



ARBITRAJE ALUMNI

INTERNATIONAL ARBITRATION JOURNAL

Quinta Edición

2024

ASOCIACIÓN ARBITRAJE ALUMNI

Comisión de Revista Digital

María Eugenia Ferreyra (Directora)
Melisa Victoria Díaz (Coordinadora General)
Nicole Teren (Encargada del Capitulo Comparado)
Lisbeth Verónica Araujo Muñoa
Vyctoria Elgueta
Maria Fernanda Rojas Sangüesa
Renato Cjahuá Alvites

Consejo Directivo (2023-2025)

Javier Flavio Loza Vargas (Presidente)
Josefina Silva Lavín (Vicepresidente)
Nicolás Hernández Bernal (Vicepresidente)
Jazmín Escalante (Secretaria)
Alfredo Eube Madussi
Ana Sofía Vargas
Maria Eugenia Ferreyra
Sebastian Coulon Bauer
Carolina Galindez
Belén Moreno
Jorge Barrientos
Johnnatan Palomino
Carmela Ayllón

REVISTA ARBITRAJE ALUMNI

ÍNDICE

INDICE	II
PRESENTACIÓN DE LA EDICIÓN GENERAL N° 5	VI
EDITORIAL	VIII
I DOCTRINA	X

YO NO ME DOY POR VENCIDO, YO QUIERO UN LAUDO A MI FAVOR <i>Anshela Raquel Laupa Rodas</i>	11

¿ES NECESARIO REGULAR EL THIRD PARTY FUNDING EN EL PERÚ? <i>Camila Mendoza</i>	31

UNA MIRADA CRÍTICA A LA APLICACIÓN DE RECURSOS CONSTITUCIONALES EN EL ARBITRAJE <i>Daniel Heller Videla</i>	41

ARBITRAJE DE INVERSIÓN EN EL SECTOR ELÉCTRICO DE GUATEMALA: REFLEXIONES SOBRE EL CASO IBERDROLA <i>Farah Valdez</i>	55

LA INVASIÓN DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA EN EL ARBITRAJE. EL DOBLE GRADO DE JURISDICCIÓN COMO ELEMENTO DIFERENCIADOR TÍPICO <i>Gabriel Morales</i>	63

CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN LOS LAUDOS ARBITRALES <i>Gerardo Nieto Quintero</i>	72

EL ARBITRAJE SOCIETARIO EN EL PERÚ Y EL CONSENTIMIENTO PARA ARBITRAR <i>Iván Tomasevich Castañeda</i>	87

ACERCA DE LA INTERPRETACIÓN DEL “COOLING-OFF” EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES <i>Jorge Giampieer Alarcón Paucar</i>	102

ENERGÍA Y RENOVACIÓN HOLDING, S.A. V. GUATEMALA: UNA REFLEXIÓN SOBRE LAS AFECTACIONES A LAS LEGÍTIMAS EXPECTATIVAS DE LOS INVERSORES PROVOCADA POR LA FALTA DE REGULACIÓN RESPECTO DE LA CONSULTA POPULAR DEL CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO <i>José Arturo Choriego Ayala</i>	121

ÚLTIMA OPORTUNIDAD PARA FORMULAR NUEVAS DEMANDAS EN ARBITRAJE INTERNACIONAL <i>Mario Bariona</i>	139

EL PERITO DEL TRIBUNAL ARBITRAL EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL – CONSAGRACIÓN EN LATINOAMÉRICA Y DESAFÍOS PRÁCTICOS	

<i>Martín Álvarez</i>	156
EL MEGAPUERTO DE CHANCAY Y SUS CONSECUENCIAS EN EL ARBITRAJE Y EL DERECHO MARÍTIMO NACIONAL	
<i>Nataly Maraví Chipana & Joaquín Mendocilla Segura</i>	168
¿QUIÉN RESPONDE? MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL	
<i>Pedro Lacasa</i>	180
CLÁUSULAS ESCALONADAS: ANÁLISIS ECONÓMICO DE SU FUNCIONAMIENTO Y CONFLICTOS CON EL ÁRBITRO DE EMERGENCIA	
<i>Rafael Gutiérrez Castillo</i>	191
MÁS ALLÁ DEL SOMBRERO, ¿CÓMO RECUSAR A UN ÁRBITRO POR MULTIPLICIDAD DE ROLES Y REPETIDAS DESIGNACIONES? ESTÁNDAR INTERNACIONAL EN LA PRÁCTICA COMERCIAL Y DE INVERSIONES	
<i>Rodrigo Hesse Martínez & Santiago Adriazola Bayá</i>	205
MÁS ALLÁ DEL SOMBRERO, ¿CÓMO RECUSAR A UN ÁRBITRO POR MULTIPLICIDAD DE ROLES Y REPETIDAS DESIGNACIONES? ESTÁNDAR INTERNACIONAL EN LA PRÁCTICA COMERCIAL Y DE INVERSIONES PARTE II	
<i>Rodrigo Hesse Martínez & Santiago Adriazola Bayá</i>	224
LA PROTECCIÓN DE LOS ECOSISTEMAS ACUÍFEROS EN LOS ARBITRAJES DE INVERSIÓN CONTRA COLOMBIA	
<i>Sebastián Acevedo Iceda, Alex Ariza Felizzola & Carolina Castillo</i>	244
MÁS DE UN CONTRATO, UN SOLO ARBITRAJE: CRITERIOS PARA LA APLICACIÓN DEL ARBITRAJE MULTICONTRATO	
<i>Thais Arroyo campos & Bernardeth Quijano Rodríguez</i>	255
EL ARBITRAJE COMO RESPUESTA A UNA DE LAS FALLAS DE MERCADO	
<i>Victoria Vera</i>	276
II REPOSITORIO DE JURISPRUDENCIA	286
COSTA RICA: DAVID R. AVEN Y OTROS V. REPÚBLICA DE COSTA RICA, UNCT/15/3	
<i>David Sánchez Grey</i>	287
ESTADO UNIDOS DE AMÉRICA: FÁBRICA DE VIDRIOS LOS ANDES, C.A. Y OWENS-ILLINOIS DE VENEZUELA, C.A. VS. REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, EXPEDIENTE CIADI N°ARB/12/21	
<i>Yarubith Escobar Bastidas</i>	297
ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA: MTD EQUITY SDN. BHD. AND MTD CHILE S.A V. REPUBLIC OF CHILE, CASE N° ARB/01/7	
<i>Juan Ignacio Goya & María Celina Ubellart</i>	303
ESTADO UNIDOS DE AMÉRICA: TELEFÓNICA, S.A. V. REPUBLIC OF COLOMBIA, ICSID CASE N° ARB/18/3	

<i>Bryan Daniel Tapia</i>	309
PARAGUAY: MOTA ENGIL INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN S.A. V. REPÚBLICA DEL PARAGUAY - MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS Y COMUNICACIONES	
<i>Nicolas Eduardo Cabrera Ramírez & Bianca Magali Peralta Rojas</i>	313
PERÚ: PLUSPETROL NORTE S.A. EN LIQUIDACIÓN VS. PERUPETRO S.A. RESOLUCIÓN N° 10 – EXPEDIENTE N° 00415-2023-0-1817-SP-CO-02	
<i>Rony Josue Linarez Campos</i>	319
PERÚ: RODRIGO ALONSO LUNA GUERRERO V. ANA JACQUELINE ROJAS RODRÍGUEZ Y EDUARDO GUILLERMO GÓMEZ HERRERA	
<i>Diego Alonso Velásquez Huaman</i>	325
UNIÓN EUROPEA: ACHMEA BV V. REPÚBLICA ESLOVACA CASO C- 284/16	
<i>Alex Ariza Felizzola , David Sanchez Grey & Sofía Ramírez Correa</i>	328
III NORMATIVA	332
ARGENTINA	
<i>Nicole Elizabeth Teren.</i>	333
BOLIVIA	
<i>María Fernanda Rojas Sangüesa</i>	335
CHILE	
<i>Nicole Elizabeth Teren</i>	337
COLOMBIA	
<i>Isabel López Pito & Sofía Ramírez</i>	339
ECUADOR	
<i>Martín Zambrano</i>	340
GUATEMALA	
<i>Marybi Caballero & Cristian Poroj</i>	342
MÉXICO	
<i>Steve Vasconez</i>	344
PARAGUAY	
<i>Pedro Lacasa</i>	346
PERÚ	
<i>Lisbeth Araujo & Renato Cjahua</i>	348
URUGUAY	
<i>Nicole Elizabeth Teren</i>	351

VENEZUELA	
<i>Gerardo Nieto Quintero</i>	353
IV NUESTROS ASOCIADOS	356

PRESENTACIÓN DE LA EDICIÓN GENERAL N° 05

Es un gusto presentar la quinta edición de nuestra revista jurídica. En esta ocasión, nos complace compartir un compendio de artículos y contribuciones que reflejan la excelencia y la dedicación de profesionales destacados en el ámbito jurídico del arbitraje.

En esta edición, hemos reunido una selección diversa de temas actuales y relevantes que abarcan diversas ramas del arbitraje. Desde análisis de doctrina y jurisprudencia hasta reflexiones sobre cuestiones legales emergentes, cada artículo ha sido cuidadosamente seleccionado para ofrecer una perspectiva informativa y enriquecedora a nuestros lectores.

Celebramos que pudimos compartir de manera presencial con nuestros asociados, colegas y amigos en el marco de la edición XVII de la Competencia Internacional de Arbitraje celebrada en Quito, Ecuador y en los eventos que Arbitraje Alumni desarrolló a lo largo del 2024.

Como antesala de la Competencia, nuestra Comisión de Pre-Moots asumió la ardua tarea de realizar Pre-Moots, los que se desarrollaron de forma presencial y virtual; En el marco de estos Pre-Moots participaron varios equipos de diferentes nacionalidades.

Nuestra Comisión de Eventos Académicos se hizo presente en la Sede de la Competencia, al organizar el evento que anualmente precede a su inauguración, para lo cual reunió a expertos de diversos países que compartieron discusiones relevantes en materia arbitral, y contó con la moderación de asociados que han destacado por su compromiso con Arbitraje Alumni.

Por su parte, la Comisión de Eventos Sociales tuvo un papel activo durante todos los días de la Competencia al organizar distintos espacios donde árbitros y participantes pudieron interactuar de una forma más distendida después de las audiencias, generando así oportunidades de *networking*.

Asimismo, la Comisión de Networking Internacional ha estado en constante búsqueda de estrechar lazos con diversas asociaciones en favor de nuestros asociados, consolidando alianzas con asociaciones de jóvenes practicantes en arbitraje en diversos países y con muchas instituciones académicas, gracias a lo cual hemos obtenido becas, descuentos y oportunidades de enseñanza, etc.

Resaltamos de igual manera el papel transversal que posee la Comisión de Imagen Institucional, la cual no solo mantiene enterados a nuestros asociados sobre nuestras distintas actividades, sino que también resalta su crecimiento profesional y académico, compartiendo sus más recientes publicaciones o participaciones en notables eventos.

Finalmente, deseamos distinguir el rol de la Comisión de Revista Digital que, una vez más, gracias a su incansable dedicación nos trae un producto cuya altísima calidad la viene consolidando como un referente en la región. En esta 5° Edición han logrado reunir a autores, provenientes de múltiples jurisdicciones, con formaciones distintas e intereses diversos, pero que encuentran como punto en común el aprecio por la investigación jurídica del arbitraje.

Se agregó una sección a la Revista que refleja la práctica del arbitraje en Latinoamérica de manera comparativa, para acercar a todos los asociados la información de la práctica arbitral de la mano de los practicantes de cada jurisdicción.

La revista jurídica se ha consolidado como un espacio para el intercambio de conocimientos, el fomento del debate y la promoción de la excelencia académica en el ámbito legal. Estamos comprometidos con la misión de proporcionar una plataforma donde las voces del arbitraje puedan brillar y contribuir al desarrollo continuo de la comunidad arbitral latinoamericana.

Queremos expresar nuestro agradecimiento a todos los autores que han colaborado en la elaboración de esta edición, así como a nuestro equipo editorial que ha trabajado incansablemente para garantizar la calidad y la coherencia de cada contribución. Especialmente a la Coordinadora General de la Revista, Melisa Victoria Díaz y a la responsable de la compilación de la nueva sección de la revista, Nicole Elizabeth Teren.

Los invitamos a bucear en las páginas de esta quinta edición, confiando en que encontrarán perspectivas innovadoras, análisis e información que enriquecerán su actualización en materia de arbitraje. Agradecemos su continua dedicación y apoyo a nuestra revista jurídica, y esperamos que disfruten de la lectura de esta edición tanto como nosotros disfrutamos preparándola.

Consejo Directivo – Arbitraje Alumni (2023-2025)

EDITORIAL

Arbitraje Alumni presenta la Edición General N°5 de su Revista Digital. Esta nueva entrega contiene tres secciones: la sección de artículos de doctrina, la sección de jurisprudencia y una tercera sección que se agrega por primera vez en esta edición y que plasma la práctica comparada del arbitraje latinoamericano, el resumen de un tema por edición.

La sección de artículos fue elaborada por jóvenes abogados de toda Latinoamérica, lo cual garantiza su diversidad. Todos los artículos que hoy se presentan fueron precedidos por una instancia de intercambio constructivo de ideas entre los miembros de la Comisión de Revista Digital y los autores de dichos artículos. Todo lo cual va en línea con la horizontalidad y espíritu colaborativo que Arbitraje Alumni busca promover en el ámbito del arbitraje internacional.

A raíz de un arduo trabajo por parte de los miembros de la Comisión de Revista Digital y nuestros autores, ofrecemos en esta oportunidad 19 artículos de doctrina, 8 resúmenes de decisiones judiciales y arbitrales, provenientes de diversas jurisdicciones y la sección de práctica comparada de 12 países latinoamericanos. Esta publicación se enmarca perfectamente dentro de nuestro objetivo de garantizar a todos y todas las estudiantes y profesionales de Derecho el libre acceso en condiciones de igualdad a materiales vinculados con la práctica del arbitraje internacional.

Como parte de la Edición N°5, nuestros lectores podrán encontrar artículos novedosos y con títulos que despiertan curiosidad: Encontraremos a **Anshela Raquel Laupa Rodas** con un agudo análisis de la anulación del laudo arbitral y las diferentes aplicaciones y distorsiones en su interpretación. A continuación, **Camila Mendoza**, analiza la posibilidad de la regulación legal del *Third Party Funding* o Financiación por terceros en el arbitraje doméstico peruano. **Daniel Heller Videla**, presenta un abordaje crítico acerca de los recursos constitucionales en el arbitraje latinoamericano. **Farah Valdez**, presenta el análisis de la interacción entre el Estado y la iniciativa privada en el sector eléctrico de Guatemala. **Gabriel Morales**, escribe a cerca de la coexistencia entre la jurisdicción arbitral y la jurisdicción ordinaria, **Gerardo Nieto Quintero**, aborda el control difuso de la constitucionalidad en los laudos arbitrales, **Iván Tomasevich Castañeda**, explora la relación entre el arbitraje y el derecho corporativo, en específico el consentimiento para arbitrar bajo el estatuto de una sociedad anónima, la Ley General de Sociedades y la Ley de Arbitraje del Perú, **Jorge Giampieer Alarcón Paucar**, busca profundizar en el análisis de la naturaleza del periodo de reflexión "*Cooling Off Period*" en el Derecho de Inversiones, así como la manera en la que este recurso es aplicado por las partes de un acuerdo de inversión para solucionar pacíficamente sus controversias. **José Arturo Choriego Ayala**, analiza en un caso concreto la falta de regulación del procedimiento de consulta previa del Convenio 169 de la OIT. **Mario Bariona**, intentará responder las siguientes preguntas: ¿Si hay contradicción entre las partes y una de ellas no aceptare la propuesta de nuevas demandas, o, peor aún, si se tratare de un arbitraje con multiplicidad de partes, quien puede decidir si tales alegatos novedosos serán aceptados? O más delicado aún: ¿Cómo tratar la materia probatoria relativa a las nuevas demandas? **Martín Álvarez** analiza el uso que se le ha dado en el arbitraje internacional al perito designado por el tribunal arbitral, **Nataly Maraví Chipana y Joaquín Mendocilla Segura**, buscan poner en vitrina las principales características del arbitraje marítimo, así como del derecho marítimo que será aplicado, en atención al

inminente cambio que representa el megapuerto de Chancay en Perú, **Pedro Lacasa**, compara algunas de las principales leyes domésticas del arbitraje comercial internacional, para luego comparar también algunos reglamentos institucionales, para revelar: la responsabilidad derivada del otorgamiento de medidas cautelares por parte de un tribunal arbitral **Rafael Gutierrez Castillo**, realiza un análisis de las cláusulas escalonadas desde un enfoque económico y busca proponer una solución al conflicto entre estas y las medidas cautelares llevadas a cabo por un árbitro de emergencia. **Rodrigo Hesse Martínez y Santiago Adriazola Bayá**, recogen el estándar aplicado en la práctica internacional para combatir la falta de apariencia de imparcialidad en árbitros ocasionada por la duplicidad de roles (double-hatting, role confusion y back scratching) y multiplicidad de designaciones, en la práctica comercial y de inversiones. **Sebastián Acevedo Iceda, Alex Ariza Felizzola y Carolina Castillo**, estudian los criterios empleados por los tribunales de inversión que han adoptado los tres laudos publicados hasta el momento sobre las controversias relacionadas con la protección de los ecosistemas acuíferos. **Thais Arrollo Campos y Bernardeth Quijano Rodriguez**, abordan los beneficios del arbitraje multicontrato para posteriormente identificar los riesgos de no seguirlo en controversias vinculadas a múltiples contratos. **Victoria Vera**, analiza el arbitraje comercial como una respuesta específica a uno de los fallos de mercado: la provisión de bienes públicos, como definición aplicable a la provisión de justicia por tribunales estatales.

En la elaboración del repositorio de jurisprudencia, participaron: **David Sánchez Grey, Yarubith Escobar Bastidas, Juan Ignacio Goya y María Celina Ubellart, Nicolás Eduardo Cabrera Ramírez y Bianca Magalí Peralta Rojas, Rony Josue Linarez Campos, Diego Alonso Velásquez Huaman, Alex Ariza Felizzola, David Sánchez Grey y Sofía Ramírez Correa**, plasmando de manera objetiva y sistematizada de laudos y fallos vinculados al arbitraje con relevancia internacional, tornando accesible al lector el laudo original en el idioma original y un resumen del mismo en idioma español.

Finalmente, contamos con el tercer sector incorporado en esta edición, referido a la comparación del acuerdo arbitral en diferentes jurisdicciones latinoamericanas, un trabajo realizado por: **Nicole Elizabeth Teren, Maria Fernanda Rojas Sangüesa, Isabel López Pito, Sofía Ramírez, Martín Zambrano, Marybi Caballero, Cristian Poroj, Steve Vasconez, Pedro Lacasa, Lisbeth Araujo, Renato Cjahuja y Gerardo Nieto Quintero**.

Se trata, sin dudas, de un gran aporte a la comunidad académica que –esperamos– pueda ser de utilidad para todos nuestros colegas y futuros colegas.

Por último, en mi carácter de directora de la Comisión de Revista Digital quisiera agradecer a todos y cada uno de los miembros que la conforman, especialmente a **Melisa Victoria Díaz, Coordinadora General de la revista** sin la cual esta edición no hubiera sido una realidad. Sus nombres se encuentran en la primera página de esta edición y a todos ellos no tenemos más que decirles que muchas gracias por todo el esfuerzo y compromiso entregado durante la fase de seguimiento, edición y publicación de esta Edición General N°5.

Maria Eugenia Ferreyra

Directora

I

DOCTRINA

YO NO ME DOY POR VENCIDO, YO QUIERO UN LAUDO A MI FAVOR

Anshela Raquel Laupa Rodas¹

Resumen: La anulación tiene como objetivo realizar la revisión formal de los aspectos procesales fundamentales del pronunciamiento de los árbitros contenido en el laudo arbitral. La vinculación de la anulación y el laudo arbitral también manifiesta la anacrónica relación que puede existir entre la jurisdicción ordinaria y el arbitraje. De ese modo, se advierte que el pronunciamiento arbitral contenido en el laudo puede ser cuestionado en caso exista alguna configuración de vulneración de derechos procesales como por ejemplo el debido proceso; sin embargo, caso contrario en el marco legal peruano no existe la posibilidad que el laudo arbitral pueda ser cambiado. En ese sentido, de la revisión de los diferentes marcos legales en el mundo, se verifica que en todos los países la aplicación y uso de la anulación es diferente, y esto debido a que se entiende de forma distinta la relación entre el arbitraje y la jurisdicción ordinaria. Por ende, existen diferentes tratamientos para poder cuestionar que un laudo no ha cumplido con respetar las garantías procesales correspondientes. Asimismo, en la revisión de los diferentes marcos legales también se advierte que el mal llamado recurso de anulación tiene un origen y finalidad distinta por lo que ello puede ocasionar considerar que la anulación puede apelar un pronunciamiento arbitral. En este contexto, las garantías y los derechos procesales serán ponderadas de forma conjunta con la esencia de cosa juzgada de los pronunciamientos arbitrales, con este resultado, se establecen recomendaciones para subsanar estas situaciones y también controlar el surgimiento de otros “medios constitucionales” que son usados como últimos recursos para cambiar el pronunciamiento de los árbitros.

Abstract: *The purpose of the annulment is to carry out a formal review of the fundamental procedural aspects of the arbitrators' pronouncement contained in the arbitration award. The link between annulment and the arbitration award also manifests the anachronistic relationship that may exist between ordinary jurisdiction and arbitration. In this way, it is noted that the arbitral ruling contained in the award may be questioned in the event that there is some configuration of violation of procedural rights such as due process; However, otherwise, in the Peruvian legal framework, there is no possibility that the arbitration award can be changed. In that sense, from the review of the different legal frameworks in the world, it is verified that in all countries the application and use of annulment is different, and this is because of the relationship between arbitration and ordinary jurisdiction. Therefore, there are different treatments to be able to question that an award has not complied with respecting the corresponding procedural guarantees. Likewise, in the review of the different legal frameworks it is also noted that the so-called annulment appeal has a different origin and purpose, which may lead to considering that annulment can appeal an arbitral ruling. In this context, the guarantees and procedural rights will be weighed together with the essence of res judicata of the arbitral pronouncements, with this result, recommendations will be*

¹ Bachiller de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

established to remedy these situations and also control the emergence of other "constitutional means" that are . used as last resorts to change the referees' ruling.

I. INTRODUCCIÓN.....	12
II. ESTADO SITUACIONAL DEL ARBITRAJE.....	13
III. EL RECURSO DE ANULACIÓN QUE NO ES RECURSO DE APELACIÓN.....	16
<i>A. El control judicial.....</i>	<i>16</i>
<i>B. La anulación de laudo arbitral.....</i>	<i>19</i>
IV. PROCEDIMIENTO EN OTROS MARCOS LEGALES, LA ANULACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO.....	21
<i>A. España.....</i>	<i>21</i>
<i>B. Chile.....</i>	<i>22</i>
<i>C. Colombia.....</i>	<i>23</i>
<i>D. Francia.....</i>	<i>23</i>
<i>E. Estados Unidos.....</i>	<i>24</i>
V. EL SURGIMIENTO DEL AMPARO ARBITRAL.....	25
VI. PROPUESTAS.....	27
VII. CONCLUSIONES.....	29

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de esta investigación es conocer el alcance que la anulación de un laudo arbitral en sede judicial ante su formulación por diferentes motivos por parte de algún sujeto del proceso de arbitraje. En esa línea de ideas, la finalidad es la identificación de criterios para el cuestionamiento a un laudo arbitral y la interpretación que podría expresarse en el procedimiento de la anulación arbitral y lo desarrollado por los magistrados en la jurisdicción ordinaria. Asimismo, será imprescindible revisar los diferentes marcos legales sobre los que se cimienta la anulación de laudo arbitral en distintos países.

En ese sentido, cabe precisar que el laudo arbitral como resultado de un proceso arbitral tiene las mismas características de una sentencia judicial, no obstante, esta característica no es de conocimiento o de aceptación por los recurrentes, por lo tanto, ambos productos son luego de emitidos tienen la condición de cosa juzgada, ello implica que no pueden ser cuestionadas.

Empero, no todas las personas conocen los alcances del arbitraje y tampoco conocen que el arbitraje es una jurisdicción paralela a la jurisdiccional ordinaria, en nuestro país, el Poder Judicial, por lo que ante el resultado negativo de un laudo arbitral después de finalizado el proceso arbitral, solicitan ante sus abogados patrocinantes la apelación de dicho laudo arbitral. Sin embargo, no existe la posibilidad de apelar o de formular siquiera una apelación contra el laudo arbitral, toda vez que el arbitraje no determina la oportunidad de la apelación dentro de su proceso.

Por consiguiente, pese que actualmente el arbitraje es una figura de solución bastante eficiente y mucho más célere y que ha estado alrededor de la sociedad desde hace mucho tiempo como una manifestación de la humanidad, esta idea anticuada de querer apelar cualquier decisión judicial ante una decisión no favorable tiene diferentes nociones y orígenes, pero no tiene ningún sustento en los cimientos del derecho arbitral sino más bien del derecho judicial.

Si bien es cierto el arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos bastante primitivo, este no es de conocimiento popular tanto como lo debería ser al ser también una forma de administración de justicia. Si alguien pregunta acerca de arbitraje la acepción usada es bastante distante a los alcances del derecho arbitral sino más bien que el conocimiento popular se encuentra en una acepción deportiva.

En simples palabras podríamos señalar que, al llevar a cabo un arbitraje debido a su conocida eficiencia y eficacia, los recurrentes consideran que esta vía es igual que llevar a cabo un proceso judicial, con la diferencia que la primera es una vía privada y la segunda una pública. Pese que desde hace 20 años se reconoce de forma constitucional al arbitraje como una forma de administrar justicia excepcional a la jurisdicción ordinaria. En consecuencia, con el reconocimiento constitucional del arbitraje surgió en 1996 la primera normativa que legisla los procesos arbitrales, y por el acelerado ascenso que tuvo el arbitraje se emitió un decreto legislativo que norma el arbitraje.

Por todo lo señalado de forma previa, el presente artículo se encuentra esquematizado a través de un análisis situacional del arbitraje, una base teórica inicial, revisión de marcos legales extranjeros y finalmente las conclusiones correspondientes.

II. ESTADO SITUACIONAL DEL ARBITRAJE

El arbitraje en el Perú tiene dos caras una historia de éxito y una historia de anonimato debido a que el proceso arbitral ha tenido una evolución rápida tomando como indicador la cantidad de procesos arbitrales que existen² actualmente; sin embargo, el otro lado de la moneda es que el arbitraje es totalmente desconocido para la mayoría de las personas en el territorio peruano. Sin perjuicio de lo antes referido, si bien es cierto que el arbitraje no es realmente conocido por la sociedad civil y teniendo en consideración que su naturaleza es esencialmente comercial, si es conocido en el ámbito comercial, puesto que permite solucionar conflictos de forma más célere que los engorrosos procesos judiciales.

Así pues, si bien el arbitraje busca sopesar la deficiencia del sistema judicial peruano, implica resolver un juicio sin un magistrado, esto es mediante mecanismos alternativos de resolución de conflictos, y por ello el arbitraje ha tomado relevancia como método opcional para resolver ciertas controversias. En esa misma línea de ideas, el arbitraje para soluciones contiendas comerciales, y de contrataciones estatales es la solución a un contexto judicial que no ha sido renovado, y que genera que no haya mejoras en la resolución de controversias en el Poder Judicial³.

² LIMAS CALDERÓN, Sherin, Los Fantasmas que nos Persiguen: Judicialización del Arbitraje: ¿Un Problema Latente o Superado?, Derecho & Sociedad N° 46, pp. 485.

³ BLUME CILLONIZ, María C., *El Amparo contra Laudo Arbitral*, Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, sin fecha, disponible en <https://www.arbitrajecccl.com.pe/el-amparo-contra-laudo-arbitral/>

En esa línea de ideas, de forma concreta se ha observado el crecimiento de arbitrajes internacionales, comerciales, y de contrataciones con el Estado toda vez que se evita la poca practicidad y ausencia de flexibilidad de la jurisdicción ordinaria. Asimismo, el aumento de los arbitrajes también se advierte en el incremento de árbitros y de centros de arbitrajes alrededor de todo el país. Empero, “cantidad no es calidad” por lo que la calidad del arbitraje se ha ido diluyendo en casi todos los procesos arbitrales y los centros arbitrales creados, en consecuencia, el aumento de arbitrajes en el mundo jurídico no determina que estos arbitrajes sean eficientes resolviendo conflictos⁴.

Empero, por qué la calidad de los arbitrajes no es directamente proporcional con la cantidad de los arbitrajes. En primer lugar, esto se debe a que el arbitraje tiene una singular cualidad que atrae a muchos sujetos esto es que tiene la misma calidad que una sentencia judicial, en consecuencia, este atractivo ha generado que muchas personas recurren al arbitraje para poner fin a un conflicto de forma rápida y segura. Por otro lado, en segundo lugar, la calidad de los laudos arbitrales ha disminuido debido a que se evidencia una constante que contra ellos se formulan los mal llamados recursos de anulación de laudo arbitral.

En esa línea de ideas, es interesante lo señalado por el Dr. Luis Bustamante Belaunde⁵ quien refiere que *“Todo arbitraje tiene como propósito central poner fin a una controversia sometida a su decisión. Y todos los árbitros buscan que esa decisión no solo sea legal y justa, sino que quede firme y permanente”*. Por consiguiente, más allá de todas las bondades que ofrece el arbitraje, una de las más trascendentales y que la asemeja con el proceso judicial es que el laudo arbitral, producto del arbitraje, no admite apelaciones en su contra y tiene la calidad de cosa juzgada.

De esa forma, en el arbitraje se emite un laudo arbitral en semejanza a los pronunciamientos judiciales, enfatizamos que la existencia de circunstancias paralelas entre un pronunciamiento arbitral y uno judicial, evidencia una diferencia procesal relevante, esta es que, la primera no admite impugnaciones mientras que la segunda sí. En razón a que el pronunciamiento arbitral no admite impugnaciones es que, con la notificación del pronunciamiento arbitral finaliza el arbitraje, y únicamente restaría para las partes la ejecución de este.

Por ende, el artículo 139 de la norma constitucional ratifica que la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, refiere que el arbitraje es una jurisdicción, mientras que el artículo 62 del mismo cuerpo normativo refiere que las controversias originadas de vinculaciones contractuales pueden ser sometidos a sede judicial o arbitral, de conformidad a los instrumentos acordados por las partes en el ejercicio del derecho a la libertad de contratar⁶. Así pues, mediante el arbitraje se podrá obtener una decisión imparcial de derecho que ponga fin a la controversia, siempre en respeto a las normas de derecho.

⁴ LIMAS CALDERÓN, “Los Fantasmas que nos Persiguen: Judicialización del Arbitraje: ¿Un Problema Latente o Superado?”, p. 485.

⁵ WONG ABAD, Julio M. *Et al.*, *Estudio de anulación de laudos 2022*, Ed. Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, p. 7.

⁶ FEIJÓO CAMBIASO, Raúl - REGGIARDO SAAVEDRA, Mario, *El amparo arbitral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Ed. Plaestra N° 1 pp. 12-13.

Por consiguiente, en un mundo ideal finalizado el proceso arbitral con la emisión del laudo éste se archiva y se dejaría constancia que una de las partes fue la ganadora del proceso. Empero, en alguna circunstancia las partes podrían considerar la existencia de alguna infracción a la garantía procesal del debido proceso en el arbitraje o en el fallo, por lo que podrían solicitar una examinación de este ante la sede judicial mediante la anulación. Por lo tanto, el problema de investigación se circunscribe en los posibles vicios procesales y cuestionamientos al debido proceso en el laudo arbitral y su vinculación con la anulación como un control formal de parte del Poder Judicial.

En esa línea de ideas, un estudio efectuado el año 2023 determinó que las Salas Comerciales de Lima son las instituciones que conocen el número aproximado de demandas de anulación de laudo arbitral; por consiguiente, se establece que para el año 2022 se habían emitido 444 sentencias de anulación de laudo emitida por las Salas Comerciales del distrito judicial de Lima⁷.

Así pues, en la jurisprudencia surge la anulación de pronunciamientos arbitrales como un control formal de las garantías procesales y no como un medio para impugnar laudos arbitrales. Por lo tanto, el hecho controvertido en estas circunstancias es que la anulación de laudo es usada con el objetivo de apelar o impugnar el pronunciamiento de los árbitros contenido en fallos arbitrales, pese que esto se encuentra prohibido legalmente toda vez que el pronunciamiento final de los árbitros es inimpugnable y no existe segunda instancia. Sin embargo, la negativa a aceptar el pronunciamiento final de los árbitros ha generado que algunas partes asocien la anulación de laudo arbitral como parte final del proceso arbitral como el reconocimiento del laudo arbitral, creando un camino para intentar anular el laudo arbitral mediante la alegación de vicios procesales.

Por consiguiente, se ha realizado la revisión de jurisprudencia de diferentes sedes judiciales y con pronunciamientos arbitrales de diferentes centros no advirtiendo un criterio específico y determinado, empero en los precedentes vinculantes del tribunal constitucional peruano se puede advertir ciertos criterios que se han sentado como bases para el arbitraje nacional.

