Corpus Iuris

Edición
IX
2020

Arbitraje



Alfredo Soria Aguilar | Celia de Lorenzo Romero | Diego García Vizcarra | Henry Huanco Piscoche | Israel Mendoza de la Cruz | Hugo Sologuren Calmet | Mario Reggiardo Saavedra | Julissa Yamani Fernández | Fernando Cantuarias Salaverry | Giovanni Priori Posada
Álvaro Cuba Horna | Marco Alfredo Glorioso Monti Díaz

Palabras de la Directora

Redactar este breve preámbulo en esta nueva edición de nuestra revista trajo consigo las memorias de un proceso complicado, proceso que fue sinónimo de esfuerzo constante pero también de sacrificios alentadores. Nos enfrentamos a una coyuntura nacional bastante difícil pero que a su vez significó un grato escenario de aprendizaje.

Han transcurrido 15 años desde el nacimiento de esta gran familia y ahora somos testigos principales de todos los logros y obstáculos que enfrentamos hasta el día de hoy. Todo en aras de llegar a completar las metas que nos hemos trazado durante todo este tiempo. Quince años que constituyen cambios generacionales, transiciones de direcciones y la huella de muchos asociados que, tras su paso han dejado marca en Corpus Iuris.

Me corresponde agradecer profundamente el aporte y dedicación de la gestión correspondiente al año 2019; puesto que, fueron los principales propulsores

para lograr el resultado que hoy somos capaces de enseñar. Agradezco también al esfuerzo y dedicación del nuevo Consejo Directivo 2020 que supo adaptarse a esta nueva realidad y encaminar los proyectos planteados previamente. Sin vuestro aporte y apoyo constante, no habría sido posible llegar hasta este momento. Del mismo modo, debo hacer especial

mención a la labor de los nuevos asociados, ya que han mantenido el compromiso por el cual decidieron formar parte desde inicios del presente año.

Tengo el privilegio de presentar la IX edición de la Revista Corpus Iuris. Esta vez, en formato virtual, sobre temas de arbitraje. Producto del aporte e investigación de destacados abogados expertos en la materia. Es gracias a ellos que podemos hacer posible esta nueva presentación.

Por último, pero no menos importante, a nombre de la Asociación Civil Corpus Iuris, agradezco a todos los lectores el permitirnos este espacio. Nos debemos a ustedes.

Nicole Valeria, Torres Ocampo
Directora General 2020

Índice

01. **Pactos Relativos a la Interposición del Recurso de Anulación de Laudo Arbitral**

Alfredo Soria
Marco Monti
Pág. 08

02. **Arbitraje y Expropiación Regulatoria a través de Instrumentos Fiscales**

Celia de Lorenzo
Pág. 22

03. **Red Flags of Corruption: Estándares para Garantizar la Arbitrabilidad ante Indicios de Corrupción en el Arbitraje en Contrataciones**

Diego García
Pág. 36

04. **El estado de necesidad en el Arbitraje de Inversiones**

Henry Huanco
Pág. 62

05. **Criterios para la Designación de Árbitros por Parte de las Entidades Públicas**

Israel Mendoza
Pág. 92

06. **¿Un Laudo Arbitral puede ser anulado por Corrupción? Implicancias de la Corrupción en el Arbitraje**

Hugo Sologuren
Pág. 106

07. **Careo de Testigos y Expertos en Arbitraje**

Mario Reggiardo
Álvaro Cuba Horna
Pág. 120

08. **La Garantía de Cumplimiento como requisito indispensable para la Suspensión de los Efectos del Laudo Arbitral Materia de Anulación**

Julissa Yamani
Pág. 148

09. **Entrevista al profesor Fernando Cantuarias Salaverry**

Fernando Cantuarias
Pág. 160

10. **Entrevista al profesor Giovanni Francezco Priori Posada**

Giovanni Priori
Pág. 170

Índice

Corpus Iuris

Lista de Asociados

2020

DIRECCIÓN GENERAL

Directora General
Nicole Valeria Torres Ocampo

SECRETARÍA GENERAL

Secretario General
Kenyi Guillermo Amaut Prudencio

Fiscalización y Control
Bertha Lucila Rodas Infante

Gestor Documental
Adrían Helmuth Andía Espinoza

Ética y cumplimiento
Rosa Elena Rodriguez Rabanal

ÁREA DE BIENESTAR

Encargada
Clara Sofia Loro Bonelli

Asociada
Mirella Rosario Vera de la Cruz

Asociada
Rubeth Camila Neira Pabón

Asociado
Bruno Cuadros Chumpitaz

DIRECCIÓN DE EDICIÓN

Director
Klaus Nikos Drugas Magallanes

Subdirectora
Grace Berushka Leiva Gamboa

Subdirector
Alvarado Köhel Carlos Enrique

Asociado
Juan Luis Reyes Rodriguez

Asociada
Martha Sofia Danushka Chuquisuta Hererra

Asociado
Dylam Ernesto Lazo Mera

Asociado
Alvaro Jose Huamaní Reyes

Asociada
Luanna Castañeda Pomacino

Asociada
Camila Antonieta Salazár Cuaresma

Asociada
Evelyn Silva Escobar

Asociada
Daniela Vergara Irribarren

DIRECCIÓN DE ECONOMÍA Y FINANZAS

Directora
Lucía Córdova Heredia

Subdirectora
Marisol Alicia Kocnim Higa

Asociado
Carlos Adrian Laynes Huerta

Asociado
Carlos Tokio Moreno Gómez

Asociada
Gina Pacheco Verastegui

Asociada
Ana Rosa Bustamante Avalos

Asociada
Sharmely Garrafa Felix

DIRECCIÓN DE EVENTOS

Director
Jeremy Jim Blanco Sánchez

Subdirectora
Gina Michelle Gonzales López

Subdirectora
Ariana Michelle Felicitas Hurtado Huamán

Asociado
Sebastian Luis Ismael Gutierrez Figueroa

Asociada
Fiorella Esthefanny Casas Flores

Asociado
Jose Carlos Guerrero Castillo

Asociado
Daniel Salvador Alache Morocho

Asociada
Delia Melisa Bocanegra Chavez

Asociada
Gabriela Lucila Otoya Minaya

Asociada
Gabriela Azucena Rios Valderrama

DIRECCIÓN DE IMAGEN INSTITUCIONAL

Director
Carlos Andrés Martínez Contreras

Subdirectora
Andrea Luz Vera Parasi

Subdirector
Mauro Fernando Bendezú Montes

Asociada
Ana Liliam Llanto Panduro

Asociada
Alexandra Eliana Varas Cáceres

Asociada
Gisell Solange Calixto Ordaya

Asociada
Keysi Mitzi Rivera Ccama

Asociado
Diego Alonso Peña Martínez

Asociada
Chrystell Luque Bresciani

Art. 01

Pactos Relativos a la Interposición del Recurso de Anulación de Laudo Arbitral

Alfredo Soria

Marco Monti

Art. 01



PACTOS RELATIVOS A LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

ALFREDO F. SORIA AGUILAR

Profesor en las facultades de derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM), y Universidad del Pacífico (UP).

Árbitro integrante del Registro de Árbitros del Centro de Arbitraje de la PUCP, Cámara de Comercio de Lima y de la Nómina de Árbitros del OSCE.

MARCO ALFREDO GLORIOSO MONTI DÍAZ

Abogado titulado por la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM).

Adjunto de docencia de los Cursos de Derecho de Contratos - Parte Especial, Títulos Valores y Derecho Bancario en la Facultad de Derecho de la UNMSM.

Sumario

I. Introducción. **II.** Recurso de anulación del laudo arbitral y pactos relacionados a dicho recurso. **III.** Conclusiones. Bibliografía.

I. Introducción

Como es ampliamente conocido, el arbitraje tiene como presupuesto el convenio arbitral, el cual, entre otros aspectos, implica que las partes han contraído una prestación de no hacer que consiste en no acudir al fuero común respecto de aquellas controversias que hayan sido sometidas por las mismas a arbitraje. En términos sencillos, mediante el arbitraje, las partes acuerdan solucionar una o más controversias a través de la decisión de uno o más especialistas privados denominados árbitros.

Ocurre en ciertos casos, sin embargo, que tras la emisión del laudo —que es la resolución final y que define la controversia— una de las partes considera que existen razones para cuestionar dicha decisión arbitral y se inicia un proceso denominado recurso de anulación de laudo que se desarrolla ante los jueces y únicamente para los supuestos admitidos por la Ley de Arbitraje[1].

A través del recurso de anulación, única vía de revisión del laudo, los jueces verifican el cumplimiento de aspectos formales pero sin cuestionar aspectos que atañen a la materia de fondo de lo laudado; por ello, el recurso de anulación no constituye una instancia de apelación, pero puede dejar sin efecto parcial o totalmente, un laudo por aspectos distintos al fondo de lo decidido por los árbitros.

En principio, resulta razonable que se admita la posibilidad de revisar el laudo siempre que se verifique que el mismo se encuentra en alguna de las causales taxativamente establecidas por la Ley de Arbitraje. Sin embargo, el inconveniente es que, como lo afirma Reggiardo (2014), "el recurso de anulación, tramitado judicialmente, es usado mucho por la parte que pierde el arbitraje como un modo para dejar sin efecto el laudo y retrasar la solución definitiva del conflicto en el Perú" (p. 2).

Ante esta situación, muy común en nuestro país, surge la pregunta acerca de si las partes pueden acordar renunciar a presentar un eventual recurso de anulación de laudo o si pueden restringir convencionalmente el planteamiento de un recurso de anulación del laudo al cumplimiento previo de determinados requisitos. Estos temas serán analizados a continuación.

II. Recurso de anulación del laudo arbitral y pactos relacionados a dicho recurso

1. Naturaleza del recurso de anulación del laudo

Existen dos grandes posiciones acerca de la naturaleza del recurso de anulación del laudo arbitral.

1 Artículo 63 de la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo N° 1071).

Una primera posición plantea que el recurso de anulación es una forma de proteger las garantías procesales. En ese sentido, con una visión que prioriza el procedimiento arbitral, Ledesma (2014) sostiene que:

"El recurso de anulación debe entenderse como mecanismo de control formal a fin de garantizar que el nacimiento, desarrollo y conclusión del procedimiento arbitral se ajuste a lo establecido en la ley o los términos de lo pactado por las partes" (pp.178-179).

En similar sentido, García-Calderón (2011) sostiene que "El recurso de anulación es una garantía frente a cualquier exceso ocurrido al interior del procedimiento arbitral, sea como consecuencia de una acción u omisión de los árbitros. (…) el arbitraje debe estar sujeto a un control posterior por parte de algún órgano (público o privado) que permita cautelar el debido proceso" (p. 725).

Pese a la muy respetable y recurrente posición respecto del recurso de anulación como garantía del procedimiento, al igual que Bullard (2016), "Creemos que esa visión es equivocada. La posición que consideramos correcta es que el recurso de anulación es la forma de proteger y ejecutar el convenio arbitral (…) La anulación es consecuencia de que el carácter autoejecutable del convenio excluye la revisión previa a la ejecución, pero necesita un mecanismo posterior de revisión si la ejecución no fue adecuada por ir contra la Ley o contra el pacto" (p. 450).

Precisamente por tratarse de un mecanismo que tiene como objetivo central proteger lo pactado en el convenio arbitral, los jueces no pueden pronunciarse respecto del fondo de la controversia pues, dicha atribución fue establecida convencionalmente a favor de los árbitros que deciden la misma. Por ello, en realidad, lo que los jueces revisan es "cómo se ejecutó el convenio arbitral a fin de asegurar que se cumplió con la ley aplicable a ese contrato, se cumplió con lo acordado y los árbitros cumplieron con su contrato con las partes de ejecutar el convenio arbitral" (p. 454).

Si es que el recurso de anulación tiene como sustento resguardar el pacto de las partes acerca de la solución de sus controversias exclusivamente en sede arbitral, cabría preguntarse si es que, el recurso de anulación constituye un derecho disponible de las partes. Es decir, ¿cabría que las propias partes renuncien anticipadamente a ejercer el recurso de anulación?, ¿sería jurídicamente viable realizar pactos que establezcan requisitos para el ejercicio del recurso de anulación?

2. Respecto del pacto de renuncia a la anulación del laudo

En el Perú, solamente para el supuesto específico del arbitraje internacional, la Ley de Arbitraje peruana permite expresamente la renuncia al recurso de anulación. Sin embargo, para el arbitraje nacional, el pacto de renuncia al recurso de anulación no se encuentra prohibido, pero tampoco se encuentra admitido por las normas vigentes. En sencillo, la ley no regula dicha posibilidad ni la prohíbe.

Bajo la premisa del recurso de anulación como una forma de garantizar el procedimiento arbitral, autorizada doctrina sostiene que no es válida la renuncia al recurso de anulación por el carácter imperativo de esta garantía. En ese sentido, Hundskopf (2006) sostiene que "El recurso de anulación es una garantía de legalidad irrenunciable que tienen todos los que se someten a la jurisdicción arbitral" (p. 81) . En orientación similar, Arrarte (2007) sostiene que: "Una vez obtenido el laudo, se abre la posibilidad de impugnación en la vía judicial, a través de un recurso de anulación, respecto del cual no es válida la renuncia, pues se trata de una disposición imperativa cuyo propósito es que el Poder Judicial cumpla un rol de custodio del debido proceso de las partes y del Estado de Derecho" (p. 93).

En realidad, el procedimiento es el mecanismo que permite tutelar el derecho y por ello, el posible sustento para cuestionar la renuncia al recurso de anulación no debería basarse en la tutela al procedimiento en sí mismo, sino como tutela del derecho que se protege a través de dicho procedimiento.

Otro sector de la doctrina sostiene que no cabe la renuncia porque se afectaría el propio derecho de acción. En ese sentido, Avendaño (2011) sostiene que "Tratándose 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 acción" (p. 717). Avendaño se refiere a una renuncia anticipada al recurso de anulación, dado que, después de emitido el laudo, la parte vencida podría optar por ejercer o no ejercer su derecho a solicitar la anulación del laudo pese a que exista una causal que lo habilite. Es decir, después de emitido el laudo, no resulta obligatorio que ante la verificación de una causal se tenga que plantear necesariamente el recurso de anulación.

Otros autores plantean la inviabilidad de la renuncia al recurso de anulación del laudo porque se afectaría el derecho a la tutela judicial. Al respecto, Ledesma (2014) afirma que:

"(…) resulta difícil 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 y ello no es tolerable jurídicamente. A pesar de que existan convenios que expresamente contengan la renuncia al recurso de anulación, dichos pactos no generan eficacia jurídica. Esa renuncia se tendrá por no puesta" (pp. 178-179).

Discrepamos respetuosamente de quienes sostienen que no se admite la renuncia al recurso de anulación del laudo basados en el derecho a la tutela judicial, debido a que, precisamente, el sometimiento al arbitraje tiene como premisa básica una renuncia al derecho a la tutela judicial. Efectivamente, a través del convenio arbitral las partes someten su controversia a arbitraje, renunciando a la jurisdicción ordinaria.

Lo que resulta evidente de todas estas respetables opiniones es que consideran al recurso de anulación como irrenunciable por razones ajenas a la tutela de la voluntad de las partes. Estas posiciones niegan la posibilidad de que las partes puedan renunciar al recurso de anulación del laudo por considerar que este recurso es: una garantía de legalidad, una tutela del debido proceso, una tutela judicial o porque se afectaría el derecho de acción.

Para otros autores con una orientación más fijada en tutelar la voluntad de las partes, el recurso de anulación tiene una naturaleza de orden público, "pues su finalidad es cautelar la voluntad de las partes contenida en el convenio arbitral, por lo que procede cuando se configura alguna de las causales establecidas en la LGA y la parte que lo interpone ha dejado constancia, durante el desarrollo del proceso, de haber sido afectada respecto de lo pactado" (Vidal, 2009, pp. 147-148).

Esta posición ha sido asumida en la Casación 1277-2011-Lima que establece que "el recurso de anulación contra el laudo se fundamenta en consideraciones de orden público, ya que su finalidad es cautelar la voluntad de las partes contenida en el convenio arbitral o en el acto de la instalación del tribunal arbitral, así como la voluntad de las partes remitida al reglamento de la institución arbitral".

Para nosotros también, el recurso de anulación se orienta a proteger el pacto de las partes. El recurso de anulación brinda a las partes una protección con carácter de orden público, que les permite cuestionar la decisión del árbitro o del tribunal arbitral que resuelven la controversia fuera de los alcances y límites del pacto arbitral.

Debemos precisar que, entendemos que el recurso de anulación de laudo constituye una figura de orden público relativo[2], dado que si se tratara de una figura de orden público absoluto sería aplicable de manera ineludible, incluso su ejercicio no podría estar supeditado a que previamente se realice, en su momento, un reclamo expreso ante el tribunal arbitral tal como lo exige la Ley de Arbitraje.

Como figura de orden público relativo, el recurso de anulación de laudo no puede ser renunciado antes de su adquisición pues, las partes cuentan con libertad contractual, la cual les configura libremente el contenido del contrato siempre que el pacto no contravenga las normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres.

Concluida la controversia con el laudo o con las resoluciones que atienden los pedidos —rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo— si es que se evidencia alguna de las causales de anulación de laudo previstas en el artículo 63 de la Ley de Arbitraje, cualquiera de las partes cuenta con el derecho de decidir si plantea el recurso de anulación de laudo pertinente o si renuncia a hacerlo, pero no podrá eliminar de antemano, a través del pacto, la posibilidad de contar con el derecho a plantear el recurso de anulación de laudo.

Si bien no existe una norma imperativa que prohíba expresamente pactar una eventual renuncia anticipada y absoluta a plantear un recurso de anulación de laudo, por el carácter de orden público del recurso de anulación de laudo, no cabría el pacto que pretenda eliminar dicho recurso de antemano.

2 Horacio De La Fuente, en el campo del derecho civil -en contraposición al campo del derecho público- distingue la figura del orden público relativo del orden público absoluto. Este autor sostiene que las normas de orden público relativo, que normalmente asignan derechos de contenido patrimonial, "pueden ser renunciados una vez adquiridos, como sucede, por ejemplo, en los casos de prescripción, alimentos, legítima de herederos forzosos, ley de alquileres, de defensa del consumidor, etcétera. Otras veces, las menos, también se configuran supuestos de orden público absoluto, en tanto la norma imperativa asigna derechos –generalmente de contenido extrapatrimonial- que son irrenunciables, como sucede, por ejemplo, con los derechos de la personalidad (a la vida, integridad física, honor, intimidad, etcétera), o cuando la ley reconoce a las personas potestades –que incluyen deberes- que no se puede abdicar (patria potestad, potestad marital, etcétera)" (De la fuente, 2003. p. 89).

3. Otros pactos relacionados a la anulación del laudo

3.1. Pacto de constitución de garantía para la interposición del recurso de anulación de laudo

Conforme lo establecía la antigua Ley de Arbitraje[3], la exigencia del pago o la constitución de garantía —por la cantidad en favor de la parte vencedora— era un requisito de admisibilidad para interponer el recurso de anulación cuando ello se hubiera pactado o si dicha exigencia estuviera prevista en el reglamento de la institución arbitral aplicable.

El requisito antes mencionado cumplía una doble función: (i) buscaba garantizar la realización del pago esperado por la parte vencedora y, (ii) servía para desincentivar a la parte que pierde en el arbitraje a interponer recursos dilatorios con la finalidad de evitar el cumplimiento del laudo.

Solicitar previamente un pago o una garantía para interponer el recurso de anulación era, sin embargo, una solución que podía tener cuestionamientos constitucionales, dado que podría considerarse como una restricción al ejercicio del derecho de acción y/o al acceso de la tutela jurisdiccional. El pago o garantía para interponer el recurso de anulación dejaba de ser razonable cuando se exigía garantía para admitir el recurso de anulación en supuestos en los que ya se contaba con una medida cautelar trabada y ejecutada satisfactoriamente en el procedimiento arbitral que aseguraba el cumplimiento del laudo.

Entendemos que resulta más acertado establecer una "garantía de cumplimiento" como se establece en la Ley de Arbitraje vigente[4], pues esta última figura cumple las funciones antes mencionadas, pero sin condicionar la interposición del recurso de anulación en sí mismo.

3.2. Pacto de constitución de garantía para suspender la obligación de cumplimiento del laudo

Conforme con el numeral 1) del artículo 66 de la Ley Arbitraje (Decreto Legislativo 1071), la interposición del recurso de anulación —como regla general— no suspende la obligación de cumplimiento del laudo ni su ejecución arbitral o judicial. Sin embargo, se admite, como excepción, que la parte que impugna el laudo solicite la suspensión y cumpla con el requisito de la garantía acordada por las partes o establecida en el reglamento arbitral aplicable.

Nótese que la citada norma posibilita que las partes pacten el tipo de garantía —personal y/o real— que deberá constituir la parte vencida para lograr suspender el cumplimiento del laudo arbitral en caso decida interponer un recurso de anulación del laudo. Como se puede deducir, en este supuesto no estamos ante un requisito previo para interponer el recurso de anulación, sino ante un requerimiento para suspender el cumplimiento de lo ordenado en el laudo. Por esta razón, es perfectamente viable que la parte vencida, aunque cumpla con lo dispuesto en el laudo, en paralelo, tenga la posibilidad de tramitar el recurso de anulación del laudo.

Pero ¿qué sucede si las partes no regularon en el convenio arbitral el tipo de garantía necesaria para suspender la ejecución del laudo? La respuesta a esta interrogante la encontramos en el numeral 2) del artículo 66 de la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo N° 1071). De acuerdo con esta norma, en caso de ausencia del pacto comentado y ante el pedido de la parte vencida de suspender la ejecución del laudo, la Corte Superior de Justicia deberá solicitarle a esta última la constitución de una fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la otra parte.

El monto de la fianza bancaria antes referida dependerá de lo siguiente:

a) Si el laudo ordena el pago de una cantidad de dinero determinada o determinable vía operación matemática, el monto garantizado por la fianza bancaria deberá ser equivalente a dicha suma.

b) Si la condena —en todo o en parte— es puramente declarativa o no es valorizable en dinero o si se requiere de una liquidación o determinación que no sea únicamente una operación matemática. El monto de la fianza bancaria será, en primer lugar, el que hayan fijado las partes o, en su defecto, será el señalado por el tribunal arbitral en el laudo o en caso de que el tribunal arbitral tampoco haya determinado el monto de la fianza bancaria comentada, la parte impugnante podrá solicitar a la Corte Superior de Justicia que fije la suma de la garantía en mención. Cabe precisar que, en el supuesto que la suma sea fijada por el tribunal arbitral, ésta podrá ser reajustada por la Corte Superior de Justicia a pedido de la parte vencida.

3 Numeral 4) del artículo 72 de la Ley N° 26572 (anterior Ley de Arbitraje).
4 Numeral 2 del artículo 64 de la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo N° 1071).

En relación con la fianza bancaria mencionada en el artículo 66 de la Ley de Arbitraje, la práctica arbitral nos informa que esta garantía se materializa mediante una carta fianza emitida por las empresas bancarias nacionales. Para entender cómo debe funcionar una carta fianza en la suspensión de la ejecución del laudo con ocasión de la interposición del recurso de anulación de laudo, es necesario indicar algunas notas en torno a ella: (i) se encuentra regulada por la Circular SBS B-2101-2001, (ii) se trata de una garantía emitida por una entidad del sistema financiero que se compromete a pagar determinada suma dineraria a favor del beneficiario indicado en el mismo texto de la carta fianza y en respaldo de un deudor identificado y (iii) la entidad financiera que emite dicha garantía previamente ha celebrado un contrato de crédito indirecto con el deudor garantizado (es decir, con su cliente), en dicho convenio, el deudor garantizado se compromete a devolver la suma que eventualmente deba desembolsar el banco en caso el beneficiario de la carta fianza solicite su pago.

3.3. Pacto de no suspensión del laudo ante interposición del recurso de anulación

Del mismo artículo 66 de la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo 1071) se puede considerar otro pacto que los privados pueden acordar en torno a la anulación del laudo arbitral: la no suspensión de la ejecución del laudo cuando se plantee el recurso de anulación del laudo.

Como se mencionó en el apartado anterior, la parte vencida en un arbitraje puede iniciar un proceso judicial de anulación y, en paralelo, cumplirlo. La posibilidad de solicitar la suspensión del cumplimiento del laudo es un derecho absolutamente renunciable dado que no coloca en un estado de indefensión a la parte vencida.

La suspensión de la ejecución de la decisión arbitral no es un derecho consustancial de la parte perdedora, de allí que la ley admitiría la posibilidad de pactar dicha suspensión o no.

3.4. Pacto sobre los costos y costas del recurso de anulación

Los costos y costas derivados del recurso de anulación son distintos a los costos del arbitraje. Estos últimos se encuentran relacionados al segundo y son regulados del artículo 69 al 73 de la Ley de Arbitraje. Los costos y costas del recurso de anulación del laudo se encuentran relacionados a la etapa judicial, que se inicia una vez culminado el arbitraje. Por esta razón, para el desarrollo de este punto, es necesario tener en cuenta las disposiciones del Código Procesal Civil.

Empecemos por recordar el concepto de costos y costas recogidos en el Código Procesal Civil. De acuerdo al citado cuerpo normativo, las costas están constituidas por las tasas judiciales, los honorarios de los órganos de auxilio judicial (por ejemplo: peritos, depositarios, curador procesal, etc.) y los demás gastos judiciales realizados en el proceso; en tanto, son costos del proceso los honorarios del abogado de la parte vencedora, más un cinco por ciento destinado al Colegio de Abogados del Distrito Judicial respectivo para su Fondo Mutual y para cubrir los honorarios de los Abogados en los casos de Auxilio Judicial.

Ahora bien, tratándose de un proceso de anulación de laudo, la parte que resulte vencida en este último deberá hacerse cargo de las costas y costos de su contraparte salvo que la Corte Superior la exonere. En este contexto, consideramos que las partes podrían pactar válidamente que la "garantía de cumplimiento" sirva también para cubrir las costas y costos de la parte vencedora del laudo en caso la Corte Superior desestime el recurso de anulación de laudo.

III. Conclusiones

Si bien el arbitraje es una institución que se activa a consecuencia de un negocio jurídico estrictamente privado, ello no significa que las partes puedan renunciar anticipadamente a iniciar un recurso de anulación de laudo.

Concluido un arbitraje, las partes pueden decidir iniciar un recurso de anulación de laudo o no iniciarlo. Sin embargo, por el carácter de orden público del recurso de anulación de este, no cabría la posibilidad de pactar la renuncia a su recurso de anulación antes que surja la causal.

Sin perjuicio de lo anterior, en virtud de la libertad contractual, las partes se encuentran en la posibilidad de incluir en el convenio arbitral una serie de acuerdos que permitan cubrir algunas situaciones vinculadas al ejercicio del recurso de anulación del laudo por alguna de las partes. Por ejemplo, las partes pueden pactar la prohibición de suspender el laudo o que no se pueda suspender la ejecución de laudo a menos que se constituya previamente una garantía o pactar acerca de quien asumirá los costos y costas del recurso de anulación de laudo. Estos pactos son válidos y las partes pueden incorporarlos en el convenio arbitral, antes que surja la causal de anulación de laudo, es decir, al suscribir el contrato o con posterioridad.

Arbitrales. Límites de su Actuación. Revista Themis (53), 93.

- Avendaño, J. (2011). Comentario al artículo 63 del Decreto Legislativo 1071. En C, Soto & A, Bullard (Coords.), Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje (pp. 690-717). Tomo 1. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje.
- Bullard, A. (2016). ¿Qué fue primero: el huevo o la gallina? El carácter contractual del recurso de anulación. En A. Bullard (Ed.), El Litigio Arbitral. El Arbitraje desde otra perspectiva (pp. 454-491). Lima: Palestra.
- De La Fuente, H. (2003). Orden Público. Buenos Aires: Astrea.
- García-Calderón, G. (2011). Comentario al artículo 64 del Decreto Legislativo 1071. En C, Soto & A, Bullard (Coords.), Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje (pp. 720-727). Tomo 1. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje.
- Hundskopf, O. (2006). Régimen impugnatorio en el arbitraje nacional. Revista Actualidad Jurídica (153), 81. Lima: Gaceta Jurídica.
- Ledesma, M. (2014). Jurisdicción y Arbitraje. 3a ed. Lima: Fondo Editorial PUCP
- Reggiardo, M. (s.f) Las causales de anulación de laudos en el Perú. En Lex Arbitri.
- Vidal, F. (2009). Manual de Derecho Arbitral. Lima: Gaceta Jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

Payet Rey Cauvi Pérez

d. Av. Víctor Andrés Belaúnde 147
Edificio Real 3, Piso 12
San Isidro L 27, Lima - Perú

t. 511 612 3202

w. www.prcp.com.pe



Art. 02

Arbitraje y Expropiación Regulatoria a través de Instrumentos Fiscales

Celia de Lorenzo

Art. 02



ARBITRAJE Y EXPROPIACIÓN REGULATORIA A TRAVÉS DE INSTRUMENTOS FISCALES

CELIA DE LORENZO ROMERO

Abogada por la Universidad Complutense de Madrid. Posgrado en Derecho Tributario. Árbitro en la Corte arbitral del ICAM. Profesora de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad Carlos III de Madrid. Directora de Iniciativa Iberoamericana de Desarrollo Sostenible "IIDS".

Palabras clave:

CIADI, arbitraje internacional, inversiones extranjeras, expropiación, tratados internacionales, derecho interno, laudo arbitral.

Resumen

Uno de los retos que afronta una sociedad globalizada es el de conseguir una adecuada gestión del pluralismo jurídico frente a intereses diversos. Cómo se formalizan, tramitan y resuelven intereses dispares no es cuestión baladí ni mucho menos. En este marco plural, es nuestro propósito al abordar en el presente trabajo uno de los aspectos que más discusión está suscitando a la hora de garantizar a un inversor seguridad jurídica en sus operaciones, a través de un análisis sobre la incidencia de cuestiones tributarias como marco para la expropiación de una inversión en el seno de un procedimiento de solución de disputas rápido y eficaz, como es el arbitraje.

Sumario

I. Repercusión de la fiscalidad en las relaciones comerciales frente a un escenario globalizado. II. La importancia de la autonomía del sistema CIADI. III. Consideraciones acerca de la expropiación regulatoria en el marco de un arbitraje internacional. IV. En busca de un modelo moderno. Legitimidad o interferencia con los derechos privados, una cuestión polémica. V. Últimas críticas y propuestas. Un nuevo modelo jurídico. Bibliografía.

I. Repercusión de la fiscalidad en las relaciones comerciales frente a un escenario globalizado

Si reflexionamos acerca de cómo en las últimas décadas ha cambiado el escenario respecto a las relaciones comerciales internacionales y nos preguntamos cuáles son los pilares que en mayor o menor medida han intervenido en el cambio, encontramos nociones y conceptos que representan a los actores en búsqueda de un modelo jurídico adecuado para lograr un estándar común que permita un equilibrio entre partes e intereses distintos.

De hecho, nociones tales como inversión, expropiación y tributación, nos abren un camino que a lo largo de este trabajo vamos a tratar de argumentar acerca del uso de instrumentos fiscales con la intención de favorecer la pérdida de control de una inversión o cuanto menos obtener una pérdida significativa del valor de una inversión, que, en cualquier caso, no dejan de ser medidas equivalentes a la expropiación. (Sainz, 1985, p.753)

Una de las preocupaciones de los inversores es asegurar que una inversión privada realizada en un tercer Estado no pueda verse paralizada, expropiada o nacionalizada. Hoy en día, el derecho de las inversiones extranjeras se desarrolla en ámbitos complejos, ordenamientos distintos y Estados en diferentes niveles de desarrollo. Dejando al margen meras consideraciones introductorias, fijémonos en primer lugar en los intereses de las partes, con una clara finalidad lucrativa y el interés público general a quien corresponde velar por los intereses de la ciudadanía, y fijémonos también en el derecho que rige las relaciones contractuales entre un Estado y un inversor privado. En efecto, de una desigual posición de las partes pueden surgir dos fenómenos que podrían distorsionar la relación inversor-privado / interés-público: nacionalización y expropiación.

La pregunta que nos deberíamos hacer en primer lugar es ¿Qué mecanismos tiene un inversor privado frente al riesgo de ser despojado de su inversión?, la respuesta a esta pregunta se encuentra directamente relacionada con una cuestión crucial: ¿existe un acceso real de los inversores a la justicia? En efecto, si bien la facultad de expropiar corresponde al Estado y a su derecho interno, no es menos cierto que el derecho internacional ha ido construyendo todo un repertorio de obligaciones de los Estados en relación con el trato favorable a extranjeros que realicen inversiones en su jurisdicción.

Más allá de la complejidad de las inversiones, cuando una empresa decide de invertir en un tercer Estado, se encuentra frente a incertidumbres que añaden inseguridad a su negocio, ya

que aun asumiendo otros riesgos de índole financiera, económica o incluso expropiatorios, frente a los que cuanto menos resultaría indemnizado con un precio justo, lo que un inversor privado no puede prever son los cambios que el legislador interior puede realizar en materias que pueden afectar directamente a su inversión hasta el punto de llegar a perder el control sobre ella.

Nótese especialmente que el mandato legal de la expropiación directa supone de una parte el poder del Estado de hacer cesar en la propiedad, y de otra, prevé todo un sistema de garantías que todo Estado de derecho ofrece a aquellos que se ven privados de su patrimonio por mandato de los poderes públicos. En este punto y como señala García de Enterría (2011) afirma:

"La garantía del particular, hace valer, primero, los límites y condiciones de la tal potestad, que diseñan el negativo de un sistema activo de protección correlativo; y, en segundo término, y de manera especial, reduce esa potestad a su efecto mínimo de desapoderamiento específico del objeto expropiado, pero sin implicar el empeoramiento patrimonial, que ha de reestablecerse con la indemnización expropiatoria"

Ahora bien, no es esta la única restricción al éxito de la inversión, ya que pueden surgir obstáculos similares a los efectos de la privación específica del objeto expropiado, tales como reformas legislativas, que, sin comportar un acto de expropiación, producen los mismos efectos. Como se ha señalado al comienzo de este epígrafe, puede suceder que una decisión pública del Estado alcance las mismas consecuencias que una expropiación directa, lo cuál sería el caso de supuestos en los que las modificaciones se fundamentan a través de los instrumentos de índole fiscal. En otras palabras, mediante reformas de naturaleza tributaria se puede llegar a alcanzar idéntico objetivo: privar al inversor el control de su negocio y de los beneficios de su inversión.

Por otra parte, además de la posibilidad real y cierta de que el Estado realice cambios legislativos, el inversor privado ha de afrontar cualquier reclamación ante los Tribunales internos del Estado, y tal vez no sea ésta una relación de confianza por cuanto el Estado se erige simultáneamente en juez y parte, surgiendo así otro interrogante respecto a la ley aplicable, o lo que es lo mismo, aplicación del derecho internacional público o del derecho interno. (De Luca, 1997, p.15)

En este orden de ideas, es fundamental definir estrategias coherentes con la realidad global, dirigidas a minimizar el impacto de reformas de índole tributaria o ambiental que pueden incluso llegar a tener efectos indeseables como la expropiación o la pérdida de control de una inversión, donde más allá de concretas soluciones, algunos autores afirman que existe una cierta contradicción entre las Haciendas nacionales y los contribuyentes. Por ejemplo, Carbajo (2003) señala que:

"La globalización y las nuevas tecnologías están creando nuevos entornos que hacen cada vez más inviable un modelo de Hacienda Pública centrado en Administraciones tributarias nacionales, objetos imponibles localizados territorialmente, sujetos pasivos residentes de por vida en el territorio nacional y Políticas Fiscales reguladas domésticamente en virtud de la soberanía nacional".

De forma sintética y a grandes rasgos es importante destacar que toda inversión desplegada en un tercer país queda sometida al derecho interno de ese Estado, circunstancia que no siempre es bien aceptada por el inversionista por cuanto ese derecho interno no le ofrece una seguridad jurídica aceptable, más aun si la actividad financiera de los entes públicos es catalogada como una actividad que está justificada por la ineludible necesidad que tienen de disponer de recursos económicos para el cumplimiento de sus fines (Menéndez, 2004, pp.45-46).

Del mismo modo, Menéndez (2004) señala que:

"Determinadas decisiones en materia de ingresos y de gastos públicos puedan ser defendibles desde la perspectiva de la ciencia económica. /.. Y conllevar, sin embargo, reacciones individuales y colectivas de los ciudadanos contrarias a ellas, e incluso no responder adecuadamente a las exigencias de equidad y justicia propuestas por la ciencia del derecho"

Por otra parte, el derecho internacional ha planteado soluciones jurídicas plurales, con el propósito de proteger inversiones particulares. No cabe duda de que, actualmente existe un gran número de Tratados Internacionales de Protección de Inversiones, con cláusulas estándares tales como: nación más favorecida, discriminación por motivos de nacionalidad, trato justo y equitativo, etc. con la pretensión de alcanzar un derecho de inversiones extranjeras mediante la adopción de normas que proporcionen un equilibrio entre los intereses de las partes.

Analizando con un poco más a detalle el desarrollo de Tratados Internacionales, no nos cabe duda de que en el terreno de las inversiones son los Tratados de Libre Comercio, de carácter multilateral, cuyo objetivo es ampliar el mercado de bienes y servicios entre los países firmantes, los que en primer lugar ofrecen un terreno abonado para delimitar y definir estándares generales de protección.

Para ello, buscan la reducción o eliminación de las barreras arancelarias y no arancelarias que existen en un determinado momento entre espacios económicos, a través de una reducción o supresión de aranceles a la importación y de la regulación sobre comercialización internacional de bienes y servicios. También tiene trascendencia en materia de promoción de inversiones los acuerdos bilaterales, siendo el prototipo determinados acuerdos que introducen cláusulas que limitan la posibilidad de los Estados de intervenir en la propiedad de inversionistas extranjeros, diseñando un marco normativo que asegure ciertas condiciones favorables para los inversores. Actualmente, en el mundo hay más de 3.000 acuerdos internacionales de inversión, la mayoría de ellos bilaterales.

No obstante, en muchos casos los acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones y tratados de libre comercio no contienen definiciones de los términos que señalan sus disposiciones, de ahí que pueda existir cierta confusión en términos similares pero no idénticos, como expropiación directa, indirecta y medidas de efecto equivalente, conceptos todos ellos cuya falta de precisión origina sin duda, conflictos entre la concepción del derecho internacional y la concepción asumida por el derecho interno. Podría incluso llegar el caso de que una medida de un Estado no sea considerada en su derecho interno como expropiación, y sin embargo, a la luz del derecho Internacional sí se considere una medida de efecto equivalente a la expropiación, lo que daría lugar a la paradoja de que ante una misma acción del Estado, para un inversionista foráneo podría constituir una expropiación indirecta, mientras que para un inversionista residente en el país no tuviera tal carácter. En este sentido, concordamos con Iruretagoienea (2010) quien considera que: "esta inseguridad sobre los actos y medidas estatales que constituyen una medida de efecto equivalente a la expropiación propicia la interposición de reclamaciones abusivas o caprichosas por parte de los inversores extranjeros ante tribunales arbitrales trasnacionales."

