

REVISTA

ARBITRAJE PUCP

Año 6 N° 7, Mayo 2017



CENTRO DE
ANÁLISIS Y
RESOLUCIÓN
DE CONFLICTOS



100 años
PUCP

La Revista de Arbitraje PUCP tiene una periodicidad anual, y es editada para el Congreso Internacional de Arbitraje organizado por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Esta revista es elaborada con el apoyo conjunto de árbitros, abogados que ejercen la defensa legal en casos de arbitraje, secretarios arbitrales y docentes expertos en la materia.

Su objetivo es publicar textos originales, revisiones de literatura y reseñas bibliográficas, traducciones, estudios críticos, información sobre eventos de importancia para el arbitraje y su desarrollo institucional, así como notas sobre temas de interés ético profesional para quienes participan directa o indirectamente de arbitrajes.

Los puntos de vista expresados en los contenidos de la Revista de Arbitraje PUCP, son de responsabilidad de sus autores, y no reflejan necesariamente la opinión del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos PUCP.

Arbitraje PUCP

Año 6 N°7, Mayo 2017

Director Editorial

Silvia Rodríguez Vásquez

Pontificia Universidad Católica del Perú

Comité Editorial

Marlene Anchante Rullé – Pontificia Universidad Católica del Perú

Silvia Rodríguez Vásquez – Pontificia Universidad Católica del Perú

Daniel Vega Espinoza – Pontificia Universidad Católica del Perú

Revista Editada por

Centro de Análisis y Resolución de Conflictos

Pontificia Universidad Católica del Perú

Av. Canaval y Moreyra 7514, 1er piso-Urb Corpac-San Isidro

Teléfonos: 6267421-6267415

Producción Gráfica

Omar Albornóz Celada

INDICE

Algunas Reflexiones sobre la Ejecución y Pago de Laudos Arbitrales en Contratación Estatal	9
Pierina Mariela Guerinoni Romero	
El Recurso de Anulación y el Requisito de Admisibilidad en la Ley de Contrataciones	16
Gonzalo García Calderón	
La Extensión del Convenio Arbitral a partes no Signatarias en Europa: ¿Un enfoque uniforme?	22
Eduardo Silva Romero y Luis Miguel Velarde Saffer	
La Incorporación del Árbitro de Emergencia en nuestro Ordenamiento	35
Daniel Christian Vega Espinoza	
Los Tiempos han cambiado: El papel de los expertos en casos de Arbitraje	42
Paul Battrick	
¿Puede anularse un laudo por defecto de motivación?	44
Ricardo León Pastor	
Tendencias comunes en Arbitraje Internacional en América Latina	52
Christian Albanesi	

EDITORIAL

La presente edición de la Revista de Arbitraje PUCP incorpora siete artículos de notable interés. El primero, de autoría de la abogada Mariela Guerinoni, formula algunas reflexiones sobre la ejecución y pago de laudos arbitrales en contratación estatal. Se ocupa de este tema como consecuencia de las últimas modificaciones a la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento por el Decreto Legislativo N° 1341 y el Decreto Supremo N° 056-2017-EF.

En segundo lugar, se presenta un artículo que se ocupa del recurso de anulación y el requisito de admisibilidad en la ley de contrataciones, elaborado por Gonzalo García Calderón quien es abogado, árbitro y docente universitario.

El tercer artículo tiene una autoría conjunta, a cargo de Eduardo Silva Romero y Luis Miguel Velarde Saffer, quienes se ocupan del tema “La extensión del convenio arbitral a partes no signatarias en Europa: ¿un enfoque uniforme?”.

Además, Daniel Christian Vega Espinoza abogado y secretario arbitral de la Unidad de Arbitraje PUCP, desarrolla el tema de la incorporación del árbitro de emergencia en nuestro ordenamiento.

Por su parte, Ricardo León Pastor Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú y docente universitario responde la pregunta ¿Puede anularse un laudo por defecto de motivación?. Mientras que, Paul Battrick se ocupa del tema “Los tiempos han cambiado: el papel de los expertos en casos de arbitraje”. Y finalmente, se presenta una traducción del inglés al español de un artículo de autoría de Christian Albanesi, que reflexiona acerca de las tendencias comunes en arbitraje internacional en América Latina.

Marlene Anchante Rullé

Directora

Centro de Análisis y Resolución de Conflictos
Pontificia Universidad Católica del Perú

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA EJECUCIÓN Y PAGO DE LAUDOS ARBITRALES EN CONTRATACIÓN ESTATAL

Como consecuencia de las últimas Modificaciones Introducidas a la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento por el Decreto Legislativo N° 1341 y el Decreto Supremo N° 056-2017-EF

Pierina Mariela Guerinoni Romero (*)- mguerinoni@pucp.pe

Resumen:

El artículo plantea un análisis respecto de las modificaciones a la Ley de Contrataciones con el Estado y sus consecuencias respecto de la ejecución del laudo, donde la autora asegura que se ha perdido una oportunidad de plantear plazos estado para el cumplimiento de un laudo cuando éste pueda darse sin necesidad de apoyo de la fuerza pública como por ejemplo respecto al pago de una obligación. Esto, en la medida que es necesaria una utilidad práctica de esta modificación pues de otra manera se estaría impidiendo que los contratistas alcancen una tutela jurisdiccional efectiva en los arbitrajes con el Estado.

Palabras clave:

Laudo, ejecución de laudo, contrataciones con el estado, ley de contrataciones con el Estado, Tutela jurisdiccional efectiva

1. Introducción

Si bien a lo largo del tiempo ha sido una constante que en la normativa sobre contratación estatal se produzcan

modificaciones a la Ley y su Reglamento, sin duda a partir del año 2012 estos cambios han sido mucho más frecuentes.

Así tenemos las modificaciones introducidas en el año 2012 a la normativa sobre contratación estatal por la Ley N° 29873 y por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF. Dos años después, en el año 2014, se publicó la Ley N° 30225 y en diciembre de 2015 el Decreto Supremo N° 350-2015-EF, ambos vigentes a partir del 09 de enero del año 2016, que derogan al Decreto Legislativo N° 1017 y a su Reglamento.

Posteriormente, prácticamente al año de vigencia de la Ley N° 30225 se publicó el Decreto Legislativo N° 1341, que modifica cuarenta y uno de los sesenta y dos artículos que contiene la Ley de Contrataciones del Estado, incorporando un artículo nuevo. Asimismo, el 19 de marzo del presente año se publicaron las modificaciones al Reglamento, modificándose ciento sesenta y tres de los doscientos cincuenta y tres artículos que contiene e incorporando once nuevos artículos.¹

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Arbitro y docente de formación continua del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos PUCP. Experta en resolución de conflictos, contrataciones del Estado y gestión de contingencias legales. Ex Directora de Arbitraje Administrativo del OSCE. Conciliadora Extrajudicial. Egresada de la Maestría Derecho Internacional Económico–PUCP y en Derecho Procesal y Solución de Conflictos –UPC.

¹ Las modificaciones a la Ley y al Reglamento entrarán en vigencia el 02 de abril de 2017 de conformidad con lo dispuesto en la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1341 y son aplicables a los procesos de selección que se convoquen a partir de esa fecha, de conformidad con la única Disposición Final Transitoria del Decreto Legislativo.

Ciertamente, preocupa el hecho que no se tenga una visión de largo plazo sobre lo que se debe o se quiere hacer con las contrataciones públicas. Prácticamente todos los gobiernos de turno, si no son todos, introducen modificaciones, parciales o totales, a la normativa generando inseguridad jurídica y especialmente confusión entre los diversos operadores de este mercado. Sin lugar a dudas, uno de los aspectos que han sufrido estoicamente mayores modificaciones desde el año 2012, algunas positivas y otras negativas, es el sistema de solución de controversias en la etapa de ejecución contractual.

Recordemos cuando en el año 2012, entre otras modificaciones, se estableció un procedimiento administrativo sancionador contra los árbitros; se introdujo una causal “propia” de anulación de laudo arbitral; se condicionó la validez del laudo a su registro en el SEACE; y el reclamo del pago, obligación esencial por excelencia de las Entidades, estuvo sometido a un plazo de caducidad de quince días. Estas modificaciones negativas fueron eliminadas por los cambios realizados en el año 2015.²

Además de lo antes mencionado, que fueron cambios positivos en su gran mayoría, con las modificaciones del año 2015 se incluyó, entre otras, a la Junta de Resolución de Disputas como mecanismo alternativo de solución de controversias para resolver o solucionar controversias, especialmente de carácter técnico, en los contratos de obra; se estableció expresamente que las excepciones u objeciones en el arbitraje cuya estimación impida entrar al fondo del asunto se deben resolver, necesariamente, al finalizar la etapa postulatoria y antes de la determinación de los puntos controvertidos; se empoderó a la conciliación como medio alternativo de

solución de controversias; se estableció quien es el responsable, por parte de la Entidad, para designar a los árbitros; se estableció, como regla general, la competencia del árbitro para resolver las controversias derivadas del mismo contrato; y, se amplió el plazo especial de caducidad de quince a treinta días.

Las últimas modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo N° 1341 y el Decreto Supremo N° 056-2017-EF, también traen novedades como, por ejemplo: se permite el arbitraje ad hoc sólo por excepción; se empodera aún más la conciliación; se elimina la posibilidad de que quede sin efecto automáticamente la solicitud arbitral de no presentarse la solicitud de designación de árbitro en el plazo; se obliga a que el contratista presente carta fianza por el 25% de lo ordenado a pagar en el laudo o por el 3% del monto del contrato para interponer recurso de anulación de laudo ante el Poder Judicial; se amplía a tres años la obligación del árbitro único o del presidente del tribunal arbitral de custodiar el expediente arbitral luego de concluido el proceso; se restringe el Registro Nacional de Árbitros para arbitrajes ad hoc; se elimina el registro nacional de secretarios arbitrales; y, se establecen requisitos para que las Entidades puedan interponer recurso de anulación de laudo arbitral.

Sin embargo, la novedad que en lo personal más me ha llamado la atención de las novísimas modificaciones a la normativa, es la relacionada con la ejecución y pago del laudo arbitral, cuando en el laudo se ordena a la Entidad a pagar sumas de dinero a favor del Contratista, tema sobre el cual tratará este artículo.

2. Ejecución de Laudos Arbitrales

² Que han generado costos de transacción negativos, especialmente en perjuicio de los Contratistas. Cabe aclarar que, respecto al registro del laudo en el SEACE, con las modificaciones no se condiciona su validez sino su eficacia.

Muchos defendemos al arbitraje, en mi caso desde el año 1982, como el medio alternativo, de naturaleza jurisdiccional, más eficaz e idóneo para solucionar controversias sobre cuestiones de libre disposición de las partes. El arbitraje tiene múltiples ventajas, ventajas que son palpables e indiscutibles hasta el momento que toca ejecutar el laudo y hacerlo eficaz.

En efecto, luego de haber acudido a la jurisdicción, y sin duda el arbitraje es jurisdicción, lo que pretende obtener la parte ganadora del arbitraje es tutela jurisdiccional efectiva, siendo una de las aristas de este derecho fundamental la ejecución de lo decidido o resuelto, que no es otra cosa que el cumplimiento material de la decisión y la obtención en la realidad y en los hechos, lo más pronto posible, de lo declarado y concedido en el laudo.

En un mundo ideal e imaginario, la parte que ha obtenido en su contra un laudo de condena, especialmente que lo obligue al pago de una suma de dinero, debería honrar su obligación voluntariamente y sin mayor trámite. En los arbitrajes entre privados, es posible encontrar con mayor frecuencia que las partes ejecuten voluntariamente el laudo; sin embargo, cuando una de las partes es el Estado y es la parte vencida en el arbitraje, la ejecución voluntaria suele ser excepcional y un camino tortuoso y decepcionante para el Contratista.

Hasta la dación del Decreto Legislativo N° 1341, la normativa de contratación estatal

ha guardado silencio sobre la ejecución de laudos arbitrales. Ha sido uno de los pocos temas en los que no se ha inmiscuido, siendo de aplicación, por tanto, las alternativas que contempla la Ley de Arbitraje aprobada por el Decreto Legislativo N° 1071, en adelante la LA, como son: i) la ejecución arbitral; y ii) la ejecución judicial.

Ejecución Arbitral

En general, se entiende concluida la misión del tribunal arbitral cuando expide el laudo y las resoluciones que resuelven las rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones que se hayan planteado frente al laudo.³

Así lo entiende la propia LA cuando en su artículo 60° numeral 1. establece: “Las actuaciones arbitrales terminarán y el tribunal arbitral cesará en sus funciones con el laudo por el que se resuelva definitivamente la controversia y, en su caso, con las rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones del laudo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 67.” Es decir, la regla general es que el encargo del tribunal arbitral concluye con el laudo o con la resolución que resuelva las rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones, salvo que proceda la ejecución arbitral.

La ejecución arbitral está prevista en el artículo 67° de la LA⁴, a la cual sólo se puede recurrir cuando las partes así lo hayan acordado expresamente o cuando el Reglamento de la institución arbitral, en el caso de arbitrajes institucionales, la haya previsto; caso contrario

³ Cabe indicar que la LA prevé otras maneras por las que concluyen las actuaciones arbitrales como son: i) cuando el demandante se desista de su demanda, a menos que el demandado se oponga a ello y el tribunal arbitral le reconozca un interés legítimo en obtener una solución definitiva de la controversia; ii) cuando las partes acuerden dar por terminadas las actuaciones; y, iii) cuando el tribunal arbitral compruebe que la continuación de las actuaciones resulta innecesaria o imposible.

⁴ Artículo 67.- Ejecución arbitral.

1. A solicitud de parte, el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones, siempre que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable.

2. Se exceptúa de lo dispuesto en el numeral anterior, el caso en el cual, a su sola discreción, el tribunal arbitral considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública. En este caso, cesará en sus funciones sin incurrir en responsabilidad y entregará a la parte interesada, a costo de ésta, copia de los actuados correspondientes para que recurra a la autoridad judicial competente a efectos de la ejecución.

se tendrá que recurrir a la ejecución judicial.

Algunos opinarán que la ejecución arbitral no es tan eficiente en la medida que los árbitros carecen de uno de los atributos de la jurisdicción como es la coertio, que constituye la posibilidad de recurrir a la fuerza pública para hacer cumplir sus decisiones, siendo, por tanto, una jurisdicción limitada. En efecto, esta atribución está reservada, sin excepción alguna, al Estado.

Es por esa razón, que la segunda parte del artículo 67° de la LA establece que en el caso que, a su sola discreción, el tribunal arbitral considera necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública, cesará en sus funciones sin incurrir en responsabilidad y entregará a la parte interesada en la ejecución copia de los actuados correspondientes para que recurra a la autoridad judicial competente a efectos de la ejecución, ello como parte del rol de colaboración con el arbitraje asignado al Poder Judicial en la LA para efectos de la **ejecución forzada**.⁵

Y es precisamente en este punto que me permito rescatar lo señalado por Alfredo Bullard González cuando señala: *“Pero ejecutar es mucho más que autorizar el uso de la fuerza pública. Muchos actos de ejecución no requieren el uso de la fuerza pública. Inscribir un embargo o una decisión en los registros públicos, organizar y llevar a cabo la*

venta de un bien, liquidar intereses, (...), son todos actos de un inmenso inventario, que pueden ser llevados a cabo por árbitros sin ningún problema, pues no hay que recurrir a la fuerza pública.” Asimismo, agrega; *“De hecho me atrevería a decir que, al menos en mi experiencia, las ejecuciones que requieren de coertio, entendido como uso de la fuerza pública, son más la excepción que la regla en los arbitrajes.”*⁶

Entonces, contrario a los que algunos pueden opinar sobre la falta de efectividad de la ejecución arbitral, ésta puede ser, y definitivamente lo es, una excelente alternativa para la ejecución de laudos arbitrales.

Ejecución Judicial

La ejecución judicial está regulada en el artículo 68° de la LA⁷, disposición que establece una serie de lineamientos que en teoría los jueces deberían cumplir pero que en la práctica no cumplen, aunado al hecho que cada juez tiene su propio criterio y que muchos magistrados desconocen los alcances de la LA, sin mencionar las gravísimas deficiencias propias del sistema judicial, conocidas por todos, como la lentitud extrema con la que avanzan los procesos y se proveen los escritos. Todos estos factores convierten a la ejecución judicial en una misión imposible.

A modo de ejemplo, casi en la mayoría de

⁵ Artículo 8° numeral 3. de la LA.

⁶ BULLARD GONZALEZ Alfredo, Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje, Primera Edición, enero 2011, Lima, pp. 748.

⁷ Artículo 68.- Ejecución judicial.

1. La parte interesada podrá solicitar la ejecución del laudo ante la autoridad judicial competente acompañando copia de éste y de sus rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones y, en su caso, de las actuaciones de ejecución efectuada por el tribunal arbitral.

2. La autoridad judicial, por el solo mérito de los documentos referidos en el numeral anterior, dictará mandato de ejecución para que la parte ejecutada cumpla con su obligación dentro de un plazo de cinco (5) días, bajo apercibimiento de ejecución forzada.

3. La parte ejecutada sólo podrá oponerse si acredita con documentos el cumplimiento de la obligación requerida o la suspensión de la ejecución conforme al artículo 66. La autoridad judicial dará traslado de la oposición a la otra parte por el plazo de cinco (5) días. Vencido este plazo, resolverá dentro de los cinco (5) días siguientes. La resolución que declara fundada la oposición es apelable con efecto suspensivo.

4. La autoridad judicial está prohibida, bajo responsabilidad, de admitir recursos que entorpezcan la ejecución del laudo.

los casos no se cumple lo ordenado en los numerales 1. y 2. del artículo 68° de la LA, que expresamente señalan que por el sólo mérito de la copia del laudo y de las resoluciones que resuelven sus rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones el juez debe dictar mandato de ejecución para que la parte ejecutada cumpla con su obligación dentro de un plazo de cinco (5) días, bajo apercibimiento de ejecución forzada. Esto no ocurre. A modo de ejemplo, muchas veces solicitan que, en tres días bajo apercibimiento de rechazar la demanda, el ejecutante adjunte el **original** de todo el expediente arbitral o que **acredite** que no se ha interpuesto recurso de anulación ignorando lo establecido en el artículo 66° numeral 1. y artículo 68° numeral 3 de la LA. También solicitan los **originales** de los recibos de honorarios de los miembros del tribunal y de la secretaría arbitral; éstos entre muchos otros documentos que en su gran mayoría son irrelevantes e innecesarios o imposible de cumplir.