De ese modo, tenemos el Expediente 06167-2005-PHC/TC-Lima conocido como el Caso Cantuarias y el Expediente 00142-2011-PA/TC conocido como el Caso María Julia.

En ese sentido, el Caso Cantuarias fue un proceso de hábeas corpus donde los magistrados determinaron la naturaleza del arbitraje. Por consiguiente, los magistrados establecieron que el arbitraje tiene calidad de jurisdicción por lo que no es únicamente propia del derecho privado sino que también es parte del derecho público. Los magistrados enfatizan que el poder que tienen los árbitros para resolver una controversia se sustenta en el numeral 1 del artículo 139 de la Carta Magna.

En el Caso María Julia los magistrados del Tribunal Constitucional hacen referencia al control difuso en un arbitraje. Por lo tanto, refieren que el artículo 138 de la Constitución Política regula que de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal los jueces deben de preferir la primera en razón a la jerarquía de las normas. En consecuencia, el precedente

⁷ WONG ABAD, *Et al.*, *Estudio de anulación de laudos 2022*, pp. 13-16.

determina que la regulación del artículo 138 antes referido extiende sus efectos también a la naturaleza jurisdiccional del arbitraje.

Sobre la cosa juzgada Sherin Limas señala que “*la eficacia del arbitraje dentro de nuestro ordenamiento jurídico se debe a que legislativamente se ha optado por otorgarle al laudo la categoría jurídica de cosa juzgada*”. Por otro lado, respecto a la eficacia del Laudo se debe señalar que el laudo arbitral es definitivo, queda consentido y puede ser ejecutado cuando no medie sobre este una anulación, toda vez que tiene el valor de cosa juzgada al igual que una sentencia judicial. Empero, Bustamante señala que pese que el Laudo tiene la condición de cosa juzgada en la misma ley se considera la posibilidad que “*el laudo —ese mismo laudo que supuestamente había adquirido la autoridad de cosa juzgada— pueda ser revisado por el Poder Judicial a través del recurso de anulación*”⁸. En relación a ello, el autor concluye que la característica de cosa juzgada que tenía el Laudo arbitral no se configuraba con su notificación toda vez que, al ser pasible del recurso de anulación, el laudo no tiene la característica de no revisable que se supone tiene la cosa juzgada.

III. EL RECURSO DE ANULACIÓN QUE NO ES RECURSO DE APELACIÓN

A. El control judicial

En esa línea de ideas, el recurso de anulación de laudo arbitral es un recurso que no tiene como finalidad impugnar un laudo arbitral, sino más bien tiene como finalidad efectuar un control judicial en el arbitraje. Tal como se ha ido esbozando, la sede arbitral existe de forma paralela a la sede judicial, empero, la sede judicial tiene prerrogativas adicionales toda vez que debe de ejecutar un control del respeto de las garantías procesales. Así pues, en sede judicial se hace efectivo el control formal en la revisión de pronunciamientos arbitrales. Sin perjuicio de que el pronunciamiento de los árbitros tenga la calidad de *res judicata* y no quepa la posibilidad de presentar una apelación o recurrir a una segunda instancia, el control judicial permite ratificar o invalidar el laudo arbitral, con relación al respeto de las garantías procesales.

Por ende, es importante dejar constancia que existe una diferencia sobre el poder que tiene la jurisdicción ordinaria y el arbitraje, debido a que el Poder Judicial tiene como características ser imperativo y no encuentra fronteras sobre las controversias que pueden resolver; sin embargo, el arbitraje si tiene límites claros toda vez que no se puede resolver sobre cualquier materia, y se encuentra condicionada a la presencia de una cláusula arbitral⁹.

En ese marco, la sentencia de fecha 28 de febrero de 2006 contenida en el expediente N° 6167-2005-PHC/TC señala que el control formal se puede evaluar subjetivamente garantizando los objetivos de los particulares, y de forma objetiva garantizando el dominio de las normas constitucionales. Sin perjuicio de ello, la sentencia enfatiza que el arbitraje no se limita con los apartados de su contrato ni con la norma que regula el arbitraje, sino que se transforma en una

⁸ BUSTAMANTE ALARCÓN Reynaldo, La Constitucionalización Del Arbitraje En El Perú: Algunas Consideraciones En Torno a La Relación Del Arbitraje Con La Constitución, Los Derechos Fundamentales Y El Estado De Derecho, *.Derecho PUCP*, N° 71, pp. 400.

⁹ LIMAS CALDERÓN, “Los Fantasmas que nos Persiguen: Judicialización del Arbitraje: ¿Un Problema Latente o Superado?”, pp. 490.

entidad administradora de justicia acreditada constitucionalmente con todos los derechos fundamentales.

Por lo tanto, el arbitraje no encuentra sus límites en los convenios arbitrales, sino que sus límites se encuentran circunscritos en los derechos humanos; por consiguiente, el control formal tiene como intención proteger los propósitos de los sujetos, pero también proteger los derechos de los mismos. En consecuencia, el arbitraje no se libra del control jurisdiccional debido a que cómo cualquier otra figura jurídica tiene que someterse al respecto de los derechos constitucionales. En razón a ello, es que los magistrados señalan que toda acción que condicione o recorte la práctica de derechos constitucionales será nula y pasible de sanción, y esta es la finalidad de la anulación de laudo arbitral en su calidad de recurso.

En efecto el control judicial en el arbitraje se ha manifestado mediante la anulación de laudo, sin embargo, la interferencia del control judicial también se puede advertir en la necesaria asistencia de las sedes jurisdiccionales para la validez del arbitraje, pero también para garantizar el respeto a los derechos procesales fundamentales. En ese sentido, Gonzáles de Cossío concluye que el arbitraje siempre requerirá el auxilio y la interferencia de las sedes judiciales¹⁰, debido a que el arbitraje carece de *ius imperium* y una base sobre la que se erija. Por tanto, a juicio del autor el arbitraje siempre necesitará de la jurisdicción ordinaria, pero bajo diferentes perfiles, toda vez que puede ser un supervisor mediante el control judicial, o asistente mediante la ejecución, toda vez que sin la jurisdicción ordinaria el arbitraje no podría alcanzar los efectos que le dan su virtuosidad.

El mismo autor antes citado aporta una perspectiva mucho más realista respecto al proceso arbitral toda vez que hace una acotación acerca del camino que recorre la anulación en el Poder Judicial.¹¹ En ese marco, refiere que los particulares que hayan decidido ir por la vía de un arbitraje lamentablemente siempre terminarán en un proceso judicial. El autor refiere que pese que los particulares disponen llevar su controversia a un proceso arbitral, en razón a que es un proceso que no permite apelación alguna, se ven inmersos en procesos judiciales que obstaculizan la eficacia del pronunciamiento arbitral. En otras palabras, con la finalidad de eludir los yoyos procesales, los amparos, y todas las injerencias que existen en una sede judicial para obstaculizar el proceso, a consideración del autor los particulares escogen cursar su controversia en un arbitraje, mediante una única instancia.

Por otro lado, teniendo en consideración que las partes designan los árbitros de parte que serán parte del tribunal arbitral que verá su propia controversia, infiriendo que estos árbitros serán especialistas en la materia, se reduce inmensamente la necesidad de buscar un control externo que avale que el pronunciamiento arbitral se encuentre en armonía con el derecho. Empero, González De Cossío reitera que la disminución del riesgo antes proyectada se disipa cuando las actuaciones y el pronunciamiento arbitral son supeditadas al control judicial, en consecuencia, a pesar de todas las

¹⁰ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, “El arbitraje y judicatura: un binomio necesario en la ecuación de procuración de seguridad jurídica”, 2007, p. 4.

¹¹ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, “Procesos Constitucionales y procesos arbitrales: ¿Agua y aceite?” *En Revista de Arbitraje PUCP*. N°5, Lima, 2015, p.79.

previsiones determinadas en el arbitraje no existe más escapatoria que acabar en una sede judicial, pese a haber decidido acudir a un arbitraje.

En ese sentido, otros autores también reiteran que existe una vinculación imprescindible entre el arbitraje y la sede judicial en razón a los procedimientos de anulación, reconocimiento y ejecución de un pronunciamiento arbitral tanto en instancias nacionales como internacionales; de ese modo, se reitera que la parte que pierde el arbitraje y que se transforme de forma común en deudora de su contraparte, se encuentra facultado, pero no obligado a formular una anulación del pronunciamiento final de los árbitros¹². En efecto, la anulación de laudo, visto en primera instancia como un control formal residual del laudo arbitral, se va transformando poco a poco en una herramienta que usa la parte perdedora del arbitraje para apelar o impugnar el laudo sin razón legal.

Desde esa perspectiva, Carmen Senes refiere que no hay duda de la existencia de vinculación de cooperación entre el arbitraje y la jurisdicción en consecuencia el control judicial no es una inspección autoritaria, sino que más bien es un control cooperativo con la finalidad de subsanar ciertos vicios que puedan vulnerar alguna garantía procesal. En este ambiente de cooperación el concurso la sede arbitral y judicial se expresa en la facultad de coerción del que necesita el arbitraje y que es indispensable para ejecutar medios probatorios, cautelares, laudos arbitrales y la supervisión del proceso arbitral¹³.

En esa medida, Carmen Senes tiene una posición diferente a la de otros autores al señalar que el control judicial en la anulación del pronunciamiento de los árbitros es la concepción de que el arbitraje es una instancia única, y que no acepta instancias posteriores ni revisiones externas acerca de argumentos de fondo del laudo arbitral. La autora explica el control judicial debe concebirse como algo beneficioso y no como algo perjudicial y negativo toda vez que existe una diferencia clara entre la asistencia judicial (medidas cautelares, ejecución, medios probatorios) y el control judicial, en consecuencia, se deben de finalizar los cuestionamientos al arbitraje en favor de la menor participación de la jurisdicción ordinaria. Es interesante, la posición de la autora toda vez que es totalmente contraria a la de González De Cossío que antes revisamos, la posición De Cossío es pesimista toda vez que señala que no existirá ninguna otra alternativa más que el laudo arbitral pase por sede judicial, empero, Carmen Senes tiene evidentemente una posición más optimista al señalar que el control judicial es una cooperación beneficiosa dado que permitirá revisar de forma asistencial que el laudo arbitral no contenga vicios procesales y pueda ser ejecutado de forma cierta por la parte ganadora.

A la posición precedente se ha adherido el Tribunal Constitucional peruano según lo expresado en la sentencia del expediente N°00142-2011- PC/TC, donde refiere que la ley que norma el arbitraje no regula la posibilidad de formular un “amparo arbitral” mientras que si una anulación arbitral; en consecuencia, la Ley establece la posibilidad de interponer una anulación de fallo arbitral cuando finaliza el arbitraje empero ello no implica que esta figura sea parte integrante del mismo arbitraje.

¹² VILLARROEL SALVATIERRA, Diego A., *Arbitraje, Control Judicial y Orden Público*, Editorial El País, Bolivia, 2017, pp. 43.

¹³ SENES MOTILLA, Carmen, *La Intervención Judicial en el Arbitraje*, Editorial Aranzandi N° 1, Navarra, 2007, pp. 26.

En otras palabras, a consideración del Tribunal Constitucional la anulación de laudo arbitral tiene como finalidad únicamente defender los derechos constitucionales desde una perspectiva procesal y como un proceso independiente del proceso arbitral. Por ende, se debe tener claro que el control formal manifestado mediante la anulación de laudo arbitral no forma parte del arbitraje, toda vez que el proceso arbitral tiene una única instancia, y un único proceso. De ese modo, la figura antes referida, no es bajo ninguna circunstancia parte integrante del proceso arbitral, sino más bien es un mecanismo ajeno al proceso arbitral mediante el cual el Estado busca asegurar la protección de las garantías procesales de las partes recurrentes.

B. La anulación de laudo arbitral

En esa línea de ideas, tal como se ha ido esbozando de forma preliminar, la anulación del laudo arbitral es un instrumento de control formal formulado por las partes en sede judicial para solicitar la revisión de un pronunciamiento de los árbitros, alegando algunas vulneraciones de las garantías procesales. En ese sentido, es relevante enfatizar que el laudo arbitral no tiene verdadera eficacia con su notificación sino únicamente cuando ha pasado el plazo correspondiente para que alguna de las partes formule una anulación, dado que se encuentra latente la formulación de alguna anulación.

Por consiguiente, la finalidad de la anulación como mecanismo de control formal, más allá de todo, es mantener el orden dentro del ordenamiento jurídico peruano. Desde la perspectiva de mantener la jerarquización del ordenamiento jurídico, se infiere que la anulación busca de forma precisa que el arbitraje respete ciertos derechos más importantes, como los son los procesales.

En ese sentido, existen diferentes acepciones para la definición de laudo arbitral, primero que el único medio impugnatorio contra el laudo; segundo que, no es un recurso sino un medio extraordinario que busca impugnar el laudo; tercero que es una impugnación rescindente¹⁴.

Así pues, si se presenta una anulación contra un laudo arbitral, después que este haya pasado de forma exitosa el camino de la anulación recién podría el pronunciamiento final de los árbitros tener efectos jurídicos. Sin embargo, los autores sostienen que el arbitraje es una relación contractual con efectos jurídicos y, en consecuencia, el único medio para refutar su validez es solicitar la anulación del fallo arbitral aceptado por las mismas partes¹⁵. En esencia, Villarroel concluye que mediante la anulación se busca efectuar una revisión formal y verificar si el pronunciamiento arbitral es válido o no, debiendo la recurrente sustentar su solicitud únicamente en los supuestos de anulación reguladas y determinadas en la norma¹⁶. Desde otra perspectiva Villarroel, refiere que la anulación arbitral no se encuentra identificado como un recurso toda vez que no tiene como finalidad impugnar lo resuelto en un laudo arbitral, y tampoco es una segunda instancia toda vez que no se revisa el fondo de la controversia, bajo ninguna perspectiva fáctica ni jurídica.

¹⁴ CAMPOS GARCÍA, Héctor, “Apuntes respecto de la validez de los acuerdos procesales que condicionan el acceso a la anulación de laudo a la Constitución de una garantía en el ordenamiento jurídico peruano”, Lima, *THEMIS Revista de Derecho* N° 76, pp. 336-337.

¹⁵ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando - REPETTO, José L., “La naturaleza jurídica del Arbitraje según el Tribunal Constitucional peruano: Riesgos en el camino”. *Forseti. Revista de Derecho* N° 2, Lima, pp. 108.

¹⁶ VILLARROEL SALVATIERRA, *Arbitraje, Control Judicial y Orden Público*, pp. 78.

Por su parte Julio Wong refiere que la anulación realiza un examen con el propósito de verificar si en el pronunciamiento de los árbitros se configura alguna de los supuestos regulados como infracciones a las garantías procesales en la Ley de Arbitraje, toda vez que resolver la anulación únicamente puede verse sustentado en que alguno de estos supuestos se configure en el mismo¹⁷. En ese sentido, el Decreto Legislativo N°1071 regula que la anulación se solicita cuando se pruebe: a) que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz, b) que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos, c) que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable o al Decreto Legislativo, d) que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión, e) que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional, f) que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional y, g) que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes.

Desde otra perspectiva, Fernando Vidal indica que la antigua Ley General de Arbitraje en su apartado 161 regulaba la finalidad de la anulación señalando que versa en examinar si el pronunciamiento arbitral es válido o no, pero nunca sobre la validez de los argumentos de fondo de la materia, en consecuencia, el magistrado que revisaba el laudo debía resolver únicamente si esta era válido o nulo¹⁸. Empero, cuando se declara la nulidad de un laudo arbitral, es decir cuando se declara nulo un laudo arbitral, se priva de los resultados de la decisión en su condición cosa juzgada, suspendiendo los efectos del laudo arbitral y afectando no solo al laudo arbitral sino también a todo el proceso arbitral¹⁹. La restricción de la anulación de laudo arbitral se encuentra en la proscripción de los magistrados de emitir un pronunciamiento sobre los argumentos de fondo o el razonamiento de los árbitros de conformidad a la ley que norma el arbitraje; en consecuencia, esto implica que los magistrados no cuestionen ni se pronuncien acerca del razonamiento, la valoración, esquematización, decisión, y planteamiento de los árbitros.

De igual manera, desde la opinión de Caivano en la última etapa del arbitraje, se puede advertir la aplicación de los elementos del control formal a través del reconocimiento de efectos al pronunciamiento de los árbitros; caso contrario ante alguna evidencia de vulneración al orden público se configurará un supuesto de anulación del fallo de los árbitros y en consecuencia, no se reconocerá de los resultados del pronunciamiento arbitral²⁰. Por consiguiente, desde la perspectiva del autor argentino la anulación de laudo arbitral tiene un objetivo positivo, toda vez que permite ratificar que el pronunciamiento de los árbitros no ha transgredido ningún derecho procesal.

Sin perjuicio de lo antes señalado, Sherin Limas refiere que lo más cuestionable respecto al control judicial es que algunos magistrados que revisan la validez del laudo no conocen de forma cierta

¹⁷ WONG ABAD, Julio M, *La motivación defectuosa como causal de nulidad del laudo*, Jurista Editores, Lima, pp. 84.

¹⁸ VIDAL RAMÍREZ, Fernando, *Manual de Derecho Arbitral*, Gaceta Jurídica, Lima, pp.

¹⁹ WONG ABAD, *La motivación defectuosa como causal de nulidad del laudo*, pp. 86.

²⁰ CAIVANO, Roque. Arbitrabilidad y Orden Público. *Foro Jurídico*, (12), 2013 pp. 62-78.

cómo funciona el arbitraje y eso repercute en cómo se manifiesta el control judicial²¹. Sobre la especialidad o el conocimiento del arbitraje Cantuarias y Repetto²² expresan que la mayoría de los debates sobre las actuaciones arbitrales y la participación judicial se condicionan en cómo se interpreta el arbitraje; de forma adicional, la respuesta a estos debates se encuentra vinculada al origen sobre la naturaleza del arbitraje.

En ese sentido, tenemos que la anulación no es un recurso toda vez que los recursos tienen una esencia impugnatoria, sin embargo, la anulación del laudo arbitral no tiene como finalidad impugnar sino examinar. De ese modo, la anulación es una figura de control formal de la sede judicial que tiene como propósito efectuar una verificación de aspectos formales más no sustanciales, acerca de la no transgresión de los derechos procesales, o de la protección de las garantías procesales.

Teniendo en consideración el área de revisar a Lima, de un marco de 440 sentencias de anulación fueron declaradas procedentes únicamente el 91% esto es 399 pedidos, ahora bien de estas sentencias la mayoría de los magistrados desestima la demanda toda vez que se ha determinado que de las 399 sentencias únicamente el 18% es declarado fundado esto es 70 sentencias; empero, el porcentaje de sentencias fundadas es alto si lo comparamos con países como Austria (3,6 %), Inglaterra (0,89 %),⁵ Suecia (9 %), Suiza (7,53 %) o China (10,5 %). De ese modo, es posible cuestionarnos si ahora se están anulando más laudos que antes o es que se están anulando laudos que no deben ser anulados, los datos estadísticos no nos permiten tener una respuesta clara²³, empero, si es posible tener una aproximación para alcanzar más detalles sobre la situación de los laudos arbitrales y su anulación. El autor señala que el aumento de los laudos arbitrales anulados podría deberse a una tendencia “pro anulación” en las cortes judiciales²⁴, sin embargo, también podría deberse al aumento de los centros de arbitrajes sin la institucionalidad adecuada, la sofisticación correcta en las partes y en el proceso.

IV. PROCEDIMIENTO EN OTROS MARCOS LEGALES, LA ANULACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

Con la finalidad de tener un panorama general respecto al control judicial que efecto la jurisdicción ordinaria, se procederá a revisar el mecanismo jurídico que aplican diferentes países para examinar la validez del pronunciamiento arbitral.

A. España

De ese modo, en España los procesos arbitrales han sido normados en la Ley de Arbitraje Ley 60/2003 donde se desarrollan todos los ámbitos correspondientes del procedimiento arbitral. Respecto al laudo, la ley antes señalada enfatiza que no existe un recurso de apelación contra los laudos arbitrales; sin embargo, tal y como lo regula la normativa los laudos arbitrales pueden ser anulados o revisados. Por consiguiente, en la referida ley se regula la anulación con seis (6) causales

²¹ LIMAS CALDERÓN, “Los Fantasmas que nos Persiguen: Judicialización del Arbitraje: ¿Un Problema Latente o Superado?”, pp. 490.

²² CANTUARIAS SALAVERRY - REPETTO, “La naturaleza jurídica del Arbitraje según el Tribunal Constitucional peruano: Riesgos en el camino”. pp. 99.

²³ WONG ABAD, *Et al.*, *Estudio de anulación de laudos 2022*, pp. 13-16.

²⁴ WONG ABAD, *Et al.*, *Estudio de anulación de laudos*, 2022, pp. 13-16.

determinadas como son la inexistencia de la cláusula arbitral, indebida notificación de un árbitro o una actuación, no hacer valer sus derechos, pronunciamiento del tribunal sobre temas no sometidas a su competencia o arbitrales, que el proceso no se haya seguido en armonía a las reglas procesales y la norma, y que el pronunciamiento arbitral sea opuesto al orden público.

Por otro lado, la misma normativa regula la revisión de laudo arbitral pese a tener la condición de *res judicata*. Es imprescindible enfatizar que la normativa española regula que ante el laudo arbitral únicamente cabe la posibilidad de interponer una acción de anulación, empero, también se puede solicitar la revisión del pronunciamiento arbitral si se cumple alguno de los supuestos del artículo 510 de la Ley Enjuiciamiento Civil frente a sentencias que han obtenido la calidad de firmes.

Dicho artículo norma que cabe la probabilidad de revisar el pronunciamiento arbitral pese a tener la condición de sentencia firme cuando surjan nuevas pruebas que no se hubiera podido disponer, que la resolución haya sido fundamentada en medios probatorios declarados falsos con posterioridad, que se hubiera configurado cohecho, violencia o maquinación fraudulenta.

Finalmente es relevante resaltar que la normativa española destaca que el arbitraje no tiene instancias posteriores, por lo que no cabe la eventualidad de una instancia de apelación, y es en razón a ello, que la anulación no es llamada recurso de anulación como lo es en otros países. No obstante, cuando se hace referencia a la revisión de sentencias firmes si se hace referencia al recurso de revisión de sentencias. Una apreciación adicional sobre ello es que, la magistrada Viera²⁵ en la conferencia denominada “Un centro de arbitraje para las américas” del Congreso de Arbitraje Nacional e Internacional explica que el Tribunal de Madrid intenta garantizar el estado de derecho en las personas que inician un arbitraje y es debido a ello que no solo se tramita la anulación del pronunciamiento arbitral verificando la no vulneración de los derechos procesales y el orden público sino que además estudian el fondo del pronunciamiento arbitral cuando advierten que la sustentación del laudo es incongruente e inmotivado.

B. Chile

En Chile, la anulación de laudo se encuentra regulada en Ley N°19971 sobre la conocida Ley de arbitraje comercial internacional en el Capítulo VII acerca de la impugnación de laudos arbitrales. En esa línea dicha normativa en el artículo 34 establece que la solicitud de nulidad contra el pronunciamiento arbitral es el único recurso que se puede formular.

De ese modo, las causales se dividen en dos situaciones causales donde el laudo arbitral únicamente puede ser objeto de anulación cuando las partes prueben: que una de ellas tenía una incapacidad o que el pacto arbitral no tiene validez, que ha existido una indebida notificación de las actividades arbitrales o que no ha ejercido sus derechos, que se han pronunciado sobre materias fuera del convenio de arbitraje, que las actividades no han seguido el convenio entre las partes. La segunda situación para requerir la anulación del laudo es cuando los árbitros acrediten que la materia de

²⁵ VIERA HULBERT, Andrea, Control Judicial de Laudos Arbitrales en Otros Países. Una pincelada del Congreso del CAC en Bogotá, 01/05/2017, disponible en <https://linkedin.com/pulse/control-judicial-de-laudos-arbitrales-en-otros-paises-andrea/>

controversia no se encuentra facultada a ser sometida a arbitraje, o que el laudo arbitral es opuesto a derecho.

Sin perjuicio de lo desarrollado de forma previa, la Ley de arbitraje comercial internacional además norma la potestad de poder denegar la ejecución de un pronunciamiento arbitral, que en otras palabras es una forma indirecta para que un laudo arbitral no tenga efectos. Por consiguiente, algunas de las causales pueden ser la incapacidad de alguna de las partes afectadas, indebida notificación, arbitrabilidad de las materias. Es valioso revisar que la examinación del pronunciamiento arbitral en el caso chileno es que se ejerce un doble control de parte de la jurisdicción ordinaria hacia el laudo arbitral.

C. Colombia

Por otro lado, en el caso colombiano, dicho país ha regulado como extraordinario la anulación que se pueda formular ante un pronunciamiento arbitral. Así pues, de conformidad con la Ley N°1563 sobre el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, se norma la anulación dándole la calidad de un recurso extraordinario que debe de ser interpuesta ante los mismos árbitros para que estos remitan la anulación a la sede judicial correspondiente.

Por consiguiente, los supuestos regulados en la Ley antes señalada son las siguientes: la no presencia de una cláusula arbitral, caducidad del petitorio, falta de competencia de los árbitros, la invalidez de la constitución del tribunal, indebida representación, indebida notificación, no haberse actuado una prueba decretada sin razón, emitir el laudo después del plazo, haber emitido un laudo de conciencia y no uno de derecho, fundamentos contradictorios, errores u omisiones materiales, resolver sobre materias no sometidas a su competencia.

Por lo cual, para el ex Magistrado de la Corte Constitucional de Colombia Dr. Carlos Henao²⁶ en la conferencia denominada “Un centro de arbitraje para las américas” del Congreso de Arbitraje Nacional e Internacional refiere que durante la revisión de la anulación del pronunciamiento arbitral se ha advertido que los límites de revisión de garantías procesales se han sobrepasado. Asimismo, el magistrado agrega que en caso alguno de los recurrentes alegue la infracción de derechos constitucionales en un recurso de anulación la Corte Constitucional también realiza un segundo escrutinio del laudo arbitral verificando no sólo el procedimiento sino también de cuestiones de fondo.

D. Francia

En el caso francés el *Code de procédure civile* en el Libro IV, y el Título Ier del artículo 1442 a 1503 regula el arbitraje interno, en el Capítulo VI, Sección primera regula sobre los remedios o recursos se regula *l'appel*, esto es la figura de la apelación. De ese modo, el artículo 1489 refiere en primer lugar que el pronunciamiento arbitral no es pasible de ser impugnado a excepción de algún pacto contrario de las partes; de forma posterior se enfatiza que la apelación puede solicitarse la modificación o anulación de laudo arbitral ante los mismos árbitros.

²⁶ VIERA HULBERT, Control Judicial de Laudo Arbitrales en Otros Países.

Por otro lado, de forma específica la misma normativa en su segunda sección regula los recursos de anulación señalando que se puede interponer una anulación a excepción que se haya convenido proceder con la apelación del pronunciamiento arbitral. En este punto es interesante la diferencia que se hace respecto a la apelación y el recurso de anulación, siendo que este último hace referencia a la examinación de materias de forma del procedimiento.

En consecuencia, la anulación de un pronunciamiento arbitral en Francia regula las siguientes causales: que el tribunal arbitral sea incompetente, constituir de forma irregular el tribunal, que los árbitros no hayan omitido resolver sobre alguna cuestión, no haya un contradictorio correspondiente, que el laudo sea contrario a derecho, falta de motivación, no tiene datos requeridos formales. Por último, es significativo que la misma norma regula que, a excepción de que exista un pacto en contrario entre las partes, el juez puede pronunciarse sobre el fondo del conflicto durante la anulación.

E. Estados Unidos

En los Estados Unidos de América el arbitraje se encuentra regulado de forma mayoritaria en el cuerpo normativo denominado *Uniform Arbitration Act* del año 2000, donde se regula que el arbitraje es uno de los modos imparciales de escuchar los fundamentos de dos partes para obtener un pronunciamiento vinculante conocido como “*arbitration award*”. Es preciso señalar que el *Uniform Arbitration* del año 2000 ha sido adoptado por dieciocho estados, mientras que casi otros treinta y cinco estados adoptaron la versión inicial de *Uniform Arbitration Act*.

Una diferencia particular en el arbitraje, al igual que en otros marcos legales, es que el arbitraje en los Estados Unidos de América tiene un derecho de apelación muy restringido. Otra diferencia es que las normas legales en este país regulan el arbitraje en diversos cuerpos legales, debido a su división política a grado estatal y federal.

En esa línea de ideas, se advierte que en la sección 20 del cuerpo legal, se regula los supuestos en el que el árbitro podría modificar o corregir un laudo, entre algunos de los motivos se encuentran errores aritméticos, o errores de descripciones o redacción, laudo sobre cuestiones no sometidas a su competencia, temas formales. porque el laudo no es definitivo acerca de la controversias, para interpretar o aclarar el laudo, Por otro lado, los supuestos para anular un laudo durante el procedimiento de arbitraje se encuentran reguladas en la sección 23, señalando que existen indicios de corrupción, fraude u otros indebidos, parcialidad evidente por parte de algún árbitro, mala conducta o corrupción de los árbitros durante el arbitraje, un árbitro se excedió de sus poderes, no hubo acuerdo para someter a arbitraje, falta de notificación para el inicio del arbitraje,

En esa línea de ideas, en la sección Nº 28 se regula las apelaciones estableciendo de forma taxativa las situaciones en que correspondan, una orden que deniegue la ejecución de un arbitraje, una orden que modifique o deniegue la confirmación del laudo, una sentencia que anula un laudo sin ordenar una nueva audiencia, una

Asimismo, debido a que es aceptable arbitrar diferentes controversias, el arbitraje en dicho país admite que diferentes controversias con sus correspondientes marcos legales sean resueltos por

tribunales arbitrales. En esa línea de ideas, es interesante señalar que en Nueva York se aplica el artículo 75 de *New York Civil Practice Law Rules*, donde se regula que “*Vacating or modifying award*”, esto es solicitar anular o modificar un laudo dentro de los noventa días después de su notificación. En esa línea de ideas, se puede anular el laudo entre otros, cuando uno de los derechos de algunas partes haya sido vulnerado, evidencia de corrupción o fraude, parcialidad de un árbitro designado. Por otro lado, se puede modificar un laudo, cuando existan errores aritméticos, o formales, laudos sobre temas fuera de su competencia, errores formales.

Por todo lo expuesto, se puede señalar que la norma arbitral de Estados Unidos de América regula la apelación en una corte en situaciones muy determinadas y previamente reguladas en el mismo cuerpo normativo. Sin embargo, siempre se deja constancia que no se podrá volver a resolver sobre los argumentos de fondo con el objetivo de tener procedimientos de arbitraje eficientes garantizando la tutela efectiva, y la validez de los laudos.

En ese sentido, el derecho de apelar una decisión o impugnar un pronunciamiento tal como se encuentra establecido en la doctrina procesal no es un derecho en el arbitraje como en las cortes. Salvo que alguna de las partes haya determinado este derecho dentro de sus acuerdos arbitrales, el Centro de Arbitraje elegido tratará esta situación como un nuevo proceso, de conformidad con los supuestos taxativos para apelar un laudo arbitral.

En suma, después de la verificación del tratamiento de la anulación de laudo arbitral en diferentes países de América como de Europa, se puede señalar que existen grandes diferencias. En esa línea de ideas, en algunos países queda claro que contra el laudo arbitral no existe la posibilidad de interponer una impugnación, a excepción que las partes pacten lo contrario. Lo último, es sin duda alguna la manifestación más extensa de la soberanía de la autonomía de las partes para poder establecer las reglas del proceso, esto en el caso de Francia, se puede efectuar tanto para casos formales como de fondo. Por otro lado, se advierte que en algunos países procede la examinación del laudo arbitral verificando cuestiones de fondo siempre que se alegue la vulneración a algún derecho fundamental de las personas relacionadas con las garantías procesales, como el debido proceso.

V. EL SURGIMIENTO DEL AMPARO ARBITRAL

En esa línea de ideas, resulta importante comprender el panorama de todas las circunstancias que existen alrededor de la procedencia o no de una anulación de laudo arbitral, puesto que está a consideración de algunas partes sería la única forma y la última forma para poder impugnar la decisión arbitral por temas formales relacionados con los derechos procesales.

En esa medida, sobre los efectos jurídicos obtenidos por la anulación sostienen que la prueba más tangible de que pese que se considere que las aguas se han calmado pero que el problema podría retornar es que alguno de los sujetos inicie alguna acción de amparo contra el fallo arbitral²⁷. En ese panorama, los derechos y garantías procesales serán examinadas de modo concurrente con la

²⁷ CANTUARIAS SALAVERRY - REPETTO, “La naturaleza jurídica del Arbitraje según el Tribunal Constitucional peruano: Riesgos en el camino”. pp. 108.

característica de cosa juzgada de las resoluciones arbitrales, con esa solución, se determinan sugerencias para levantar observaciones y también inspeccionar el nacimiento de otras formas constitucionales que tengan como objetivo como impugnar en toda instancia los laudos arbitrales.

Si bien la interposición o formulación de un amparo contra un laudo arbitral no se encuentra determinado en algún cuerpo normativo, esto aún es un tema cuestionado en el arbitraje toda vez que se considera que este amparo significaría una acción de garantía.

Cabe precisar que el amparo es un proceso cuyo objetivo es tutelar el contenido primordial de los derechos humanos regulados en la norma constitucional y los adoptados mediante tratados internacionales también. En ese sentido, la acción de amparo procede ante ciertas situaciones como hechos u omisiones por parte de un sujeto respecto a la transgresión de los derechos constitucionales, salvo el de la libertad.

