valor que se produzca porque la expropiación prevista se conoció antes. Los criterios de valoración incluirán el valor en marcha, el valor de los activos, incluido el valor fiscal declarado de la propiedad tangible, y otros criterios, según corresponda, para determinar el valor justo de mercado.

La indemnización se pagará sin demora y será plenamente realizable y libremente transferible. La indemnización se pagará en una moneda libremente convertible e incluirá intereses a una tasa comercialmente razonable para esa moneda desde la fecha de expropiación hasta la fecha de pago.

El inversionista afectado tendrá derecho, conforme a la ley de la Parte que realiza la expropiación, a una pronta revisión, por una autoridad judicial u otra autoridad independiente de esa Parte, de su caso y de la valoración de su inversión de acuerdo con los principios establecidos en este artículo.

Las disposiciones de este artículo no se aplicarán a la emisión de licencias obligatorias otorgadas en relación con los derechos de propiedad intelectual, ni a la revocación, limitación o creación de derechos de propiedad intelectual, en la medida en que dicha emisión, revocación, limitación o creación sea compatible con el Acuerdo de la OMC.”⁴⁴

⁴⁴ Tratado Bilateral de Inversión Perú-Canadá, 2007.

9.5. Algunas ideas para concluir

El arbitraje de inversión es un procedimiento para resolver disputas entre inversionistas extranjeros y estados anfitriones (también llamado Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados o ISDS). La posibilidad de que un inversionista extranjero demande a un estado receptor, es una garantía para el inversionista extranjero de que, en el caso de una disputa, tendrá acceso a árbitros independientes y calificados que resolverán la disputa y dictarán un laudo ejecutable.

Esto permite al inversionista extranjero eludir jurisdicciones nacionales que puedan percibirse como sesgadas o carentes de independencia, y resolver la disputa de acuerdo con las diferentes protecciones otorgadas por los tratados internacionales.

El marco regulatorio de los arbitrajes entre inversionistas y estados surgió en su forma moderna en la década de 1960, con la celebración del Convenio del CIADI y los primeros TBI. Desde ese momento el número de tratados de inversión ha crecido exponencialmente y hoy abarca más de 3000 AII que vinculan a una multitud de estados en todo el mundo.

Si bien este ensayo no es un tratado comprensivo de todas las aristas respecto de los arbitrajes de inversiones, consideramos que es un buen inicio para poder incursionar en esta rama del arbitraje internacional y entender los principales principios recogidos por la regulación de los diversos acuerdos de inversión existentes.

Lima, septiembre de 2020.

PANORAMA ACTUAL DEL ARBITRAJE
2019 - 2020
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
DICIEMBRE DEL 2020, CON F.M. SERVICIOS
GRÁFICOS S.A., MIGUEL ALJOVÍN 414, URB. SANTA RITA,
MIRAFLORES, TELÉFONO: 620-5795
LIMA 18, PERÚ