Es fácil apreciar cómo desde la aparición de diferencias entre Estado e Inversor y la gravedad de sus consecuencias, así como la posición del Estado como juez y parte, ha llevado a explorar nuevos métodos alternativos a los Tribunales de Justicia de cara a la resolución de diferencias entre Estados e Inversores, surgiendo así nuevos métodos de arbitraje como herramienta ágil y eficaz de solución de disputas. En este sentido, uno de los convenios más relevantes en materia de inversiones extranjeras, es el propiciado por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias sobre Inversiones, en adelante CIADI.

Si bien es cierto que el éxito del arbitraje comercial internacional deriva de la aproximación de dos tendencias ya de por sí contradictorias, nuestra posición al respecto coincide con la manifestada por Barahona (2007):

"Por un lado, el deseo de la comunidad de operadores económicos de contar con un medio fiable, efectivo y discreto de resolución de las controversias que puedan surgir (...) y por otro, la voluntad doble del Estado de no ver socavada su soberanía, asegurando a la vez, un nivel mínimo de justicia en el eventual procedimiento arbitral". (p.178)

Por otra parte, en materia de arbitraje, una cuestión muy debatida se centra en la facultad de las autoridades fiscales respecto a la conclusión de transacciones a través de un convenio arbitral, en cuyo caso se empodera a un órgano constituido ad hoc para que se constituya en lo órgano decisorio de diferencias. En efecto, enmarcado en la generalidad de procedimientos en aplicación de los tributos, coincidimos plenamente con la opinión de González-Cuellar (1997), quien afirma que:

"El recurso al arbitraje no se encuentra condicionado a la naturaleza de la potestad de la Hacienda Pública sobre la que recaiga, ni al carácter reglado o discrecional de la materia, sino a la concurrencia del propio presupuesto del convenio arbitral: el litigo. Proyectándose hacia las cuestiones sobre las que exista una controversia jurídica entre la Administración y el obligado tributario en los términos en que dicha polémica ha sido definida". (p.35)

II. La importancia de la autonomía del sistema CIADI

El sistema CIADI es autónomo, no está sujeto a control de otro tribunal, toda vez que, el hecho de que este procedimiento arbitral no prevé la posibilidad de revisión del laudo por los tribunales del país en que se va a ejecutar o por una segunda instancia establecida para estos efectos.

El sistema CIADI, deja fuera de su ámbito la aplicación la regla de agotamiento de los recursos internos, en otras palabras, el compromiso de las partes en este sistema arbitral implica la renuncia a la competencia de los tribunales internos respecto a la controversia, obligándose las partes a no ejercitar acción alguna respecto de la controversia hasta que se dicte el laudo.

En materia de reconocimiento y ejecución del laudo, el Capítulo IV, sección 6 del Convenio de Washington resuelve lo que algunos autores han denominado "estructura mixta", dada la concurrencia de personas que pertenecen a esferas jurídicas diferentes.

El texto refiere que el laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto, en los casos previstos en el propio Convenio. Sin duda, las partes deberán cumplir excepto cuando se produzca la situación de suspensión. Algunos autores como Chillida (1998), han señalado que "el laudo del CIADI es al mismo tiempo una sentencia internacional y un título ejecutivo que sí puede ejecutarse de plano sin necesidad de exequátur, en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados contratantes".

El Convenio CIADI es muy directo al fijar que los Estados reconocerán el carácter obligatorio del mismo y ejecutarán dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas en el laudo, de forma similar o igual a una sentencia firme dictada por un tribunal de ese país. No existe, por tanto, la necesidad de exequátur ni de homologación, razón por la cual el laudo no será considerado extranjero, ya que tendrá toda la fuerza de un fallo definitivo del tribunal de un país. Tanto es así, que los Estados contratantes deberán haber tomado las medidas legislativas y de otro orden que sean necesarias para que las disposiciones del convenio tengan vigencia en sus territorios.

La obligatoriedad del laudo, así como la imposibilidad de apelación o recurso, excepto los previstos por el propio texto, constituyen una de las grandes innovaciones del Convenio que consagra la autonomía del CIADI.

III. Consideraciones acerca de la expropiación regulatoria en el marco de un arbitraje internacional

Como todos conocemos, la lenta pero imparable eliminación de fronteras y la progresiva integración de los mercados, así como la internacionalización de los procesos económicos y la pérdida gradual de soberanía financiera, se ha encaminado sin duda hacia el nacimiento de un proceso homogeneizador a escala mundial, que atrae la unificación de mercados, sociedades y culturas. Ante este panorama, han ido surgiendo diferentes mecanismos para la solución de controversias, como procesos alternativos que ponen de manifiesto un vínculo entre diferentes jurisdicciones, materializados en los sistemas de arbitraje internacional.

Por otra parte, y a pesar de la voces a favor y en contra que se han alzado frente a los sistemas de arbitraje, puede y debe ser valorada positivamente que la práctica haya traído consigo una serie de casos donde principios como el de no discriminación, trato justo y equitativo, trato nacional puedan llegar a ser valorados e incluso a ser excepcionados, pero como se ha ido viendo a lo largo del trabajo, con sustanciales mejoras si se dota de instrumentos suficientes, ya sea bajo la forma de reglas de acuerdos de inversión, bajo una interpretación uniforme conforme a los principios procesales principalmente aceptados o bajo formas de control de riesgos. En torno a esta vertiente, es saludable hacer una propuesta a que la comunidad internacional abra nuevas vías en aras de llegar a un consenso sobre el margen de discrecionalidad de los tribunales en el marco de solución de disputas fuera de los mecanismos convencionales, como es el arbitraje.

IV. En busca de un modelo moderno. Legitimidad o interferencia con los derechos privados, una cuestión polémica

La primera reflexión que cabe antes de entrar a polemizar sobre la legitimidad de una medida regulatoria es destacar la equivalencia entre los términos expropiación indirecta y medida de efecto equivalente a expropiación, terminología utilizada indistintamente en los Tratados de Inversión, unas veces designando uno sólo y en otras con mención específica de ambos. En cualquier caso, los factores previos a considerar en esta polémica son la diferenciación entre expropiación directa e indirecta.

Sin embargo, la realidad no es tan sencilla, ya que parece adecuado reconocer como elemento diferenciador aquel que se sustenta en los efectos que la medida ocasiona en la propiedad del inversor y en la utilidad de la inversión. En este sentido Iruretagoiena (2010) distingue que:

"Las medidas de efecto equivalente a la expropiación incluirán aquéllas en las que no haya habido una transferencia formal de la inversión a favor del Estado o de terceros, pero que en realidad hayan producido los efectos propios de la expropiación: la anulación de la utilidad de la inversión para el inversor, y el beneficio económico del Estado o de terceros".

La opinión de autores como Iruretagoiena, así como el laudo del caso Tza Yap Shum, se inclinan no tanto a favor de la desposesión, sino por el impacto que produce sobre la inversión, lo que en términos concretos se encaminaría hacia la demostración de cómo el concurso del interés público se ha traducido en la obtención de beneficios por parte del Estado o de un tercero, así como en su cuantificación económica.

Por otra parte, es sabido que el concurso de la utilidad pública es la causa de expropiación reconocida prácticamente en todos los tratados, acuerdos y convenciones, sin embargo, la determinación del concepto es una cuestión compleja, toda vez que depende en gran medida de la apreciación de cada Estado en su valora-

ción del interés público. En esta línea argumental, Iruretagoiena (2010) manifiesta una posición un tanto ecléctica pero acertada, al referir que "los casos en los que se podrá proceder al control de la actividad de los Estados en su tarea de valorar la existencia de la condición de la utilidad pública se reducen a situaciones manifiestamente graves y desproporcionadas".

Como se ha reconocido en varias ocasiones a lo largo de este trabajo, la adopción de medidas de carácter expropiatorio deriva de la legítima soberanía de los Estados, toda vez que representa un conflicto entre intereses públicos y particulares, "no obstante, el derecho de expropiar no es absoluto, lo que implica que los actos de expropiación deben cumplir ciertas condiciones para que puedan ser considerados lícitos" (Iruretagoiena, 2010).

Sobre la licitud o ilicitud de la conducta, solo el incumplimiento de esas condiciones podrá acarrear la ilicitud del acto y la responsabilidad del Estado infractor.

V. Últimas críticas y propuestas. Un nuevo modelo jurídico

Después del análisis desarrollado, quiero advertir de la necesidad de posicionarse, bien rechazando el planteamiento impreciso ofrecido en resoluciones arbitrales o bien de reinterpretarlo en directa relación con el derecho internacional. Por ello, la propuesta es sencilla y clara:

"Debe alcanzarse un consenso respecto a la uniformidad de criterios en las resoluciones, por lo que se hace del todo necesaria una coordinación de decisiones con el objetivo de alcanzar un espacio internacional que confiera plena seguridad en el comercio internacional".

No se puede dejar al margen de estas conclusiones, un aspecto que hoy en día está atrayendo un importante número de disputas en la relación inversor-estado, y que ha surgido ante la posibilidad real que existe de que una inversión directa pueda ser confiscada por el Estado, a través de fórmulas vagas e imprecisas de expropiación por vía indirecta.

En otros términos, sería altamente recomendable acoger unas reglas que confluyeran en una regulación de carácter universal que refuerce y asegure una única respuesta tangible y eficaz que resuelva conflictos entre las partes en el seno de las relaciones comerciales internacionales frente al riesgo de expropiaciones encubiertas.

Dado que no cabe ninguna duda respecto al vínculo que existe en la internacionalización del régimen jurídico de las inversiones extranjeras y el derecho interno, las propuestas que se van a desarrollar no deben tratar únicamente de un mejoramiento de la situación anterior sino también de una superación de los métodos convencionales de actuación.

Las propuestas que se describen a continuación intentan dar soluciones a las incógnitas e interrogantes que afectan al éxito de inversiones por razones colaterales y que conciernen únicamente a las partes involucradas en ella:

- Mejorar los contenidos y alcance de la expropiación indirecta, sin caer en la tentación de un catálogo cerrado, apreciando las condiciones y el contexto en el que se desenvolvieron los acontecimientos.

- Precisar en la medida de lo posible el contorno del concepto utilidad pública, alejando ciertas tendencias a involucrar medidas de derecho público del Estado, cual es la materia tributaria, con la finalidad de encubrir expropiaciones.

- Trazar criterios específicos en la determinación de normas internas que podrían entrar en conflicto tras la firma de un tratado o convenio internacional.

- Diseñar mecanismos de supervisión adecuados sobre organismos dependientes del Estado, que impidan conductas arbitrarias frente a los intereses de los inversores.

Por último, y sin olvidar que es necesaria la integración de preceptos dispersos entre diferentes ordenamientos, instituciones y Estados, me permito poner sobre la mesa de debate un punto de reflexión sobre el futuro de convenios y acuerdos de inversión, dada la posibilidad que existe de caer en que excepciones como las que se han expuesto en este trabajo, se conviertan en generalidad y con ello se incline el debate hacia un camino sin retorno, cuál es el desplazamiento de la legitimidad de los Estados en materias de distinta índole que afectaría muy probablemente a la sostenibilidad de la soberanía de los Estados.

- Barahona, S. (2007) Arbitraje y justicia en el siglo XXI. Navarra: Editorial Aranzadi.
- Carbajo, D. (2003) Temática actual de la fiscalidad internacional en Fiscalidad y Planificación fiscal internacional. Madrid: Instituto de Estudios Económicos.
- De luca, G. (1997) La potestá tributaria è spesso vincolata da norme di diritto internazionale che trovano origine in convenzioni internazionali, o in regole comunitarie. XI ed. Nápoles: Edizioni Simone.
- García, E. (2011) Curso de derecho administrativo. 21 ed. Pamplona: Editorial Aranzadi.
- González, M.L. (1997) Los procedimientos tributarios: su terminación transaccional. Madrid: Editorial Colex.vcf
- González, M.L. (1997) El arbitraje en el Derecho Tributario. Revista de Estudios Financieros núm. 7/1997.
- Iruretagoiena, I. (2010) El arbitraje en los litigios de expropiación de inversiones extranjeras. Barcelona: Editorial Bosch, SA.
- Jarrosson, C. (1987) Le litige est traditionnellement consideré comme l'un des principaux critéres permettant d'appréhender l'artbitrage. Paris: Librairie generale de droit et de jurisprudence.
- Menéndez, A. (2004) Derecho Financiero y Tributario: Lecciones de Cátedra. 5ª Edición. Valladolid: Editorial Lex Nova.
- Sainz, F. (1985) Sistema de Derecho Financiero. Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.
- Vives, J.A. (1998) El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones -CIADI-. Madrid: Editorial MacGraw Hill.

BIBLIOGRAFÍA



LTE

THORNE ECHEANDÍA & LEMA ABOGADOS

SERVICIOS LEGALES A TU MEDIDA

Servicios legales integrales creadores de valor. Soluciones innovadoras para una efectiva prevención, planificación y defensa legal

NUESTRO RESPALDO

EXCELENCIA PROFESIONAL

Nuestro staff tiene experiencia diversificada, siendo egresados de las mejores universidades peruanas y contando con estudios de postgrado en prestigiosas universidades extranjeras.

RED INTERNACIONAL

Somos miembros de international Advisory Experts, una alianza global de consolidadas y experimentadas firmas legales, financieras y consultoras en más de 140 jurisdicciones.

ACREDITACIONES Y PREMIOS

Firma acreditada por Chambers & Partners (Reino Unido) como líder en propiedad intelectual en el Perú desde el 2011 – 2019. Premio "Best Corporate Firm-Perú" 2018 de la revista Adquisition International (AI).

CONTACTO: (511) 337-2281 – (511) 284 – 4845
Av. José Pardo N° 434, Oficina 404-405 (Edificio Lit One) Miraflores, Perú
www.thelemabogados.pe

Art. 03

Red Flags of Corruption: Estándares para Garantizar la Arbitrabilidad ante Indicios de Corrupción en el Arbitraje en Contrataciones

Diego García Vizcarra

Art. 03



“RED FLAGS OF CORRUPTION”: ESTÁNDARES PARA GARANTIZAR LA ARBITRABILIDAD ANTE INDICIOS DE CORRUPCIÓN EN EL ARBITRAJE EN CONTRATACIONES CON EL ESTADO

DIEGO FERNANDO GARCÍA VIZCARRA

Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Máster en Derecho de la Contratación Pública por la Universidad de Castilla-La Mancha (España). Especialista en Gestión de Contratos Públicos por el Instituto para la Gestión Pública de la Organización de Estados Americanos (OEA). Especialista en Arbitraje Nacional e Internacional por la Universidad del Pacífico. Ha sido miembro de la Lista de Expertos del Perú a ser tomado en consideración para el examen de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, designado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNDOC), a propuesta del Ministerio de Economía y Finanzas de Perú, en el 2011. Asimismo, ha sido asesor en arbitraje de la Dirección de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y de la Gerencia de Promoción de la Inversión Privada de la Municipalidad Metropolitana de Lima, entre otros cargos. Ex miembro del Consejo Superior de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Huancayo (CCH). Dos veces primer puesto en la Competencia Internacional de Arbitraje Comercial Internacional organizada por la Universidad de Buenos Aires (Argentina), en las ediciones de los años 2008 y 2009.

Sumario

I. El poder, la corrupción y las contrataciones públicas II. El rol de los árbitros ante los indicios de corrupción III. La carga de la prueba de la corrupción en el arbitraje IV. Las “red flags of corruption” y otros estándares aplicables en el arbitraje V. Conclusiones finales VI. Bibliografía.

Palabras clave

Arbitrabilidad, corrupción, carga de la prueba, indicadores, estándares anticorrupción.

I. El poder, la corrupción y las contrataciones públicas

Abraham Lincoln sentenciaba: “Si quieres conocer a un hombre, dadle poder”. Esta afirmación, pensada originalmente en quienes llegan a detentar el poder público, hoy adquiere importante vigencia al reflexionar sobre los límites en el ejercicio de atribuciones respecto al rol o estatus que pudiese llegar a ostentar un individuo, más allá del ámbito del poder público o político. Y es que la noción de “poder” ya no se conceptualiza exclusivamente a partir de una connotación estatal, sino que es entendida como la capacidad o el dominio de un individuo de realizar una acción en un determinado contexto social, sea para bien o para mal.

Para el antropólogo Eric Wolf, el poder se puede expresar en cuatro dimensiones: personal, relacional, organizativa y estructural. La primera, la personal, es entendida como la pura y simple capacidad del individuo, sin poner énfasis en las direcciones y formas que puede asumir el poder. La segunda, la relacional, es la capacidad de un individuo de imponer su voluntad a otro u otros. La tercera, organizativa, es el control de un individuo sobre una unidad organizativa determinada, que a su vez influye en otro individuo. Por último, la forma estructural, alude al poder que organiza y dirige una unidad y las direcciones de energías (Wolf, 2001).

El dimensionamiento del poder sugerido por Wolf nos permite comprender en significativa medida el complejo fenómeno por el que atraviesa el funcionamiento de las instituciones públicas, la clase política, el sector empresarial y la sociedad civil en general, tanto en nuestro país como en gran parte de la región: la sistemática falta de credibilidad en las personas e instituciones como reflejo del poder ejercido negativamente. La manera en la que los diversos actores de la sociedad y del Estado se ha conducido tradicionalmente explica el enraizamiento profundo de la corrupción en el subconsciente colectivo como corolario de una histórica crisis de valores éticos y sociales; fenómeno que se ha extendido a ámbitos tan sensibles y cruciales para el desarrollo de nuestra sociedad, como es el caso de la contratación pública (relación proveedor-Estado).

Tanto los proveedores de bienes, servicios y obras, como la Administración Pública que contrata, ejercen en distintos niveles y dimensiones cuotas de poder; es decir, ambos en ejercicio de sus respectivos roles están en capacidad o dominio de llevar a cabo determinadas acciones en el contexto de un relacionamiento definido por un conjuntos de reglas positivas que -en principio- marcan una pauta conductual ideal, sobre principios guía como el de transparencia, buena fe, presunción de veracidad documentaria e

informativa, confianza legítima, entre otros; todo ello a efectos de salvaguardar los pilares fundamentales de la contratación pública: i) la satisfacción eficiente y oportuna de las necesidades públicas, y ii) la maximización del uso de los fondos públicos.

En ese espacio, el fenómeno social de la corrupción ha irrumpido de manera determinante, generando que las referidas pautas conductuales que impone el ordenamiento sean distorsionadas en la práctica con acciones que se han ido normalizando en la interacción entre el Estado y el proveedor (sobornos, dádivas, favores políticos, preacuerdos entre los funcionarios y proveedores que participan en los procesos de selección convocados, la ejecución incorrecta de los contratos, la omisión o inacción en el ámbito del control y supervisión del Estado, entre otros), en manifiesta oposición a la esencia primigenia de la contratación pública como mecanismo de apalancamiento de la economía y desarrollo social. Esto se explica, principalmente, en la percepción generalizada que se tiene, incluso desde el propio Estado, de que no existe titularidad sobre los fondos públicos; es decir, se ha despersonalizado al erario nacional al nivel de considerar que los recursos públicos no merecen un mayor cuidado que los recursos privados, siendo esta una de las premisas sobre la cual se ha instaurado la corrupción en el ámbito público.

Según el Índice de Percepción de la Corrupción (IPC)[1] en el sector público, realizado por Transparencia Internacional en el año 2019, el Perú se ubicó en el puesto 101 en el ranking los países con mayores índices de corrupción, lo que supone que la percepción de la corrupción creció en el país durante dicho año respecto a los puestos ocupados años previos[2]. Por su parte, según la edición regional del décimo Barómetro Global de la Corrupción de la ONG Transparencia Internacional, el Perú es el tercer país que se percibe como el más corrupto de América Latina[3]. Y no es para menos, considerando que la tendencia continúa como consecuencia de la crisis sociopolítica de los últimos cinco años, generada principalmente por el destape público de casos como el de las constructoras brasileñas Odebrecht, OAS y Camargo & Correa, por mencionar solo algunos de los casos más mediáticos.

En ese orden de ideas, resulta insoslayable el hecho de que, en un país como el nuestro, con el fenómeno social de la corrupción enraizado en el subconsciente colectivo, la contratación pública se ha ido consolidando en el tiempo como un espacio propicio para el ejercicio indebido del poder (tanto público como privado), para el dominio de la acción proscrita, para la capacidad de maniobrar voluntades en aras de cautelar intereses particular y menoscabar el interés público. No se puede negar la existencia de corrupción en las distintas fases del proceso de contratación pública, desde los actos preparatorios hasta la ejecución contractual, incluyendo la resolución de controversias derivadas de dichas etapas.

El principal problema que enfrenta el Estado en la persecución de la corrupción en todos sus niveles y manifestaciones es que sus actos configurativos son difíciles de probar, debido a que, como consecuencia de la conciencia de ilicitud que se tiene sobre dichos actos, los actores involucrados evitan dejar rastro de su proceder; por lo que, en general, la probanza de la corrupción se configura como un ejercicio complejo, por cuanto hay normalmente la carencia de una evidencia directa. Y es que, en el ámbito de la criminalística, el perfil que se ha definido tanto del corrompido como del corrompedor es el de personas que justamente ostentan un determinado dominio o poder (producto de información privilegiada, ejercicio de una prerrogativa administrativa, nivel intelectual, capacidad de decidir de manera vinculante sobre una situación, entre otros), que no necesariamente corresponde a un alto status político o socioeconómico. Tanto es así que, Edwin H. Sutherland, criminólogo norteamericano famoso por ser el primero en conceptualizar la noción de los "delitos de cuello blanco" (los cometidos por un individuo profesional o de negocios con un alto estatus social y económico, con una visión general positiva que le permite evitar el proceso estigmatizador de ser visto como un delincuente), clasifica a la corrupción de funcionarios como un "delito de cuello azul", porque a diferencia del delito de cuello blanco, el de cuello azul está ligado a una actividad profesional que no es realizada necesariamente por individuos de alto status, pero sí con determinado dominio o poder de acción (Sutherland, 1999).

Bajo todas esas premisas de análisis, hablar de corrupción en las contrataciones con el Estado, es hablar también de un conjunto de acciones o hechos de difícil probanza que pueden haberse configurado en las diversas etapas del proceso de contratación; tan es así que hoy en día podemos encontrarnos frente a contratos públicos

1 Ver estudio en: https://www.proetica.org.pe/wp-content/uploads/2020/01/CPI2019_Report_ES-WEB.pdf.

2 "En puntuación en los años 2012, 2013 y 2014 obtuvimos 38, en el 2015: 36, en el 2016: 35, en el 2017: 37 y en el 2018: 35. En posición, hemos caído, en el año 2012 ocupamos el puesto 83 y en 2018 ocupamos el puesto 105" señala la organización no gubernamental Proética (Ver en: www.proetica.org.pe)

3 Ver; resumen en: https://gestion.pe/peru/peru-es-el-tercer-pais-que-se-percibe-como-el-mas-corrupto-de-america-latina-segun-transparencia-internacional-noticia/

producto de la corrupción y simplemente desconocemos tal circunstancia, porque los indicios o elementos de prueba que pudieran acreditar ello, demandan altos esfuerzos de obtención; es decir, la carga de la prueba de la corrupción es un ejercicio complejo. Los actos de corrupción no solo pueden ser identificados durante el procedimiento de selección o en la ejecución contractual, sino que pueden ser incluso advertidos en otros ámbitos del proceso de contratación, tal como es el caso de los arbitrajes que resuelven controversias entre el proveedor y el Estado.

Recordemos que desde el año 1998, las contrataciones y adquisiciones del Estado peruano se encuentran reguladas por un régimen jurídico uniforme. Desde entonces, el arbitraje y la conciliación han sido incorporados por la normativa pública como los mecanismos de solución de controversias derivada de la ejecución de contratos públicos (bienes, servicios, consultorías en general y obras), siendo el arbitraje el mecanismo de obligatorio sometimiento. No obstante, el dinamismo que hoy en día ha alcanzado el arbitraje en las contrataciones con el Estado, como consecuencia del crecimiento económico y la mayor demanda de bienes, servicios y obras, ha traído consigo algunos escenarios de riesgo que, si bien en los orígenes de la regulación no se vislumbraron, hoy son el reflejo del mal uso y distorsión de los algunos mecanismos que el

4 Convención de las Naciones contra la Corrupción, Nueva York, 14 de diciembre 2005.

5 Artículo 40°, inciso 40.6, de la Ley N° 30225: "En todos los casos, los contratos incluyen una cláusula de no participación en prácticas corruptas, conforme al numeral 32.3 del artículo 32, bajo sanción de nulidad."

6 Artículo 138°, inciso 138.4, del Reglamento de la Ley N° 30225, aprobada por Decreto Supremo N° 344-2018-EF: "Conforme a lo establecido en los artículos 32 y 40 de la Ley, todos los contratos incorporan cláusulas anticorrupción, bajo sanción de nulidad. Dichas cláusulas tienen el siguiente contenido mínimo: a) La declaración y garantía del contratista de no haber, directa o indirectamente, o tratándose de una persona jurídica a través de sus socios, integrantes de los órganos de administración, apoderados, representantes legales, funcionarios, asesores o personas vinculadas a las que se refiere el artículo 7, ofrecido, negociado o efectuado, cualquier pago o, en general, cualquier beneficio o incentivo ilegal con relación al contrato. b) La obligación del contratista de conducirse en todo momento, durante la ejecución del contrato, con honestidad, probidad, veracidad e integridad y de no cometer actos ilegales o de corrupción, directa o indirectamente o a través de sus socios, accionistas, participacioncitas, integrantes de los órganos de administración, apoderados, representantes legales, funcionarios, asesores y personas vinculadas a las que se refiere el artículo 7. c) El compromiso del contratista de: i) comunicar a las autoridades competentes, de manera directa y oportuna, cualquier acto o conducta ilícita o corrupta de la que tuviera conocimiento; y ii) adoptar medidas técnicas, organizativas y/o de personal apropiadas para evitar los referidos actos o prácticas. El incumplimiento de las obligaciones establecidas en estas cláusulas, durante la ejecución contractual, da el derecho a la Entidad correspondiente a resolver automáticamente y de pleno derecho el contrato, bastando para tal efecto que la Entidad remita una comunicación informando que se ha producido dicha resolución, sin perjuicio de las acciones civiles, penales y administrativas a que hubiera lugar."

arbitraje provee. Ante ello, siguiendo los lineamientos de la "Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción"[4], el ordenamiento peruano actualmente contempla el mecanismo de la "cláusula anticorrupción" en los contratos públicos[5], la cual permite sancionar con nulidad aquellos contratos afectados con vicios de corrupción[6] (Morón, 2018); sin embargo, esta prerrogativa del Estado, está condicionada efectivamente al ejercicio de la probanza respecto al conjunto de condiciones y obligaciones que se imponen en el contratista; no obstante, este mecanismo no es efectivo cuando los vicios de corrupción van más allá del contrato y terminan afectando al arbitraje que se deriva del mismo.

En estos casos resulta pertinente preguntarse, ¿qué puede hacer un tribunal arbitral para garantizar la arbitrabilidad ante indicios de corrupción en el proceso de contratación que se encuentra bajo su revisión?; ¿tiene el tribunal arbitral competencia para pronunciarse sobre los actos de corrupción en la contratación pública como parte de los atributos que ostenta para resolver una controversia inter partes?; ¿qué estándares de prueba debe considerar un árbitro para valorar la conducta de las partes a la luz de indicios de presuntos actos de corrupción que se ventilan en el ámbito del arbitraje?

II. El rol de los árbitros ante los indicios de corrupción

El árbitro es aquel tercero ajeno a la fuente de controversia, especialista en una materia, independiente e imparcial, quien ha sido convocado por las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad, a efectos de que dirima el conflicto existe con carácter vinculante para ambas. Al menos, esa es la conceptualización general basada en la concepción básica del arbitraje como un mecanismo hetero compositivo de solución de controversias. Bajo esa premisa, el alcance de la competencia arbitral está estrechamente ligada a la arbitrabilidad de las materias sometidas a su conocimiento por las partes (materias de libre disposición) y, por ende, a lo determinado por estas como rango de acción a partir del convenio arbitral.

En materia de contrataciones con el Estado, lo antes señalado adquiere matices particulares dado que las competencias arbitrales se encuentran sometidas a un régimen especial del ordenamiento público; así, por ejemplo, arbitrabilidad de las materias controvertidas se encuentra supeditada a lo estipulado en el artículo 45° la Ley N.° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, el cual señala que **"las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven, mediante conciliación o arbitraje, se-**

gún el acuerdo de las partes." Asimismo, la citada norma señala que el tribunal arbitral constituido para resolver una controversia derivada de un contrato público resulta competente para conocer las demás controversias, susceptibles de ser sometidas a arbitraje, que surjan de la ejecución del mismo contrato. Bajo una simple lectura del ordenamiento antes citado, se concluye que la competencia de los árbitros, en principio, está limitada por los alcances de la materia controvertida; por lo que, estos no podrán pronunciarse sobre cuestiones o asuntos controvertidos fuera del espectro contractual que los habilita.

No obstante, si bien la arbitrabilidad es entendida como la facultad de someter determinadas controversias al arbitraje sin afectar normas de orden público, no es en sí misma el fin de la competencia arbitral; sino solo un límite, debido a que esta se encuentra relacionada al atributo potestativo jurisdiccional con el que está investido el árbitro; es decir, el árbitro administra justicia, lo que supone que para llegar al resultado esperado _que es un fallo decisorio válido, ejecutable y con calidad de cosa juzgada_ debe preceder a ello el desarrollo del mecanismo arbitral bajo observancia de las mayores garantías del debido proceso. Y es que, recordemos, el árbitro es el director del arbitraje, cumple y hace cumplir las reglas procesales, determina la pertinencia de la actuación probatoria, dispone actuaciones especiales y, en general, tiene la capacidad de adoptar las medidas que estime pertinente para el mejor desarrollo del arbitraje.

En ese sentido, teniendo en cuenta las prerrogativas del árbitro en la conducción y gestión del arbitraje, resulta pertinente llevar el análisis a los casos en donde existen vicios de corrupción que pueden afectar el arbitraje; ante ello, cabe preguntarse: ¿Qué acciones debe adoptar el árbitro cuando, en el desarrollo del arbitraje, toma conocimiento de hechos o indicios sobre presuntos actos de corrupción ya sea en el ámbito del contrato del cual derivan las controversias o de la relación procesal que sostienen las partes, sus representantes e, incluso, los propios miembros del tribunal arbitral? ¿Qué estándar debe aplicar para la valoración de esa información cuando la misma es alegada como medio de defensa? ¿Puede el árbitro declinar de su competencia para someter el tema a las instancias fiscales o judiciales, según correspondan? Para absolver dichas interrogantes, debemos identificar cuál es la tendencia a partir de las prácticas arbitrales generalizadas; un interesante punto de partida considerar referencialmente lo ocurre con los tribunales arbitrales en materia de inversiones y comercio internacional.

Para Ana María Saes (2017), en su tesis sobre arbitrabilidad en los litigios internacionales, las actitudes arbitrales adoptadas con respecto a la corrupción durante las últimas décadas no han sido uniformes. Al respecto, se pueden identificar tres tipos de actitudes recurrentes de los tribunales arbitrales en relación a los hechos de corrupción que son de su conocimiento. La primera de ellas es la conocida como "actitud represiva", entendiendo por tal a la disposición que tiene un tribunal arbitral en estudiar, analizar y emitir una conclusión respecto de una alegación de corrupción. La segunda de ellas sería la "actitud indiferente", con la que los tribunales se ceñirían más a la letra del contrato, del convenio arbitral o del acta de misión o instalación encomendada, no yendo más allá de sus propios alcances. Y una tercera sería la "actitud legalista", referida a que el proceder del árbitro está sometido a la ley aplicable al contrato y a su propio reglamento arbitral, por lo que, al margen de su opinión privada, siempre va a estar limitado por la normativa que le rodea.

No obstante, la determinación de cuál debe ser la actitud del tribunal arbitral frente a los indicios de corrupción _a su vez_ debe corresponder a cuáles son dichos elementos de valor en términos de prueba, cuáles son sus características y cuán significativos son respecto tanto a la relación jurídico procesal el arbitraje como al ejercicio mismo de la competencia arbitral; es decir, no puede afirmarse categóricamente que la regla general debe ser "la actitud represiva", por cuanto ello puede abrir espacio a alegaciones de corrupción como simple mecanismo de dilación del proceso arbitral, sin que antes los árbitros se encuentren dotados de los mecanismos adecuados para actuar efectivamente; tampoco puede sostenerse como regla la "actitud indiferente", porque no todos los contratos se encuentran protegidos con cláusulas anticorrupción que sirven de marco para evaluar acciones sobre la relación contractual sometida a arbitraje, más aún en el ámbito público en donde la activación de las consecuencias jurídicas de dicha cláusula corresponden al ejercicio de una potestad administrativa; y, finalmente, no puede avalarse como postura moderada la "actitud legalista" porque, como ocurre en nuestro ordenamiento nacional, no existen mecanismos expresamente regulados para definir el proceder del árbitro en este tipo de circunstancia, por lo que alegar la mera observancia de la Ley puede significar en términos reales que el árbitro no haga nada respecto a los hechos de corrupción ventilados ante su competencia.

Ante ello, resulta necesario recordar que, al igual que ocurre con los jueces, los árbitros tienen el derecho/obligación Sua Sponte[7] que los habilita a que, en forma voluntaria, puedan ingresar a hacer revisión de determinados aspectos que resulten dudosos en su obtención o finalidad o que, fi-

nalmente, puedan traducirse en indicios de corrupción (Paitán & Quiroga, 2016). En esa línea de análisis, la doctrina autorizada ha identificado dos tipos de casos en los que los árbitros pueden ejercer la prerrogativa de intervenir Sua Sponte en la obtención de evidencias. Según explica Paul Friedland (2015), por un lado, están los casos que implican asuntos de orden público, cuando por ejemplo existen elementos de juicio relacionados a que el contrato público materia de controversia puede haber sido obtenido por corrupción; por otro lado, están los casos en donde, en función de las características de la alegación de dudas o riesgos sobre determinadas actuaciones, se debe determinar si los árbitros ejercerán o no su poder Sua Sponte para solicitar evidencia en razón a la ordinaria operación de la carga de la prueba. Lo que se plantea a partir de esta diferenciación es que, cualquiera sea el caso, finalmente los árbitros no están prohibidos de actuar ante la necesidad de esclarecer hechos dudosos o indicios de corrupción que afecten directamente tanto el alcance sustantivo (el fondo de la controversia) como adjetivo (la relación jurídica procesal) del arbitraje.

Siguiendo ese orden de ideas, podemos afirmar que los árbitros definitivamente deben tener un rol activo frente a los indicios de corrupción que pudieran ser ventilados en el arbitraje; es decir, no deben esperar a contar con una ley o mandato expreso que así lo diga, o una disposición específica en el reglamento arbitral aplicable, debido a que tienen plena competencia para diligenciar oficiosamente la obtención de elementos de prueba aclaratorios o ratificadores de los presuntos actos de corrupción, lo que está relacionado al impulso de oficio que los árbitros deben ejercer permanentemente en la conducción del arbitraje; esto resulta coherente con el hecho de que, más que simplemente arbitrar el conflicto inter partes, los árbitros deben procurar emitir laudos ejecutables, que dimensionen en todos sus aspectos las controversias sometidas a su competencia a efectos de que el fallo cumpla con su objetivo dirimente.

Además, hoy en día, en medio de la profunda crisis ética y de valores en la que nos encontramos, los árbitros no solo tienen la obligación jurídica de adoptar una actitud activa, sino también la obligación moral de revisar las alegaciones de corrupción que pudiesen ser expuestas por las partes y, de ser el caso, agotar los mecanismos que el propio arbitraje puede dotar para investigar los hechos y considerar los respectivos resultados en el ejercicio deliberativo. Como consecuencia de dicho proceder, el agotamiento de los mecanismos que el árbitro pueda diligentemente activar, puede incluso llevarlo a declinar de su competencia cuando los indicios adquieren matices penales, a fin de que el caso pase al fuero judicial correspondiente..

Un caso emblemático que grafica ello es el conocido como el Caso Lagergren[8], en alusión al árbitro que condujo el proceso. En la década del sesenta, Lagergren debía resolver una demanda arbitral que exigía el pago de una cantidad de dinero por concepto de comisiones por parte de un agente de nacionalidad argentina que había mediado en la adjudicación de unos contratos de obra pública obtenidos por una empresa inglesa en el régimen de Juan Domingo Perón. Durante el arbitraje ambas partes admitieron que se había sobornado a funcionarios del Gobierno para poder conseguir la licitación y que estas prácticas eran habituales en aquel país. Así mismo, insistieron en que el contrato era válido y vinculante, por lo que solicitaron al árbitro que se avoque a resolver la controversia en virtud de los alcances del Acta de Misión (invocaban en el árbitro una "actitud indiferente"). Contrario a lo que esperaban las partes, el árbitro Lagergren declinó finalmente de su competencia, luego de corroborar que el contrato celebrado entre ambas partes era contrario al orden público internacional, debido a que el único objeto del mismo era el pago de sobornos y tráfico de influencias dentro de la Administración de Argentina, disfrazadas en la reclamación del pago de comisión del 10% (pagaderos de forma fraccionada, 5%, 2,5% y el 2,5% y transferibles a terceros), sobre la cantidad total a la que ascendiera el contrato obras. Como vemos, el caso marca un precedente de "actitud represiva", que redunda en la necesidad de contar con árbitros reactivos ante los indicios de corrupción.

No obstante a ello, resulta indispensable establecer con claridad cuáles son los estándares de prueba sobre los cuales los árbitros deben procurarse información oportuna, fidedigna y

7 Postulado del derecho relativo a la existencia de principios impulsores de una competencia legal preestablecida, como pueden ser los principios de impulso de oficio y verdad material aplicables al ejercicio de potestades administrativas y jurisdiccionales. Así, para Morón Urbina en todo ordenamiento jurídico la existencia de principios jurídicos entraña la aparición de unos postulados medulares y rectores emanados lógicamente de su propia esencia, con el objetivo de servir de guías para toda acción (MORÓN, 2001, p. 24). En esa línea, García de Enterría señala que los principios generales del derecho son «la atmósfera en que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas», por lo que su interpretación como su propia aplicación penetra tanto que las normas han de ajustarse necesariamente a ellos, lo cual explica que «tales principios informen las normas y que la Administración está sometida no solo a la Ley, sino también al Derecho» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2002, pp. 89-90).

8 Caso de la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI) N° 1110 de 1963.

suficiente para esclarecer los indicios de corrupción que se presentan en el arbitraje. Si bien ostentan la potestad de ordenar de oficio actuaciones probatorias específicas y especiales, lo cual está recogido también en nuestra ley de arbitraje[9], lo que aún no se ha desarrollado con detalle en nuestra práctica nacional _especialmente en materia de contrataciones con el Estado_ son los parámetros aplicables al ejercicio probatorio a cargo de las partes para evitar alegaciones tendenciosas o maliciosas (carga de la prueba), así como, cuáles son los indicios que podrían considerarse como efectivas alertas de corrupción que merecerían el accionar oportuno del tribunal arbitral.