En esa línea de ideas, bajo el principio de legalidad, no se determina de forma literal el amparo frente a las resoluciones arbitrales, sin embargo, estas han surgido en razón al déficit de respuesta por parte del Poder Judicial en diferentes controversias. De ese modo, *“las discrepancias sobre las obras que el Estado encargaba no podían esperar años a que el Poder Judicial emitiera una resolución firme”*²⁸, por lo que los sujetos recurrían al arbitraje para poder resolver de forma eficaz la controversia. Empero, luego de notificado el laudo arbitral la parte perdedora en el proceso arbitral recurrió ante la anulación de laudo, y aún más la parte que perdía dicha anulación de laudo, ha estado recurriendo al supuesto de amparo arbitral.

Por ende, *“en la tesis constitucional, procede un amparo cuando se violan derechos fundamentales”*²⁹ que no puedan ser reparados bajo ningún modo, así pues, las partes sometían a un amparo un pronunciamiento arbitral bajo el entendido que en el proceso arbitral se había vulnerado un derecho fundamental como el debido proceso, entendiendo que esta es una vía absolutamente excepcional y así lo ha señalado el Tribunal Constitucional luego de un largo proceso de fallos contradictorios.

En el año 2006, en el caso *Cantuarias*, el Tribunal Constitucional señaló claramente, que se puede cuestionar los laudos arbitrales en la vía del amparo contra laudo, señalando que antes de formular un amparo debe agotarse la vía previa. De ese modo, la sentencia del caso *Cantuarias* señala que el control judicial sobre los laudos arbitrales debe ser ejercido de forma posterior, es decir, después de haberse emitido un laudo arbitral, mediante los recursos de anulación de laudo determinados en la Ley de Arbitraje, de esa forma se evitaría que los jueces interfieran al arbitraje como consecuencia del principio de inevitabilidad del arbitraje³⁰.

En el año 2011 mediante el caso *María Julia*, el Tribunal Constitucional corrigió lo dispuesto en el precedente antes señalado, determinando los supuestos en los que procede un amparo contra un laudo arbitral, y, además, señaló enfáticamente que el recurso idóneo para cuestionar un laudo es la

²⁸ BLUME CILLONIZ, “El Amparo contra Laudo Arbitral, Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima”.

²⁹ BLUME CILLONIZ, “El Amparo contra Laudo Arbitral, Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima”.

³⁰ FEIJÓO CAMBIASO – REGGIARDO SAAVEDRA, *El amparo arbitral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, pp. 16.

anulación, siendo el Amparo contra Laudo, excepcional. En consecuencia, este precedente, determina pocas posibilidades de formular un amparo después de ya haber formulado una anulación de laudo arbitral y haber fallado en contra.

En este precedente se fijan los criterios de procedibilidad de un amparo contra laudo arbitral, por tal razón, son estos los contenidos aplicables actualmente; además distingue cuando se está ante una vía previa o una vía igualmente satisfactoria respecto al proceso de amparo³¹. De ese modo, el precedente vinculante regula los supuestos de procedencia y también los de improcedencia acerca de formular un amparo arbitral contra un laudo. En consecuencia, el Expediente N°00142-2011-PA/TC caso sociedad Minera de Responsabilidad Limitada María Julia, en su fundamento 20 determina entre otras reglas las siguientes: el recurso de anulación es una vía procedimental específica igual de satisfactoria para la protección de derechos constitucionales como lo es un amparo; no procede el amparo para la protección de derechos como el debido proceso o la tutela procesal efectiva; cuando no exista un convenio arbitral entre las partes o se haya resuelto sobre materia no arbitrable, toda vez que corresponde la formulación de una anulación. Por otro lado, el expediente vinculante antes referido ha determinado que es procedente el amparo arbitral cuando: se haya vulnerado algún precedente vinculante constitucional; se haya aplicado control difuso sobre una norma constitucional; sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral.

En ese sentido, el precedente "*María Julia*" tiene como finalidad desmotivar la formulación descontrolada del recurso de amparo contra los laudos arbitrales al determinar un catálogo taxativo de supuestos de admisión para el amparo contra el laudo; empero, luego se han publicado algunas resoluciones constitucionales que expanden la admisión del amparo arbitral, fijándose nuevos supuestos que aperturaron la probabilidad de controversiales resoluciones diferentes al laudo arbitral³². Por consiguiente, la solución del Tribunal Constitucional ha llevado a concebir a la anulación de laudo como un medio específico igualmente satisfactoria respecto al proceso de amparo para la tutela de derechos fundamentales vulnerados en un arbitraje; de ese modo, se deja de lado la tesis inicial de la existencia del agotamiento de la vía previa como parte integrante del procedimiento arbitral³³.

VI. PROPUESTAS

Teniendo en consideración todo lo expuesto, de forma previa el panorama actual en el arbitraje es claro, contra un laudo arbitral únicamente puede ser formulada una anulación, teniendo como objetivo aplicar el control judicial respecto a la no transgresión de las garantías procesales. En esa medida, los perdedores en el arbitraje suelen tratar de impugnar el laudo contra todo propósito con la finalidad de cambiar el pronunciamiento de los árbitros, pese que legalmente no existe posibilidad alguna de cambiar dicho pronunciamiento.

³¹ FEIJÓO CAMBIASO – REGGIARDO SAAVEDRA, *El amparo arbitral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, pp. 59.

³² FEIJÓO CAMBIASO -REGGIARDO SAAVEDRA, *El amparo arbitral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, pp. 29.

³³ FEIJÓO CAMBIASO - REGGIARDO SAAVEDRA, *El amparo arbitral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, pp. 33-34.

Es oportuno señalar que el pronunciamiento arbitral no puede ser modificado debido a que tiene la calidad de cosa juzgada no hay instancias para impugnar y no hay apelaciones contra el mismo. En ese sentido, los sujetos suelen usar en primer lugar la anulación, y en segundo lugar últimamente suelen usar el amparo como una forma de impugnar el pronunciamiento arbitral, tergiversando su finalidad. En consecuencia, el laudo arbitral está siendo atacado desde diferentes perspectivas con el objetivo de tener un laudo a su favor, y dejando de lado que en un primer momento se aceptó la condición de que el laudo no puede ser apelado.

Asimismo, es interesante verificar cómo cambian los intereses en los sujetos, y se apropia de este la decisión de obtener bajo cualquier circunstancia un laudo a su favor, dejando de lado el conocimiento del funcionamiento del arbitraje, la condición de cosa juzgada de un laudo arbitral, y más aún el respeto a la contraparte para poder ejecutar un laudo arbitral que no le ha sido favorable.

En esa línea de ideas, resulta de vital importancia sugerir algunas propuestas para evitar que el laudo arbitral pueda evitar ser trastocado durante mucho tiempo, y tenga casi una inmediata ejecución. En esa medida, se puede establecer el escrutinio, como la confirmación exterior o ajena, de que el Laudo es uniforme y respetuoso de las garantías procesales, un trabajo similar al que hacen los magistrados de las Salas Comerciales al momento de evaluar la anulación de laudo arbitral. Por consiguiente, mediante la obligación del escrutinio se reduciría la probabilidad de que los sujetos puedan recurrir a una instancia judicial para revisar el laudo arbitral, dado que de forma preliminar se podrían corregir ciertos errores formales y procesales con el objetivo de prever la subsanación de los mismos de forma anticipada. Así pues, mediante la subsanación de estos errores procesales por parte del tribunal arbitral, el laudo arbitral sería un pronunciamiento mucho más pulcro, y podría sin dilación ser ejecutada.

Por otro lado, la determinación de las causales de anulación de laudo arbitral, como el establecimiento de los supuestos de procedencia para el amparo “arbitral” permite que exista un catálogo taxativo de situaciones que no pueden ser interpretadas. Así pues, se logrará disminuir la formulación de anulaciones de laudo o amparos “arbitrales” que no cuenten con fundamentos fuertes o correctos, que no tenga otra finalidad más que cambiar la decisión del pronunciamiento arbitral. Sin perjuicio de lo antes referido, sería mucho oportuno ampliar las circunstancias donde se aplican los supuestos para la anulación y el amparo para que se sepa de forma cierta cuándo procede o no.

Asimismo, una medida que ha sido bastante cuestionada y contrapuesta en el arbitraje ha sido la publicidad de laudos arbitrales, dado que choca con la confidencialidad de estos, siendo ambos dos beneficios en el mundo arbitral que no pueden coexistir al mismo tiempo.

Respecto a la publicidad de laudos se debe señalar que permite definir y fijar los criterios tipo precedentes vinculantes que ayude a los árbitros y magistrados para resolver de modo coherente y congruente. Por lo tanto, la recomendación de establecer precedentes arbitrales mediante la publicidad de laudos establecerá el camino para que se pueda solucionar de forma correcta una controversia y como se pueda verificar de forma rápida alguna vulneración a las garantías procesales. De forma adicional, algunos beneficios para esta medida son: el desarrollo del Derecho;

la certidumbre y seguridad jurídica, consistencia; educación y aprendizaje; calidad de los laudos, desmonopolización y legitimidad; equidad procesal entre jugadores primerizos y jugadores repetidos; y transparencia y anticorrupción³⁴.

Por otro lado, la confidencialidad en el arbitraje ha sido definida como uno de los beneficios más trascendentes para los usuarios, empero, dicha cualidad ha sido objeto de críticas en todo el ámbito jurídico³⁵, debido al secretismo que existe en la forma de resolver, el resultado al que se llega, y el razonamiento que se aplica.

Por último, una medida para evitar que exista alguna parte del arbitraje que insista de forma ilógica con la apelación del laudo, sería la aplicación de acuerdos en las reglas o en el convenio arbitral para que proceda o no proceda una impugnación contra el laudo arbitral. Respecto a la aplicación de esta medida, es preciso señalar que no es una novedad, sino que es un acuerdo que suele advertirse en algunos procedimientos con partes sofisticadas e internacionales, toda vez que permite que el pronunciamiento final del árbitro sea ejecutado y confirmado cuando este sea notificado a las partes. Sobre ello, cabe señalar que *“no se vulnera el derecho de acceso a la justicia, ni el derecho a la impugnación, ni el principio de gratuidad de la administración de la justicia”*³⁶.

VII. CONCLUSIONES

La anulación de laudo es una expresión del control judicial establecido de forma constitucional en las leyes de cada país donde exista el arbitraje, si bien existen diferentes formas de manifestación de estas herramientas, todas mantienen similares cualidades, en razón a que el arbitraje de forma internacional tiene las mismas cualidades en la mayoría de marcos legales. Es oportuno precisar que la anulación de laudo tiene como finalidad revisar que no se haya transgredido las garantías procesales, sin que se toque algún argumento de fondo o el razonamiento de los árbitros. Lo antes señalado no tiene naturaleza impugnatoria sino más bien asistencial, puesto que permite verificar la existencia de algún vicio procesal que pueda ser subsanado por los árbitros de forma posterior.

Si bien los sujetos tratan de encontrar todas las medidas posibles para poder apelar y cambiar la decisión de los árbitros en el laudo, contradiciendo su inicial pacto de respetar la validez del laudo arbitral, el ordenamiento jurídico, y la normativa arbitral, no cabe la posibilidad de que las partes cuestionen lo resuelto en un laudo arbitral, toda vez que en esta vía no se encuentra regulada la segunda instancia y mucho menos la apelación. El estándar del control judicial que ejercen los magistrados de la Sala Comercial del Poder Judicial se encuentra delimitado en primer lugar bajo la idea de revisar solo aspectos formales del laudo arbitral, y en segundo lugar la prohibición de revisar aspectos sustanciales del laudo arbitral. En consecuencia, los magistrados se encuentran restringidos de revisar, analizar, criticar, o cuestionar el razonamiento contenido en el laudo arbitral.

³⁴ BERKEMETER OLAECHEA, Fernando, Publicidad de laudos arbitrales en el arbitraje comercial: ordenando la discusión, *THEMIS Revista de Derecho* N°76 1ra Ed., Lima, pp. 327.

³⁵ BERKEMETER OLAECHEA, Publicidad de laudos arbitrales en el arbitraje comercial: ordenando la discusión, pp. 316.

³⁶ CAMPOS GARCÍA, Héctor, Apuntes respecto de la validez de los acuerdos procesales que condicionan el acceso a la anulación de laudo a la Constitución de una garantía en el ordenamiento jurídico peruano, *THEMIS Revista de Derecho* N°76, Lima, pp. 359.

De alguna forma el recurso de anulación suspende la eficacia del laudo arbitral, toda vez que hasta que la parte ganadora no se encuentre segura que su contraparte no ha formulado un recurso de anulación, no se estará seguro de que pueda ejecutar se forma cierta el Laudo Arbitral. Asimismo, se suspenden todos los efectos jurídicos que pueda tener un pronunciamiento arbitral hasta que él haya terminado el plazo para presentar alguna anulación con él. Empero, de forma sucinta también se ha explicado que aún cuando el plazo para presentar anulaciones ha vencido sin que se haya formulado alguna, aún no existe calma en la tormenta, toda vez que existe la posibilidad de que formulen amparos.

Resulta relevante la determinación de calidad de cosa juzgada que tiene el laudo arbitral, toda vez que no funciona de la misma forma que la calidad de cosa juzgada de las sentencias judiciales; toda vez que la primera admite de alguna forma la revisión en una segunda instancia, mientras que la segunda bajo ningún caso la admite. De ese modo, la calidad de cosa juzgada se evidencia diferente en un laudo y una sentencia.

¿ES NECESARIO REGULAR EL THIRD PARTY FUNDING EN EL PERÚ?

Camila Mendoza¹

Resumen - El presente artículo explora el debate sobre la regulación del *Third Party Funding* en el arbitraje doméstico peruano. Para ello se analiza el rol que juegan factores como: las distintas acepciones del término, su uso en el arbitraje peruano y la regulación de la figura en otras jurisdicciones. De esta manera se concluye que, en el Perú, aún no se han dado las condiciones para regular esta figura.

Abstract - *This article delves into the debate surrounding the regulation of Third Party Funding in Peruvian domestic arbitration. It examines the roles played by various factors, including the differing definitions of the term, its application in Peruvian arbitration, and the regulatory frameworks in other jurisdictions. The analysis concludes that, in Peru, the conditions necessary for regulating this concept have not yet been met.*

I. INTRODUCCIÓN.....	32
II. ¿QUÉ ES EL TPF?.....	32
III. EL ROL DE LA DEFINICIÓN DEL TPF EN EL DEBATE SOBRE SU REGULACIÓN.....	33
IV. EL ROL DEL MERCADO DEL TPF EN EL DEBATE SOBRE SU REGULACIÓN.....	34
V. LA REGULACIÓN DEL TPF.....	36
<i>A. La regulación del TPF en otras jurisdicciones.....</i>	<i>36</i>
<i>B. El estado actual de la regulación del TPF en el Perú.....</i>	<i>37</i>
<i>C. Los motivos para regular el TPF.....</i>	<i>38</i>
VI. CONCLUSIONES.....	39

¹ Abogada por la Universidad de Lima. Asociada en el área de litigación y arbitraje del estudio Cuatrecasas (Perú).

I. INTRODUCCIÓN

El *Third Party Funding* (“TPF”), también llamado *litigation funding*, *dispute finance*, *third party litigation funding* o *champetry*, es, en sus términos más amplios, un mecanismo de financiamiento por el cual un tercero (entiéndase por este término a quien no es parte en un proceso) asume los gastos del litigio de una de las partes.

El TPF no es un fenómeno nuevo. Teniendo sus orígenes conceptuales en el litigio de la antigua Grecia y Roma, el análisis del espacio de esta figura dentro del litigio es vasto. Sin embargo, el uso de este mecanismo en el arbitraje trae su propia serie de desafíos, específicos a este método alternativo de solución de controversias, tales como su impacto en el deber de revelación de los árbitros o el rol que un financiador tiene en el proceso arbitral. Por lo tanto, amerita su propio desarrollo.

Estando a que hoy en día el TPF es un rasgo de la litigación moderna², tenemos que su uso es cada vez mayor en el arbitraje a nivel mundial. De esto se sigue algo inevitable: el debate en torno a la necesidad de su regulación.

En el presente artículo buscamos aterrizar este debate en el contexto del arbitraje doméstico peruano para lo cual exploraremos el rol que juegan diferentes factores en el debate respecto a la regulación del TPF. De esta manera se analizará: (i) el impacto que tienen las distintas acepciones del término TPF en las discusiones sobre la regulación de la figura; (ii) la existencia de un mercado para el TPF en el arbitraje peruano; y finalmente, (iii) el estado del debate sobre la regulación del TPF en otras jurisdicciones y en el derecho peruano.

II. ¿QUÉ ES EL TPF?

La doctrina es pacífica en aceptar que no existe una definición estandarizada de esta figura. Si bien se han realizado esfuerzos para definirla -entre los cuales vale la pena resaltar el del grupo de trabajo de la Universidad Queen Mary y el Consejo Internacional de Arbitraje Comercial en el reporte sobre TPF en arbitraje internacional del año 2018³- el TPF cuenta con innumerables matices que hacen de esta una tarea casi imposible. Por ejemplo, Blackaby y Wilbraham, citando a Parks y Rogers, han identificado hasta 7 tipos de TPF⁴.

² Court of Appeal of England and Wales, Civil Division, “Excalibur Ventures LLC v. Texas Keystone Inc & Ors” [2016] EWCA Civ 1144, Case Nos A3/2015/0443 & A3/2015/0476, 18 noviembre de 2016, Public Source Materials, 1 – 31: 1. “*Third party funding is a feature of modern litigation.*”.

³ International Council for Commercial Arbitration, Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third Party Funding in International Arbitration, *The ICCA Reports N° 4* (2018): 50.

⁴ BLACKABY, Nigel - WILBRAHAM, Alex, “Third-party Funding in Investment Treaty Arbitration”, en YANNACA-SMALL, Katia. (ed), *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues* (Second Edition) (Oxford: Oxford University Press, 2018), 698 – 723: 704-706.

No obstante lo anterior, al desglosar las mismas siglas del TPF encontramos dos elementos que todas las variantes de TPF tienen en común. En primer lugar, tenemos que el TPF es un financiamiento. Por lo tanto, es un mecanismo por medio del cual se proporcionan fondos con el objeto de que se lleve a cabo una actividad. En segundo lugar, tenemos que este financiamiento lo realiza un tercero, entiéndase este término de manera procesal como quien no es parte. En el marco del derecho peruano, “parte constituye “la persona que propone la demanda, y la persona contra quien se la propone”⁵.

De esta manera, en su acepción más básica tenemos que el TPF es un mecanismo por el cual un tercero asume, de manera parcial o total, los gastos del arbitraje (tales como honorarios de los árbitros, de abogados, del centro de arbitraje etc.) de una de las partes.

Existe un tercer elemento del TPF que está presente en muchas de las definiciones que da la doctrina. Este elemento se refiere a que el financiamiento es sin recurso. Muchos artículos definen al TPF como un mecanismo a través del cual un tercero financia los gastos del arbitraje de una parte a cambio de un porcentaje de lo otorgado a dicha parte en un futuro laudo. De esta manera, el acuerdo de TPF es una suerte de inversión en la que el financiador corre con el riesgo enteramente, puesto que no se pacta ningún tipo de garantía. Si la posición de la parte financiada es amparada el tercero recupera su inversión y genera una ganancia, de lo contrario no lo hace.

Yendo un paso más allá, en el TPF sin recurso el financiador suele ser una empresa que se dedica a prestar el servicio de financiamiento de litigio de manera profesional, aunque nada impide que pueda ser una persona natural o jurídica que haya identificado la oportunidad de inversión.

III. EL ROL DE LA DEFINICIÓN DEL TPF EN EL DEBATE SOBRE SU REGULACIÓN

Existen diversos trabajos en los que se analiza y debate la necesidad de regular el TPF. En su mayoría, estos empiezan reconociendo que no se cuenta con una definición uniforme de TPF, pero adoptan una definición que encaja con la del TPF sin recurso, prestada por empresas dedicadas a la prestación de este servicio.

En el caso del arbitraje de inversión es lógico que el TPF sin recurso y prestado por profesionales sea el que se presente con más frecuencia. Esto debido a las cuantías en discusión -aunque cabe señalar que existen casos emblemáticos en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones -CIADI en donde se han realizado financiamientos parciales a cargo de

⁵ PRADO Bringas, R. - ZEGARRA Valencia, O. F. “Litisconsorcio e Intervención de Terceros en el Proceso Civil: Buscando una Nueva Aproximación”, *IUS ET VERITAS*, 24(52), 2016, pp. 298-315. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16389>

ONG's y a manera de "donación"⁶. Sin embargo, este no es necesariamente el caso en arbitrajes nacionales.

En el arbitraje peruano el TPF sin recurso y prestado por profesionales no es ajeno. Incluso existe una gestora de inversiones con sede en Perú y conformada por peruanos que ofrece los servicios de financiamiento sin recurso, financiamiento por deuda e incluso compra del laudo arbitral⁷.

Sin embargo, existen otras modalidades de TPF que sospechamos se dan con mayor regularidad en nuestro mercado:

- i) El financiamiento por abogados: realizado a través del trabajo pro-bono, honorarios en los que el pago depende del éxito, y/o honorarios en donde se ofrece un descuento que posteriormente será reembolsado y aumentado en caso de éxito⁸;
- ii) El financiamiento realizado a través del grupo de empresas: realizado cuando una empresa, que no es parte del proceso, asume el pago de los gastos del arbitraje de otra empresa que forma parte del mismo grupo empresarial.

De esta manera, en el marco del debate sobre la regulación del TPF es necesario arribar a un consenso sobre la definición del TPF ya que de ello depende la inclusión o exclusión de determinadas variantes de esta figura.

IV. EL ROL DEL MERCADO DEL TPF EN EL DEBATE SOBRE SU REGULACIÓN

Antes de regular cualquier figura es necesario preguntarse si es que esta es utilizada de manera suficiente para ameritar su regulación. Es lógico pensar que, si el TPF no se utiliza más que en unos cuantos casos, no valdría la pena gastar esfuerzos en regularla.

En el Perú, no hemos podido encontrar datos sobre el tamaño del mercado del TPF. Sin embargo, estos datos si se encuentran para otras jurisdicciones. Por ejemplo, en Estados Unidos tenemos que el mercado del TPF alcanzó los 2.8 miles de millones en el año 2021⁹ y en el Reino Unido se estima

⁶ Por ejemplo, véase el caso CIADI ARB/10/7 llevado ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones -CIADI, en el marco del Tratado Bilateral de Inversión entre la República Oriental del Uruguay y la Confederación Suiza. En este "Campaign for Tobacco Free Kids" apoyó en el financiamiento de la defensa de la República Oriental del Uruguay en los seguidos por la empresa tabacalera Philip Morris.

⁷ Lex Finance, "Nosotros" disponible en:

<https://lex-finance.com/ES/#about-us>

⁸ BLACKABY, Nigel - WILBRAHAM, Alex, "Third-party Funding in Investment Treaty Arbitration", en YANNACA-SMALL, Katia. (ed), *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues* (Second Edition) (Oxford: Oxford University Press, 2018), 698 – 723: 704-706.

⁹ STORM, Roy, "Big Law Warms Up to Litigation Finance as Deals Pot Hits \$2.8B", *Bloomberg law*, 23/03/22, disponible en:

<https://news.bloomberglaw.com/business-and-practice/big-law-warms-up-to-litigation-finance-as-deals-pot-hits-2-8b>

que el mercado del TPF en el 2023 osciló entre 1.5 miles de millones y 4.5 miles de millones de libras esterlinas¹⁰.

Estas cifras, vistas en conjunto con los múltiples artículos que se escriben sobre el TPF y el hecho de que guías internacionalmente reconocidas como *Chambers and Partners* elaboran rankings sobre empresas que ofrecen servicios de TPF específicamente para arbitrajes¹¹, nos permite concluir que, a nivel mundial, el TPF tiene un mercado de tamaño significativo en el arbitraje.

Si bien no tenemos datos sobre el mercado del TPF en el Perú, sí tenemos datos sobre el mercado de arbitraje en Perú. En el Perú el arbitraje es “el método alternativo de solución de controversias de mayor uso en el ámbito empresarial”¹². En el 2023 el Centro de Análisis y Resolución de Controversias de la Pontificia Universidad Católica del Perú, uno de los principales centros de arbitraje del país, reportó 579 casos nuevos y la mayor cuantía en controversia fue de 89 millones de soles, mientras que en el 2022 se reportaron 576 casos nuevos y la mayor cuantía fue de 360 millones de soles¹³. Adicionalmente, tenemos que el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, otro de los principales centros de arbitraje del país ha administrado más de 7,000 arbitrajes a lo largo de su trayectoria¹⁴.

Uno de los factores que explican el tamaño del mercado del arbitraje en el Perú es que todas las controversias derivadas de las contrataciones con el estado que se dan en el marco del Texto Único Ordenado de la Ley N°30225, deben resolverse vía conciliación o arbitraje¹⁵. Es decir, tenemos un mandato legal que obliga a que estas controversias se resuelvan en arbitraje en lugar de en el poder judicial. A esto se le suma que el poder judicial tiende a tardar varios años en resolver controversias y que, según una encuesta llevada a cabo este año por *Datum International*, el 85% de peruanos desconfía del poder judicial, en su mayoría porque sospechan corrupción¹⁶.

¹⁰ O'NEILL, Emily, “Litigation Funding Overview – United Kingdom”, Deminor, s.f disponible en:

<https://www.deminor.com/en/litigation-funding/global-landscape/united-kingdom/>

¹¹ Litigation Funding: International Arbitration | Litigation Support, Chambers and Partners, disponible en:

<https://chambers.com/legal-rankings/litigation-funding-international-arbitration-global-wide-58:3214:15649:1>.

¹² VENTURA, Marianella, “¿Qué sectores hacen más uso del arbitraje en el Perú?” s.f, disponible en:

<https://www.arbitrajeccl.com.pe/sectores-hacen-mas-uso-del-arbitraje-en-el-peru/>

¹³ Consulta realizada en el foro de transparencia del CARC-PUCP disponible en:

<https://transparencia-arbitraje.pucp.edu.pe/>

¹⁴ Consulta realizada en el foro de transparencia del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima disponible en: <https://www.arbitrajeccl.com.pe/celchatgpt/>

¹⁵ Texto Único Ordenado de la Ley N°30225, Ley de Contrataciones del Estado, art. 45 inciso 1.

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

¹⁶ ORTIZ, Sebastián, “Encuesta de Datum: 85% de peruanos no confía en el Poder Judicial y el 73% en la fiscalía” Diario El Comercio, 14/03/2024 disponible en:

Considerando entonces las circunstancias particulares que hacen que el Perú tenga un amplio mercado de arbitraje, ello nos da un indicio positivo de que existiría también un mercado interesante para el TPF. Esto sumado a que existen fondos de TPF en el Perú, tenemos indicios de que este sería un mecanismo actualmente utilizado.

En base a lo anteriormente expuesto, si bien tenemos indicios de que el TPF si es utilizado en el arbitraje doméstico peruano, sería útil, antes de proceder a su regulación, contar con cifras y datos sobre su uso. Para lograr esto sería interesante realizar un estudio sobre la presencia del TPF en los arbitrajes administrados con los principales centros de arbitraje.

V. LA REGULACIÓN DEL TPF

A. La regulación del TPF en otras jurisdicciones

Parte indispensable del debate sobre la regulación del TPF en el Perú es observar el manejo de otras jurisdicciones al respecto.

El Reino Unido es uno de los países en donde el mercado del TPF se encuentra más desarrollado. De ser una práctica prohibida sobre la base de las doctrinas del *maintenance*, *barretery*, y *champerty*, a tener un mercado de TPF en los miles de millones, el desarrollo de esta figura en el derecho británico es de los más extensos. La industria del TPF en este país es una auto regulada, de manera voluntaria, por organizaciones como la *Association of Litigation Funders*¹⁷. Esta asociación, que en el contexto peruano podría asimilarse a un colegio profesional, tiene su propio reglamento, sanciones y código de conducta.

La Unión Europea, si bien aún no cuenta con regulación al respecto, se inclina por regular el TPF. En el año 2022 el parlamento de la Unión Europea solicitó a la comisión legislar de manera tal que se asegure un TPF responsable. Ello en tanto que se discutió que, al no encontrarse regulado, se podría utilizar el TPF para abusar del sistema por lo que se sugirió sentar estándares mínimos y la inclusión de un sistema de autorización para terceros financiadores, estándares mínimos de independencia, transparencia, un deber fiduciario de los financiadores respecto a las partes financiadas, un tope en el porcentaje de la indemnización otorgada por el laudo que el financiador puede obtener de 25-40%, entre otros¹⁸.

<https://elcomercio.pe/politica/actualidad/encuesta-datum-internacional-el-85-de-peruanos-no-confia-en-el-poder-judicial-y-el-73-no-confia-en-la-fiscalia-noticia/>

¹⁷ Association of Litigation Funders of England and Wales, “About Us”, disponible en:

<https://associationoflitigationfunders.com/about-us/>

¹⁸ The Bar Council, “Keeping hold of the reins: The challenge of regulating third-party funding of litigation” 7/07/23 disponible en:

<https://www.barcouncil.org.uk/resource/keeping-hold-of-the-reins-the-challenge-of-regulating-third-party-funding-of-litigation.html#:~:text=In%20countries%20such%20as%20the,the%20Association%20of%20Litigation%20Funders.>

Adicionalmente, si bien no se trata de la regulación en otra jurisdicción, consideramos pertinente resaltar el trato que las directrices de la *International Bar Association* (“IBA”) sobre conflictos de intereses en el arbitraje internacional del 2014 le dan al TPF. Ello en tanto que, al ser soft law, fungen como guía y no es inusual pactar su aplicación en las reglas que se sientan para cada arbitraje de manera individual en el Perú.

El inciso 6(b) de las mencionadas directrices, leído en conjunto con la explicación al estándar general 6, nos da una definición del tercero financiador e indican que este debe ser revelado ante los árbitros para la correspondiente declaración de imparcialidad e independencia¹⁹.

B. El estado actual de la regulación del TPF en el Perú

En la actualidad, el TPF no se encuentra regulado en el Perú. La ley de arbitraje peruana no contempla disposición alguna sobre el financiamiento de terceros. Ello no es extraño ya que muy pocos ejemplos se encuentran sobre países que hayan integrado disposiciones sobre el TPF en su legislación nacional. Sin embargo, bajo el principio constitucional peruano de que en el derecho privado todo lo que no está prohibido está permitido²⁰, no existe impedimento alguno para que se utilice este mecanismo.

No obstante, al revisar los reglamentos de los principales centros de arbitraje del país podemos ver que CCL²¹, CARCPU²² y el SNA²³ no contienen disposición alguna sobre el TPF. Sin embargo, el Centro Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú (“Amcham”) sí contempla en su Reglamento de Arbitraje²⁴, en vigor desde el 1 de julio de 2021, una disposición sobre el TPF. El artículo 5 del mencionado reglamento se lee de la siguiente manera:

¹⁹ International Bar Association, *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration* (Londres: International Bar Association).

²⁰ Constitución Política del Perú, art. 2.24(a):

“2. *Derechos fundamentales de la persona*

Toda persona tiene derecho:

(...)

24. *A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:*

a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.”

²¹ Reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, disponible en:

https://apps.camaralima.org.pe/repositorioaps/0/0/par/reglamentoarbitraje2017/reglamento_ccl_2017.pdf

²² Reglamento de arbitraje de la unidad de arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, disponible en:

<https://cdn01.pucp.education/carc/wp-content/uploads/2024/04/23223142/2023-002-reglamento-de-arbitraje-de-la-unidad-de-arbitraje-del-centro-de-analisis-y-resolucion-de-conflictos-de-la-pontificia-universidad-catolica-del-pe.pdf>

²³ Resolución N° 016-2004-CONSUCODE/PRE, Texto Único Ordenado del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje Vigente desde el 16 de enero de 2004, disponible en:

https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/377448/R._N_016-2004-CONSUCODE_PRE_-_TUO_del_Reglamento_del_Sistema_Nacional_de_Arbitraje.pdf?v=1603162762

²⁴ Reglamento de arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú, disponible en: <https://amcham.org.pe/wp-content/uploads/2021/05/Reglamento-2021.pdf>

Con el fin de contribuir con el deber de revelación de los árbitros, cada parte, oportunamente, deberá informar la identidad de sus abogados, así como sobre la existencia de sociedades del mismo grupo o de cualquier persona que tenga control sobre la parte que puedan tener vinculación con los asuntos controvertidos o interés en el resultado del arbitraje. Asimismo, la parte deberá informar, oportunamente, sobre la existencia e identidad de cualquier tercero que la esté financiando, total o parcialmente, para asumir los costos del arbitraje.

Del artículo en cuestión podemos ver que está regulado solamente el deber de revelar la existencia e identidad del tercero financiador y que esto debe revelarse, aunque el financiamiento sea parcial.

Tal y como está regulado el artículo, podrían surgirles a las partes preguntas como las siguientes:

- i) Si el abogado de una parte está trabajando con un pago sujeto al éxito ¿debe revelar esto?
- ii) Si la parte contara con un seguro de litigios ¿debe revelar esto?
- iii) Si la empresa matriz asume el pago de los gastos del centro de arbitraje de su filial ¿debe revelar esto?