De otra parte, ejecutar judicialmente un laudo arbitral contra el Estado, además, conlleva muchas veces que por “extensión” se apliquen restricciones presupuestarias que ordenan provisionar y fraccionar el pago en cinco ejercicios fiscales, así como respetar un orden de prelación para el pago, que además se prioriza por montos en función de la Unidad Impositiva Tributaria.⁸

Todas estas limitaciones conllevan a que la ejecución judicial del laudo sea, en general, extremadamente ineficiente y perjudicial para la parte vencedora de un arbitraje. Específicamente, en contratación pública, hace imposible que el Contratista pueda prever cuando obtendrá en los hechos el pago de su acreencia, situación que, según la magnitud de la deuda, lo puede conducir

inclusive a la quiebra.

3. Ejecución de Laudos Arbitrales en la Normativa de Contratación Estatal

Hemos señalado que la normativa de contratación estatal guarda silencio respecto sobre la manera de ejecutar los laudos, por lo que en esta materia aplica perfectamente tanto la ejecución arbitral como la ejecución judicial. Sin embargo, salvo en arbitrajes institucionales en cuyos reglamentos se haya previsto la ejecución arbitral, la regla común es que la ejecución sea judicial⁹.

En efecto, a pesar que tanto la normativa anterior como la actual prevé la posibilidad de establecer estipulaciones adicionales o modificatorias del convenio arbitral en la medida que no contravengan las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, y por tanto, era y es legalmente viable que la Entidad y el Contratista pacten en la cláusula de solución de controversias la ejecución arbitral al no estar prohibida por la normativa, esta posibilidad estaba prácticamente vetada considerando el modelo de cláusula de solución de controversias incluida en la proforma de contrato de las Bases Administrativas aprobadas por el OSCE que no incluye expresamente la ejecución arbitral. Las partes, especialmente por resistencia de la parte estatal de salir de los parámetros de la cláusula modelo, hace casi imposible que pacten la ejecución arbitral.

Con las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo N° 1341 y el Decreto Supremo N° 056-2017-EF el panorama podría cambiar, en razón a que el arbitraje ad hoc será excepcional adoptándose, como tipo de arbitraje en contratación estatal, al arbitraje institucional ante instituciones arbitrales

⁸ Artículo 70° de la Ley N° 28411 Ley del Sistema Nacional de Presupuesto y Ley N° 30137.

⁹ Al respecto, es menester traer a colación que, de acuerdo al Estudio de Laudos Arbitrales en Contratación Pública realizado por el Centro de Análisis y Solución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el 76,5% de los arbitrajes son ad hoc.

acreditadas por el OSCE.

Desde ese punto de vista, resulta imperativo que las instituciones arbitrales que aspiren a su acreditación ante el OSCE, incluyan en sus reglamentos la ejecución arbitral y así lograr mayor eficiencia y eficacia en la etapa más dura del arbitraje cual es la obtener la efectividad del laudo arbitral, esto es, que el laudo arbitral surta en la práctica sus efectos.¹⁰

Además, como así lo estipula y permite la Décimo Segunda Disposición Complementaria de la LA, las instituciones arbitrales acreditadas ante el OSCE deberán ser proactivas para lograr la celebración de convenios de cooperación con instituciones públicas (por ejemplo, SUNARP) y privadas (por ejemplo, Bancos) para facilitar la ejecución arbitral de los laudos.

Pero esto no es todo. Las novísimas modificaciones a la normativa nos traen una novedad muy interesante que esperamos sea viable y sobre todo cumplida en los hechos por parte del Estado.

El Decreto Legislativo N° 1341 en su artículo 45° numeral 45.13. establece: “Si como resultado de un proceso arbitral se reconoce algún monto a pagar al proveedor o contratista, el pago por parte de la Entidad debe efectuarse junto con la liquidación o conclusión del contrato.”

Esta disposición debe ser concordada con el artículo 149° numeral 149.4 del Decreto Supremo N° 056-2017-EF que establece: *“Conforme a lo establecido en el numeral 45.13 del artículo 45 de la Ley, el pago reconocido al proveedor o contratista como resultado de un proceso arbitral se realiza en la oportunidad que establezca el respectivo laudo y como máximo junto con la liquidación*

o conclusión del contrato, salvo que el proceso arbitral concluya con posterioridad.”

De esta forma, el Decreto Legislativo N° 1341 da un paso trascendental y positivo al establecer de manera imperativa la obligación de la Entidad de honrar los montos ordenados a pagar al Contratista en el laudo arbitral, conjuntamente con la liquidación (en el caso de contratos de obra) o conjuntamente con la conclusión del contrato.

El Decreto Supremo N° 056-2017-EF precisa que oportunidad del pago de los montos ordenados en el laudo arbitral (liquidación o conclusión del contrato) son plazos máximos, ya que se debe priorizar y hacer efectivo el pago en la oportunidad que establezca el laudo.

De cumplirse esta disposición, se facilitaría sobremanera la ejecución efectiva del laudo arbitral, lo que justifica aún más que la ejecución del laudo sea arbitral y no judicial, ya que “en principio” y “en teoría” no será necesario recurrir a la fuerza pública para que la Entidad honre su obligación, siendo suficiente que, en ejecución arbitral y sobre la base de estas disposiciones, el tribunal arbitral ordene el pago a la Entidad y, en caso de resistencia, ordene los embargos que correspondan.

La excepción se presenta cuando el proceso arbitral concluya luego de la culminación del contrato. En este caso, la ejecución del laudo es inminente debiéndose privilegiar igualmente la ejecución arbitral, ya que nada impide que los árbitros puedan ordenar embargos y luego hacerlos efectivos. Claro que, de requerir de la fuerza pública, el tribunal arbitral deberá actuar conforme lo ordena el artículo 67° numeral 2. de la LA.

¹⁰ Por ejemplo, el Centro de Análisis y Solución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú ha incluido en su Reglamento la ejecución arbitral, al igual que el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, tanto en su Reglamento anterior como en su novísimo Reglamento aplicable a partir del presente año.

El riesgo o debilidad que advierto en estas novísimas disposiciones, es que, finalmente, dependerá de la Entidad tanto honrar el pago que le ordenen los laudos arbitrales como concluir el contrato.

Se ha perdido una gran oportunidad de establecer, en las modificaciones al Reglamento, medidas para mitigar este riesgo estableciendo, por ejemplo, plazos perentorios para el cumplimiento del pago bajo responsabilidad administrativa del funcionario responsable de efectuarlo en caso de dilaciones o negativas. De otra manera, a pesar de ser una disposición muy positiva y bien intencionada con la cual se intenta recobrar la confianza de los privados para que participen en procesos de selección, se convertirá en letra muerta y no se habrá solucionado el vía crucis, que implica ejecutar un laudo en la vía judicial, y lo que es más grave, se privará al Contratista de obtener tutela jurisdiccional efectiva, impidiendo que obtenga en los hechos y en el menor tiempo posible, aquello que le corresponde por Derecho.

Una última reflexión: es necesario incluir la ejecución arbitral de manera expresa en la cláusula de solución de controversias de la proforma del Contrato de las Bases Administrativas cuando se trate de arbitrajes ad hoc. El Decreto Supremo N° 056-2017-EF ha establecido en el artículo 184° numeral 184.3. que las partes pueden recurrir al arbitraje ad hoc cuando el monto contractual original sea menor o igual a veinticinco (25) UIT¹¹ y sólo cuando se trata de contratos de bienes, servicios y consultoría en general, descartando los contratos de obra. Esta recomendación es muy importante de aplicar para no perjudicar al pequeño o micro empresario que contrate con el Estado y que requiere su capital de trabajo para continuar con sus actividades.

4. Conclusión Final

Definitivamente se debe promover la ejecución arbitral en lo arbitrajes bajo la normativa de contratación estatal, sean institucionales o ad hoc.

Asimismo, se deben establecer plazos perentorios y responsabilidades administrativas contra el funcionario responsable del pago de los laudos arbitrales para que realmente sea efectiva la disposición del artículo 45° numeral 45.13. de la Ley concordado con el artículo 149° numeral 149.4 del Reglamento.

¹¹ Que para el año 2017 equivale a la suma de S/. 101 250,00.

EL RECURSO DE ANULACION Y EL REQUISITO DE ADMISIBILIDAD EN LA LEY DE CONTRATACIONES

Gonzalo García Calderón Moreyra¹- ggc@estgarciacalderon.com.pe

Resumen:

En el presente artículo el autor analiza las implicancias del nuevo Decreto Legislativo 1341 que modifica la ley de Contrataciones del Estado en referencia a condicionar el Recurso de Anulación mediante una carta fianza solidaria en favor de la entidad. Dentro de las implicancias tenemos la discriminación que se generaría entre contratista y entidad, pues se estaría violando el Principio de Equidad, así como también siendo este recurso la única vía para cuestionar cualquier error formal, condicionarlo impediría que cualquier persona pueda recurrir al Derecho de la anulación y por ende el acceso a la justicia.

Palabras Claves:

Carta fianza, Recurso de anulación del Laudo, Debido proceso.

La Ley 26572 señalaba en el inciso 4 del artículo 72 respecto al recurso de anulación que era requisito para admitirlo por parte del poder judicial adjuntar “En su caso, el recibo de pago o comprobante de depósito en cualquier entidad bancaria, o fianza solidaria por la cantidad en favor de la parte vencedora, si se hubiera pactado en el convenio o dispuesto en el reglamento de la institución arbitral a la que las partes hubieran sometido la controversia,

...” Esta norma permitía la suspensión de la ejecución del laudo arbitral mientras se tramitaba el recurso de anulación¹.

La Comisión reformadora de la ley de arbitraje - que generó la base del futuro Decreto Legislativo 1071, ley vigente- estableció que el recurso de anulación no suspendía la ejecución del laudo, salvo que quien quiera lograr su paralización presentase una carta fianza; Es decir, no se condicionaba la presentación del recurso de anulación a la presentación de una garantía, sino que se condicionaba un momento diferente, el de la ejecución del laudo, y de esta manera, se permitía el derecho de defensa frente a cualquier abuso de una de las partes o de los árbitros en el desarrollo del procedimiento arbitral sin condicionar su derecho de revisión formal. En efecto, el inciso 1 del artículo 66 del Decreto Legislativo 1071 señala que “La interposición del recurso de anulación no suspende la obligación de cumplimiento de laudos ni su ejecución arbitral o judicial salvo cuando la parte que impugne el laudo solicite la suspensión y cumpla con el requisito de la garantía acordada por las partes o establecida en el reglamento arbitral”

En este mismo sentido se ha pronunciado

¹ Abogado y Máster en Derecho Internacional Económico por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Árbitro y Docente universitario. Experto en Derecho Comercial (Corporativo, Títulos Valores), Arbitraje Nacional e Internacional, Arbitrajes Mineros. Autor de diversos artículos especializados en materia arbitral. Ex vocal de la Corte Superior de Justicia de Lima.

el Tribunal Constitucional, al señalar que, el modelo del control a la jurisdicción arbitral, es mediante el recurso de anulación, la cual es la vía específica, igualmente satisfactoria que el amparo, para proteger derechos constitucionales que puedan ser conculcados durante el accionar arbitral.²

El Tribunal Constitucional en el caso 6167-2005 HC/TC- conocido como caso Cantuarias- señaló que la función jurisdiccional forma parte de ORDEN PUBLICO CONSTITUCIONAL habiendo complementado este tema en el caso 142-200 AA/TC conocido como el caso Maria Julia en donde preciso mediante precedentes vinculantes, que el recurso de anulación era la vía para resolver:

A) El recurso de anulación (...) constituyen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección de derechos constitucionales que determinan la improcedencia del amparo (...).

B) No procede el amparo para la protección de derechos constitucionales aun cuando estos constituyan parte del debido proceso o de la tutela procesal efectiva.

C) Es improcedente el amparo para cuestionar la falta de convenio arbitral. En tales casos la vía idónea que corresponde es el recurso de anulación de conformidad con el inciso 1 del artículo 63 del Decreto Legislativo 1071.

D) Cuando a pesar de haberse aceptado la jurisdicción arbitral, las materias sobre las que ha de decidirse tienen que ver con los derechos fundamentales de carácter indisponible o que

no se encuentran sujetas a posibilidad de negociación alguna, procederá el recurso de anulación (incisos e y f) siendo improcedente el amparo alegándose el mencionado motivo.

E) La interposición del amparo que desconozca las reglas de procedencia establecidas en esta sentencia no suspende ni interrumpe los plazos previstos para demandar en proceso ordinario el cuestionamiento del laudo arbitral via recurso de anulación.

F) Contra lo resuelto por el Poder Judicial en materia de impugnación de laudos arbitrales solo podrá interponerse proceso de amparo contra resoluciones judiciales conforme a las reglas del artículo 4 del Código Procesal Constitucional y su desarrollo jurisprudencial”.

Entonces, después de haber realizado este análisis legislativo y jurisprudencial debemos preguntarnos ¿Puede un derecho constitucional violentado sujetarse o condicionarse al pago de una fianza?

Todo esto viene a colación por la reciente norma publicada en el diario oficial El Peruano el 7 de enero de 2017 mediante el Decreto Legislativo 1341 que modifica la ley de Contrataciones del Estado y que en su artículo 45.8 establece de manera obligatoria que para la presentación de un recurso de anulación por parte del contratista este requiere de una carta fianza solidaria incondicionada y de realización automática en favor de la entidad, con una vigencia no menor a seis meses renovable por todo el tiempo que dure el trámite del recurso.

² En el mismo sentido, la Duodécima Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 1071, consigna lo siguiente: “Para efectos de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, se entiende que 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

Lo primero que salta a la vista es la manifiesta discriminación que se da entre el contratista y la entidad, violando el principio de equidad, ya que este requisito es exclusivo para el contratista y no para el Estado ni sus dependencias, a pesar que el Estado ya cuenta con una carta fianza de fiel cumplimiento del contrato, que no es otra cosa que el instrumento para garantizar la correcta ejecución del contrato, en los términos contemplados en éste.

Entonces nos preguntamos: ¿A qué se debe esta manifiesta diferenciación/discriminación? Solo el legislador que preparo la norma lo sabe, ya que no hay una exposición de motivos que nos acerque a una idea, ni remota, de su pensamiento.

Pero esto no es lo peor, ¿Qué es lo más grave de este articulado? En mi opinión, SE IMPIDE EL ACCESO A LA JUSTICIA.

Como referencia previa, debemos recordar que el artículo 289 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (aprobado mediante Decreto Supremo 084-2004-PCM, al tratar el recurso de anulación de laudo, establecía que:

“Para interponer recurso de anulación contra el laudo, podrá establecerse como requisito que la parte impugnante deberá acreditar la constitución de fianza bancaria a favor de la parte vencedora y por la cantidad que el laudo determine pagar a la parte vencida, siempre que esté recogido en el convenio arbitral o lo disponga el reglamento de la institución arbitral a la que las partes hubieran sometido la controversia”.

Vemos pues que, si bien existía la posibilidad de pactar la constitución de una garantía como requisito para la interposición del recurso de anulación, no menos cierto es que dicho requerimiento debía estar expresamente consignado en el convenio arbitral o, en el reglamento de la institución arbitral al que

las partes sometieron sus diferencias. Esta posibilidad, era eso, una posibilidad, pero no un mandato o exigencia normativa; ello en estricto respecto a la libertad de pacto entre las partes.

Así, aquella parte que quería interponer recurso de anulación contra un laudo, debía, previamente verificar si existía o no el requisito de la garantía, tanto en el contrato como en el reglamento arbitral, de tratarse de un arbitraje institucional.

Esta disposición ha sido además recogida, aunque con modificaciones, en el Decreto Supremo 184-2008-EF. En efecto, el artículo 231 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado consignaba lo siguiente:

“Como requisito para interponer recurso de anulación contra el laudo, podrá establecerse en el convenio arbitral que la parte impugnante deberá acreditar la constitución de carta fianza a favor de la parte vencedora y por la cantidad que el laudo determine pagar a la parte vencida”

Es importante tener claridad, en que la única vía posible para cuestionar cualquier error formal, se tramita mediante el recurso de anulación, por lo que no cabe condicionar, a través de una disposición normativa ese derecho, toda vez que cualquier persona, natural o jurídica, puede acudir al recurso de anulación para no verse perjudicada por una decisión arbitraria y/o abusiva por parte del tribunal arbitral.

La institución arbitral forma parte del sistema de justicia y como tal no es una isla ajena a las garantías que debe responder cualquier proceso, es por ello que frente al exceso de una de las partes frente a la otra o de los árbitros frente a alguna de las partes, estos tienen el legítimo derecho de exigir una seguridad jurídica respecto a ciertas garantías procesales de carácter constitucional y a un proceso regular. El Poder Judicial es el

contrapeso, el garante de que la institución arbitral y los árbitros privados actúen dentro de este marco procesal constitucional.

Los árbitros pueden equivocarse al no conceder alguna actuación procesal relevante para la defensa de una de las partes, pueden tomar en consideración una prueba no ofrecida, pueden laudar fuera de plazo, pueden fallar “ultra petita” en donde se fije una indemnización no solicitada por montos exorbitantes, es decir, puede presentarse un acto u omisión que, en consideración de una de las partes, conlleve a la violación de su derecho de defensa y del debido proceso; por lo que, la ley de arbitraje permite el recurso de anulación como una vía de reparación frente al abuso de los árbitros, los cuales, como cualquier ser humano, puede errar durante el procedimiento arbitral, y la única vía para remediar ese abuso es la vía de la anulación.

Sin embargo, como hemos advertido ya, el artículo 45.8 del Decreto Legislativo 1341 incorpora un cambio radical en la lógica y alcance del recurso de anulación, estableciendo de manera obligatoria, la necesidad de constituir una garantía, como requisito para la procedencia del recurso, restringiendo con ello la posibilidad de corregir algún vicio o exceso en la decisión adoptada en el laudo.

En efecto, al cerrarse esa vía y exigir una carta fianza, se está conculcando el acceso a la justicia y en ese caso, se abriría la posibilidad de acudir, nuevamente al proceso de amparo, algo que ya en la sentencia en el caso “Cantuarías Salaverry” había sido delimitado por el tribunal Constitucional. A partir de ello, queda evidenciado que la disposición normativa vulnera de manera flagrante una garantía constitucional; a saber, el debido proceso (derecho de defensa), lo que conlleva a que el Tribunal Constitucional reabra la puerta a los amparos.