III. La carga de la prueba de la corrupción en el arbitraje

Para Carnelutti (2006), el fundamento de todo juicio o litigio es la prueba, de modo que resulta inconcebible el impulso de un proceso sin la existencia de pruebas que lo justifiquen. Por su parte, Taruffo (2012) sostiene que la "prueba es cualquier instrumento, método, persona, cosa o circunstancia que pueda proporcionar información útil para resolver una incertidumbre" (pp. 59). En ese orden de ideas, el ejercicio probatorio es la piedra angular sobre la que se construye la teoría del caso en un litigio y es sostenida ante un ente dirimente, el cual debe ejercer sus prorrogativas en valoración de la prueba más idónea, oportuna, convincente y de origen legal. La probanza, metodológicamente hablando, supone aportar elementos de valor que sustenten o respalden una determinada posición o alegación; así mismo, la carga de la prueba constituye un importante parámetro para responsabilizar a quien imputa la probanza debida, de modo que garantiza la administración de justicia sobre la corroboración previa de existencia o inexistencia de prueba.

Los alcances antes descritos sobre la probanza no son ajenos al arbitraje. Como litigio que es, la solidez y sostenibilidad del impulso arbitral también descansa en qué tan efectivo sea el ejercicio de probanza a nivel de las partes. Entonces, cuando se habla de procesar o valorar indicios de corrupción que incidan en el arbitraje, lo primero que se aproxima es la idea de que la carga de la prueba debería tenerla quien alega ello, bien sea argumentativamente o como medio de defensa. No obstante, los estándares probatorios aplicables a la corrupción son particulares, dada la diversidad de modalidades de actos en los que se expresa o materializa, donde muchas veces no hay testigos y tampoco evidencias reales o directas sobre su comisión, dificultando el ejercicio probatorio; tanto es así que, en muchos casos, las únicas personas que pueden dar fe de la comisión o no de determinados actos ilícitos, son quien participaron directa e indirectamente en ellos (Tapia, 2016). Entonces, puede afirmarse que la probanza de la corrupción está supeditada más a la llamada "prueba indiciaria" o "evidencia circunstancial", que a la existencia suficiente de "prueba real" o "evidencia directa".

Bajo esas consideraciones, es recurrente que tanto en el proceso judicial como en el arbitraje, se realice el traslado de la carga de la prueba a la parte que alega la licitud o legalidad de su proceder en contradicción a la imputación de actos de corrupción que se formulan; es decir, la carga de la prueba pasa de quien alega a quien está en capacidad de desvirtuar dicha alegación. De ese modo, el ejercicio de probanza no se circunscribe a sostener la imputación en la búsqueda de una evidencia directa (ejercicio demostrativo), sino que pueda esclarecer los elementos alegados, contradiciéndolos y desarticulándolos (ejercicio desvirtuador).

Asumiendo plena conciencia de las dificultades que naturalmente trae consigo la carga de la prueba de actos de corrupción en el arbitraje, debemos enfocar los esfuerzos en determinar lineamientos para la configuración de la prueba indiciaria. En ese sentido, el arbitraje con indicios de corrupción suele tener una serie de denominadores comunes; el primero de ellos es el tipo de contrato en el que se sustenta la relación comercial entre las partes, debido a que los contratos en los que más fácilmente se enmascara la corrupción bajo un halo de legalidad, suelen ser siempre contratos de asesoría técnica, comisión, corretaje, consultoría, mandato, agencia, representación, asistencia administrativa. Generalmente, nunca desvelan al árbitro las verdaderas intenciones del contrato, sino que suelen mantener esta apariencia de legalidad incluso iniciado el proceso; por lo cual, en estos supuestos debe ser el propio árbitro quien busque indicios a instancia de parte (Saes, 2017).

Un caso que grafica la importancia de la prueba indiciaria es el de Metal-Tech vs. Uzbekistán[10]. En enero de 2010, Metal-Tech, una empresa israelí fabricante de metales, presentó una solicitud de arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), contra Uzbekistán, alegando que la demandada había violado el acuerdo de protección de inversiones suscrito entre las partes, como consecuencia de un proceso de expropiación, ha-

9 Artículo 43° del Decreto Legislativo N° 1071 que norma el arbitraje: "(...) El tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios". (el resaltado es nuestro)

biendo adoptado medias arbitrarias y discriminatorias contra la empresa conjuntamente creada por las partes. Por su lado, Uzbekistán alegó que la demandante había obtenido el concurso mediante sobornos a funcionarios públicos y miembros cercanos al Gobierno, llegando a alegar que Metal-Tech había realizado pagos por el valor de US$ 4 millones de dólares americanos a funcionarios públicos y a un hermano del Primer Ministro de Uzbekistan. Basándonos en el análisis realizado por el tribunal, este concluyó que existían indicios suficientes para dictaminar que la inversión se había conseguido mediante actos de corrupción, toda vez que, durante los años 1998 a 1999, Metal-Tech y el gobierno de Uzbekistán llevaron a cabo negociaciones relativas a constituir una empresa conjunta para la construcción de una planta moderna de producción de productos de molibdeno, lo que ocurrió finalmente en enero de 2000, cuando se firmó el contrato entre la demandante y la demandada por el que se creaba la sociedad Uzmetal, la misma que se encargaría de vender la totalidad de producción de molibdeno a Metal-Tech y este, a su vez, se encargaría de colocar dichos productos en el mercado mundial; no obstante, a partir de marzo de 2003, Metal-Tech firmó una serie de contratos de consultoría que , según la demandada, revelaron una serie de indicios para sospechar de que se trataba de una farsa destinada a encubrir pagos ilegales que la empresa realizaba a funcionarios públicos y otras personas que estaban estrechamente vinculadas al Gobierno. Finalmente, sobre la base de la prueba indiciaria, el tribunal arbitral concluyó que carecía de competencia, debido a que la inversión de la empresa demandante se había conseguido mediante actos de corrupción y, consecuentemente, los derechos de esta, entre los cuales se encontraba el derecho de acceder a un tribunal de arbitraje ante el CIADI, resultaban nulos por vulnerarse el derecho local y el Tratado Bilateral de Protección de Inversiones (BIT, en sus siglas en inglés). Más allá del sentido final del fallo, el caso ejemplifica como un tribunal arbitral puede valorar los indicios de corrupción que se alegan.

En ese orden de ideas, la probanza de la corrupción puede iniciarse con las alegaciones de sospechas o dudas sobre el proceder de alguna de las partes o con relación a la licitud de la fuente de controversias, las cuales pueden encontrar sustento en un conjunto de hechos, circunstancias, testimonios o declaraciones que no siempre se presentan armónicos, uniformes y claros a la luz de los árbitros, motivando a que estos impulsen el procesamiento y valoración de dichos elementos en calidad de indicios probatorios, bien sea a través de la exigencia de la carga de la prueba en quien plantea el cuestionamiento o trasladando la carga de la prueba en quien se encuentra en condiciones de desvirtuarlo.

Lo antes expresado no desconoce la posibilidad de que, en determinados casos, la alegación de la corrupción no suponga necesariamente un ejercicio de probanza complejo y extenuante. Un ejemplo de ello es el famoso caso World Duty Free vs. Kenia, en donde uno de los testigos declaró explícitamente haber realizado el pago de US$ 2 millones de dólares americanos al entonces presidente de Kenia, Daniel Arap Moi, alegando que eso era coherente con la costumbre existente en ese país para asegurar la obtención del contrato de inversión en Kenia. Y es que, durante aquel período de tiempo, ningún inversor extranjero estaba exento de la obligación de pagar el denominado "Harambee" al entonces cabeza del Estado como condición previa para poder hacer cualquier tipo de negocios, por muy pequeño que este fuera en el país. Frente a dicha alegación, el tribunal concluyó que el contrato era anulable e inaplicable, y declaró inadmisible cualquier reclamación basándose en esas inversiones[11].

En todo caso, tal como lo plantea Born (2009), en la actualidad un tribunal arbitral tiene el deber de examinar cualquier tipo de corrupción, blanqueo de capitales o fraude contable grave que se produzca en la negociación o ejecución del contrato, incluso si las partes no quisieran que el tribunal lo haga, lo que en esencia supone que, hasta cierto punto, se alejen del imperio de la autonomía de las partes, que en tantas ocasiones permite a estas crear contratos legales que en realidad son meras quimeras que sirven para acordar pagos de comisiones por la obtención de contratos con previo pago de sobornos a funcionarios públicos.

Todos estos alcances, tanto de la prueba como del accionar de los árbitros frente a alegaciones de corrupción, son válidamente aplicables al ámbito de los arbitrajes en contrataciones con el Estado, más aun considerando que muchas de las prácticas recurrentes de corrupción (colusión, soborno, tráfico de influencias, entre otros) se han dado entre el proveedor y los funcionarios de la Administración Pública.

IV. Las "Red Flags of corruption" y otros estándares aplicables en el arbitraje

Tan complejo como el ejercicio probatorio de la corrupción, puede ser el ejercicio de identificación propiamente de los indicios de corrupción en el arbitraje; y es que, en la práctica, los árbitros toman conocimiento de los

10 Metal-Tech vs. Uzbekistán - Caso CIADI N° ARB/10/3

11 World Duty Free Company Limited vs. República de Kenia - Caso CIADI N°. ARB/00/7, Laudo de 4 de octubre de 2006.

indicios de corrupción cuando así lo informa alguna de las partes, usualmente como medio de defensa. En ese sentido, resulta indispensable que los tribunales arbitrales tengan parámetros claros sobre la configuración de actos de corrupción vinculados directa o indirectamente a la fuente de controversia.

Actualmente, existen una serie de instrumentos jurídicos y estándares que les permite a los Tribunales Arbitrales reconocer -a su vez- una serie de elementos comunes existentes en la gran mayoría de casos de corrupción. De ese modo, los árbitros pueden encontrarse en mejor aptitud de advertir que bajo un contrato de aparente legalidad del cual derivan controversias arbitrables, puede esconderse un contrato producto de la corrupción. El mayor desarrollo se ha venido dando en materia de arbitrajes de inversiones, en donde países como Estados Unidos y el Reino Unido han elaborado indicadores de riesgos éticos y/o de reputación que podrían ser un signo de corrupción.

Así, por ejemplo, el Departamento de Justicia de Estados Unidos ha emitido una lista basada en la aplicación de la Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) de 1977, estableciendo treinta "General Red Flags of Corrruption" o conocidas como "banderas rojas"[12], las cuales buscan ser indicadores de advertencia sobre la potencialidad de un acto de corrupción en la relación inversionista-Estado. A continuación, citamos algunas de las más resaltantes:

- "(…) Flag 2: la empresa ha recibido pagos en países con corrupción generalizada o historial de violaciones de la FCPA. Los países que se consideran que se ajustan a esta categoría incluyen algunos países de Oriente Medio y Asia, y gran parte de la antigua Unión Soviética y África.

- Flag 3: Existencia de información general sobre pagos de sobornos. (…)

- Flag 6: Lazos familiares o empresariales de un intermediario con un funcionario del gobierno.

- Flag 7: Mala reputación del agente o rumores de pagos indebidos anteriores u otras prácticas comerciales poco éticas por parte del intermediario. Esta es una bandera clave, y las partes deben documentar la buena reputación y la experiencia de los intermediarios que contratan.

- Flag 8: Listado de agentes en bases de datos que enumeran riesgos conocidos de corrupción, como la Lista de empresas inhabilitadas del Banco Mundial o una base de datos de perfiles de corrupción. (…)

- Flag 11: El intermediario carece de las instalaciones y el personal para realizar los servicios requeridos. Esto podría sugerir que el intermediario puede realizar su trabajo a través de pagos corruptos en lugar de trabajo duro. (…)

- Flag 13: El intermediario desea utilizar subcontratistas anónimos.

- Flag 14: Contribuciones políticas inusualmente grandes o frecuentes a una persona o partido político por parte del intermediario, lo que podría sugerir un arreglo para la dirección de los negocios al intermediario. (…)

- Flag 19: El intermediario intenta asignar sus derechos u obligaciones a otra parte.

- Flag 20: El intermediario tiene una ruptura inexplicable con otra compañía, lo que podría sugerir el descubrimiento de una conducta ilegal en esa relación. Banderas rojas basadas en el control para intermediarios. (…)

- Flag 22: Un intermediario se niega a permitir la auditoría de sus libros contables.

- Flag 23: Un intermediario solicita el pago de gastos inadecuadamente documentados o totalmente indocumentados. Solicitudes de pago por parte de intermediarios. (…)"

Las banderas rojas antes citadas responden a la existencia de una serie de indicios en común que a nivel casuístico el gobierno federal ha ido identificado como señales de alerta; de la sola revisión de estos indicadores, se advierte que los mismos recogen situaciones que, preliminarmente, pueden ser alegadas como sospechas o dudas razonables de corrupción, debido a que per se no evidencian ello, pero abren el camino a una revisión e investigación más exhaustiva de los hechos e información disponible.

Cabe precisar que, si bien estos indicadores son aplicados principalmente por el Departamento de Justicia

12 A "red flag" is a fact, event, or set of circumstances, or other information that may indicate a potential legal compliance concern for illegal or unethical business conduct, particularly with regard to corrupt practices and non-compliance with anti-corruption laws. When conducting due diligence on a third party (or any intermediary), these "red flag" examples should always trigger concern and appropriate review by Legal. While these examples are not exhaustive and may not in themselves constitute or indicate a violation of the FCPA or other applicable Anti-Corruption Laws, they may be indicators of potential current or future anti-corruption non-compliance. Such indicators must be evaluated to understand any actual risks, any reasonable resolution or measures which must be implemented to mitigate a risk (…)" En: LOCKHEED MARTIN´s Brief "Bribery and Corruption Red Flags", 2018.

de Estados Unidos para sus respectivas investigaciones, en la actualidad constituyen importantes lineamientos referenciales sobre los que muchos árbitros en la práctica han procesado alegaciones de corrupción en el ámbito de las controversias derivadas de inversiones extranjeras. No obstante, no son los únicos estándares que sirven de guía para el proceder arbitral.

Así, otra importante lista de indicadores que son consultados en la práctica son las llamadas "Key Red Flags", redactadas por Lord Woolf[13], expresidente del Tribunal Supremo de Inglaterra y Gales, quien sostuvo que en la mayoría de los casos en los que él había admitido una alegación de sobornos, todos ellos tenían una serie de puntos en común que se reflejan en los siguientes hechos o circunstancias:

- La existencia de un inversionista que carece de experiencia en el sector y que, aun así, obtiene el contrato y/o proyecto;
- Ausencia de presencia comercial significativa de la empresa inversionista dentro del país;
- La existencia de un inversionista que solicita pagos "urgentes" o comisiones inusualmente altas;
- La existencia de un inversionista que solicita que los pagos se realicen preferentemente en efectivo, se lleven a cabo en un tercer país, en una cuenta bancaria a nombre de alguna otra persona o entidad; y/o
- La existencia de un inversionista tiene una relación personal o profesional con el gobierno, bajo cualquier esquema.

Lineamientos como los antes expuestos se justifican en que los tribunales (tanto judiciales como arbitrales) están llamados a clarificar el nexo causal existente entre el conjunto de evidencias circunstanciales con las que normalmente cuentan respecto a alegaciones de corrupción, dada la dificultad o casi imposibilidad de obtener pruebas o evidencias directas. De esta manera, dicho nexo causal se convierte en una "bandera roja" que guía y ayuda a la autoridad a poder concluir si ha habido o no una actividad corrupta. En efecto, las pruebas circunstanciales, sobre todo cuando la evidencia o prueba directa de corrupción no existe, son ampliamente aceptadas como una herramienta fiable para evaluar denuncias de corrupción, incluso ante los tribunales arbitrales como ocurre en los casos de

13 El Comité de Woolf fue un comité independiente creado para informar públicamente sobre las políticas y procesos éticos, al interior de organizaciones (compliance). Se constituyó en el marco del emblemático es el seguido contra BAE System por conductas comerciales antiéticas (alegaciones de corrupción).

arbitrajes internacionales en materia de inversiones (Saes, 2017). Claro está que la determinación de tal relacionamiento o nexo causal trae consigo distintas consecuencias en función de las competencias de la autoridad que se trate; por ejemplo, en el ámbito judicial, ello acarrearía la identificación de responsabilidad penal y la aplicación de la respectiva sanción; mientras que en el ámbito arbitral, ello permitiría dimensionar de mejor manera el conflicto suscitado entorno a un contrato y, con ello, la respectiva responsabilidad contractual o extracontractual, según corresponda.

Extrapolando la experiencia en materia de inversiones al ámbito del arbitraje en contrataciones con el Estado, se puede sostener que dichos estándares resultan igualmente aplicables, por cuanto existen muchos elementos en común entre la relación inversionista-Estado y la relación proveedor-Estado, siendo muchas de las conductas identificadas en las citadas Red Flags recurrentes en el ámbito de las contrataciones pública. Un claro ejemplo de ello es caso de la empresa brasileña Odebrecht, la misma que -a través de un particular esquema de interacción con el Estado- se agenciaba proyectos de inversión y obras públicas mediante el encubrimiento de sobornos, dádivas y colusiones con distintos tipos y niveles de funcionarios públicos, bajo esquemas de donaciones, aportes a campañas políticas, contratos de consorcios, entre otras figuras de aparente legalidad, llegando incluso a comprometer política y judicialmente a varios dignatarios de países de la región; no obstante, dadas las características de una empresa de la naturaleza de Odebrecht (un gigante comercial, con presencia transnacional y una experiencia acumulada de décadas), los indicadores de corrupción en su momento no fueron lo suficientemente efectivos para el nivel de sofisticación de sus prácticas corruptas.

Hoy en día, la red de fraudes que instauró Odebrecht ha sido descubierta y las investigaciones fiscales y judiciales aún no concluyen; no obstante, se ha puesto la lupa en centenares de contratos públicos que podrían tener su origen en la corrupción, e incluso sobre los mismos existen arbitrajes concluidos que también están siendo investigados; como también existen arbitrajes en curso cuyos árbitros esperan mayores avances de la justicia ordinaria para dimensionar las controversias sometidas a su competencia. Sobre esto último, recientemente se ha hecho de público conocimiento que el acuerdo de colaboración eficaz firmado entre la citada empresa y el equipo fiscal especial del Ministerio Público del Perú, contempla la posibilidad de que la información que Odebrecht proporcione a la Fiscalía para las respectivas investigaciones, si bien no puede ser empleada como prueba en su contra bajo la lógica

de la colaboración eficaz, sí podría ser utilizadas como elementos de valor en los arbitrajes relacionados a los cuatro proyectos en los que Odebrecht reconoció actos de corrupción (Interoceánica Sur, Metro de Lima, Costa Verde Callao y Vía Expresa Cusco)[14]; ello debido a que, por un lado, el acuerdo busca que el Estado Peruano pueda hacerse de información clave sobre los hechos ilícitos o actos de corrupción para obtener la adjudicación de las obras y, por otro lado, se estableció una cláusula para que las procuradurías sectoriales y Odebrecht solucionen las controversias que se encuentran en proceso a la fecha, de modo que la constructora se desista de sus pretensiones en el arbitraje. En ese sentido, la estructuración del referido acuerdo permite que, en caso Odebrecht no desista de sus pretensiones, las respectivas procuradurías sectoriales puedan utilizar las pruebas de la colaboración eficaz en los arbitrajes relacionados con las obras comprendidas en el convenio, ante lo cual los árbitros competentes estarían habilitados para incorporar en sus respectivos análisis deliberativos la información antes referida en calidad de prueba.

Resulta pertinente precisar que las referidas Red Flags no han sido concebidas como norma jurídica propiamente, por cuanto no tienen alcance imperativo ni integrador en el Derecho nacional ni internacional. En cambio, han sido formuladas como consecuencia de la aprobación previa de instrumentos normativos que han servido de marco inspirador y, sobre los cuales, dichos indicadores asumen un rol catalizador de la ratio de la regulación: la lucha anticorrupción. De ese modo se explica que primero, en los años 70, se emitiera la Ley de Prácticas de Corrupción en el Extranjero de 1977 (Foreign Corrupt Practices Act) en los Estados Unidos, para que sobre ello el Departamento de Justicia elabore las llamadas "General Red Flags of Corruption" citadas previamente; de igual modo, diversas han sido los instrumentos internacionales suscritos a nivel regional o transnacional, desde Convención Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) de 1997 sobre la Lucha contra el Soborno de los funcionarios Públicos Extranjeros hasta la Convención de la Liga de los Estados Árabes de la lucha contra la corrupción de 2010. En esta misma línea, las instituciones arbitrales hicieron lo propio, redactando guías de buenas prácticas para combatir el soborno, como es el caso de las Regias de Conducta de la Cámara de Comercio Internacional de París (ICC Rules of Conduct: Extortion and Bribery in International Business Transactions) de 1999 (Saes, 2017).

En ese orden de ideas, el Perú no debería ser la excepción, considerando que no solamente el país ha ratificado la Convención OCDE, sino que como -consecuencia de ello- actualmente cuenta con una Política Nacional de Integridad y Lucha Anticorrupción[15] que tiene entre sus ejes claves la identificación y gestión de riesgos, sobre el cual uno de los objetivos estratégicos del Estado es la promoción de la integridad en las contrataciones públicas, estableciendo estándares generales para la prevención de los actos de corrupción en dicho ámbito; siendo así, el citado marco legal pueden servir como punto de partida para estructurar nuestras propias "banderas rojas", siguiendo los estándares internacionalmente aceptados y considerando los alcances de la casuística nacional, a fin de que los árbitros que intervienen en arbitrajes en materia de contrataciones públicas tengan un instrumento orientador que les permita identificar indicios de corrupción y procesarlos mediante un adecuado ejercicio de probanza.

Recordemos que un "bandera roja" no es per se prueba de corrupción, sino un indicador que permitirá canalizar las alegaciones de corrupción en el arbitraje a través del ejercicio demostrativo de la existencia de un nexo causal entre lo alegado, el contrato público y las evidencias circunstanciales o directas, según corresponda. A continuación, algunas propuestas a considerar:

- Bandera 1: proveedor no tiene participación significativa en el mercado nacional e internacional, según corresponda, y aun así se adjudica la contratación; lo que puede suponer la existencia de indicios de direccionamiento de la contratación o negociación previa.

- Bandera 2: adjudicatario de la buena pro. Obtuvo un rango de calificaciones significativamente mayor del resto de participantes del proceso de selección, pese a no contar con amplia experiencia en procesos previos; lo que puede ser un indicador de colusión.

- Bandera 3: existe información sobre cuestionamientos a la probidad del proveedor, por denuncias e investigaciones avanzadas sobre presuntos actos de corrupción y delitos contra la Administración Pública.

- Bandera 4: proveedor y/o sus representantes realizaron aportes inusualmente grandes y/o con particular frecuencia a favor de organizaciones políticas que, actualmente, tienen representantes que ejercen la función pública.

14 Fuente: La República, del 21 de junio del 2019. Ver: https://larepublica.pe/politica/2019/06/21/odebrecht-pruebas-de-la-colaboracion-podran-ser-usadas-por-el-estado-en-arbitrajes/

15 Aprobada por Decreto Supremo N° 092-2017-PCM

- Bandera 5: proveedor y/o sus representantes tienen o mantienen relaciones de parentesco o afinidad con los funcionarios relacionados con la adjudicación de una contratación pública.

- Bandera 6: proveedor y/o sus representantes visitan recurrentemente las instalaciones de la Entidad convocante para reunirse con los funcionarios relacionados con la adjudicación.

- Bandera 7: se tiene información de que el proveedor o sus representantes y el/los funcionarios que tiene(n) injerencia directa e indirecta sobre el procedimiento de selección, han sostenido reuniones extraoficiales antes, durante y/o después del procedimiento, con una frecuencia inusual.

- Bandera 8: el proveedor que se adjudicó la buena pro, carece de las instalaciones, logística y el personal mínimo requerido para realizar el objeto de la contratación; lo que puede ser un indicador de que el contrato fue previamente negociado.

- Bandera 9: el proveedor, pese a tener experiencia y participación activa en el mercado de las contrataciones públicas, nunca ha sido objeto de una fiscalización posterior por parte del Estado, ni ha pasado por auditorías contables y/o financieras durante ese periodo.

- Bandera 10: el proveedor figura con una frecuencia inusual en las cotizaciones requeridas por el Órgano Encargado de las Contrataciones para la determinación del valor referencial y, posteriormente, termina como adjudicatario del procedimiento de selección.

Estos son algunos supuestos sugeridos que, de ser valorados, podrían servir para encender alertas ante los ojos de los árbitros cuando en el ámbito del proceso arbitral sean formulados como alegación de corrupción; de ese modo, los árbitros podrían diligenciar acciones conducentes al esclarecimiento de dichos hechos (carga probatoria), a fin de establecer el nivel y tipo de relacionamiento entre estos y el contrato público fuente de controversias y, con ello, poder adoptar medidas que cautelen tanto la arbitrabilidad de las controversias como el adecuado ejercicio de la competencia arbitral. Incluso, estando ante arbitrajes que se derivan de contratos todavía en ejecución, el procesamiento diligente y oportuno de las alegaciones de corrupción por parte de los árbitros, puede coadyuvar a la verificación de la configuración de los supuestos aplicativos de la cláusula anticorrupción que contiene el respectivo contrato público. Bajo esa perspectiva utilitaria, resultaría importante que las instituciones arbitrales y entidades públicas como el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) trabajen instrumentos guía para que los árbitros tengan parámetros más claros sobre cómo procesar las alegaciones de corrupción, pudiendo incorporar las respectivas "banderas rojas".

V. Conclusiones finales

Es insoslayable que la corrupción, como complejo fenómeno social que es, también se haya extendido al ámbito de las contrataciones públicas; con ello, muchos contratos públicos tienen un origen en la corrupción y, a su vez, han dado lugar a arbitrajes en los que se pretenden resolver controversias derivadas de los mismos. En este escenario, los árbitros están llamados a no optar una actitud pasiva e indiferente ante las alegaciones de corrupción que puedan formularse el marco del proceso arbitral; y es que, estas pueden llegar a tener un alto impacto en la gestión del conflicto al nivel de dimensionar la arbitrabilidad de las controversias o determinar los alcances de la competencia arbitral respecto a la fuente del litigio.

Las alegaciones de corrupción en el arbitraje usualmente son canalizadas como medios de defensa, lo que amerita activar esquemas de probanza acordes con el tipo y cantidad de información que se proporciona. Ante ello, los árbitros deben diligenciar Sua Sponte acciones que permitan el esclarecimiento de los hechos objeto de alegación, más aún cuando existen diversas modalidades de corrupción que son de difícil probanza, dada la ausencia de evidencia directa; así, sobre la llamada prueba indiciaria o evidencia circunstancial, los árbitros pueden trasladar la carga de la prueba a quienes se encuentren en mejor condición de desvirtuar las alegaciones.

No obstante, en la práctica arbitral en materia de contrataciones con el Estado, aún persiste el argumento de que los árbitros no tienen competencia para pronunciarse sobre alegaciones de corrupción, dado que no existen reglas o dispositivos expresos que así lo habiliten, incluso por considerar que los temas relacionados con actos de corrupción son de competencia única del Ministerio Público o del Poder Judicial; esta postura es cada vez más débil a la luz de los más recientemente casos de corrupción que se han descubierto y que comprometen a la contratación pública, como es el de la empresa brasileña Odebrecht. Así también en el mundo del arbitraje de inversiones, la tendencia es a revisar, procesar y valorar la información entorno a alegaciones de corrupción que pudieran incidir en la resolución de la controversia sometida a arbitraje (como se ha visto en los casos Lagergren, World Duty Free vs. Kenia, Metal-Tech vs. Uzbekistán, por mencionar algunos).

En ese orden de ideas, resulta indispensable que existan instrumentos orientadores para la valoración y procesamiento de las alegaciones de corrupción en el arbitraje, daba la dificultad que representa la probanza de los actos de corrupción imputados. Así, siguiendo estándares desarrollados en países como Estados Unidos y Reino Unido, se sugiere que el Perú se desarrolle una lista de "banderas rojas" que sirvan a los árbitros como indicadores de alerta sobre la existencia de presuntos actos de corrupción entorno a los contratos públicos de los que derivan las controversias que habilitan su competencia.

BIBLIOGRAFÍA

- Born, G. (2009). International Commercial Arbitration. Londres: Wolters Kluwer Law & Business.
- Carnelutti, F. (2006). Teoría General del Derecho. Lima: Ara Editores,
- Friedland, P. (2015). Fact-Finding by International Arbitrators – The Issue of Sua Sponte Calls for Evidence. ASA Conference organizado por la Swiss Arbitration Association.
- García De Enterría, E., & Fernández, T. (2002). Curso de Derecho administrativo. Tomo I. 11ª ed. Madrid: Civitas.
- Gonzales, L. (2013). Corrupción, lavado de dinero y el arbitraje internacional [Vol.1]. 1ª ed. Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional.
- Kenny, C., & Musatova, M. (2010). Red Flags of Corruption in World Bank Projects an Analysis of Infrastructure Contracts. Recuperado de http://hdl.handle.net/10986/3731
- Morón, J. (2001). Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: Gaceta Jurídica.
- Paitán, C., y Quiroga, D. (2016). Imputación de actos de corrupción en la contratación pública y su implicancia en el arbitraje de contrataciones con el estado. Revista Arbitraje PUCP, (6), 151-168.
- Saes, A. (2017). Arbitrabilidad en los litigios internacionales con indicios de cohecho y corrupción. (Tesis de doctorado, Universidad Complutense de Madrid, Departamento de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado. Madrid, España).
- Sutherland, E. (1999). El Delito de cuello blanco (Trad. Del Olmo, R.). Colección genealogía del poder. Madrid: La Piqueta.
- Tapia, G. (2016). Valoración de prueba indiciaria en los delitos de corrupción de funcionarios.
- Taruffo, M. (2009). Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad. En N, Vera (Comp.), La prueba, artículos y conferencias. Santiago de Chile: Metropolitana.
- Wolf, E. (2001). Pathways of power: Building an Anthropology of the Modern World. University of California Press Scholarship. doi: 10.1525/california/9780520223332.001.0001
- Woolf Committee Report on Business Ethics. (2008). Global Companies and the Defence Industry: Ethical Business Conduct in Bae Systems. Recuperado de https://www.icaew.com/-/media/corporate/files/technical/ethics/woolf-report-2008.ashx

Art. 04

El estado de necesidad en el Arbitraje de Inversiones

Henry Huanco

Art. 04



EL ESTADO DE NECESIDAD EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES

HENRY HUANCO PISCOCHE

Abogado por la UNMSM. Magister en Derecho, Socio fundador del Estudio Huanco Abogados. Profesor en las Facultades de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM), Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y la Universidad del Pacífico (UP). Árbitro integrante del Registro de Árbitros de la Junta Arbitral de Consumo del INDECOPI, del Consejo Departamental de Lima del Colegio de Ingenieros del Perú, del Centro de Arbitraje de la PUCP, Cámara de Comercio de Lima y de la Nómina de Árbitros del OSCE.

Sumario

I. Introducción. II. El caso CMS vs. Argentina. 1. Antecedentes. 2. La crisis argentina. 3. La Ley de Emergencia. 4. Petición de arbitraje ante el CIADI. 5. La posición de CMS. 6. La posición de Argentina. 7. Decisión de Jurisdicción. 8. Laudo. 8.1. El Estado de necesidad en el derecho interno. 8.2. El estado de necesidad en el derecho internacional consuetudinario. 8.3. El estado de necesidad en el Tratado entre EE. UU. y Argentina. 8.4. Naturaleza transitoria de la necesidad y compensación. 8.5. Solicitud de anulación y suspensión de los efectos del laudo. III. El caso LG&E vs. Argentina. 1. Antecedentes. 2. Petición de arbitraje ante el CIADI. 3. La posición de LG&E. 4. La posición de Argentina. 5. Decisión de Jurisdicción. 6. Decisión sobre responsabilidad y laudo. 6.1. Naturaleza self-judging del artículo XI del Tratado. 6.2. Carácter necesario de las medidas adoptadas. 6.3. Análisis del artículo 25 del Proyecto de artículos de las Naciones Unidas. IV. Análisis comparativo de los laudos. V. Reflexiones finales. Bibliografía.

Palabras clave

Estado de necesidad, intereses esenciales, force majeure, laudo, self-judging, derecho internacional consuetudinario.

I. Introducción

El arbitraje de inversiones es una rama del derecho que se encuentra en constante formación. Las fuentes de las que se nutre son básicamente los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (conocidos por sus siglas en inglés como "BITs") y los laudos arbitrales. Estos últimos, a pesar de no constituir precedentes de observancia obligatoria, constituyen su fuente principal, pues analizan y resuelven los fundamentos expuestos tanto por el inversionista extranjero como por el Estado receptor de la inversión. De hecho, en todos los laudos arbitrales siempre se hace referencia a otros casos resueltos anteriormente, ya sea para seguir la línea trazada o para apartarse de ella.

Sin embargo, quienes proveen los insumos para ser analizados y desarrollados por los tribunales arbitrales son las partes del proceso. Son éstas quienes sustentan sus posiciones alegando los derechos reconocidos en un BIT o, cuando el supuesto alegado no se subsume en ninguna de las instituciones previstas en un BIT, "crean nuevos conceptos".

Estos "nuevos conceptos" propuestos por las partes, a pesar de no tener reconocimiento previo, son analizados y desarrollados por los tribunales arbitrales, otorgándoles un estándar internacional. Es así como se han ido formando paulatinamente las instituciones que ahora tienen reconocimiento expreso en el arbitraje de inversiones, tales como el trato justo y equitativo, la expropiación indirecta, el Principio de no discriminación en sus dos manifestaciones: el trato nacional (con relación a un nacional) y el trato de la nación más favorecida (con relación a un extranjero), entre otros. Es por esta naturaleza aún formativa del derecho de inversiones que Fernando De Trazegnies (2008) afirma que esta rama del derecho

"No es una criatura que pudiéramos considerar como recién nacida (…) ya es una categoría arbitral adolescente. Sin embargo, todavía es poco conocida y, como tiene una edad relativamente joven, queda mucho por hacer respecto de ella a fin de asegurarle un crecimiento adecuado" (p.148).

Para contribuir a su adecuado crecimiento, en el presente artículo vamos a ocuparnos de un nuevo concepto que ha surgido en el arbitraje de inversiones en los últimos años: el estado de necesidad. En efecto, a raíz de la crisis que sufrió la República de Argentina a fines de la década del 90, muchos inversionistas han presentado demandas arbitrales contra dicho Estado ante el Centro de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en

adelante, "CIADI"), señalando que las medidas adoptadas por Argentina durante dicho período afectaron seriamente sus inversiones. Argentina, por su parte, ha sostenido como argumento de defensa que se encontraba en un estado de necesidad, por lo que se le debería eximir de la obligación de indemnizar. Por ello, vamos a contrastar los fundamentos de los dos primeros laudos expedidos por Tribunales CIADI en los que se desarrollaron los alcances del estado de necesidad que, sorprendentemente, arriban a conclusiones contradictorias.

II. El caso CMS vs. Argentina

El primer caso arbitral presentado ante el CIADI en el que se alegó, como fundamento de defensa, el estado de necesidad ha sido el caso seguido por CMS Gas Transmission Company (en adelante, "CMS"), sociedad constituida en los Estados Unidos de América, contra la República Argentina (en adelante, "Argentina"). A continuación, vamos a reseñar los antecedentes del caso, las posiciones de las partes y los fundamentos y decisión del tribunal arbitral.

1. Antecedentes

En 1989, Argentina emprendió un vasto programa de privatizaciones de las empresas de propiedad estatal y otras actividades económicas, a la vez que procedió a fijar la paridad del peso con el dólar de los Estados Unidos y adoptó otras medidas de estabilización. Alcanzar la estabilidad de la moneda, eliminar la inflación y atraer las inversiones extranjeras eran algunos de los objetivos de este programa. El transporte de gas constituyó uno de los sectores importantes que fue objeto de este programa de reforma. El marco legal que rigió esas reformas económicas estuvo compuesto por la Ley N°. 23.696 sobre Reforma del Estado de 1989, la Ley N°. 23.928 sobre Convertibilidad Monetaria de 1991 y el Decreto N°. 2128/91 que establecía la paridad entre el peso argentino y el dólar de los Estados Unidos.

Asimismo, se aprobaron instrumentos específicos que regularon la privatización de los principales sectores. En lo referente al sector del gas, la Ley N°. 24.076, Ley sobre Privatización del Sector del Gas de 1992 estableció las reglas básicas para el transporte y la distribución de gas natural. Esta ley fue llevada a la práctica el mismo año a través del Decreto N°. 1738/92 sobre la Aplicación de la Ley del Gas.

En virtud del nuevo régimen legal, Gas del Estado, una entidad de propiedad estatal, fue dividida en dos compañías de transporte y ocho compañías de distribución. Transportadora de Gas del Norte (en adelante, "TGN") fue una de las compañías creadas para el transporte de gas. Asimismo, para la privatización de la nueva compañía se dio acceso a inversionistas a través de un llamado público de ofertas mediante Licitación Pública Internacional para la Privatización de Gas del Estado el 17 de julio de 1992.

Un modelo de licencia aprobado por el Decreto N°. 2255/92 del 02 de diciembre de 1992 estableció las condiciones básicas de las licencias que el Gobierno argentino otorgaría a cada nueva compañía. La licencia de TGN se otorgó por Decreto N° 2457/92 del 18 de diciembre de 1992 por un período de treinta y cinco años, prorrogable por otros diez años previo cumplimiento de determinadas condiciones.

Las normas legales y reglamentarias aprobadas, así como la licencia, determinaron un régimen jurídico en virtud del cual las tarifas debían calcularse en dólares, realizándose la conversión a pesos a la fecha de facturación y debiendo reajustarse las tarifas cada seis meses en función del Índice de Precios al Productor (en adelante, "IPP") de los Estados Unidos. Este derecho concedido al inversionista es muy importante, pues, como veremos más adelante, su vulneración fue el principal reclamo demandado por CMS.

La participación de CMS en TGN comenzó en el marco de un Memorando de Oferta del 07 de julio de 1995, que dio lugar a la adquisición de las acciones de propiedad estatal. Las acciones adquiridas por CMS representaban el 25% del capital accionario de la compañía, a lo que se agregó más tarde la adquisición de un 4,42% adicional, totalizándose así la compra del 29,42% de las acciones de TGN.

2. La crisis argentina

En 1998, comenzó a desarrollarse en Argentina una grave crisis económica que iba a dar lugar a hondas secuelas políticas y sociales, conforme detallaremos más adelante. Ante tal situación, el Gobierno argentino convocó una reunión con representantes de las compañías de gas para analizar una suspensión temporal del ajuste de las tarifas de gas basado en el IPP de los Estados Unidos, que había sido pactado. Las compañías convinieron en una suspensión temporal que difirió el ajuste por un período de seis meses (desde el 01 de enero hasta el 30 de junio de 2000).

El acuerdo preveía principalmente: **(i)** que los costos de la prórroga se recuperarían en el período comprendido entre el 01 de julio de 2000 y el 30 de abril de 2001, **(ii)** que se indemnizarían las pérdidas

de ingresos resultantes y **(iii)** que debía entenderse que ese sistema no sentaría un precedente ni implicaría la enmienda del marco jurídico que regía las licencias. ENARGAS, el ente público regulador del sector del gas aprobó ese acuerdo por Resolución N°. 1471 del 10 de enero de 2000.