Queda claro que si una parte está utilizando un TPF profesional debe revelarlo, pero los casos mencionados en el párrafo anterior podrían generar dudas. Estas dudas no deben tomarse a la ligera puesto que, al ser una disposición que forma parte del reglamento arbitral de Amcham, su incumplimiento es causal de anulación de laudo bajo el derecho peruano. Esto de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 63 inciso c de la ley de arbitraje: *“Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable (...)”*

Es importante reconocer que la disposición contemplada en el reglamento de Amcham sigue la línea de la disposición contemplada en las directrices de la IBA, por lo que podríamos decir que se incluyó en dicho reglamento una cláusula estándar. En ese sentido, su inclusión no es algo negativo o positivo, pero sí nos da la oportunidad de reflexionar sobre el efecto de incluir este tipo de cláusulas en los reglamentos de arbitraje, la cual de no ser observada podría causar la anulación de un laudo.

C. Los motivos para regular el TPF

Parte del debate sobre la regulación del TPF también debe incluir un análisis sobre los objetivos de regular la figura. Estando a que las regulaciones existentes sobre TPF se limitan a ordenar la revelación de la identidad y existencia de este, es necesario analizar si el marco jurídico peruano actual permite superar este desafío.

La lógica detrás de ordenar la revelación de la identidad y existencia de un financiador es la de evitar potenciales conflictos de interés con los árbitros. Sin esta revelación los árbitros no tendrían manera de conocer que existe un TPF en el arbitraje por lo que no tendrían cómo incluir en sus revelaciones los vínculos que tuvieran con los financiadores.

Al respecto, si el tercero financiador es el abogado de la parte o una empresa del mismo grupo, los árbitros conocen la existencia e identidad de ambos por lo que su revelación de independencia e imparcialidad, de acuerdo con el marco regulatorio peruano²⁵, debería incluirlos. Adicionalmente, las partes tienen la posibilidad de pactar la inclusión de las directrices de la IBA dentro de las reglas del arbitraje, las cuales contienen una disposición que obliga a revelar la existencia e identidad del financiador. Inclusive también, los árbitros podrían proponer la inclusión de una regla en el arbitraje relativa a revelar la existencia e identidad de un financiador.

De esta manera, tenemos que el marco regulatorio peruano actual permite afrontar un posible conflicto de interés que se suscite por la existencia de un TPF.

VI. CONCLUSIONES

Es importante tener presente que el TPF no cuenta con una definición estandarizada al momento de debatir su regulación. Existen diversos trabajos que han identificado las principales o más frecuentes modalidades del TPF que pueden ser utilizadas como guía para entender todo lo que puede ser considerado TPF. Antes de regular debemos cuestionarnos qué es lo que verdaderamente estamos regulando.

Es necesario tener datos sobre el mercado del TPF en el peruano, tal como se tienen para otras jurisdicciones, para así poder saber si la figura se presenta con suficiente frecuencia para ameritar su regulación. Si bien el tamaño del mercado de arbitraje peruano y las tendencias mundiales sobre el TPF nos sirven como indicios de que esta figura es utilizada en el Perú, antes de regular es positivo tener evidencia clara no solo de que se usa esta figura, sino que se presentan problemas con su uso que solo pueden ser absueltos con una nueva regulación.

Hemos explicado que el actual marco regulatorio de arbitraje peruano puede hacer frente a la preocupación a la afectación a la independencia e imparcialidad de los árbitros. Asimismo, hemos también señalado que existen instrumentos de *soft law* que pueden aplicarse a los arbitrajes que también configuran herramientas para hacer frente a los desafíos del TPF.

En ese sentido, culminamos con una respuesta a la pregunta materia del título del presente trabajo: ¿es necesario regular el TPF en el arbitraje peruano? En nuestra opinión no, o por lo menos aún no. Consideramos que una regulación que no responde verdaderamente a las necesidades de la práctica hace más daño que ninguna regulación.

²⁵ Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, art 28, inciso 1:

“28. *Motivos de abstención y de recusación.*

1. *Todo árbitro debe ser y permanecer, durante el arbitraje, independiente e imparcial. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia.*”

Por el momento, son los centros de arbitraje a través de sus reglamentos lo que irán marcando la pauta al respecto, siendo que si otros centros empiezan a incluir disposiciones acerca del TPF podremos reevaluar la pregunta sobre si es necesario regular el TPF.

UNA MIRADA CRÍTICA A LA APLICACIÓN DE RECURSOS CONSTITUCIONALES EN EL ARBITRAJE

Daniel Heller Videla¹

Resumen - La supremacía de la ley, o de la constitución es una de las principales características del Estado de derecho. Los jueces o magistrados constitucionales que tienen que decidir sobre cualquier causa deben direccionar sus criterios a que exista una predominancia del espíritu legal de las instituciones, haciendo que la interpretación de la norma se enfoque en prevalecer los principios generales del derecho, la constitución y del constitucionalismo.

Pero la facultad coactiva que otorgan las leyes o la misma constitución a las instituciones establecidas puede generar que se vaya a anteponer una interpretación purista de la norma que no va a proteger los principios generales del derecho. Aterrizando en el caso específico del arbitraje, esto puede significar que se pueda invalidar la autonomía de la voluntad de las partes que genera una de las bases del arbitraje, que es el carácter contractual del acuerdo arbitral.

Actualmente, sobre todo en los países latinoamericanos, existe una alta tendencia de los tribunales o cortes constitucionales a anular laudos arbitrales, incurriendo en el error de tocar los temas de fondo de los laudos. Por lo que se da una nula consideración a la competencia y a los criterios empleados por los árbitros encargados de la emisión de esas decisiones, y se considera aún menos a la voluntad de las personas de someter sus controversias a arbitraje.

Esta no consideración del principio del *pacta sunt servanda*, y la anteposición de la justicia ordinaria no solo representa un posible problema de competencia de las instancias constitucionales. Sino que implica que los Estados pueden emplear los medios necesarios para que la autonomía y autodeterminación de las personas para acudir a arbitraje se vea cada vez menos garantizada como un medio legítimo de solución de controversias. Lo que genera un conflicto entre la facultad coactiva del Estado, en contraposición del respeto y garantía del consentimiento de las partes para acudir a arbitraje en el cual se pueden plasmar principios del derecho, incluso propios del constitucionalismo.

Abstract - *The supremacy of the law, or of the constitution in its absence, is one of the main characteristics of any state where there is a "Rule of Law." Constitutional judges or magistrates who have to decide on any case must direct their criteria towards a predominance of the legal spirit of the institutions, making the interpretation of the norm focus on upholding the general principles of law, the constitution, or constitutionalism.*

However, the coercive power granted by laws or the constitution itself to established institutions can lead to a purist interpretation of the norm being prioritized, which will not protect the

¹ Abogado graduado con mención de excelencia por la Universidad Privada Boliviana. Ex mootie de la Competencia Internacional de Arbitraje durante las gestiones 2019, 2020 y 2021. Sus áreas de especialidad son el derecho constitucional, derecho administrativo y arbitraje comercial. Ha trabajado en organismos e instituciones dedicados a la investigación jurídica y política. Actualmente es asociado jr. de firma Sánchez Peña & Asociados y parte del Centro de Estudios Jurídicos de Libera Bolivia.

aforementioned principles. In the case of arbitration, this could mean invalidating the autonomy of the will of the parties, which is one of the foundations of arbitration, namely the contractual nature of the arbitral agreement.

Currently, especially in Latin American countries, there is a high tendency for constitutional courts to annul arbitral awards, making the mistake of addressing the substance of the awards. This results in a lack of consideration for the criteria used by the arbitrators responsible for issuing these decisions, and even less consideration for the willingness of individuals to submit their disputes to arbitration.

This lack of consideration for the principle of pacta sunt servanda, and the prioritization of ordinary justice not only represents a potential problem of competence for constitutional bodies but also implies that states can take the necessary measures to make the autonomy and self-determination of individuals in resorting to arbitration less and less guaranteed as a legitimate means of dispute resolution. This leads to a conflict between the coercive power of the state, in contrast to respect for and guarantee of the consent of the parties to resort to arbitration, where principles of law or even constitutionalism can be embodied.

I. INTRODUCCIÓN.....	42
II. CONCEPTO DE ARBITRAJE.....	43
<i>A. Principio Kompetenz – Kompetenz, Competencia de los Tribunales Arbitrales y la garantía al juez natural.....</i>	<i>44</i>
III. LOS ÁRBITROS, SU COMPETENCIA Y LA GARANTÍA AL JUEZ NATURAL COMO NOCIÓN CONSTITUCIONAL.....	46
IV. DERECHO CONSTITUCIONAL, RECURSOS CONSTITUCIONALES Y ARBITRAJE.....	49
V. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS.....	50
VI. RECURSOS PROPIOS DEL ARBITRAJE.....	51
VII. MENOSPRECIO DEL DERECHO INTERNACIONAL Y SU INCORPORACIÓN AL DERECHO INTERNO.....	52
VIII. ANÁLISIS.....	52

I. INTRODUCCIÓN

Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat es el principio del derecho que establece que regla es la que expone brevemente la cosa, tal y como es. El Derecho no se toma de la regla, sino que la regla se hace con arreglo al derecho que hay.²

² PAULUS Julius, jurista romano del siglo III d.C, en Digesto 50-17-1: «*Lo justo no deriva de la norma, sino que es la norma la que procede de lo que se considera justo.*»

Al respecto, Friedrich Hayek menciona que, *“se ha abierto al hombre un campo de posibilidades totalmente nuevo y le ha dado un nuevo sentido de poder sobre el propio destino. La discusión sobre quién debería ejercer este poder, sin embargo, ha dejado indebidamente en la sombra el problema, mucho más fundamental, relativo a los límites y a la extensión de semejante poder”*³.

Muchas veces, en el caso del arbitraje a pesar de la ya prolongada experiencia en su práctica, tanto a nivel doméstico como internacional, nos encontramos ante una figura donde las personas deciden dirimir sus controversias y la otorgación de justicia en un ámbito privado. Los resultados y la eficacia obtenida muestran que es posible y constitucional que el Estado otorgue sus facultades o competencia de impartir justicia.

Bajo de este supuesto, del ejercicio de libertad que tienen las personas, aplica a lo mencionado por Hayek, debido a que en el arbitraje el ser humano ha encontrado lo relativo a la extensión del poder de impartir justicia. Lo que, en muchos casos puede ser utilizado como excusa para pugnar la facultad impartida, cuando una parte perdedora así lo requiera, siendo el Estado a través de la justicia ordinaria el primero en emplear los mecanismos legales para que esto suceda.

Lo que puede representar un problema en el arbitraje, porque en muchos casos se busca la nulidad o anulación de un laudo arbitral que pudo haberse dictado conforme a derecho, y en base a todos los principios legales y constitucionales. Lo que representa que se usen mecanismos legales establecidos en la ley, lo que desde una perspectiva positivista sería correcto, pero incumpliendo con la finalidad que implica la extensión de la facultad de impartir justicia, que puede entenderse como un deber ser del derecho.

La consecuencia de todo lo mencionado es que se puede enfrentar a los recursos constitucionales con el arbitraje. Los medios constitucionales deben ser utilizados para proteger ambos, y no generar un posible Estado de indefensión del arbitraje y al efectivo reconocimiento de sus laudos.

El presente artículo pretende demostrar que no se deben utilizar los mecanismos procesales constitucionales en perjuicio del arbitraje. Porque, para su correcto desarrollo y para poder contemplar los beneficios que genera el mismo, es necesario que los mecanismos constitucionales protejan su libre desarrollo, siempre que sea realizado conforme a derecho.

II. CONCEPTO DE ARBITRAJE

El doctor José Antonio Romero Rodríguez establece que el arbitraje es:

una institución por la cual un tercero, denominado árbitro que no es un juzgador estatal, resuelve una diferencia que divide a dos o más partes, en ejercicio de la misión jurisdiccional que le ha sido confiada por las mismas a través de un acuerdo de voluntades. Dicho acuerdo de voluntades es comúnmente denominado acuerdo de arbitraje o convenio arbitral⁴.

³ HAYEK Friedrich, Derecho legislación y libertad, Capítulo IV: Cambios en el Concepto de ley, Unión Editorial, Argentina, 2006, p. 97-123.

⁴ MORENO RODRÍGUEZ, José A., “Capítulo XVIII Contrato de Arbitraje”, en MORENO RODRÍGUEZ, *Curso de Contratos*, Ed. Intercontinental, 2da Edición, Asunción, 2017, pp. 535-554.

Vale la pena analizar las partes más relevantes de la definición debido a la cantidad de elementos que se puede diferir de ella, que son característicos del arbitraje. Los cuales ayudarán a ser el fundamento de la presente investigación por el reconocimiento constitucional de las mismas.

La primera parte menciona la existencia de un tercero denominado árbitro que resuelve una diferencia o controversia que no es un juzgador estatal. Lo que denota que una de las principales características diferenciadoras del arbitraje es la extensión de la facultad de impartir justicia a un tercero.

Para Roque Caivano, el arbitraje representa una suerte de justicia privada, porque se trata de una actividad jurisdiccional ejercida por particulares que no integran los órganos del Poder Judicial del Estado⁵. Para no ser susceptible de apelación, esta figura es reconocida por la constitución, leyes y tratados internacionales ratificados por los Estados; de esta manera se asegura que es una figura completamente constitucional.

Respecto a la segunda parte de la definición se encuentra el ejercicio de una misión jurisdiccional conferida por las partes a través de un acuerdo de voluntades. Los árbitros designados para un proceso arbitral van a tener la facultad de resolver una controversia, emitiendo un criterio jurídico, tal y como lo hace un juez ordinario. Lo que significa que la resolución va a tener el valor de cosa juzgada, cuyo criterio se adecua a los estándares y la legitimidad otorgada por la ley⁶, por lo que todo lo dictaminado es reconocido por el Estado y conferido por el propio Estado en un sentido de garantía del pleno ejercicio de la libertad.

Por último, la definición nos establece la existencia del acuerdo de voluntades o convenio arbitral. La voluntad es la piedra angular del arbitraje, la cual de acuerdo a la teoría contractual se basa en que las partes acuerdan resolver sus controversias a través del arbitraje en uso de la autonomía de su voluntad a través de una cláusula arbitral.

Lo que significa que se somete la controversia a arbitraje y se la retira de la competencia natural del poder jurisdiccional ordinario. Esta parte de la definición debe ser entendida en dos sentidos; el primero implica que las personas tienen una facultad reconocida de decidir si someten sus controversias a arbitraje como un elemento voluntarista de los interesados que así sea. El segundo es la obligación del Estado de respetar esta decisión, con todos los límites que la misma implica.

La competencia jurisdiccional del arbitraje nace a partir de la voluntad de las partes que deciden dirimir sus controversias a través del arbitraje. Por lo que es correcto afirmar que el arbitraje tiene una naturaleza contractual, pero que posee elementos jurisdiccionales reconocidos por el marco jurídico de cada Estado.

A. Principio Kompetenz – Kompetenz, Competencia de los Tribunales Arbitrales y la garantía al juez natural

⁵ CAIVANO Roque J., “El Rol del Poder Judicial en el Arbitraje Comercial Internacional”, en MCLEAN - MORENO-VALLE Coord. *Arbitraje Comercial Internacional*, pp. 96-115.

⁶ CAIVANO, *El Rol del Poder Judicial en el Arbitraje Comercial Internacional*, p. 97.

La presente sección parte bajo el entendimiento que el arbitraje como medio de resolución de controversias garantiza y respeta todas las garantías constitucionales, a través de distintos mecanismos, como ser principios, leyes o tratados internacionales. Por lo que carece de sentido argumentar que el arbitraje no tiene supuestos donde se protege este tipo de cuestiones.

El principio *kompetenz-kompetenz* establece que los árbitros designados a una posible controversia arbitral tienen la atribución para decidir acerca de su propia competencia. Este principio surge con la finalidad de impulsar y garantizar la autonomía del arbitraje frente a los tribunales domésticos, es decir que es un medio de defensa propio para que la jurisdicción ordinaria no emplee su fuerza coercitiva en contra del arbitraje⁷.

Se lo considera como un principio porque permea el derecho arbitral desde una perspectiva sistémica, lo que deriva en un amplio desarrollo jurisprudencial, normativo y doctrinal. Este principio va a ser el encargado de generar un equilibrio entre algunas instituciones del arbitraje, como ser la autonomía de la voluntad o los actos propios, generando un incentivo en el comercio internacional⁸.

Respecto a la autonomía de la voluntad, la función del principio es proteger a la voluntad de las partes de someter un conflicto a través del arbitraje. Esta protección sirve para que solo sean aplicables las matices dadas por los límites otorgados por el orden público⁹.

El arbitraje tiene una naturaleza dual, debido a que se pueden presentar características contractuales como de orden público. Anteriormente se mencionó que la autonomía de la voluntad es la piedra angular del arbitraje, y que, a partir de la misma, las partes pactan que se pueda dirimir las controversias en arbitraje.

Por lo que el principio *kompetenz-kompetenz* se va a encargar de proteger a la autonomía de la voluntad y consiguientemente al contrato en sí. Pero también se encarga de proteger cual es la relación existente en la ley que protege al arbitraje y al arbitraje como institución jurídica¹⁰.

La naturaleza jurisdiccional de los árbitros no es la misma que la naturaleza jurídica de los tribunales, cortes o jueces ordinarios. Este elemento es el que abre espacio a las personas a atacar la competencia o decisiones que surjan del arbitraje, por lo que el principio *kompetenz-kompetenz* debe proteger la naturaleza contractual y jurisdiccional del arbitraje¹¹.

⁷ LUX ACUÑA, Cristina G. *El Principio Kompetenz-Kompetenz en Chile. Su aplicación restrictiva como causal de vulnerabilidad del arbitraje comercial internacional como forma de resolución de conflictos*. Santiago de Chile, 2018. pp. 17-43.

⁸ LUX ACUÑA, *El Principio Kompetenz-Kompetenz en Chile. Su aplicación restrictiva como causal de vulnerabilidad del arbitraje comercial internacional como forma de resolución de conflictos*. pp. 17-43.

⁹ LUX ACUÑA, *El Principio Kompetenz-Kompetenz en Chile. Su aplicación restrictiva como causal de vulnerabilidad del arbitraje comercial internacional como forma de resolución de conflictos*. pp. 17-43.

¹⁰ GUZMAN-BARRON Cesar, *Arbitraje Comercial Nacional e Internacional*, Pontificia Universidad Católica de Lima Fondo Editorial, Lima, 2017, pp. 51-53.

¹¹ LUX ACUÑA, *El Principio Kompetenz-Kompetenz en Chile. Su aplicación restrictiva como causal de vulnerabilidad del arbitraje comercial internacional como forma de resolución de conflictos* pp. 17-43

Este principio es fundamental para la presente investigación, debido a que actualmente existe una serie de recursos ordinarios que pueden atacar la competencia o las decisiones de los tribunales arbitrales. Los cuales son utilizados con el fin de generar una nueva instancia de apelación de un laudo arbitral, aplicando disposiciones de derecho interno que no necesariamente van a proteger al contratante, y que contradice lo que las partes inicialmente pactaron, por lo que el arbitraje no es necesariamente obligatorio en estos casos¹².

Como se pudo demostrar en la presente sección, el arbitraje tiene mecanismos propios que le generan una defensa a la voluntad de las partes respecto a cualquier arbitrariedad que pueda surgir del derecho público o jurisdicción ordinaria. Al mismo tiempo que los Estados reconocen por varios mecanismos la protección, obligatoriedad y recursos propios de apelación del arbitraje.

Ya que, al respecto del arbitraje se pueden observar tres cosas: primero, que el arbitraje nace del acuerdo de voluntades que genera un efecto jurisdiccional en el que se genera una resolución de controversias. Lo que demuestra un ejercicio efectivo del derecho a la libertad y al acceso a la justicia efectiva.

Segundo, que todos los elementos que constituyen al arbitraje internacional están dotados de elementos constitucionales. Entre los que están la garantía al debido proceso, al juez natural, e incluso al cumplimiento de tratados internacionales que forman parte del ordenamiento interno de los Estados¹³.

Tercero, que el arbitraje internacional es regulado por una ley especial interna, por lo que ya existen mecanismos que van a regular la interposición de recursos propios del arbitraje, como ser el recurso de nulidad. Por lo que el sometimiento y cumplimiento de una cláusula arbitral ya es de por sí un tema reconocido dentro del marco jurídico y en la materia constitucional de cada Estado.

De acuerdo a lo mencionado anteriormente, existe la duda si podría considerarse válida y legítima la interposición de un recurso constitucional a un laudo arbitral. En caso de ser válido, legal y legítimo, también debe tomarse en cuenta el momento procesal en el que se pueda interponer el mencionado recurso. También se necesita esclarecer los recursos constitucionales necesarios o posibles, en los cuales no se dudaría sobre la legitimación de su interposición.

III. LOS ÁRBITROS, SU COMPETENCIA Y LA GARANTÍA AL JUEZ NATURAL COMO NOCIÓN CONSTITUCIONAL

Como se mencionó en la anterior sección, el arbitraje pone fin al conflicto a través de terceros imparciales que no son jueces estatales, al que se llega a través de una cláusula compromisoria. Lo que implica desplazar la jurisdicción del Poder Judicial y poner en su lugar a un tipo de “justicia privada”.

¹² CONEJERO ROOS, Cristián, “La constitución y el arbitraje internacional: ¿hacia un nuevo lenguaje?”, *Revista Chilena de Derecho Privado* N° 7, 2006, pp. 235-260.

¹³ Se puede denotar un ejemplo al respecto en el caso de Bolivia. Que establece en el artículo 259 de la Constitución Política del Estado Plurinacional que los tratados ratificados mediante los debidos estándares contemplados en la constitución se elevan a rango de ley. Por lo que forman parte del bloque de constitucionalidad establecidos en el artículo 401 de la carta magna.

Sin embargo, surge la duda de que la garantía al juez natural no se vea vulnerada por no acudir a la forma de justicia tradicional que emana de manera natural por la administración de justicia del Estado. Al respecto, no hay que olvidar que el propio aparato estatal es el que reconoce y admite las facultades jurisdiccionales de particulares en el arbitraje.

Existe una facultad jurisdiccional de los árbitros debido a una competencia que es otorgada por el *imperium* de los Estados, a través de la ratificación de tratados, o a través de la redacción, aprobación y promulgación de leyes internas, usando siempre los mecanismos constitucionalmente establecidos para lograr estos objetivos¹⁴.

Al respecto es importante tomar el ejemplo de la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras en el año 1958, la cual establece en su artículo 1.3 que:

En el momento de firmar o de ratificar la presente Convención, de adherirse a ella o de hacer la notificación de su extensión prevista en el artículo X, todo Estado podrá, a base de reciprocidad, declarar que aplicará la presente Convención al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado Contratante únicamente. Podrá también declarar que sólo aplicará la Convención a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su derecho interno¹⁵.

Lo que representa que de acuerdo a la Convención de Nueva York, los Estados tienen pautas y parámetros que son empleados en uso de su soberanía para reconocer esta convención y ejecutar los laudos arbitrales emitidos en el extranjero. Por lo que no existe una contradicción con los preceptos constitucionales básicos, ni mucho menos con la separación de poderes, por lo que la aplicación de estos criterios se termina convirtiendo de cumplimiento obligatorio.

Al respecto de la Convención de Nueva York, es importante mencionar que la ejecución de laudos extranjeros está regulada por los propios Estados. Por lo que existe un criterio de cooperación entre el tribunal doméstico y constitucional, en uso del marco jurídico propio de los Estados.

Las leyes nacionales también establecen el reconocimiento de la competencia de los árbitros. Como es en el caso boliviano con el artículo 297.II de la Constitución Política del Estado, que: *“Toda competencia que no esté incluida en esta Constitución será atribuida al nivel central del Estado, que podrá transferirla o delegarla por Ley”*. Criterio que es reconocido por la Ley No. 708 de 25 de junio de 2015, que en su marco de competencias estipulado en el artículo 2 se fundamenta en el precepto constitucional mencionado.

Además, la Constitución Política del Estado de Bolivia, al igual que la de muchos Estados latinoamericanos, reconoce a los tratados internacionales como parte de su marco jurídico. Así lo establece la Constitución Política en su artículo 410.II:

La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad

¹⁴ CONEJERO ROOS, *La constitución y el arbitraje internacional: ¿hacia un nuevo lenguaje?*, pp. 235-260.

¹⁵ Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, Art. 1.3.

está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país. La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales:

1. Constitución Política del Estado.
2. Los tratados internacionales.
3. Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena.
4. Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes¹⁶.

Por lo que se genera una obligatoriedad en el cumplimiento, o ejecución de sentencias en los casos en los que se haya ratificado la Convención de Nueva York. Generando, de esta forma, que no tenga cabida que ningún recurso interno que contradiga los preceptos establecidos en la constitución.

Todo lo mencionado en esta sección surge a partir de la facultad que es otorgada por el propio *ius imperium* de los Estados; es decir que tiene un rango de reconocimiento constitucional. Pero para aclarar este punto me referiré inicialmente al principio de legalidad, que es el fundamento principal para el accionar del Estado en materia legislativa.

El principio de legalidad implica que todos los actos de la administración pública deben estar sujetos a la ley. Este principio es aquel que controla la aplicación de normas adjetivas y sustantivas, ya que el Estado moderno interviene de forma reiterada, intensa y generalmente contundente en muchas áreas de la vida de los gobernados. Este accionar afecta sus derechos, incluso aquellos que son básicos para su subsistencia, porque el Estado legisla, dicta y emite actos que trascienden el estatus de cada uno, o que carecen de respaldo legal o del respaldo legal adecuado o suficiente¹⁷.

El Estado, a través del poder legislativo, es el encargado de redactar, aprobar y promulgar leyes. Esta facultad genera que las personas tengan el derecho de solo obedecer las disposiciones que la ley otorga, y no así los que la ley no disponga.

Es por este motivo que, cuando se aplica este principio y se respeta el Estado de derecho, no existe mecanismo aplicable que no reconozca la validez y la obligación de respetar los arbitrajes. Ya que los propios Estados a través de sus actos propios van a otorgar el reconocimiento que corresponde al arbitraje, y va a generarse la obligación de respetar las leyes que de él emanen.

¹⁶ Constitución Política del Estado (Bolivia), Art. 410.

¹⁷ ISLAS MONTES, Roberto, "Sobre el Principio de Legalidad", *Anuario de derecho constitucional latinoamericano 97 año XV*, Montevideo, 2009, p. 97 – 108.

IV. DERECHO CONSTITUCIONAL, RECURSOS CONSTITUCIONALES Y ARBITRAJE

El estudio del derecho constitucional se encarga de la interpretación, creación y aplicación de las normas y principios que rigen la estructura, funcionamiento y relaciones entre los poderes del Estado. Así como también de regular los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos.

Por lo que el Derecho Constitucional se divide en tres partes principales: el derecho constitucional sustantivo, que es el que debe de regular los derechos fundamentales de los ciudadanos. El derecho constitucional orgánico es el encargado de la organización del Estado. Y en tercer lugar se tiene al Derecho Procesal Constitucional, tiene que regular el procedimiento constitucional.

Profundizando un poco más en el tercero, al tratarse de un artículo que analiza los recursos constitucionales internos, es importante considerar que la finalidad del Derecho Procesal Constitucional es la protección de los derechos constitucionales materiales de manera efectiva. Lo que implica que se enfoquen, en especial, en los derechos que pueden verse afectados en el campo del proceso.

La tutela que otorgan los recursos constitucionales¹⁸ pueden ser un objeto de choque entre el arbitraje y la jurisdicción ordinaria. Como el Derecho Procesal Constitucional es el encargado de otorgar los recursos y mecanismos necesarios para que la jurisdicción constitucional se inmiscuya en el arbitraje, es necesario describir cuales son los recursos a los que se puede recurrir para solicitar la anulación de un arbitraje. Los cuales son tres en específico: la acción de amparo, el recurso de queja y los recursos de nulidad en materia constitucional.

El recurso de amparo constitucional tiene la finalidad de garantizar los derechos de toda persona natural o jurídica, contra actos ilegales u omisiones que amenacen, restrinjan o amenacen de restringir derechos fundamentales. En muchos casos, esta acción tiene como primer requisito el principio de subsidiariedad, lo que implica que las personas tienen la finalidad de proteger derechos que se vean afectados o vulnerados por una acción equívoca dentro del proceso.

Por otro lado, el recurso de queja o solicitud inhibitoria son los recursos que se interponen ante una falta o abuso grave por parte de un árbitro en un proceso. Pero lo que resulta curioso al respecto, es que para interponer este tipo de recursos se debe considerar al árbitro como un juez o como parte del proceso judicial.

El principio del juez natural es una parte fundamental del arbitraje, debido a que los árbitros tienen la facultad de decidir sobre una controversia, y las personas tienen el derecho a acceder a un árbitro como juzgador de un conflicto. Esto puede representar que el arbitraje se vea afectado, ya que al incurrir en una falta así lo establece la jurisprudencia del caso *Venezolana de televisión C.A c/Electrónica industriales S.P.A*¹⁹.

¹⁸ Un recurso constitucional es el recurso encargado de tutelar los derechos de las personas que se hayan visto vulnerados dentro de cualquier proceso.

¹⁹ Venezolana de televisión C.A v. Electrónica industriales S.P.A, 05/04/2006, Resolución No. 00855.

Respecto a la ejecución de laudos extranjeros se puede ver el caso *Consortio Barr CA c/ Four Seasons*²⁰, en el cual se menciona que la existencia de un arbitraje en el extranjero no afectaba el derecho de acceso a la justicia estatal. Por lo que se podría poner una objeción a la cláusula arbitral por la vía constitucional.

Por último, el recurso de inconstitucionalidad puede afectar de manera negativa al desarrollo del arbitraje, debido a que este recurso, en teoría volvería inconstitucional la norma con la que se regula el arbitraje en un Estado. Sin embargo, al enfocarse más en los recursos que pueden afectar los laudos específicos, no se intentará profundizar más en el tema.

La doctrina procesal constitucional establece que todas las declaraciones constitucionales son fútiles si no existen remedios procesales que aseguren su funcionamiento real. Pero la pregunta que surge, después de haber descrito los recursos constitucionales aplicables, es si son el único recurso disponible, o si existen otros recursos disponibles.

Un ejemplo es el recurso del amparo de constitucionalidad. Que busca reparar daños que se podrían haber ocasionado por una actuación incompetente.

V. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS

Existen disposiciones en Tratados Internacionales que disponen esto, por ejemplo, el artículo V de la Convención de Nueva York²¹ como el mismo artículo de la Convención de Panamá (o Convención Interamericana sobre Arbitraje Internacional del año 1975)²² refuerzan esta obligatoriedad ponderando una presunción de ejecutabilidad de las sentencias extranjeras al disponer la inversión de la carga probatoria. Así, el actor que solicita no aplicar una sentencia debe probar que a la misma le faltan requisitos para su reconocimiento y/o ejecución.

En primer lugar, la Convención de Nueva York establece lo siguiente en su artículo V:

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

a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia; o

b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o

c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no

²⁰ *Consortio Barr CA v. Four Seasons*, 13/11/2008, Resolución. RC. 00760.

²¹ Convención de Nueva York, Art. 5.

²² Convención de Panamá, Art. 5.

obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o

d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; o

e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia.

2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba:

a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o

b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país.

De lo mencionado por este artículo es importante tomar en cuenta que la Convención de Nueva York ya fue reconocida por muchos Estados, a través de los procedimientos que sus constituciones exigen. Por lo que ya son parte del marco jurídico de los mismos, y ya reconocen supuestos de ir contrario a la ley o al orden público, además de contemplar vicios o elementos que comprometen a la cláusula arbitral.

Esto implica que a pesar de que en el arbitraje se otorgue competencia jurisdiccional a los árbitros, el poder judicial sigue reteniendo cierta jurisdicción. Por lo que, en un caso sometido a arbitraje, existe una revisión y una cooperación entre las partes²³.

VI. RECURSOS PROPIOS DEL ARBITRAJE

La premisa de la presente sección es que carece de sentido aplicar algún recurso constitucional de manera directa, si es que existen mecanismos propios del arbitraje que son aplicables, y reconocidos por la norma.

El recurso encargado de impugnar los laudos arbitrales es el recurso de nulidad. Por ejemplo, en el caso del Perú se tiene el artículo 62 del DL 1071 el cual establece que el recurso de nulidad constituye la única vía de impugnación de un laudo²⁴.

La ley boliviana también reconoce lo mismo; ya que se establece en el artículo 111 que: “*Contra el Laudo Arbitral dictado, sólo podrá interponerse recurso de nulidad del Laudo Arbitral. Este recurso constituye la única vía de impugnación del Laudo Arbitral*”²⁵.

²³ CAIVANO, *El Rol del Poder Judicial en el Arbitraje Comercial Internacional*, pp. 96-115.

²⁴ Decreto Legislativo que norma el arbitraje 1071 (Perú), Art. 62.

²⁵ Ley 708 de 25 de junio de 2015 (Bolivia), Art. 111.

Como se mencionó anteriormente, la Convención de Nueva York en su artículo V ya reconoce el recurso de nulidad. Por lo que ya se tiene presente que el arbitraje ya tiene sus procedimientos internos, pero que también puede ser denegado por la jurisdicción ordinaria.

VII. MENOSPRECIO DEL DERECHO INTERNACIONAL Y SU INCORPORACIÓN AL DERECHO INTERNO

En la presente sección se analizará que existe una obligatoriedad del cumplimiento de las disposiciones internacionales sobre arbitraje, por lo que los Estados no pueden excusarse en su derecho interno para no acatar un tratado internacional.