Anulación por parte del Estado:

La modificación bajo comentario, además incorpora el siguiente enunciado:

“Las entidades no pueden interponer recurso de anulación de laudo u otra actuación impugnada en vía judicial, salvo que se cumplan las siguientes condiciones de manera conjunta:

1. Que la acción judicial sea autorizada por la máxima autoridad de la Entidad, mediante resolución debidamente motivada, bajo responsabilidad, siendo esta facultad indelegable.
2. Que la referida autorización sea aprobada por el Titular del sector correspondiente, excepto tratándose de Ministerios en cuyo caso, la autorización deberá ser aprobada por Consejo de Ministerios.

Los procuradores públicos que no interpongan estas acciones no incurrirán en responsabilidad. Esta disposición representa otro problema, la anulación de laudo es un recurso que posibilita la revisión formal de lo decidido, formalidad que está directamente relacionada con el ejercicio de las procuradurías, pues éstos se encuentran en mejor disposición para conocer si durante el desarrollo del proceso arbitral, existió algún tipo de trato diferenciado o limitación al derecho de defensa o el debido proceso. Teniendo en cuenta ello, supeditar la interposición del recurso a la autorización del titular, reviste más bien un criterio político de vinculación que una lógica en la defensa de los derechos supuestamente vulnerados.

En una primera lectura, pareciera que la intención es reducir el número de recursos de anulación interpuestos por procuradores, cuya finalidad era evitar cualquier acción de control por no haber agotado las vías posibles ante determinada acción, sino no se entiende el último párrafo referido a la liberación de responsabilidad de los procuradores públicos. Sin embargo, ello, que podría ser una conducta que puede ser reguado a través

de otros mecanismos, incluso de carácter administrativo, se incorpora de manera legislativa en expresa contravención del principio de equidad recogido en la propia Ley de Contrataciones del Estado.

Resulta impensable que por una lado se exija una relación de proporcionalidad y equivalencia en las conductas de las partes (Contratista/Entidad), durante la ejecución de la relación contractual y, por otro, el propio Estado genere un trato diferenciado frente a un mismo hecho.

Es preciso tener en mente que, si bien la interposición del recurso de anulación debe mirarse de manera excepcional y que, podría ser incluso adecuado que la máxima autoridad de la Entidad deba conocer y autorizar la presentación de este recurso (extraordinario⁹, no menos cierto es que exigir la autorización del titular del sector, contiene, a mi entender, aspectos de responsabilidad administrativa/política; situaciones que no deben ser reguladas en la ley marco de las contrataciones estatales.

Como sabemos la interposición del recurso de anulación, según está previsto en el artículo 64 del Decreto Legislativo 1071, debe ser formulado dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación del laudo, o a la notificación de la resolución que resuelve los recursos de interpretación, integración, corrección y/o exclusión.

A partir de ello, será posible que el procurador público (quien ejerce la defensa del Estado), pueda recoger la autorización de la máxima autoridad de la Entidad y del titular del sector para proceder con la interposición del recurso de anulación: Acaso ello no hará necesario tener la propia demanda en un tiempo record, para que tanto la máxima autoridad de la Entidad, como el titular del sector, puedan analizar, advertir y reconocer un vicio formal del laudo, para estar convencido que esa autorización no traerá, posteriormente,

una acción de control?. Nótese además que la autorización deberá estar debidamente motivada, lo que abre la puerta a posibles cuestionamientos sobre su fundamentación.

Vemos pues que el legislador, considera adecuado colocar trabas que impidan o al menos dificulte el acceso al recurso de anulación, olvidándose que el recurso de anulación, cumple un rol garantista y de contrapeso para los posibles excesos que pudieran efectuar los árbitros, tanto en arbitrajes ad hoc, como en institucionales.

Es por ello que, una redacción de éste tipo, no hace sino reflejar el poco entendimiento del legislador en la dinámica del arbitraje, pues bastaría con entender que el análisis debe darse caso por caso, pues las condiciones y variables son distintas para cada conflicto y por ende para cada proceso arbitral, con lo cual, poner este tipo de reglamentaciones rígidas parte de un error conceptual. En todo caso debería dársele esa prerrogativa al procurador del Estado y no al político de turno, pues ello, podría ser utilizado para cuestiones distintas a las que se pretende regular.

Por último, este mismo artículo 45.8 pretende crear causales de anulación al señalar que *“El laudo puede ser anulado a solicitud de parte si la composición del árbitro único o del tribunal arbitral o si las actuaciones arbitrales no se han ajustado a lo establecido en la presente ley y en su reglamento, siempre que tal circunstancia haya sido objeto de reclamo expreso en su momento ante el árbitro único o tribunal arbitral por la parte afectada y fue desestimado. En caso de que dicha circunstancia haya constituido causal de recusación, la anulación solo resulta procedente si la parte afectada formuló, oportunamente la recusación respectiva y ésta fue desestimada”*

Acaso estos temas no se encuentran ya recogidos en la Ley de Arbitraje?

El literal c) del artículo 62 del Decreto Legislativo 1071, consigna lo siguiente:

“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 [...]”.

Al parecer se ha tomado el enunciado de la Ley de Arbitraje y se ha modificado la referencia al *“acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable”*, incorporándose la referencia a la *“la presente ley y su reglamento”*. Sin perjuicio de esta acotación, considero que no existe una nueva causal de anulación; debiendo entenderse más bien como una ampliación a las condiciones que debe reunir el árbitro, así como el marco en el que debe desempeñarse las actuaciones arbitrales, en materia de contrataciones del Estado.

No obstante, considero peligroso condicionar la anulación de laudo al reclamo previo, vía recusación, pues a partir de ahora, todos y cada una de las actuaciones arbitrales podrían ser cuestionadas vía recusación, sólo con el único propósito de cumplir *“por si acaso”* con un requerimiento previo para el recurso de anulación, lo que generará sin dudas, mayores costos en la solución de conflictos, así como un mecanismo de presión a los árbitros al momento de tomar sus decisiones, con la consecuente posibilidad de configurar actos propensos de corrupción.

LA EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL A PARTES NO SIGNATARIAS EN EUROPA: ¿UN ENFOQUE UNIFORME?

Eduardo Silva Romero* - eduardo.silvaromero@dechert.com

Luis Miguel Velarde Saffer** - luismiguel.velardesaffer@dechert.com

Resumen:

Hoy en día no existe duda de que un convenio arbitral puede ser extendido a partes no signatarias. Un caso en el que esto puede ocurrir es cuando la parte no signataria tiene una participación activa en el iter contractual, es decir, en la negociación, celebración, ejecución y/o terminación del contrato que contiene un convenio arbitral. Diversos tribunales arbitrales internacionales han concluido que esta participación activa del no signatario prueba su consentimiento implícito al arbitraje.

El consentimiento es un elemento fundamental del arbitraje y, como tal, su ausencia conlleva la anulación del laudo. En este contexto, más allá de la postura de los tribunales arbitrales, es necesario conocer cuál es la postura que han adoptado las cortes (por ejemplo, en vía de anulación del laudo) al analizar la existencia de consentimiento implícito. ¿Han adoptado una postura rígida o flexible?

Este artículo aborda esta cuestión. Concretamente, los autores presentan un estudio de las decisiones emitidas por las

cortes de Inglaterra, Suecia, Suiza, España y Francia que refleja una distinta postura (más o menos rígida) respecto del consentimiento implícito.

Palabras Claves:

Extensión, convenio arbitral, partes no signatarias, consentimiento implícito, buena fe, grupo de compañías y denegación de justicia.

1. Introducción

Hoy en día, no existe duda de que, bajo ciertas circunstancias, un convenio arbitral puede ser extendido a partes no signatarias. Varias teorías se han desarrollado en este sentido, tales como la teoría del consentimiento implícito, levantamiento del velo societario y la incorporación por referencia, entre otras.¹

En las últimas dos o tres décadas, especialmente entre quienes ejercen el arbitraje internacional, se ha alcanzado consenso respecto a los requisitos para aplicar estas teorías. Notablemente, existe un acuerdo general respecto al hecho de que – bajo

* Socio en Dechert (Paris) LLP. Profesor de Derecho Internacional en la Universidad del Rosario en Bogotá, de Arbitraje de Inversión y Contratos Internacionales en Sciences Po y de Arbitraje Internacional en la Universidad de Dauphine-Paris.

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master of laws (LL.M), private law and negotiation en Harvard Law School. Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado Dechert LLP. Arbitro. Experto en derecho comercial, corporativo y resolución de disputas.

*** Este artículo fue inicialmente publicado, en idioma inglés, por la American University Business Law Review, bajo el siguiente título: “The Extension of the Arbitral Agreement to Non-Signatories in Europe: A Uniform Approach?”, 5 Am. U. Bus. L. Rev. 371 (2016).

¹ Ver en general Eduardo Silva Romero, El artículo 14 de la nueva Ley Peruana de Arbitraje: Reflexiones sobre el contrato de arbitraje – realidad, 4 REVISTA DEL CÍRCULO PERUANO DE ARBITRAJE 53 (2011) (con el análisis de estas teorías).

ciertas circunstancias – la participación activa de una parte no signataria en la negociación, celebración, ejecución y/o terminación del contrato que contiene un convenio arbitral puede ser considerada como evidencia del consentimiento implícito al arbitraje.

Sin embargo, cuando la teoría es puesta en práctica, como comúnmente ocurre, surgen enfoques disímiles. Esto parece especialmente cierto cuando se revisan las decisiones de las cortes domésticas. En efecto, mientras que algunos jueces interpretan las circunstancias que pueden revelar la existencia de consentimiento implícito de una manera estricta, otros adoptan un enfoque más relajado y están dispuestos a encontrar el consentimiento más fácilmente. Creemos que esto se debe, al menos parcialmente, a las diferentes posturas tomadas por cada jurisdicción (y, por ende, por sus respectivos jueces) respecto de algunos factores que pueden tener una influencia importante en la decisión de extender o no un convenio arbitral, tales como la buena fe y las doctrinas del grupo de compañías y la denegación de justicia.

En las páginas que siguen, tras identificar la ley aplicable por defecto al convenio arbitral en diversas jurisdicciones europeas (las “*Jurisdicciones*”) (que, como puede intuirse, es también relevante para la decisión final sobre la extensión del convenio arbitral), describiremos los distintos enfoques adoptados en las Jurisdicciones respecto del consentimiento implícito, enfatizando – como se mencionó arriba – los diferentes factores a que se otorga relevancia en cada Jurisdicción.

Terminaremos nuestro análisis con algunas conclusiones.

Las Jurisdicciones analizadas en este artículo son Inglaterra, Suecia, Suiza, España y Francia, las que, de acuerdo con estadísticas de la CCI, son algunos de los países seleccionados con mayor frecuencia como sedes de arbitrajes internacionales en Europa.²

2. La ley aplicable al convenio arbitral

El análisis de la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias debe comenzar por identificar la ley aplicable a dicho convenio. Cuando las partes guardan silencio respecto a este punto, las Jurisdicciones adoptan diferentes enfoques para determinar dicha ley:

- Inglaterra y Suecia establecen procedimientos claros y directos para determinar la ley aplicable;

- Suiza y España otorgan al tribunal arbitral discreción para determinar la ley aplicable; y

- Francia no requiere que el tribunal arbitral se refiera a ninguna ley nacional al analizar la validez y/o alcance de un convenio arbitral.

Cuán estricto o flexible es el enfoque para determinar la ley aplicable por defecto a un convenio arbitral, y cuánta discreción es otorgada al tribunal arbitral para este propósito, puede impactar la decisión final sobre la extensión del convenio arbitral. Por ejemplo, un sistema que no requiere remitirse a una ley nacional para determinar el alcance

² 2015 ICC Dispute Resolution Statistics, ICC Dispute Resolution Bulletin 2016, No. 1 (2016).

del convenio arbitral evita potenciales requerimientos idiosincráticos que, de otra forma, podrían impedir su extensión a partes no signatarias.

En los párrafos siguientes, citaremos las disposiciones relevantes para cada una de las Jurisdicciones.

2.1 Inglaterra

En el caso Sulamérica, la Corte de Apelaciones del Reino Unido desarrolló un proceso claro con tres etapas de análisis para determinar la ley aplicable al convenio arbitral. Al respecto, sostuvo que:

[l]a ley adecuada [aplicable al convenio arbitral] debe ser determinada mediante un proceso de análisis de tres etapas consistentes en (i) la elección expresa, (ii) la elección implícita y (iii) la conexión más cercana y real. Como cuestión de principio, y puesto que la elección de las partes debe ser respetada, esas tres etapas deben ser transitadas por separado y en el orden propuesto.³

2.2 Suecia

Conforme al Art. 48(1) de la Ley Sueca de Arbitraje, si no existe acuerdo entre las partes, la ley del país en donde se desarrolla el procedimiento será la aplicable al convenio arbitral:

Cuando un convenio arbitral tenga una conexión internacional, el acuerdo se regirá por la ley que las partes acuerden. Si las partes no hubiesen llegado a dicho acuerdo, el convenio arbitral se regirá por la ley del país en donde, en virtud del acuerdo, los

procedimientos se hayan desarrollado o se deban desarrollar.⁴

2.3 Suiza

El Art. 178(2) de la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado adopta el principio de in favorem validitatis, según el cual un convenio arbitral se considerará válido siempre que cumpla con una de tres leyes diferentes. La Ley Suiza dispone, en la parte relevante, que “un convenio arbitral es válido si es conforme con la ley elegida por las partes, con la ley que rige el fondo de la disputa, en particular el contrato principal, o con la ley Suiza.”⁵

En palabras de la Corte Suprema Suiza en el caso de X Ltd. c. Y y Z. S.p.A:

Corresponde [al Tribunal Arbitral] determinar qué partes están obligadas por el convenio y, si es necesario, determinar si una o más terceras partes no designadas en el convenio están de todos modos alcanzadas por él. Tal cuestión de jurisdicción *ratione personae*, que se relaciona con los méritos, debe ser resuelta con base en el Art. 178 (2) PILA... Esta norma reconoce tres métodos alternativos in favorem validitatis, sin ninguna jerarquía entre ellos, a saber, la ley elegida por las partes, la ley que rige el fondo de la disputa (*lex causae*) y la ley Suiza.”⁶

2.4 España

El Art. 9(6) de la Ley Española de Arbitraje también adopta el principio de in favorem validitatis:

6. En el caso de arbitraje internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia

³ Ver Sulamérica Cia. Nacional de Seguros S.A. c. Engenharia S.A. [2012] EWCA (Civ) 638 [25] (Inglaterra) (el resaltado es nuestro).

⁴ Artículo 48(1) de la Ley Sueca de Arbitraje (1999).

⁵ Artículo 178(2) de la Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado (1987).

⁶ Ver X. Ltd c. Y. y Z. S.p.A, Bundesgericht [BGer] [Corte Suprema Federal] 19 de agosto de 2008, No. 4A_128/2008 134 ENTSCHEIDUNGEN DES SCHWEIZERISCHEN BUNDESGERICHTS [BGE] III 565 (Suiza).

será susceptible de arbitraje si cumple con los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho Español.⁷

2.5 Francia

Como se indicó arriba, las cortes francesas han adoptado un enfoque diferente. Ellas no consideran necesario referirse a una ley nacional para determinar la validez y/o alcance de un convenio arbitral. El convenio arbitral permanece independiente (o deslocalizado) de las diferentes leyes nacionales que, en otras jurisdicciones, podrían resultar aplicables.

En Comité Populaire de la Municipalité de Khoms El Mergéb c. Dalico Contractors, la Corte de Casación señaló que:

[e]n virtud de una regla sustantiva de arbitraje internacional, el convenio arbitral es legalmente independiente del contrato principal que lo contiene o que se refiere a él, y la existencia y eficacia del convenio arbitral deberán ser analizadas, sujeto a las normas imperativas del derecho francés y la política internacional pública, con base en la intención común de las partes, sin necesidad de hacer referencia a ninguna norma nacional.⁸

De manera similar, el árbitro francés Yves Derains ha señalado que “[e]l rol prominente dado a la intención común de las partes es parte de una norma sustantiva de derecho francés que las cortes francesas aplican sin dar importancia a ninguna ley nacional que pudiera ser aplicable al convenio arbitral conforme a una regla de conflicto.”⁹

3. Los enfoques contrastantes respecto del consentimiento implícito

Ahora comentaremos los enfoques que han adoptado las cortes de las Jurisdicciones al analizar la existencia de consentimiento implícito. Como se verá de nuestro análisis, consideramos que el enfoque contrastante de las cortes se explica – al menos en parte – por las diferentes posturas que adoptan las Jurisdicciones sobre factores como la buena fe, la doctrina del grupo de compañías y la denegación de justicia.

Esta idea es fortalecida por el hecho de que, con excepción de Inglaterra, todas las Jurisdicciones adoptan un enfoque teórico similar respecto al consentimiento implícito. En algunos casos, también haremos referencia a otras regulaciones que refuerzan el enfoque – estricto o flexible – adoptado en cada Jurisdicción para vincular a partes no signatarias.¹⁰

3.1 Inglaterra: un enfoque muy estricto respecto del consentimiento implícito

a) Generalidades

Con base en la evolución que se ha producido en el arbitraje internacional con relación al consentimiento implícito, Inglaterra puede ser considerada como un caso extraño. No hemos encontrado decisiones donde una corte inglesa haya aceptado extender un convenio arbitral a partes no signatarias con base en el consentimiento implícito (debido, en gran parte, a la importancia otorgada a la doctrina de privity of contract).

Por ejemplo, en Arsanovia Ltd. & Ors c. Cruz

⁷ Artículo 9(6) de la Ley Española 60/2003 del 23 de diciembre 2003.

⁸ Comité Populaire de la Municipalité de Khoms El Mergéb c. Dalico Contractors, Corte de Casación [Cass.] [Corte suprema de asuntos judiciales] 1e civ., 20 de diciembre de 1993, Bull. civ. II, No. 372 (Fr.) (el resaltado es nuestro).

⁹ Yves Derains, Is there A Group of Companies Doctrine? en *Multiparty Arbitration* 131, 135 (Eric Schwartz and Bernard Hanotiau eds., 2010).

¹⁰ Ver infra Sección III.4.