Poco tiempo después se hizo evidente que el acuerdo no se aplicaría y las solicitudes de ajuste de tarifas formuladas por TGN, según lo previsto en la Licencia, no obtuvieron un pronunciamiento por parte del Estado; específicamente, ENARGAS instruyó a la compañía que debía abstenerse de realizar tales ajustes. El 17 de julio de 2000 se realizó una reunión adicional con los representantes de las compañías de gas, a las que se les pidió que accedieran a una postergación adicional del reajuste de tarifas.

En esa fecha se celebró otro acuerdo, por el que se congelaron por dos años más los ajustes de tarifas basados en el IPP de los Estados Unidos y se autorizó incrementos relacionados con la postergación y la pérdida de ingresos anteriores. Los ingresos no obtenidos en virtud de la nueva postergación se recuperarían paulatinamente, debiendo a partir del 30 de junio de 2002 realizarse nuevamente ajustes basados en el IPP de los Estados Unidos. Lo acordado se formalizó en el Decreto N°. 669/2000, a la vez que se reconocía que el ajuste basado en el IPP de los Estados Unidos constituía "un derecho legítimamente adquirido" y era una premisa y condición básica de la licitación y de las ofertas.

En virtud de un procedimiento promovido por el Defensor del Pueblo de Argentina, el 18 de agosto de 2000 una jueza ordenó la suspensión de la aplicación del acuerdo y del Decreto N°. 669/2000 hasta que se adoptara una decisión sobre la impugnación de la legalidad del ajuste basado en el IPP de los Estados Unidos. Entre tanto, los recursos administrativos interpuestos por TGN no revirtieron la situación y sus solicitudes de ajuste de tarifas continuaron siendo rechazadas. En su momento, las compañías, el Gobierno y ENARGAS apelaron la mencionada decisión de la jueza federal; sin embargo, este recurso no fue acogido.

3. La Ley de Emergencia

A fines de 2001 la crisis se profundizó ya que las sucesivas medidas correctivas dispuestas por el ministro Domingo Carvallo resultaron infructuosas. Ello fue seguido por una considerable fuga de capitales de Argentina. Como secuela de esos eventos, mediante Decreto N°. 1570/2001 el Gobierno introdujo el "corralito", que limitó drásticamente el derecho de retirar depósitos de cuentas bancarias. El país se declaró en situación de incumplimiento de pagos y en pocos días varios presidentes se sucedieron en el cargo. El 06 de enero de 2002 se aprobó la Ley de Emergencia N°. 25.561 que declaró una situación de emergencia pública hasta el 10 de diciembre de 2003 e introdujo una reforma del sistema cambiario. Sin embargo, este plazo fue objeto de varias prórrogas.

Los principales efectos de esta nueva legislación, fueron las siguientes: **(i)** se puso término al régimen de convertibilidad y paridad del peso argentino con el dólar de los Estados Unidos que había sido aplicada desde comienzos de 1991, **(ii)** se dispuso la reestructuración y la renegociación de los contratos públicos y privados suscritos en moneda extranjera, **(iii)** se abolió el derecho de los titulares de las licencias de servicios públicos a reajustar las tarifas de acuerdo al IPP de los Estados Unidos, así como el sistema de cálculo de las tarifas en dólares, y **(iv)** las tarifas respectivas se denominaron nuevamente en pesos al tipo de cambio de un peso por dólar, que también se aplicó a todos los contratos privados denominados en dólares u otra moneda extranjera.

4. Petición de arbitraje ante el CIADI

Ante tal preocupante situación, el 26 de julio de 2001 el CIADI recibió de CMS, una solicitud de arbitraje contra Argentina. La solicitud estaba referida a la suspensión por parte de Argentina del procedimiento para reajustar las tarifas del transporte de gas con que operaba una empresa (TGN) en la que CMS había realizado una inversión. En su solicitud, CMS invocó las disposiciones del "Tratado entre la República de Argentina y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones" del 14 de noviembre de 1991, vigente desde el 20 de octubre de 1994 (en adelante, "el Tratado").

El 11 de enero de 2002 se constituyó el Tribunal Arbitral compuesto por el canadiense Marc Lalonde (designado por CMS), el brasileño Francisco Rezek (designado por Argentina) y el chileno Francisco Orrego Vicuña (designado por el CIADI como presidente del Tribunal).

5. La posición de CMS

En su memorial, CMS alegó haber visto seriamente perjudicada su inversión que ascendía aproximadamente a US$175 millones en la adquisición de acciones de TGN y a US$1.000 millones que TGN invirtió

en la renovación y expansión de la red de gasoductos. Según expuso CMS en su demanda, dicha empresa estadounidense decidió llevar a cabo importantes inversiones en el sector del transporte de gas confiando en las promesas y garantías propuestas por el Gobierno argentino, especialmente las que ofrecían calcular las tarifas en dólares de los Estados Unidos, efectuar los reajustes semestrales basados en el IPP de los Estados Unidos y realizar un reajuste general de tarifas cada cinco años.

CMS sostuvo, además, que las medidas adoptadas por Argentina en el período 1999 —2002 le provocaron consecuencias devastadoras, ya que sus efectos se relacionan en parte con la pérdida de ingresos, y en parte con el hecho de que su capacidad de pago de la deuda se redujo en más de un tercio, debido a que ésta se encontraba denominada en dólares estadounidenses y entretanto se produjo una devaluación del peso argentino. Asimismo, CMS señaló que el valor de sus acciones de TGN se redujo en 92% pasando de US$261,1 millones a US$21,2 millones, cifra esta última que posteriormente fue corregida para llegar a US$23,7 millones y más tarde a US$17,5 millones.

CMS alegó también que al no haberse realizado ningún ajuste de tarifas desde el 01 de enero de 2000 y al no poder calcularse las tarifas en dólares de los Estados Unidos, los ingresos de TGN por concepto de cobro de tarifas internas se redujeron casi un 75%.

En cuanto al fundamento jurídico, CMS sostuvo que las medidas adoptadas por Argentina conllevaron a la violación de todos los principales mecanismos de protección de inversiones a los que tenía derecho en virtud del Tratado. Afirmó, especialmente, que la República Argentina: **(i)** le expropió sin indemnización su inversión, violando así el artículo IV del Tratado; **(ii)** faltó a su obligación de otorgarle un trato justo y equitativo, conforme al artículo II (2) (a) del Tratado; **(iii)** infringió el artículo II (2) (b) del Tratado por aprobar medidas arbitrarias y discriminatorias; **(iv)** faltó también a su obligación de cumplir las numerosas obligaciones que había asumido en relación con la inversión, violando así la norma prevista en el artículo II (2) (c) del Tratado; y **(v)** restringió la libre transferencia de fondos en violación del artículo V del Tratado.

En conclusión, CMS basándose en su interpretación de las medidas tomadas por Argentina, en su efecto sobre la compañía y en las violaciones jurídicas invocadas, solicitó ser indemnizado con la suma de US$261,1 millones por incumplimiento del Tratado, más intereses y costos.

6. La posición de Argentina

Por su parte, Argentina sustentó su memorial de contestación en varios fundamentos; sin embargo, para los fines del presente artículo, solo nos avocaremos al fundamento referido al estado de necesidad.

Argentina señaló que en caso de que el Tribunal Arbitral considere que hubo una violación del Tratado, el Gobierno argentino estaría exento de responsabilidad por la existencia de un estado de necesidad, force majeure o un estado de emergencia.

Según Argentina, el estado de necesidad se funda en la grave crisis económica, social y política que comenzó a desarrollarse en el año 2000 y que puso en peligro la existencia misma del Estado argentino. Debido a esta crisis fue aprobada la Ley de Emergencia con el único propósito de contener dicha situación caótica.

El fundamento jurídico en que se respalda el estado de necesidad —según Argentina— se encuentra: (i) en el derecho interno argentino, específicamente en el marco de su Constitución y en las decisiones judiciales, y (ii) en el derecho internacional consuetudinario y en las disposiciones del Tratado.

En cuanto al derecho internacional consuetudinario, Argentina fundamentó su defensa en la Sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso Gabcikovo — Nagymaros, que determinó que el derecho internacional consuetudinario reconoce el estado de necesidad para "excluir la ilicitud de un acto que no está en conformidad con una obligación internacional".

Argentina invocó también el caso French Company of Venezuelan Railroads, para justificar que el Gobierno tiene una obligación respecto de sí mismo cuando su "propia preservación es primordial". Igualmente apoya su argumento en el caso Dickson Car Wheel Co, en el que se decidió que: "el extranjero que reside en un país que en razón de un desastre natural, social o internacional se ve obligado a adoptar estas medidas, debe soportar el deterioro natural de sus negocios sin reparación alguna, pues los Gobiernos (...) no son aseguradores contra todo riesgo".

Finalmente, hizo referencia al artículo 25 del Proyecto de artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución N°. 56/83 del

12 de diciembre de 2001 (en adelante, "el Proyecto"), en base a la propuesta hecha por la Comisión de Derecho Internacional (en adelante, "la Comisión"). Los requisitos que dispone esta norma para eximir de responsabilidad a un Estado serán analizados detalladamente en el laudo arbitral (infra 2.8.2).

Por tales consideraciones, Argentina solicitó al Tribunal Arbitral que, en aplicación del estado de necesidad, se excluya de cualquier ilicitud las medidas que adoptó y, en consecuencia, la exima de indemnizar.

7. Decisión de Jurisdicción

Mediante Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción del 17 de julio de 2003 (Caso N°. ARB/01/8) el Tribunal Arbitral decidió que la controversia se encontraba dentro de la jurisdicción del CIADI y la competencia del Tribunal.

Para efectos del presente artículo, sólo es importante señalar que, en esta Decisión de Jurisdicción, el Tribunal dispuso que no tenía jurisdicción sobre medidas generales de política económica adoptadas por Argentina y que no podría emitir juicio sobre si acaso ellas han sido acertadas o equivocadas. Sin embargo, el Tribunal señaló que sí tiene jurisdicción para examinar si medidas específicas que afectaron la inversión de CMS, o medidas generales de política económica que tienen una relación directa con esa inversión, han sido adoptadas en contravención a los compromisos jurídicamente obligatorios adquiridos con el inversionista mediante los tratados, la legislación o los contratos.

8. Laudo

Mediante laudo arbitral notificado a las partes el 12 de mayo de 2005 (Caso N°. ARB/01/8) el Tribunal Arbitral resolvió, entre otras cosas, lo siguiente: **(i)** que Argentina incumplió sus obligaciones de otorgar al inversionista un trato justo y equitativo garantizado por el artículo II (2) (a) del Tratado y de cumplir los compromisos contraídos respecto de las inversiones que garantiza el artículo II (2) (c) del Tratado; **(ii)** que Argentina pague a CMS una indemnización por el monto de US$133,2 millones, más intereses; y **(iii)** luego del pago de la indemnización, CMS debería transferir a Argentina la propiedad de sus acciones en TGN una vez que Argentina haya pagado el monto adicional de US$2,148,100.

En relación con el estado de necesidad, el Tribunal Arbitral consideró que no se cumplieron todos los requisitos que la configuran, por lo que rechazó tal fundamento. A continuación, vamos a conocer cuáles fueron las razones por las que el Tribunal arribó a tal decisión.

8.1. El estado de necesidad en el derecho interno

En relación al fundamento jurídico del estado de necesidad basado en el derecho interno, el Tribunal señaló que el principio del estado de necesidad no ha sido reconocido por el Código Civil ni por la legislación general de la República Argentina; sin embargo, sí ha sido invocado en algunas sentencias judiciales de la Corte Suprema. En atención a ello, el Tribunal señaló que

"(...) el estado de necesidad previsto en el derecho interno no ofrece una excusa cuando las medidas tomadas dan lugar a una modificación sustancial o esencial de los derechos contractualmente adquiridos, en especial, si la aplicación de esas medidas supera un plazo estrictamente definido".

Como se aprecia —según el Tribunal— para que el estado de necesidad excluya la responsabilidad del Estado: (i) la situación de emergencia debe ser transitoria y (ii) no debe atentar contra los derechos adquiridos mediante un contrato o una decisión judicial.

Sin embargo, el Tribunal al momento de determinar si en el caso bajo análisis se presentaron tales supuestos, no expuso una conclusión directa, sino simplemente señaló que

"han transcurrido más de cinco años desde la adopción de las primeras medidas en el 2000, y las demoras pueden atribuirse a la crisis, pero si superan cierto periodo razonable de tiempo, adquiere mayor probabilidad la suposición de que puedan convertirse en características permanentes del régimen regulatorio".

8.2. El estado de necesidad en el derecho internacional consuetudinario

Con relación al estado de necesidad basado en el derecho internacional consuetudinario, el Tribunal señaló que el artículo 25 del Proyecto reflejaba adecuadamente este concepto. El referido artículo señala lo siguiente:

"Estado de necesidad

1. Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté de conformidad con una obligación internacional de ese Estado a menos que ese hecho:

a) Sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente; y

b) No afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto.

2. En todo caso, ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si:

a) La obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o

b) El Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad"

Previo al análisis de cada uno de los requisitos subrayados en el artículo trascrito, el Tribunal dejó claramente establecido que el fundamento del estado de necesidad tiene un carácter excepcional y restrictivo, pues

"si no se exigen condiciones estrictas y rigurosas o si las mismas son aplicadas en un sentido amplio, cualquier Estado podría invocar necesidad para eludir sus obligaciones internacionales, lo cual sería contrario a la estabilidad y previsibilidad del derecho".

Seguidamente, el Tribunal analizó cada uno de los requisitos que se encuentran regulados en el citado artículo 25. En primer lugar, se refirió al interés esencial del Estado, indicando que la necesidad de evitar un colapso mayor, con todas sus consecuencias sociales y políticas, podría comprometer un interés esencial del Estado, en cuyo caso cabría el estado de necesidad. Sin embargo —añadió— tampoco se puede concluir que la ilicitud de las medidas debiera ser excluida en forma automática en las circunstancias del caso, concluyendo en que el efecto relativo que puede razonablemente atribuirse a la crisis no permite llegar a la conclusión de excluir la ilicitud de tales medidas.

En segundo lugar, analizó la existencia de un peligro grave e inminente. También en este aspecto el Tribunal estuvo convencido de que la crisis argentina era lo suficientemente difícil como para justificar que el Gobierno adoptara medidas tendientes a evitar que ella empeorara y se produjera un colapso total de la economía, pero señaló que tampoco aquí el efecto relativo de la crisis permite llegar a la conclusión de exclusión de la ilicitud.

Como tercer aspecto, se dispuso a determinar si las medidas adoptadas por Argentina eran el único modo que tenía el Estado para salvaguardar un interés esencial. Según el Tribunal, este aspecto era discutible, pues algunas opiniones de destacados economistas apoyaban esas medidas, sin embargo, otros citaron una amplia gama de alternativas, como la de dolarizar la economía, otorgar subsidios directos a la población o las industrias afectadas, entre otras.

Sin embargo, el Tribunal concluyó que el comentario de la Comisión de Derecho Internacional al efecto de que la invocación de necesidad queda "excluida si existen otros medios (de otro modo lícitos) disponibles, aunque pudiesen ser más onerosos o menos convenientes", es convincente, lo que le permite concluir que las medias adoptadas no eran las únicas disponibles.

El cuarto requisito estuvo referido a que las medidas adoptadas no deben afectar gravemente un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto. El Tribunal señaló que este aspecto lo analizaría en la parte correspondiente al Tratado, debido a que en éste se encuentran reguladas las obligaciones específicas respecto de otro Estado; sin embargo, señaló que no pareciera que el interés esencial de la comunidad internacional en su conjunto haya sido afectado de alguna manera relevante, como tampoco que se haya infringido una norma imperativa de derecho internacional, situación que se rige por el artículo 26 del Proyecto.

De otro lado, el Tribunal sostuvo que además de las condiciones básicas estipuladas en el primer párrafo del artículo 25, en el segundo párrafo se establecen otros dos límites a la aplicación del estado de necesidad, pues el uso de la expresión "en todo caso" al comienzo del párrafo trascrito significa que cada uno de esos límites tiene procedencia sobre las condiciones estipuladas en el primer párrafo.

El primero de esos límites surge cuando la obligación internacional excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad. Sin embargo, este aspecto también será desarrollado en el numeral siguiente referido al análisis del Tratado.

El segundo límite es que el Estado no haya contribuido a que se produzca el estado de nece-

sidad. Según el tribunal, la Comisión de Derecho Internacional resalta que esta contribución debe ser lo suficientemente importante y no simplemente indirecta o secundaria. En consecuencia, el Tribunal estuvo convencido que la crisis tuvo sus orígenes en factores endógenos y exógenos, e incluye variadas dimensiones nacionales e internacionales, siendo una consecuencia inevitable del funcionamiento de una economía global donde interactúan factores internos e internacionales.

Por ello, el Tribunal consideró que era necesario determinar si la contribución de Argentina a la crisis fue lo suficientemente importante. Luego de examinar las circunstancias de la controversia, la respuesta del Tribunal fue afirmativa, señalando que la crisis no fue generada por un gobierno en particular y reconoció sus orígenes en la crisis del decenio de 1980, que fue agravada por las políticas gubernamentales de los años noventa, que alcanzó su punto máximo en el 2002 y los años subsiguientes. De ahí el Tribunal tuvo en cuenta que las políticas gubernamentales y sus limitaciones contribuyeron de manera importante a la crisis y la emergencia. Si bien los factores exógenos condujeron a dificultades adicionales, —el Tribunal señaló— que ellas no eximen de responsabilidad a Argentina en esta materia.

Luego de haber analizado cada uno de los requisitos previstos en el artículo 25 para que se constituya el estado de emergencia como causal eximente de ilicitud, el Tribunal hizo referencia al caso Gabcikovo — Nagymaros, donde la Corte Internacional de Justicia citó la opinión de la Comisión de Derecho Internacional al efecto de que todas las condiciones que rigen el estado de necesidad deben cumplirse de una manera "acumulativa". Es decir, bastaría que uno de los requisitos no se presente para que no se configure el estado de necesidad.

En atención a ello —según el Tribunal— existen elementos parcialmente presentes en algunos aspectos, pero cuando se analizan los distintos elementos, condiciones y límites en su conjunto no se aprecia que se cumplen con la exigencia del carácter acumulativo; en consecuencia, el Tribunal concluyó en que no se han cumplido plenamente los requisitos relativos al estado de necesidad en la costumbre internacional que permitan eximir de ilicitud las medidas tomadas por Argentina durante el período de crisis.

8.3. El estado de necesidad en el Tratado entre EE. UU. y Argentina

Como hemos señalado anteriormente, Argentina alegó como fundamento jurídico no sólo el derecho interno y el derecho internacional consuetudinario, sino también las disposiciones del Tratado. Es por ello, que el Tribunal analizó dos artículos relacionados al estado de necesidad. El primero de ellos fue el artículo XI, que señala lo siguiente:

"El presente Tratado no impedirá la aplicación por cualquiera de las Partes de las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, el cumplimiento de sus obligaciones para el mantenimiento o la restauración de la paz o seguridad internacionales, o la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad"

Por su parte, el artículo IV (3) del Tratado dispone lo siguiente:

"A los nacionales o sociedades de una Parte cuyas inversiones sufran pérdidas en el territorio de la otra Parte con motivo de guerra o de otro conflicto armado, revolución, estado de emergencia nacional, insurrección, disturbio civil o cualquier otro acontecimiento similar, la otra Parte les otorgará un trato no menos favorable que el trato más favorable que otorgue a sus propios nacionales o sociedades o a los nacionales o sociedades de terceros países, respecto de las medidas que adopte con relación a tales pérdidas".

Como se señaló anteriormente, el artículo 25 del Proyecto dispuso que ningún Estado pueda invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de ilicitud si la obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad. Por ello, lo que el Tribunal analizó es si el objeto y fin del Tratado excluyen el estado de necesidad. Según el Tribunal, el Tratado está diseñado para proteger las inversiones en momentos de dificultades económicas u otras circunstancias que lleven al Gobierno a adoptar medidas adversas. El problema es por consiguiente establecer cuán graves deben ser esas dificultades económicas. Una crisis aguda —señala el Tribunal— no puede necesariamente considerarse equivalente a una situación de colapso total, pues en ausencia de esas condiciones de profunda gravedad, es evidente que el Tratado prevalecerá sobre la invocación del estado de necesidad. Sin embargo —añade el Tribunal— la emergencia

y la necesidad podrían adquirir una dimensión diferente si esas dificultades, sin ser en sí mismas catastróficas, llevan a una situación catastrófica que altera y desintegra la sociedad o puede desembocar en el colapso total de la economía.

Como señalamos anteriormente, el Tribunal estaba convencido de que la crisis argentina fue grave pero no llevó a un total colapso económico y social, pues —como se establece en el laudo— cuando se compara la crisis argentina con otras crisis contemporáneas que afectan a países en diversas regiones del mundo, se observa que esas otras crisis no han dado lugar al incumplimiento de obligaciones internacionales contractuales o convencionales. Asimismo —se añade en el laudo— si bien la crisis en sí misma no puede ser calificada de catastrófica y no se daba, por consiguiente, una situación de force majeure que no dejaba otra opción disponible, tampoco puede sostenerse que la crisis no tuvo consecuencias y que las actividades comerciales podrían haber seguido su curso habitual.

El segundo aspecto analizado por el Tribunal es si, como se analizó en el contexto del artículo 25 del Proyecto, el acto en cuestión no afecta gravemente un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación. Ante ello, el Tribunal señaló que, si el Tratado fue convenido para proteger a los inversionistas, debe asumirse que ése es un interés importante de los Estados parte. Teniendo en cuenta el Tratado exclusivamente en el contexto de los Estados parte, el Tribunal concluyó en que no se ha afectado gravemente un interés esencial del Estado con relación al cual existe la obligación, como tampoco de la comunidad internacional en su conjunto. En consecuencia, la invocación de necesidad no quedaría excluida en este extremo.

El tercer aspecto que el Tribunal analizó es si el artículo XI del Tratado puede ser interpretado de manera tal que incluya la emergencia económica como un interés esencial de seguridad. Si bien el texto de dicho artículo no se refiere a crisis o dificultades económicas de esa clase en particular —como se establece en el laudo— ninguna norma de costumbre internacional como tampoco el objeto y el fin del Tratado, excluyen de por sí las crisis económicas agudas del alcance del artículo XI.

Asimismo, el Tribunal precisa que el alcance de un tratado bilateral normalmente deberá ser entendido e interpretado como atendiendo a los intereses de ambas partes, pues si el concepto de intereses esenciales de seguridad se limitara a los problemas inmediatos en materia de política y seguridad nacional, en particular de naturaleza internacional, y excluyera otros intereses, por ejemplo las emergencias económicas graves, ello podría dar lugar a una interpretación desequilibrada del artículo XI. Por ello el Tribunal señaló que la cuestión era la de establecer qué grado de gravedad debe alcanzar una crisis para entenderse como un interés esencial de seguridad; sin embargo, el Tribunal anteriormente había señalado que la gravedad de la crisis argentina no fue de la magnitud suficiente como para eximir de ilicitud las medidas adoptadas.

El cuarto aspecto que el Tribunal determinó es si la norma del artículo XI del Tratado tiene carácter discrecional, es decir, si el alcance y la aplicación de esa norma queda entregada al sólo juicio del Estado que adopta las medidas en cuestión, o bien si la invocación del estado de necesidad o de emergencia u otros intereses esenciales de seguridad está sujeta a alguna forma de revisión judicial.

En este aspecto, el Tribunal concluyó, en primer lugar, que la cláusula del artículo XI del Tratado no tiene carácter discrecional, pues si un Estado considera que existe una emergencia, ciertamente adoptará las medidas que estime convenientes sin solicitar la opinión de tribunal alguno. Sin embargo, —como señala el Tribunal Arbitral— si la legitimidad de esas medidas es objetada ante un tribunal internacional, no es competencia del Estado en cuestión la de determinar si la invocación de necesidad puede excluir la ilicitud, sino que es competencia de la jurisdicción internacional.

Por ello, el Tribunal concluye que esa revisión judicial no se limita únicamente a examinar si la invocación o las medidas han sido adoptadas de buena fe, sino que es ésa una revisión sustantiva que debe determinar si el estado de necesidad o de emergencia cumple con las condiciones previstas en la costumbre internacional y las disposiciones del Tratado y, por tanto, si ello permite o no excluir la ilicitud.

De otro lado, el Tribunal luego de analizar el significado y alcance del artículo IV (3) del Tratado, concluyó en que el significado claro de dicho artículo es establecer un trato mínimo al inversionista en el contexto de las medidas adoptadas, respecto de las pérdidas sufridas en la emergencia, que no sea diferen-

te al otorgado a los nacionales o a otros inversionistas extranjeros; es decir, este artículo reconoce lo que en el arbitraje de inversiones se denomina el Principio de no discriminación en sus dos manifestaciones: **(i)** Trato Nacional (en relación a un nacional) y **(ii)** Trato de la Nación más favorecida (en relación a un extranjero). Según el Tribunal, este artículo no excluye la aplicación de los derechos conferidos por el Tratado; por el contrario, asegura que las medidas orientadas a compensar o minimizar las pérdidas no sean aplicadas de una manera discriminatoria.

8.4. Naturaleza transitoria de la necesidad y compensación

Asimismo, el Tribunal refirió que, aunque se aceptara la invocación de necesidad, el deber de cumplir la obligación se reanudaría tan pronto como la circunstancia que excluye la ilicitud hubiese dejado de existir, lo cual ya ha sucedido en el presente caso.

En relación a la compensación, el Tribunal consideró lo dispuesto en el artículo 27 del Proyecto, que señala lo siguiente:

"Consecuencias de la invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud:

La invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud en virtud del presente capítulo se entenderá sin perjuicio de:

a) El cumplimiento de la obligación de que se trate, en el caso y en la medida en que la circunstancia que excluye la ilicitud haya dejado de existir;

b) La cuestión de la indemnización de cualquier pérdida efectiva causada por el hecho en cuestión".

Asimismo, el Tribunal añadió que esta conclusión también se sustenta en el caso Gabcikovo — Nagymaros, en que la Corte señaló que "Hungría reconoció expresamente que, de todos modos, el mencionado estado de necesidad no la eximía de su deber de indemnizar a su asociado".

Finalmente —según el Tribunal— la invocación del estado de necesidad puede excluir la ilicitud de un acto, pero no excluye el deber de indemnizar por los daños causados al titular del derecho que debió sacrificarse.

9. Solicitud de anulación y suspensión de los efectos del laudo

Finalmente, el 08 de setiembre de 2005 Argentina solicitó la anulación del laudo arbitral, invocando dos de las cinco causales previstas en el artículo 52 (1) del Convenio del CIADI: (i) que el Tribunal se había extralimitado manifiestamente en sus facultades y (ii) que no se habían expresado en el laudo los motivos en que ella se funda. La solicitud de anulación también contenía una petición, al amparo del artículo 52 (5) del Convenio del CIADI y de la Regla 54 (1) de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI, de mantener la suspensión de la ejecución del laudo hasta que se decida sobre la Solicitud de Anulación.

Mediante Decisión sobre la Solicitud de la República de Argentina de mantener la suspensión de la ejecución del laudo (Caso CIADI N°. ARB/01/8) del 01 de setiembre de 2006, el Tribunal Arbitral decidió mantener la suspensión de la ejecución del laudo hasta que se decida sobre la Solicitud de Anulación.

Finalmente, por Decisión del Comité AD HOC sobre la Solicitud de Anulación de la República Argentina (Caso CIADI N°. ARB/01/8) enviada a las partes el 25 de setiembre de 2007, el Comité resolvió, entre otros asuntos, rechazar los reclamos planteados por Argentina en su solicitud de anulación del laudo arbitral.

III. El caso LG&E vs. Argentina

1. Antecedentes

Este caso también tiene como antecedente la crisis argentina padecida a fines de 1999, sobre la que ya nos hemos referido in extenso (supra 2.2). Sólo es importante añadir a lo expuesto que, a partir del 25 de mayo de 2003, un nuevo presidente, el Dr. Néstor Kirchner asumió la presidencia de Argentina, luego de una elección popular realizada el 26 de abril de 2003, y reemplazó a las autoridades de transición que habían sido designadas por el Congreso argentino. Según la demandante, con esta nueva administración comienza un período de estabilización a nivel federal. Como veremos más adelante, este dato fue importante pues —para el Tribunal— la elección de Kirchner puso punto final a la crisis argentina.

2. Petición de arbitraje ante el CIADI

El 28 de diciembre de 2001 el CIADI recibió de LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc., sociedades constituidas de conformidad con las leyes del Commonwealth del Estado de Kentucky, Estados Unidos de América (en adelante, "LG&E"), una solicitud de arbitraje en contra de Ar-

gentina. Es importante advertir que esta petición fue presentada sólo cinco meses después de la petición formulada por CMS.

Asimismo, el 24 de enero de 2002 LG&E presentó una comunicación en la cual informaba la ampliación de su solicitud de arbitraje, pues afirmaba que Argentina había cometido nuevas violaciones del Tratado al sancionar la Ley de Emergencia Pública y de Reforma del Régimen Cambiario, que afectaba negativamente sus inversiones en Argentina.

El 13 de noviembre de 2002 se constituyó el Tribunal Arbitral compuesto por Albert Jan van den Berg (designado por LG&E), Francisco Rezek (designado por Argentina) y Tatiana B. de Maekelt (designada por el CIADI como presidente del Tribunal). Es importante resaltar que al árbitro designado por Argentina fue el mismo que propuso para el caso con CMS.

3. La posición de LG&E

LG&E posee participación accionaria en tres compañías distribuidoras de gas, constituidas en Argentina: Distribuidora de Gas del Centro, Distribuidora de Gas Cuyana S.A. y Gas Natural BAN S.A.

En su solicitud, LG&E sostuvo que Argentina, en forma unilateral, congeló determinados ajustes automáticos semestrales de las tarifas de distribución de gas natural de Argentina, basados en la variación del IPP de los Estados Unidos. Señaló además que, con la adopción de estas medidas, Argentina incumplió las obligaciones previstas en el Tratado: **(i)** al desconocer los compromisos contraídos, cuando la indujo a invertir en la industria del gas de Argentina; **(ii)** al no dispensar un trato justo y equitativo a su inversión; **(iii)** al tomar medidas arbitrarias que la discriminan por ser de nacionalidad y propiedad extranjeras, y **(iv)** al expropiar indirectamente su inversión sin cumplir con las disposiciones del Tratado, especialmente las relativas al debido proceso legal y al pago de una compensación inmediata, adecuada y efectiva. LG&E se basa, en particular, en el artículo II (1), (2) y (6) y en el artículo IV del Tratado.

La compensación monetaria solicitada por LG&E ascendió a US$248.000.000 o, si el Tribunal concluía que se produjo la expropiación, a US$268.000.000, más los intereses compuestos y los costos previos y posteriores al laudo.

4. La posición de Argentina

En su Memorial de Contestación, Argentina utilizó diversos fundamentos; sin embargo, para efectos del presente artículo, sólo haremos referencia al estado de necesidad. En este caso, a diferencia del caso con CMS, Argentina puso más énfasis en el fundamento de la necesidad de las medidas haciendo referencia a los numerosos reportes de catástrofe económica repentina, de huelgas masivas involucrando millones de trabajadores, de fatídicos tiroteos, de cierre de las escuelas, negocios, de paralización de transporte, de la energía, de los bancos y del sistema de salud, de protestas a lo largo del país y de un decadente mercado bursátil. Estos reportes —señaló— culminaron con "una masiva explosión social" en la que cinco presidentes renunciaron en un mes.

En vista de estas circunstancias, Argentina afirmó que el control de precios ejercido por el Gobierno estuvo plenamente justificado bajo las disposiciones de orden público del artículo XI del Tratado. Adicionalmente, Argentina sostuvo que las acciones para congelar el incremento de precios en el sector de la distribución del gas fueron justificadas para mantener la infraestructura básica del país, dependiente de la energía del gas natural.

Por tales fundamentos de hecho, Argentina señaló que, si el Tribunal considera que hubiese violado las obligaciones impuestas por el Tratado, el estado de crisis política, económica y social en el que cayó el país, justifican las acciones violatorias de las obligaciones que había asumido con respecto a LG&E. Por tanto, aún si las medidas adoptadas por el Estado para superar la crisis vivida en los años 1998 a 2003, infringieran los derechos consagrados en el Tratado, tales medidas se tomaron en un contexto de estado de necesidad, por lo que durante este período Argentina debe quedar exenta de responsabilidad.

Los fundamentos jurídicos en que Argentina sustentó su posición son similares a los que fueron invocados en el caso con CMS.

5. Decisión de jurisdicción

Mediante Decisión del Tribunal Arbitral sobre Excepciones a la Jurisdicción del 30 de abril de 2004 (Caso N°. ARB/02/1) se resolvió que la controversia se encontraba dentro de la jurisdicción del CIADI y la competencia del Tribunal, desestimando todas las objeciones planteadas por Argentina sobre la admisibilidad de la controversia y todas las excepciones opuestas a la jurisdicción del CIADI y a la competencia del Tribunal.

6. Decisión sobre responsabilidad y laudo

Mediante Decisión sobre Responsabilidad del 03 de octubre de 2006 (Caso CIADI N°. ARB/02/1) el Tribunal Arbitral decidió, entre otras cosas: (i) que entre el 01 de diciembre de 2001 y el 26 de abril de 2003, Argentina actuó en estado de

necesidad, razón por la cual se le exoneró del pago de la indemnización por concepto de los daños ocurridos durante tal periodo; y (ii) que la República Argentina es responsable por los daños causados a LG&E excepto durante el periodo correspondiente al estado de necesidad.

Asimismo, mediante laudo enviado a las partes el 25 de julio de 2007 (Caso CIADI N°. ARB/02/1) el Tribunal Arbitral decidió que Argentina cumpla con pagar a LG&E la suma de US$57.400.000,00 así como los intereses compuestos sobre dicho monto a la tasa de las Letras del Tesoro de los Estados Unidos de América correspondiente a seis meses, hasta la fecha de la cancelación total de la indemnización prevista en el laudo. A continuación, citaremos los principales fundamentos por los que, en este caso, a diferencia del caso con CMS, se amparó el fundamento del estado de necesidad.

En este caso, el Tribunal Arbitral puso mayor énfasis en el análisis de las disposiciones del Tratado y no así en el artículo 25 del Proyecto. Por ello, haciendo referencia al artículo XI señaló que efectuaría un doble análisis: (i) en primer lugar, determinaría si las condiciones vividas en Argentina justifican que el Estado invoque la protección consagrada en el referido artículo; y (ii) determinaría si las medidas tomadas por Argentina fueron realmente necesarias para mantener el orden público o proteger un interés esencial de seguridad, a pesar de haberse violado el Tratado.

Para tal propósito, el Tribunal decidió aplicar, en primer lugar, el Tratado, en segundo lugar, el derecho internacional general, en la medida en que sea necesario y, en tercer lugar, el derecho interno argentino.

6.1. Naturaleza self-judging del artículo XI del Tratado

Previo al análisis material del artículo XI, el Tribunal decidió determinar si este artículo es self-judging, pues de ser así, el Estado argentino estaría facultado para calificar si las medidas adoptadas por ella fueron necesarias para el mantenimiento del orden público o la protección de sus intereses esenciales de seguridad y si éstas cumplieron las condiciones previstas en la costumbre internacional y las disposiciones del Tratado; en consecuencia, el Tribunal sólo debería decidir si Argentina actuó o no de buena fe para que se le atribuya o no responsabilidad por los daños que causaron tales medidas.

El Tribunal, en base a las evidencias con que cuenta con relación al entendimiento que tenían las partes en 1991, año en que se firmó el Tratado, decidió que la disposición discutida no era de naturaleza self-judging.

6.2. Carácter necesario de las medidas adoptadas

Según el Tribunal, desde el 1 de diciembre de 2001 hasta el 26 de abril de 2003, Argentina estuvo sumida en un período de crisis, durante el cual fue necesario tomar medidas con miras a mantener el orden público y proteger sus intereses esenciales de seguridad. Estas fechas coinciden, por una parte, con la medida de congelamiento de los fondos, que prohibía a los propietarios de cuentas bancarias retirar más de mil pesos mensuales y, por la otra, con la elección del presidente Kirchner.

El Tribunal estableció estas fechas como el inicio y el fin del período de extrema crisis, tomando en consideración la notoriedad de los eventos ocurridos, pues "las condiciones vividas en diciembre de 2001 representaron el grado de desórdenes públicos más alto y una amenaza a los intereses esenciales de seguridad argentinos". Además —en opinión del Tribunal— dicho período no es simplemente un período de "problemas económicos" o de "fluctuación del ciclo de los negocios", sino una crisis extremadamente severa en los sectores económico, político y social, amenazados por el colapso total del Gobierno y el Estado argentino —concluyó el Tribunal. Este escenario negativo —según el criterio del Tribunal— activó las protecciones ofrecidas por el artículo XI del Tratado, las cuales permitieron tomar medidas para mantener el orden público y controlar el descontento de la población.

En relación a que, si las medidas adoptadas por Argentina fueron el único modo para salvaguardar un interés esencial, el Tribunal sostuvo que:

"(…) el artículo XI se refiere a situaciones en las cuales el Estado no tenga elección al actuar. Un Estado puede tener múltiples respuestas para mantener su orden público o proteger sus intereses esenciales de seguridad. En tal sentido, se acepta el hecho de que la República Argentina haya suspendido el cálculo de las tarifas en dólares americanos y el ajuste de las tarifas de acuerdo al IPP, fue una manera legítima de proteger su sistema económico y social".

Asimismo, el Tribunal concluyó en que dictar la Ley de Emergencia fue una medida necesaria y legítima del Gobierno argentino, pues

"bajo las consideraciones que el Gobierno enfrentó en el 2001, el tiempo era un factor esencial a tener en cuenta para ofrecer una respuesta. Bajo la Ley de Emergencia elaborada en tan sólo seis días, se tomaron rápida y unilateralmente las acciones necesarias para combatir la crisis económica".

6.3 Análisis del artículo 25 del Proyecto de artículos de las Naciones Unidas

En referencia al artículo 25 del Proyecto, el Tribunal señaló que la Organización de las Naciones Unidas,

"ha entendido que la procedencia del estado de necesidad depende, en todo caso, de la existencia concurrente de tres circunstancias, a saber: es necesario un peligro para la sobrevivencia misma del Estado y no para sus intereses específicos; ese peligro no debe haber sido creado por el Estado que actúa; finalmente, se exige que el peligro sea grave e inminente, de manera que no sea posible evitarlo por otros medios".

Con relación al interés esencial del Estado, el Tribunal señaló que por interés "esencial" no debe entenderse limitado a aquellos intereses referidos a la existencia del Estado, sino también a intereses económicos, financieros o relacionados con la protección del Estado frente a cualquier peligro que comprometa gravemente su situación interna o externa.

En relación a la obligación de no afectar el interés esencial de otro Estado —señaló el Tribunal— que la inclusión de un artículo autorizando el estado de necesidad en un tratado bilateral de inversiones constituye la aceptación de la posibilidad de que uno de ellos pueda invocar el estado de necesidad.