Es importante mencionar que en muchos Estados latinoamericanos los tratados internacionales debidamente ratificados son parte de su normativa interna. Tal como sucede en el caso boliviano, por ejemplo, donde los tratados tienen rango de ley; la Constitución Política del Estado establece en su artículo 256.I que “*Los tratados internacionales ratificados forman parte del ordenamiento jurídico interno con rango de ley*”. Las constituciones de países como Chile, Ecuador, Colombia o Argentina, entre muchos otros, reconocen los tratados internacionales como parte de la legislación interna.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena), es un instrumento de derecho internacional que se encarga de regular la aplicación de los tratados en los Estados contratantes. Esta convención establece en el artículo 27 que las partes que la suscriben no pueden invocar el derecho interno de los Estados para incumplir un tratado.

Existen ejemplos como en la jurisprudencia del caso *Fibrara Constructora S.C.A c/ Comisión técnica mixta de Salto Grande*²⁶ en el que el tribunal constitucional da preferencia mayor a un tratado internacional antes de la propia constitución. Por lo que se insta al Estado a cumplir con el Tratado Internacional para cumplir con el tratado de arbitraje.

A partir de lo establecido por la Convención de Viena se reconocen los principios de remisión judicial, en aplicación de la Convención, y control de los laudos arbitrales. Actuar conforme a los tratados internacionales implica respetar la legislación interna de los Estados. Por lo que, al cumplir con lo determinado por un laudo arbitral, se están garantizando el cumplimiento armónico de la constitución y de todos los aspectos legales de la legislación interna de los Estados, porque se estaría buscando la legitimidad del ámbito interno.

VIII. ANÁLISIS

Para comenzar es necesario referirse a una jurisprudencia que sirva como ejemplo sobre cómo deben fallar los tribunales o cortes constitucionales sobre arbitrajes, limitando su competencia de acuerdo a lo referido a lo largo de este artículo. La cual es la Sentencia Constitucional No.

²⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “*Fibrara Constructora S.C.A c/ Comisión técnica mixta de Salto Grande*”, 19/06/2010. Un perito contador interpuso recurso extraordinario federal contra la decisión del Tribunal Arbitral de Salto Grande, el cual fue rechazado en razón de la inmunidad de jurisdicción que goza la organización intergubernamental. Contra dicho pronunciamiento, el apelante dedujo recurso de hecho ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que fue desestimado

1105/2017 – S3 del 20 de octubre de 2017²⁷ que falló respecto a la interposición de una acción de amparo constitucional contra un laudo arbitral emitido por los miembros del tribunal arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Industria y Comercio “CAINCO”.

La parte accionante consideró que se le estaba vulnerando su derecho al debido proceso en su elemento de valoración de la prueba, a la defensa y al “orden público”. Esto se debió a que el tribunal arbitral declaró improbadamente su demanda de indemnización de riesgo de una compensación de seguros del asegurado. El accionante consideró que la decisión era arbitraria, ya que no se tomaron en cuenta los medios de prueba presentados, y pretendía que se cambie el fondo del laudo en la instancia constitucional, volviendo nulo el laudo mencionado.

El tribunal constitucional denegó la tutela, fundamentando que la autonomía de la voluntad es el poder de querer jurídicamente, y que el mismo debe ser protegido socialmente. Que ese querer puede traducirse en un convenio, el cual surte efectos idénticos a la ley. Por lo que la potestad de los árbitros de resolver controversias, encuentra su fundamento en la libertad y autonomía de la voluntad de las partes traducidas en un convenio arbitral.

Además, estableció que el arbitraje ya tiene un propio recurso de nulidad. Por lo que menciona que la autoridad puede anular un laudo por las causales establecidas en la propia ley específica de arbitraje, pero que no puede modificar el fondo de un laudo arbitral.

Como se puede apreciar, la utilización de recursos constitucionales para determinar la nulidad de un laudo puede considerarse como legal, razón por la cual se otorgó el derecho a la parte accionante a acudir a una instancia constitucional. Pero el hecho que la legislación interna de los Estados permita y garantice estos derechos, no significa que este recurso que deba aplicarse en todos los casos, y que la tutela constitucional sea otorgada en su totalidad.

Por lo que el Tribunal Constitucional boliviano, comprendió de manera positiva la naturaleza del arbitraje, y falló conforme a lo que se espera razonablemente. Por lo que respetó, en primer lugar, la competencia del tribunal arbitral, la convencionalidad del arbitraje, y reconoció que existen medios de impugnación propios de la materia arbitral que deberían haber sido tomados en cuenta. Lo que se generó fue una decisión y un precedente constitucional que demuestra que la limitación del accionar estatal en el arbitraje garantiza de mejor manera los derechos de las personas que recurren al mismo.

Los Estados tienen el deber de buscar la legitimidad de sus actos, antes que realizar una aplicación pura y dura del derecho positivo, y una evaluación donde se priorice la búsqueda de justicia. Por lo que los mecanismos tienen que ser utilizados en respeto de la libertad de las personas de contratar,

²⁷ Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sala Tercera Especializada, SC. 1105/2017-S3, 20/10/2017, “POPLAR CAPITAL Sociedad Anónima (S.A.) sucursal Bolivia v. J.G.N.”, Juez Público Civil y Comercial Decimosegundo de la Capital del departamento de Santa Cruz; y miembros del Tribunal Arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Industria y Comercio (CAINCO). Jurisprudencia que versa sobre la interposición de un amparo constitucional contra un laudo arbitral de fecha 27 de julio de 2017. A pesar de ser un arbitraje de seguros, es importante tomar en cuenta como el Tribunal Constitucional boliviano pone límites a su competencia para modificar materia de arbitraje.

entendiéndose como un derecho que las mismas poseen, y reconocer el acceso efectivo a la justicia, que es uno de los elementos que caracterizan al arbitraje.

Por lo que la aplicación de los recursos constitucionales debería realizarse en caso de que dentro del proceso arbitral haya existido una verdadera vulneración que amerite la interposición de este tipo de recursos. Pero en el caso que no se pueda determinar este supuesto de manera clara y consecuente, un tribunal o corte no puede permitir esta aplicación en todos los casos. Lo que genera una correcta aplicación e interpretación de las leyes, tratados y convenciones ratificados por los Estados que son parte del marco jurídico de los mismos.

Por esta razón se inicia el presente artículo con la aplicación del principio de *Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fia*. Debido a que el Derecho no se toma de la regla, sino que la regla se hace con arreglo al derecho que hay, lo que representa que, en casos como los que se trae a colación en el presente artículo, los Estados deben actuar conforme a justicia y en respeto de la voluntad de las partes, de la legislación interna y de la competencia de los tribunales facultados a fallar de una forma determinada.

Como lo afirma Hobbes, antes del Estado no se reconocía diferencia entre lo justo e injusto; en fin, que en el pacto social en el que enajenamos todos los derechos para que el Estado, a través de la dominación legal, nos garantizará la igualdad y libertad en el ejercicio, cierto o seguro de ellos. Por lo que el actuar en justicia, en el caso del arbitraje, debe ir en búsqueda de la actuación en justicia, siendo el Estado el principal autor en este fin.

ARBITRAJE DE INVERSIÓN EN EL SECTOR ELÉCTRICO DE GUATEMALA: REFLEXIONES SOBRE EL CASO IBERDROLA

Farah Valdez¹

Resumen- La prestación de servicios públicos, especialmente de energía, es crucial para el desarrollo de Guatemala, facilitando la inversión extranjera y el crecimiento económico. La interacción entre el Estado y la iniciativa privada puede generar tensiones y disputas, especialmente cuando decisiones políticas afectan las expectativas de inversión. Es por eso por lo que el arbitraje se presenta como un método eficaz para resolver conflictos entre inversores y Estados. En Guatemala este servicio es de suma importancia y llega a ser fundamental para garantizar un suministro eléctrico eficiente y sostenible. Por lo que el arbitraje de inversión se ha vuelto una forma para dirimir conflictos y disputas relacionadas a este servicio. Es por eso, que se toma de referencia el caso Iberdrola contra Guatemala, donde la empresa demandó al Estado por 672 millones de dólares tras decisiones regulatorias que afectaron sus expectativas de inversión. El CIADI falló a favor de Guatemala, marcando un precedente en la relación entre inversores y el Estado en el sector eléctrico.

Abstract- *The provision of public services, particularly energy, is essential for Guatemala's development, fostering foreign investment and economic growth. The interaction between the State and private sector can lead to tensions and disputes, especially when political decisions influence investment expectations. Arbitration thus emerges as an effective method for resolving conflicts between investors and States. In Guatemala, this service is critical and becomes fundamental to ensuring an efficient and sustainable electricity supply. Consequently, investment arbitration has become a key avenue for settling conflicts and disputes related to this service. A prominent example is the case of Iberdrola v. Guatemala, where the company sued the State for \$672 million due to regulatory decisions that impacted its investment expectations. ICSID ruled in favor of Guatemala, establishing a precedent in investor-State relations within the energy sector.*

I. INTRODUCCIÓN: ARBITRAJE EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS.....	56
II. LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y LA REGULACIÓN ESTATAL.....	56
<i>A. La importancia del Sector Eléctrico en Guatemala.....</i>	<i>57</i>
III. BREVE CONCEPTO DEL ARBITRAJE DE INVERSIÓN.....	58
IV. LOS ARBITRAJES DE INVERSIÓN EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS ELÉCTRICOS.....	58
V. CASO IBERDROLA VS. GUATEMALA.....	60
<i>A. Impacto del Caso Iberdrola.....</i>	<i>61</i>
VI. CONCLUSIÓN Y REFLEXIÓN.....	62

¹ Estudiante de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad Rafael Landívar de Guatemala, con un interés en particular por el arbitraje internacional y la resolución de disputas. Ha participado activamente en competencias internacionales, como la Competencia de Arbitraje Internacional de Inversión (CAII) edición 2024.

I. INTRODUCCIÓN: ARBITRAJE EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS

La prestación de servicios públicos es fundamental para que una nación funcione y pueda desarrollarse en armonía. Los servicios públicos responden a las necesidades básicas de la población, estos pueden adaptarse y evolucionar conforme el paso del tiempo. Habiendo dicho esto, la prestación eficiente de estos servicios, particularmente el de energía o electricidad, se convierten en una prioridad estratégica para el Estado abriendo puertas para la comercialización y la inversión extranjera.

En Guatemala a través de los años, se ha visto la necesidad de impulsar el crecimiento económico y social por medio de los servicios públicos y el de energía ha sido uno de gran importancia. Sin embargo, la interacción entre el Estado y la iniciativa privada en la gestión de estos servicios puede dar lugar a tensiones y disputas, especialmente cuando las decisiones políticas afectan las expectativas de inversión. En este sentido la interacción entre el sector público y privado se ha vuelto cada vez más relevante, abriendo a nuevas formas y mecanismos que promueven la equidad y eficiencia en la distribución de estos.

La importancia del sector eléctrico es crucial para impulsar la industria, el comercio y la conectividad en el mundo cada vez más industrializado. Sin una estructura eléctrica eficiente y sostenible, las oportunidades de expansión y de productividad nacional se ven afectadas drásticamente, lo que impacta directamente en la calidad de vida de la población. Por ello en este sector se normaliza la adopción de inversión extranjera con una aportación de capital, una expectativa de ganancia, un riesgo inminente a la misma para el inversionista, demostrado un interés en cooperar con las obligaciones que debe de tener el Estado con los habitantes del país.

Es ahí donde surge el arbitraje como un método de resolución de conflictos en el ámbito de servicios públicos, este mecanismo ofrece un enfoque alternativo para abordar disputas entre inversionistas y Estados, promoviendo un ambiente de confianza y seguridad jurídica. A medida en que la inversión extranjera se vuelve indispensable para el desarrollo de infraestructuras, el arbitraje es el recurso para garantizar la estabilidad en las relaciones de las partes. En este contexto, en el presente artículo se analizará como el arbitraje tiene la capacidad para dirimir disputas entre inversores y Estados enfocado a la distribución de los servicios públicos, en especial en Guatemala en el sector eléctrico.

II. LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y LA REGULACIÓN ESTATAL

Los servicios públicos nacen como respuesta a la evolución, adaptándose a las necesidades cambiantes de la población y la necesidad de brindarlos. La forma en la que estos servicios deben de ser proporcionados depende en gran medida de diversas corrientes o tendencias contemporáneas, como la economía, que influye en la viabilidad financiera y la gestión de recursos por parte de la administración pública, la innovación, que redefine la manera en la que se pueden dar o brindar estos servicios para el consumo de los habitantes y la conectividad global que plantea nuevos desafíos y oportunidades de acceso a la calidad de los servicios. Juntas estas dinámicas interactúan para garantizar la efectividad de los servicios.

Los servicios públicos se pueden definir como: *“El conjunto de bienes y actividades básicos, brindados directa o indirectamente por entes estatales o privados, para garantizarle a toda su población un mejor nivel de vida, promoviendo la igualdad de oportunidades y los derechos de ciudadanía”*². El objeto final o finalidad de un servicio público, es la actividad directa para satisfacer una necesidad pública colectiva. El autor Gordillo señala que no solo la administración pública puede brindar este servicio: *“Cuando la ley crea un ente, o autoriza la constitución de un ente, y le confiere el ejercicio de una parte de la función administrativa, tal función se ejerce precisamente en forma indirecta, es decir, por órganos distintos de los directamente encargados por la Constitución para realizarla”*³. Brindando apoyo y coadyuvando a cumplir con la necesidad pública.

Directamente, en Guatemala los servicios públicos se pueden prestar por el mismo Estado, entidades privadas o entidades de carácter mixto. El Art. 118 de la Constitución Política de la República de Guatemala regula: *“Cuando fuere necesario, el Estado actuará complementando la iniciativa y la actividad privada, para el logro de los fines expresados”*⁴. Dichos fines versan en lograr la utilización de los recursos naturales y el potencial humano, incrementar la riqueza y tratar de lograr un pleno empleo de la mano de la equitativa distribución del ingreso nacional.

A. La importancia del Sector Eléctrico en Guatemala

El sector eléctrico es fundamental para el desarrollo económico y social de Guatemala, ya que proporciona la energía necesaria para el desarrollo de actividades diversas como la industria y el comercio. La electricidad es esencial para mejorar la calidad de vida de la población en general, sin un suministro eléctrico óptimo y confiable, se limitan las oportunidades de desarrollo para la nación. De igual forma la Constitución en el Art. 129 establece referente al servicio de electricidad y: *“Se declara de urgencia nacional, la electrificación del país, con base en los planes formulados por el Estado y las municipalidades, en la cual podrá participar la iniciativa privada”*⁵. El fin principal que emana de esta norma es brindar electricidad a todo el territorio nacional y satisfacer la demanda de esta.

Dicho esto, es indispensable contar con una infraestructura eléctrica eficiente y sostenible. La colaboración entre el Estado y la iniciativa privada debe alinearse con los planes nacionales, garantizando que la electricidad llegue de manera eficiente a todos los sectores estratégicos. De este modo, se podrá impulsar de forma efectiva el desarrollo económico y social de Guatemala, cumpliendo con lo establecido en la normativa y las necesidades de la población.

² GUIOTTO Luciana – MÜLLER Bettina, “Servicios Públicos en la mira: Los impactos del régimen de protección de inversiones en el sector de servicios públicos en América Latina y el Caribe”, Internacional de Servicios Públicos (ISP), Friedrich Ebert Stiftung y Transnational Institute (TNI), s.f/04/2023, disponible en: <https://www.tni.org/es/publicaci%C3%B3n/servicios-publicos-en-la-mira>

³ GORDILLO, Agustín A., *Tratado de derecho administrativo y obras selectas: Teoría general del derecho administrativo*, 1ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2013, p. 403.

⁴ Constitución Política de la República. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

⁵ Constitución Política de la República. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

III. BREVE CONCEPTO DEL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

Los conflictos siempre han sido constantes en el desarrollo de la humanidad, lo que ha llevado a la necesidad de encontrar soluciones que ayuden a armonizar las relaciones sociales. Con el tiempo se han ideado prácticas novedosas hasta dar origen a instituciones como el arbitraje y la conciliación. El arbitraje, en particular, surge como un método alternativo de resolución de conflictos mediante el cual las partes someten una controversia presente o futura a una tercera persona, llamada árbitro, quien debe resolver el conflicto a través de un laudo arbitral el cual las partes se obligan a cumplir.

Nace de la necesidad de buscar prontas soluciones y eficaces para las partes involucradas, evitando así el empleo de mecanismos agresivos para resolver controversias. De la misma forma el tratadista Cabanellas define esta práctica como: *“La solución justa de una controversia sin lesionar buenas relaciones entre las partes”*⁶. De los conflictos entre los estados e inversionistas extranjeros, se persigue en la práctica el arbitraje de inversión como producto de la evolución del comercio internacional y el proceso de globalización; ya que existe una inversión de por medio.

El autor Cabanellas igualmente define inversión como: *“El acto mediante el cual se destina un capital a una actividad económica determinada, con el fin de obtener ganancias, es el empleo de un capital en algún tipo de actividad o negocio con el objetivo de incrementarlo”*⁷. Al hablar de inversión se debe de hacer referencia a los dos sujetos principales, el inversionista y el Estado receptor de la inversión. Para el inversionista la inversión constituye en la forma de maximizar sus ganancias, consolidar alianzas y expandir el mercado, en cambio, para el Estado constituye un medio de desarrollo dentro del país. El arbitraje de inversión puede entenderse como aquel que se lleva a cabo entre un inversionista extranjero y el Estado receptor de la inversión, en base a un acuerdo internacional de inversión firmado entre el estado receptor de la inversión y el estado del cual se origina el inversionista.

IV. LOS ARBITRAJES DE INVERSIÓN EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS ELÉCTRICOS

Con el crecimiento de los Tratados Internacionales de Inversión (TBI) y Acuerdos de Inversión, se ha impulsado el uso del arbitraje de inversión como un recurso y mecanismo eficaz que permite resolver disputas basadas en políticas públicas del Estado. Conforme a los años se han firmado diversos tratados internacionales que protegen la inversión extranjera y otorgan a los inversionistas extranjeros derechos que incluyen la capacidad de los inversionistas a demandar a los Estados ante tribunales internacionales cuando consideran que sus ganancias han sido afectadas de alguna manera por las acciones de los gobiernos.

Asimismo, cabe resaltar el conjunto de estándares que regulan la inversión, como reglas que debe de cumplir el Estado para tratar al inversionista y no recaer en actitudes o medidas discriminatorias, injustas o expropiatorias. Estos deben de tomarse en cuenta para que la interacción entre el Derecho interno y los tratados internacionales se encuentren en sintonía para cumplir con lo pactado, lo que directamente está vinculado a los servicios públicos fundamentales de una nación.

⁶ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Diccionario jurídico elemental*, p. 87.

⁷ CABANELLAS DE TORRES, *Diccionario jurídico elemental*, p. 220.

Como establece el autor Fernández:

El arbitraje internacional se ha erigido en la solución preferida de los inversores cuando tienen que buscar una solución a su diferencia con el estado receptor de su inversión. Para un inversor es de gran atractivo contar con un mecanismo de solución de controversias que logra decisiones finales mediante un procedimiento rápido, flexible y donde las partes tienen un considerable control sobre el mismo. A ello debe añadirse además que la iniciación de un procedimiento arbitral se facilita enormemente para un inversor debido a las especiales características de la prestación del consentimiento por parte del estado receptor de la inversión⁸.

De esa manera, la facilidad que el arbitraje ofrece para tanto inversionista como Estado para poder resolver sus controversias lo ha convertido en el método de preferencia para afrontar conflictos de esta índole. El creciente reconocimiento del arbitraje internacional como la solución preferida para las controversias entre inversores y estados receptores no solo se refleja en la práctica global, sino que también encuentra un paralelo significativo en el contexto de América Latina.

Solo en América Latina señala Hébréard y Fortín: “*Existen más de 600 tratados bilaterales de inversión y acuerdos de inversión que incluyen el arbitraje como el método más utilizado para resolver conflictos*”⁹. Estos acuerdos han facilitado la ejecución de proyectos de gran escala y a largo plazo, especialmente en el sector eléctrico. Algunos países han adoptado marcos legales favorables para el arbitraje, lo que resulta esencial para que los inversionistas extranjeros firmen contratos importantes con los Estados o entidades públicas. Esto, sin olvidar el crecimiento emergente de instituciones arbitrales locales que reflejan el impulso estructural hacia la consolidación del arbitraje y la promoción de este como una alternativa confiable al sistema judicial nacional.

Es este orden de ideas en los últimos años los arbitrajes enfocados a los servicios públicos, especialmente servicios eléctricos han sido objeto de análisis. El inversionista de primera mano o en colaboración estatal busca cumplir con este servicio, de tal forma que, en la necesidad de resolverlos, nace una nueva rama del derecho internacional público que, como bien los autores Ramírez y Jasoo explican, en la práctica internacional se denomina “*Derecho Internacional de la Inversión Energética (International Energy Investment)*, del cual se han creado diversos tratados Internacionales en esta materia, como el tratado de la Carta de Energía, el cual refleja un enfoque regulatorio en las relaciones de inversión”¹⁰. Por ende, estas disputas cuentan con características diferentes y problemáticas contractuales diversas que necesitan otro tipo de soluciones estratégicas.

⁸ FERNÁNDEZ MASÍA, Enrique, *El arbitraje Internacional como mecanismo de protección de las inversiones energéticas en Latinoamérica. El caso de las inversiones provenientes de la república popular china*, en *Inversiones extranjeras en el sector energético en Latinoamérica*, C. Esplugues Mota (ed.), Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2016, p. 49.

⁹ HÉBRÉARD, Patrick – FORTIN Juliette, “Latin America, a fertile land for energy Arbitration”, *Global Arbitration Review*, 29/07/2022, disponible en: <https://globalarbitrationreview.com/review/the-arbitration-review-of-the-americas/2023/article/latin-america-fertile-land-energy-arbitration>

¹⁰ RAMÍREZ MATUS, Lenin – JASSO RODRÍGUEZ, Arturo Enrique, “El Arbitraje de inversión en materia energética del ius imperio al ius gestionis”, *Revista Ciencia Jurídica y Política*, Vol. IV, Nº7, 2018, p. 54.

El servicio eléctrico, siendo un pilar muy importante en la economía mundial, es el que más sufre. Dado que este sector en particular es tan esencial y con un entorno cambiante e inestable, los inversionistas que se ven involucrados no solo se enfrentan a los riesgos derivados a la inversión del capital realizado en el país, sino también a la inestabilidad y contexto político que llega a tener un impacto la normativa interna. Por lo que buscando su propia seguridad el inversionista busca el arbitraje como un refugio imparcial que vele por sus intereses y reconozca sus derechos, sin importar el peso que signifique brindar luz, electricidad y conectividad a todo un país.

V. CASO IBERDROLA VS. GUATEMALA

En el Caso *Iberdrola c. Guatemala*¹¹, la Empresa Eléctrica de Guatemala, Sociedad Anónima (EEGSA) se convirtió en objeto de una licitación internacional el 30 de julio de 1998. Con la intención de privatizar completamente el servicio de distribución eléctrica. En total, se vendió el 80% de la empresa, cuyo valor se estimaba en un monto de 250-300 millones de dólares. Los postores iniciales fueron Electricidad de Caracas en colaboración con Houston Industries, AES Americas Inc. de Arlington, Coastal Power Co. de Honduras e Iberdrola desde España con Teco Powers Services (TPS). Como resultado, Iberdrola Energía y Teco Power Services, junto con la Electricidad de Portugal compraron 80 % de EEGSA al gobierno que, en términos exactos, era alrededor de 172 millones de acciones. La empresa fue adquirida por el grupo por 520 millones de dólares, una aproximación mucho más alta que los 200 millones que el gobierno supuestamente esperaba.

En 1 de agosto de 2008, la Comisión Nacional de Energía Eléctrica (CNEE) estableció un valor agregado de distribución. Por lo tanto, EEGSA redujo las tarifas para los usuarios de media tensión de US\$11.36 por kW al mes en el período de 2003-2008 a US\$4.24 por kW para 2008-2013. La tarifa para los usuarios de baja tensión disminuyó de US\$9.19 por kW a US\$8.22 por kW. EEGSA propuso un impuesto de distribución de \$24.80 para las pequeñas y medianas empresas y \$17.45 para los usuarios residenciales. Estas tarifas fueron rechazadas por la CNEE, quién acordó crear una Comisión Pericial. Sin embargo, CNEE emitió la resolución sin apenas considerar el informe de sus expertos, lo que EEGSA consideraba una violación de su contrato el pliego tarifario sin tener que escuchar a los peritos propuestos por EEGSA.

El caso fue llevado ante un Juzgado de Primera Instancia Civil, que falló a favor de EEGSA. Sin embargo, la CNEE apeló ante la Corte de Constitucionalidad, que falló en su favor, indicando que la Comisión actuó dentro de sus facultades legales al establecer. Sin embargo, CNEE emitió la resolución sin apenas considerar el informe de los expertos, por lo que EEGSA consideraba una violación a lo pactado anteriormente en relaciona a las tarifas locales sin tener que escuchar a los peritos propuestos por EEGSA. En este proceso el segundo voto razonado, sostiene que la CNEE debió considerar el informe pericial de EEGSA, ya que no hacerlo vulnera derechos constitucionales de la empresa.

¹¹ ICSID Iberdrola Energía S.A. v. Republic of Guatemala Case No.ARB/09/5.

Se debe resaltar que antes de que la Corte de Constitucionalidad emitiera sentencia al respecto, Iberdrola quien era socio mayoritario de EEGSA, interpuso una demanda arbitral contra el Estado de Guatemala por 672 millones de dólares, alegando que las decisiones de la CNEE limitaron sus expectativas en la inversión. Guatemala argumentó ante el CIADI que no había competencia para conocer la disputa, porque Iberdrola no era nacional del DR-CAFTA. No obstante a lo anterior el CIADI determinó que, por un tratado bilateral entre Guatemala y España, era competente para conocer el caso.

En conclusión, el CIADI falló a favor del Estado de Guatemala el 18 de agosto de 2012, afirmando que no hubo denegación de justicia y condenó a Iberdrola a pagar 5.3 millones de dólares en costos legales. El laudo en concreto se convirtió en un precedente para Guatemala, ya que fue la primera vez en que el CIADI falló a favor del país. Convirtiéndose en un hito en la relación entre el inversionista y el Estado cuando se busca brindar servicios públicos que benefician a la población.

La decisión más reciente en el caso de Iberdrola contra Guatemala fue emitida en septiembre de 2020, cuando el tribunal arbitral aplicó el principio de *res judicata* (cosa juzgada). Esto impidió que Iberdrola procediera con un nuevo arbitraje bajo las reglas UNCITRAL, dado que ya había iniciado un procedimiento similar previamente en el CIADI. El tribunal concluyó que el intento de iniciar un segundo arbitraje abordando los mismos problemas jurídicos violaba el principio de *res judicata*, cerrando así la puerta a una reconsideración del caso a través de otra vía arbitral¹².

A. Impacto del Caso Iberdrola

La privatización de EEGSA en 1998 es el momento exacto en el que Iberdrola se convirtió en el accionista mayoritario. Las decisiones regulatorias posteriores, como la reducción de tarifas por parte de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, generaron tensiones entre la empresa y el Estado de Guatemala es aquí donde particularmente se evidencia cómo las decisiones políticas y regulatorias pueden impactar en las expectativas de inversión y la sostenibilidad financiera de las empresas que buscan invertir en el sector eléctrico. Tomándolo como ejemplo, estas actitudes son las que se deben de evitar, debe de existir una comunicación directa entre las partes. La decisión de Iberdrola de demandar a Guatemala por 672 millones de dólares resalta la importancia del arbitraje internacional como un medio para resolver disputas ya que si bien, el fallo del CIADI a favor de Guatemala en 2012 establece un precedente significativo, al ser la primera vez que un tribunal decide a favor de Guatemala en materia de inversiones. Aun así, con el resultado obtenido, esto refuerza la idea de que el arbitraje puede servir como un mecanismo eficaz para salvaguardar los intereses de los involucrados.

VI. CONCLUSIÓN Y REFLEXIÓN

El arbitraje de inversión es una vía estratégica y viable cuando existen temas relacionados a los servicios públicos entre un Estado. En cuanto a Guatemala, este mecanismo ha sido usado y

¹² BALLANTYNE Jack, "Iberdrola barred from bringing second claim against Guatemala", *Global Arbitration Review*, 03/09/2020, disponible en:

<https://globalarbitrationreview.com/article/iberdrola-barred-bringing-second-claim-against-guatemala>

reconocido como una forma alterna, puede ser costosa, pero es un mecanismo que respeta la imparcialidad de las situaciones.

Es innegable que el arbitraje en materia eléctrica supone diversos retos y que se encuentra aún en una etapa de evolución. A pesar de ello, se tiene que reconocer que esta rama es un fenómeno que cada día crece más en la esfera jurídica internacional. De esta forma, laudos como el expuesto con anterioridad, reflejan una creciente tendencia de favorecer el arbitraje en materia de inversión y energía sobre otros métodos de resolución de conflictos. Asimismo, este laudo refleja importancia para Guatemala, tanto por su decisión como por sus efectos. Por lo que dicha materia merece especial estudio y atención en cuanto a su constante evolución.

LA INVASIÓN DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA EN EL ARBITRAJE. EL DOBLE GRADO DE JURISDICCIÓN COMO ELEMENTO DIFERENCIADOR TÍPICO

Gabriel Morales¹

Resumen - Las circunstancias a través del tiempo han generado un gran y por demás acertado auge de la denominada jurisdicción arbitral. Sin embargo, su coexistencia con la jurisdicción ordinaria ha traído una serie de discusiones acerca de lo inoportuno que resulta para el arbitraje la intervención de la jurisdicción ordinaria a través de la anulación de los laudos. El principio del doble grado de jurisdicción es un elemento nítido diferenciador entre el arbitraje y la jurisdicción ordinaria.

Abstract - Circumstances over time have generated a great and highly successful rise of the so-called arbitral jurisdiction. However, its coexistence with the ordinary jurisdiction has led to a series of discussions about the inopportune nature of the intervention of the ordinary jurisdiction through, for example, the annulment of awards. The principle of dual jurisdiction is a clear differentiating element between arbitration and ordinary jurisdiction.

I. EL PRINCIPIO DEL DOBLE GRADO DE JURISDICCIÓN. SUS ELEMENTOS DEFINITORIOS.....	63
A. El reparto de competencias jerárquicas naturales de los órganos de administración de justicia. El juicio rescindente y el rescisorio.....	64
B. La imposición normativa del Estado vs. la libre autonomía de la voluntad de las partes en Arbitraje.....	66
C. La implementación de figuras procesales ordinarias análogas en los procesos arbitrales. La impugnación opcional del laudo.....	67
II. CONCLUSIONES Y CONSIDERACIONES FINALES.....	71

I. EL PRINCIPIO DEL DOBLE GRADO DE JURISDICCIÓN. SUS ELEMENTOS DEFINITORIOS

El principio de doble grado de jurisdicción, definido como el modelo de disciplina jurisdiccional según el cual, los conflictos intersubjetivos sometidos a la consideración de los órganos jurisdiccionales deben ser objeto de un doble examen de fondo, debiendo prevalecer lo que se dictamine en el segundo sobre el primero, en razón del reparto natural de competencias jerárquicas establecido por el ordenamiento jurídico.

¹ Abogado venezolano egresado de la Universidad Católica Andrés Bello en el año 2010, especialista en Derecho Mercantil y en Derecho Procesal.

En la fase cognitiva del proceso, rige este principio como una de las garantías mínimas del derecho a la defensa y al debido proceso, materializada en el ejercicio de medios de impugnación en poder de las partes, lo que muchas veces ha sido visto como una pretensión y correlativo derecho optativo en ejercer una actividad impugnativa de naturaleza sustitutiva.

Resulta oportuno hacer referencia a lo que la doctrina de más reciente y autorizada factura establece sobre este modelo de disciplina que marca la gran diferencia existente entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción alternativa, ambas objeto de este estudio:

(...) Si bien el principio de doble instancia y doble grado de jurisdicción tienen marcadas diferencias conceptuales, para efectos del presente trabajo, se les entenderá como sinónimos. Sobre dicho particular, el profesor Alsina ha precisado que “es discutida en doctrina la naturaleza jurídica de este recurso. ¿Importa un nuevo examen o constituye un nuevo juicio? El distingo tiene importancia, porque, en el primer caso, el material sobre el cual debe trabajar el tribunal de apelación es nada más que el acumulado en la primera instancia, en tanto que en el segundo pueden aducirse nuevas defensas y ofrecerse nuevas pruebas. Para nosotros es nada más que un doble examen, pues el tribunal de apelación solo puede fallar sobre lo que es materia del recurso. Eso no quiere decir que el juez esté subordinado al tribunal, ni esté vinculado al pronunciamiento del inferior, porque [...] el tribunal de apelación extiende su examen a los hechos y al derecho, actuando respecto de ellos con plena jurisdicción. Tampoco impide que excepcionalmente puedan proponerse nuevas defensas [...], hechos nuevos (posteriores al auto de prueba de primera instancia, o anteriores, pero desconocidos), ni que se produzca prueba respecto de hechos alegados en la primera instancia, cuya prueba no se realizó sin culpa de las partes (...)”².