City 1 Mauritius Holdings, la Alta Corte Inglesa dijo que *“el derecho inglés requiere que la intención de someter las disputas a arbitraje sea evidente y no es fácilmente inferida.”*¹¹

De modo similar, en el laudo parcial CCI emitido en el caso 13777, el tribunal arbitral dijo que *“el derecho inglés no contiene normas que faculten a un Tribunal a forzar a una parte no signataria a someterse a arbitraje.”*¹²

Este planteamiento fue confirmado por la Corte Suprema del Reino Unido cuando, en el famoso caso *Dallah Real Estate and Tourism Holding Co. c. Pakistán*, analizó la extensión del convenio arbitral a Pakistán bajo el derecho francés. Después de explicar el estándar aplicable, la Corte señaló:

Este es, entonces, el test que debe ser satisfecho para que una corte francesa concluya que una tercera persona es, en efecto, parte no signataria de un convenio arbitral internacional. Más allá del carácter internacional del arbitraje o del carácter transnacional de los principios aplicados, es difícil pensar que un test menos estricto sería consistente con la justicia y las expectativas comerciales razonables.¹³

b) Particularidades

La muy estricta aproximación de las cortes inglesas es reafirmada por dos factores. Primero, el rechazo de la doctrina del grupo de compañías (es decir, no se otorga ninguna relevancia al hecho de que una parte signataria y no signataria pertenezcan al mismo grupo corporativo).¹⁴ Segundo, el rechazo del principio general de la buena fe.

En *Interfoto Picture Library c Stiletto*, por ejemplo, la Corte de Apelaciones del Reino Unido señaló que:

En muchos sistemas del civil law, y, tal vez, en la mayoría de sistemas fuera del mundo del common law, el derecho de las obligaciones reconoce e impone un principio predominante según el cual, al celebrar y ejecutar los contratos, las partes deben actuar en buena fe... El derecho inglés no contiene tal principio general, habiendo más bien desarrollado soluciones específicas en respuesta a determinadas situaciones injustas.¹⁵

Con base en lo anterior, podemos identificar como particularidades del sistema inglés:

- La adopción de un proceso claro con tres etapas de análisis para determinar la ley aplicable por defecto a los convenios arbitrales;
- El enfoque muy estricto aplicado por las cortes al analizar si consentimiento implícito al arbitraje;
- El rechazo de la doctrina del grupo de compañías; y
- El rechazo de un principio general de buena fe.

3.2 Suecia: un enfoque estricto respecto del consentimiento implícito

a) Generalidades

Partes no signatarias pueden quedar obligadas por un convenio arbitral con base en su

¹¹ *Arsanovia Ltd. & Ors c. Cruz City 1 Mauritius Holdings* [2012] EWHC (Comm) 3702 [35] (Inglaterra) (el resaltado es nuestro).

¹² Caso CCI 13777, Laudo parcial de jurisdicción de abril de 2006.

¹³ *Dallah Real Estate and Tourism Holding Co. c. Pakistan* [2010] UKSC 46 [10] (Inglaterra) (el resaltado es nuestro).

¹⁴ *Peterson Farms Inc. c. C&M Farming Ltd.* [2004] EWHC 121 [62] (Inglaterra).

¹⁵ *Interfoto Picture Library Ltd. c. Stiletto Visual Programmes Ltd.* [1989] QB 433 [439] (Inglaterra) (el resaltado es nuestro).

comportamiento. En un caso reciente, Profera AB c. Blomgren, la Corte de Apelaciones del Oeste de Suecia decidió que las negociaciones y el intercambio de borradores de documentos habían dado lugar a la celebración de un convenio arbitral (oral) entre las partes:

La Corte encontró que las partes habían convenido verbalmente los asuntos principales y determinantes del contrato, a saber el precio de compra. Las partes habían, en consecuencia, celebrado un contrato a pesar de que algunos puntos contractuales aún no habían sido definidos. Luego, la Corte evaluó si las partes estaban vinculadas por la cláusula arbitral contenida en los borradores intercambiados. La Corte concluyó que las partes estaban vinculadas por la cláusula arbitral puesto que la mayoría de los borradores intercambiados contenían cláusulas arbitrales que hacían referencia a la Ley Sueca de Arbitraje. Además, la demandada nunca objetó, protestó ni demostró su desacuerdo con la cláusula arbitral.¹⁶

En general, las cortes suecas parecen tener un enfoque estricto respecto de la vinculación de partes no signatarias. En otro caso reciente, la Corte Suprema interpretó de manera restrictiva la referencia hecha en una cláusula arbitral a disputas *“derivadas de o en relación con”* el contrato que la contiene, concluyendo que las disputas surgidas de una transacción relacionada (a dicho contrato), y sus partes, no estaban vinculadas por el convenio arbitral. La Corte determinó que *“[l]as cláusulas arbitrales que son relevantes en el presente caso no especifican ninguna relación legal excepto el acuerdo que es regulado por el respectivo documento contractual. Por consiguiente,*

*las cláusulas arbitrales rigen únicamente los derechos y las obligaciones que surgen de estos acuerdos.”*¹⁷

b) Particularidades

La doctrina del grupo de compañías no es aceptada en Suecia.¹⁸

Por otra parte, en circunstancias excepcionales, el consentimiento para arbitrar puede ser inferido de la pasividad. En una decisión no publicada, la Corte de Apelaciones de Svea dijo que:

En este caso, la corte notó que la parte que no suscriba o desee estar vinculada por un convenio arbitral tiene que adoptar una actitud activa para hacer que su desacuerdo sea conocido por la otra parte. Mientras que una actitud pasiva normalmente no resultará en la formación de un contrato, el caso debe ser distinguido cuando una parte debe estar al tanto que la otra parte cree o asume que un acuerdo vinculante ha sido concluido. Este fue el caso aquí. En esa situación, que aplica al caso Profura, existe la obligación de informar a la otra parte que tal acuerdo no se ha formado.¹⁹

Con base en lo anterior, podemos identificar como particularidades del sistema sueco:

- La adopción de un proceso claro para determinar la ley aplicable por defecto a los convenios arbitrales;
- La aproximación estricta de las cortes para vincular a partes no signatarias;

¹⁶ Profera AB c. Blomgren [HovR] [Corte de Apelación] 2008-03-12 p.1 T 2863-07 (Suecia) (el resaltado es nuestro).

¹⁷ Concorp Scandinavia c. Karelkamen Confectionary [HD] [Corte Suprema] 2012-04-05 p.5 Ö 5553-09 (Suecia).

¹⁸ ANDERS RELDEN & OLGA NILSSON, INTERNATIONAL ARBITRATION IN SWEDEN: A PRACTITIONER'S GUIDE 67 (Ulf Franke, et al. eds., 2013).

¹⁹ Ukraine c. Norsk Hydra [HovR] [Corte de Apelación] 2007-12-17 T 3108-06 (Suecia).

- El rechazo de la doctrina del grupo de compañías; y

- La aceptación, en circunstancias excepcionales, de que consentimiento puede ser inferido de un comportamiento pasivo.

3.3 Suiza: un enfoque intermedio respecto del consentimiento implícito

a) Generalidades

Partes no signatarias pueden ser vinculadas por un convenio arbitral con base en su comportamiento. Se considerará que existe consentimiento cuando la parte no signataria haya estado involucrada en la ejecución del contrato que contiene un convenio arbitral.

La Corte Suprema Suiza ha dicho que *“una tercera parte que se involucra en la ejecución de un contrato que contiene un convenio arbitral se considera adherida a la cláusula por actos concluyentes si es posible inferir de su participación su deseo de ser vinculada por la cláusula arbitral.”*²⁰

La Corte Suprema ha agregado, sin embargo, que en caso de duda sobre la existencia de consentimiento, deberá adoptarse una interpretación restrictiva:

Para interpretar un convenio arbitral, se debe tener en cuenta su naturaleza legal; en particular, debe considerarse que renunciar a la justicia estatal limitaría drásticamente los recursos legales. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Federal, un intento

de renuncia no puede ser aceptado fácilmente y, por consiguiente, en caso de duda debe primar una interpretación restrictiva.²¹

De manera similar, la doctrina explica que:

En consecuencia, está claro que bajo el derecho sustantivo suizo, la participación en la ejecución del contrato pueda resultar en la extensión del convenio arbitral a una tercera parte. Sin embargo, para [honrar] el principio de relatividad de las obligaciones contractuales, los requisitos para esa extensión deben ser estrictos.²²

b) Particularidades

La doctrina del grupo de compañías no es aceptada en Suiza.²³ Al respecto, la Corte Suprema ha dicho:

La doctrina del Grupo de Compañías no justifica per se extender una cláusula arbitral a otra compañía dentro del mismo grupo. A menos que exista una manifestación de consentimiento independiente y formalmente válida de la otra compañía del grupo respecto del convenio arbitral, dicha extensión solo será concedida en circunstancias que justifiquen una confianza de buena fe en la apariencia causada por la parte no signataria.²⁴

Sin embargo, las cortes Suizas toman en consideración la buena fe al evaluar la extensión del convenio arbitral. En una decisión emitida en el 2014, la Corte Suprema afirmó que “el principio de la buena fe (Artículo 2 CC26) debería, sin embargo, en consideración de

²⁰ X. c. Y Engineering S.p.A., Tribunal Federal [TF] 7 de abril de 2014, ATF 4A_450/2014 7 (Suiza). (el resaltado es nuestro).

²¹ FC X. c Y., Tribunal Federal [TF] 17 de enero de 2013, 4A_244/2012 11 (Suiza) (el resaltado es nuestro).

²² Thomas Muller, Extension of Arbitration Agreements to Third Parties Under Swiss Law, in CROSS BORDER ARBITRATION HANDBOOK 11 (2010) (el resaltado es nuestro).

²³ Matthias Scherer, Introduction to the Case Law Section, 27 ASA Bulletin 488, 494 (2009) (“Bajo la ley Suiza, la mera afiliación al mismo grupo de compañías no es suficiente para extender el convenio arbitral firmado por una sociedad del grupo a su matriz o compañía relacionada.”).

²⁴ X. Ltd c. Y. y Z. S.p.A, Bundesgericht [BGer] [Corte Suprema Federal] 19 de agosto de 2008, No. 4A_128/2008 134 ENTSCHEIDUNGEN DES SCHWEIZERISCHEN BUNDESGERICHTS [BGE] III 565 (Suiza).

las circunstancias del caso objeto de análisis, requerir que se reconozcan los derechos de X. _____ a actuar directamente contra el Grupo Y. _____ con base en las cláusulas arbitrales contenidas en los Contratos”²⁵

En otra decisión similar, la Corte Suprema señaló que *“ya [s]e ha admitido que, en circunstancias específicas, determinados comportamientos pueden sustituir el cumplimiento de un requisito formal con base en las reglas de la buena fe.”*²⁶

Con base en lo anterior, podemos identificar como particularidad del sistema suizo:

- La adopción del principio de in favorem validitatis, que prevé la aplicación de hasta tres leyes distintas al convenio arbitral;
- La interpretación restrictiva dada al consentimiento en casos de duda;
- El rechazo de la doctrina del grupo de compañías; y
- La relevancia otorgada al principio de la buena fe.

3.4 España: un enfoque flexible respecto del consentimiento implícito

a) Generalidades

Partes no signatarias pueden ser vinculadas por un convenio arbitral con base en su comportamiento. Se considerará que existe consentimiento cuando la parte no signataria

se encuentre directamente implicada en la ejecución del contrato que contiene un convenio arbitral.

La Corte Suprema sostuvo que *“en el presente caso, el convenio arbitral contenido en el contrato de fecha 31 de julio de 1992 se aplica a las partes directamente implicadas en la ejecución del contrato.”*²⁷

Cualquier hallazgo de que existe consentimiento debe encontrarse sólidamente sustentado. A este respecto, la Corte Superior Española ha dicho que:

[A]ún más controversial es el problema de la extensión de un convenio arbitral a personas físicas o jurídicas que no lo han suscrito, no sólo como consecuencia del requisito del consentimiento para la existencia de un convenio arbitral (art. 9.1 LA) – lo cual no excluye el consentimiento implícito, inferido del comportamiento – pero igualmente porque, en cualquier caso, inferir dicho consentimiento, cuando no ha sido expresado, debe encontrarse sólidamente sustentado debido a sus radicales consecuencias legales, por ejemplo, la renuncia al derecho de acceder a la jurisdicción ordinaria, núcleo duro – en palabras de la Corte Constitucional – del derecho a un acceso efectivo a la justicia.²⁸

b) Particularidades

Dos factores flexibilizan el aparente enfoque estricto de las cortes españolas.

Primero, de acuerdo con la doctrina, la

²⁵ X. v. Y Engineering S.p.A., Tribunal Federal [TF] 7 de abril de 2014, No. ATF 4A_450/2014 19 (Suiza.) (el resaltado es nuestro).

²⁶ X. S.A v. Z Sarl, Tribunal Federal [TF] 16 de octubre de 2013, ATF 4P_115/2003 16 (Suiza) (el resaltado es nuestro).

²⁷ Caso No. 404/2005, decisión de la Corte Suprema (Primera Sala) 26 de mayo de 2005, en Fundamentos de Derecho, Primer Item (el resaltado es nuestro).

²⁸ Caso No. 68/2014, decisión de la Corte Superior, Sala Civil y Penal, 16 de diciembre de 2014, en Fundamentos de Derecho, Cuarto Item (el resaltado es nuestro).

doctrina del grupo de compañías tiene cierto peso en España. En la Guía Española IBA del 2012, por ejemplo, se señala que “[l]os convenios arbitrales pueden vincular a partes no signatarias si éstas tienen una relación cercana y fuerte con una parte signataria, o si han tenido un rol importante en la ejecución del contrato.”²⁹

Y el Dr. Yves Derains ha señalado que:

De acuerdo con lo anterior, uno podría sentirse tentado a concluir que la doctrina del grupo de compañías tuvo un breve momentum en la evolución de la jurisprudencia francesa sobre la extensión de las cláusulas arbitrales a partes no signatarios. De hecho, esta doctrina ha sido firmemente excluida en otras jurisdicciones con la aparente excepción de España.³⁰

Segundo, la buena fe juega un rol muy importante en el análisis de las cortes sobre el consentimiento implícito. Por ejemplo, en el caso 68/2014, la Corte Superior dijo: “[e]n síntesis, como ya fuera mencionado, la Cámara entiende que la extensión a DIMA y GELESA del convenio arbitral contenido en el Acuerdo de Accionistas es una consecuencia natural del contrato, y es consistente con una interpretación de buena fe.”³¹

Finalmente, y puesto que apunta en la misma dirección, vale la pena mencionar brevemente las reglas – establecidas en la Ley de Arbitraje Española – para arbitrajes en el ámbito corporativo. En esencia, estas reglas fuerzan a los accionistas minoritarios y administradores a arbitrar sus disputas.

El Art. 11 (bis) de la Ley de Arbitraje Española establece, en su párrafo relevante, que:

2. La incorporación en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social.

3. Los estatutos sociales podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros. . . .³²

Además, en una reciente decisión, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña extendió un convenio arbitral (contenido en los estatutos originales de la compañía) a accionistas que adquirieron sus acciones luego de la creación de la compañía. La Corte sostuvo que:

Los Estatutos Sociales, debido a su naturaleza de convenio constitutivo que tiene origen en la voluntad de los fundadores de la sociedad, podrían instituir un pacto arbitral para la resolución de las controversias corporativas. “Un acuerdo arbitral es una norma accesorio a los estatutos sociales y como tal, es independiente de la voluntad del fundador y representa una norma corporativa que obliga – debido a su inscripción en el Registro Comercial – no sólo a los signatarios pero además a los accionistas actuales y futuros”.³³

A la luz de lo anterior, se pueden identificar como particularidades del sistema español:

²⁹ IBA Arbitration Committee, Arbitration Guide: Spain, marzo de 2012, página 7 (el resaltado es nuestro).

³⁰ Derains, nota supra 5, pág. 135 (el resaltado es nuestro).

³¹ Caso No. 68/2014, decisión de la Corte Superior, Sala Civil y Penal, fecha del 16 de diciembre de 2014, en Fundamentos de Derecho, Cuarto Item (el resaltado es nuestro).

³² Artículo 11(bis) de la Ley Española de Arbitraje, Acto 60/2003 del 23 diciembre de 2003.

³³ Caso No. 9/2014, decisión de la Corte Superior de Cataluña del 6 de febrero de 2014 (RJ 2014, 1987). Este fallo sigue otra decisión tomada por la Corte Suprema el 9 de Julio (RJ 2007, 4960) (el resaltado es nuestro).

- La adopción del principio de in favorem validitatis, que prevé la aplicación de hasta tres leyes diferentes al convenio arbitral;
- La necesidad de contar con un sustento sólido para concluir que existe consentimiento implícito;
- La importancia otorgada a la doctrina del grupo de compañías y al principio de la buena fe; y
- La innovadora disposición de la Ley Española de Arbitraje para los arbitrajes en el ámbito corporativo.

3.5 Francia: un enfoque muy flexible respecto del consentimiento implícito

a) Generalidades

Partes no signatarios de un convenio arbitral pueden quedar obligadas por el mismo con base en su comportamiento. Sí esto es o no posible – dependiendo de las circunstancias concretas de cada caso – dependerá de la intención común de las partes. Esta intención común fue analizada por las cortes francesas, inicialmente, mediante un enfoque subjetivista, pero hoy en día un enfoque objetivista es mayoritariamente seguido.

Tal como lo explicó Pierre Mayer:

“[i]nicialmente había una cierta insistencia en el hecho de que, cuando una parte no signataria haya participado en – de manera general – la ejecución del contrato, y hubiera

estado al tanto de la existencia de la cláusula, debía presumirse que había aceptado quedar obligado por aquella. Yo llamaría a esta una tendencia subjetivista. Pero de manera reciente, una tendencia más objetivista ha surgido.”³⁴

A continuación, de manera breve, describiremos estos dos enfoques.

Bajo el enfoque subjetivista, existirá consentimiento implícito cuando (i) la parte no signataria tenga un rol activo en la ejecución del contrato y (ii) sea consciente de que existe un convenio arbitral (lo cual, en principio, se presume).