Seguidamente, el Tribunal sólo mencionó los requisitos previstos en el artículo 25 del Proyecto, citando a algunos autores que comentan los alcances de cada uno de ellos, pero no los contrastó con los hechos del caso en concreto, salvo en dos requisitos: **(i)** el referido a la contribución del Estado en la producción del daño, en donde señaló que

"(…) en primer lugar, las Demandantes no han probado que el Estado argentino contribuyera a la severa crisis que afrontaba el país; y, en segundo lugar, la actitud del Gobierno argentino ha demostrado el deseo de frenar, a toda costa, la gravedad de la crisis"; y,

(ii) en el requisito referido a si fue el único modo para salvaguardar un interés esencial del Estado, señalando que

"(…) en estas circunstancias, un paquete de medidas para la recuperación económica resultó la única manera de resolver la inminente crisis. Aunque existiesen otras alternativas para desarrollar el contenido del mencionado paquete de medidas para la recuperación económica, la evidencia presentada demuestra que una solución general fue necesaria, y la regulación de las tarifas de los servicios públicos tenía que incluirse en ellas".

Adviértase en este punto que el Tribunal reconoció la existencia de otras medidas para hacer frente a la crisis.

Luego del análisis del artículo 25 del Proyecto, el Tribunal, subordinando los alcances de este artículo al artículo XI del Tratado, señaló que el artículo 25

"(…) no exime por sí mismo de responsabilidad a Argentina, [sino sólo] refuerza el análisis del Tribunal en relación al significado del artículo XI, en especial, el requisito de necesidad de las medidas para el mantenimiento del orden público y la protección de los intereses esenciales de seguridad argentinos".

Esta afirmación revela que —para el Tribunal— la fuente más importante para resolver la controversia fue el Tratado y que el derecho internacional general (en este caso, el artículo 25 del Proyecto) sólo fue requerido para interpretar y aplicar las disposiciones de este.

Finalmente refiriéndose al artículo 27 del Proyecto, señaló que el mismo

"(…) no se refiere específicamente a la compensación por alguna o por todas las pérdidas en las que haya incurrido un inversionista, debido a las medidas adoptadas por un Estado durante el estado de necesidad". Añadiendo más adelante que "La norma no precisa si debe pagarse compensación durante el estado de necesidad ni tampoco si el Estado debe reasumir sus obligaciones. En este caso, la interpretación del artículo XI del Tratado dada por el Tribunal provee la respuesta".

Por las consideraciones expuestas, el Tribunal Arbitral arribó a las siguientes conclusiones: **(i)** que el estado de necesidad se inició el 01 de diciembre de 2001 y finalizó el 26 de abril de 2003; **(ii)** que durante ese período Argentina queda exenta de responsabilidad, por lo cual LG&E deberá soportar las consecuencias de las medi-

das tomadas por Argentina; y **(iii)** Argentina debió reestablecer el sistema tarifario el 27 de abril de 2003 o haber compensado a LG&E, lo que no ocurrió, por lo que a partir de esa fecha Argentina es responsable por los daños causados a LG&E.

IV. Análisis comparativo de los laudos

Como hemos podido apreciar, los casos CMS vs. Argentina y LG&E vs. Argentina tienen muchas semejanzas: **(i)** ambos se sustentan en similares fundamentos de hecho; **(ii)** se efectuaron inversiones en el sector del gas: mientras que CMS se dedicó al transporte, LG&E se ocupó de su distribución; **(iii)** ambos tienen como fundamento de derecho el Tratado entre Argentina y USA y el Proyecto de artículos de las Naciones Unidas; **(iv)** ambos inversionistas reclamaron principalmente la trasgresión de su derecho a reajustar las tarifas de acuerdo al IPP de los Estados Unidos; y **(v)** en ambos casos Argentina expuso como argumento de defensa el estado de necesidad.

Sin embargo, a pesar de tales similitudes, existe una importante diferencia en la forma de resolver el fundamento del estado de necesidad, pues en el caso CMS vs. Argentina se declaró infundado el argumento del estado de necesidad, mientras que en el caso LG&E vs. Argentina se declaró fundado este fundamento. Por ello, a continuación, vamos a realizar un análisis comparativo de ambos laudos arbitrales.

En primer lugar, es importante mencionar que la petición de arbitraje de CMS fue presentada sólo cinco meses antes de la petición formulada por LG&E. Esto quiere decir que ambos casos siguieron su curso casi simultáneamente. Sin embargo, la diferencia temporal en la expedición del laudo sí fue considerable, pues mientras que en el caso con CMS el laudo fue notificado a las partes el 12 de mayo de 2005, en el caso con LG&E el laudo se notificó recién el 25 de julio de 2007, es decir, dos años y dos meses después.

De acuerdo con ello, el Tribunal del caso con LG&E, al momento de resolver la controversia, estuvo en la posibilidad de conocer los fundamentos del laudo expedido en el caso con CMS, pudiendo citarlos (ya sea para acogerlos o para apartarse de ellos), más aún si uno de los árbitros del caso LG&E (Francisco Rezek) también conformaba el Tribunal Arbitral del caso con CMS; sin embargo, no se hizo referencia alguna. Asimismo, el fundamento del estado de necesidad fue resuelto por el Tribunal del caso con LG&E en la Decisión de Responsabilidad de fecha 03 de octubre de 2006; es decir, un año y cinco meses después de la expedición del laudo del caso con CMS, por lo que por esta razón también estuvieron en la posibilidad de conocer sus fundamentos.

De un lado, CMS solicitó ser indemnizado con la suma de US$261,1 millones, más intereses y costos, mientras que en el laudo se le reconoció el pago de US$133,2 millones, además se dispuso que CMS transfiera a Argentina la propiedad de sus acciones en TGN una vez que dicho Estado le haya pagado el monto adicional de US$2,148,100. De otro lado, LG&E solicitó se le indemnice con US$248.000.000 o, si el Tribunal concluía que se produjo la expropiación, a US$268.000.000, mientras que en el laudo sólo se le otorgó US$57.400.000,00, más intereses.

El análisis efectuado por el Tribunal del caso con CMS partió del derecho interno argentino (la legislación argentina y las decisiones de su Corte Suprema) y culminó en el derecho internacional (el artículo 25 del Proyecto y las disposiciones del Tratado); por el contrario, el Tribunal del caso con LG&E aplicó sólo el derecho internacional (en primer lugar, el Tratado y en segundo lugar, el artículo 25 del Proyecto), no obstante haber señalado inicialmente que utilizaría en último lugar el derecho interno argentino.

En relación a la naturaleza del artículo XI del Tratado en el sentido de si tiene un carácter discrecional (self-judging), ambos Tribunales coincidieron en la respuesta negativa, por ello señalaron que era competencia del Tribunal (y no del Estado argentino) determinar si el estado de necesidad cumplió con las condiciones previstas en la costumbre internacional y las disposiciones del Tratado y, por tanto, si ello permite o no excluir la ilicitud, no limitándose únicamente al examen de si las medidas fueron adoptadas de buena fe, como hubiera sucedido de haberse otorgado a la referida cláusula un carácter discrecional o self-judging.

Ambos tribunales también coincidieron en incluir al estado de emergencia dentro del concepto "intereses esenciales de seguridad", previsto en el artículo XI del Tratado; sin embargo, discreparon en su apreciación del nivel de gravedad de la crisis sufrida por Argentina. Así, el Tribunal del caso con CMS señaló que no fue tan grave como para justificar que las medidas adoptadas fueron para proteger un interés esencial de seguridad, mientras que el Tribunal del caso con LG&E señala que sí lo fue. La forma de apreciar la magnitud de la crisis —en nuestra opinión— fue la que determinó el resultado de ambas controversias.

Con relación a si las medidas adoptadas por Argentina eran el único modo que tenía el Estado para salvaguardar un interés esencial también existe una discrepancia, pues el Tribunal del caso con CMS respondió negativamente, mientras que el Tribunal del caso con LG&E, interpretando de manera distinta esta disposición, aceptó que la decisión de Argentina fue una manera legítima de proteger su sistema económico y social.

Otra diferencia entre ambos laudos la encontramos en el requisito previsto

en el artículo 25 del Proyecto referido a si el Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad, pues según el Tribunal del caso con CMS, Argentina sí habría contribuido, mientras que para el Tribunal del caso con LG&E, no lo hizo.

Finalmente, los Tribunales difieren también en la interpretación del artículo 27 del Proyecto, pues según el Tribunal del caso con CMS, la configuración del estado de necesidad sólo eximiría de ilicitud a las medidas adoptadas por el Estado, mas no exime de la obligación de éste de indemnizar al inversionista por los daños causados. Sin embargo, el Tribunal del caso con LG&E sostuvo que dicha norma no precisa si debe pagarse compensación durante el estado de necesidad ni tampoco si el Estado debe reasumir sus obligaciones, pero citando el artículo XI del Tratado concluye en que Argentina no debería pagar durante dicho período.

V. Reflexiones finales

En nuestra opinión, el factor determinante para la resolución de ambos casos ha sido la apreciación que cada Tribunal ha tenido sobre la crisis argentina. Para uno de ellos fue tan grave que justificó las medidas tomadas por Argentina, mientras que, para el otro, no lo fue, por ello consideró que tales medidas no justificaron que se la exima de indemnizar los daños causados al inversionista extranjero. A partir de tal apreciación cada Tribunal comenzó su análisis del artículo 25 del Proyecto y de las disposiciones del Tratado, para arribar a su decisión final.

El resultado contradictorio de ambos laudos, ante tan idénticos hechos, podría inducirnos a pensar que no existe predictibilidad en el arbitraje de inversiones. Tal vez esta crítica pueda ser cierta, lo que constituiría uno de los defectos de este sistema de solución de controversias entre inversionistas extranjeros y Estados receptores de inversión; pero también es cierto que, hasta el momento, el arbitraje de inversiones constituye el mejor sistema que existe para incentivar las inversiones extranjeras y contribuir al desarrollo de los Estados. Estamos seguros de que la práctica arbitral en esta materia, con el transcurrir del tiempo, va a pulir las imperfecciones de este sistema, pues como señalamos al inicio del presente artículo, el arbitraje de inversiones es todavía una categoría joven a la que le falta aún mucho camino por recorrer.

BIBLIOGRAFÍA

- DE TRAZEGNIES, F. (2008). Arbitrando la Inversión. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje.

Art. 05

Criterios para la Designación de Árbitros por Parte de las Entidades Públicas

Israel Mendoza

Art. 05



CRITERIOS PARA LA DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS POR PARTE DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS

ISRAEL MIGUEL MENDOZA DE LA CRUZ

Abogado y Magister en Gestión de Políticas Públicas, con más de 12 años de experiencia en diferentes Entidades del Estado y sector privado. Se ha desempeñado como Asesor en el Ministerio de Educación y director en el Ministerio de Vivienda, así como Gerente de Administración y Gerente Legal en el Servicio de Administración Tributaria de Lima. Actualmente, es profesor universitario a nivel de post grado en los cursos de Derecho Administrativo, Derecho Tributario y Filosofía del Derecho.

Asimismo, es árbitro del Centro de Conciliación y Arbitraje – CECONAR de la Superintendencia Nacional de Salud y se encuentra registrado como árbitro en el Registro Nacional de Árbitros en el OSCE (Ficha A00415).

Sumario

I. Introducción II. Naturaleza jurídica de la designación arbitral III. ¿Es adecuado hablar de designación arbitral? IV. La delegación de la designación arbitral V. ¿Cómo afecta la reiterada designación de árbitros por parte de la entidad pública en lo que se refiere a su imparcialidad? VI. Criterios para la designación de un árbitro. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía.

Palabras clave

Ley de Contrataciones del Estado, Designación de Árbitros, Criterios de Designación, imparcialidad, recusaciones, independencia.

I. Introducción

La designación arbitral en la contratación pública, dentro del ámbito de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento es un tema que no ha sido desarrollado con amplitud. Es más, la constante o reiterativa designación de árbitros por una entidad pública puede hasta en un momento ser repetitiva o restrictiva. No creemos que pueda afectar la imparcialidad o independencia del árbitro, sin embargo, es necesario dar alcances sobre esta figura legal.

Así, en este artículo desarrollamos la naturaleza jurídica de la designación de los árbitros por parte de la entidad pública y como la designación reiterada podría afectar la imparcialidad y la independencia; y, qué criterios pueden tenerse en cuenta al momento de la designación de un árbitro.

II. Naturaleza jurídica de la designación arbitral

En primer término debemos considerar cuál es la naturaleza de la designación de un árbitro. Para comenzar con este análisis es importante ubicar el contexto en que se produce la designación.

Cuando surge una controversia en la norma de contrataciones del Estado, bajo la concepción de imperio del Estado, se ha considerado que determinadas materias pueden ser sometidas al arbitraje como un mecanismo alternativo, posibilitando una solución amparada en el derecho; y, que si bien, esta solución se extrae de la esfera del Poder Judicial, igual el legislador ha mantenido y determinado que materias serán de conocimiento en la vía arbitral.

En este contexto, un árbitro no es un funcionario público. El ejercicio de la labor arbitral se desdice del quehacer diario de un empleado público. Las diferencias son notorias pero conviene enumerar algunas: i) no ingresa por concurso público, ii) su designación no califica como empleado de confianza iii) no forma parte de la entidad, funcional ni organizativamente; iv) recibe honorarios más no una retribución económica que pueda denominarse como salario o su similar; v) no guarda una relación de subordinación ni de dependencia con la entidad pública.

Las atribuciones del árbitro se encuentran en el ámbito del ejercicio del conocimiento jurídico para resolver una controversia. Inclusive, se discute si la percepción de los honorarios califica como una doble percepción de ingresos públicos, en el caso si el profesional a designarse como árbitro se desempeña como empleado público.

Dicho esto, la función del árbitro tiene índole jurisdiccional, por dos motivos importantes. El primero es evidente, resuelve una controversia sometida a su competencia por acuerdo de las partes (en teoría); y la segunda, el laudo tiene carácter de cosa juzgada,

reservándose su impugnación a sólo aspectos de forma o procedimiento. Asimismo, se busca su imparcialidad o independencia de tal forma que un árbitro puede ser recusado en el proceso arbitral.

III. ¿Es adecuado hablar de designación arbitral?

Todo ello nos lleva a preguntarnos si realmente podemos denominar a la designación de un árbitro como tal, desde ya consideramos que no.

La designación es una figura jurídica administrativa[2], reservada para actos administrativos o de administración de manera indistinta. Sin importarnos por ahora el objeto de la designación, en el ámbito de la función pública, cuando se trata de funcionarios públicos, siempre la designación se ve influenciada por un halo de la confianza de quien efectúa el acto. En la elección del árbitro ello no sucede, un árbitro no es elegido por un aspecto subjetivo y ello nos da desde ya una idea de lo que deberían ser los criterios para elección del árbitro, por esta razón inicial consideramos que denominar "designación arbitral" es un error conceptual o de significado en la palabra.

Así, la entidad pública lo que hace es seleccionar un árbitro, mas no designarlo, y cuando comunica a la contraparte, la identidad del árbitro, lo que se hace es elegir el árbitro. Este razonamiento es correcto, porque el árbitro no representa a las partes, es decir no asume la defensa jurídica que la posición fáctica de cada una de las partes que tienen una controversia, más bien, éste se constituye a fin de someter una controversia en particular y darle solución de acuerdo a derecho.

A través de nuestro marco normativo especial, el arbitraje en la contratación pública ha sido regulado por la Ley N° 30225 y su reglamentación mediante el Decreto Supremo N° 350-2015-EF, ambas normativas con sus correspondientes modificatorias. Tenemos así que el arbitraje surge de la voluntad de las partes a través de la cláusula arbitral, pero se discute mucho en la doctrina si ello es así.

Se menciona que la autonomía de las partes es influenciada por el imperio de la ley, es decir, la inclusión de la cláusula arbitral en el contrato público se basa en el poder del Estado que impone el mecanismo de solución de controversias a los contratantes, así prácticamente estamos frente a un convenio con cláusulas generales de contratación; y, que efectivamente, influye en la voluntad de las partes. De esta manera, a entender de algunos, el arbitraje no es tan consensual como predica la doctrina.

2 También cabe preguntarse cómo debe efectuarse esta designación, en otras palabras, debe emitirse una resolución por parte de la autoridad.

La Ley de Contrataciones del Estado, señala que aquellos conflictos que surjan en la etapa contractual son resueltos por el arbitraje, según el acuerdo de las partes, así la Ley señala que:

"Artículo 45. Medios de solución de controversias de la ejecución contractual 45.1 Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven, mediante conciliación o arbitraje institucional, según el acuerdo de las partes. En el reglamento se definen los supuestos excepcionales para recurrir al arbitraje Ad Hoc. Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje".

Debemos ser precisos en el entendimiento del artículo en mención. El legislador expresa que el acuerdo de las partes es el inicio de la solución de las controversias contractuales en el ámbito de la contratación pública, es decir, recogemos que las partes acuerdan este mecanismo – tanto conciliación o arbitraje – pero hemos visto que ello no es tanto así en la medida que la inclusión de la cláusula de solución de controversias es impuesta por el Estado.

A nivel de Reglamentación, el Decreto Supremo N° 350-2015-EF y sus modificatorias, en adelante el Reglamento, señala que:

Articulo 189.- Árbitros
(…)
189.2. La designación del árbitro por parte de la Entidad debe ser aprobada por su Titular o por el servidor en quien este haya delegado tal función, tanto en el arbitraje institucional como en el ad hoc.
(…)

Así, la designación arbitral en el ámbito del sector público se constituye en una facultad que corresponde al titular de la entidad. Nuestro ordenamiento jurídico permite la delegación de esta facultad a otro funcionario de la estructura orgánica, ello bajo un criterio de gestión, de tal manera que, con buen criterio, el legislador ha tomado en consideración ponderar primero que esta facultad, en razón a que involucra la solución de controversias a nivel de los pliegos institucionales, sea una facultad del titular de la entidad, pero consciente que al titular le corresponden funciones de carácter más general permite que dicha atribución pueda ser delegada en otro funcionario, pues entendemos que la designación arbitral reviste cierta operatividad; sin embargo notaremos que esta delegación tiene un vacío en lo que se refiere a los criterios que deben seguirse para dicho acto y la forma en cómo debe materializarse dicha designación.

IV. La delegación de la designación arbitral

A nivel de entidades públicas, analizaremos como se trata la delegación en mención, ello atendiendo a los Ministerios con mayor presupuesto del sector nacional:

Cuadro N° 1 Autoridades encargadas de la designación arbitral

N	Sector	PIM	% de participación en el Presupuesto	Autoridad encargada de la designación
1	Educación	13,295,356,501	0.1251	Secretaría General
2	Transportes y Comunicaciones	12,567,506,369	0.1182	Procuraduría Pública
3	Interior	10,719,076,605	0.1008	Procuraduría Pública
4	Salud	9,298,614,760	0.0875	Secretaría General
5	Defensa	7,883,207,849	0.0742	Titular de la entidad
6	Vivienda, Construcción y Saneamiento	5,439,813,829	0.0512	Oficina General de Asesoría Jurídica
7	Justicia	2,160,816,281	0.0203	Secretaría General
8	Energía y Minas	797,642,191	0.0075	Director General de la Oficina General de Administración y/o Director General de la Dirección General de Electrificación Rural, dependiendo de la Unidad Ejecutora
9	Cultura	602,338,716	0.0057	Secretaría General
Total de presupuesto (Todos los ministerios	106,303,414,537			

Fuente: Resoluciones sobre delegación de facultades
Elaboración: Propia

Apreciamos que la designación arbitral tiene un tratamiento variado, si bien cabe la delegación, la práctica administrativa no es uniforme, así podemos ver que lo hace la Secretaría General, la Procuraduría Pública y la Oficina General de Asesoría Jurídica.

Veamos algunos argumentos a favor:

- Designación por la Secretaría General.- Es necesario considerar que la delegación de facultades debe revestir determinadas características y una de ellas es la subsidiariedad, es decir, la delegación recae en el área más cercana a la cuestión por resolver. En este supuesto, por el ámbito de control y supervisión es una alternativa importante, pero ello también significa que manera estructural que se cuente con un equipo operativo que lleve el control y seguimiento del arbitraje, lo cual no tiene una Secretaría General, siendo evidente que ello recae en la Procuraduría Pública.

- Designación por la Procuraduría Pública.- A nuestro entender, la mejor alternativa si fuese la delegación una facultad obligatoria. Primero, porque cuenta con la operatividad desplegada, así como puede coordinar la estrategia y remisión de documentación al árbitro único o al tribunal arbitral. No debemos considerar como un efecto negativo que la razón de ser de una procuraduría es la defensa de los intereses del Estado, y que ello podría influir en el árbitro, sino más bien permite formular una estrategia procesal y material sobre la controversia, dado que la oralidad es una base fundamental del arbitraje.

- Designación por la Oficina de Asesoría Jurídica.- También es una alternativa viable, debido a que el equipo legal de la una entidad pública está comprendido por una variedad de abogados especialistas en distintas ramas, siendo que las controversias que se suscitan del arbitraje tiene un origen variado. Además, la necesaria remisión de la información para el proceso arbitral se necesitará informes de carácter jurídico. Sin embargo, el seguimiento al proceso arbitral denota un aspecto procesal que normalmente las áreas jurídicas no administran.

En lo que se refiere a las opiniones del OSCE - Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, en la Opinión 044-2017/DTN ha señalado que:

"En materia de contrataciones del Estado, la aprobación de la designación de árbitros se encuentra a cargo del Titular de la Entidad o de la persona a quien se le haya delegado tal atribución, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 186 y 187 del Reglamento; en consecuencia, el Procurador Público solo podrá ejercer dicha función cuando esta hubiera sido objeto de delegación por parte del Titular de la Entidad. Corresponde a la propia Entidad determinar, de acuerdo a sus normas de organización interna, que funcionario cuenta con la calidad de Titular de la Entidad a efectos de que este último sea el encargado de aprobar la designación de árbitros -según lo expuesto en la presente opinión- o de delegar dicha labor, según sea el caso".

V. ¿Cómo afecta la reiterada designación de árbitros por parte de la entidad pública en lo que se refiere a su imparcialidad?

En primer lugar, es preciso aclarar que nuestra normativa no recoge una cantidad mínima o máxima como límite para la designación arbitral. Entendemos que ello debe ser evaluado por quién designa y debe evaluarse la naturaleza de materia controvertida. Imaginemos por ejemplo un contrato con controversias en los entregables presentados, ello no debería significar que distintos árbitros puedan resolver dicha controversia y ello bajo el criterio de unidad.

El problema surge cuando soslayando la naturaleza de la contratación pública, se realiza una designación – recordemos que hemos propuesto el término elección – en forma reiterada. Sobre esta situación, consideramos que el mero hecho de una designación arbitral reiterada no implica que la independencia y/o imparcialidad del árbitro se vea influenciada, pero evidentemente da la apariencia de derecho que el árbitro prácticamente se convierte en un "asalariado de la entidad".

De esta forma, el límite para la designación es un aspecto de carácter subjetivo, pero no lo es la cantidad de arbitrajes lo que debe determinar una designación. Se sugiere que cuando una situación genere un conflicto de intereses que afecte la imparcialidad y/o independencia del árbitro deberá imponerse a sí mismo un cuestionamiento interno.

Es evidente que las entidades públicas evalúan que el comportamiento arbitral sea idóneo, la puntualidad del árbitro en las audiencias programadas, su experiencia y juicio al momento de resolver una controversia, por lo que el hecho que un árbitro de manera reiterada falle a favor de la entidad no significa que por ese motivo deba ser designado, sino que es un conjunto de aspectos que forman la convicción de quién designa, considerando que el árbitro no representa a las partes en controversia.

Es importante que quien designa analice si la posición de la entidad pública que se debate en el arbitraje se somete a derecho y ella es adecuadamente sustentada en los espacios que el proceso arbitral permite, así debe considerar que el arbitraje se sustenta en su parte procesal en el principio de oralidad y una adecuada exposición de los alegatos, a fin de que el árbitro aprecie que la posición de una entidad pública ha seguido un camino estricto en derecho.

En el tema que nos ocupa el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado no hace referencia alguna, sólo se limita a la definición de los principios y algunas reglas de conducta, como por ejemplo evitar el contacto con las partes en el proceso de designación.

Es oportuno citar que:

"(…) Como quiera que la imparcialidad es una cuestión subjetiva, los criterios para apreciarla por los terceros descansa en la consideración de hechos externos, mediante los cuales suele manifestarse la imparcialidad o la falta de ésta; generalmente dicha apreciación se realiza desde la perspectiva de una parte objetiva en la posición de la parte que recusa el árbitro (...)". "Así concebida, la imparcialidad se configura como una noción de carácter subjetivo de muy difícil precisión pues se refiere a una determinada actitud mental que comporta la ausencia de preferencia hacia una de las partes en el arbitraje o hacia el asunto en particular, Y es aquí donde es oportuna la distinción entre dos conceptos, el de "predilección" y el "parcialidad". La predilección significa favorecer a una persona sin perjudicar a la otra, mientras que la parcialidad implica favorecer a una persona perjudicando a otra (…)" (Puig, 2006, p. 98).

Asimismo, una continua designación en manera alguna afectaría la independencia y/o imparcialidad del árbitro. Si bien es cierto, que da una apariencia de tal hecho, ello no podría ser atribuible al árbitro debido a que la designación arbitral es un hecho propio de la persona quien designa, mas no del árbitro, siempre que su accionar esté acorde a una conducta pobra y que sus fallos se amparen en una justa valoración, lo cual inclusive puede ir contra la posición jurídica de quién lo designó.

Nuestro ordenamiento jurídico permite ante estas situaciones plantear la recusación del árbitro, sin embargo, creemos que la afectación de la imparcialidad y más que todo, la independencia del árbitro debe ser probada con hechos objetivos y no con meras afirmaciones. Así el OSCE[3] al resolver recusaciones planteadas sobre una reiterativa designación de un árbitro ha expresado que:

"b.4) Ahora bien, se entiende que la frecuencia con la que un árbitro es designado por una de las partes puede implicar un indicio sobre presuntas dudas de su independencia o imparcialidad, mas no podría constituir un estándar definido para justificar su apartamiento automático del proceso, en tanto no se contrasten o se expongan circunstancias relevantes que permitan inferir una situación suscep-

3 Resolución N° 437-2016-OSCE/PRE.

tible de afectar o tener incidencia en relación al caso concreto que deba resolver.

b.5) En el presente caso a efectos de sustentar la recusación sobre este punto, el Contratista no ha presentado documento alguno, ni probado presuntos vínculos con la Entidad o interés por parte del árbitro recusado sobre las controversias donde se pronunciará Siendo ello así, no se cuenta con elementos probatorios para concluir que las seis (06) designaciones a favor del árbitro recusado se hayan inclinado necesariamente a relaciones de subordinación o condicionamiento con la Entidad capaces de afectar su independencia para conducir el proceso del cual deriva la presente recusación".

VI. Criterios para la designación de un árbitro

Consideramos oportuno que la elección o designación de un árbitro se realice por medio de criterios objetivos que permitan reducir la apariencia que reiteradas designaciones o cuestionamientos en el proceso arbitral puedan afectar la responsabilidad administrativa de quien efectúa la designación. Así podemos recoger algunos de los criterios que tiene el OSCE para el arbitraje residual:

a) Especialidad del árbitro

La especialidad del árbitro está referida a la experiencia funcional y/o docencia universitaria y/o formación académica, criterio que ha sido recogido en la Directiva N.° 018-2017-OSCE/CD, Procedimiento de Designación residual de árbitros a cargo del OSCE.

b) Experiencia en la materia

La experiencia en la materia se da por el conocimiento específico en los temas relacionados a la controversia. En el caso en específico, nos referimos a la ejecución contractual de una obra, bienes y/o servicios.

c) Cantidad de arbitrajes en que previamente haya sido designado

En este criterio es necesario considerar la cantidad arbitrajes en los cuales participa un árbitro dentro de la entidad, de tal manera que se pueda evitar la reiterativa designación del mismo, como criterio a tener en cuenta pero no definitivo.

d) Recusaciones

Aquí debe evaluarse si el árbitro ha tenido recusaciones fundadas, y los motivos por las cuales fueron interpuestas. Cabe indicar que la práctica ha demostrado que los árbitros cuando son recusados renuncian al arbitraje a fin de evitar una recusación fundada.

VII. Conclusiones

La reiterativa designación de un árbitro por parte de la entidad pública no afecta la imparcialidad y la independencia de este, salvo que se pueda acreditar de manera objetiva lo contrario.

Consideramos que el término más adecuado es elección del árbitro, antes que designación, debido a que la designación es un término empleado más para la atribución de un cargo a un funcionario de confianza.

Nuestro ordenamiento jurídico no ha previsto la forma de realización de dicho acto, es decir, para efectos prácticos da lo mismo designar un árbitro a través de una resolución u otro acto de gestión, donde lo único obligatorio es que quien designe tenga la facultad suficiente.

Si esta facultad es delegada por el titular, se recomienda que la delegación recaiga en la Procuraduría Pública, sin que sea impedimento que este órgano se encargue de la defensa de los intereses del Estado, todo lo contrario, permitiría un mejor seguimiento del proceso arbitral.

La aplicación de criterios objetivos para la elección del árbitro por parte de las entidades públicas es una señal de transparencia y se sustenta en que los árbitros no representan a las partes, por lo que la aplicación de los criterios son lineamientos propuestos. De esta manera dependerá de cada entidad su aplicación e implementación.

BIBLIOGRAFÍA

- Puig, José. (2006). En: Revista Peruana de Arbitraje, Tomo 2; Editorial Jurídica Grijley, pág. 98.

Art. 06

¿Un Laudo Arbitral puede ser anulado por Corrupción? Implicancias de la Corrupción en el Arbitraje

Hugo Sologuren

Art. 06



¿UN LAUDO ARBITRAL PUEDE SER ANULADO POR CORRUPCIÓN? IMPLICANCIAS DE LA CORRUPCIÓN EN EL ARBITRAJE

HUGO SOLOGUREN CALMET

Abogado, Árbitro. Ex Vocal de la Corte y del Consejo Superior de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

Sumario

I. Introducción II. Aspecto previo III. Reacción ante la corrupción en el arbitraje IV. El tratamiento de la corrupción como motivo de anulación en la Ley Modelo de UNCITRAL V. Corrupción en los árbitros VI. Corrupción en las obras públicas VII. Oportunidad para presentar recurso de anulación contra un laudo que ha sido emitido mediante corrupción VIII. Reflexión. Bibliografía.

Palabras clave

Anulación del Laudo, Corrupción, Obras públicas, Tribunal arbitral, Tutela arbitral.

I. Introducción

En los últimos dos años, nuestro país se ha visto conmocionado por noticias sobre corrupción en obras públicas. Estas han develado un esquema de corrupción que venía funcionando desde hace muchos años atrás en el otorgamiento de la buena pro de las obras públicas.

Tenemos así, los casos más relevantes que se han dado en el marco de conocidas investigaciones que se dieron en Brasil: una denominada "Lava Jato" y otras investigaciones que han involucrado a varias de las empresas brasileñas más importantes que venían ejecutando obras en nuestro país.

Lo expuesto ha generado la reflexión en dos aspectos sustanciales en los que se ha visto involucrada la corrupción: en el arbitraje y en el otorgamiento de las obras públicas.

En el primer caso, el tema no genera tanta complejidad, debido a que se dispone de un antecedente en la sentencia que resuelve el recurso de anulación del laudo emitido en la controversia entre ONCOSERV INC. con el Gobierno Regional de Arequipa.

En tanto que, en el segundo caso, ha suscitado particular atención la situación de cuál debería ser la posición de un Tribunal Arbitral al conocer una controversia derivada de un contrato que ha sido conseguido a través de corrupción en su otorgamiento.

II. Aspecto previo

En principio, debemos establecer que un laudo emitido en un proceso arbitral solo puede ser anulado por las causales taxativas recogidas en el artículo 63° del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje (en adelante L.A.).

En ese sentido, la anulación de un laudo arbitral solo se puede sostener en dichas causales; si el hecho denunciado en el recurso de anulación no calza en algunas de las causales en mención, no es posible que la Sala respectiva anule un laudo arbitral.

Es por ello, que surge la necesidad de realizar una revisión previa de si dentro de las causales establecidas en el artículo 63° de la L.A. encontramos alguna que pueda ser usada a fin de que recoja el hecho de corrupción como motivo de anulación.

Ante esta revisión, encontramos que de forma literal la L.A. no ha contemplado causal alguna que recoja a la corrupción como motivo de anulación de un laudo arbitral.

III. Reacción ante la corrupción en el arbitraje

Ante la situación comentada, el legislador no ha tenido mejor idea que la de presentar un proyecto de ley a fin de incorporar al hecho de corrupción como un motivo de causal de anulación de laudo.

Así, tenemos el Proyecto de Ley N° 4437-2018-CR, el cual propone modificar la L.A., e incorpora el literal h) al artículo 63°, con la siguiente redacción:

"h) Que el proceso arbitral se haya seguido con fraude, o colusión, afectando el derecho a un debido proceso, cometido por una, o por ambas partes, o por el o los árbitros o por este y aquellas; asimismo el cometido por peritos y terceros".

Asimismo, agrega un segundo párrafo en el artículo 64° de la L.A., con la redacción siguiente:
"En el supuesto establecido en el inciso h) del artículo 63, el recurso de anulación se podrá interponer dentro de los veinte (20) días de conocido el fraude o colusión y hasta seis (6) meses posteriores de haberse comprobado y determinado, a consecuencia de investigación, el fraude o colusión que afectó el debido proceso".

De la revisión de la exposición de motivos del proyecto en mención, se aprecia que el legislador ha considerado que "si bien nuestra legislación prevé la anulación del laudo arbitral, no existe ninguna causal que disponga la anulación del referido laudo por la existencia de fraude o colusión de una o ambas partes o de una de estas con el o los árbitros, con lo cual estamos frente a una evidente desprotección a la parte que resulte afectada con tal acto de deshonestidad e ilegalidad.".

IV. El tratamiento de la corrupción como motivo de anulación en la Ley Modelo de UNCITRAL

Si bien el legislador busca incorporar a la corrupción como motivo de anulación, debemos señalar que el literal b) del numeral 2 del artículo 34° de la Ley Modelo de UNCITRAL recoge la siguiente causal de anulación:

"Artículo 34. La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral
(…)
2) El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el artículo 6 cuando:
(…)
b) el tribunal compruebe:
i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o
ii) que el laudo es contrario al orden público de este Estado.".

Cuando se discutió la redacción de este artículo, se ponían objeciones en función de considerar como motivo de anulación al "orden público", dado que este término involucraba una notable vaguedad, entre otras cosas (Born, 2009, págs. 2620-2621).

No obstante, la Comisión acordó conservar esta causal, señalando que la expresión "orden público", que había sido utilizada en la Convención de Nueva York de 1958 y en otros muchos tratados, abarcaba principios fundamentales de legislación y justicia, tanto en el aspecto sustantivo como en el de procedimiento. Así, ciertos casos como la corrupción, el soborno, o el fraude y otros graves análogos constituirían un motivo de anulación (Albónico, 2005, págs. 346-347).

Cabe precisar que el concepto de orden público se refiere a "las nociones más básicas de moralidad y de justicia de un sistema jurídico" (Gonzales De Cossio, 2004, pág. 429) no obstante, debe considerarse que la doctrina ha reconocido que el orden público es un concepto que tiene dos dimensiones a saber: una procesal y una sustantiva.

Es así como los principios fundamentales de justicia y moralidad son, esencialmente, aquellos que se consideran necesarios para la protección, primero, de los derechos procesales fundamentales de las partes en el procedimiento arbitral; y, segundo, los derechos contractuales fundamentales de las partes en transacciones internacionales (Arfazadeh, 2000, págs. 48-49).

A criterio de la doctrina, el orden público procesal se centra en el derecho de las partes a ser debidamente llamadas al arbitraje, igualdad en el trato, un procedimiento adversarial (que incluye el derecho a ser oído), la prohibición de parcialidad y la falta de independencia, fraude o corrupción por parte de los árbitros (y el principio de cosa juzgada) (Ibidem, pág. 49).

En atención a ello, vemos que la Ley Modelo de la UNCITRAL considera como motivo de anulación a la corrupción, debido a que este fenómeno se encuadraría en el concepto de orden público.

De una reflexión previa, podemos señalar que este aspecto es un punto de controversia.

V. Corrupción en los árbitros

Como hemos indicado, la corrupción ha ingresado en el mundo del arbitraje, puesto que se ha llegado a demostrar que se ha corrompido a los árbitros.

En relación a este punto, se tiene cierto consenso de que si se llega a comprobar la corrupción en un árbitro, el laudo que emita este profesional será nulo.

Tenemos así que, en el conocido caso entre ONCOSERV INC. con el Gobierno Regional de Arequipa, la Primera

1 Artículo 63.- Causales de anulación.

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: (…) b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.

Sala Civil Subespecialidad Comercial, anuló el laudo amparándose en el numeral 1, literal b) del artículo 63°[1] de la L.A., bajo las siguientes premisas:

- "La naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso"[2].

- "Era imposible que los señores Pablo Iglesias Palza y Hernando Talavera Díaz, cumplieran con su deber de revelación, porque la relación que los unía con el Gerente General de ONCOSERV Arequipa SAC y Rodolfo Orellana Rengifo, no se limitaba a una "relación amical" que resultaba oportuna hacer conocer, en el caso concreto, al Gobierno Regional De Arequipa, sino que actuaron bajo el manto de una red de corrupción y en interés propio, esto es, beneficiarse con grandes sumas de dinero"[3].

- "Habiéndose determinado que el laudo sub materia ha incurrido en causal de anulación al haberse violentado el derecho fundamental del Gobierno Regional De Arequipa al Debido Proceso en su expresión de árbitro imparcial, carece de objeto pronunciarse sobre los demás extremos de la demanda"[4].

El hecho de que los árbitros no sean independientes o imparciales genera, de por sí, la nulidad del laudo arbitral que emitan y, sobre este aspecto, existe consenso en que el motivo de anulación se encuentra debidamente recogido en el numeral 1, literal b) del artículo 63° de la L.A.

Si bien se podría decir que la redacción de la causal contemplada en el dispositivo normativo antes indicado implica una profunda interpretación, debe considerarse que esta tiene en consenso que, efectivamente, aquí se tiene a la vulneración al debido proceso como el eje central del motivo de anulación.

Especialmente, considerando el hecho de que estaríamos ante un árbitro que no es imparcial; por ende, dicha situación vulnera el principio de imparcialidad, incluso el Tribunal Constitucional ha señalado que:

2 Considerando 9 de la Sentencia de Anulación.
3 Considerando 20 de la Sentencia de Anulación.
4 Considerando 21 de la Sentencia de Anulación.

El derecho a ser juzgado por un juez imparcial constituye un elemento del derecho al debido proceso y posee dos dimensiones: imparcialidad subjetiva e imparcialidad objetiva. La imparcialidad subjetiva se refiere a que el juez debe evitar cualquier tipo de compromiso que pudiera (sic) con las partes procesales o en el resultado del proceso. La imparcialidad objetiva se refiere a la influencia negativa que puede ejercer en el juez la estructura del sistema, restándole imparcialidad, es decir, si el sistema no ofrece suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable.

VI. Corrupción en las obras públicas

Caso distinto sucede si estamos ante la situación de una obra pública, cuyo otorgamiento de la buena pro fue afectado por la corrupción y que, además, de ella se deriven controversias que deban ser resueltas mediante arbitraje.