En concordancia con lo anterior, el doble grado de jurisdicción como modelo de disciplina jurisdiccional, va más allá de un simple ejercicio de una actividad recursiva en busca de un juzgamiento sustitutivo, por lo que debemos analizar los elementos que reputamos como definitorios de este instituto.

A. El reparto de competencias jerárquicas naturales de los órganos de administración de justicia. El juicio rescindente y el rescisorio

En primer lugar, destacamos que, en el ámbito de la resolución de conflictos intersubjetivos, no todos los juzgamientos van a ser proferidos en atención a una debida observancia a las garantías procesales otorgadas a las partes, de una correcta aplicación o interpretación normativa, ni tampoco serán forzosamente justas.

En tal virtud, el perfecto diseño de la fase cognitiva del proceso garantiza que una controversia debe estar inexorablemente sometida en principio (decimos en principio por la naturaleza facultativa de los recursos) a dos exámenes por parte de dos órganos jurisdiccionales distintos.

Entre estos dos órganos jurisdiccionales, existe una relación de dependencia jerárquica o subordinación, pues el segundo examen (examen de segundo grado) realizado por el superior jerárquico (segunda instancia o segundo grado), debe prevalecer siempre sobre el primero.

² ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Tomo IV. Buenos Aires: Ediar. 1961. p. 207.

Los ordenamientos jurídicos prevén de diversas formas la distribución de competencias jerárquicas, en donde por regla general, luego de un pleno examen de fondo del órgano jurisdiccional que actúa en el procedimiento como primera instancia y ejercidos los recursos pertinentes, le corresponde a un segundo órgano jurisdiccional realizar un nuevo examen –también de fondo- sobre la controversia.

Este segundo examen, de acuerdo al ordenamiento jurídico del cual se trate, es realizado con apoyo en determinadas competencias que por ley le son otorgadas a cada órgano de administración de justicia, donde, por ejemplo, en el segundo grado no es admisible promover nuevas pruebas en un ordenamiento jurídico específico, mientras que en otro se le otorgan facultades probatorias al órgano superior en este un nuevo examen.

Oportuno destacar que los exámenes de instancia, bien sea de primero o segundo grado, se centran en la valoración de las pruebas aportadas por las partes, por un cumplimiento de la carga alegatoria, lo que conduce a establecer un hecho alegado como cierto o como falso.

Lo determinante en esta relación de dependencia jerárquica o de subordinación, es la verificación de los juicios rescindente y rescisorio de forma concurrente en el órgano jurisdiccional superior.

La atribución de estas dos facultades jurisdiccionales al órgano superior, es lo que determina la existencia del doble grado de jurisdicción, en donde un tribunal superior jerárquicamente respecto al juzgado de primer grado, realiza un segundo examen –en teoría definitivo- sobre la controversia, pudiendo sustituir en todas y cada una de sus partes el juicio emitido por el órgano de primer grado.

Debemos tener cuidado al referirnos al reparto de competencias jerárquicas, pues a nuestro modo de ver, ello no siempre implica mayor conocimiento, ni mayor experiencia de los juzgadores de segundo grado, sino que conlleva a una prevalencia del segundo pronunciamiento sobre el primero.

Retomando los elementos definitorios del principio de doble grado de jurisdicción, es oportuno en este estado referirnos por separado al juicio rescindente y rescisorio como elementos típicos de la actividad jurisdiccional de segundo grado.

El juicio rescindente, no es más que la anulación y destrucción total del fallo recurrido, lo que nos deja ver que el recurso de apelación no es un medio de control de la actividad del juez de primera instancia, sino que su ejercicio es el acceso a un segundo examen obligatorio del fondo de la controversia.

Luego, se presenta el juicio rescisorio, que es la sustitución del fallo recurrido por uno nuevo, en donde se justifican las razones de hecho y de derecho por las que se revoca el examen realizado por el juzgado de primer grado y se sustituye por uno nuevo.

Es importante observar que, la actividad jurisdiccional de segundo grado se despliega en base a competencias que le permiten al juzgador sustituir en todas y cada una de sus partes el juicio realizado en primera instancia, a través de la emisión de un nuevo fallo, el cual sustituirá al de primera instancia y será definitivo en la fase cognitiva.

No podemos pasar por alto que los efectos anteriormente referidos surgen única y exclusivamente cuando las partes activan los mecanismos de impugnación con el ejercicio de la actividad recursiva prevista en la Ley, lo que también debe examinarse con detenimiento a continuación.

B. La imposición normativa del Estado vs. la libre autonomía de la voluntad de las partes en Arbitraje

Hablar de la imposición de medios recursivos por parte del Estado, responde a una necesidad legislativa de reglar la actividad jurisdiccional proveyendo a las partes los recursos necesarios para garantizar una tutela judicial efectiva, un debido proceso y asegurar la integridad de la Constitución.

Cuando señalamos de “imposición” a las normas adjetivas dispuestas por el legislador, nos referimos a la existencia de un conjunto de normas en base a las cuales va a regir un proceso jurisdiccional determinado, en caso de que las partes decidan efectivamente acudir a los órganos de administración de justicia estatales.

Aquí, comenzamos a ver que las normas dispuestas para la jurisdicción ordinaria, tienen rasgos optativos o voluntarios para las partes, en especial en materia recursiva.

Lo anterior, tiene una gran relación con la prohibición de no suplir el incumplimiento de las cargas procesales de las partes intervinientes en un conflicto intersubjetivo, que es sometido a la resolución de la jurisdicción ordinaria.

Entonces, delimitamos dos rasgos optativos de la jurisdicción ordinaria; el primero constituido por la decisión de primer término que toman las partes de acudir a la jurisdicción ordinaria, es decir, es sólo decisión de las partes resolver sus conflictos intersubjetivos en la jurisdicción ordinaria (salvo excepciones en las que se le permite a los jueces actuar de oficio); y el segundo de los rasgos constituido por la naturaleza optativa y voluntaria del ejercicio de los medios recursivos o de impugnación previstos en la normativa adjetiva.

Debemos centrar nuestra atención en el segundo rasgo, pues conlleva a establecer que las partes no se encuentran obligadas legalmente a ejercer los medios recursivos o de impugnación ordinarios, situación que se convierte por el contrario en una simple carga procesal del litigante. Ahora bien, si ello es así en el terreno de la jurisdicción ordinaria ¿por qué no aceptar mecanismos impugnativos en Arbitraje cuando así lo deseen las partes?

Vemos con claridad que, así como las partes tienen la opción de acudir a la jurisdicción ordinaria en el marco de un conflicto intersubjetivo, por voluntad expresa de ellas –consistente en la interposición formal de una demanda ante tribunales ordinarios–, pueden pactar que ciertos conflictos que surjan durante la vigencia de relaciones obligatorias, sean resueltos mediante Arbitraje, como manifestación típica de la libre autonomía de la voluntad, por lo que en principio no resultaría un problema que se pactaren medios de impugnación.

Ha sido objeto de mucho debate la admisión o no de medios recursivos en materia arbitral, pues como acertadamente lo sostiene gran parte de la doctrina, ello no está previsto en la Ley, además de que, no se deberían utilizar medios ordinarios para resolver conflictos intersubjetivos sometidos a Arbitraje, toda vez que a medida que se permita esta suerte de invasión de la jurisdicción ordinaria, el Arbitraje podría dejar de ser un medio de resolución de conflictos verdaderamente alternativo.

No podemos perder de vista que ya tenemos supuestos en los que la jurisdicción ordinaria interviene de forma negativa en la jurisdicción alternativa, a saber, la nulidad de los laudos dictada por la Corte Suprema de Justicia.

Esta denominada “invasión de la jurisdicción ordinaria” debe verse a profundidad, pues pensamos que ninguna postura que se asuma sobre este supuesto debe ser absoluta. Por ello, debemos analizar de una forma incluso crítica, la implementación de figuras procesales análogas en los procesos arbitrales, para así comenzar a proponer soluciones a tantas discusiones que se han presentado en este ámbito.

C. La implementación de figuras procesales ordinarias análogas en los procesos arbitrales. La impugnación opcional del laudo

Hemos acusado que sostener posiciones absolutas en el tema objeto de estudio, podría no ser del todo acertado, pues nos alejaría de la expectativa plausible de instrumentar soluciones para alejar al arbitraje toda intervención de la jurisdicción ordinaria, manteniendo incólume su naturaleza alternativa y su efectividad.

Uno de los casos a los que le dedicamos análisis, fue la necesidad y constitucionalidad del control difuso arbitral, pues representa un supuesto en el cual los árbitros a través de la aplicación del *control difuso*, aseguran la integridad de la Constitución, lo que en consecuencia aleja y mitiga la producción de un supuesto de nulidad por los motivos taxativamente establecidos en la Ley de Arbitraje y Mediación del Paraguay.

Sin embargo, podría surgir una interrogante de ineludible y franca respuesta ¿Es el arbitraje un proceso garantista del derecho a la defensa y tutela judicial efectiva a pesar de no regir el principio de doble grado de jurisdicción? La respuesta es sin ápice de duda afirmativa.

Una de las grandes críticas que se le puede hacer a la jurisdicción ordinaria, es el escenario potencial de abuso recursivo de las partes, supuesto en el cual, se ejerce de manera muy prolongada todos y cada uno de los recursos previstos en las normas adjetivas, lo que desvía con creces la materialización de la firmeza e inmutabilidad del fallo:

“(…) Al respecto, el profesor Priori ha señalado que “un tema muy relacionado con la pluralidad de instancias es la demora de los procesos judiciales, lo que hace que la justicia que tarda no sea justicia. Ello es meridianamente cierto desde que, en nuestro sistema, no sólo existe la posibilidad de interponer recurso de apelación, sino poder recurrir a la Corte Suprema en vía de casación. Con ello, lo sabemos todos, tenemos que la duración de un proceso puede hacerle un muy flaco favor a la garantía de una mejor justicia. Ello puede agravarse más aún, desde que el Tribunal Constitucional (TC) ha abierto la posibilidad –por

cierto excepcional, como lo dice el propio TC– de poder iniciar procesos de amparo contra resoluciones judiciales no sólo por ser afectados los derechos fundamentales de naturaleza procesal, sino cualquier otro derecho fundamental (derecho a la propiedad o al honor, por ejemplo) (...)”³

Al hablar de un alejamiento de la firmeza e inmutabilidad del fallo, hablamos de un incumplimiento en garantizar seguridad jurídica a las partes, por cuanto esta certeza requerida puede volverse ilusoria por la tramitación dilatada de innumerables recursos a través de un período de tiempo indeterminado, más no a corto plazo, razón además que ha inspirado la implementación del control casatorio.

Lo anterior, afecta perjudicialmente la esfera de derechos subjetivos de los justiciables, pues al no obtener esa firmeza e inmutabilidad del fallo, no sólo está en suspenso el contenido y extensión de sus derechos, sino que además el transcurso del tiempo sin la tutela demandada menoscaba la relación jurídico material objeto de juicio y aquellos derechos y prerrogativas que se derivan.

En este estado, no cabe duda que podría existir la necesidad de flexibilizar un poco el uso de determinadas figuras procesales de forma análoga, sobre todo cuando ello optimizaría y fortalecería sin lugar a dudas a la jurisdicción alternativa.

Destacamos un ejemplo muy particular, como lo es el contenido de la sección VI del Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas de la República Bolivariana de Venezuela, referido a la impugnación del laudo.

Para mayor nitidez en nuestro análisis, nos permitimos transcribir lo que establece el artículo 77 del Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas de la República Bolivariana de Venezuela:

Artículo 77. Impugnación opcional del laudo. Si en el acuerdo de arbitraje, o en cualquier momento posterior, las partes lo hubiesen pactado, cualquiera de ellas podrá impugnar ante el CACC el laudo definitivo que recaiga en el procedimiento.

La impugnación del laudo sólo podrá fundarse en una infracción manifiesta de las normas aplicables al fondo de la controversia o en un error grosero en la apreciación de los hechos por parte del tribunal arbitral, siempre que una u otro hayan sido determinantes para el laudo.

A partir del sometimiento a la impugnación del laudo, las partes se obligan a no instar la ejecución en tanto su impugnación no se decida, dejando a salvo el derecho de las partes de interponer el recurso de nulidad del laudo ante tribunales competentes una vez sea decidida la impugnación⁴

Es importante resaltar de la anterior disposición que, no representa un recurso de apelación tal y como se encuentra establecido en las normas adjetivas ordinarias, pues no se trata del acceso a un segundo examen de la controversia, se trata más bien de un especialísimo mecanismo de

³ PIORI POSADA, Giovanni. *Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción*. Advocatus, (009), 2003, pp. 405-422.

⁴ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

impugnación que, a pesar de poder ser establecido por las partes, sus causales precisas, lo hacen extraordinario.

Debemos destacar que la impugnación del laudo tal y como está prevista en el Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, es otra manifestación más de la libre autonomía de la voluntad de las partes, toda vez que es por acuerdo expreso de las partes en la cláusula compromisoria que puede efectivamente activarse este mecanismo de impugnación del laudo.

Como habíamos anotado anteriormente, existen dos motivos específicos en base a los cuales las partes pueden pactar y acceder a la impugnación del laudo: a) Infracción manifiesta de las normas aplicables al fondo de la controversia; b) Error grosero en la apreciación de los hechos por parte del tribunal arbitral.

Salta a la vista que estos dos motivos por los que puede ser procedente la impugnación de un laudo, son infracciones específicas sobre la aplicación normativa (falta y falsa aplicación normativa) y sobre normas que regulan el establecimiento de los hechos.

Vemos pues, como el doble grado de jurisdicción como modelo de disciplina jurisdiccional no rige al procedimiento arbitral, esto, por la especialidad de la impugnación de los laudos, lo que correlativamente indica que dicha figura no es el acceso a un nuevo examen definitivo del fondo de la controversia, pues por ejemplo, excepcionalmente el tribunal arbitral podrá ordenar se practiquen ciertas pruebas, sin embargo, no es un medio recursivo extraordinario donde se va a renovar automáticamente el examen del fondo de la controversia tal y como sucede con el ejercicio del recurso ordinario de apelación.

Otro de los supuestos que deben ser objeto de consideración es lo establecido en el último aparte del artículo 82 del Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, también atinente a la impugnación del laudo, “(...) *El tribunal arbitral de impugnación podrá confirmar o modificar los términos del laudo, incluida su parte dispositiva, y asignará las costas del procedimiento.*”⁵

Es muy importante hilar con extrema prudencia lo que dice este último aparte, pues en nuestro criterio no contempla revocatoria del laudo, es decir, no se contempla expresamente un juicio rescindente –no permite al tribunal arbitral de impugnación destruir, anular ni casar el laudo- por lo que sólo puede confirmar o modificar directamente los términos del laudo sin que se le otorgue la posibilidad, repetimos, de destruir, anular ni casar el laudo.

Este último supuesto trae consigo un necesario análisis sobre lo que en realidad ocurre con las facultades que le son otorgadas al tribunal arbitral de impugnación, toda vez que, bajo nuestra óptica, no tiene facultades anulatorias como tiene un órgano jurisdiccional de segundo grado.

Estimamos que este postulado, debemos sustentarlo en una comparación con la apelación de la jurisdicción ordinaria, para así delimitar las diferencias que existen en ambos supuestos.

⁵ Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas.

Con el ejercicio del recurso ordinario de apelación, se entiende que es voluntad del recurrente someter la controversia a un segundo examen, por lo que el juzgado superior tiene la facultad plena de emitir un nuevo juzgamiento sobre el fondo de la controversia, supuesto que le permite anular totalmente el fallo para producir uno nuevo.

Un nuevo examen de la controversia supone volver a analizar todos y cada uno de los elementos de convicción presentes en el juicio para determinar si en efecto el examen realizado por el órgano jurisdiccional de primer grado es correcto, legal y justo.

No podría suceder lo mismo en un arbitraje de impugnación, pues el órgano encargado de ello no puede volver a examinar todos los elementos inherentes a la controversia –podría proponerse para este supuesto una prohibición de doble juzgamiento–, lo que excluye totalmente la posibilidad de que pueda afirmarse que se realiza un nuevo examen de la controversia, destinado a procurar la anulación del laudo.

Es clara la norma cuando establece que solamente puede activarse el arbitraje de impugnación acordado por las partes, cuando existan infracciones relativas a una aplicación normativa o infracciones sobre el establecimiento de los hechos, quedando excluidos de ello otros supuestos que configuren una causal potencial de nulidad prevista en la Ley de Arbitraje y Mediación.

Lo anterior quiere decir que, el arbitraje de impugnación le otorga facultades tan individualizadas al órgano encargado, que podría existir un motivo de nulidad y no ser objeto de impugnación por ser sus causales restrictivas, por lo que no abarcan el resto de los elementos de manera tal que pueda considerarse un nuevo examen.

Aunado a lo anterior, rescatamos el supuesto de reparto de competencias jerárquicas típico del doble grado de jurisdicción, en donde el órgano de segundo grado guarda una relación de superioridad respecto al de primer grado, no así sucede en el arbitraje de impugnación, donde no existe un reparto de competencias jerárquicas entre el tribunal arbitral que dicta el laudo y el tribunal arbitral de impugnación.

Al no existir en la jurisdicción alternativa esa relación de subordinación por una ausencia de distribución de competencias jerárquicas, debe concebirse al arbitraje de impugnación como un nuevo proceso arbitral, en el que las partes bajo determinadas causales atacan y combaten especialísimas infracciones cometidas por el tribunal arbitral que dictó el laudo.

En tal virtud, el tribunal arbitral de impugnación no tiene competencia alguna para realizar un segundo examen, pues su actividad se circunscribe única y exclusivamente a las denuncias que sean efectivamente acusadas por las partes.

Clara la diferencia con el recurso ordinario de apelación, en donde el órgano jurisdiccional de segundo grado confirma o revoca el fallo apelado, sustituyéndolo por uno nuevo dada la potestad-función de juzgar nuevamente sobre la controversia.

II. CONCLUSIONES Y CONSIDERACIONES FINALES

Esta aproximación que hemos propuesto, denota que existen posibilidades de evolucionar en materia de jurisdicción alternativa, pues estimamos que es una muestra de que asumir posturas absolutas podría truncar atractivas opciones.

Sin lugar a duda, no puede permitirse que la jurisdicción ordinaria invada a la jurisdicción alternativa, pues ya representa un presupuesto perjudicial que esté en cabeza de la jurisdicción ordinaria la posibilidad de anular los laudos arbitrales, por lo tanto, debe explorarse la conveniencia de implementar instituciones procesales de forma análoga sin que ello implique que el Arbitraje deje de ser una jurisdicción verdaderamente alternativa.

Vemos ejemplos de cómo se ha logrado implementar mecanismos garantistas conservando la esencia del arbitraje, pues lo que va a definir siempre a la jurisdicción ordinaria es la prevalencia del doble grado de jurisdicción como un modelo de disciplina jurisdiccional, lo cual no representa un elemento definitorio de la jurisdicción alternativa.

Acusamos de elemento diferenciador y definitorio de la jurisdicción ordinaria al doble grado de jurisdicción en virtud de que, es por este principio que se da en pleno la potestad-función del órgano de segundo grado de efectuar el juicio rescindente y rescisorio simultáneamente sobre el fallo recurrido, no así en la jurisdicción alternativa.

Evidentemente existen muchos otros elementos sobre los cuales puede realizarse aproximaciones acerca de este tema, sin perjuicio de ello, vemos con una tamaña claridad que a pesar de que no debe admitirse que el doble grado de jurisdicción como un modelo de disciplina arbitral, si pueden adoptarse ciertos elementos pertenecientes a la jurisdicción ordinaria para fortalecer a la jurisdicción alternativa.

Dejamos como última reflexión el hecho de que hemos reputado al arbitraje de impugnación como un proceso arbitral autónomo, sin embargo, existe una situación práctica muy puntual que debe llamar al debate.

En caso de que las partes en la cláusula compromisoria de arbitraje establezcan que las controversias deben tramitarse de conformidad con un reglamento específico contempla el arbitraje de impugnación ¿es suficiente con que se mencione el reglamento que contenga la figura de impugnación o se debe hacer mención específica en la cláusula compromisoria?.

CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN LOS LAUDOS ARBITRALES

Gerardo Nieto Quintero¹

Resumen- El propósito de este artículo es analizar si en aplicación del poder jurisdiccional otorgado a los árbitros, estos pueden aplicar el Control Difuso de la Constitucionalidad en los Laudos Arbitrales. Siendo el arbitraje uno de los medios alternativos de solución de disputa no sólo tiene como finalidad dirimir conflictos de una manera imparcial, autónoma e independiente, mediante un proceso contradictorio, sino que a través de ellos se producen sentencias que se convierten en cosa juzgada, -en el caso del arbitraje, el laudo arbitral- y, por tanto, es parte de la actividad jurisdiccional y del sistema de justicia. En tal sentido, el arbitraje no puede ser considerado como una institución ajena al logro de una tutela jurisdiccional verdaderamente eficaz, socialmente concebida, constitucionalmente reconocida, que responde a la voluntariedad o autonomía de la voluntad de las partes que deciden someterse a él para la resolución de controversias que puedan surgir de una relación jurídica contractual. Teniendo como conclusión principal que existe la obligación de la aplicación extensiva a los árbitros del deber de asegurar la integridad de la Constitución en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en las Constituciones Nacionales en la ley, mediante el ejercicio del control difuso siempre que consideren que una norma jurídica de cualquier categoría (legal, sublegal), colidiere o es incompatible con alguna disposición constitucional, debiendo aplicar ésta con preferencia.

Abstract - *The purpose of this article is to analyze whether, in application of the jurisdictional power granted to arbitrators, they can apply Diffuse Control of Constitutionality in Arbitration Awards. Since arbitration is one of the alternative means of dispute resolution, its purpose is not only to resolve conflicts in an impartial, autonomous and independent manner, through a contradictory process, but through them sentences are produced that become res judicata, - in the case of arbitration, the arbitral award - and, therefore, it is part of the jurisdictional activity and the justice system. In this sense, arbitration cannot be considered as an institution unrelated to the achievement of truly effective jurisdictional protection, socially conceived, constitutionally recognized, which responds to the voluntariness or autonomy of the will of the parties who decide to submit to it for resolution. of disputes that may arise from a contractual legal relationship. Having as a main conclusion that there is the obligation of extensive application to the arbitrators of the duty to ensure the integrity of the Constitution within the scope of their powers and in accordance with the provisions of the National Constitutions in the law, through the exercise of diffuse control*

¹ Abogado Consultor, Litigante con 30 años de experiencia, Árbitro y Mediador Comercial Internacional. CEO del Escritorio Jurídico Gerardo Nieto Quintero. Doctor en Derecho. Magíster en Derecho de Empresas. Profesor Universitario de Pregrado, Postgrado y Maestría de varias Universidades de Venezuela. Profesor Universidad Latinoamericana de Ciencias Jurídicas (Miami USA). Director Académico del Instituto de Altos Estudios Jurídicos y de Capacitación Gerardo Nieto Quintero (IALJURCGNQ). Director Ejecutivo del Centro de Arbitraje y Mediación de San Cristóbal DISPUTE BOARDS (CARCSAC). Director Académico de la Escuela de Altos Estudios en Medios Alternativos de Solución de Conflictos de IALJURCGNQ. Maestrante de la Maestría en Derecho Internacional Público de la Universidad Bolivariana de Venezuela. Diplomado en Introducción al Arbitraje de la Universidad Latinoamericana de Ciencias Jurídicas (Miami EEUU). Email nietoquinterogerardo@gmail.com.

always who consider that a legal norm of any category (legal, sublegal), conflicts or is incompatible with any constitutional provision, and must apply it with preference

I. INTRODUCCIÓN.....	73
II LA POTESTAD JURISDICCIONAL DEL ÁRBITRO.....	76
III. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ARBITRAJE.....	79
IV. MOTIVACIÓN ADECUADA DEL LAUDO.....	81
V. LOS ÁRBITROS Y EL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD.....	81
VI. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES.....	83
<i>A. Venezuela.....</i>	<i>83</i>
<i>B. Perú.....</i>	<i>84</i>
VII. CONCLUSIONES.....	86

I. INTRODUCCIÓN

Siendo el arbitraje un mecanismo alternativo de solución de conflictos donde las partes otorgan transitoriamente la facultad a un tercero para que decida la controversia suscitada se han planteado interrogantes en cuanto a la aplicación del control de constitucionalidad en materia arbitral, pues este control y el arbitraje son instituciones de naturaleza distinta.

La tesis de que los derechos fundamentales sólo son exigibles frente al Estado dejó hace mucho tiempo de ser proclamada en el derecho constitucional y la vinculación y eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares es un presupuesto esencial de su efectividad de todo estado de derecho.

El criterio imperante en todas las legislaciones es la Supremacía Constitucional, que podría definirse como la base del control de constitucionalidad, de acuerdo con el cual la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, que establece las reglas, principios y valores que someten al resto de ese ordenamiento jurídico.²

El control de constitucionalidad es, por lo tanto, el sometimiento de la normatividad específica a la norma general que es la Constitución, a fin de que aquella se enmarque en los parámetros consagrados por esta, tanto en su forma como en su contenido³.

² QUINCHE RAMÍREZ, Manuel F., “El control de convencionalidad”, Bogotá, Temis, 2014 en GARCÍA JARAMILLO. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 2014, XLVII (141), disponible en <https://www.redalyc.org/pdf/427/42732620013.pdf>

³ CASTRO, L. P. Control Difuso de la Constitucionalidad y de Convencionalidad por Tribunales Judiciales y Arbitrales. Poder Judicial del Estado de México, Escuela Judicial del Estado de México, (5), 111-127. 2016.

También podría definirse como una garantía de la Constitución, pero sobre todo de los derechos fundamentales, ya que es un mecanismo contra mayoritario que pretende impedir que las libertades de los individuos, y sobre todo de las minorías, queden al albur de la política de turno.⁴

El sistema de justicia constitucional comprende: el control concentrado de la constitucionalidad, el control difuso de la constitucionalidad y el amparo constitucional o Acción de Tutela, eso es así en toda Latinoamérica y como consecuencia de ello todo juez de la República debe velar por el cumplimiento de la Constitución. En el caso particular de Venezuela así lo establece el artículo 7º de su Constitución la cual enuncia que ella es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Mientras que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia es el máximo y último intérprete de la Constitución⁵.

Recordemos que el control difuso de constitucionalidad es de origen norteamericano y dispone que la defensa y el control de la Constitución corre a cargo de todos los despachos judiciales, sin importar su jerarquía en el sistema, es decir, todos fiscalizan la vigencia de la Constitución.

En este sentido los órganos que pueden ejercer el control difuso de la constitucionalidad son todos los jueces de la República, incluyendo todas las Salas del Tribunal Supremo de Justicia como lo señala el artículo 334 de la Constitución política venezolana. En este sentido, el Constituyente le dio rango constitucional al control difuso en el artículo 334 del Texto Fundamental indicando que:

Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de la Constitución. En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente. Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquella.

Este artículo de la Constitución contiene los dos métodos para preservar la constitucionalidad, uno que se denomina control difuso de la constitucionalidad que consiste en que cualquier juez debe, incluso de oficio, desaplicar cualquier norma, que no sea compatible o que sea contraria a la Constitución. El otro es el control directo o concentrado de la constitucionalidad que está reservado a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (artículo 336), que consiste en declarar la nulidad total o parcial de una norma, bien sea legal o administrativa que contradiga la Constitución.

Por ello y para explicar su naturaleza jurídica lo más preciso es acudir a la definición que sobre este instituto jurídico dio el jurista italiano Mauro Cappelletti, quien señaló, en resumidos términos, que

⁴ BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005 (2 ed.). ISBN 978-84-259-1302-0.

⁵ LOVERA DE SOLA, Irma, Control difuso de la constitucionalidad y arbitraje en materia de arrendamiento comercial. *Anuario venezolano de arbitraje Nacional e Internacional* Nº 1 2020 disponible en: <https://avarbitraje.com/wp-content/uploads/2021/03/ANAVI-No1-A16-pp-367-383.pdf>

el control difuso es un poder-deber de todos los jueces de desaplicar normas inconstitucionales que en principio son aplicables a casos concretos que les corresponde conocer y decidir, y aplicar preferentemente la Constitución⁶.

El control difuso de la constitucionalidad se ejerce en Venezuela de la misma forma que, en términos generales se ejerce en el Derecho Comparado. Por ello, para explicar la forma como se ejerce el control difuso en Venezuela nos permitiremos citar la explicación que al respecto dio el autor italiano Mauro Cappelletti:

(...) se razona, en sustancia, de la siguiente manera: los jueces están obligados a interpretar las leyes a fin de aplicarlas a los casos concretos que cotidianamente se someten a su decisión; uno de los cánones más obvios de la interpretación de las leyes, es aquel según el cual, cuando dos disposiciones legislativas contrastan entre sí, el juez debe aplicar la que tenga preeminencia; tratándose de disposiciones de igual fuerza normativa, la preeminencia será indicada por los usuales criterios tradicionales: *Lex posterior derogat legi priori*; *Lex specialis derogat legi generali*, etc., pero estos criterios carecen de validez cuando el contraste se presenta entre disposiciones de diversa fuerza normativa; y así, la norma constitucional, cuando la Constitución es ‘rígida’, más bien que ‘flexible’, prevalece siempre sobre la disposición ordinaria contrastante, del mismo modo, por ejemplo, que la propia ley ordinaria prevalece sobre el reglamento, es decir, en la terminología alemana, las *Gesetze* (Leyes) prevalecen sobre los *Verordnungen* (reglamentos); ergo, se concluye, que cualquier juez, encontrándose en el deber de decidir un caso en el cual tenga relevancia una norma legislativa ordinaria opuesta a la norma constitucional, debe desaplicar la primera, y aplicar, por el contrario, la segunda.

En virtud de lo anterior el control difuso de la constitucionalidad no puede considerarse como una facultad discrecional de los jueces.

A continuación, nos referiremos a las normas que pueden ser objeto del control difuso de la constitucionalidad:

1. Leyes u otras normas jurídicas de rango legal Pueden ser objeto del control difuso de la constitucionalidad todas las leyes y normas jurídicas de rango legal, tales como leyes nacionales, decretos leyes, leyes estatales y ordenanzas municipales.
2. Reglamentos y otros actos normativos de rango sub-legal
3. Leyes derogadas
4. Leyes afectadas de inconstitucionalidad sobrevenida
5. Normas contractuales

⁶ CAPELLETTI, Mauro, *El Control Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes en el Derecho Comparado*. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1966, pp. 39.

II. LA POTESTAD JURISDICCIONAL DEL ÁRBITRO

En este punto es necesario traer a colación el concepto de jurisdicción del maestro Couture (1981). Para este autor, la jurisdicción es la función mediante la cual se determina el derecho de las partes con acto de juicio, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución.

El arbitraje ha alcanzado un importante desarrollo debido entre otras razones a su flexibilidad y rapidez para la solución y prevención de conflictos de naturaleza patrimonial en comparación con el tradicional proceso judicial, teniendo múltiples facetas como las relaciones con el Estado siendo el caso de los arbitrajes de inversión y de contratación estatal.

Según las Estadísticas de la Carga de Casos de 2023, publicadas por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas de Inversiones (CIADI), se registraron 57 casos en el año 2023 en virtud de sus reglas. Esta representa la tercera cifra más alta de casos registrados en un solo año —y representa un incremento significativo respecto de los 41 casos en el año 2022.

Los arbitrajes en virtud del Convenio del CIADI representaron la mayor parte de los nuevos casos (53 casos), seguidos de los arbitrajes que aplicaron el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI (tres casos). El CIADI también registró un caso de conciliación en el año 2023.

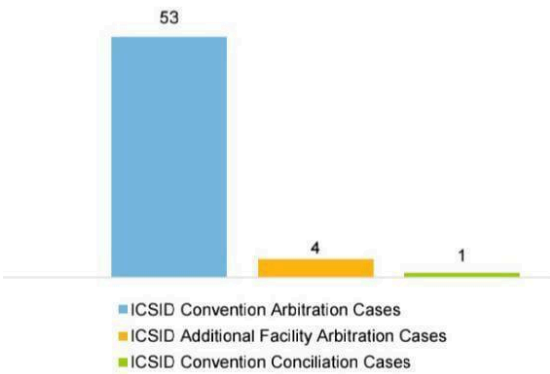
Al 31 de diciembre de 2023, el CIADI había registrado un total de 967 casos en virtud del Convenio del CIADI y del Reglamento del Mecanismo Complementario. Otros 20 casos fueron administrados en virtud de otras reglas procesales distintas a las del CIADI. La mayoría de éstos (14 casos) aplicaron el reglamento de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).⁷

A continuación, reflejaremos en gráficos lo antes expuesto discriminados así: El gráfico 1 muestra el número de casos CIADI registrados en el año fiscal 2024.