En *Société Ofer Brothers c. The Tokyo Marine y Fire Insurance Co.*, la Corte de Apelaciones de París dijo:

Considerando que la cláusula arbitral contenida en un contrato internacional tiene su propia validez y eficacia, tal como para requerir su extensión a las partes directamente involucradas en la ejecución del mentado contrato siempre que su situación y actividades indiquen que eran conscientes de la existencia y alcance de tal cláusula, que fue acordada conforme a los usos del comercio internacional.³⁵

Enfatizando el requerimiento de la consciencia, la Corte de Apelaciones de París ha expresado que un tribunal arbitral carece de jurisdicción sobre terceras partes que no sabían, y que no podían saber, sobre la existencia de un convenio arbitral. En un

³⁴ Pierre Mayer, *The Extension of the Arbitration Clause to Non-Signatories - The Irreconcilable Positions of French and English Courts*, 27 AM. U. INT'L L. REV. 831, 831-32 (2012) (el resaltado es nuestro).

³⁵ *Société Ofer Brothers c. The Tokyo Marine y Fire Insurance Co.*, Corte de Apelación [CA] [Corte regional de apelación] París, civ., 14 de febrero de 1989 (Francia) (el resaltado es nuestro).

caso de esta naturaleza, la Corte afirmó que “[el convenio arbitral era] manifiestamente inaplicable a SOLEIL DE CUBA, tercero en relación al contrato, quien no podía conocer de la existencia de tal cláusula dada su naturaleza confidencial.”³⁶

En cuanto al enfoque objetivista, el consentimiento implícito sólo se analiza con base en el comportamiento. El conocimiento de la existencia y/o alcance de un convenio arbitral es irrelevante.

En el caso Alcatel, la Corte de Casación dijo que “[l]os efectos de la cláusula de arbitraje internacional se extienden a las partes directamente involucradas en la ejecución del contrato y las disputas que de él pudieren derivar”.³⁷

De manera similar, en el caso Kosa France, la Corte de Apelaciones de París dijo que el convenio arbitral debe extenderse “a las partes directamente involucradas en la ejecución [del] contrato y en las disputas que de él pudieren derivar.”³⁸

b) Particularidades

En general, las cortes francesas han adoptado un enfoque flexible al analizar si existe consentimiento implícito para arbitrar. Esto está claramente evidenciado en la decisión emitida en el famoso caso Dallah por la Corte de Apelaciones de París (referida más abajo).

Este enfoque flexible se ve complementado por dos factores. Primero, la aceptación de

la doctrina del grupo de compañías. Como ha explicado Yves Derains, “la existencia de un grupo de compañías es una circunstancia que juega un rol importante al determinar la intención de las partes”.³⁹

Segundo, el peso que se otorga a las consideraciones de justicia. Comentando la decisión de la Corte de Apelaciones de París en el famoso caso Dallah, donde un contrato y su consiguiente responsabilidad fueron extendidas a una parte no signataria pakistaní, Pierre Mayer dijo que:

“¿Es la posición francés chocante? A primera vista lo es, puesto que el consentimiento de las partes para arbitrar es el cimiento fundamental del arbitraje, y el Gobierno de Pakistán había manifestado claramente su intención de no ser parte del contrato que contiene la cláusula arbitral. Sin embargo, la negativa de reconocer el laudo habría conllevado una denegación de justicia dado que el Fideicomiso había desaparecido y no había nadie – diferente al Gobierno – contra quien Dallah podría haber accionado.”⁴⁰

Con base en lo anterior, podemos identificar como particularidades del enfoque francés:

- No hay necesidad de referirse a las normas nacionales para analizar la validez y/o alcance del convenio arbitral;
- El uso de un enfoque preeminentemente objetivista al analizar si existe consentimiento implícito; y

³⁶ S.A. Cubana de Aviación c. Societé Becheret Thierry Senechal Gorrias, Corte de Apelaciones [CA] [Corte Regional de Apelaciones] París, civ., 23 de Octubre de 2012, 12/04027 (Francia) (el resaltado es nuestro).

³⁷ Societé Alcatel Bus. Sys. c. Amkor Tech., Corte de casación [Cass.] [Corte Suprema de asuntos judiciales], 1e civ., Mar. 27, 2010, Bill civ. II, No. 129 (Francia) (el resaltado es nuestro).

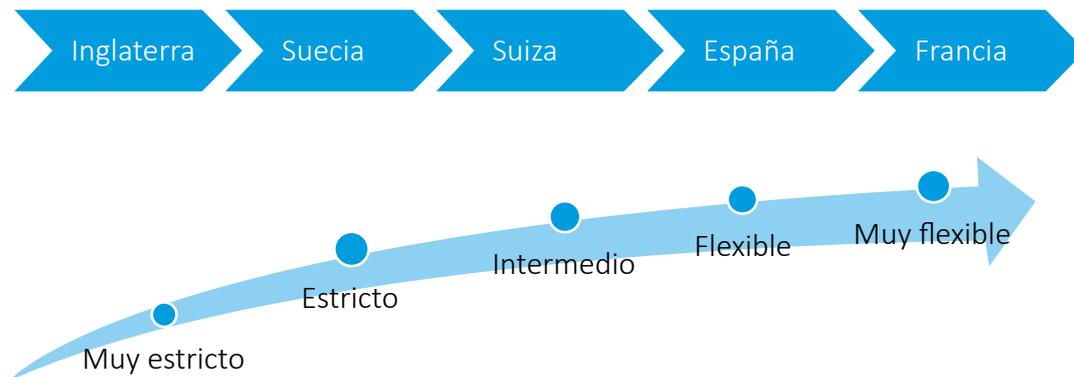
³⁸ Kosa France c. Rhodia Operations, Corte de Apelación [CA] [Corte Regional de Apelación] París, civ., 5 de mayo de 2011, No. 10-04688 (Fr.) (el resaltado es nuestro); ver también Amplitude c. Promodos, Corte de Casación [Cass.] [Corte suprema para asuntos judiciales], 1e civ., 7 de noviembre de 2012, Bill civ. II, No. 11-2589 (Francia) (apoyando el mismo enfoque que el caso Kosa France).

³⁹ Derains, supra note 5, en 137 (el resaltado es nuestro).

⁴⁰ Mayer, nota supra 34, pág. 836 (el resaltado es nuestro).

- La relevancia otorgada a la doctrina del grupo de compañías y a las consideraciones de justicia.

Con base en lo anterior, el gráfico que se muestra a continuación indica el lugar de cada Jurisdicción en términos de “*enfoque estricto c. enfoque flexible*” hacia el consentimiento implícito:



4. Conclusiones

La explicación ofrecida en la sección III muestra que, con la excepción de Inglaterra:

- Todas las Jurisdicciones aceptan que el consentimiento para arbitrar puede otorgarse de manera implícita;
- La participación activa es el medio común para demostrar el consentimiento implícito para arbitrar; y
- Para concluir que existe consentimiento implícito se requiere contar con un sustento sólido.

Sin embargo, con base en hechos similares,

las cortes de las Jurisdicciones pueden llegar a conclusiones distintas al considerar factores diferentes en su análisis. Si la pertenencia a un mismo grupo corporativo puede ser indicativo de intención, entonces es más fácil traer a una compañía matriz no signataria a un arbitraje que ha sido aceptado por su subsidiaria. Lo mismo aplica a las consideraciones de justicia, las cuales – podría argumentarse – permiten vincular a partes no signatarias en total ausencia de una base contractual.

Desarrollos que facilitan vincular a partes no signatarias también se han dado en el ámbito legislativo, como lo demuestran las innovadoras disposiciones de la Ley Española de Arbitraje para vincular a accionistas minoritarios y administradores.⁴¹ Si uno va

⁴¹ Artículo 11(bis) de la Ley Española 60/2003 del 23 de diciembre de 2003.

más allá de Europa, el Artículo 14 de la Ley Peruana de Arbitraje puede ser considerado como una movida en la misma dirección.⁴²

Finalmente, y como se señaló anteriormente,⁴³ el lugar en que se encuentran las Jurisdicciones en el gráfico de más arriba es consistente, en general, con la mayor o menor discrecionalidad que aquellas otorgan a los tribunales arbitrales para determinar la ley aplicable por defecto al pacto arbitral.

⁴² Ley de Arbitraje Peruana, Art. 14 (establece que “[e]l convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado ...”).

⁴³ Ver notas supra 28-35 y el texto que las acompaña.

LA INCORPORACIÓN DEL ÁRBITRO DE EMERGENCIA EN NUESTRO ORDENAMIENTO

Daniel Christian Vega Espinoza¹ - daniel.vega@pucp.pe

Resumen:

El autor nos explica la relevancia que tiene actualmente en distintas Instituciones y Cortes de Arbitraje la figura del árbitro de emergencia y la utilidad práctica que implicaría regular esta institución en nuestra legislación. Sin embargo, para lograr la eficacia de su aplicación no solo se debe tomar en cuenta las experiencias internacionales, sino que se debe analizar nuestra legislación y la forma de administración del arbitraje por las instituciones nacionales. Asimismo, señala que gran parte del éxito de esta figura, dependerá de la forma de regulación de los Centros e Instituciones acerca de la posibilidad de acceder al inicio del procedimiento, el cuidado de la confidencialidad de las medidas, y la experiencia e imparcialidad de los árbitros designados.

Palabras Claves:

Arbitraje, árbitro de emergencia, medidas cautelares.

I. El árbitro de emergencia

Actualmente la figura del árbitro de emergencia se ha convertido en una necesidad potencial dentro del arbitraje. Debido a que las Cortes de Arbitraje e Instituciones más relevantes han modificado o introducido en sus reglamentos esta figura (Miró 2012:38), por ejemplo:

- Reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo – CCE art. 32 y Anexo II.
- Reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional – CCI art. 29.
- The London Court of International Arbitration- LCIA de 2014 art. 9. B.
- Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional – Reglamento Suizo art. 43.
- Reglamento de arbitraje de OMPI 2014 (WIPO) art. 49.
- Reglamento de arbitraje internacional del International Centre For Dispute Resolution 2014 – ICDR art. 6.
- Reglamento de arbitraje del Centro de Arbitraje Internacional de Singapur – Normas SIAC art. 26.2, Anexo 1.
- Reglamento de arbitraje de la Corte de Arbitraje de Madrid del 2015 art. 37.
- Reglamento de arbitraje del Centro Empresaria de Conciliación y Arbitraje – CEDCA art 36.2.

El procedimiento del árbitro de emergencia lo entenderemos como la expresión de lo que Fernando Estavillo llama “*medidas de urgencia*”. Para este autor el árbitro de emergencia fue concebido con el objeto de que la parte que requiere una medida cautelar urgente, no espere la constitución del tribunal arbitral, sino que pueda solicitarla incluso antes de esta en sede arbitral (2013:4).

En ese sentido, el árbitro de emergencia es

¹ Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Candidato a magister en Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Adjunto de docencia de los cursos Derecho de las Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Secretario Arbitral en el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

aquel que actúa para resolver una petición de medida cautelar urgente, siempre y cuando se solicite antes del inicio del proceso arbitral o iniciado este, aun no se haya constituido el tribunal.

Consideramos que las definiciones realizadas por la doctrina arbitral sobre el árbitro de emergencia, reforzó la intención de las instituciones arbitrales para regular esta figura dentro de sus reglamentos, pese haber tenido una primera experiencia con el procedimiento pre-arbitral regulado en 1990 por la CCI.

Asimismo, coincidimos con Gonzalo Biggs cuando al analizar la legislación arbitral de Chile, propone la introducción de esta figura. Para este autor, los resultados positivos de las instituciones arbitrales que han regulado esta figura en sus reglamentos, justifican plenamente la adopción del árbitro de emergencia, proponiendo solo una introducción en la regulación, evitando así la modificación legal (por el trámite burocrático que conlleva esto) (2011:23).

No obstante, consideramos que la introducción del árbitro de emergencia en nuestro ordenamiento, no solo debe estar respaldado por las experiencias que han obtenido las instituciones arbitrales internacionales; sino que debemos analizar nuestra legislación y la forma de administración del arbitraje por las instituciones nacionales; dado que en principio bastaría que el reglamento de una institución nacional lo regule, para que las partes acepten la aplicación de esta figura en su proceso arbitral.

Empero, ¿Realmente será provechoso la introducción de esta figura en nuestro ordenamiento? O tal vez, caigamos en el error del legislador al copiar normas extranjeras sin tener claro la función práctica del mismo – haciendo que el arbitraje pierda sus beneficios, y termine pareciéndose a un proceso judicial - (lo que es útil para otros, puede terminar siendo no tan útil para nosotros).

1.1 Antecedentes.

1.1.1 Proceso pre-arbitral.

Los primeros indicios de la regulación del árbitro de emergencia, los podemos encontrar en el Reglamento del Procedimiento Pre-Arbitral de la CCI de 1990, el cual consta de solo siete artículos, en donde se desarrolla el proceso a seguir, para que las partes puedan adoptar medidas cautelares de forma inmediata.

Este procedimiento, está diseñado para que un tercero pueda dictar medidas cautelares en un lapso rápido; asimismo, una de las justificaciones de este procedimiento, es que no usurpa la jurisdicción de los tribunales estatales e incluso del propio tribunal arbitral, el cual es competente para resolver la controversia².

El procedimiento pre-arbitral, contempla la posibilidad de acudir al referee, para solicitar la adopción de una medida cautelar; para ello, se debe presentar una solicitud³, la cual se pondrá en conocimiento de su contraparte por el plazo de ocho días⁴ (mediante el uso del método de comunicación más rápido⁵); y si no hay acuerdo⁶ respecto a que persona actuará

² Rules for a Pre-arbitral Referee Procedure - ICC 1990. Artículo 1 – definiciones

Estas reglas se refieren a un procedimiento denominado “Procedimiento Pre-Arbitral”, que prevé la designación inmediata de una persona (el “Referee”) que tiene el poder de dictar medidas precautorias antes de que el tribunal arbitral o el juez nacional competente para tratar el caso (la “autoridad competente”) esté instalado. (...)

³ Artículo 3.1 – Rules for a Pre-arbitral Referee Procedure - ICC 1990.

⁴ Artículo 3.4 – Rules for a Pre-arbitral Referee Procedure - ICC 1990.

⁵ Artículo 3.4 – Rules for a Pre-arbitral Referee Procedure - ICC 1990.

⁶ Artículo 4.1 – Rules for a Pre-arbitral Referee Procedure - ICC 1990.

como referee, el presidente⁷ de la Corte del CCI lo designará.

El plazo para que el referee, dicte la medida cautelar es de treinta días, a partir de la fecha en que recibe el proceso pre-arbitral⁸; asimismo, está impedido de realizar algún prejuzgamiento sobre la controversia del fondo⁹.

No obstante, una de las razones por las que el procedimiento pre-arbitral no logró tener la acogida que se esperaba – aun contando con un proceso independiente – era la necesidad de que las partes pacten expresamente, el sometimiento – además de las reglas arbitrales de la CCI –, a las reglas del procedimiento pre-arbitral.

Por ello, actualmente el CCI al regular el procedimiento del Árbitro de Emergencia, optó por corregir este problema, pasando de un sistema opt-in a un sistema de exclusión (Grierson; Van Hooft 2012: 71).

Un reporte estadístico de la CCI sobre el procedimiento pre-arbitral, estableció que desde 1990 solo se utilizó aproximadamente 10 veces; y que el primer proceso pre-arbitral se inició en el año 2001¹⁰.

Finalmente, es necesario señalar que la introducción del Árbitro de Emergencia en el reglamento de la CCI, no condujo a la abolición del procedimiento pre-arbitral – decisión muy difícil de tomar –; puesto que la Cámara desconocía el número de contratos que introdujeron el procedimiento pre-arbitral, coexistiendo conjuntamente ambas regulaciones hasta la fecha (2012: 71).

II. Incorporación del árbitro de emergencia en los reglamentos arbitrales

Para empezar, debemos establecer que no hay sistema arbitral, que garantice la constitución inmediata del tribunal – ni aun tratándose de un arbitraje ad hoc – porque se requerirá del concurso de ambas partes para designar a los árbitros, o de ser el caso de la institución arbitral o justicia ordinaria; proceso que podría tomar semanas, perjudicando a la futura demandante en obtener un resultado satisfactorio (Bordachar 2015: 84).

Frente a este dilema, el arbitraje optó por utilizar el proceso cautelar prejudicial, para adoptar medidas cautelares antes del inicio del proceso; sin embargo, la realidad demostró que ello no era suficiente, puesto que los reglamentos arbitrales comenzaron a introducir procedimientos de emergencia con carácter pre arbitral (2015:85).

El reglamento de la CCI del 2012 (artículo 29°), introdujo la figura del árbitro de emergencia bajo el sistema de exclusión – salvo pacto en contrario, se aplicará a las partes del proceso – produciendo un efecto positivo en su aplicación, pues según la estadística realizada por Calevaris y Feris (2014:28-29), en los primeros dos años se otorgaron 10 medidas cautelares por el árbitro de emergencia, comprendiendo un total de 34 partes de 15 nacionalidades diferentes; y hasta principios de noviembre de 2015, se han admitido a trámite un total de 23 solicitudes (Bordachar 2015: 86).

Por su parte el reglamento de arbitraje de la ICDR del 2014 (artículo 6°), también introdujo la figura del árbitro de emergencia, estableciendo que cualquier parte podrá

⁷ Artículo 4.2 – Rules for a Pre-arbitral Referee Procedure - ICC 1990.

⁸ Artículo 6.2 – Rules for a Pre-arbitral Referee Procedure - ICC 1990.

⁹ Artículo 6.3 – Rules for a Pre-arbitral Referee Procedure - ICC 1990.

¹⁰ <http://globalarbitrationreview.com/news/article/28980/van-houtte-acts-emergency-referee/> (Revisado el 15 de marzo de 2017).

solicitar una medida cautelar urgente previo a la constitución del tribunal arbitral, señalando la naturaleza de la medida solicitada, las razones por las que es requerida con carácter de urgencia y las razones por las que acredite que tiene el derecho a esa medida.

De igual forma, The London Court of International Arbitration - LCIA de 2014 (artículo 9.B°) dispone que, en cualquier momento hasta antes de la formación del tribunal, cualquiera de las partes podrán solicitar a la Corte el nombramiento temporal de un árbitro de emergencia para el otorgamiento de una medida cautelar.

Con relación a los derechos de la propiedad intelectual, la velocidad y la urgencia, fueron dos elementos preponderantes para que el reglamento de arbitraje de la OMPI, introduzca en su texto al árbitro de emergencia (artículo 49°); puesto que a menudo los comerciantes se enfrentan a situaciones, en los que sus derechos pueden verse afectados y si no se tutelan inmediatamente, estos derechos pueden perder su valor.