En principio, debemos tener en cuenta un viejo dicho, el cual menciona que "una manzana podrida puede contagiar a las buenas". Aplicando esto de manera analógica al tema en discusión, podemos reflexionar que si una obra se ganó con corrupción, entonces todo lo que surja de la misma se verá afectada.

Así, resulta de particular análisis la aplicación de la denominada "teoría de las manos limpias", por la que, en atención a la jurisprudencia internacional, un tribunal arbitral podría negar la tutela arbitral a un demandante, cuya conducta haya sido impropia en directa relación a la materia a arbitrarse[5]. Con ello, el Tribunal negaría asistencia al demandante que pretenda proteger cualquier derecho que este haya podido adquirir o conservar a causa de su conducta arbitraria[6].

Bajo esta teoría, si una obra pública ha sido obtenida mediante corrupción, el Tribunal Arbitral podría denegar resolver una controversia que se deriva de la ejecución del contrato de esta obra afectada por dicho fenómeno.

No obstante, también sería posible que bajo el amparo del principio de separabilidad del convenio arbitral, se pueda dilucidar la controversia en un arbitraje separando por el hecho de que el contrato ha sido generado producto de la corrupción entre funcionarios del Estado y privados.

El tema pasa primero, por determinar en qué casos se podría considerar que el Tribunal podría denegar la tutela arbitral a un demandante cuya conducta haya sido impropia en directa relación a la materia a arbitrarse.

5 (S&E Contractors, Inc. vs. Estados Unidos de América, 1972) (Suprema Corte de los EE.UU. 1918) (EE.UU.).
6 «International News Service vs. The Associated Press», 248 U.S. 215 (Suprema Corte de los EE.UU. 1918) (EE.UU.).

Consideramos, que no solo bastaría que se dieran a conocer noticias o hechos que podrían generar interpretaciones diversas, por ejemplo, el solo hecho de que salga una noticia en la cual se señale que una determinada empresa hizo un pago por el otorgamiento de la buena pro de una obra específica, no sería más que una situación sensacionalista.

No obstante, si existe una confesión sincera o una terminación anticipada en el que el inculpado (funcionario público que otorgó la buena pro de la obra) reconoce la comisión del delito debidamente aprobado por un juez, sería un hecho suficiente para que el Tribunal de forma objetiva pueda, en atención a sus propias consideraciones, denegar tutela arbitral al demandante que obtuvo la obra de forma corrupta.

En otra situación, ¿cómo tendría que resolver un Tribunal Arbitral si solo se tienen indicios de la comisión de un hecho de corrupción en la ejecución de la obra? Sería razonable que si los indicios ante la evaluación y previo pedido de la contraparte son razonables se pudiera suspender el arbitraje, hasta que se tenga un hecho más objetivo y concreto que respalde o bien la continuación del proceso arbitral o bien la decisión definitiva de denegar la tutela arbitral.

Por otro lado, en caso de que el Tribunal quisiera continuar con conocer y resolver la controversia, es posible de forma razonable y coherente, en base al principio de separabilidad del convenio arbitral, establecer la diferenciación de las situaciones que afectan al contrato de aquellas que podrían afectar al convenio arbitral.

Recordemos que el numeral 2 del artículo 41° de la L.A., recoge normativamente el principio de separabilidad del convenio arbitral, por el cual el convenio arbitral solo está supeditado a la controversia que debe ser solucionada y, por eso, por su principalidad, no le es aplicable la máxima romana accesorium sequilar suum principale, pues, subsiste aun si el documento que lo contiene es declarado nulo o el contrato al que se ha insertado se le resuelve o se le rescinde, (Vidal, 2009).

En atención a dicho principio, aun cuando el contrato que fue suscrito producto del hecho de corrupción puede ser considerado nulo, el convenio arbitral no se vería afectado por dicha situación.

Con lo cual, el arbitraje puede continuar y el Tribunal Arbitral tendría que resolver la controversia, que si bien y originó en un contrato producto de corrupción, ello no significa per se que la controversia surgida también sea producto de dicho fenómeno.

A ello, debemos traer a colación, que en el marco constitucional peruano no sería factible fácilmente, sin reparo alguno, que se le niegue a una accionante tutela arbitral. No solo por la aplicación pura y simple del principio de separabilidad del convenio arbitral, sino que, además, se debería tener en cuenta que se estaría afectando un derecho fundamental al demandante.

Así, tenemos que el Tribunal Constitucional ha señalado que.

"(…) la tutela judicial efectiva es un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio. En un sentido extensivo, la tutela judicial efectiva permite también que lo que ha sido decidido judicialmente mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido. En otras palabras, con la tutela judicial efectiva no solo se persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión, sino que se busca garantizar que, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia."[7].

Recordemos que en el caso, de la contratación pública, el Estado consideró establecer la obligatoriedad de que las controversias que se generen en el marco de dicha normatividad se resuelvan mediante arbitraje dejando de lado a la jurisdicción ordinaria.

Es así, que en el Perú el arbitraje es obligatorio, según las normas de contratación del Estado; además, forma parte de los contratos de inversión suscritos por el Estado y de todos los contratos de estabilidad jurídica regidos por los Decretos Legislativos N° 758 y 662[8].

Esto, en términos simples, involucra que se ha cambiado el medio de solución de conflictos pero que ello, en forma alguna, implica que se haya limitado o restringido el derecho a los contratistas o Entidades públicas a tutela arbitral, lo que equivaldría a la tutela judicial efectiva.

Concretamente, la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional[9].

Por lo que, en el arbitraje no sería posible restringir o desconocer el derecho de las partes a una tutela arbitral.

7 Resolución. Exp. N° 763-2005-PA/TC, fundamento jurídico 6.
8 Resolución. Exp. N° 6167-2005-PHC/TC, fundamento jurídico 4, segundo párrafo.
9 Resolución. Exp. N° 6167-2005-PHC/TC, fundamento jurídico 9.

Bajo esta premisa, un Tribunal Arbitral debería de conocer y resolver la controversia, más aún, cuando esta se ha derivado de la ejecución del contrato en la que no se ha determinado que ha existido indicio razonable y comprobado de que se haya producido corrupción sobre los hechos propios y directos de la controversia.

Un ejemplo sería que el contratista haya pagado a un funcionario público para que le otorgue una ampliación de plazo y, finalmente, el referido funcionario termina denegando la ampliación. Ante esta situación, de llegarse a comprobar de forma razonable y acreditada el hecho de corrupción, el Tribunal podría denegar la tutela arbitral.

No obstante, de lo expuesto es necesario establecer dos aspectos importantes en esta discusión. Por un lado, el hecho de que la corrupción como tal genera en esencia una responsabilidad penal, siendo que en la ejecución de una obra que de forma independiente que haya sido obtenida por corrupción o sin ella, responde a la simple ejecución de prestaciones y contraprestaciones.

Es así como, de suscitarse controversias en la ejecución de la obra, estas deberían ser resueltas de forma objetiva en base a derecho, siendo el Tribunal Arbitral el competente para establecer si finalmente corresponde o no amparar las pretensiones del demandante o lo que se haya sometido a su competencia en el arbitraje.

Con ello, se debería dar mayor preponderancia al principio de pro arbitraje[10] a fin de determinar que el Tribunal Arbitral sea el que finalmente decida sobre la controversia de forma independiente a que el contrato (origen) sea o no nulo.

VII. Oportunidad para presentar recurso de anulación contra un laudo que ha sido emitido mediante corrupción

Recapitulando las ideas desarrolladas, tenemos en orden que si estamos ante un laudo emitido por un Tribunal Arbitral que ha sido corrompido por alguna de las partes, la nulidad del laudo se sustentará en el numeral 1, literal b) del artículo 63° de la L.A.

10 El cual, se ve reflejado en la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras en su artículo II, inciso 3, que establece:
"Artículo II.3.- El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable."

En este caso, cómo podríamos contabilizar el plazo establecido en la L.A de 20 días hábiles para presentar el recurso de anulación, si es común, como ha sucedido, que el hecho corrupto se ha conocido en forma posterior a la emisión del laudo, incluso ha transcurrido un tiempo importante desde su conocimiento formal por las partes.

Resulta usual que producto de una investigación fiscal, la cual puede demorar tiempos extendidos, se llegue a conocer luego de meses de expedido el laudo que este fue afectado por la corrupción de los árbitros que lo suscribieron.

En ese sentido, sí resultaría razonable que el plazo de 20 días establecido en la L.A. se pueda contabilizar para el caso específico de un laudo producto de la corrupción de los árbitros desde que se tiene la acreditación de la corrupción de los árbitros.

Lo expuesto, de recogerse generaría la necesidad de incorporar a la L.A., este aspecto.

En el caso de una obra pública que ha sido obtenida mediante corrupción, como hemos desarrollado el tema, la discusión pasa en realidad en función a la posición que asuma el Tribunal Arbitral sobre este aspecto.

Particularmente, si la controversia no se ha visto manchada por el acto de corrupción no correspondería que el arbitraje se vea afectado y, por ende, el Tribunal podría, a su decisión, resolver la controversia o denegar la tutela arbitral.

Es importante que se tenga en cuenta el principio de separabilidad del convenio arbitral, este establece que cada Tribunal debe evaluar en función a cada caso en concreto y en atención a sus propias particularidades de tomar la decisión que corresponda, la cual, lógicamente, debe encontrarse debidamente motivada, sea en el sentido que fuere el que haya decidido el Colegiado.

VIII. Reflexión

Es bueno reconocer que, efectivamente, las normas son perfectibles y que no se han puesto en todos los supuestos que pueden existir.

No obstante, es importante saber cómo dar una real solución a un problema y ello no pasa por poner un parche al terno.

Si bien el legislador ha pensado una solución determinada para el caso de corrupción, se debe tener presente que se debe analizar el caso en concreto para determinar si efectivamente corresponde o no anular un laudo arbitral.

Precisándose, que, dependiendo de cada caso, se podría determinar que la L.A., si cuenta con una causal especifica o si sería necesaria la inclusión de aspectos legislativos a esta.

BIBLIOGRAFÍA

- Albónico, P. (2005). Informe oficial de la CNUDMI sobre el periodo de sesiones de la Asamblea General. Chile: Editorial Juridica de Chile.
- Arfazadeh, H. (2000). In the Shadow of the Unruly Horse: International Arbitration and the Public Policy Exception. The American Reviw of International Arbitration, 3, 48-49.
- Born, G. (2009). Internacional Commercial Arbitration. Tomo II. Recuperado el 11 de Noviembre de 2019, de Kluwer Lay International.
- Gonzales De Cossio, F.(2004). Arbitraje. Mexico: Porrúa.
- S&E Contractors, Inc. vs. Estados Unidos de América (Suprema Corte de EE.UU 1972).
- Vidal Ramirez, F. (2009). Manual de Derecho Abitral. Gaceta Juridica, 68.

Alfredo F. Soria Aguilar

ARBITRAJE EN CONTRATACIÓN PÚBLICA Y PRIVADA

www.soria.com.pe

Art. 07

Careo de Testigos y Expertos en Arbitraje

Mario Reggiardo

Álvaro Cuba

Art. 07



CAREO DE TESTIGOS Y EXPERTOS EN EL ARBITRAJE

MARIO REGGIARDO SAAVEDRA

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestría en Derecho y Economía por la Universidad de Hamburgo. Profesor de Análisis Económico del Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad del Pacífico.

ÁLVARO CUBA

Egresado de Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Adjunto de docencia en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Sumario

I. Introducción II. El careo de testigos y expertos a. Conjunta b. Simultánea c. Sobre los mismos asuntos III. ¿Qué resultados puede dar el careo de testigos o expertos? IV. Las directrices para el careo de testigos y expertos en el arbitraje internacional A. Checklist i. Asuntos por tomar en cuenta para optar por el careo ii. La forma de organización del careo B. Directrices estándares C. Instrucciones específicas Opción A a. El secuestro de los testigos o expertos b. Cada testigo o experto brindará su declaración c. Las declaraciones sobre los asuntos en desacuerdo d. Interrogatorios de los abogados Opción B a. El secuestro de los testigos o expertos b. Las declaraciones sobre los asuntos en desacuerdo c. Interrogatorio del tribunal arbitral y los litigantes Opción C a. El secuestro de los testigos o expertos b. Interrogatorio de los litigantes V. Conclusiones Bibliografía.

Palabras clave

Interrogatorio, Testigos, Peritos o Expertos, Litigantes, Pruebas, Directrices, Declaraciones.

I. Introducción

El interrogatorio suele ser la parte más emocionante en las películas sobre procesos judiciales; y lo es también en los juicios reales y en los arbitrajes. Es en ese momento que el abogado tiene la oportunidad de desacreditar la posición del testigo o experto ofrecido por la otra parte. El problema es que este ejercicio no es sencillo, los testigos o expertos suelen ser reacios a brindar toda la información que el litigante necesita. Por lo tanto, las respuestas evasivas o incompletas son las preferidas por los testigos o expertos bien preparados.

Este problema suele estar asociado a otro. Los testigos y expertos conocen mejor los hechos que los litigantes. Entonces, ¿Quién conoce mejor lo que pasó si no el propio testigo del caso? ¿Quién conoce mejor los aspectos técnicos de la disputa que el propio experto? Esta asimetría informativa genera que, en muchas ocasiones, las respuestas evasivas, incompletas o falsas de los testigos o expertos pasen por alto, pues a menos que existan otros medios de prueba que lo contradigan, los abogados tienen una baja probabilidad de notar la falsedad de las declaraciones. El método clásico del interrogatorio cruzado en principio no permite solucionar este problema.

El careo de testigos o expertos permite reducir esta asimetría informativa y la posibilidad de que estos adopten conductas oportunistas como declaraciones falsas, incompletas o evasivas. La posibilidad de que declaren conjuntamente, así como se refuten simultáneamente, permite a los abogados y al tribunal notar con mayor facilidad quién dice la verdad. Pese a ello, hasta hace poco este tipo de interrogatorio y su diseño eran poco conocidos por los litigantes arbitrales en general. El conocimiento del diseño de este tipo de interrogatorio era tan solo conocido por los litigantes arbitrales con experiencia en casos sofisticados.

Este año, el Chartered Institute of Arbitrators ("CIARB") emitió las Directrices para el Careo de Testigos y Expertos en el Arbitraje Internacional ("Directrices"). Estas directrices buscan identificar y detallar las mejores prácticas arbitrales para el diseño de careos de testigos y expertos en los procesos arbitrales, y ponerlo en conocimiento de todos los litigantes arbitrales para que sean adoptados cuando lo estimen conveniente.

En este artículo, abordaremos cuáles son las principales prácticas arbitrales reflejadas en las Directrices y presentaremos qué ventajas y desventajas podemos encontrar en el careo de testigos y expertos. Este tipo de interrogatorio debe adaptarse a las necesidades de cada caso en particular, por lo que debemos evaluar si nuestros testigos o expertos se ajustan a estas necesidades.

II. El careo de testigos y expertos

En cualquier arbitraje las pruebas testimoniales o periciales son cruciales para el resultado final. Si bien no son los únicos factores[1], dado que además de tener buenos testigos y expertos, buenas pruebas documentales darán mayores fortalezas a una teoría del caso; por lo lo que, si uno no cuenta con sólidos testigos o peritos que permitan persuadir a un tribunal arbitral acerca de la teoría del caso, existen bajas probabilidades de obtener un laudo favorable.

¿Qué ventajas ofrecen buenos testigos y peritos? En el caso de los testigos, reconstruir los hechos del conflicto; y en el de los peritos, sustentar técnicamente los hechos narrados por las parte que dan pie al planteamiento de soluciones legales. Además, en casos que involucren asuntos complejos de hecho y/o técnicos, aquellos abogados sin buenos testigos ni peritos reducen su probabilidad de éxito.

La teoría del caso de los abogados, en realidad, se trata de información que nos es transferida por (i) las partes del conflicto (nuestros clientes o, como suelen ser, los testigos) y; (ii) los expertos del caso (los técnicos o, como suelen ser, los peritos).

Antes que plantear la resolución de un contrato o solicitar una indemnización (soluciones legales), un litigante debe convencer al tribunal arbitral acerca de: (i) cuáles fueron los hechos del caso y; (ii) cuáles son las soluciones técnicas que sustentan los hechos del caso y que permiten a los abogados plantear posiciones legales Entonces, toda teoría del caso de los litigantes será exitosa si logra transferir de forma eficiente la información que es transferida por los actores y expertos del caso. Los abogados solo destacaremos en un litigio si somos buenos receptores y transmisores de la información hacia los miembros del tribunal arbitral.

Para lograr este objetivo los abogados solemos recurrir a las declaraciones de testigos y expertos durante las audiencias. Más allá de su eventual presentación escrita[2], la cual podrá ser empleada en caso las Reglas IBA sobre Práctica de la Prueba en el Arbitraje Internacional sean aplicables, las declaraciones orales de testigos y expertos son las partes más cruciales del arbitraje, pues permiten actuar y recrear todo lo escrito. Tal es así que, "es una regla común que un tribunal arbitral no debe decidir un caso únicamente sobre la base de los documentos presentados por las partes" (Levy & Reed, 2007, p. 637). Con la participación oral de los testigos y expertos, las partes "darán vida a lo que, para los árbitros, ha sido hasta ahora solo una pila de papeles" (Levy & Reed, 2007, p. 637).

¿Cómo aprovechar y maximizar la información brindada por los testigos y expertos del caso? No basta con que hablen en una audiencia, sino también, los abogados debemos encontrar una forma u organización de la audiencia (en especial, el interrogatorio) que se acomode al perfil de nuestros testigos y expertos. En este sentido, debemos brindar una atmósfera adecuada a nuestros testigos y expertos. De nada vale exponer a nuestros testigos y expertos si no se sentirán cómodos en la audiencia.

En la actualidad, es usual exponer a nuestros testigos y expertos a los interrogatorios cruzados. En este tipo de interrogatorios, realizamos preguntas a los testigos y expertos de la otra parte para restar credibilidad a sus declaraciones, para hacerlos caer en contradicciones y rectificaciones. Si se desacredita al actor y el experto del caso de la otra parte, la teoría del caso de los otros abogados inevitablemente se debilitará. Por ello, en palabras de Harbst (2015), el interrogatorio cruzado "es la oportunidad de la parte contraria para demostrar que la historia no es precisa y no es confiable" (p. 97).

Durante los últimos años se ha venido expandiendo el uso de otro tipo de interrogatorio, que es el careo de testigos y expertos. En el contexto de un arbitraje, los testigos o expertos declaran conjunta y simultáneamente frente al tribunal arbitral sobre un mismo asunto. A diferencia del interrogatorio cruzado, en el que los abogados realizan una serie de preguntas a los testigos y expertos para desacreditar sus declaraciones de forma individual, (Waincymer, 2012), "el careo de testigos y expertos implica escuchar a grupos de testigos juntos y permite un diálogo entre ellos, coordinado y controlado por el tribunal" (p. 918). En esa misma línea, (Harbst 2015) define al careo de testigos y expertos como "una forma de examen donde los testigos y expertos de ambas partes se escuchan al mismo tiempo".

Si bien el diseño del careo puede variar dependiendo de cada proceso arbitral, el diseño estándar es que el tribunal arbitral o los litigantes proponen un asunto o realizan una serie de preguntas que deben ser respondidos por los testigos o expertos conjuntamente. Durante las intervenciones, el testigo o experto puede intervenir y corregir, en caso lo estime conveniente, algún extremo de la declaración del otro testigo o experto que está sentado a su lado, lo cual puede motivar una discusión directa entre los testigos o expertos. La confrontación directa y simultánea es la principal característica del careo de testigos o expertos, lo cual brindará al tribunal arbitral mayores luces de quién dice la verdad.

El careo de testigos o expertos se encuentra reconocido en el artículo 8.3.(f) de las Reglas de la IBA sobre

1Además de tener buenos testigos y expertos, tener buenas pruebas documentales dará mayores fortalezas a una teoría del caso.

2La presentación escrita de las declaraciones testimoniales o periciales suele ser empleada en caso las Reglas IBA sobre Práctica de la Prueba en el Arbitraje Internacional sean aplicables.

Práctica de la Prueba en el Arbitraje Internacional, el cual establece que el tribunal arbitral, de oficio o a instancia de una parte, pueda variar la organización de los interrogatorios "de modo tal que los testigos sean interrogados en forma simultánea y confrontándose unos con otros (interrogatorio simultáneo o careo de testigos)". Pese a ello, en la actualidad las preferencias de los litigantes en los arbitrajes suelen estar asociadas a los interrogatorios cruzados.

Las principales características de este careo consisten en que es una declaración (i) conjunta; (ii) simultánea; y, (iii) sobre los mismos asuntos:

> **a. Conjunta.** En el careo, todos los testigos o expertos de un tema en particular están presentes en la misma audiencia para ofrecer sus declaraciones. Como señalan Fernandino y Molfa (2016), en el careo, a diferencia del interrogatorio cruzado, todos los expertos y testigos en un tema en particular están presentes en el estrado de los testigos o expertos y están sujetos a preguntas por el tribunal y las partes.
>
> Como bien señala McIlwrath & Savage (2010), en el careo las declaraciones son examinadas lado a lado en lugar de forma secuencial, los testigos y expertos oirán todas las respuestas dadas por el resto.

Esta característica mitiga varios riesgos del proceso arbitral. Por ejemplo, si los actores del proceso arbitral optan por el careo de testigos o expertos, carecería de sentido ponerse a pensar sobre el secuestro —traducción libre del término "sequestration of witnesses" el cual consiste en la prohibición para un testigo o experto de asistir a las declaraciones e interrogatorios de otros testigos o expertos, antes de su propia declaración en la audiencia— de los testigos antes de sus declaraciones. El carácter conjunto de las declaraciones brinda al tribunal arbitral la oportunidad de observar las reacciones y las respuestas inmediatas de los testigos o expertos ante una declaración falsa, lo cual reduce la posibilidad de que los testigos no adaptarán sus declaraciones en función de la declaración de otro testigo. El careo permite al tribunal arbitral determinar con mayor precisión qué testigo dice o no la verdad.

> **b. Simultánea.** Se caracteriza porque como señala Harbst (2015) "los involucrados se escuchan al mismo tiempo". En dicha interacción incluso es posible que los testigos o expertos generen diálogos entre sí y lleguen a acuerdos sobre distintos hechos del arbitraje. Frente a una pregunta del tribunal arbitral o de los abogados de las partes, los testigos o expertos pueden responder simultáneamente o de forma consecutiva, pero en cualquier caso ambos, testigos o expertos, oirán sus declaraciones y podrán corregir, si lo estiman necesario, cualquier afirmación incorrecta.
>
> **c. Sobre los mismos asuntos.** Dicha característica permite ordenar la audiencia y que se explote el conocimiento de los testigos o expertos. Carecería de sentido que dos testigos declaren conjuntamente en la audiencia y que sus declaraciones escritas consistan sobre dos asuntos distintos de los hechos del arbitraje. Por ello, es preferible que el careo de testigos sea ordenado dependiendo de los asuntos declarados de forma escrita por los testigos o expertos.

III. ¿Qué resultados puede dar el careo de testigos o expertos?

A diferencia del método de interrogatorio cruzado, el careo de testigos o expertos implica una declaración conjunta y simultánea de los testigos o expertos sobre un mismo asunto. Las ventajas son:

- El careo puede acomodarse a testigos o peritos con menos experiencia en arbitrajes. Como señalan Fernandino y Molfa (2016):

  "[el careo] puede favorecer a los expertos que tienen menos experiencia en arbitraje, sobre la base de que es probable que se adapten más rápidamente al proceso – que podría ser más similar a un panel académico en el careo – en lugar de una sala tradicional del tribunal para el examen de cross-examination".

  El careo puede ser un ambiente mucho más cómodo para nuestros testigos o expertos. A diferencia del interrogatorio cruzado, en el careo los testigos o expertos brindarán sus declaraciones con menos restricciones, existirá menor control de los litigantes para realizar preguntas incómodas que les resten credibilidad y los testigos y expertos se sentirán más libres para brindar sus declaraciones, lo cual aumentaría la probabilidad de que los testigos o expertos con menos experiencia transfieran de forma adecuada la información que poseen al tribunal arbitral.

- El careo restringe las discusiones entre los testigos o expertos. El careo brinda la oportunidad de que los testigos o expertos dialoguen entre sí y puedan señalar expresamente los asuntos en los que están

de acuerdo y en desacuerdo. Por ejemplo, si dos testigos han sido ofrecidos para aclarar la ejecución de un proyecto de obra y existen dos versiones sobre un mismo hecho, como causas de la demora en la culminación del proyecto, en el que el reo permitirá un diálogo entre ambos testigos o expertos y que, en caso se afirme un hecho inexacto, se pueda rectificar directamente por el otro testigo o experto. Como señala Harbst (2015):

"Una conversación directa entre dos testigos de hecho que pueden haber trabajado en el mismo proyecto se verá muy diferente. Habría un intercambio continuo de declaraciones (orales) y argumentos, como resultado de lo cual se aclara, o al menos se aclara, dónde hay un terreno común entre los testigos y donde hay desacuerdo. La dinámica de dicha conversación es adecuada para filtrar eventos relevantes y para probar la fuerza de las posiciones respectivas."

El diálogo entre los testigos permitirá al tribunal arbitral determinar qué hechos están en discusión y qué hechos no entre los testigos, lo cual permitirá acotar la discusión del arbitraje. El profesor Born (2014) añade en esa línea que el careo de testigos o expertos permite identificar áreas de mutuo acuerdo, donde se puede forzar concesiones y evaluar la credibilidad de las diferencias. Esto no ocurre con mucho éxito en el interrogatorio cruzado, pues ahí las declaraciones de los testigos son individuales y existe una menor capacidad de refutar directamente las declaraciones incorrectas. En ese caso, en palabras de (Harbst, 2015), "la confrontación de un testigo con otros testigos es indirecta en un interrogatorio convencional. En careos de testigos, la confrontación es directa". De hecho, tras un interrogatorio cruzado, las refutaciones a las declaraciones de los testigos suelen darse en la audiencia de alegatos finales, días o a veces semanas después de las declaraciones, o, incluso, en los escritos de conclusiones, lo cual reduce significativamente la capacidad de respuesta de las partes o de los testigos. Por ello, como señala Born (2014), el careo de testigos permite exponer evasiones, simplificaciones excesivas e inexactitudes.

Lo mismo ocurre en el caso de los expertos. Si los expertos de las partes discrepan sobre un asunto legal o técnico, el careo de expertos les permitirá refutarse directamente y determinar qué experto presenta argumentos más sólidos. De hecho, en el caso de los especialistas, éstos serán más cuidadosos con sus declaraciones, pues saben que el otro experto puede refutar cualquier inexactitud durante el careo. Esto no ocurre en el interrogatorio cruzado, pues por lo general el experto tiene mayor conocimiento sobre el asunto legal o técnico que el abogado que interroga. Dicha ventaja del careo permitirá al tribunal arbitral conocer con mayor detalle la opinión de los expertos, determinar los acuerdos de los expertos en algunos asuntos y las razones por las que los expertos discrepan en otros asuntos. Como señala Harbst (2015):

"Si dos expertos se enfrentan entre sí, la situación es diferente. Los expertos serán más precisos y cuidadosos al hacer sus declaraciones. Entre ellos, a menudo hay una mezcla fructífera de respeto mutuo y competencia. Ambos son conscientes de que cualquier inexactitud de declaración errónea puede ser refutada inmediatamente."

- El careo puede reducir el tiempo y costo de los arbitrajes. Durante los interrogatorios cruzados es frecuente encontrarnos frente a diversas preguntas innecesarias o poco fructíferas de los abogados, quienes poseen menos conocimiento que los testigos o expertos en los asuntos en discusión. Las preguntas innecesarias e interrupciones de los tribunales arbitrales generan tiempo y costos innecesarios en los arbitrajes. Dentro del careo, es posible que este escenario pueda mitigarse.

- Pongamos un ejemplo. En un arbitraje complejo se han ofrecido ocho expertos, de los cuales cuatro declaran sobre un mismo asunto y los otros cuatro declaran sobre otro mismo asunto. En una audiencia convencional, es usual que cada experto ofrezca su declaración y sea sometido a un interrogatorio cruzado por los abogados de la contraparte por un lapso de 90 minutos. Este procedimiento será aplicado igualmente en el resto de siete expertos. En total, serían 12 horas invertidas para los interrogatorios de los expertos, lo cual implica diversos costos en el arbitraje como honorarios del tribunal arbitral, costos del centro arbitral, costo de oportunidad para las partes, honorarios de los abogados, entre otros.

- Pero en caso las partes opten por el careo, el tiempo y costo podría reducirse en caso existan limitaciones expresas durante la audiencia para la realización de preguntas por parte de los abogados, lo cual podría ser discutible.

- Es así que, bajo el ejemplo señalado podrían celebrarse dos careos en las cuales participarán los expertos que opinen sobre un mismo asunto. Cada careo duraría un aproximado de tres horas, en caso existan limitaciones durante la audiencia para las preguntas

de los abogados, por lo que en total serían seis horas invertidas para los interrogatorios de los expertos. No obstante, este escenario dependerá de la organización de cada arbitraje y la posibilidad de los abogados de tener un tiempo prudencial para realizar sus preguntas. Como señala el profesor Ulmer (2010, p. 244) "el careo no necesariamente ahorra tiempos de la audiencia pues generalmente es necesario que los testigos o expertos sean examinados por la parte contraria por separado antes del careo conjunto".

Pese a las ventajas ofrecidas por el careo de testigos y expertos, los litigantes y tribunales arbitrales deben ser muy cuidadosos en aplicar este tipo de procedimiento

- El tribunal arbitral debe mantener el control del interrogatorio. Si bien el careo brinda una confrontación directa a los testigos y expertos y una oportunidad para rectificar directamente cualquier inexactitud de las declaraciones, este aspecto puede convertir a un diálogo entre los testigos o expertos en una disputa personal. Por ello, como señala el profesor Hunter (2007, p. 822): "para que el careo funcione de manera eficiente, el tribunal debe tomar en serio la tarea de elaborar la agenda y asegurarse de que la audiencia esté presidida de manera firme pero justa por el árbitro encargado (…)".

  El careo requiere una moderación que ordene la discusión y que evite que las declaraciones no se desvíen de las preguntas formuladas por el tribunal arbitral o el litigante que interrogue.

- Los litigantes deben mantener su oportunidad de realizar un interrogatorio a los testigos o expertos. En el proceso arbitral, los litigantes conocen mejor el caso que el tribunal arbitral, pues han sido quienes han dedicado la mayor parte de su tiempo para estudiar el caso. Por ello, es recomendable que los asuntos del careo sean puestos por los litigantes, y no exclusivamente por el tribunal arbitral. Como señala el profesor Harbst (2015) existe el riesgo de que los árbitros mantengan el careo de testigos dentro de los límites de su comprensión personal del caso. Este entendimiento puede no llegar a las cuestiones cruciales en disputa.

IV. Las directrices para el careo de testigos y expertos en el arbitraje internacional

Hasta hace poco no existían lineamientos que asistan a los litigantes y tribunales arbitrales en general para un adecuado uso del careo de testigos o expertos. Si bien existía un reconocimiento expreso de las Reglas IBA sobre Práctica de la Prueba para el careo de testigos y expertos, no existía ningún instrumento que explique su forma de uso en la práctica arbitral. Su conocimiento se limitaba tan solo a algunos litigantes y tribunales arbitrales sofisticados en los arbitrajes.

Por ello, el 29 de abril de 2019 el Chartered Institute of Arbitators - CIARB emitió las Directrices para el Careo de Testigos y Expertos en el Arbitraje Internacional. Dicho documento ofrece (i) una lista de asuntos que los árbitros y las partes deberán observar cuando convengan en llevar a cabo un careo de testigos o expertos y, en caso sea convenido, la forma que debe tomar el careo; (ii) unas directrices estándares con un marco aplicable de principios que se deberán aplicar en el careo de testigos o expertos; y (iii) unas instrucciones específicas con los tres tipos de formas que puede tomar el careo de testigos o expertos. Adicionalmente, las Directrices contienen unas "notas explicativas" que brindan comentarios detallados sobre los elementos (i), (ii) y (iii).

El objetivo de las Directrices es asistir a los litigantes y tribunales arbitrales a diseñar un careo de testigos efectivo y eficiente. Si bien el careo de testigos se encuentra reconocido en algunos instrumentos de soft law aplicables para los arbitrajes internacionales, estas directrices son las primeras que describen de forma detallada las prácticas arbitrales estándares para un adecuado uso del careo de testigos o expertos. Las partes y tribunales arbitrales son libres de ajustar las Directrices a sus propias necesidades, por lo que se descarta que las Directrices sean rígidas en cuanto a su aplicación.

A. Checklist

En su primera sección, las Directrices contienen una lista con (i) los asuntos que deben ser tomados en cuenta por los actores del proceso arbitral para optar o no por un careo de testigos o expertos; y (ii) en caso opten por el careo, la forma en la que debe ser organizado.

i. Asuntos por tomar en cuenta para optar por el careo

La lista contiene los siguientes asuntos que las partes deben observar para decidir si se opta o no por un careo de testigos:

- Existe o no una prueba de hecho en conflicto de dos o más testigos que debe ser aclarada.

  Este supuesto es muy frecuente en los procesos arbitrales, pues es común que exista más de una versión de un hecho del caso que dependa exclusivamente de la palabra de los testigos. Sin pruebas documentales que acrediten de modo fehaciente un hecho, el tribunal arbitral deberá confiar en las versiones de los testigos.

Si las versiones de los testigos son contradictorias, es altamente recomendable que el arbitraje opte por el careo de testigos. Como señalan las Notas Explicativas en relación a este escenario, "sus interacciones entre ellos [testigos], así como sus respuestas a las preguntas de los abogados o del tribunal, pueden proporcionar al tribunal una imagen más clara de lo que ocurrió en vez de evaluar las respuestas dadas por los mismos testigos cuando son interrogados individualmente"[3]. La confrontación directa del careo de testigos permitirá al tribunal arbitral, de igual forma, determinar una imagen más clara y acotar los asuntos en controversia.

Como señalan las propias Notas Explicativas[4], es más fácil detectar si un testigo dice o no la verdad cuando declara en compañía de otro testigo, a comparación de si declara individualmente bajo el interrogatorio cruzado. Los profesores Sachs y Schmidt-Ahrendts (2015) apuntan que "ser ubicado junto a sus pares puede obligar a los testigos o expertos a presentar sus opiniones de manera más independiente y objetiva". Cuando declare junto con otro testigo, este sabrá que, si no dice la verdad, el otro testigo lo podría corregir, lo cual restaría credibilidad a su declaración.

¿Pero por qué creer en la veracidad de la corrección del segundo testigo? Esta apreciación dependerá de cada caso en concreto. Por lo general, el tribunal arbitral debe permitir a los testigos o expertos que dialoguen entre sí y analizar si las correcciones realizadas guardan relación con las pruebas presentadas en el arbitraje y, por lo tanto, si resultan convincentes. Dependerá de (i) la coherencia de las correcciones y su relación con las pruebas del arbitraje o (ii) la persuasión de la corrección de los testigos o expertos. Por ejemplo, si uno de los testigos o expertos corrija una declaración durante el careo, pero las pruebas contradicen frontalmente el contenido de su corrección, el tribunal arbitral deberá estar atento a no dejarse influir ni convencer por dicha corrección. Para ello, es vital estar frente a un tribunal arbitral informado de los hechos y las pruebas durante la audiencia.

De hecho, luego del diálogo entre los testigos o expertos en el careo, resultaría útil que los abogados apunten todas aquellas correcciones realizadas en las que crean que no se ha dicho la verdad y las desacrediten a través del interrogatorio cruzado. Entonces, el careo de testigos reduce en cierta medida la conducta oportunista que puedan adoptar los testigos al no decir la verdad bajo un interrogatorio cruzado.

Para optimizar este mecanismo resulta ideal que el careo de testigos sea organizado y moderado por el tribunal arbitral. Resulta vital que el careo no se convierta en una disputa personal entre los testigos, lo cual debe ser cumplido por el tribunal arbitral (de preferencia, el presidente).

- ¿Existe o no una opinión en conflicto de dos o más expertos en una materia que debe ser aclarada?

  Así como el supuesto anterior, este también es muy frecuente en los procesos arbitrales. Si las opiniones de los expertos son contradictorias, es altamente recomendable que el tribunal arbitral y los litigantes escuchen a los expertos refutarse entre sí y expongan sus argumentos. En este proceso de interacción, así como en el caso de los testigos, es perfectamente posible que los expertos lleguen a acuerdos sobre algunos asuntos en discusión en el arbitraje, lo cual acotará las discusiones del arbitraje y enfocará en menos puntos los asuntos cruciales del arbitraje.

  Incluso, como señalan las Notas Explicativas[5], el careo de expertos puede resultar más fructífero cuando los árbitros tengan experiencia en los asuntos a discutir. Por ejemplo, si los expertos llamados al careo son expertos en temas de construcción y los árbitros tienen amplia experiencia en temas de construcción, un careo entre los expertos que sea conducido y moderado por los árbitros con experiencia en el tema resultaría más fructífero que un interrogatorio cruzado.

- Existe un debate sobre la credibilidad de un testigo.

  Cuando la credibilidad de un experto sea puesta en discusión, generalmente el careo de expertos no aportará mayores luces para resolver dicho asunto. Carece de sentido que los expertos sean sometidos a un careo para confrontar entre sí sus credibilidades. Si ello fuese así, sería altamente probable que la discusión entre los expertos se convierta en un asunto personal para demostrar qué experto tiene mayores calificaciones, lo cual es uno de los puntos que debe ser evitado en el proceso de careo.

3 Notas Explicativas de las Directrices, numeral 1.1, página 13.
4 Notas Explicativas de las Directrices, numeral 1.2, página 13.
5 Notas Explicativas de las Directrices, numeral 2.3, página 15.

No obstante, la credibilidad no es un obstáculo para que los expertos sean sometidos a careo. Frente a este escenario, las Notas Explicativas, en su numeral 3.2,[6] recomiendan que en el careo de expertos se discutan los asuntos sustantivos de las pericias, mientras que los litigantes tendrán la oportunidad de realizar interrogatorios (bajo el interrogatorio cruzado clásico) para cuestionar la credibilidad del experto.

- Existe o no una relación de experiencia contrastante entre los testigos o expertos.

  En el caso de los expertos, es usual que algunos expertos tengan mayor experiencia que otros expertos. Esto depende de (i) la experiencia en el tema sustantivo o (ii) la experiencia en procesos arbitrales. La diferencia de experiencia podría verse reflejada durante el careo de expertos, pues el experto con mayor experiencia se sentirá más cómodo durante el careo y sentirá mayor autoridad que un experto con menos experiencia para exponer sus argumentos (incluso, imponerlos) y destacar en la audiencia. En síntesis, es posible que un experto gane más por su presencia que por sus argumentos en sí. Este riesgo podría reducirse en el interrogatorio cruzado, pues el experto con menos experiencia no se sentiría intimidado por el experto con mayor experiencia. De hecho, se sentiría más cómodo pues sabe que tiene mayor conocimiento en el tema que el litigante que lo interrogará.