7

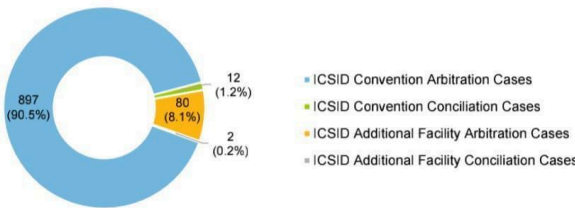
<https://icsid.worldbank.org/es/noticias-y-eventos/comunicados/el-ciadi-publica-las-estadisticas-de-la-carga-de-casos-de-2023>

Chart 1: New ICSID Cases Registered in FY2024

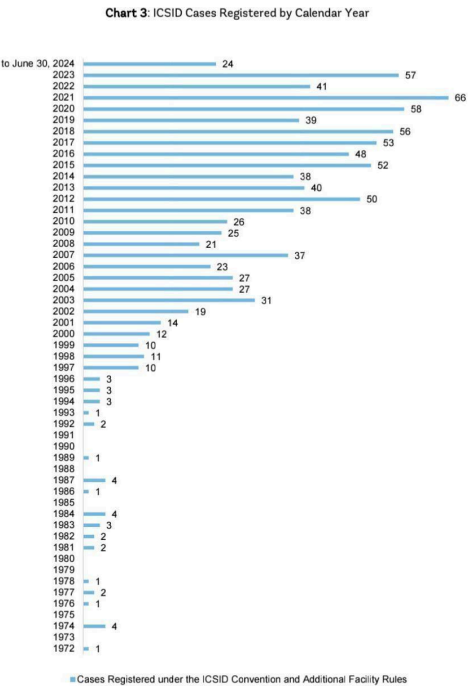


El gráfico 2 muestra un desglose de todos los Casos CIADI registrados según las normas aplicables.

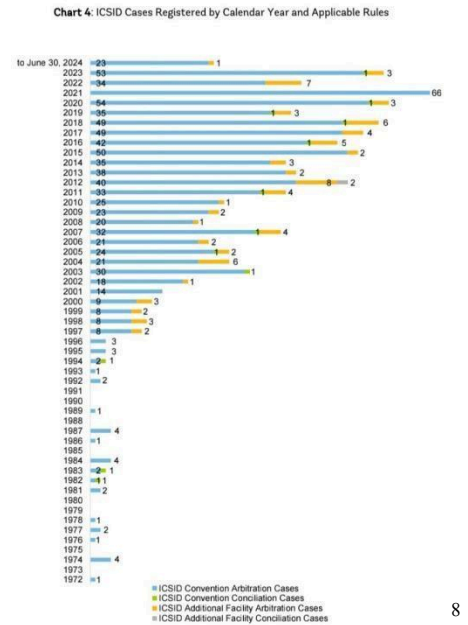
Chart 2: All ICSID Cases Registered by Applicable Rules



El gráfico 3 muestra el número total de casos CIADI registrados por año calendario.



Finalmente, el Cuadro 4 muestra un desglose de los casos CIADI registrados por año calendario y normas aplicables.



De estos casos que concluyeron en el año 2023, el 69% fueron decididos por un tribunal y el 31% se resolvieron por avenimiento o se terminaron por otros medios. Esto es similar a los resultados de casos de años anteriores.

Entre los casos decididos por tribunales en el año 2023, el 55% de los laudos acogieron parcial o totalmente las reclamaciones del inversionista, el 31% de los laudos rechazaron la totalidad de las reclamaciones del inversionista sobre el fondo, y el 14% de los laudos declinaron jurisdicción. Estos resultados equilibrados también son típicos de las tendencias a largo plazo del CIADI.⁹

Todo esto se debe entre otras razones a la naturaleza del arbitraje que es *sui generis*, es decir, que no se agota en la naturaleza contractual, que no solo marca el inicio del procedimiento, sino también las reglas aplicables *lex fori*, y la competencia del Centro de Arbitraje en caso de que se trate de un Arbitraje institucional; ni en la jurisdiccionalidad del mismo que no extingue la autonomía de la voluntad sino por el contrario se reconoce hoy en día como una alternativa para la resolución de conflictos, con una naturaleza autónoma, singular y distintiva, ya que le otorga a los árbitros el poder jurisdiccional de decisión bien sea por mandamiento Constitucional o legal.

En ese sentido, el arbitraje, al poseer una función jurisdiccional, debe velar por la protección y garantía de los derechos de los particulares que acceden a este medio para dirimir sus controversias; si bien la fuente principal de protección de derechos se encuentra en las instituciones del Estado, este mecanismo ha demostrado la alternatividad del derecho y de las instituciones encargadas de administrar justicia, que al mismo tiempo debe coexistir y relacionarse con la actividad propia del arquetipo estatal para cumplir su fin.

III. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ARBITRAJE

En la actualidad, la facultad de someter a arbitraje una disputa está protegida y garantizada por una inmensa mayoría de textos constitucionales latinoamericanos, así tenemos los siguientes casos:

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en sus artículos 253 y 258, establecen:

Artículo 253. (...) El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos o ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados o abogadas autorizadas para el ejercicio.

Artículo 258. “La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos.”

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 190 consagra que: “Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos

⁹

<https://icsid.worldbank.org/es/noticias-y-eventos/comunicados/el-ciadi-publica-las-estadisticas-de-la-carga-de-casos-de-2023>

procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir”.

La Constitución de la República de Colombia, en su artículo 116 establece lo siguiente: (...)

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

La Constitución de la República de Costa Rica, establece en su artículo 43, lo siguiente: *“Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aún habiendo litigio pendiente”.*

La Constitución de la República del Perú, en sus artículos 62 y 139, consagran:

Artículo 62°.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. No hay proceso judicial por comisión o delegación.

Como se ha señalado, el arbitraje en sí mismo, es concebido dentro del derecho constitucional latinoamericano como un derecho fundamental potestativo. Pues así, para aquellos interesados en dirimir sus controversias siempre debe existir la posibilidad de acudir a la justicia arbitral, así como a la justicia ordinaria por mandato constitucional.

La constitucionalización del arbitraje constituye efectos jurídicos que impulsan la institución, pues de este fenómeno nace la promoción del arbitraje, junto con los medios alternativos de resolución de conflictos; y como consecuencia, el arbitraje toma una fuerza distinta y se posiciona como una libertad que es difícil de negar, surgiendo así el principio pro-arbitraje, como tampoco resulta extraño que sea tan característico que el arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria¹⁰.

En ese sentido, el arbitraje se colocará como una figura de derecho que, al estar constitucionalizada, implica que en el interés del Estado se encuentra el desarrollo y plena vigencia de esa institución.

Ahora bien, la constitucionalización del arbitraje no solo lo ha concebido como un derecho fundamental, sino que lo ha integrado al ordenamiento jurídico de tal forma que se encuentra protegido por una garantía institucional.

¹⁰ ZABALETA, Sebastián J. – RUIZ AGUIRRE, Raúl, “El Fenómeno de la Constitucionalización del Arbitraje: Un examen sobre sus efectos”, *AVANTI* N° 4, 2023, pp. 277 – 312.

Con el reconocimiento del arbitraje como un derecho autónomo que guarda una estrecha relación con el libre desenvolvimiento de la personalidad individual se reconoce implícitamente la libertad de disponer de los mismos. A tal efecto, se evidencia la interdependencia e interrelación del derecho al arbitraje como derecho en sí mismo y como proceso en coordinación con la realización de una amplia gama de derechos materiales y sustantivos, en conjunto con la justicia ordinaria.

Al reconocer que los derechos y garantías de los individuos están garantizados por el Estado y que se cruzan con la justicia arbitral, estos hacen acto de presencia desde tres perspectivas distintas:

1. La realización de los derechos de los individuos dentro del proceso arbitral;
2. El deber del Estado de garantizar y respetar el derecho al arbitraje y, por tanto, de los demás derechos que concurren en el proceso; y
3. La obligación de respeto y garantía de los derechos de los individuos que no acordaron ir a arbitraje.

IV. MOTIVACIÓN ADECUADA DEL LAUDO

En vista de que el control difuso supone un silogismo lógico-jurídico que deriva en un juicio de ponderación y considerando el resultado del control difuso no puede ser el producto de la mera voluntad o querer de quien efectúa ese control, es decir, una simple consecuencia de su subjetividad o de su particular apreciación del ordenamiento jurídico, pero tampoco puede ser el producto de un razonamiento absurdo o defectuoso.

Por el contrario, el control difuso debe ser acompañado de un razonamiento correctamente expuesto a través de una motivación muy bien fundamentada, es decir, de una motivación que no sea aparente, defectuosa o inexistente, además de una argumentación que exponga en forma clara, lógica y suficiente los fundamentos que justifican esa medida o decisión. Esto con el propósito de que los destinatarios o interesados conozcan las razones y los intereses por las cuales se optó por tal o cual decisión al efectuar el control y darle al laudo tal fortaleza que se valga por sí solo y supere satisfactoriamente las revisiones jurisdiccionales a los que sea sometido.

V. LOS ÁRBITROS Y EL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD

Sin dudar de la importancia que ha ido obteniendo el arbitraje a lo largo de los últimos años, aún existen diversos vacíos e insuficiencias según algunos autores que no permiten que esta figura jurídica pueda desarrollarse plenamente. De manera especial, se han planteado diversas interrogantes y cuestionamientos acerca de la legitimidad y la facultad que tienen los árbitros para poder aplicar el Control Difuso de Constitucionalidad sobre los distintos conflictos que son sometidos a su competencia¹¹.

¹¹ HARO GARCÍA, José V. "El control difuso de la constitucionalidad en Venezuela: el estado actual de la cuestión", *Provincia*, 2005, pp. 283-315.

En este sentido, cabe mencionar las opiniones de autores como: Roca (1992), Gonzales (2006), Rubio (1999), García (2013), Ledesma (2014) y Chirinos (2017), quienes cuestionan la llamada “jurisdicción arbitral”. Esto se debe a que sostienen que única y exclusivamente son los jueces del Poder Judicial quienes ejercen función jurisdiccional al momento de administrar justicia de acuerdo a lo ordenamiento jurídico. Asimismo, conciben el arbitraje como una institución jurídica regida por la voluntad de las partes y que cuenta con una competencia particular o privada, instituida como una alternativa de solución de conflictos diferente al Poder Judicial; por lo que, no resulta viable la postura que equipara a jueces y árbitros. Además, resulta importante considerar también la opinión de Sar (2020), quien cuestiona la posibilidad de que los árbitros apliquen control difuso, ya que no se ha establecido adecuadamente un procedimiento para su aplicación efectiva y válida. En este sentido, surge la interrogativa de si verdaderamente deben los árbitros ejercer el control difuso o no.

Las facultades que asisten a los árbitros constituidos como tribunal arbitral son ejercidas con la misma circunspección y responsabilidad con que las ejercen los jueces, es decir, interpretar las normas a ser aplicadas armonizándolas con el principio constitucional, considerándolas como inconstitucionales cuando hubiese lugar a ello, siendo esta una facultad restringida y de carácter excepcional, sin la cual no podría ser útil el pronunciamiento del laudo. Siendo así la aplicación del control difuso de constitucionalidad no es una facultad de los árbitros, sino un deber, y que su no aplicación implicaría la intervención de la justicia constitucional.

Es necesario recalcar que el conocimiento de un conflicto a la competencia de un tribunal arbitral puede tener un origen contractual o convencional y la función que este desempeñará será de carácter eminentemente jurisdiccional, ya que así es su naturaleza jurídica.

En este sentido, el arbitraje representa un sistema de resolución de conflictos con carácter jurisdiccional, toda vez que procura la observancia de las pautas necesarias para el desarrollo del debido proceso legal, y porque los árbitros tienen la potestad de hacer actuar la voluntad de la ley para crear la norma individual denominada Laudo que decida una determinada contienda (*iuris-dictio*).

Una desventaja de los árbitros a diferencia de los jueces del Poder Judicial es que no se encuentran integrados en una institución permanente tribunal arbitral, según criterios de jerarquía, complementariedad y coordinación; situación que dificulta la generación de mecanismos que procuren la uniformidad de las decisiones arbitrales o que permitan revisarlas, evitando soluciones contradictorias ante casos sustancialmente idénticos.

Ante esta desventaja tenemos que recordar que todo laudo es recurrible y/o revisado por la jurisdicción ordinaria mediante el Recurso de Nulidad de este produciendo una sentencia que puede ser recurrida por las partes ante el Tribunal o Corte Suprema de Justicia que si emiten un criterio vinculante según sea el caso.

Que los árbitros declaren la inconstitucionalidad de la norma no afecta el orden público; en definitiva, se limita al caso, sin pretensión de generalidad; tal como sucede con la inconstitucionalidad declarada por los jueces.

El ejercicio del control difuso de constitucionalidad en sede arbitral sólo podrá ejercerse sobre una norma aplicable al caso de la que dependa la validez del laudo arbitral, siempre que no sea posible obtener de ella una interpretación conforme a la Constitución y además, se verifique la existencia de un perjuicio claro y directo respecto al derecho de alguna de las partes.

VI. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

Veamos algunas sentencias emanadas de Tribunales y/o Cortes Suprema de Justicia.

A. Venezuela

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (“TSJ”), ha seguido la tesis de que el control difuso de la constitucionalidad es un poder-deber de los jueces. Entre las diversas sentencias que se han pronunciado en este sentido cabe resaltar la número 620/2001 de fecha 2 de mayo de 2001, recaída en el *caso Industrias Lucky Plas, C.A.*

Otra explicación útil por su claridad para describir cómo funciona el control difuso de la constitucionalidad en Venezuela está contenida en la sentencia de la Sala Constitucional número 833/2001 de fecha 25 de mayo de 2001, recaída en el *caso Instituto Autónomo Policía Municipal de Chacao*. En la referida sentencia esta Sala Constitucional señaló que el control difuso de la constitucionalidad es ejercido por los jueces de la siguiente forma: cuando un juez en un caso concreto que le corresponde conocer y decidir se percata de que una norma que en principio debe aplicar a ese caso concreto colide con una norma o principio constitucional, debe desaplicar la norma legal en referencia y aplicar, en su lugar, la norma o principio constitucional.

Con fundamento en lo anterior, puede acotarse que el control difuso de la constitucionalidad debe ser ejercido por los jueces de la República luego de un análisis detenido de la norma legal objeto de control y de las normas o principios constitucionales en relación con los cuáles se hace su examen¹². Ese análisis debe comprender un ejercicio de interpretación de la norma legal que pueda hacerla compatible con la Constitución, pero, si es imposible hacer esa interpretación sin forzar el propio contenido y sentido de la norma legal, debe procederse a su desaplicación por la vía del control difuso. Por lo que, la decisión en que se ejerza el control difuso de la constitucionalidad debe ser una decisión expresa y motivada en la que se haga un examen de la norma legal y de las razones por las cuales se desaplica a un caso concreto.

En base a lo ya expuesto presento los siguientes criterios jurisprudenciales:

1. En la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (“T.S.J.”) No. 8833/2001 de fecha 25 de mayo de 2001 recaída en el caso Instituto Autónomo Policía Municipal de Chacao, los tribunales arbitrales también pueden ejercer el control difuso de la constitucionalidad.

¹² GUTARRA MEDIANA, Mercedes J., “El control de fondo del laudo arbitral en el Estado Constitucional de Derecho”, *Continental*, 2018.

2. En la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (“T.S.J.”) Nº 702, de fecha 18 de octubre de 2018, Se admitió que los árbitros pueden realizar control difuso de la constitucionalidad mediante la desaplicación de normas que consideren contrarias a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV).¹³
3. En la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (“T.S.J.”) Nº 347, de fecha 11 de mayo de 2018. En consulta sobre control difuso de constitucionalidad a que se refiere el artículo 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, resulta aplicable también a los laudos arbitrales definitivamente firmes en los que se realice dicha desaplicación.¹⁴
4. En la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (“T.S.J.”) Nº 0971, de fecha 27 de julio de 2023. Sentenció conforme a derecho la desaplicación efectuada por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, en el laudo arbitral dictado el 6 de febrero de 2015, del artículo 55 del Decreto Legislativo 602 y del artículo 41 literal j del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial.¹⁵

B. Perú

En el Derecho Comparado los efectos de la decisión en control difuso de la constitucionalidad son inter-partes. Ese mismo efecto se le ha reconocido en el Derecho venezolano a la decisión que ejerce el control difuso. Así lo ha señalado la Sala Constitucional mediante sentencia número 833/2001 de fecha 25 de mayo de 2001 recaída en el caso Instituto Autónomo Policía Municipal de Chacao. En dicha sentencia se señaló lo siguiente:

(...) el juez que ejerce el control difuso no anula la norma inconstitucional, haciendo una declaratoria de carácter general o particular en ese sentido, sino que se limita a desaplicarla en el caso concreto en el que consideró que los artículos de la ley invocada, o hasta la propia ley, coliden con la Constitución.

Lo mismo fue ratificado por la sentencia número 1717/2002 de fecha 26 de julio de 2002 recaída en el caso *Importadora y Exportadora Chipendele C.A.* Mediante sentencia número 1717/2002 de la Sala Constitucional de la República del Perú ratificada por sentencia número 2975/2003 de fecha 4 de noviembre de 2003 recaída en el caso *Pizza 400 C.A.*

Este mismo criterio relativo al control difuso de la constitucionalidad de las leyes, es decir, con el poder-deber de los jueces está contemplado en el artículo 138° de la Constitución de la República del Perú, el cual atribuye a los jueces para no aplicar, al caso concreto, la norma legal que resulte incompatible con la Constitución¹⁶.

¹³ <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/301753-0702-181018-2018-17-0126.HTML>

¹⁴ <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/301753-0702-181018-2018-17-0126.HTML>

¹⁵ <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/327462-0971-27723-2023-15-0242.HTML>

¹⁶ PRIORI POSADA, Giovanni F. “El control de constitucionalidad de laudos arbitrales en el Perú, a la luz de lo señalado en el Precedente Vinculante 142-2011-PA/TC”, *Arbitraje PUCP* Nº 2, 2012. pp. 26-33.

El Tribunal Constitucional de la República del Perú en el precedente vinculante contenido en la STC Nº 142-2011-PA/TC, ha establecido que los árbitros pueden y deben ejercer ese tipo de control¹⁷. Lo explica de esta manera:

Siendo el arbitraje una jurisdicción independiente [...], y debiendo toda jurisdicción poseer las garantías de todo órgano jurisdiccional (como las del Poder Judicial), es consecuencia necesaria de ello que la garantía del control difuso de constitucionalidad, prevista en el segundo párrafo del artículo 138º de la Constitución pueda también ser ejercida por los árbitros en la jurisdicción arbitral, pues el artículo 138º no puede ser objeto de una interpretación constitucional restrictiva y literal, como exclusiva de la jurisdiccional ordinaria o constitucional.

Para tal efecto, además de instituir como precedente vinculante que el control difuso en sede arbitral se rige por el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional peruano¹⁸, así como por la jurisprudencia sobre este tipo de control dictada por aquel alto Tribunal (parámetro que fue desarrollado en el punto anterior), seguidamente ha establecido, con el mismo carácter de precedente vinculante, que.

(...) sólo podrá ejercerse el control difuso de constitucionalidad sobre una norma aplicable al caso de la que dependa la validez del laudo arbitral, siempre que no sea posible obtener de ella una interpretación conforme a la Constitución y además, se verifique la existencia de un perjuicio claro y directo respecto al derecho de alguna de las partes.

Sobre esa base, los parámetros constitucionales que, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹⁹, que rigen el ejercicio del control difuso en sede arbitral son los siguientes:

- i. El control difuso debe realizarse en armonía con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.
- ii. La norma objeto de control debe ser relevante para la solución del caso y suponer un potencial perjuicio, claro y directo, para alguna de las partes.
- iii. El control difuso es residual: se debe inaplicar la norma incompatible con la Constitución solo si no es posible reconducirla a través de la interpretación constitucional.
- iv. El control difuso requiere aplicar el test de ponderación.
- v. La exigencia de una motivación adecuada.
- vi. La revisión judicial de la decisión arbitral frente al ejercicio indebido del control difuso.

¹⁷ PRIORI POSADA, “El Control de Constitucionalidad de Laudos Arbitrales en el Perú, a la Luz de lo Señalado en el Precedente Vinculante 142-2011-PA/TC”, pp. 26-33.

¹⁸ SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge, “Tribunal Constitucional y arbitraje: improcedencia del amparo contra resoluciones y laudos arbitrales, el control difuso en sede arbitral y el tratamiento de la recusación del tribunal arbitral “in toto””. *Revista Peruana de Arbitraje*, (4), 27. 2007, p. 6.

¹⁹ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. “El control difuso en sede arbitral: Los parámetros constitucionales que se deben seguir según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Forseti Revista de Derecho* Volumen 7 Nº 10, 2019.

VII. CONCLUSIONES

Teniendo como conclusión principal que existe la obligación de la aplicación extensiva a los árbitros del deber de asegurar la integridad de la Constitución en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en las Constituciones Nacionales en la ley, mediante el ejercicio del control difuso siempre que consideren que una norma jurídica de cualquier categoría (legal, sublegal), colidiere o es incompatible con alguna disposición constitucional, debiendo aplicar ésta con preferencia.

El arbitraje como Medio Alternativo de Solución de Conflictos, se ha constitucionalizado en la mayoría de los países de Latinoamérica al haber sido incorporado en la Constitución o desarrollado por medio de la jurisprudencia. Siendo así el control de constitucionalidad por parte los tribunales arbitrales encuentran su fundamento en la protección de la Constitución Política, a la cual no solo están sometidos los jueces, sino también los árbitros. Ignorar la aplicación de este control implicaría enfrentarse a la justicia constitucional.

EL ARBITRAJE SOCIETARIO EN EL PERÚ Y EL CONSENTIMIENTO PARA ARBITRAR

Ivan Tomasevich Castañeda¹

Resumen: El arbitraje es un mecanismo alternativo de resolución de disputas. El campo de aplicación en el que el arbitraje tiene mayor alcance y desarrollo es en el derecho corporativo. El presente artículo explora la relación entre el arbitraje y el derecho corporativo, en específico el consentimiento para arbitrar bajo el estatuto de una sociedad anónima, la Ley General de Sociedades y la Ley de Arbitraje del Perú.

Abstract: Arbitration is an alternative mechanism of dispute resolution. The application field in which commercial arbitration has more boundaries and development is in corporate law. The present article explores the relationship between arbitration and corporate law, in specific the consent to arbitrate under the bylaws of a corporation, the Peruvian Companies Act and the Peruvian Arbitration Act.

I. INTRODUCCIÓN.....	87
II. MARCO REGULATORIO DEL ARBITRAJE SOCIETARIO EN EL PERÚ.....	88
<i>A. Arbitrabilidad Objetiva dentro del Arbitraje Societario.....</i>	<i>90</i>
<i>B. Arbitrabilidad Subjetiva dentro del Arbitraje Societario.....</i>	<i>92</i>
III. EL PROBLEMA DEL CONSENTIMIENTO EN EL ARBITRAJE SOCIETARIO EN EL PERÚ: ¿REALMENTE UN PROBLEMA?.....	93
<i>A. ¿Los accionistas primigenios y los posteriores deben estar incluidos en el convenio arbitral?.....</i>	<i>94</i>
<i>B. ¿Los accionistas que votaron en contra de la inclusión del arbitraje societario deberían estar vinculados al arbitraje?.....</i>	<i>95</i>
<i>C. ¿Los gerentes, directores y representantes de la sociedad deben estar obligados a arbitrar?.....</i>	<i>99</i>
IV. REFLEXIONES FINALES.....	101

I. INTRODUCCIÓN

La globalización implica un cambio de paradigma en el comercio internacional, específicamente en lo referente a las transacciones y la resolución de conflictos. Ante este panorama, el Derecho no puede ser una disciplina estática y esperar a que la realidad se adapte a las normas. Por el contrario, debe ser una herramienta dinámica que se hace al andar y no debe quedarse estancada.

¹ Abogado por la Universidad del Pacífico. Asociado del Estudio Fernández Gates (Perú).

La constante globalización y el dinamismo del Derecho no es ajeno al “Derecho Societario”. Enrique Normand Sparks, quien fue presidente de la Comisión Redactora de la Ley General de Sociedades peruana, vigente a la actualidad, sostiene lo siguiente: *“la dinámica del Derecho Societario exige una movilidad mucho más rápida, mucho más activa”*². Del mismo modo, los autores españoles Rodrigo Uría y Aurelio Menéndez reconocen que:

La globalización de la economía ha influido en el Derecho Mercantil [...] creado por los propios operadores del comercio, en el que los conflictos no se someten a los Jueces o Tribunales nacionales sino a Cortes arbitrales de gran prestigio³.

En virtud de ello, podemos encontrar que el derecho debe ser constantemente dinámico, pero aún más en temas transaccionales, como el derecho societario, y en la forma de resolver los conflictos, como el arbitraje. Así, el arbitraje termina siendo el mecanismo elegido por los empresarios para solucionar sus conflictos, dado que necesitan una forma de resolver conflictos que se sustente en la rapidez, especialización, costos y confidencialidad.

En este sentido, en el presente trabajo exploraremos uno de los problemas del arbitraje societario actual y es quiénes deberían estar obligados a arbitrar en virtud de la cláusula arbitral establecida en el estatuto de una sociedad. El propósito de ello es evaluar si en realidad se está haciendo camino al andar; o, por el contrario, el arbitraje societario se encuentra estancado.

Para cumplir con dicho propósito, el presente trabajo estará dividido en dos secciones. En la primera sección sostendremos el marco normativo del arbitraje societario en la Ley General de Sociedades y la Ley General de Arbitraje con el fin de conocer cómo se regula dicha figura en el ordenamiento jurídico peruano. Posteriormente, en la segunda sección del presente trabajo veremos el problema del consentimiento en el arbitraje societario con el propósito que el arbitraje siga haciendo camino al andar y ser una fuente confiable de resolución de conflictos para los empresarios ante la globalización.

II. MARCO REGULATORIO DEL ARBITRAJE SOCIETARIO EN EL PERÚ

Como hemos explicado en nuestra introducción, la primera sección busca detallar cuál es el ámbito normativo que regula el arbitraje societario en el Perú. La finalidad de ello es conocer desde dónde parte el arbitraje societario en el Perú y en qué camino se encuentra con el propósito de ser un mecanismo idóneo para resolver conflictos en el ámbito societario.

De una revisión a la regulación peruana, en la actualidad tenemos dos menciones al arbitraje societario en el ordenamiento jurídico. La primera se presenta en la Sexta Disposición

² HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. *Et al.*, “Mesa Redonda: Reforma de la Ley General de Sociedades en el Perú”. *THEMIS Revista de Derecho*, N° 72 .2017. p. 238.

³ URÍA, Rodrigo – MENÉNDEZ, Aurelio. *“Curso de Derecho Mercantil Tomo I.: Concepto de Derecho Mercantil”*, Editorial Civitas. Madrid. 2006. p. 37.

Complementaria de la Ley General de Arbitraje (en adelante, “LGA”) y la segunda mención se encuentra en el Art. 48 de la Ley General de Sociedades (en adelante, “LGS”):

NORMATIVA DEL ARBITRAJE SOCIETARIO EN EL PERÚ	
Sexta Disposición Complementaria de la LGA	Art. 48 de la LGS
Puede adoptarse un convenio arbitral en el estatuto de una persona jurídica para resolver las controversias entre la persona jurídica y sus miembros, directivos, administradores, representantes y funcionarios o las que surjan entre ellos respecto de sus derechos u obligaciones o las relativas al cumplimiento de los estatutos o la validez de los acuerdos. El convenio arbitral alcanza a todos los miembros, directivos, administradores, representantes y funcionarios que se incorporen a la sociedad, así como a aquellos que al momento de suscitarse la controversia hubiesen dejado de serlo. El convenio arbitral no alcanza a las convocatorias a juntas, asambleas y consejos o cuando se requiera una autorización que exija la intervención del Ministerio Público.	Los socios o accionistas pueden en el pacto o en el estatuto social adoptar un convenio arbitral para resolver las controversias que pudiera tener la sociedad con sus socios, accionistas, directivos, administradores y representantes, las que surjan entre ellos respecto de sus derechos u obligaciones, las relativas al cumplimiento de los estatutos o la validez de los acuerdos y para cualquier otra situación prevista en esta ley. El convenio arbitral alcanza a los socios, accionistas, directivos, administradores y representantes que se incorporen a la sociedad, así como a aquellos que al momento de suscitarse la controversia hubiesen dejado de serlo. El convenio arbitral no alcanza a las convocatorias a juntas de accionistas o socios. El pacto o estatuto social puede también contemplar un procedimiento de conciliación para resolver la controversia con arreglo a la ley de la materia.

Ahora bien, de una comparación a lo expresado en ambos artículos, podemos encontrar las siguientes diferencias:

- a) La LGA hace mención a la “persona jurídica”, mientras que la LGS hace mención a la “sociedad”. Esta distinción nos parece acertada, puesto que el concepto de persona jurídica incluye al concepto de sociedad y sus tipos societarios. Pero, además, incluye aquellas formas de

organización reguladas por el Código Civil. Esto en tanto, que nuestra LGS sólo regula las formas societarias con fines de lucro y nuestro Código Civil a las personas jurídicas sin fines de lucro.

Sin perjuicio de ello, existe un error en la normativa dispuesta en la Sexta Disposición Complementaria de la LGA antes mencionada, pues en el segundo párrafo se hace mención a la “sociedad” sin realizar ninguna mención a la “persona jurídica”.

Al respecto, consideramos que hubiese sido conveniente incluir el término “persona jurídica” en lugar de “sociedad”, pues como ya mencionamos es el modo de establecer tanto sociedades con fines de lucro como aquellas sin fines de lucro.

En este sentido, el presente inconveniente podría llevar al error de considerar que el convenio arbitral no alcanza a los administradores, asociados de las personas jurídicas que no tengan fin de lucro y que en consecuencia quienes se incorporen luego de constituida la persona jurídica no serán alcanzados por el convenio arbitral.

En efecto, un administrador nombrado luego de constituida la persona jurídica, puede cometer actos en contra del patrimonio de la persona jurídica o apropiarse del patrimonio de la asociación. Esto último produce que pueda esgrimirse el argumento que nuestra LGA no agrupa dentro de las personas que menciona el convenio arbitral a los administradores que se incorporaron a la persona jurídica luego de constituida.

b) La segunda diferencia entre lo regulado en la LGA y la LGS es la mención a que el convenio arbitral no alcanza materias que requieran una autorización del Ministerio Público. Sin embargo, por lo expresado anteriormente, consideramos que dicha autorización incluye a las sociedades, pues el concepto de la LGA es más amplio que el establecido en la LGS.

Una vez establecidas estas diferencias, procederemos a explorar a qué se refiere el contenido similar de ambas normativas que se encargan de regular el arbitraje societario en el Perú.

Así, procederemos a analizar sus alcances con el propósito de explorar el problema del consentimiento. Para este fin, analizaremos la arbitrabilidad objetiva y arbitrabilidad subjetiva del arbitraje societario.

A. Arbitrabilidad Objetiva dentro del Arbitraje Societario

La arbitrabilidad objetiva hace referencia a las materias sobre las cuales se puede arbitrar, siempre que se encuentre establecido en el estatuto de la sociedad.

De esta manera, nuestra LGA ha establecido que cualquier materia de libre disposición es arbitrable en el contexto de un arbitraje societario. Al respecto, como bien sostiene Francisco González

Cossío: *una materia de libre disposición implica si es que aquel derecho puede ser renunciable o es un derecho sobre el cual las partes puedan transigir*⁴.

A partir de la definición antes expuesta podemos encontrar que el primer limitante al arbitraje se encuentra en la propia ley, pues en caso no nos encontremos ante derechos renunciables o de libre disposición, entonces la controversia no podrá resolverse mediante un arbitraje. De este modo, cuestiones relacionadas a delitos, faltas, capacidad civil de las personas, patentes, marcas, reestructuración patrimonial no son posible de ser resueltas dentro de un arbitraje.

En la misma línea, dentro del ámbito del arbitraje societario, José Montoya Alberti ha establecido diversas materias que podrían considerarse como arbitrables dentro del derecho societario, sin considerarse un *numerus clausus*:

1. Los que surjan respecto al derecho de los accionistas, tales como los referentes a las transferencias de acciones, el derecho a los dividendos, oposición a reorganizaciones societarias, etc.
2. Los que surjan del cumplimiento de los estatutos o validez de acuerdos, societarios y para societarios, así mismo lo relacionado a los actos ultra vires.
3. Las controversias que la sociedad pueda tener con sus socios o accionistas, como aumentos de capital, exclusión del socio, así también es de aplicación a los conflictos producidos sobre el derecho de suscripción preferente.
4. Los que surjan de las actividades de la sociedad, relacionadas con su objeto social⁵.

Así, existen multiplicidad de situaciones que son consideradas como de libre disposición; y, por ende, arbitrables. Siempre y cuando, la sociedad haya pactado en su estatuto que la vía para resolver cualquier controversia sea el arbitraje.

Por ejemplo, el convenio arbitral puede estipular que cualquier pretensión contra la validez de un acuerdo social pueda ser llevado a un arbitraje, como lo sería la nulidad o la impugnación de un acuerdo de reorganización societaria.

Del mismo modo, podrían existir conflictos societarios respecto al reparto de dividendos, pues el monto a distribuir no siguió lo establecido en el estatuto, la propia normativa o no es el monto adecuado pues no se han respetado los derechos de los accionistas. Incluso, podría discutirse la exclusión de accionistas de la sociedad o el ejercicio del derecho de separación por parte de un accionista.

Como podemos observar, las materias que se pueden desarrollar en un arbitraje societario son amplias. Ante ello, las partes pueden dar solución a una inmensidad de disputas, dejando de lado al sistema judicial. A su vez, es importante anotar que nada prohíbe que solo determinadas materias sean arbitrables y otras no, puesto que las partes son libres de identificar qué materias quieren que se disputen en un arbitraje.

⁴ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, Porrúa, México, 2011, pp. 205.

⁵ MONTOYA, José, “El Arbitraje Societario”, *Revista Jurídica Docencia e Investigatio*, Vol. 18. 2016. p. 40.