En España, el reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid del 2015 (artículo 37°), introdujo la figura del árbitro de emergencia, y dispuesto que las partes podrán solicitar medidas cautelares antes de constituido el Tribunal Arbitral. Antes de la modificación del reglamento, las medidas cautelares previo a la constituido el Tribunal, solo podían adoptarse por los tribunales estatales (Fernández 2012: 837).

En nuestra región, podemos mencionar que en Venezuela, el reglamento de arbitraje del Centro Empresaria de Conciliación y Arbitraje – CEDCA del 2013 (artículo 36.2°), ha incorporado la figura del árbitro de emergencia en su texto; asimismo, es necesario hacer

mención que la administración del Centro ha contribuido para el desarrollo de esta figura, debido a que hasta la fecha se han registrado 46 medidas cautelares otorgadas por el árbitro de emergencia, y en ninguna de ellas se han presentado recusaciones contra el árbitro¹¹.

Consideramos que la experiencia internacional respecto a la introducción del árbitro de emergencia, ha tenido resultados diferentes; no obstante, hay una marcada orientación por los reglamentos institucionales, en contar con esta figura en sus textos, dado por las ventajas que otorga el procedimiento de emergencia al arbitraje.

III. Incorporación del árbitro de emergencia en nuestro ordenamiento

Como indicamos anteriormente, la introducción del árbitro de emergencia en nuestro ordenamiento, no solo debe estar respaldado por las experiencias que han obtenido las instituciones arbitrales internacionales; sino que debemos analizar nuestra legislación y la forma de administración del arbitraje por las instituciones nacionales. Visto que la ausencia de este análisis, podría generar el fracaso del proceso de importación de la figura en mención.

En el Perú, según los datos estadísticos de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos – SUNARP – Zona IX, en el año 2014 ¹² se ha inscrito 151 medidas cautelares; y en el año 2015 esta cifra aumentó a 175¹³ – en esta información se encuentran las medidas adoptadas en sede judicial y arbitral –; aun cuando las cifras antes señaladas no son muy estimulantes, incluso existiendo gran número de medidas que no se inscriben en SUNARP, nosotros consideramos todo lo contrario.

Recordemos que en nuestro entorno, existe la

¹¹ Comunicado del Centro Empresaria de Conciliación y Arbitraje – CEDCA, de fecha 30 de mayo de 2016.

¹² Oficio N° 2074-2016-SUNARP-Z.R.N°IX/UADM de fecha 14 de junio de 2016.

¹³ Oficio N° 2133-2016-SUNARP-Z.R.N°IX/UADM de fecha 17 de junio de 2016

idea equivocada que los árbitros no pueden dictar y ejecutar medidas cautelares – porque carecen del *ius imperium*, es decir el poder coercitivo –; sin embargo, como se aprecia en la información presentada, SUNARP ha inscrito medidas cautelares dictadas en sede arbitral. Si bien es conocido, que el solo hecho de procurar la inscripción de una medida cautelar, conlleva a un procedimiento compuesto, poco a poco la idea primigenia ha cambiado.

De acuerdo a esto, consideramos que desde el aspecto legislativo, no existiría problema alguno para introducir al árbitro de emergencia – más aun cuando el propio legislador ha adecuado las leyes y reglamentos –. Tomando en cuenta, que el árbitro de emergencia tendría similares facultades que el tribunal, para adoptar medidas cautelares y de considerarlo conveniente, requerir la asistencia de la fuerza pública o autorizar la ejecución judicial; con cargo de identificar en que situaciones el árbitro deberá requerir la asistencia judicial.

Por otro lado, la forma de administración del arbitraje por las instituciones nacionales, es un aspecto importante a tomar; puesto que el éxito de la aplicación de esta figura en los reglamentos internacionales, se haya en el factor tiempo.

¿Por qué este análisis podría ser importante? La respuesta no es compleja. Es evidente la diferencia de la forma de administración del arbitraje en sede nacional, con los Centros internacionales¹⁴; pese a ello, consideramos que incorporar al árbitro de emergencia ayudaría a la eficiencia del arbitraje, todo esto porque, puede darse situaciones especiales que compliquen el proceso – recusación,

prórroga de la audiencia de ilustración o renuncia del árbitro – generándose una dilación del tiempo que puede afectar los intereses del demandante.

Finalmente, creemos que lo trascendental no es solo la incorporación de la figura del árbitro de emergencia en nuestros reglamentos; visto a que, si no es aplicada correctamente, podemos encontrarnos con un panorama negativo sin utilidad para el arbitraje. Gran parte del éxito de esta figura dependerá de la forma de regulación de los Centros de institucionales, la posibilidad de acceder al inicio del procedimiento – el costo que demandará para activarlo –, el cuidado de la confidencialidad de las medidas y la experiencia e imparcialidad de los árbitros designados.

3.1 Urgencia y Velocidad.

De alguna manera, los principales reglamentos arbitrales establecen presupuestos y requisitos similares, siendo los requisitos universalmente aceptados en el derecho comparado, para la adopción de medidas cautelares; el *periculum in mora* y *fumus boni juris*, y en caso no estén regulados en los reglamentos, son naturales a todas las medidas cautelares (Miró 2013: 41).

No cabe duda, que la legislación y los reglamentos de arbitraje dejan a la discrecionalidad de los árbitros el análisis del cumplimiento de estos requisitos y que de igual forma, sucede en el procedimiento de emergencia. Incluso se añade un elemento particular – la urgencia –, que no se trata de una circunstancia típica de urgencia, sino que tiene que ser “excepcional”; en la medida que, el elemento de urgencia, más el carácter excepcional, justifican el inicio y la adopción

¹⁴ Como ejemplo podemos tomar el proceso de arbitraje llevado por la CCI, una vez entregado el expediente al tribunal arbitral este tendrá la competencia para adoptar las medidas cautelares que considere convenientes; no obstante, previo a esta entrega la Secretaría Arbitral tramita y traslado la demanda (por 30 días) y contestación de demanda (si se presenta reconvencción se otorga 30 días) – prorrogables de ser el caso –, luego de la entrega del expediente, el tribunal elaborará la acta de misión (lo que para nosotros podemos asemejarlo con el acta de fijación de puntos controvertidos).

de las medidas cautelares por el árbitro de emergencia, debido a que, podríamos estar frente a un irreparable (2013:42).

Consideramos que, el inicio del procedimiento de emergencia debe estar previsto del elemento urgencia, una urgencia que no pueda esperar a la constitución del tribunal arbitral¹⁵ – sin menoscabo del aseguramiento de laudo –; por tanto, al ser un elemento especial, debe acreditarse para que el árbitro de emergencia pueda motivar su decisión, caso contrario no se dictará la medida (2013:43).

Con relación a la velocidad, el campo de los derechos de la propiedad intelectual, nos pueden aclarar el uso de este elemento.

Recordemos que los derechos de propiedad intelectual, como las patentes, marcas, diseños, fórmulas, registros, etc., son otorgados por las autoridades nacionales; y al ser derechos de partes de distintas jurisdicciones, susceptibles de someterse a arbitraje, a menudo los comerciantes se enfrentan a situaciones, en los que sus derechos pueden verse afectados y si no se tutelan inmediatamente, estos derechos pueden perder su valor.

En ese sentido, tal como lo expreso Francis Gurry¹⁶ – al criticar que el procedimiento Pre-arbitral de la CCI de 1990, porque se tardaba hasta siete días para designar al árbitro – la velocidad y la urgencia, son dos elementos preponderantes para la adopción de las medidas cautelares; tomando en cuenta que, de no tratarse la urgencia de forma rápida, podríamos encontrarnos en una situación en donde el derecho de la parte ya no pueda ser restaurado, produciéndose un daño irreparable.

Estos aportes, incentivaron a que el reglamento de arbitraje de la OMPI, introduzca en su texto al árbitro de emergencia; a fin de hacer más eficiente los procesos arbitrales llevados por la institución.

Finalmente, dada la velocidad con la que el árbitro de emergencia deberá tomar la decisión, el tribunal arbitral una vez constituido, tendrá la facultad de realizar una segunda mirada a las medidas adoptadas; puesto que, al estar en un procedimiento rápido, el árbitro de emergencia pasará menos tiempo analizando la medida que el tribunal (Grierson 2012: 69).

3.2 Requisitos.

Los requisitos generales que las partes deben cumplir, para el inicio del procedimiento de emergencia son:

- Nombre y dirección de cada una de las partes.
- La descripción de las circunstancias que dio origen a la petición.
- La medida cautelar solicitada.
- Los fundamentos por los que se requiere la adopción de la medida cautelar.
- El convenio o acuerdo de arbitraje.
- El comprobante de pago, por concepto de tasa del procedimiento.

Por otro lado, consideramos necesario incluir un requisito importante, que ayudará a evitar futuros problemas:

- Declaración jurada por el solicitante, mediante el cual se comprometa a no presentar una solicitud cautelar en

¹⁵ Reglamento de arbitraje de la CCE art. 32 y Anexo II.

Reglamento de arbitraje de la CCI art. 29.1.

Reglamento de arbitraje de la LCIA de 2014 art. 9. B.

Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional – Reglamento Suizo art. 43.1.

Reglamento de arbitraje ICDR art. 37.

¹⁶ Francis Gurry – “The Need For Speed”. Conferencia Biennial IFCAI del 24 de octubre de 1997, Ginebra, Suiza. Haciendo la precisión que en 1997, todavía se encontraba vigente el Procedimiento Pre-Arbitral de la CCI de 1990. <http://www.wipo.int/amc/en/events/conferences/1997/october/gurry.html> (revisado el 30 de marzo de 2017).

otra jurisdicción en forma paralela; caso contrario se dejará sin efecto el inicio del proceso de emergencia. Y en caso otorgado la medida cautelar, el árbitro de emergencia dispondrá la cancelación de esta.

Con cargo a desarrollarlo de manera más amplia, aunque varios reglamentos sostienen que no son incompatibles¹⁷, el propósito de esta declaración, es evitar la presentación de la misma solicitud de medida cautelar en jurisdicciones distintas; y que de no solucionarse en esta etapa, se podría generar una controversia de jurisdicciones.

IV. Conclusiones.

- Actualmente la institución del árbitro de emergencia se ha vuelto en una necesidad potencial dentro del arbitraje, debido a que las Cortes de Arbitraje e Instituciones más relevantes han modificado o introducido en sus reglamentos esta figura. No obstante, consideramos que la introducción del árbitro de emergencia en nuestro ordenamiento, no solo debe estar respaldado por las experiencias que han obtenido las instituciones arbitrales internacionales; sino que debemos analizar nuestra legislación y la forma de administración del arbitraje por las instituciones nacionales; puesto que podemos caer en el error del legislador al copiar normas extranjeras sin tener claro la función práctica del mismo.
- Creemos que lo trascendental no es solo la incorporación de la figura del árbitro de emergencia en nuestros reglamentos; dado que, si no es aplicado correctamente, podemos encontrarnos con un panorama negativo sin utilidad para el arbitraje. Gran parte del éxito de esta figura, dependerá de la forma de regulación de los Centros de institucionales, la posibilidad de acceder

al inicio del procedimiento – el costo que demandará para activarlo –, el cuidado de la confidencialidad de las medidas, y la experiencia e imparcialidad de los árbitros designados.

Bibliografía.

- BORDACHAR URRUTIA, Rodrigo.
2015 - *“Medidas cautelares en el arbitraje y la incorporación del árbitro de emergencia”*. Derecho y Ciencias Sociales N° 13. http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/49960/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1.pdf (Revisado el 25 de febrero de 2017).
- BIGGS BRUNA, Gonzalo.
2011 - *“Arbitraje de emergencia. Soluciones rápidas y eficientes”*. Revista de Abogado. Santiago, número 52/ Año 15, pp. 22-24.
- CARLEVARIS, Andrea; FERIS, José Ricardo
2014 - *“Running in the ICC emergency arbitrator rules the first ten cases”*. ICC International Court of Arbitration Bulletin. Paris, número 25, pp. 25-38.
- FERNÁNDEZ AGUADO, Juan Ignacio.
2012 - *“Arbitration in Spain”*. En CMS. CMS guide to arbitration. Fourth Edition.
- GRIERSON, Jacob; VAN HOOFT, Annet.
2012 - *Arbitrating under the 2012 ICC Rules*. Kluwer Law International.
- MIRÓ GILI, Màrius
2013- *“La decisión del árbitro de emergencia. Su contenido, ejecutabilidad y ejecución”*. Revista del Club Español. Madrid, número 16, pp. 37-57.

¹⁷ Esta regulación en los reglamentos internacionales, es dada en forma general; dependerá del caso en concreto, las circunstancias y la valoración que los árbitros realicen, para dar una solución.

LOS TIEMPOS HAN CAMBIADO: EL PAPEL DE LOS EXPERTOS EN CASOS DE ARBITRAJE¹

Paul Battrick² - paul.battrick@driver-group.com

Resumen:

En el presente artículo, el autor nos da una breve apreciación acerca de la importancia de los terceros imparciales (expertos técnicos) en el arbitraje, así como señalar las ventajas de estas personas cuando son usadas correctamente por las partes o por el Tribunal Arbitral.

Palabras Claves:

Arbitraje; Expertos; Ciencia.

Mi primera experiencia de un arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC) fue en 1983 cuando los abogados de la parte demandante me consultaron sobre el monto señalado en la pretensión, unos tres meses antes de la primera audiencia; la última audiencia fue cuatro años después.

Fue un proceso largo por decirlo menos, según lo previsto por la programación del tribunal, primero se trataron las cuestiones jurídicas-contractuales, luego los fundamentos y, finalmente, el monto pretendido con los laudos provisionales emitidos en cada etapa previa al pronunciamiento del laudo final y los costos posteriores.

Sin embargo, quizás la causa principal de retraso fue la ingenuidad de dos árbitros designados, que eran ingenieros, al elegir a un juez como Presidente del Tribunal.

En las próximas audiencias, cada vez que el demandado tenía un día complicado, se producía un retraso. Si era la falta de disponibilidad de un testigo, un abogado enfermo o lo que fuere, las audiencias eran aplazadas constantemente hasta la siguiente vez que la Corte estuviera suspendida.

Considero que cada aspecto del mundo de resolución de conflictos se ha transformado para bien desde los 80s, de tal manera que nunca pasarían en la actualidad los costosos sucesos descritos anteriormente.

Respecto a los terceros imparciales, ya sean Mediadores, miembros del Dispute Board, expertos que brinden soluciones o árbitros, la Cámara de Comercio Internacional (ICC) proporciona solo a los apropiados para cada labor competente.

En otras palabras, los terceros imparciales saben muy bien sobre las cuestiones no jurídicas que rodean y generan disputas, por ejemplo, ellos tienen la capacidad de difundir las pruebas objetivas y periciales que les presentan, en relación a temas complejos concernientes a prórrogas de tiempo.

Este conocimiento y entendimiento, quizás un beneficio de un gran número de proyectos que requiere alguna forma de intervención

¹ Este artículo fue inicialmente publicado, en idioma inglés, por International Chamber of Commerce (ICC). Traducción al castellano realizada por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos PUCP, revisada por el doctor Paul Battrick del texto original "Times have changed: the role of experts in Arbitration cases".

² Managing Director International – Driver Group (Driver Trett and Diales) con 40 años de experiencia en la industria de la construcción, experto y mediador, árbitro en los sectores de la industria y las ubicaciones geográficas han sido en toda Europa, Américas, Canadá, las Indias Occidentales, África, Asia Pacífico y Oriente Medio.

para resolver conflictos, solo puede lidiar con recomendaciones, fallos, laudos o lo que fuere, estando más cerca a la decisión correcta.

La Cámara de Comercio Internacional (ICC) tiene la suerte de contar una gama tan amplia de talento a su disposición para asesorar a bandos en disputa a concluir sus asuntos de una manera más rentable. De hecho, al ofrecer una gran variedad de métodos para resolver conflictos, la Cámara de Comercio Internacional (ICC) desempeña su rol de solución de controversias manteniendo sus costos al mínimo. Solo aquellos conflictos en donde las partes sientan que el Arbitraje es el mejor camino, necesitan optar por este, ya que la decisión correcta puede realizarse mediante el uso de rutas más rápidas y menos costosas.

Los expertos también tienen su propia forma de resolver conflictos a su debido tiempo y de una manera rentable. Los primeros recuerdos de un experto fue en un juicio en 1972 donde un juez expresó, *“la opinión de los hombres científicos sobre hechos probados puede ser dada por hombres de ciencia dentro de su propia ciencia”*.

La elección del experto adecuado al momento apropiado puede ayudar a las partes, a sus abogados, y finalmente, al Tribunal a tomar la decisión correcta de la manera más rentable, algo que la Cámara de Comercio Internacional (ICC) y la Corte de Inglaterra y Gales están esforzándose por lograr.

Se reconoció que el experto debería ser *“un hombre de ciencia dentro de su propia ciencia”*. Nada debería cambiar este día; el experto debe tener experiencia en la materia y debe demostrar profesionalismo, comprensión, claridad de pensamiento, flexibilidad, resistencia y ser un jugador de equipo, siendo este último el mayor beneficio para los abogados.

Se puede considerar que el rol del experto se está expandiendo a una temprana designación. En ese sentido, asistencia y preparación es considerado otro beneficio para la gestión rentable de un caso. Dicha asistencia se presta, en términos reales, redactando los alegatos, revisando la declaración de testigos, cuando los abogados se están preparando para el interrogatorio y generalmente durante la audiencia. Además, la unión de los informes periciales limitarán los temas a ser escuchados – ahorrando tiempo y dinero.

El experto no debería; sin embargo, ser tratado como un sicario. Los informes periciales deberían ser productos independientes para ayudar al Tribunal. Debe ser completo indicando tanto los hechos como los supuestos en los que se basa, incluyendo los hechos menos importantes. Si no hay datos suficientes y relevantes para formar una opinión, ello debería ser señalado.

Los abogados que esperan designar a un experto que es un sicario, de hecho, están brindándoles a sus clientes un mal servicio. Los casos han cambiado y cambiarán, sobre las pruebas fidedignas de expertos; para un experto, perder credibilidad ante los ojos del Tribunal solo puede hacer daño a un caso y conducir a para perder tiempo y dinero. Este último, a menudo se trata de una sanción incluida en los costos arbitrales del Tribunal.