  En caso haya una diferencia considerable en la experiencia de los expertos, es recomendable que los litigantes que tengan al experto con menos experiencia no opten por el careo. Por el contrario, el careo puede resultar más recomendable para los litigantes que tengan al experto con mayor experiencia.

  Si las partes no se ponen de acuerdo frente a un escenario similar, ¿el tribunal arbitral debe optar por el interrogatorio cruzado o el careo de expertos? Creemos que el tribunal arbitral debería optar por el interrogatorio cruzado. Es altamente probable que el careo de expertos impacte en la declaración del experto con menos experiencia, incluso pese a que su solución técnica sea la más adecuada. Ello implicaría que exista una menor probabilidad de que la información por parte del experto con menos experiencia no le sea transferida de forma adecuada (es decir, no haya persuasión), pues podría sentirse intimidado por el experto con mayor experiencia. Por ello, el tribunal arbitral debería optar por un interrogatorio que maximice la posibilidad de transferir dicha información, lo cual puede darse con mayor probabilidad en un interrogatorio cruzado frente a un escenario como éste.

  En el caso de los testigos, este riesgo puede verse reducido. A diferencia de los expertos, los testigos narran sus versiones del caso sin que haya una disputa sobre cuál es la solución técnica más viable. No obstante, en caso se presenten los mismos problemas que en los expertos, creemos que la solución debe ser similar a la expuesta en el anterior párrafo.

- ¿Existe o no antecedentes culturales contrastantes entre los testigos o expertos?

  Imaginemos que tenemos como expertos a dos personas (una de avanzada edad y otra joven) de dos culturas distintas, y en una de estas culturas es socialmente aceptado que las personas jóvenes no pueden contradecir públicamente a las personas de avanzada edad. En un careo de expertos, es altamente probable que el experto más joven no refute ni corrija la declaración del experto de avanzada edad por un asunto cultural, antes que por la evidencia técnica de su declaración.

  Las Notas Explicativas recomiendan a los litigantes y tribunales arbitrales evaluar este aspecto y señalan que "el careo de testigos o expertos puede no ser siempre preferible donde exista tal diferencia cultural"[7]. Por ello, en caso se presenten diferencias culturales que puedan afectar la calidad de las declaraciones orales de los testigos o expertos, es recomendable que el tribunal arbitral no opte por el careo.

- Los testigos han sido o no colegas.

  Cuando los testigos o expertos han sido colegas, las Notas Explicativas[8] recomiendan a los tribunales arbitrales evaluar cuáles fueron sus cargos como colegas y si dicha relación pudiese afectar sus declaraciones durante la audiencia. Por ejemplo, si uno de los expertos ha sido superior directo del otro experto durante un largo periodo, existe la probabilidad de que el otro experto pueda verse influenciado y su declaración se vea afectada por este asunto. Por supuesto que este escenario dependerá

6 Notas Explicativas de las Directrices, numeral 3.2, página 15.

7 Notas Explicativas de las Directrices, numeral 4.7, página 17.

8 Notas Explicativas de las Directrices, numeral 4.10, página 17.

de cada caso en concreto, pues puede darse el caso de que la relación laboral anterior no influya en el contenido de las declaraciones, por el contrario, puede ocurrir de que esta relación pasada incentive a una mejor declaración del experto menor. Por ello, en caso una relación laboral anterior pueda influir en la calidad de las declaraciones, es recomendable que el tribunal arbitral por regla general no opte por el careo, aunque la decisión final dependerá del caso en concreto.

- Existe o no una amistad cercana o enemistad entre los testigos o expertos.

  Cuando los testigos o expertos tienen divergencias, es probable que el careo se convierta en una disputa personal y, por ende, sea imposible generar un diálogo. Incluso, si los testigos o expertos tienen una amistad cercana, es probable que no exista ninguna refutación o corrección durante el careo, lo cual aportaría poco al tribunal arbitral. Frente a estos escenarios, el tribunal arbitral debe ser cuidadoso y analizar cualquier tipo de relación personal existente entre los testigos y expertos con el objetivo de que el careo no pierda su propósito. Las Notas Explicativas recomiendan que el tribunal arbitral "debe permanecer atento a la posibilidad de que el careo haya dejado de ser un medio útil para analizar las pruebas y variar la forma del careo de alguna manera, o suspender o concluir el careo"[9].

- Uno o más testigos o expertos deben presentar su declaración a través de una videoconferencia.

  En muchas ocasiones, es posible que los testigos y expertos no estén ubicados físicamente en la misma audiencia, lo cual motivará a que brinden sus declaraciones al tribunal arbitral y a los litigantes a través de una videoconferencia.

  La declaración por videoconferencia reduce en cierta medida una de las principales ventajas del careo, que es la refutación y corrección directa entre testigos y expertos que se sientan lado a lado durante la audiencia. Por ello, en caso una declaración se deba llevar a cabo a través de una videoconferencia, es recomendable optar por el interrogatorio cruzado.

ii. La forma de organización del careo

Una vez que los litigantes y el tribunal arbitral han evaluado los anteriores asuntos, y hayan optado por el careo de testigos y expertos, la lista recomienda tomar en cuenta las siguientes formas para llevar a cabo el careo:

- Número de careos en función a los temas o números de testigos o expertos.

  En arbitrajes complejos que involucran varios asuntos en discusión, es recomendable optar por varios careos. En principio, se recomienda que un careo sea dedicado para examinar a los testigos, mientras que otro careo sea dedicado para examinar a los peritos. Incluso, para el caso individual de los testigos o peritos, es posible dividir varios careos en función a los temas en discusión.

  Por ejemplo, es posible que en un caso se ofrezcan varios testigos, entre los cuales algunos existan declarados sobre una sección del proyecto de obra sometido a arbitraje por retrasos, mientras que el resto de los testigos hayan declarado sobre la etapa en que las partes negociaron el trato directo previo al arbitraje. Frente a estos casos, es recomendable que se celebren dos careos en los que se discutan los temas por separado. Como señalan las Notas Explicativas, "este enfoque puede ser atractivo en asuntos con grandes cantidades de pruebas documentales y periciales"[10]. La misma lógica es aplicable para el caso de los expertos.

- Declaraciones conjuntas de testigos o expertos.

  Por un lado, en el caso de los expertos, cuando los litigantes ofrezcan dos reportes de expertos con conclusiones distintas, los expertos podrán presentarán al tribunal arbitral, antes de la audiencia, un reporte de experto conjunto en el que se detallarán los asuntos, en los que los expertos están de acuerdo. Dicha dinámica permitirá al tribunal arbitral y a los litigantes ordenar los temas de la audiencia y maximizar el careo de expertos.

  En todo caso, el tribunal arbitral tiene la facultad para ordenar a los expertos emitir un reporte de experto conjunto en los que detalle los acuerdos y desacuerdos. Facultad reconocida por el artículo 5.4 de las Reglas IBA sobre Práctica de la Prueba:

  "El Tribunal Arbitral podrá, a su discreción, ordenar que los Peritos Designados por las Partes que vayan a presentar o que existan presentado Dictámenes Periciales sobre los mismos asuntos o sobre asuntos conexos, se reúnan y deliberen acer-

9 Notas Explicativas de las Directrices, numeral 4.13, página 18.

10 Notas Explicativas de las Directrices, numeral 5.3, página 18.

ca de tales asuntos. En dicha reunión, los Peritos Designados por las Partes deberán tratar de llegar a un acuerdo sobre los asuntos a que se refieren sus Dictámenes Periciales y harán constar por escrito aquellos puntos sobre los que lleguen a un acuerdo, así como aquellos otros sobre los que exista desacuerdo y las razones de ello."

De forma conjunta con el artículo 6.7 de las Reglas de Praga que señala:

"Oídas las partes, el tribunal arbitral podrá instruir al perito nombrado por una parte y/o a los nombrados por el tribunal arbitral – si los hubiere – para celebrar una reunión y emitir un dictamen pericial conjunto en el que proporcionen al tribunal arbitral: a. una lista de las cuestiones en las que los peritos coincidan en su criterio; b. una lista de las cuestiones sobre las que los peritos discrepen; y c. de resultar procedente, los motivos de las discrepancias de los peritos."

En cualquiera de los escenarios descritos no habrá la necesidad de que durante el careo el tribunal arbitral ordene a los expertos declarar los asuntos en los que estén de acuerdo y en desacuerdo. Con un reporte de experto conjunto, en la audiencia el tribunal arbitral solo se incidirá en los asuntos en los que los expertos estén en desacuerdo y puedan profundizar en sus argumentos. Dicha mecánica reducirá el tiempo de los careos e incidirá en los asuntos más cruciales del arbitraje en los que haya desacuerdo.

Por otro lado, en el caso de los testigos, no es usual que se redacten declaraciones testimoniales conjuntas bajo el mismo formato descrito. No obstante, nada impide a los tribunales arbitrales a ordenar a los testigos redactar una declaración testimonial conjunta en los que describan los asuntos en los que están de acuerdo y en desacuerdo. De igual forma, la mecánica descrita reducirá el tiempo de los careos e incidirá igualmente en los asuntos más cruciales del arbitraje en los que haya desacuerdo.

- Cronología de hechos del caso.

  Si los testigos o expertos presentan una cronología de los hechos en disputa antes de la audiencia, resultaría muy útil para la organización del careo. El tribunal arbitral y los litigantes tendrían mayores facilidades para detectar, especialmente en el caso de los testigos, qué hechos están en disputa y cuáles no, los cuales serían sometidos a careo durante el interrogatorio. Esta herramienta suele ser muy útil, en casos complejos que involucren asuntos técnicos.

- Distribución del tiempo para los testigos y expertos.

  Para organizar de forma adecuada una audiencia que involucre careos, el tribunal arbitral debe distribuir de forma adecuada los tiempos de los careos. Las Notas Explicativas[11] señalan que la distribución del tiempo depende de varios factores, entre los que se encuentran el número de testigos o expertos, los asuntos en los que hay acuerdo o desacuerdo entre los testigos o expertos, la conducción del careo (el tribunal, los litigantes, los testigos o expertos o de forma mezclada), entre otros.

- Uso de presentaciones o demostrables.

  Para una mejor ilustración de los asuntos en disputa, el tribunal arbitral puede ordenar a los testigos o expertos que realicen presentaciones o demostrables durante el careo. Como señalan las Notas Explicativas, este tipo de presentaciones pueden ser útiles "cuando los asuntos en disputa son técnicos o complejos, o hay aspectos de la evidencia que son más fáciles de visualizar con diagramas, animaciones o modelos"[12].

  Por ejemplo, en los arbitrajes internacionales de construcción sofisticados, los expertos y litigantes suelen emplear los Modelados de Información de Construcción Building Information Modeling o BIM, los cuales son modelos de generación de información de ingeniería para demostrar el ciclo de vida de cualquier edificación. Como señala la Jenkins (2013, p. 210.) el BIM, por ejemplo, puede mostrar un modelo 4D de una comparación de la secuencia de construcción planificada contra la secuencia de construcción real a lo largo del tiempo.

  En ese caso, El BIM puede ilustrar de modo gráfico un proyecto de infraestructura que nunca se culminó y clarificar los asuntos en disputa que serán sometidos al careo.

- Distintos idiomas entre los testigos o expertos.

  En algunos casos suelen presentarse testigos o expertos que tienen idiomas distintos entre ellos y del arbitraje. Por ejemplo, en un arbitraje internacional con partes domiciliadas en distintos países, es posible que los peritos o los testigos sean personas extranjeras que no compartan un mismo idioma. Dicho factor debe ser evaluado por el tribunal arbitral para determinar si se

11 Notas Explicativas de las Directrices, numeral 8.1, página 20.
12 Notas Explicativas de las Directrices, numeral 9.1, página 21.

llevará a cabo o no el careo, pues podría ser un impedimento para que los testigos o expertos se confronten directamente y efectúen correcciones durante el careo.

Las Notas Explicativas sugieren que, en caso el tribunal arbitral opte por el careo ante un escenario similar, debe dar instrucciones a un intérprete calificado y experimentado "para que proporcione interpretación simultánea o consecutiva de las preguntas y respuestas del testigo"[13]. No obstante, se recomienda que el tribunal arbitral no opte por el careo ante este escenario, pues dificultará en gran medida la interacción entre los testigos o expertos, reduciendo así la capacidad de refutar directamente o corregir las declaraciones de forma interactiva.

- Lugar de la audiencia para el careo.

  Para llevar a cabo el careo, el tribunal arbitral deberá asegurarse de que exista un espacio adecuado para que los testigos o expertos se sientan cómodos y juntos en la sala de la audiencia. En tanto el careo podría implicar que, por ejemplo, cuatro testigos se sienten juntos para ser sometidos al careo, donde el tribunal arbitral y el centro de arbitraje deberán acomodarse a un espacio que pueda ser cómodo para los partícipes de la audiencia.

- Estenografía y registro del careo.

  Para registrar adecuadamente el careo, las partes y el tribunal arbitral deben asegurarse de contar con los equipos necesarios. Para ello, se deberá contratar a un estenógrafo que pueda transcribir las declaraciones simultáneas de todos los testigos o expertos durante el careo. De igual forma, en caso surja algún inconveniente, las partes deberán asegurarse de registrar el careo a través de una grabación, de preferencia en video para que puedan añadir cualquier asunto que sea necesario a la transcripción de la audiencia.

B. Directrices estándares

En base a los asuntos que deberán ser tomados en cuenta por los tribunales arbitrales y litigantes para optar por el careo, las Directrices contienen unas Directrices Estándares con un marco procedimental que puede ser adoptado por los tribunales arbitrales para organizar la audiencia a través de una orden procesal.

Los principales puntos abordados en las Directrices Estándares son los siguientes:

- Es posible que algunos testigos o expertos sean sometidos a careo y otros testigos o expertos sean sometidos al interrogatorio cruzado.

  Como hemos expuesto anteriormente, la forma en que se llevará a cabo el interrogatorio de los testigos o expertos depende de las partes y el tribunal arbitral. Por ello, es perfectamente posible que los interrogatorios combinen el careo y el interrogatorio cruzado para los mismos testigos o de forma separada entre varios testigos. El numeral 1 de las Directrices Estándares reconoce esta posibilidad, indicando que antes de la audiencia el tribunal arbitral fijará qué testigos o expertos y qué asuntos serán sometidos a careo.[14]

- Los testigos o expertos deberán preparar una declaración conjunta.

  Previo a la audiencia, los testigos o expertos que sean sometidos al careo deberán preparar una declaración conjunta que contenga: (i) los asuntos en los que están de acuerdo; (ii) los asuntos en los que están en desacuerdo; y (iii) un resumen de las opiniones que sustentan el desacuerdo. Este ejercicio, permitirá a los abogados y al tribunal arbitral acotar las discusiones del arbitraje, enfocar en menos puntos los asuntos cruciales del arbitraje y no desperdiciar el tiempo en asuntos en los que los testigos o expertos se encuentren de acuerdo.

- Cualquier material de presentación o demostrable a ser usado por los testigos o expertos debe ser presentado antes de la audiencia.

  El numeral 5 de las Directrices Estándares sugiere que las presentaciones o demostrables, como el caso del BIM, deben ser presentadas al tribunal arbitral y a los litigantes antes del careo. Creemos que esta regla ha sido propuesta para evitar cualquier discusión de sandbagging[15] durante el arbitraje y asegurar que las partes tengan pleno conocimiento de todo el material que será ofrecido durante la audiencia. En tanto, las presentaciones o demostrables podrían ser consideradas como nuevas pruebas del arbitraje, consideramos que es recomendable que los tribunales arbitrales ordenen a los

13 Notas Explicativas de las Directrices, numeral 11.1, página 22.

14 Directrices Estándares de las Directrices, numeral 1, página 8 ("The tribunal in consultation with the parties shall determine which witnesses will give concurrent oral evidence and on what issues. The witnesses shall give evidence on such issues in such conference or conferences at such date and time as the tribunal directs.").

15 Traducción libre del término "sandbagging" es la conducta de esperar hasta el último minuto para presentar pruebas o argumentos en un arbitraje

testigos o expertos presentar sus presentaciones a las partes y al tribunal arbitral antes del careo y evitar cualquier discusión.

- Los testigos o expertos pueden volver a ser sometidos a careos.

  El numeral 6 de las Directrices Estándares establecen que un testigo o experto puede volver a ser llamado para ser sometido a careo. Es posible que, durante la audiencia, el tribunal arbitral note que algunos testigos o expertos deban ser sometidos a careos, pues tienen opiniones contradictorias sobre un asunto. Esta facultad permitirá al tribunal arbitral volver a llamar a los testigos o expertos que han sido interrogados para que sean sometidos nuevamente a careos.

C. Instrucciones específicas

Finalmente, las Directrices proporcionan tres tipos de careos que deben ser tomados en cuenta por los tribunales arbitrales y litigantes:

- Opción A – Careo dirigido por el tribunal arbitral.

  Este careo tiene una raíz más inquisitoria, pues los tribunales arbitrales dirigen la discusión del interrogatorio. Como señalan las Notas Explicativas[16], en este tipo de careo el rol de los litigantes para examinar al testigo o perito es más acotado, a diferencia del interrogatorio cruzado. La organización recomendada por las Directrices en este tipo careo es principalmente:

  a. El secuestro de los testigos o expertos. Por regla general, el careo de testigos o expertos evita el riesgo de que se acomoden las declaraciones, pues la declaración en la audiencia se realiza de forma conjunta. No obstante, en caso se den múltiples careos de varios testigos o expertos durante la audiencia, puede ser recomendable optar por el secuestro.

  Esto puede ocurrir cuando se lleven a cabo varios careos de testigos que se encuentren vinculados por los asuntos a discutir. En estos escenarios, es recomendable que los testigos que hablen en segunda oportunidad sean secuestrados.

  b. Cada testigo o experto brindará su declaración. El inicio del careo se dará con la presentación oral de cada testigo o experto de su declaración y posición dentro de los tiempos fijados por el tribunal arbitral. Esta mecánica resulta más útil para el caso de los expertos, quienes ofrecen sus opiniones sobre un asunto en particular, pues no es usual que los testigos reiteren su declaración durante la audiencia.

  En caso los testigos o expertos hayan redactado una declaración conjunta que contenga los asuntos en los que están de acuerdo y desacuerdo, es preferible que los testigos o expertos sólo presenten sus posiciones que sustenten los asuntos en desacuerdo. Sería reiterativo que los testigos o expertos presenten sus posiciones que sustenten los asuntos en los que haya acuerdo.

  Las Notas Explicativas[17] recomiendan varias opciones para esta etapa inicial. Es posible, por ejemplo, que el tribunal arbitral ordene que los testigos o expertos presenten sus posiciones de forma separada o conjunta, presenten sus posiciones sobre los asuntos en desacuerdo de forma separada y presenten sus posiciones sobre los asuntos en desacuerdo de forma conjunta. El diseño de los careos depende del gusto de las partes y la decisión del tribunal arbitral.

  c. Las declaraciones sobre los asuntos en desacuerdo. Tras presentar sus posiciones, los testigos o expertos serán interrogados por el tribunal arbitral sobre los asuntos en los que están en desacuerdo, donde explicarán las razones por las que se encuentran en desacuerdo. Esto no impide que los tribunales arbitrales efectúen cualquier otra pregunta que estimen conveniente.

  En este hito, el tribunal arbitral le dará a cada testigo o experto la oportunidad de poder refutar o contradecir inmediatamente la declaración del otro testigo o experto. Incluso, como expusimos antes, es posible que los testigos o expertos dialoguen entre sí con la finalidad de exponer sus puntos de desacuerdo. La posición del tribunal arbitral es vital para garantizar que el diálogo y las refutaciones directas entre los testigos o expertos se lleven a cabo de forma ordenada.

  d. Interrogatorios de los abogados. Luego del careo, los abogados tendrán la oportunidad de interrogar a los testigos o ex-

16 Notas Explicativas de las Directrices, numeral A0.1, página 28.

17 Notas Explicativas de las Directrices, numeral A4.2, página 29.

pertos, sea bajo el método clásico de interrogatorio cruzado o el que estimen conveniente. En este punto, los litigantes podrán incluso formular preguntas a los testigos y expertos de la otra parte, dándole a su testigo o experto la oportunidad de poder responder esa pregunta. Si bien el método interrogatorio podría ser el cruzado, todos los testigos o expertos tendrán la oportunidad de responder conjuntamente las preguntas elaboradas por los litigantes.

- Opción B – Careo dirigido por los testigos o expertos.

  Este careo es particular, pues los testigos o expertos dirigen la discusión del careo. Si bien el tribunal arbitral intervendrá para mantener el orden en el careo, la agenda de asuntos a discutir será propuesta por los propios peritos o expertos. La organización recomendada por las Directrices en este tipo careo es principalmente:

  a. El secuestro de los testigos o expertos. El razonamiento es similar a la opción A, por lo que es recomendable que se dé el secuestro de testigos o expertos si es que se llevan a cabo varios careos con asuntos en discusión vinculados.

  b. Las declaraciones sobre los asuntos en desacuerdo. Luego de exponer sus posiciones, en caso lo hayan optado, los testigos o expertos deberán exponer los asuntos en los que estén en desacuerdo y las razones que sustentan sus posiciones. A diferencia de la opción A, en este careo los asuntos en discusión son propuestos y dirigidos por los propios peritos o expertos. La finalidad es que se genere un diálogo entre los peritos y expertos y discutan, frente al tribunal arbitral y los litigantes, los asuntos cruciales del arbitraje.

  Si bien el careo es dirigido por los propios testigos o expertos, el tribunal arbitral deberá "monitorear el progreso del careo para asegurar que todos los testigos o expertos tengan la oportunidad de presentar sus posiciones y explicar por qué no se debe aceptar la evidencia de los otros testigos o expertos"[18]. El tribunal arbitral mantendrá su facultad discrecional de dirigir el proceso arbitral de forma equitativa entre las partes.

  c. Interrogatorio del tribunal arbitral y los litigantes. Tras el careo, el tribunal arbitral y los litigantes tendrán la oportunidad de realizar las preguntas que estimen convenientes a los testigos o expertos. Así como en la opción A, los litigantes tendrán la oportunidad de interrogar a los testigos o expertos, sea bajo el método clásico de interrogatorio cruzado o el que estimen conveniente.

- Opción C – Careo dirigido por los litigantes.

  Este careo es el más parecido al clásico interrogatorio cruzado, pues los litigantes dirigen y controlan las discusiones del careo y realizan preguntas a los testigos o expertos. No obstante, a diferencia del aspecto individual del interrogatorio cruzado, en este careo las preguntas realizadas por los litigantes pueden ser respondidas por cualquier testigo o experto. La organización recomendada por las Directrices en este tipo careo es principalmente:

  a. El secuestro de los testigos o expertos. El razonamiento es similar a las opciones anteriores, por lo que es recomendable que se dé el secuestro de testigos o expertos si es que se llevan a cabo varios careos con asuntos en discusión vinculados.

  b. Interrogatorio de los litigantes. Luego de exponer sus posiciones, en caso lo hayan optado, los litigantes podrán interrogar a los testigos o expertos. Asimismo, como señalan las Notas Explicativas[19], los litigantes podrán invitar al resto de testigos y expertos a responder cualquier pregunta realizada durante el interrogatorio. Este mecanismo permitirá que, así como en el resto de los careos, se genere un diálogo entre los testigos y expertos, y que haya una confrontación directa e inmediata sobre las afirmaciones realizadas. De igual forma, el tribunal arbitral podrá realizar las preguntas que estime convenientes.

V. Conclusiones

El careo es una herramienta eficaz para tratar de llegar a la verdad de los hechos. Implica confrontar directamente y de modo conjunto a los testigos o expertos de un mismo asunto, determinar de una manera más rápida los asuntos en los que están de acuerdo, realizar un interrogatorio cruzado únicamente en los asuntos en los que están en desacuerdo y, en algunos casos, poder reducir los costos y tiempo de las audiencias.

Esta práctica, si bien ha tenido cierto desarrollo e impacto en los arbitrajes internacionales, tiene aún poca presencia en los arbitrajes domésticos pe-

18 Notas Explicativas de las Directrices, numeral B4.4, página 34.

19 Notas Explicativas de las Directrices, numeral C5, página 36.

ruanos. Por ello, la iniciativa del CIARB de publicar y recopilar las principales prácticas arbitrales para la organización del careo de testigos y expertos, resulta útil para poner en manos de los litigantes una herramienta adicional para el diseño de sus estrategias.

BIBLIOGRAFÍA

- Born, G. (2014) International Commercial Arbitration.2ª ed. The Netherlands: Kluwer Law International
- Emanuele, F. & Molfa, M. (2016). Evidence in International Arbitration: The Italian Perspective and Beyond. Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP London: Thomson Reuters
- Harbst, R. (2015) A Counsel's Guide to Examining and Preparing Witnesses in International Arbitration. The Netherlands: Kluwer Law International
- Hunter, M. (2007) Expert Conferencing and New Methods. En VAN DER BERG, Albert Jan. International Arbitration 2006: Back to Basics? ICCA Congress Series, [Vol. 13]. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International
- Jenkins, J. (2013) International Construction Arbitration Law. 2ª ed. London: Kluwer Law International
- Levy, L. & Reed, L. (2007) Managing Fact Evidence in International Arbitration. En VAN DEN BARG, Albert. International Arbitration 2006: Back to Basics? ICCA Congress Series [Vol. 13] Kluwer Law International
- McIlwrath, M. & Savage, J. (2010) International Arbitration and Mediation: A Practical Guide. The Netherlands: Kluwer Law International
- Ulmer N. (2010) The Cost Conundrum. [Vol. 26] Arbitration International
- Waincymer, J. (2012) Procedure and Evidence in International Arbitration. Kluwer Law International

Art. 08

La Garantía de Cumplimiento como requisito indispensable para la Suspensión de los Efectos del Laudo Arbitral Materia de Anulación

Julissa Yamani

Art. 08



LA GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO COMO REQUISITO INDISPENSABLE PARA LA SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DEL LAUDO ARBITRAL QUE ES MATERIA DE RECURSO DE ANULACIÓN.

JULISSA YAMANI FERNÁNDEZ

Asociada Senior del área de Litigios y Controversias del Estudio Muñiz. Abogada de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y egresada de la Maestría de Derecho Procesal de la Universidad San Martín de Porres.

La autora agradece a Martín José Magni, asistente del área de Litigios y Controversias del Estudio Muñiz, por su valiosa colaboración en la preparación de este artículo.

Sumario

I. Introducción II. El recurso de anulación del laudo III. La garantía de cumplimiento IV. El carácter imperativo de las normas procesales V. Conclusiones VI. Bibliografía.

Palabras clave

Anulación del Laudo, Convenio arbitral, Garantía de cumplimiento, Ejecutividad del laudo, Suspensión de efectos.

I. Introducción

Tanto a nivel nacional como internacional, el arbitraje se considera actualmente como el método heterecompositivo de solución de conflictos intersubjetivos por excelencia.

Desde la introducción de su regulación al Perú en el año 1996, el arbitraje ha presentado un desarrollo impresionante. Antes de ello casi no existían arbitrajes y, los pocos que habían, mostraban muy poco conocimiento de su funcionamiento.

Hoy en día son miles los arbitrajes que existen en el país y ello se debe a la flexibilidad y dinamismo de sus reglas, que en general son fijadas por las propias partes; lo que se presenta como una ventaja innegable frente a la rigidez de las normas del proceso civil clásico.

No obstante, el arbitraje no se encuentra desvinculado totalmente de la jurisdicción ordinaria, puesto que, esta es precisamente la que ejerce el control de la validez y eficacia de sus decisiones, a través del recurso de anulación.

Al respecto, son muchas las opiniones a favor y en contra de la existencia de dicho control, las que podrán ser materia de un posterior trabajo; sin embargo, en el presente artículo, desarrollaremos un tema que ha sido tratado con particular desconocimiento en nuestro medio, que es la garantía de cumplimiento del laudo arbitral que es materia de recurso de anulación.

La mayoría de autores nacionales, manifestando una peculiar idolatría al principio de autonomía de las partes —regla general en el proceso arbitral— afirman que absolutamente todas las normas contenidas en el Decreto Legislativo N° 1071 (Decreto Legislativo que norma el Arbitraje), son sustituibles por la voluntad de las partes del convenio arbitral, lo cual incluiría también las disposiciones que este cuerpo legal contempla respecto al recurso de anulación.

Así, muchos autores han señalado que es perfectamente posible que se pueda pactar la suspensión de los efectos del laudo que es objeto de un recurso de anulación sin el ofrecimiento de la garantía de cumplimiento que exige el artículo 63° del Decreto Legislativo N° 1071. Son muy pocas las opiniones —como la del catedrático Enrique Palacios (2015)[1]— que se pronuncian contra de ello.

Es esta controversia la que constituye el tema del presente trabajo. Nuestra posición respecto de ella es que las partes no pueden prescindir del ofrecimiento de la garantía, que es exigi-

1 Al respecto, revisar el siguiente texto: PALACIOS PAREJA, Enrique. La Garantía de Cumplimiento del Laudo Impugnado. Su razón de ser. En: Panorama Actual del Arbitraje 2015. Lima, ECB Ediciones, 2015, p. 501-513.

da por ley para que sea concedida la suspensión de los efectos del laudo sometido a revisión mediante anulación. Lo contrario implicaría una serie de consecuencias que no son tolerables jurídicamente y que, precisamente, no han sido advertidas por los autores que afirman que es posible prescindir de dicha garantía.

II. El recurso de anulación del laudo:

La anulación es un recurso extraordinario a través del cual las partes de un proceso arbitral ya concluido pueden solicitar que se prive al laudo de sus efectos, con el objeto de resguardar su derecho al debido proceso.

Dicho recurso no tiene una naturaleza impugnatoria, puesto que mediante él no se busca revisar el contenido del laudo en cuanto al fondo de lo resuelto por los árbitros, sino controlar que se haya dado cumplimiento a determinados requisitos que la legislación considera indispensables para la buena administración de justicia (Caivano, 2000, p. 88). A decir de Marianella Ledesma (2014), "el recurso de anulación tiene un contenido limitado y va dirigido a velar por la pureza del procedimiento, pero nunca a revisar el fondo del asunto ni la decisión que sobre el mismo los árbitros hayan podido adoptar" (p.177).

Al respecto, es claro el artículo 61° del Decreto Legislativo N° 1071 al señalar que "está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral". Tal como se puede apreciar, dicha norma proscribe expresamente el uso de la anulación como un recurso impugnatorio.

Ello en razón que, si la partes han querido excluir precisamente a los órganos jurisdiccionales para la resolución de sus controversias, no tiene sentido que la decisión emitida por un órgano arbitral (árbitro único o tribunal arbitral) sea sometido a revisión de aquellos. Por eso, la intervención del Poder Judicial a través de la anulación, "sólo aparece justificada para garantizar el cumplimiento de unas garantías mínimas, precisamente las que tratan de salvaguardar los motivos por los que pueden interponerse" (Ledesma, 2014, p. 178).

El objeto del recurso de anulación es la revisión de la validez del laudo dictado y procede ante la configuración de las causales establecidas en el artículo 63° del Decreto Legislativo N° 1071, que son las siguientes:

> **"a. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.**
>
> **b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.**
>
> **c. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este decreto legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este decreto legislativo.**
>
> **d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.**
>
> **e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.**
>
> **f. Que, según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional.**
>
> **g. Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral".**

Sobre el particular, debemos precisar que las mencionadas causales no son los únicos supuestos por los cuales procede el recurso de anulación de laudo. De la lectura de la Duodécima Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 1071, podemos observar que, a efecto de interponer una acción de garantía constitucional con motivo de la lesión de derechos fundamentales que pueda darse en un proceso arbitral, "el recurso de anulación del laudo es una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo".

Así, dicha disposición complementaria establece una lista abierta o "numerus apertus" para los supuestos en los que puede interponerse un recurso de anulación, que procederá siempre —además de los casos contemplados en el artículo 63° del Decreto Legislativo N° 1071— ante cualquier situación en la que se genere una afectación a los derechos fundamentales dentro del trámite de un arbitraje o con la emisión de un laudo[2]. Evidentemente, las afectaciones a las que se refiere

2 En igual sentido, opina el autor Samuel Abad Yupanqui para quien la duodécima disposición complementaria "dispone que siempre debe agotarse el recurso de anulación como paso previo para acudir al proceso de amparo" (ABAD, Samuel. 2011, p. 138).

dicho artículo son aquellas referidas al debido proceso y los derechos comprendidos en este.

III. La garantía de cumplimiento

Conforme lo dispone el artículo 66°, inciso 1 del Decreto Legislativo N° 1071, el laudo arbitral reviste carácter ejecutivo solo por el hecho de haber sido emitido, siendo que dicha condición no se verá afectada porque pueda ser sometido a revisión mediante un recurso de anulación[3]. En tal sentido, "la ejecutividad del laudo opera por la simple existencia de este, en la medida en que el contenido del laudo esté referido a prestaciones de condena" (Ledesma, 2014, p. 312).

Sin embargo, la ejecución del laudo puede ser suspendida en el marco de un recurso de anulación, siempre y cuando se cumpla con dos requisitos: (i) que sea solicitada por la parte que interpone el recurso y (ii) que se cumpla con entregar una garantía para salvaguardar la ejecución del laudo. De ninguna manera, la sala superior a cargo de la revisión del recurso de anulación, podrá disponer de oficio la suspensión de la ejecución del laudo.

En cuanto a la garantía, el artículo 66° del Decreto Legislativo N° 1071 señala que podrá ser aquella que acuerden las partes o la que establezca el reglamento arbitral al que se sometieron para llevar a cabo el arbitraje cuyo laudo es objeto del recurso de anulación. De no ser así, la sala superior requerirá al solicitante que constituya en favor de la otra parte una fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática, con una vigencia no menor a seis (6) meses renovables durante todo el tiempo que dure el trámite del recurso.

Cabe precisar que la garantía de fiel cumplimiento no constituye una prestación sustitutoria de aquella ordenada en el laudo para el caso en el que se desestime el recurso de anulación, sino que se trata de una caución por los daños que genera la demora en la ejecución del laudo a causa de ser suspendido con motivo del trámite de dicho recurso[4].

3 Al respecto, lo dispuesto por el artículo 66°, inciso 1, del D.L. N° 1071 presenta una contradicción con lo señalado por el artículo 688°, inciso 2, del Código Procesal Civil, que indica que constituyen título ejecutivo los laudos arbitrales "firmes", con lo cual se entendería que aquellos laudos que son objeto de un recurso de anulación no tendrían tal condición. Sin embargo, se debe tener en consideración que la Décima Disposición Complementaria del D.L. N° 1071 indica que las disposiciones contenidas en este texto normativo prevalecen sobre las normas procesales del Código Procesal Civil, por lo cual siempre será de aplicación preferente la primera norma señalada.

IV. El carácter imperativo de las normas procesales

Las normas imperativas pueden ser definidas como aquellas normas que necesariamente deben ser cumplidas, sin que exista posibilidad de actuar en contra de lo que disponen[5]. Es decir, son de ineludible cumplimiento para los sujetos, quienes se ven forzados a adecuar necesariamente su conducta a ellas.

En efecto, este tipo de normas se caracteriza porque ordenan el cumplimiento de una conducta o prohíben alguna de manera obligatoria. Así, las disposiciones normativas de carácter imperativo:

"En forma alguna pueden estar sujetas a la voluntad de las partes, por lo que no les es permitido abstenerse de su cumplimiento. Tampoco deben modificar una situación con el fin de obtener un beneficio, porque tal fin o el beneficio logrados por este medio serán siempre ilícitos" (Mansilla y Mejía, 2010, p. 107).

A decir de Juan Espinoza (2002), las normas imperativas "no admiten sustitución por parte de la voluntad de los particulares" (p. 303); esto es, no dejan espacio alguno para la autonomía privada en el aspecto o supuesto que regulan.

Sobre el particular, las normas que regulan las actuaciones procesales y las formalidades que las revisten son, en principio, de carácter imperativo. Ello en razón que, en el ámbito jurisdiccional, rige el principio de legalidad de las formalidades procesales, inicialmente desarrollado por Piero Calamandrei (1986), quien señalaba que:

"[…] las actividades que conducen al pronunciamiento de la providencia jurisdiccional no pueden ser realizadas en el modo y en el orden que a juicio discrecional de los interesados puede parecer más apropiada al caso singular, sino que deben, para poder tener eficacia jurídica, ser realizadas en el modo y con el orden que la ley (esto es, el derecho procesal) ha establecido de una vez para siempre. También las actividades de que se compone el

4 En este punto, nos encontramos de acuerdo con la postura de Enrique Palacios, quien critica la opinión de algunos autores que optan por otorgarle a la garantía de cumplimiento la naturaleza de una prestación sustitutoria. En efecto, la garantía únicamente tendría dicha condición si la parte favorecida por el laudo pudiera elegir entre ésta y la prestación ordenada en aquel. Pero no es así, pues de declararse infundado el recurso de anulación, la parte vencedora recibirá la garantía, sin perjuicio de ejecutar las prestaciones que le han sido reconocidas a su favor en el laudo (PALACIOS, 2015, pp. 501-513).

5 (RUBIO, 2009. p. 99.)

proceso, por ser de aquellas que están realizadas por hombres, están guiadas por el pensamiento; pero los modos con los cuales este pensamiento debe exteriormente manifestarse para ser jurídicamente operativo, las condiciones de lugar y de tiempo de estas manifestaciones, no son libres sino que están dictadas por la ley, la cual regula, además, el orden según el cual deben seguirse estas actividades y precisa, por consiguiente, anticipadamente una especie de paradigma sobre programas del proceso tipo, que permite prever en abstracto cómo debe desarrollarse un proceso para ser jurídicamente regular" (p. 321).

De acuerdo con Oswaldo Gozaini (2009), dicho principio establece que "es el legislador quien dispone los ritos y solemnidades que deben cumplirse en las actuaciones procesales" (p.248); es decir, que los requisitos a los que se hayan sujetos los actos procesales se encuentran predeterminados por ley, por lo que las partes de un proceso se verán impedidos de convenir libremente sobre aquellos, salvo que exista norma dispositiva que disponga lo contrario.

En tal sentido, las normas que establecen dichos requisitos, así como el deber de los órganos jurisdiccionales de verificar su cumplimiento, tendrán carácter imperativo.

En nuestro ordenamiento jurídico, podemos encontrar consagrado el principio de legalidad de las formas procesales en el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil[6], que señala expresamente que las normas que rigen el proceso civil tienen carácter imperativo al igual que las formalidades que revisten los actos procesales contemplados en él, que son de obligatorio cumplimiento.

De igual manera, podemos encontrarlo en el Decreto Legislativo N° 1071, cuya décima disposición complementaria[7] establece que las disposiciones contenidas en este cuerpo legal que se encuentran referidas a actuaciones judiciales, prevalecen sobre las normas del Código Procesal Civil. Tal es el caso del recurso de anulación de laudo, que se encuentra regulado en su integridad en los artículos 62° al 66° del Decreto Legislativo N° 1071.

La garantía de cumplimiento como condición necesaria para la suspensión de los efectos del laudo materia de anulación.

6 "Artículo IX.- Principios de Vinculación y de Formalidad
Las normas procesales contenidas en este Código son de carácter imperativo, salvo regulación permisiva en contrario.
Las formalidades previstas en este Código son imperativas. [...]".
7 "Décima.- Prevalencia.
Las disposiciones procesales de esta norma respecto de cualquier actuación judicial prevalecen sobre las normas del Código Procesal Civil".