Sin duda, los tiempos han cambiado para mejor desde 1983. Siempre habrán conflictos – es por ello que hay cláusulas de solución de controversias en los contratos. Sin embargo, actualmente hay oportunidades para que se logre la correcta decisión de manera rentable a través de una serie de opciones de resolución de conflictos.

¿PUEDE ANULARSE UN LAUDO POR DEFECTO DE MOTIVACIÓN?

Ricardo León Pastor¹- Ricardo@leonpastor.com

Resumen:

El recurso de anulación de laudos arbitrales se viene empleando en Lima-Perú para intentar anular laudos por defectos de motivación. La Corte Judicial de Lima ha rechazado 9 de cada 10 recursos en los últimos cinco años. Sin embargo, de manera creciente viene amparando estas demandas.

Esto resulta sorprendente pues la ley peruana de arbitraje no contempla entre sus causales de anulación una vinculada a defectos de motivación. Los jueces han interpretado que estos defectos son una violación del debido proceso, lo que sí constituye causa de anulación.

¿Es este defecto un atentado contra el debido proceso en el marco de un proceso arbitral? La ley peruana de arbitraje, de un lado, prohíbe que los jueces revisen laudos arbitrales estimando o no las motivaciones adoptadas por el tribunal arbitral. De otro lado, la Constitución considera que el arbitraje es una jurisdicción y ha desarrollado una doctrina sobre el contenido del deber de motivación.

Esta tensión es explorada teóricamente en el artículo siguiente. El autor reflexiona y toma una postura: la anulación del laudo solo cabe si es que no existe motivación alguna en el laudo, pero no cabe si los jueces discrepan con las motivaciones abrazadas por el tribunal arbitral.

Palabras Claves:

Motivación jurídica, anulación de laudo arbitral

1. El modelo ideal de motivación jurídica

La exigencia de motivación jurídica en el Perú ha venido creciendo como un modelo de fundamentación ideal, esto es, como un deber que exige ser cumplido con excelencia sobrehumana. En ese modelo, un juez cuenta con todo el conocimiento erudito, la perspicacia, la paciencia y el tiempo para dedicarse a pensar, escribir y corregir sus opiniones sobre la justicia del caso concreto. Un juez habitante del Olimpo griego, un juez Hércules, soñado por DWORKIN².

Pero sabemos que esos jueces no existen, no son humanos. Los seres humanos tenemos conocimiento limitado, no completamente erudito, pueden ser algunos más perspicaces que otros, pero no contamos ni con la paciencia ni con el tiempo para hacer enjundiosas disquisiciones argumentativas sobre lo justo en cada caso. Contamos con tiempo muy limitado, y los jueces con más limitaciones aún por la sobrecarga de trabajo que tienen en la mayoría de países del mundo.

Sin embargo, las herramientas de la argumentación, si bien muy exigentes, sirven para orientar la actuación de los jueces, y en particular de quienes como tales saben que

¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en teoría legal. Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Fundador de León Pastor Consultores. Árbitro y docente universitario, creó el primer curso de razonamiento y argumentación jurídica en el Perú. Escritor de los Manuales de redacción de resoluciones judiciales (Academia de la Magistratura, 2008, 5,000 ejemplares) y redacción de documentos fiscales (Ministerio Público, 2016, 5,000 ejemplares).

² DWORKIN, Ronald (2002) Los derechos en serio. Madrid: Ariel. p. 177.

su información, experiencia y razonamiento son falibles. Por eso los sistemas procesales, en el marco del concepto de debido proceso, como ha insistido tantas veces el Tribunal Constitucional peruano, han previsto, entre otras garantías fundamentales, el derecho de apelación a un tribunal superior que pueda controlar el razonamiento de los jueces inferiores.

Con todo, los jueces deben hacer, dentro de las condiciones reales en que les toca desenvolverse, un esfuerzo notable, y algunos a veces llegan a hacerlo de manera casi sobrenatural.

Los árbitros no son jueces, porque no son funcionarios de carrera dedicados a tiempo completo y por delegación de facultades soberanas a administrar justicia. No están sujetos a la disciplina, los controles y las revisiones de instancia superior sobre las decisiones que toman. Los árbitros son personas individuales a quienes los ciudadanos, empresas y entidades escogen para dirimir controversias. Los escogen porque, consideran las partes en contienda, tienen la capacidad profesional, la integridad y el tiempo para dedicarse a resolver la disputa. Y los escogen porque sus decisiones finales son definitivas y pueden ejecutarse sin dilación. En ese marco, las partes contendoras prefieren, cuando así lo desean, el arbitraje antes que el servicio judicial estatal.

Hechas estas diferencias que todos los entendidos en la materia comparten, jueces y árbitros toman decisiones jurídicas, si las partes que se someten al arbitraje así lo desean, no toman decisiones basadas en gustos ni preferencias subjetivas o caprichosas. Las partes en conflicto esperan una decisión razonada y congruente, basada en elementos objetivos, en las razones del derecho. Por eso jueces y árbitros no pueden escapar de dar razones de ese tipo.

Pero no podemos perder de vista que la calidad

de las decisiones adoptadas por los jueces puede ser sometida a prueba, mediante el recurso de apelación. Los sistemas procesales han dispuesto una serie de regulaciones al respecto, y las partes o sus abogados lo saben. Saben que una derrota en primera instancia podría ser revertida en la segunda, y preparan sus estrategias de conformidad a un juego en, al menos, dos tiempos o etapas. En sus cálculos y expectativas esta prolongación del juego en varias etapas es muy tomada en cuenta.

En el proceso arbitral esto no sucede. Las partes o sus abogados saben, y quieren, un juego en tiempo único, sin tiempos suplementarios ni dilaciones. Justamente por eso deciden someterse a arbitraje, la calidad de las decisiones arbitrales no debe ser sometida al estrés de una apelación, por que tal recurso no está normalmente previsto como parte del juego. Las partes así lo aceptan.

2. El recurso de anulación de laudos arbitrales

La impugnación del laudo en casi todos los países del mundo, tanto para el caso de laudos internacionales como nacionales, se produce no por apelación contra los motivos de la decisión, sino mediante el recurso de anulación. Las causas internacionalmente admitidas de anulación tienen que ver, en mucho, con el respeto a la tutela procesal, entendida como derechos mínimos o reglas de juego justo en el marco de un procedimiento razonable. Esa tutela procesal incluye el derecho a plantear una demanda o contestarla ante un tribunal debidamente nombrado, el derecho a ser escuchado en audiencia, a presentar pruebas, a defenderse y a recibir una decisión motivada jurídicamente que sea congruente con el objeto del proceso y evacuada en el plazo previsto.

El artículo 63.1 de la Ley de Arbitraje peruana, que contiene las causales por las que un laudo puede ser anulado, corresponde casi exactamente a la violación de alguno de

los elementos del párrafo anterior. Por eso, la gran mayoría de autores que cultivan la doctrina arbitral afirman que mediante este recurso sólo pueden controlarse errores in procedendo, más no errores in iudicando.

¿Qué pasaría si un juez, conociendo un recurso de anulación, cae en la tentación de controlar el error in iudicando de un tribunal arbitral? Se entromete con la misión de los árbitros: laudar, y viola el convenio arbitral y las expectativas de las partes. El proceso arbitral termina en los pasillos judiciales.

Algunos profesores de derecho constitucional y derecho procesal dirán que, al haber reconocido la Constitución peruana el arbitraje como una jurisdicción, su configuración ya no sólo depende de la voluntad de las partes que libremente pactan ir a arbitraje, sino que hay un interés público superior, velar porque las decisiones jurídicas, vengan de donde vengan, no sean arbitrarias. Aplicarán la supremacía constitucional, las interpretaciones conformes a la Constitución y el principio de interdicción de la arbitrariedad.

Y sí, es menester reconocerlo, las decisiones arbitrales no pueden ser arbitrarias. Eso lo reconoce la propia doctrina arbitral. El detalle está en si el control judicial sobre el laudo debe ser in procedendo (tutela procesal efectiva) o también in iudicando (debido proceso material o sustantivo).

Ya hemos dado las razones de por qué este necesario control, debe ser sobre la tutela procesal, lo que, como ha definido nuestro Tribunal Constitucional, supone el ejercicio de un control externo sobre la motivación, esto es, verificar si hay motivos que apoyan la decisión arbitral, sin entrar a considerar si son buenos motivos o no.

Porque si entramos a consideraciones sobre la calidad de los motivos, nos encontramos en un escenario de apelación, camino no previsto en la configuración legal del

arbitraje en la mayoría de países del mundo, incluyendo de suyo al Perú. Si los jueces en el recurso de anulación corrigen o modifican malos argumentos por argumentos buenos o mejores, influirán directamente sobre la decisión de fondo, convirtiéndose en los tomadores de decisiones reales y destruyendo la lógica del arbitraje.

Retomando las categorías de las teorías de la argumentación, ellas nos dan herramientas de análisis conceptual exigente, para discriminar cuándo, en un primer nivel, una decisión está motivada y cuándo, en un segundo nivel, esos motivos son correctos.

Al razonamiento judicial le corresponde cumplir con ambos niveles (centralmente porque los jueces inferiores saben que ante partes descontentas tendrán que enfrentar una apelación, el “segundo tiempo” de ese juego argumentativo, mientras que a los árbitros les corresponde cumplir con el primer nivel, en el que el juego termina.

Una decisión está motivada (primer nivel) cuando ante las preguntas dirigidas por las partes en controversia, los árbitros dan respuestas fundamentadas y congruentes. Una decisión está bien motivada (segundo nivel) cuando los fundamentos para responder esas preguntas son correctos, aunque el criterio de corrección es siempre debatible, a veces indefinible, porque depende de la cultura, personalidad, erudición, tiempo, experiencia y perspicacia del tomador de decisión.

3. ¿Puede anularse un laudo por defecto de motivación?, ¿por qué?

¿Sobre qué nivel de motivación los jueces pueden controlar el laudo arbitral? Nuestra posición es que sobre el primer nivel: la existencia de motivación, no sobre el segundo nivel: motivación correcta o defectuosa. ¿Por qué?

El Tribunal Constitucional ha desarrollado un

estándar de control de motivación elaborada por jueces ordinarios. Este control ha tenido su expresión más conocida en el caso Llamuja Hilares. En el contexto de ese caso, los procesos de argumentación judicial suelen ser idealizados. Como sabemos, para tratar de llegar a soluciones correctas en casos difíciles de gran complejidad, DWORKIN recurre a la ficción del juez “Hércules”.

Esta idealización no deja de ser curiosa. Un jurista y al mismo tiempo juez como el norteamericano Richard POSNER³ desde su experiencia como juez, sostiene que a los magistrados no les importa demasiado la opinión académica sobre el trabajo que desempeñan. Si bien todo juez quiere hacer bien su trabajo y que así sea reconocido, los jueces suelen pensar que los académicos no comprenden las finalidades ni las presiones que enfrenta la magistratura cotidianamente. Por eso sus críticas terminan siendo capciosas, obtusas y no constructivas.

Los académicos, dice nuestro autor, cuentan con mucho tiempo y recursos para producir sus investigaciones y publicaciones, además de contar con conocimientos muy especializados, mientras que los jueces no. Además, los académicos tienen la urgencia de hacer planteamientos innovadores, originales, mientras que los jueces deben resolver muchos casos, pensando más en la solución de cada caso, que no varíe la estabilidad jurídica lograda en los precedentes anteriores.

Además, los académicos no suelen prestar atención a que, en muchas ocasiones, no son siquiera los magistrados los que escriben sus decisiones, sino secretarios que apoyan en la elaboración de proyectos.

Considerando estas características del trabajo judicial norteamericano, que pueden coincidir

con condiciones como alta carga de trabajo y poco estímulo para la originalidad que se presentan también en la judicatura peruana, nos preguntamos si los árbitros trabajan en las mismas condiciones. Podría pensarse que, precisamente, las partes que buscan dirimir su controversia mediante arbitraje, quieren lograr una disponibilidad de tiempo, concentración y especialización mayor en árbitros que en jueces comunes.

Si esto es así, si las partes tienen la brillante posibilidad de darle a su resolución de disputas estas características, ¿no sería más exigible mejor calidad de motivación de las decisiones arbitrales que lo que sea esperable exigir frente a decisiones judiciales?

Las partes pueden subjetivamente esperar eso. Pero la pregunta pertinente propuesta es ¿qué sucedería si ello no ocurre? Si las partes no están de acuerdo con el tipo y calidad de los motivos puestos en el laudo, ¿tienen otra instancia ante la cual formular sus reclamos?

La respuesta es no, pues el propio diseño institucional del arbitraje, siguiendo una orientación expeditiva para la toma de decisión final, no permite impugnaciones. El laudo es definitivo, mandatorio e inimpugnable, salvo por causas vinculadas a un exceso de poder en que hayan caído los propios árbitros superando el encargo recibido, lo que llevaría a una eventual nulidad del laudo.

Por eso es tan importante la conciliación entre el empleo del arbitraje y el respeto de las libertades contractuales en un sistema jurídico dado. El arbitraje es aceptable gracias al ejercicio de la libertad de las partes, y esa libertad es central al momento de escoger y designar los árbitros que dirimirán la controversia.

³ POSNER, Richard (2008) *How Judges Think*. Lémos el texto en versión electrónica (*kindle edition*). La cita corresponde a la sesión N° 8 de la parte N° 2.

En la medida en que las partes son conscientes de que los árbitros tienen el poder de abrazar una decisión final que no será impugnada, deben asegurarse de hacer la mejor selección posible, normalmente basada en aspectos como la integridad, especialización y disponibilidad de los tomadores de decisión.

Esa libertad debe balancearse con la necesidad de los Estados nacionales de ver reconocido en el curso del arbitraje el respeto a sus ideas básicas de justicia. Y ello se concentra en la noción de debido proceso legal.

El Tribunal Constitucional ha insistido permanentemente en que los árbitros respeten el debido proceso, entendido como tutela procesal efectiva. La tutela procesal efectiva, en su dimensión formal, supone un control in procedendo. Incorpora, entre otros derechos básicos, el acceso a la justicia, a conocer la materia demandada o debatida, a defenderse y probar ante un juzgador imparcial y el derecho a recibir una decisión fundamentada.

Es esta última característica, la de la decisión motivada, una de las más problemáticas y debatidas en relación al arbitraje.

El tipo de control que el propio Tribunal Constitucional ha planteado, es de naturaleza externa. Así quedó claro en casos como *Pesquera Rodga*, *Cantuarias*, *Algamarca I* y *II* y *Proime*. Por “externa” el Tribunal y los autores citados entienden un control sobre la existencia de motivos, y no un control sobre la corrección jurídica de los mismos. El Tribunal dijo en los casos *Algamarca II* y *Proime* que el control ejercido sobre el laudo no garantiza una interpretación correcta de la ley aplicable. En la medida en que el recurso de anulación no es un recurso de apelación, los jueces que revisen laudos no pueden ejercer un control de fondo. Esto queda claro a partir de la doctrina arbitral sobre la materia, la naturaleza expeditiva del arbitraje y el diseño legal e institucional del arbitraje en el Perú.

Ahora bien, siguiendo nuestra toma de posición, si el control es externo, ¿sobre qué ámbitos, dimensiones o aspectos debe ser ejercido?

Las teorías de la argumentación, si bien centradas en un argumentador ideal, han definido aspectos básicos de la motivación judicial que son útiles para distinguir aspectos fundantes de la misma y que podrían ampliarse para analizar motivaciones en otros terrenos jurídicos, como el arbitral.

Pero debemos aclarar, para no caer en el riesgo de plantear una argumentación contradictoria, que las distinciones conceptuales de las citadas teorías tienen que ver con el método antes que con el contenido o nivel de intensidad del análisis y el control. Pasamos a explicarnos.

Una de las distinciones centrales de la argumentación jurídica es la exigencia de justificación interna, a diferencia de la justificación externa. Aquí hablamos de dimensiones de la argumentación y no del control que otros jueces, típicamente ante una apelación, ejercen sobre ella. Es esta distinción central, justificación interna y externa, la que tomaremos prestada para analizar el control sobre el laudo.

La justificación interna supone que los argumentos sean deductivos y no contradictorios. A esto le llamamos la dimensión lógica de la argumentación, condición consustancial de racionalidad de la misma. Si la deducción es válida, es aceptable; si la deducción es inválida, la argumentación es irracional y debe ser rechazada, incluso anulada, porque no cumple un requisito esencial de racionalidad.

Sobre la justificación interna, los linderos entre control interno y externo se pierden, ¿por qué? Porque si queremos verificar externamente si un silogismo es válido o no, debemos seguir las reglas de la lógica, que son necesarias, no contingentes ni opinables.

Veamos el siguiente silogismo: 1) el que haga daño deberá repararlo, 2) Pedro ha atropellado a Juan causándole lesiones, 3) entonces Pedro debe reparar las lesiones causadas a Juan. El control externo del mismo supone que verifiquemos si la premisa 2) puede subsumirse en la 1). Si es así, la conclusión 3) es válida lógicamente. El control interno del mismo silogismo supone contestar la misma pregunta. Y la respuesta es que sí: 2) al subsumirse en 1) genera la consecuencia 3). Nada más hay que discutir en la dimensión lógica.

Por otro lado, en la justificación externa se da cuenta de si cada una de las premisas del razonamiento, la que contiene la norma que gobierna el caso y la referida al caso concreto (el hecho juzgado) tienen razones externas que las soporten, esto es, si cuentan con fundamentación o motivación jurídica. Aquí sí puede distinguirse entre control interno y control externo.

Veamos: podemos asumir que las razones materiales o fundamentos que sostienen la premisa 1) son: a) es un principio general del Derecho que nadie puede beneficiarse del error, mala fe o conducta negligente propia, b) es otro principio general que quien cause un daño debe repararlo, c) es una norma vigente de nuestro sistema civil (artículo 1970º) que quien mediante una actividad riesgosa causa un daño a otro tiene la obligación de repararlo.

Por otro lado, asumamos que la premisa 2) se apoya en los siguientes fundamentos: d) la declaración del efectivo policial que intervino a Pedro, inmediatamente después de haber atropellado a Juan, en el cruce de las avenidas Javier Prado y Guardia Civil, el día 1/1/2015 a las 7:00 p.m., quien dice que no pudo ver con claridad porque estaba oscureciendo, e) el examen médico practicado a Juan con el diagnóstico de fractura de pierna derecha, y le recomienda descanso de 30 días más tratamiento, f) la declaración de Pedro que reconoce que, al percatarse que Juan estaba

cruzando la calzada a pesar de tener la luz roja en el semáforo, frenó intempestivamente su vehículo, que estaba conduciendo a 30 kilómetros por hora, pero no pudo evitar un suave impacto, g) la declaración de Juan, quien afirma que estaba cruzando la calzada porque tenía luz verde del semáforo frente a sí.