Habiendo desarrollado los conceptos preliminares que nos permitirán responder la cuestión que es objeto del presente artículo, pasaremos a desarrollar nuestra posición al respecto.

En primer lugar, hemos determinado que las normas procesales son en principio, normas de derecho público y, por ende, imperativas, siendo que esta condición viene corroborada por lo dispuesto en el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil para el caso de los procesos civiles y, en la Décima Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 1071, para los procesos arbitrales, salvo disposición expresa en contrario.

En segundo lugar, hemos señalado que la normas que regulan las actuaciones de los órganos jurisdiccionales cuentan precisamente con dicho carácter, por lo que son de imperativo cumplimiento.

Teniendo en cuenta ello, procedamos a analizar el artículo 66° del Decreto Legislativo N° 1071, que regula la garantía de cumplimiento. El inciso 1 de esta norma señala que la interposición del recurso de anulación de laudo no suspende su ejecución, salvo que la parte recurrente lo solicite y ofrezca una garantía con el objeto de salvaguardarla.

Para tal efecto, dicho dispositivo normativo señala que "al examinar la admisión del recurso, la Corte Superior verificará el cumplimiento del requisito y, de ser el caso, concederá su suspensión". Claramente, se regula una actuación de la sala superior a cargo de la revisión del laudo, la cual, para conceder la suspensión de los efectos del laudo a la parte que pretende su anulación, debe verificar si ha cumplido con presentar la garantía correspondiente. De no ser así, el laudo conservará su carácter ejecutivo.

Nos encontramos entonces ante una norma procesal imperativa, pues impone un deber al órgano jurisdiccional que conoce el recurso de anulación, el cual consiste en revisar si la parte que solicita la suspensión del laudo ha cumplido con ofrecer la garantía de cumplimiento correspondiente.

Por tanto, las partes que suscriben un convenio arbitral no podrán pactar que la sola interposición del recurso de anulación traiga como correlato la suspensión de los efectos del laudo cuestionado, aun cuando no se ofrezca garantía de cumplimiento. De lo contrario, estarían pretendiendo regular la actuación de un órgano jurisdiccional —que se encuentra legalmente obligado a conceder la suspensión de los efectos de un laudo solo si se ha otorgado la garantía para ello— y contraviniendo una norma de orden público.

Al respecto, una objeción que podría realizarse a nuestra posición es que el artículo 34° del Decreto Legislativo N° 1071 establece que las partes de un convenio arbitral pueden fijar libremente las reglas procesales a las que se sujetará el órgano arbitral para re-

solver la controversia que sea sometida a su conocimiento, lo cual incluiría también las disposiciones que abarcan el trámite de la anulación del laudo que sea emitido.

Esa es la posición que defienden la mayoría de autores nacionales; sin embargo, se basa en una lectura errónea de la referida norma, pues ésta comprende únicamente a los actos de los órganos arbitrales, sobre los cuales las partes tienen amplia libertad para reglamentar su actuación; pero no a los órganos jurisdiccionales, cuya actuación viene regulada por normas de derecho público.

De igual manera, otro cuestionamiento que podría realizarse a nuestra postura es que el artículo 66°, inciso 1, del Decreto Legislativo N° 1071 reconoce a las partes la facultad de poder acordar cuál será la garantía de cumplimiento que ofrecerán para efecto de suspender la ejecución del laudo que pueda ser eventualmente sometido a un recurso de anulación.

En tal sentido, una lectura de la norma que otorgue prevalencia a la autonomía de las partes, podría interpretar que, así como se les reconoce amplia libertad para determinar la forma de la garantía, también les permitiría prescindir de esta, si fuera su voluntad. No obstante, vemos que la referida norma únicamente permite a las partes acordar el modo en que será ofrecida la garantía, pero no el que puedan pactar que la suspensión de los efectos del laudo pueda darse sin aquella.

Por tanto, en nuestra opinión, queda claro que no se puede pactar la suspensión de los efectos del laudo que es materia de anulación sin el otorgamiento de una garantía, toda vez que este requisito —al estar contemplado en una norma imperativa— constituye una condición necesaria para que opere dicha suspensión.

V. Conclusiones

A modo de conclusión, podemos señalar lo siguiente:

1. Como es de conocimiento general, las normas imperativas son aquellas cuyo contenido no puede ser sustituido en todo o parte por la voluntad de los particulares.

2. Las normas que regulan la actuación de los órganos jurisdiccionales son precisamente normas imperativas en virtud del principio de legalidad de las formas procesales.

3. Ese es el caso del artículo 66°, inciso 1, del Decreto Legislativo N° 1071 que establece que la sala superior —ante la cual se interpone el recurso de anulación— debe verificar el cumplimiento del requisito de la garantía de cumplimiento para disponer la suspensión de los efectos del laudo.

4. En tal sentido, el inciso 1 del artículo 66° del Decreto Legislativo N° 1071 contiene una norma imperativa contra la cual no pueden pactar las partes del convenio arbitral.

BIBLIOGRAFÍA

- Abad, S. (2011). Los alcances de la "Duodécima Disposición Complementaria" de la LA. Buscando una Interpretación conforme a la Constitución. En: Bullard, A. & Soto, C. (Coord.). Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje [Tomo II]. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje.
- Caivano, R.. (2000). Arbitraje. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc.
- Calamandrei, Piero. (1986). Instituciones de Derecho Procesal Civil. [Vol. I]. Buenos Aires: Ejea.
- Espinoza , Juan. (2002). El Orden Público y las Buenas Costumbres en la Experiencia Jurídica Nacional. En: Ius et Veritas, Revista de la Asociación Ius et Veritas,N° 24.
- Gozaíni , O. (2009) El Principio de Legalidad de las Formas. En: Derecho & Sociedad.Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 32.
- Ledesma, M. (2014). Jurisdicción y Arbitraje. 3ª ed. Lima:Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ledesma, M. Óp. Cit., p. 178.
- Mansilla & Mejía, M. (2011) Fraude a la Ley: Fraus Legis Facta. En: RevistaCultura Jurídica.Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Palacios, E. (2015). La Garantía de Cumplimiento del Laudo Impugnado. Su razón de ser. En: Panorama Actual del Arbitraje 2015. Lima:ECB Ediciones.

Art. 09

Entrevista a Fernando Cantuarias Salaverry

Fernando Cantuarias

Art. 09



ENTREVISTA A FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY

FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY

Catedrático de la Universidad del Pacífico. Ex decano de las Facultades de derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y de la Universidad del Pacífico.

Sumario

1. Comenzando por la naturaleza misma con la que estaba pensada el arbitraje, como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos... 2. A diez años de la promulgación de la Ley de Arbitraje, ¿considera que la condición actual de arbitraje en nuestro país podría mejorarse? ¿En qué aspectos podría ser perfectible? 3. ¿Cómo ve la evolución de esta problemática en las prácticas de arbitraje que menciona? 4. ¿Cree usted que una vía sería la capacitación de los árbitros, es decir, poner requisitos obligatorios? 5. ¿Considera que este tema se ha visto problematizado con el último pronunciamiento de Tribunal Constitucional que reconoce carácter jurisdiccional al arbitraje? 6. ¿Podría considerarse contradictorio inclusive que la misma Ley de Arbitraje reconoce la posibilidad de que uno renuncie a que el laudo esté motivado, con lo que ha reconocido el Tribunal Constitucional? 7. ¿Judicialización del arbitraje? 8. ¿Considera que esto influye en el aumento de recursos de anulación del laudo? 9. ¿Segunda instancia en la práctica? 10. ¿Cree que una alternativa a esto sea la renuncia al planteamiento de recurso de anulación posterior al laudo? 11. Para terminar, usted ha sido decano de dos facultades de Derecho, una de nuestra casa de estudios y ahora de la Universidad del Pacífico, ¿cree que también este tema de capacitación, de conocimiento más profundo del arbitraje, debe comenzar por un nuevo enfoque en las facultades de derecho? 12. ¿Cuál cree usted que es la tarea esencial para nuestra generación?

Palabras clave

Arbitraje, Ley de Arbitraje, buenas prácticas, arbitraje internacional, motivación, Poder Judicial.

Entrevista realizada por Paulo César Castañeda Montalván, alumno de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y ex Director General de Corpus Iuris.

1. Comenzando por la naturaleza misma con la que estaba pensada el arbitraje, como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos...

Y es eso precisamente: una alternativa del fuero judicial en todas las partes del mundo, en la China y en Marte. No quiere decir que sea menos o más, simplemente es una opción o alternativa.

2. A diez años de la promulgación de la Ley de Arbitraje, ¿cómo considera que la condición actual de arbitraje en nuestro país podría mejorarse?

La Ley Peruana de Arbitraje, desde el año 1996 no inventa la pólvora, no somos creadores maravillosos. Seguimos una ley modelo que es la Ley CNUDMI que la usan de referencia países muy civilizados, como, por ejemplo, Alemania. Para ubicarnos, no es que hayamos inventado una ley, como bastantes que se crean en este país (la mayoría inútiles por cierto). Seguimos una ley modelo que recoge las mejores prácticas del arbitraje.

La ley cuenta con un marco legal idóneo, y eso viene del año 1996. En el año 2008 lo que innovamos fue en volverla monista. La anterior norma era dualista, es decir, dos leyes de arbitraje: una nacional y otra internacional. Ahora es una ley única. Nos pareció que era lo correcto y creo que no nos hemos equivocado en eso. No se debe regular la figura de convenio arbitral de manera diferente, convenio arbitral es, valga la redundancia, convenio arbitral y punto, sea nacional o internacional.

El problema no es la ley, el problema está en que nuestra cultura arbitral es desastrosa. En el Perú no arbitramos, hacemos juicios. ¿Dónde dice la Ley de Arbitraje del año 1996 que se tiene que admitir una demanda? ¿La de 2008? En más de veinte años, no hay ninguna norma, solo lo dice el cerebro de los que se dicen árbitros, porque son abogados.

Ese es uno de los principales problemas. Yo soy abogado, pero jamás te asesoraría sobre un tema tributario, no me atrevería, pero aquí, todo vale. Entonces, ¿qué hacemos aquí en el Perú? No hacemos arbitraje, hacemos juicios por árbitros, y por eso nuestra práctica es un desastre completo.

El problema reside en que con la Ley de Arbitraje, todo el mundo dijo que esto va a ser un gran negocio, pero no invierten en aprender. Consideran que son abogados, ergo, son árbitros. Entonces, como no se especializan, tienes arbitrajes que duran toda una eternidad. Terminan con ciento veinte resoluciones, con elementos inauditos como "traslado", o "téngase presente". Todas las taras judiciales trasladadas al arbitraje. Un desconocimiento absoluto de los sistemas modernos

de pruebas arbitrales como las reglas de la IBA, por ejemplo. Deberíamos aprender lo bueno ¿no? Lamentablemente a muchos les gusta la mediocridad en el Perú.

Entonces, tenemos una Ley de Arbitraje moderna y una mediocridad absoluta en materia de lo que es la cultura de arbitraje. Esa es la realidad, entonces, ¿qué podemos mejorar? En muchísimo, en temas de arbitraje. Tenemos centros de arbitraje que son un desastre, una vergüenza, peor que un juicio vergonzante, donde han estandarizado todo. Todos los arbitrajes de algunos centros de arbitraje son idénticos.

El mundo entero dice "no, justo esa es una gran ventaja del arbitraje, que cada arbitraje específico es distinto". Estos centros de arbitraje, por el contrario, nos dicen "no, no, todos igualitos, como robots". Lo preocupante es que no lo hacen en el año 1997, donde todos éramos ignorantes del arbitraje, lo hace un par de años y le parece bien; y todo el mundo aplaude.

¡Qué pena! Eso no es arbitraje, eso es un juicio.

3. ¿Cómo ve la evolución de esta problemática en las prácticas de arbitraje que menciona?

Cada vez es peor, en lugar de ir aprendiendo de los demás, empeoramos. La práctica del arbitraje no tiene porqué ser diferente de otros países. Yo voy como árbitro a El Salvador, Guatemala; he estado como árbitro en países centroamericanos, en Panamá; y, arbitran modernamente.

Pero vengo a mi país y es un desastre con veinte años más de experiencia, sin embargo, nos jactamos, los "grandes árbitros" te dicen "yo soy un gran árbitro, tengo un montón de casos". No, tú tienes juicios. Has hecho un juicio, de árbitro no tiene nada.

4. ¿Cree usted que una vía sería la capacitación de los árbitros, es decir, poner requisitos obligatorios?

Ese es el peor remedio. Entra la ley a jugar y todo se pierde, porque el gran problema con los legisladores en el Perú es que buscamos la estandarización para abajo. Tenemos que aprender, tenemos que fomentar, la gente joven tiene que fomentar esto; porque ya mi generación somos muchos tercos, no cuesta entender, y por eso somos incapaces.

Y ahí viene las cuestiones ¿Por qué el Perú nos es sede internacional de arbitraje? Porque tienes una ley linda, sin embargo, cuentas con una cultura horrorosa y eso el mundo lo sabe. Esa es la gran apuesta que yo encuentro con las generaciones jóvenes, que sean capaces de decirle a mi generación "oigan, ni con una ley moderna han sabido hacer las cosas".

Hay mucho espacio, por supuesto; regulatorio, ninguno. Aspectos que no justifican pasar por el Congreso. Esto porque luego desvirtúan la Ley. Donde hay bastante por desarrollar son en las buenas prácticas del arbitraje.

5. ¿Considera que este tema se ha visto problematizado con el pronunciamiento de Tribunal Constitucional que reconoce carácter jurisdiccional al arbitraje?

Es otra barbaridad. Les voy a contar mi experiencia, cuando yo estudié por primera vez el arbitraje lo hice en la universidad de Yale donde hice mi maestría, lo llevé en el segundo semestre, era el año 1990. Yo recuerdo que, en una de las primeras clases del curso con un gran catedrático, comencé a hablar de la naturaleza jurídica del arbitraje y mi profesor me detuvo "en seco", y me dijo:

- "Mire señor Cantuarias, ¿Usted de Sudamérica no?"

- Sí, le digo;

- Me dice: "Claro, allá todo tiene que tener naturaleza como si fuesen árboles, no me hable de naturalezas, eso no existe señor. Déjeme decirle que hace 30 años que eso está agotado. El arbitraje no es una jurisdicción, obviamente, no somos jueces. Tiene efectos jurisdiccionales que es diferente".

Y es obvio, si la ley no te va a reconocer el efecto jurisdiccional del laudo y te va a decir la cosa juzgada, entonces hablemos de futbol. El hecho que la ley te de efectos jurisdiccionales, (obviamente para que esto funcione) no significa que sea una jurisdicción.

Lo lamentable en el Perú, es que el Tribunal Constitucional leyó la Constitución que ubica al arbitraje dentro de jurisdicciones, y dijo "¡ah! será pues". ¡No!, ¡para eso es el intérprete! Entonces, claro, ¿en Estados Unidos?, ¿en Europa?, ¿Canadá?, países lejanos de ser "cavernícolas" en el tema que nos aborda, ¿no defienden el debido proceso?, ¿el derecho de defensa como nosotros?

En esos países no está la palabra jurisdicción en ninguna parte, sin embargo, se arbitra en cantidades industriales ¿Qué me está diciendo esto? Que este entendimiento de la norma constitucional es un exceso.

¿Qué cosa dice el derecho comparado sobre la institución arbitral? Que es la misma en todas partes del mundo: esencialmente contractual y con efectos jurisdiccionales. Pero todo nace de un contrato, todo se guía por la autonomía de voluntad de las partes, esa es su naturaleza en todas las partes del mundo. Desde luego, salvo en países como el Perú donde tenemos estas cosas increíbles, donde sin un análisis profundo y sin conocimiento alguno, pero sí con una soberbia, decidimos naturalezas de instituciones

abordabas en todo el mundo.

Porque esta institución no es que nació en el Perú y solo se quedó en el Perú, ¿no es cierto? Está institución la copiamos de otros países, ¿y cómo se regula en Francia? La misma institución, ¿cómo se regula en Estados Unidos?, ¿en Canadá?, ¿en Alemania?, ¿en Suiza?, en países desarrollados, ¿cómo la entienden? Uno debería tratar de seguir esas corrientes porque obviamente ellos saben más sobre el tema que nosotros.

Uno lee el fallo constitucional y dice: ¡Dios santo! Esa visión endogámica de nuestros sistemas judiciales peruanos, incapaces de mirar afuera, de aprender de otros. Como si eso fuese dañoso, como si fuese incorrecto. Así no podemos desarrollarnos. Si no aprendemos de otros, si no buscamos las mejores prácticas en todo, no solamente en el arbitraje; estamos condenados al fracaso o a la mediocridad, que finalmente son lo mismo.

6. ¿Podría considerarse contradictorio inclusive que la misma Ley de Arbitraje reconoce la posibilidad de que uno renuncie a que el laudo esté motivado, con lo que ha reconocido el Tribunal Constitucional?

Correcto, es que nuevamente le quitan la naturaleza privada. Es más, el Tribunal Constitucional te dice con un total desparpajo, en el precedente Cantuarias - que pena que ese precedente lleve mi nombre- que el arbitraje existe no por la voluntad de las partes sino porque la Ley lo otorga.

Lee el precedente Cantuarias, es alucinante. O sea, no existe porque el Tribunal Constitucional, el llamado a interpretar la constitución, te dice que hay un espacio de libertad, de ser humano, aquí, en Marte y en Júpiter y el arbitraje se nutre de eso, ¡no! Te dice: "Dame gracias que la ley te lo reconozca". En castellano, mañana también te lo puede quitar, porque no es tuyo. Es salvaje ¿Cómo podemos avanzar así?

7. ¿Judicialización del arbitraje?

¿Cómo no? Si el Tribunal Constitucional te dice que es una jurisdicción. Nos dice que básicamente somos iguales sede judicial y arbitral. Esto, porque de la manera más curiosa, el Tribunal Constitucional nos dice que estos fueros no son iguales, pero no te dice en qué son distintos y nunca lo ha hecho.

Entonces no es capaz de decir: "Bueno, son jurisdicciones según yo, pero son diferentes, por estas razones". Sería bueno al menos eso, pero ni siquiera. No dice en qué somos diferentes, y de ahí que muchos jueces del Poder Judicial analicen recursos de anulación con una visión procesal judicial.

8. ¿Considera que esto influye en el aumento de recursos de anulación del laudo?

Cuando tú tienes un sistema, no la ley, sino que tienes un sistema judicial desastroso como el de Perú pasan estas cosas. No existe jurisdicción alguna y léeme, no existe jurisdicción alguna en el mundo que tenga el barbarismo que tiene el Perú en materia de lo que viene a ser recurso de anulación por esta famosa motivación.

A nivel internacional uno puede encontrar uno o dos casos de anulación por año en algún lugar recóndito del mundo por motivación, pero en el Perú es un deporte.

9. ¿Segunda instancia en la práctica?

Exactamente, donde los jueces pueden hacer lo que le da la gana. Nos dicen en una resolución que la motivación es A y en otra te dicen que la motivación es B, en otra te dicen que es X y en otra te dicen que es Z, con un desparpajo increíble.

Puedes tener estándares de motivación para todos los gustos y colores. El Poder Judicial de este país tiene trescientos casos de anulación por motivación al año o más y no es capaz de decirte: "Este es el estándar, así te voy a juzgar".

¿Como se llama eso en países civilizados? ¿Discrecionalidad o arbitrariedad? Eso no puede ser discrecionalidad, eso es absoluta arbitrariedad de un Poder Judicial donde todo vale, como es el peruano.

10. ¿Cree que una alternativa a esto sea la renuncia al planteamiento de recurso de anulación posterior al laudo?

A ver, yo tengo mis reservas sobre eso; primero, históricas, para quien conoce y segundo, mínimas.

Ya ha habido una historia de renuncia por ley, una ley hace muchos años. Bélgica, un país en el centro de Europa occidental, dijo: "Oye, yo quiero, yo tengo que buscar ventajas comparativas, tengo a Francia a un costado, Suiza al otro costado, Alemania al otro costado, Holanda al otro costado, ¡Dios mío! ¿Cómo ofrezco un servicio de arbitraje que se diferencie?".

Promulgó una ley que decía: "No cabe recurso de anulación contra el laudo." ¿Qué sucedió en la realidad? (No la anécdota, no lo que yo opino): Nadie, ni siquiera el Rey fue a arbitrar a Bélgica, y años después tuvo que retroceder.

La realidad (no la opinión) es que las partes no aceptan un arbitraje donde no se establezcan garantías mínimas, esa fue la realidad, por eso es que nadie ha vuelto a dar ese paso. Entonces, ¿por qué no lo hicimos en el Perú? Porque la experiencia nos dice que no. Lo que se tiene que hacer es garantizar mínimamente a los justiciables que va

a haber una solución sobre el fondo que debe ser rápida, pero donde no se van a violar tus derechos mínimos y esos están contenidos en el recurso de anulación bien entendido.

Nuevamente, el juez peruano ha encontrado el gran negocio de su vida en la motivación, porque nadie lo para. O sea, tú ves la motivación en el resto de los países del mundo, la causal de motivación. Tú vas a cualquier lado del mundo que analizan esto y te dicen: "Sí, acá esta la motivación, pero ¿Cuál es su estándar?"

Basta que alguien te diga la hipótesis y cómo llego a la conclusión ¿No te gusta? Aguántalo. Los jueces no son instancia de apelación. Aquí no, aquí te dicen: "Me parece que no han analizado todas las pruebas".

¿Quién eres para decir que no se han analizado todas las pruebas? Si no eres instancia de apelación, la ley te dice que no puedes hacerlo. Pero acá, como en el Perú la impunidad es la regla han encontrado que nadie los para, entonces han encontrado la gran beta, es alucinante este país.

El único país donde la motivación es el mecanismo para que los jueces hagan lo que le da la gana y destrocen el sistema arbitral, es el Perú. Ese no es un problema de leyes.

11. Para terminar, usted ha sido decano de dos facultades de Derecho, una de nuestra casa de estudios y ahora de la Universidad del Pacífico, ¿cree que también este tema de capacitación, de conocimiento más profundo del arbitraje, debe comenzar por un nuevo enfoque en las facultades de derecho?

Creo que el arbitraje es una institución que, ojalá no me equivoque, se va a quedar en el Perú les guste a los jueces o no les guste, porque es útil, es una gran herramienta, sobre todo para los privados.

Entonces, ese es un espacio de trabajo honesto y legítimo que cualquier abogado que quiera hacerlo merece conocerlo, entonces me parece bien que se enseñe en las universidades porque es útil. De ahí viene la vida, a mí me enseñaron (de las pocas cosas que aprendí, porque yo soy una persona muy lenta) que hay que aprender cada día. Siempre hay algo nuevo, siempre hay alguien mejor que tú, y ese alguien nos puede enseñar cosas, permanentemente tienes que aprender, así me educaron.

Esto significa que los jóvenes deben tener la oportunidad de estudiar arbitraje en su carrera, yo creo que sí y que luego tienen que seguir aprendiendo toda su vida y no ser contemplativos como es mi generación. ¿Quién les va a enseñar? Yo ya tengo canas. Yo podré tener mil defectos, pero hasta el día que me llamen de arriba o de abajo, no sé de dónde me llamarán, yo seguiré aprendiendo. Me parece maravilloso que pueda decir: "He aprendido algo nuevo hoy", sobre todo en un país como este donde todo está por hacerse, entonces te digo, hay mucho por hacer, muchísimo. Ya no mi generación, ya les toca a ustedes.

12. ¿Cuál cree usted que es la tarea esencial para nuestra generación?

No ser contemplativo, siempre buscar ser mejores, siempre buscar la excelencia, que se traduce en aprender constantemente. Si buscas ser excelente siempre vas a buscar aprender. El día que digas "ya no, ya soy el mejor" se acabó. Ahí murió todo y ese es gran parte del problema de este país, uno se gana los galones sin guerras.

Los que tienen galones de general, no van a aprender porque están ahí por juegos fáciles, debajo de la mesa, le sacaron la vuelta al sistema, donde no vas subiendo de cargo conforme se lo va ganando.

Ustedes tienen ese privilegio y al mismo tiempo algo que tienen que tener en consideración. Yo crecí en un país cerrado, hoy el Perú está abierto al mundo. Yo no puedo compararme localmente y ni que decir ustedes, que están conectados universalmente. No puedo compararme con las mejores prácticas, de aquí y no por creerme soberbio sino porque no pueden ser las cuatro paredes de la República del Perú, aprendí mucho de gente de aquí, pero me comparo con el resto del mundo porque son parte de mi mundo.

Yo quiero que ustedes hagan eso, si ustedes hacen eso el país va a salir adelante. Si no serán otras décadas perdidas como las que tuve yo. El Perú no sale porque no tenemos gente capaz que nos hagan salir y eso no solo en el sentido del arbitraje. Las buenas prácticas, como te comentaba al principio, son eso, buenas prácticas, universales, para quien quiera aprender.

El arbitraje no es una ciencia, es una herramienta, que, si la sabes usar va a generar bien y si no la sabes usar vas a matar a alguien, simple. Entonces tienes que saber usar, encontrarle los secretos, sacarle el jugo o si no usarla para un bien específico. Esa herramienta tiene un montón de estas cuchillas suizas que abres y cada vez aparecen más cosas y dices: "hay tantas cosas para aprender". Esa es la vida.

Pero aquí en el Perú no es así, aquí somos contemplativos absolutamente y aquí la gente se gana sus galones de expertos y de juristas con una facilidad alucinante y una vez que te dicen jurista, ya para qué pues, soy general. Pero "general" usted va a matar a alguien si lleva a su ejército a la batalla con esos conocimientos, "no importa" responden. Lo mismo pasa en el arbitraje.

Art. 10

Entrevista a Giovanni Francezco Priori Posada

Giovanni Priori

Art. 10



ENTREVISTA A GIOVANNI FRANCEZCO PRIORI POSADA

GIOVANNI FRANCEZCO PRIORI POSADA

Profesor principal del Departamento de Derecho de la PUCP, Director de la Maestría en Derecho Procesal, Director del Centro de Formación Jurídica y miembro del Consejo de la Facultad de Derecho. Es profesor invitado en la Maestría en Derecho Procesal de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil y en la Maestría en Derecho Público de la Universidad de Piura. Socio de Miranda & Amado desde el 2018. Magíster por la Università degli Studi di Roma "Tor Vergata". Es árbitro de la Cámara de Comercio de Lima, del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de AMCHAM – PERÚ.

Sumario

1. El pasado 2018 se cumplieron 10 años de la promulgación de la ley peruana de arbitraje. ¿Cuáles cree que han sido los efectos positivos y negativos? 2. ¿Cuál es su opinión respecto al carácter jurisdiccional del arbitraje y con él, la aplicación de los principios y garantías procesales contenidas en el artículo 139° de la Constitución? 3. En ese sentido, ¿cree que debería haber una adaptación más rigurosa en la Constitución mediante la cual se añada las garantías correspondientes al fuero arbitral? 4. Una de las bondades del proceso arbitral es la flexibilidad en las decisiones procedimentales de los árbitros. Usted ha sostenido en oportunidades que la rigurosidad del proceso judicial muchas veces vulnera el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de las partes. Dicho esto, ¿en qué circunstancia considera que sucede una mayor desprotección de derechos fundamentales? ¿En la flexibilidad del proceso arbitral que a veces se predispone a la laxación de las actuaciones de las partes o en la rigurosidad del proceso judicial? 5. Recientemente, las investigaciones fiscales han llegado también a fueros arbitrales, en los cuales se cuestiona la motivación de los laudos. En su opinión, ¿es compatible con la naturaleza del arbitraje los cuestionamientos a la motivación de un laudo?

Palabras clave

Arbitraje nacional, anulación de laudos, Poder Judicial, motivación de laudos arbitrales, Ley Peruana de Arbitraje.

Entrevista realizada por Paulo César Castañeda Montalván, alumno de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y asociado de Corpus Iuris.

1. El pasado 2018 se cumplieron 10 años de la promulgación de la ley peruana de arbitraje. ¿Cuáles cree que han sido los efectos positivos y negativos?

Creo que para ver el desarrollo del arbitraje en el Perú se hace preciso tener una mirada un poco mayor que la de los últimos 10 años. Es importante recordar que ya en el año 1993, la Constitución da un marco bastante favorable al arbitraje; y lo hace en dos artículos que son bastante importantes.

En primer lugar, en el artículo 62°, que establece (al mismo tiempo que se reconoce la libertad de contratar) la posibilidad que tienen las partes de resolver los conflictos derivados del contrato en la vía arbitral. Asimismo, el artículo 63° reconoce de manera expresa la posibilidad de que el estado someta a arbitraje las controversias que surjan entre los particulares y el Estado mismo. Considero que es muy importante mirar la historia del arbitraje en el Perú, que no comienza con la Constitución de 1993, es mucho más antigua. Sin embargo, creo que un hito muy importante. Este reconocimiento constitucional a nivel de los derechos fundamentales en el artículo 62° y a nivel de posibilidad de ir a arbitraje con el estado en el artículo 63°.

Luego, la constitución cierra este reconocimiento con lo previsto en el artículo 139°, inciso 1, cuando expresamente señala que el arbitraje es una jurisdicción más. Y es importante porque ya el Tribunal Constitucional ha dicho que el hecho que se reconozca al arbitraje como una jurisdicción más supone darle arbitraje todas las inmunidades propias del ejercicio de la función jurisdiccional entre los cuales está, por ejemplo, la no intervención o la no intromisión en el ejercicio de la función arbitral.

Creo que es muy importante para estudiar el desarrollo del arbitraje en el Perú partir de este hito importante que es la constitución del 1993 luego de la cual se han dado una serie de leyes, cada una de las cuales refuerza el arbitraje al menos en el ámbito de lo privado, hasta la última ley, que considero que es una ley modélica, una ley sobre una adecuada regulación del arbitraje entre privados.

2. ¿Cuál es su opinión respecto al carácter jurisdiccional del arbitraje y con él, la aplicación de los principios y garantías procesales contenidas en el artículo 139° de la Constitución?

Nadie duda que lo más característico en el arbitraje es su fuente en la autonomía privada y la posibilidad que tienen las partes de regular el procedimiento para que el arbitraje pueda llevarse a cabo.

Si bien es cierto existe un conjunto de

derechos fundamentales que se deben respetar, en arbitraje, muchos están previstos en el artículo 139ª de la Constitución. No considero que todo el artículo 139ª de la constitución se apliquen de manera automática al arbitraje. Es claro que las garantías que están previstas en el artículo 139ª están pensadas para un fuero de jurisdicción estatal, pero algo más, lo que además supone una perspectiva histórica de las garantías constitucionales del proceso.

Las garantías constitucionales del proceso históricamente se anuncian o se enuncian para el proceso penal y luego del proceso penal se expande a los demás procesos; entonces cuando uno revisa el artículo 139ª verá que muchas de las garantías ahí previstas están pensadas, incluso escritas para el proceso penal, por lo cual, eso nos debe poner una advertencia de poder trasladar automáticamente todas las garantías incluso al proceso civil y con mayor razón al arbitraje.

3. En ese sentido, ¿cree que debería haber una adaptación más rigurosa en la Constitución mediante la cual se añada las garantías correspondientes al fuero arbitral?

No considero que la constitución deba indicar qué garantías se aplican al arbitraje eso sería exagerado. Queda como labor del intérprete hacerlo, pero del propio enunciado de las propias garantías del artículo 139ª se puede apreciar que no todas pueden regir al arbitraje e incluso al proceso civil.

4. Una de las bondades del proceso arbitral es la flexibilidad en las decisiones procedimentales de los árbitros. Usted ha sostenido en oportunidades que la rigurosidad del proceso judicial muchas veces vulnera el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de las partes. Dicho esto, ¿en qué circunstancia considera que sucede una mayor desprotección de derechos fundamentales? ¿En la flexibilidad del proceso arbitral que a veces se predispone a la laxación de las actuaciones de las partes o en la rigurosidad del proceso judicial?

Yo creo que es un error pensar que el proceso judicial debe ser riguroso, es decir, la dicotomía que siempre se hace respecto a un proceso judicial riguroso y a un proceso arbitral no tan riguroso por decirlo de alguna manera, nos debe llevar a pensar qué estamos entendiendo por proceso judicial riguroso.

Si estamos entendiendo por proceso judicial riguroso que las reglas procesales, sus formalidades y sus procedimientos se deben cumplir a rajatabla, así como expresamente lo dice la ley y con poca razonabilidad en su aplicación; entonces estamos cometiendo un grave error de partida. Eso no es un proceso judicial, eso una caricatura del proceso judicial y se encuentra justificada por una concepción tradicional del proceso y por, en gran medida, el modo de actuar de los jueces y abogados.

Sin embargo, a mi juicio, el proceso judicial no es ese procedimiento riguroso, sino el conjunto de garantías constitucionales que tienen que ser respetadas para poder emitir un fallo que proteja una decisión, que se pronuncie sobre la protección de los derechos. Entonces, las reglas son modos de proceder, modos como el legislador entiende que los derechos fundamentales se realizan, pero, si la garantía no se realiza por la regla prevista por el legislador, el juez está autorizado constitucionalmente para inaplicarla.

En esta línea de concepción del proceso se admiten que las partes puedan pactar sobre las reglas del procedimiento, por lo cual, la flexibilidad es una característica que debe tener el proceso en el modo contemporáneo como se le concibe. La flexibilidad no significa solamente que el juez pueda adecuar las reglas del procedimiento frente a la satisfacción de las garantías procesales de las partes, sino flexibilidad también en el sentido que las propias partes pueden pactar sobre las reglas de procedimiento.

Esto puede constatarse en la propuesta de modificación del Código Procesal Civil donde claramente se establece la posibilidad que las partes hagan convenciones procesales, pactos sobre las reglas de procedimiento. Entonces, dicho así, esta dicotomía entre un proceso judicial riguroso y un proceso arbitral flexible me parece que es incorrecta, porque ni el proceso judicial debe ser riguroso, ni el proceso arbitral debe ser excesivamente flexible.

Considero que el desarrollo de ambas disciplinas debe estar un poco más cerca, obviamente sin ser iguales. Claramente son cosas absolutamente diferentes y está bien que sean diferentes, con muchos aspectos en común pero también con muchos aspectos diferentes. Esta dicotomía parte de un error de concepción, que el proceso judicial debe ser riguroso.

5. Recientemente, las investigaciones fiscales han llegado también a fueros arbitrales, en los cuales se cuestiona la motivación de los laudos. En su opinión, ¿es compatible con la naturaleza del arbitraje los cuestionamientos a la motivación de un laudo?

La primera pregunta que tendríamos que hacernos es, ¿cuáles son los al-

cances del derecho a la debida motivación en sede arbitral? En mi opinión, es correcta la opción que adopta la ley de arbitraje peruana, en el sentido que permiten que las partes puedan pactar que un laudo no sea motivado.

Obviamente, debemos excluir al Estado, ya que considero que el Estado no puede pactar que un laudo no sea motivado. Sin embargo, en el ámbito de los derechos privados que es naturalmente el escenario del arbitraje, las partes tienen toda la posibilidad de decidir y querer que el laudo no esté motivado. Frente a un laudo no motivado la posibilidad de control de la motivación no está.

Si las partes no quieren que se controle la motivación, se podría pactar un laudo no motivado. En ese sentido, si las partes pueden pactar que el laudo no esté motivado, a partir de ahí pueden hacer cualquier otro tipo de pactos respecto a la motivación.

Por ejemplo, que se motiven solo los hechos, o, solo el derecho y no los hechos. Insisto, siempre en aspectos no vinculados al estado. Pero, si las partes, pudiendo, no dicen absolutamente nada sobre la motivación; entonces es claro que están manifestando su voluntad de querer un laudo motivado. Y si quieren un laudo motivado la motivación es de una sola forma, sea que estemos en sede judicial o en sede arbitral, los estándares son exactamente lo mismo ya que estamos hablando de derecho privado, no estamos hablando de derecho penal.

Es así como el estándar de motivación en un proceso judicial donde se discute respecto de derechos disponibles es a mi juicio, el mismo estándar de motivación de un proceso arbitral donde se discute respecto a derechos disponibles, en el cual, las partes no han pactado algo diferente. Si las partes quisieran una forma distinta, entonces pactarán una cosa diferente, pero, si no lo han hecho ese es el único estándar de motivación que existe.

6. Se ha visto un aumento considerable del uso del recurso del recurso de anulación de los laudos en las salas comerciales en los últimos años, pareciendo un poco más a una segunda instancia que a un recurso de anulación

El control no tiene nada que ver con la segunda instancia. Yo estoy hablando de los parámetros normales del control de la motivación. De ninguna manera el control de la motivación autorizada que el Poder Judicial sustituya a los árbitros en la competencia que tienen para resolver sobre el fondo de la motivación implica controlar si las partes no quieren que el fuero judicial sea capaz de controlar a los árbitros en su motivación podrían pactar que no se motive el laudo.

Pero si no han dicho "no quiero que se motive", estando dentro de la posibilidad de las partes porque se ajusta al convenio que han tenido que se controle la motivación del laudo, pero no quiere decir que el Poder Judicial actuó como segunda instancia.

En esa línea, si el Poder Judicial, vía control de motivación, quiere convertirse en segunda instancia está excediendo la función de control de la motivación que tiene. De ninguna manera el control de la motivación significado que el Poder Judicial se convierte en una segunda instancia.

7. En su experiencia, ¿considera que los estándares de motivación de laudos arbitrales exigidos por las salas comerciales son adecuados?

Tendríamos que primero hacernos una pregunta y es: ¿todos los laudos arbitrales que leemos están realmente cumpliendo con los estándares de motivación?

Siempre nos preocupamos de lo que el Poder Judicial hace, pero nunca nos preocupamos de lo que los árbitros hacen. Realmente cuando nosotros leemos un laudo, ¿estamos ante un laudo que nosotros podemos considerar que las partes querían cuando pactaron el convenio arbitral? Vemos laudos que no valoraron todas las pruebas, vemos laudos contradictorios, vemos laudos que no justifican en las pruebas sus decisiones, vemos laudos que no se pronuncian sobre aspectos relevantes de la controversia, vemos laudos hechos apresuradamente, vemos laudos con citas en Wikipedia.

También tenemos un problema con la abundancia del arbitraje del Perú gracias a la obligatoriedad que impone la ley de contrataciones con el estado. Esto hace que no podamos decir que todos nuestros laudos están bien motivados. Entonces, lo que se esconde detrás de un laudo no motivado, es una decisión arbitraria y salvo que las partes hayan pactado que no quieren motivación las decisiones deben estar adecuadamente justificadas.

Una vez que nos preguntemos cuál es la calidad de la motivación del promedio de los laudos del Perú podemos consultar si está bien utilizado el estándar que está utilizando el Poder Judicial al momento de controlar los laudos. No niego que en algunos casos el Poder Judicial se haya excedido en el control, como tampoco niego que haya laudos que están muy mal motivados. En ese sentido, tenemos que encontrar un punto medio, que, a mi juicio, implica que nos pongamos de acuerdo en, y esto le corresponde a la academia, establecer cuáles son los criterios para poder entender que una decisión judicial o arbitral está debidamente motivada.

Corpus Iuris

Edición IX
2020