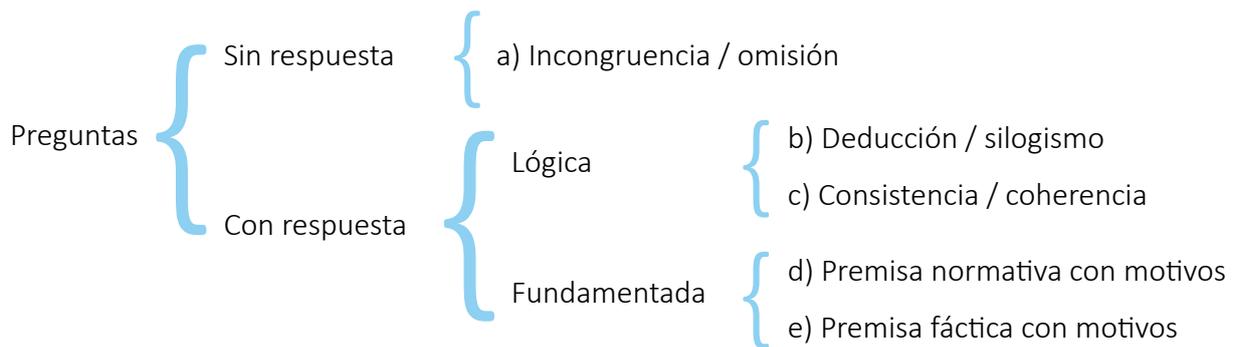
Sobre este conjunto de fundamentos puede hacerse control interno o externo. El control interno evaluaría la fuerza demostrativa de cada motivo, su calidad y grado de corrección o certeza. Esta es tarea privativa del juzgador o de quien deba decidir una apelación sobre los méritos del caso, si ello hubiese sido conveniente.

Por otro lado, puede hacerse un control externo, verificando la existencia de tales fundamentos, sin entrar a evaluar si estos son o no correctos, porque eso es privativo del juzgador.

Además, los juzgadores a pesar de sus esfuerzos, emiten opiniones jurídicas más o menos, mejor o peor argumentadas. Y este mundo de lo opinable es lo que desea evitarse al no permitirse el control externo de la fundamentación del laudo.

A este tipo de control externo se han referido la doctrina arbitral y el Tribunal Constitucional al revisar casos arbitrales. La Ley de Arbitraje peruana prohíbe a los jueces que conocen un recurso de anulación de laudo hacer evaluación (externa) de los motivos o interpretaciones efectuados por el tribunal arbitral sobre el caso concreto. Con todo ello concordamos.

En el siguiente esquema de análisis, las “preguntas” son las pretensiones de las partes y las “respuestas” son los argumentos del tribunal arbitral:



- a. Una pregunta sin respuesta pertenece al mundo de la motivación inexistente: ninguna razón, ningún motivo. Normalmente se presenta en el marco de una argumentación más amplia y detallada, donde se discuten muchas pretensiones, pero una queda sin ser contestada, por olvido, descuido u oscuridad y desorden del argumentador. A este defecto también se le llama “incongruencia omisiva” o “argumentación omitida”. Si no hay argumento alguno respecto a una pretensión, el laudo debe ser anulado en lo que respecta a esa decisión.
- b. Las preguntas con respuesta deben cumplir una doble condición de racionalidad: deben ser lógicas y deben estar fundamentadas. La dimensión lógica, también llamada justificación interna, tiene dos condiciones: una es la deducción y otra la consistencia. A la deducción también se le conoce como silogismo jurídico o subsunción. El error de deducción lógica se produce cuando la conclusión no contiene la información de las premisas, como por ejemplo cuando se toma como premisa mayor: “Si se presenta un caso fortuito que impide el cumplimiento de la prestación, entonces el deudor no es responsable por el incumplimiento”; premisa menor: “Pedro no entregó el bien porque una tormenta le impidió llegar al lugar pactado para la entrega”; en conclusión: “Pedro sí es responsable del incumplimiento”. El laudo que contenga este raciocinio debe ser anulado, porque no cumple con esta condición mínima de racionalidad.
- c. El error de inconsistencia o razonamiento incoherente se presenta cuando el argumentador afirma primero y luego niega lo que afirmó, Por ejemplo cuando el tribunal arbitral en el relato de hechos dice que Pedro suscribió el contrato en tal fecha y posteriormente, redactadas algunas páginas más del laudo, el tribunal dice que Pedro jamás firmó ese mismo contrato. Este error viola el principio de no contradicción, condición mínima de la racionalidad de un argumento; por ello, el laudo debe ser anulado respecto a la decisión basada en la contradicción.
- d. Decíamos que las premisas no sólo deben ser lógicas, sino que deben estar fundamentadas; a ello se le denomina justificación externa. El error de premisa normativa no justificada se presenta cuando el tribunal afirma la existencia de una norma pero no ofrece respaldo, no hay argumentos legislativos, jurisprudenciales, doctrinales, de teoría legal ni nada que fundamente esa afirmación. El laudo debe ser anulado por carencia de motivos sobre la supuesta norma (no demostrada) que gobernaría el caso.
- e. El error de premisa fáctica no justificada se presenta cuando el tribunal da por sentado que un hecho alegado efectivamente ocurrió, sin dar razón alguna basada en elementos probatorios, reglas de inferencia

en el caso de pruebas indiciarias, reglas de experiencia o conocimientos técnicos ni científicos. No hay valoración probatoria, sólo afirmaciones sin sustento. El laudo debe ser anulado por eso.

Todas las categorías suponen un control externo, porque estamos constatando dos cosas: si el razonamiento es lógico (primera condición mínima de racionalidad) y si las afirmaciones normativas o fácticas presentan sustento (segunda condición mínima de racionalidad). Nada más.

En la verificación de estas categorías no hay evaluaciones materiales sobre si pudieron proponerse otras premisas distintas a las seleccionadas por el tribunal arbitral, o si los hechos pudieron presentarse de otra forma que haya guardado más coherencia en el capítulo sobre relato de hechos del laudo, o si las razones normativas estaban bien interpretadas a la luz de las fuentes del derecho válidas y vigentes, o si las pruebas estaban bien valoradas de acuerdo a tal o cual metodología. Todo esta significaría una labor de reevaluación que no cabe como objeto del recurso de anulación.

TENDENCIAS COMUNES EN ARBITRAJE INTERNACIONAL EN AMERICA LATINA¹

Christian Albanesi²- christian.albanesi@linklaters.com

Resumen.

El presente artículo, analiza de manera panorámica las similitudes del arbitraje internacional en nuestra región. El autor rescata como primer factor común la desconfianza generalizada respecto del arbitraje. Menciona además el rol de la conocida doctrina Calvo en los países latinoamericanos. Por otro lado, señala la importancia del desarrollo de este tipo de arbitraje en la región y la relación de este proceso con el incremento de instituciones arbitrales locales en distintos países.

Palabras clave.

Arbitraje internacional; Doctrina Calvo; Constitucionalización del proceso arbitral, Amparo arbitral.

El arbitraje internacional en América Latina está lejos de ser una unidad homogénea. Cada país en la región es diferente a los otros, con un sistema jurídico propio y un enfoque particular al arbitraje internacional. Sin embargo, pese a estas diferencias inevitables entre estados soberanos, se puede distinguir un número común de tendencias.

En primer lugar, existe una desconfianza generalizada a propósito del manejo del arbitraje en la región. En gran parte injustificada, dicha desconfianza ha sido impulsada por la actitud tradicionalmente hostil de algunos países latinoamericanos hacia el arbitraje internacional. Algunas decisiones desfavorables, aunque aisladas,

de cortes nacionales han alimentado tal desconfianza.

Hasta comienzos de la década de los 90s, muchos países latinoamericanos adherían a la doctrina Calvo. Esta doctrina se basaba en la premisa de que los ciudadanos extranjeros no debían beneficiarse de ningún tratamiento preferencial por sobre los ciudadanos nacionales, creando así un obstáculo para la resolución de conflictos entre extranjeros y Estados Latinoamericanos mediante arbitraje. La influencia de la doctrina Calvo ha disminuido significativamente en la región gracias a la ratificación de tratados internacionales que permiten acudir al arbitraje inversionista-estado y a la promulgación de leyes modernas de arbitraje en la mayoría de los países.

La decreciente influencia de la doctrina Calvo dio lugar al surgimiento de una nueva tendencia: la constitucionalización del proceso arbitral. Este proceso consiste en el uso de recursos diseñados para la protección de derechos constitucionales (comúnmente llamado amparo en diversas jurisdicciones) en el campo del arbitraje. La aplicación de recursos constitucionales en contra de laudos o decisiones arbitrales resulta en interrupciones e interferencia judicial del proceso arbitral. Ello es así debido a que se amplía el limitado marco de revisión permitido a las cortes nacionales en la Convención de Nueva York, afectando de esta forma el principio de finalidad de los laudos arbitrales. La utilización de estos recursos no parece

¹ Este escrito fue presentado en un blog en la página oficial de la CCI en ocasión de la XIV edición de la Conferencia de Miami de la CCI. Este artículo fue inicialmente publicado, en idioma inglés, por International Chamber of Commerce (ICC). Traducción realizada por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos PUCP, revisada por el doctor Christian Albanesi del texto original "Common trends in international arbitration in Latin America".

² Abogado de los Colegios de París y Buenos Aires. Director de la práctica de arbitraje internacional de Linklaters.

estar justificada dado que los principios fundamentales de debido proceso y orden público ya ofrecen protección suficiente a los derechos sustantivos. Afortunadamente, en la mayoría de los países de la región, las cortes nacionales han limitado el uso del amparo a situaciones realmente excepcionales.

Sin embargo, en el contexto del arbitraje inversionista-estado, se habla de un posible retorno de la doctrina Calvo. Países como Bolivia, Ecuador y Venezuela han denunciado el Convenio CIADI y han introducido cambios a su legislación fundados en razones de soberanía. De forma similar, en un esfuerzo por limitar la relevancia del CIADI, un grupo de países de América Latina liderados por Ecuador han abogado por la creación de un Centro de Arbitraje alternativo, el cual permitiría la solución de controversias entre Estados y entre inversionista-estado bajo los auspicios de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR).

En América Latina, desafortunadamente, el arbitraje ha sido objeto de estigmatización. Ello, como resultado de un número de decisiones judiciales negativas, entre las cuales cabe mencionar a Yacymetá, Copel, TermoRío y Radio Centro, y a pesar de que la mayoría de estos casos terminaron de forma satisfactoria. En todo caso, ninguna jurisdicción está a resguardo de malas decisiones judiciales, independientemente del grado de sofisticación que sus cortes nacionales pudieren tener en materia de arbitraje internacional. Un claro ejemplo de esta situación son las decisiones de las cortes de Nueva York en VRG Linhas Aéreas SA v. MatlinPatterson Global Opportunities Partners II LP. En este caso, las cortes de Nueva York rechazaron el reconocimiento de un laudo arbitral sobre la base de que el tribunal arbitral había asumido jurisdicción, erróneamente, sobre una parte no signataria del acuerdo de arbitraje. Las cortes de Nueva York tomaron esa decisión aún cuando la parte en cuestión había firmado una modificación al

contrato que contenía la cláusula arbitral y a pesar de que las cortes de la sede del arbitraje habían confirmado la validez del laudo arbitral. La diferencia entre esta decisión y una mala decisión de una corte nacional en América Latina es que aquella no ha tenido prácticamente repercusión alguna.

Otras tendencias características de la región, afortunadamente, son más positivas. Una de ellas es el continuo crecimiento del arbitraje comercial como método eficaz de resolución de controversias. Según las estadísticas de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, el número de partes latinoamericanas en arbitraje CCI creció de 170 en 2005 a 393 en 2015 (+131%), mientras que el número de casos con sede en América Latina creció de 20 a 66 en el mismo periodo (+230%).

Otra tendencia positiva se encuentra marcada por la predisposición de los países de la región a suscribir convenios internacionales en materia de arbitraje internacional. La gran mayoría de los países de América Latina han ratificado la Convención de Nueva York; 18 países han ratificado la Convención de Panamá; y 10 países han ratificado la Convención de Montevideo. La mayoría de los países latinoamericanos han modernizado sus leyes de arbitraje. Por ejemplo, diez países han adoptado, con distintos matices, la Ley Modelo UNCITRAL, y varios países han adoptado medidas favorables al arbitraje, incluyendo la creación de cortes judiciales especializadas en la materia.

El crecimiento en el número de arbitrajes en América Latina y la consiguiente especialización de profesionales en la materia han contribuido al incremento del número de árbitros latinoamericanos. En arbitraje CCI, el número de árbitros de América Latina creció de 70 en 2005 a 85 en 2015 (+164%). Muchos de estos árbitros actúan también en arbitrajes que no tienen punto de contacto con la región. El uso del español y el portugués como idiomas del arbitraje, así como en conferencias

y publicaciones, es hoy moneda corriente.

El crecimiento del arbitraje comercial internacional en América Latina se ve reflejado también en la proliferación de instituciones arbitrales en la región. El Inaugural Survey of Latin American Arbitral Institutions dirigido por el Instituto Transnacional de Arbitraje (ITA) en 2011 identificó 165 instituciones arbitrales locales que operan en América Latina.

Otro desarrollo regional muy importante fue la creación de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje (ALARB) en 2010. ALARB reúne a un grupo de abogados especializados en la práctica del arbitraje internacional en América Latina. Grupos como ALARB y el Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la CCI han contribuido significativamente al desarrollo del arbitraje internacional en América Latina, tanto a través del intercambio de ideas, como llamado la atención sobre los retos y desafíos que aún debe enfrentar.

No debemos escatimar esfuerzos para educar a funcionarios públicos, jueces y al público en general para que el arbitraje internacional continúe su desarrollo en América Latina.

AUSPICIADORES

PLATINUM

Telefonica

GOLD

MIRANDA
AMADO

ESTUDIO OLACHEA

OSTERLING
ABOGADOS

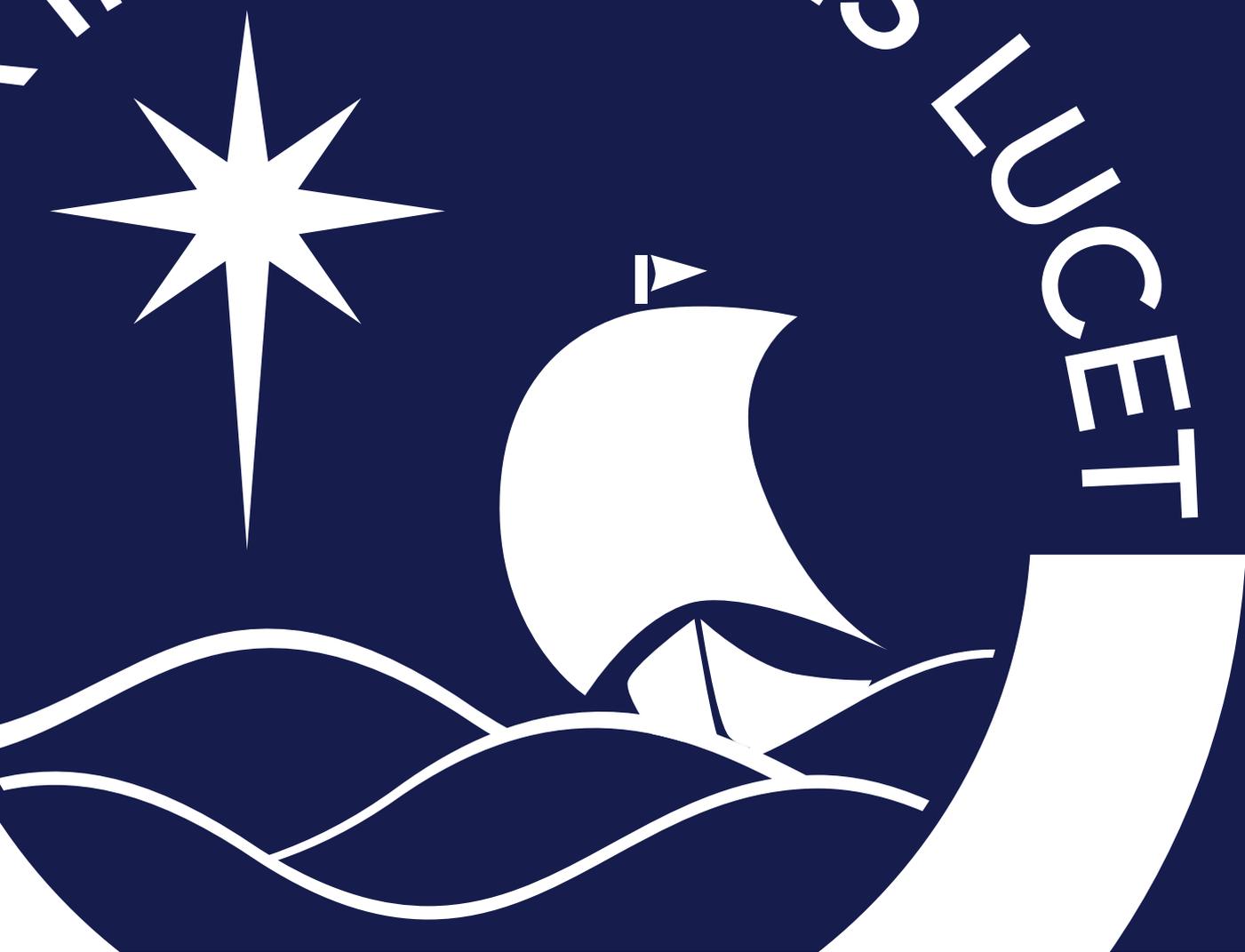
SILVER

TATE
ASESORES &
CONSULTORES S.A.C.

CAPUÑAY & CIEZA
ABOGADOS

JUÁREZ | HOSPINAL | LATORRE
ABOGADOS

IN TENEBRIS LUCET



CENTRO DE
ANÁLISIS Y
RESOLUCIÓN
DE CONFLICTOS



100 años
PUCP