Del mismo modo, como adelantamos previamente, la LGA también establece una limitación de arbitrabilidad por parte de una sociedad, esto es que cuando se exija la intervención del Ministerio Público, esto implica como bien mencionan Cecilia O' Neill & Melissa del Pino lo siguiente:

En contraste, la ley establece limitaciones al sometimiento a arbitraje en los casos de las convocatorias a juntas, asambleas y consejos o cuando se requiera una autorización que exija la intervención del Ministerio Público. Esta restricción del alcance del convenio implica que tales materias no son arbitrables. Aun cuando en el convenio arbitral del estatuto se establezca que las controversias sobre esos asuntos se resolverán mediante arbitraje, dicho pacto no será válido por contravenir la Ley de Arbitraje⁶.

A su vez, la LGA establece una limitación absoluta a la arbitrabilidad de convocatoria de juntas, esto implica que en un arbitraje no se podrá discutir o solicitar que se convoque a una junta de accionistas, con lo cual este aspecto tiene que irremediablemente ser solicitado ante el Poder Judicial.

En la doctrina nacional no existe mayor discusión sobre esta limitación. Al respecto Enrique Elías precisa que:

Las circunstancias y la finalidad motivan que algunos procedimientos sean reservados al Poder Judicial, tales como el pedido del accionista a una convocatoria judicial o la expedición de una copia certificada de la junta de accionistas de una sociedad anónima⁷.

De este modo, podemos ver que dentro del criterio de arbitrabilidad objetiva, la legislación peruana establece un *numerus apertus* a las materias que pueden ser controvertidas en un arbitraje societario.

Sin embargo, establece tres límites, siendo el primero con respecto a aquellas materias en que la ley exija la autorización del Ministerio Público. En segundo lugar, el caso de las convocatorias a las juntas, las cuales deben ser resueltas irremediablemente por el Poder Judicial. Finalmente, el tercero, son aquellos casos en donde la ley establezca que es una materia no arbitrable.

B. Arbitrabilidad Subjetiva dentro del Arbitraje Societario

Luego de establecer la arbitrabilidad objetiva del arbitraje societario, debemos precisar cuál es la arbitrabilidad subjetiva. La arbitrabilidad subjetiva hace referencia a las partes que se encuentran obligadas a arbitrar en virtud de un convenio arbitral.

De esta manera, podemos observar que tanto la LGS como la LGA se encargan de establecer un amplio espectro de sujetos que se encuentran obligados a arbitrar cuando la sociedad tiene una cláusula arbitral en su estatuto.

⁶ O'NEILL, Cecilia – DEL PINO, Melissa, “Arbitraje y terceros legitimados en la impugnación de acuerdos societarios en el Perú”, *THEMIS Revista de Derecho*, Nº 77. 2020. p. 195.

⁷ ELÍAS LAROZA, Elías. *Derecho Societario Peruano: Tomo I*. Gaceta Jurídica. 2015. p. 203.

En ese sentido nuestra regulación establece una amplia lista de personas que se encuentran vinculadas al arbitraje, como podemos ver de los artículos de la LGS y la LGA. En efecto, los socios, directores, gerentes, representantes e incluso socios que hayan dejado de pertenecer a la sociedad cuando la controversia hubiese tenido origen pueden verse obligados a arbitrar cuando la sociedad adopte al arbitraje como un método de solución de conflictos en su estatuto.

A nuestra consideración es una lista amplia de sujetos que se ven obligados a arbitrar y sobre los cuales existen dudas si deberían estarlo. Sobre dicho aspecto, nos referimos más adelante como el problema actual del consentimiento en el arbitraje societario.

Sin embargo, sí debemos mencionar que nos encontramos de acuerdo con el listado, pues todos los sujetos que se mencionan son aquellos que se encuentran vinculados al manejo cotidiano de la sociedad. Por ejemplo, el apoderado, que puede realizar determinados contratos o representar a la sociedad; el gerente, que puede realizar trámites bancarios; el accionista, que puede incumplir algún aspecto del estatuto; o, el directorio, que puede tener algún grado de responsabilidad si es que va en contra de sus deberes fiduciarios.

Así, dichos individuos terminan siendo como bien precisa Francisco González, “*las personas que se comprometen a ventilar sus controversias mediante un arbitraje*”⁸. De este modo, veremos si en efecto, las controversias de dichos individuos deben ser arbitrables o no deben ser incluidos en un arbitraje societario.

III. EL PROBLEMA DEL CONSENTIMIENTO EN EL ARBITRAJE SOCIETARIO EN EL PERÚ: ¿REALMENTE UN PROBLEMA?

Una vez realizado un análisis al marco normativo peruano sobre el arbitraje societario, debemos evaluar si realmente existe un problema con el consentimiento arbitral en el ámbito societario.

Como hemos establecido en el apartado anterior, la arbitrabilidad subjetiva radica en la capacidad de las partes para obligarse a arbitrar en el supuesto que exista un conflicto. Mientras que, la arbitrabilidad objetiva radica en que solo se podrán discutir sobre las materias contenidas en el convenio arbitral. En otras palabras, esto se refiere a que las partes de un convenio arbitral hayan dado su consentimiento para arbitrar y sobre qué materias arbitrar.

De este modo, tanto nuestra LGA como LGS han establecido un amplio grupo de individuos que se encuentran involucrados en un arbitraje. Sin embargo, en la actualidad se discute si determinadas personas deben quedar obligadas a arbitrar.

En ese sentido, en la actualidad se discute, si es que el consentimiento es la piedra angular del arbitraje, entonces por qué determinados sujetos que no han dado su consentimiento para arbitrar,

⁸ GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Arbitraje*, pp. 208.

deberían hacerlo. En efecto, en la presente sección analizaremos si determinados sujetos debieran estar incluidos en la cláusula arbitral, cuando no dieron su consentimiento.

A. ¿Los accionistas primigenios y los posteriores deben estar incluidos en el convenio arbitral?

Como hemos mencionado anteriormente, existe un amplio margen de sujetos que se ven obligados a arbitrar en virtud de una cláusula arbitral contenida en el estatuto de la sociedad. En ese sentido, en el presente acápite analizaremos al primer grupo que establece tanto la LGA como la LGS: los accionistas primigenios y los posteriores a la constitución de una sociedad que estableció un convenio arbitral en su estatuto.

En otras palabras, estamos ante la situación en que los accionistas primigenios de la sociedad suscribieron en el acto constitutivo de la sociedad que cualquier controversia interna sea resuelta vía arbitraje.

Al respecto, sobre el grupo antes mencionado, José Tam & Gonzalo Chirinos establecen lo siguiente:

Respecto de los socios, la primera impresión que uno obtiene al leer ambas disposiciones es que el acuerdo no solamente alcanza a los socios y accionistas primigenios de la sociedad, sino a toda aquella persona que se incorpore o retire posteriormente de la misma. Esto se justifica en la *affectio societatis* común de todos los socios primigenios que tomaron aquella decisión. Los demás, quienes entran después a la sociedad, se deberán ajustar a las reglas de juego ya fijada⁹.

Al respecto, compartimos la opinión expresada por los autores antes citados. Sobre los accionistas que establecen el arbitraje societario como modalidad para dirimir conflictos al momento de constituirse la sociedad, es donde se puede observar con claridad el consentimiento prestado por las partes para someterse a un arbitraje. Esto debido a que, la cláusula arbitral es impuesta al momento de constitución de la sociedad y donde no podría existir discordia, porque si no la sociedad no se constituiría o el accionista que no quiere aceptar dicha cláusula, se apartaría de la sociedad.

De igual modo, en el caso de los accionistas que se incorporen a la sociedad, cuando existe un convenio arbitral en el estatuto, encontramos acertada la posición de los autores antes mencionados. En efecto, los nuevos accionistas pudieron evaluar si existía un convenio arbitral a través de los Registros Públicos y no aceptar incorporarse a la sociedad en caso no quisiese dirimir cualquier clase de conflicto en un arbitraje.

En otras palabras, es la parte que adquiere la condición de socio que a través de la búsqueda de la información de la sociedad puede reducir los costos de transacción, para que de este modo no siga negociando o, en todo caso, considerarlo como un factor de riesgo.

⁹ TAM, José – CHIRNOS, Gonzalo, “La relación entre el arbitraje estatutario y el consentimiento”, *Revista Peruana de Derecho de la Empresa: Temas Actuales de Derecho Arbitral*, Nº 75, 2021, p. 29.

En el caso de los socios que se hubiesen retirado de la sociedad consideramos que aquí, evidentemente, existe un límite sobre bajo qué circunstancias pueden ser llevados a un arbitraje, puesto que esto solo podrán ir a arbitraje sobre materias que se hubiesen originado al momento que estos fueran accionistas de la sociedad y no por conflictos que fuesen posteriores a su salida de la sociedad, pues no tenían ningún vínculo con la sociedad.

En efecto, un accionista no podrá ser vinculado a un arbitraje sobre una materia que sucedió luego que haya transferido sus acciones, haya sido excluido de la sociedad o hubiese ejercido su derecho de separación, pues el no era accionista de la sociedad. Por ende, nosotros consideramos que en dicha circunstancia existirá un límite para que el accionista pueda ser demandado, o pueda ejercer realizar alguna reclamación.

Por el contrario, si un accionista vende sus acciones y tuviese un conflicto con otro socio o la sociedad le reclama determinada prestación a la cual estuviese obligado y el vende sus acciones, ejerce su derecho de separación o es excluido de la sociedad, sí consideramos que se encuentra obligado a arbitrar, pues es un hecho anterior a la venta de las acciones, separación o exclusión.

B. ¿Los accionistas que votaron en contra de la inclusión del arbitraje societario deberían estar vinculados al arbitraje?

La segunda posición que expresan los autores antes citados se refiere a la inclusión del arbitraje societario vía la modificación del estatuto de una sociedad. La presente situación puede ser resumida de la siguiente manera: se trata de una sociedad que en un primer momento no establece al arbitraje como un mecanismo de solución de conflictos. Sin embargo, posteriormente mediante la celebración de una Junta General de Accionistas, se decide la incorporación de la cláusula arbitral mediante la modificación del estatuto.

Ahora bien, lo relevante para nuestro análisis, es cómo se tomó la decisión, pues si todos los accionistas estaban de acuerdo con la decisión que exista una cláusula arbitral en el estatuto, entonces no existirá mayor problema.

Sin embargo, los autores antes citados, se refieren al interesante caso que un grupo de accionistas voten en contra de la implementación de la cláusula arbitral en el estatuto, pero aun así la modificación se apruebe en la Junta General de Accionistas por mayoría de votos, en específico establecen lo siguiente:

Pero, ¿qué pasa cuando los socios no incorporan el pacto del arbitraje estatutario al momento de constituir la sociedad? Aquí surge una situación interesante, que puede poner en entredicho el valor del consentimiento. Si una sociedad es constituida sin que su estatuto prevea el arbitraje estatutario, naturalmente sus conflictos se solucionarán ante la jurisdicción ordinaria: el Poder Judicial. Sin embargo, como los lectores saben, la Junta General de Accionistas de una sociedad puede modificar el estatuto. Para la modificación de un estatuto la LGS ha fijado reglas de quórum y mayorías especiales.

¿Qué ocurre si los socios modifican el estatuto incorporando al arbitraje estatutario como forma de solucionar los conflictos sociales? Por imperio de la LGS, a diferencia de la

affectio societatis original, ahora ya no será necesario que todos estén de acuerdo. Podrán existir socios que, a pesar de estar en contra, se vean obligados a recurrir al arbitraje. ¿Dónde quedó el consentimiento? Esto es particularmente problemático si se tiene en cuenta que, frente a otras situaciones que ocasionan cambios estructurales en la sociedad, en desmedro de un grupo reducido de accionistas, la Ley prevé mecanismos de protección a su favor¹⁰.

Ante esta posible situación, los autores antes mencionados establecen que los accionistas que votaron en contra de la modificación del estatuto no deben ser alcanzados por el convenio arbitral, o en todo caso, los accionistas que votaron en contra deberían tener la posibilidad de separarse de la sociedad:

Según la LGS, hay acuerdos societarios que son considerados de tal relevancia que permiten que los accionistas se aparten de la sociedad, en caso dichas decisiones sean adoptadas y ellos no presten su consentimiento. Casos como el cambio de objeto social y la creación de limitaciones a la transmisibilidad de las acciones, permiten a los accionistas el ejercicio de este derecho¹¹.

Discrepamos respetuosamente de los argumentos expuestos por los autores antes citados. Desde nuestra perspectiva, la inclusión de la cláusula arbitral vía modificación en el estatuto no debe dar la posibilidad de separarse al accionista que votó en contra del acuerdo. Nuestra posición se sustenta en que es diferente la situación de inclusión del arbitraje vía modificación del estatuto con las situaciones de derecho de separación que se encuentran reguladas en el art. 200 de la LGS como son: el caso de limitación de transferencia de acciones, cambio del objeto social y cambio de domicilio al extranjero de la sociedad.

Con respecto a la limitación de transferencia de acciones, la finalidad de esta figura es que la sociedad siga una organización por un periodo determinado, sea por conocimientos técnicos o por conocimientos en un sector de la industria. Así, el accionista tendrá una afectación a su patrimonio, pues puede existir una prohibición de máximo 10 años para vender sus acciones o, en todo caso, debe seguir un procedimiento de venta de acciones que puede involucrar un mayor tiempo para la venta de acciones.

En cambio, desde nuestra perspectiva ocurre lo contrario con la estipulación de un arbitraje societario vía modificación del estatuto de la sociedad, pues lo que busca es salvaguardar a la sociedad, dado que no debemos olvidar que el objetivo de un arbitraje es que se establezca una especialidad y una resolución rápida de los problemas. Como bien menciona Fernando Cantuarias:

La solución de los conflictos en la vía arbitral suele ser más rápida que en la judicial, no solo porque los plazos son más breves sino porque, además, los árbitros se dedican a resolver pocos casos [...] Además, conviene tener presente que la institución del arbitraje

¹⁰ TAM – CHIRNOS, “La relación entre el arbitraje estatutario y el consentimiento”, p. 30.

¹¹ TAM – CHIRNOS, “La relación entre el arbitraje estatutario y el consentimiento”, p. 31.

permite que actúen como árbitros expertos en la materia en discusión, a diferencia del proceso en el que al juez muchas veces se le obliga a ser un todista¹².

Si bien podría considerarse que los costos de un arbitraje son elevados, consideramos que el tiempo de duración de un juicio, la falta de confidencialidad existente en el Poder Judicial o la inexperiencia en determinados temas que no tienen los jueces en determinados asuntos jurídicos, termina por reducir este problema, pues si bien pueden ser honorarios mayores se obtendrá una decisión más eficiente.

Así, consideramos que al no existir una afectación patrimonial al accionista y que los perjuicios de incurrir en los gastos del Poder Judicial son mayores, no debe el existir derecho a separarse, pues como bien menciona Enrique Elías lo que busca el derecho de separación es *“La protección a los minoritarios ante algunos acuerdos trascendentales de la mayoría, que modifican reglas básicas de la sociedad, en forma tal que sea arbitrario obligarlos a permanecer como socios”*¹³.

En ese sentido, el acuerdo que adopta la sociedad donde se establece el arbitraje societario no es ni un acuerdo que vulnere los derechos de los minoritarios ni es un acuerdo trascendente que en gran medida modifique las reglas básicas de la sociedad. Por el contrario, este cambio resulta beneficioso para la sociedad al obtener decisiones más especializadas y en un menor tiempo.

Por otro lado, la modificación sustancial del objeto social da el derecho de separación en tanto que esto involucra un nuevo riesgo para el empresario, por lo que hace que la sociedad sea diferente a lo que antes significaba para el accionista¹⁴.

En efecto, si el accionista tenía en mente desarrollar el negocio de pastelería y luego mediante una modificación del objeto social se establece que se desarrollará el negocio de minería, el accionista puede o no tener interés en el negocio y verse obligado a invertir en algo en lo que no tiene conocimiento y/o no utilizar su dinero en un negocio que le interese o para el cual sí tenga conocimientos.

Desde nuestra perspectiva, el riesgo que corre el accionista ante un cambio sustancial en el objeto social es que pierde el manejo de sus inversiones. Sin embargo, esto no ocurre en el supuesto de inclusión de una cláusula arbitral en el estatuto de una sociedad.

En efecto, el accionista no corre el riesgo de perder su inversión o que la sociedad no se desarrolle de la manera prevista o como estaba concebido el negocio, sino que ahora tendrán un beneficio, al incluir un mecanismo ágil de resolución de conflictos como hemos explicado previamente.

Por ello, nosotros consideramos que una causal que dé el derecho de separación a un accionista debe establecerse porque se considera como una medida de protección a los derechos de los

¹²CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje Comercial y de Inversiones*. Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Lima. 2007. pp. 8-9.

¹³ ELÍAS LAROZA, “*Derecho Societario Peruano: Tomo I*”, p. 609.

¹⁴ ELÍAS LAROZA, *Derecho Societario Peruano: Tomo I*, p. 691.

minoritarios. Desde esa perspectiva, no consideramos que la inclusión de una cláusula que implique resolver los conflictos mediante arbitraje sea de alguna forma un perjuicio.

Por otro lado, con respecto al traslado del domicilio al extranjero, esta es una modificación que afecta el ejercicio de los derechos del accionista, pues hace sumamente complicado que el accionista pueda ejercer sus derechos de concurrencia, participación y fiscalización, cuando la sociedad se traslada al extranjero.

En efecto, si la sociedad tenía como domicilio Lima y se acuerda que su nuevo domicilio sea Miami, evidentemente un accionista puede encontrar dificultades en seguir el rumbo de la sociedad. En otras palabras, esto involucra un perjuicio para el accionista, quien no podrá seguir la gestión de la empresa.

En comparación con la incorporación de la cláusula de arbitraje societario, esto no involucra un cambio sustancial en el manejo de la sociedad como es que se traslade al extranjero, sino por el contrario involucra una posibilidad para que los accionistas gestionen mejor sus conflictos internos.

Por estos motivos consideramos que no es correcto dar el derecho de separación a los accionistas en caso se incluya una cláusula arbitral en el estatuto de la sociedad, pues no encontramos un perjuicio al patrimonio, inversiones y/o los derechos de los accionistas que votaron en contra.

Adicionalmente a ello, tampoco consideramos que el accionista que votó en contra del acuerdo no deba ser afectado por la inclusión de la cláusula arbitral en el estatuto por dos factores adicionales: el primero es el principio de mayorías y el segundo es el riesgo de procesos paralelos.

En efecto, nosotros consideramos que el principio de mayorías representa un mecanismo que involucra que un acuerdo adoptado por la sociedad afecta a todos sin importar si se votó a favor o en contra del acuerdo.

Por ello, si se acepta el arbitraje mediante una modificación del estatuto es porque la sociedad en base al principio de mayorías toma un papel relevante, siendo que los accionistas se ven obligados a seguirla, salvo que el acuerdo sea nulo. Así, el principio de mayorías es un mecanismo que permite a la sociedad tomar acuerdos, incluso con votos en contra, si no fuese así nunca se adoptaría una decisión dentro de una sociedad.

Por ello, si bien el consentimiento de los accionistas que votaron en contra no existe. De igual forma queda en segundo grado cuando se habla del principio de mayorías, puesto que como sostiene Galgano citado por José Antonio Payet:

Regla básica del ordenamiento interno de la sociedad por acciones es el principio de la mayoría, pues los socios deciden, reunido en asamblea, por mayoría de votos [...] y las decisiones tomadas por la mayoría obligan a todos los socios, aun cuando no hayan intervenido o sean disidentes¹⁵.

¹⁵ PAYET, José A., “Empresa, Gobierno Corporativo y Derecho de Sociedades: Reflexiones sobre la Protección de Minorías”, *THEMIS Revista de Derecho*, Nº 82. 2003. p. 82.

En base a ello, podemos ver como el consentimiento para arbitrar toma un segundo grado en el caso del arbitraje societario y este es dado por el principio de las mayorías, en donde todos los accionistas se ven afectados por la decisión de la sociedad.

En segundo lugar, establecer una cláusula que permita la separación de los accionistas ante la inclusión de un convenio arbitral en sus estatutos, crearía un riesgo de procedimientos paralelos, dado que un acuerdo impugnado por un socio puede irse a arbitraje, pero si el acuerdo es impugnado por el accionista que votó en contra, tendrá que sustentar su demanda ante el Poder Judicial. Por lo que, se termina generando una inseguridad jurídica sobre el manejo de conflictos, lo cual es un fundamento que busca desarrollar el arbitraje. En efecto, la inseguridad jurídica se genera cuando existe la posibilidad que ocurran fallos contradictorios ante una similitud de hechos.

En consecuencia, no debemos olvidar que la finalidad de una sociedad es realizar un negocio en conjunto con la finalidad de obtener beneficios. Si la mayoría de la sociedad ha establecido que cualquier conflicto, siempre que sea materia arbitrable, sea resuelto por un arbitraje, quienes votaron en contra deben ser afectados por esta cláusula, pues en las sociedades mercantiles rige el principio de mayorías y el supuesto contrario nos dejaría expuestos a procesos paralelos y riesgos para los empresarios.

C. ¿Los gerentes, directores y representantes de la sociedad deben estar obligados a arbitrar?

A parte de los socios la LGA y la LGS incluyen dentro de los sujetos obligados a arbitrar a los gerentes, directores y representantes, quienes se ven obligados a arbitrar a pesar de que no dieron su consentimiento.

Al respecto, Jose Tam & Gonzalo Chirinos precisan los siguientes interesantes argumentos:

Los administradores, gerentes (distintos del gerente general) y representantes de la sociedad. ¿Cómo y de qué manera prestaron su consentimiento para someter sus disputas a arbitraje? ¿Se puede asumir, siquiera que estuvieron en una situación razonable para representarse dicho consentimiento implícito? Este es un caso claro de opción legislativa. Al momento de redactar el sistema legal vigente para el arbitraje estatutario, el legislador decidió dejar el consentimiento de lado. La experiencia práctica nos enseña que, razonablemente, ninguna de las personas antes mencionadas recibe para su evaluación y posterior suscripción los documentos de constitución o cualquier modificación de los estatutos. Todas estas personas tienen vínculos que exceden lo societario. Son trabajadores, en su gran mayoría, y en el caso de los representantes, su vínculo proviene del derecho civil.

La ausencia de relación entre arbitraje y consentimiento respecto de este tipo de personas, entonces, es evidente. Es imposible hablar de consentimiento si, como ocurre en las relaciones laborales, estamos frente a una relación asimétrica, desigual, de subordinación. Mientras, en el caso de la relación civil, ni siquiera existe una manifestación de voluntad del representante para sujetarse a las normas que rigen la sociedad¹⁶.

¹⁶ TAM – CHIRNOS, “*La relación entre el arbitraje estatutario y el consentimiento*”, p. 32.

Así, para los autores debe revisarse la capacidad para arbitrar de los directores, gerentes (distintos al gerente general) y representantes que pertenecen a la sociedad, puesto que su relación con la sociedad es de carácter civil y de ningún modo han brindado su consentimiento para arbitrar.

Al respecto, a nuestra consideración estos sí deben estar obligados a someterse a un arbitraje, puesto que deben seguir las reglas establecidas por la sociedad al momento de aceptar dicho cargo.

En efecto, al igual que en el primer grupo, ellos pueden evaluar si desean incorporarse a la sociedad a partir de lo establecido en los Registros Públicos. Bajo esa perspectiva, los potenciales administradores, gerentes o apoderados pueden ingresar a la Partida Electrónica de la sociedad en Registros Públicos y evaluar el estatuto de la sociedad, con el fin de observar si una sociedad incluye en sus estatutos la cláusula arbitral y en base a ellos decidir pertenecer a la sociedad.

Ahora bien, qué sucede con los directores, gerentes, gerentes distintos al gerente general y representantes de la sociedad cuando se modifica el estatuto y recién se incorpora la posibilidad de ir a un arbitraje.

Sobre ello, consideramos que estos últimos se encuentran obligados al arbitraje, pues si bien ellos no tomaron la decisión de modificación del estatuto, ya que quienes la adoptan son los accionistas, no debemos olvidar que ellos forman parte de la vida cotidiana de la sociedad y en caso de no estar de acuerdo, pueden renunciar a la sociedad. En efecto, como bien sostiene Miguel Ángel Pérez:

Lo que se busca propiciar es la efectividad del arbitraje societario, siempre en el entendimiento de que existe una pluralidad de sujetos involucrados en el que- hacer social, y de los cuales su presencia se constituye en ineludible para la solución de una controversia arbitral.¹⁷

Así, el hecho que no vayan a arbitraje implicaría desconocer que de una u otra manera los apoderados, que tienen facultades de representación, bancarias y/o comerciales; los gerentes, que celebran contratos que obligan a la sociedad; o, los directores que tienen deberes fiduciarios con la sociedad se encuentran vinculados a la vida cotidiana de la sociedad y al desarrollo de sus negocios.

De esta manera, la sociedad que toma la decisión de adoptar el arbitraje como mecanismo de solución de controversias, lo hace con el propósito que los conflictos se resuelvan de un modo rápido y especializado. Por ello, consideramos acertada la disposición de nuestra LGS y LGA al incluir a este grupo de personas, dado que al final estos se encuentran vinculados a la toma de decisiones de la sociedad. Por lo tanto, si el directorio, apoderado, representante y/o gerente actúan en contra de los intereses de la sociedad, deben estar vinculados al arbitraje. Así este último se hubiese pactado después de incorporados a la sociedad.

En consecuencia, por las razones antes mencionadas consideramos que los directores, gerentes y representantes deben estar vinculados al arbitraje, no en razón de su consentimiento, sino porque

¹⁷ PÉREZ, Miguel A., “El convenio arbitral en el arbitraje societario y sus efectos en la sociedad”, *Actualidad Mercantil* N° 299, 2018, p. 184.

están vinculados a la cotidianidad de la sociedad y al desarrollo de sus negocios. Por lo tanto, al ocurrir un problema al momento de tomar sus decisiones deben asumir la responsabilidad del mismo que la sociedad lo ha dispuesto.

IV. REFLEXIONES FINALES

A lo largo del presente trabajo hemos observado como la regulación del arbitraje societario debe seguir el desarrollo de los empresarios, para superar obstáculos y abrirse camino al andar.

En efecto, tanto en la LGA como en la LGS se hace camino al andar al establecer una arbitrabilidad objetiva que permite una amplia gama de situaciones donde se puede establecer un arbitraje societario; y, a su vez, se establece una arbitrabilidad subjetiva, precisando un amplio espectro de sujetos que pueden ir a arbitraje.

Ante ello, hemos expuesto cómo se hace camino al andar al establecer que los accionistas, tanto los primigenios, los que entran luego de constituida de la sociedad y los que no sigan vinculada a la sociedad son obligados a arbitrar. De igual manera, al precisar que los directores, gerentes y representantes que, si bien no brindaron su consentimiento, deben arbitrar dada su labor en la cotidianidad de la sociedad.

Así nosotros consideramos que la regulación actual en el Perú para el arbitraje societario es una muestra que se hace camino al andar, y que el camino que está recorriendo el arbitraje societario en el Perú es el correcto ante la globalización.

ACERCA DE LA INTERPRETACIÓN DEL “COOLING-OFF” EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES

Jorge Giampieer Alarcon Paucar¹

Resumen: El presente artículo busca profundizar en el análisis de la naturaleza del periodo de reflexión en el Derecho de Inversiones, así como la manera en la que este recurso es aplicado por las partes de un acuerdo de inversión para solucionar pacíficamente sus controversias.

Se deben considerar las dos posturas existentes alrededor de esta figura: (i) como obligación de las partes de cumplir el periodo de enfriamiento como una disposición contractual vinculante o, (ii) como una facultad de las partes de cumplir o no la estipulación sin consecuencias legales.

Asimismo, trataremos de manifestar de una manera concisa una postura respecto del “cooling-off period” en base a la experiencia arbitral y las opiniones de expertos, para finalmente brindar alguna solución para esta problemática.

Abstract: *Present article seeks to analyze about nature of cooling off period in the Investment Arbitration and way in this resource is being applied for Parties' Investment Treat to solve peacefully their issues.*

It must consider two standpoints around cooling off: (i) as obligation of the parties to obey this period like one binding contractual disposition or (ii) as faculty of complying – or not – the stipulation of treat without legal consequences.

Likewise, it will try to show of concise manner one position around this figure considering arbitration expertise and different opinions for finally give some solutions of this issue.

I.	
INTRODUCCIÓN.....	103
II. UNA APROXIMACIÓN AL “COOLING OFF PERIOD” EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES.....	103
III. DIVERGENCIAS EN RELACIÓN A LA APLICABILIDAD DEL PERIODO DE REFLEXIÓN.....	105
A. El período de enfriamiento como opción para resolver amigablemente una disputa.....	106
b. El período de enfriamiento como un requisito de admisibilidad o jurisdiccional.....	107
IV. UN ENFRIAMIENTO OBLIGATORIO ... ¿Y OTRAS NO?.....	109
A. Cuando una palabra ¿modifica la naturaleza? Del período de enfriamiento.....	110
b. Cuando las circunstancias impiden “enfriar” una controversia.....	113
V. LA PENALIZACIÓN PECUNIARIA COMO REMEDIO ÓPTIMO ANTE EL	

¹ Bachiller en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima, Perú). Correo: giampieeralarcon@gmail.com

INCUMPLIMIENTO INJUSTIFICADO DEL PERIODO DE ENFRIAMIENTO.....	116
VI. CONCLUSIONES.....	119

I. INTRODUCCIÓN

La importancia que ha adquirido el arbitraje desde su popularización ha creado mayores interrogantes acerca de la manera correcta - o menos torpe – en la que debe instrumentalizarse; sin embargo, antes de llegar a ello, resulta más que necesario dirigir la atención a lo pre arbitral.

Antes de enfrentar una disputa ante un tribunal de arbitraje, las partes del conflicto deben ser lo suficientemente perspicaces y estratégicas para abordar una defensa fructífera, lo cual toma tiempo, del cual muchas veces las partes disponen por un mandato contractual.

Este tiempo *post* conflicto y *pre* arbitraje es conocido como “trato directo” o en otras tierras como “*cooling off period*” (periodo de enfriamiento), descrito como el lapso con que las partes cuentan para ¿alistar sus armas a usar en el campo arbitral o para evitar que esto suceda?

Con una presencia cuasi obligatoria, los periodos de enfriamiento de disputas son pactados en los Tratados Internacionales de Inversión o en los contratos de esta naturaleza², en busca que los Estados e Inversores encuentren una salida pacífica para resolver sus diferencias, sin enfrascarse en una lucha sumamente onerosa, como lo es un arbitraje de inversión.

No obstante, el uso de este tiempo pre arbitraje ha sido centro de opiniones diversas que lo catalogan como un periodo de obligatorio cumplimiento o un tiempo cuyo correcto empleo dependerá de la intención del Estado e Inversor.

Definitivamente, una clara redacción de una cláusula que establece un periodo de enfriamiento es vital, por lo que las consideraciones de los efectos *ex post* deben ser sumamente observados antes de anotarlos.

No es un misterio que tan solo una palabra mal empleada en un documento puede alterar el sentido que las partes quisieron darle. Como lo diría el refrán anglosajón “*el diablo está en los detalles*” o, en los detalles podría estar la solución.

II. UNA APROXIMACIÓN AL “*COOLING OFF PERIOD*” EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES

La importancia de los mecanismos pre arbitrales es sumamente relevante para la solución de un conflicto.

² No se tiene certeza total respecto a la cantidad de tratados de inversiones incluyen esta cláusula, ya que el porcentaje varía del 70% al 90%. KESSEDJIAN, Catherin, *et al.* “Mediation in Future Investor-State Dispute Settlement”. En: Foro académico sobre el CIADI. POHL, Joachim. (2012). «Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements: A large simple Survey» *OECD International Investment Working Paper* No. 2012/2.

En opinión del reconocido profesor Gary Born³, si el objeto de un mecanismo alternativo de solución de disputas que antecede al arbitraje es colaborar con la solución eficiente de un conflicto, evitando la pérdida de dinero y tiempo; y en el caso de las inversiones, la ruptura de lazos económicos entre Estados u otra consecuencia que afecte las relaciones entre ambos, no puede ser tomado como un aspecto sin relevancia.

En el caso de los Tratados de Inversión, cada disposición responde a un fin justificado, uno sustancial, considerando que se trata de un instrumento de relación internacional y soberano.

Como una disposición de esta naturaleza, el periodo de enfriamiento es el plazo estipulado que establece que las partes, en caso de surgir un conflicto, no deben acudir directamente al foro arbitral, sino que deben (o pueden) intentar resolverlos de manera amistosa⁴.

Sin ingresar a detalle en relación con la naturaleza obligatoria o facultativa de estos periodos, y previo a adentrarse en el debate, este trato directo representa posibilidades para el Estado e Inversor de arreglar sus desavenencias en un tiempo y gastos sumarisimos en comparación con los costos del arbitraje de inversión⁵, por lo que debe ponderarse el resultado considerando estos puntos.

Desde una mirada psicológica, con el inicio del trato directo se forma una conciencia de reflexión respecto a las ventajas y desventajas que representaría llegar a una solución de un conflicto a través de conversaciones, en el que las partes son las únicas que tienen el poder de decidir su conflicto, rehusando de someter sus intereses de un tercero imparcial como lo serían los árbitros.

Por supuesto, la intención del trato directo no es sólo que las partes esperen que se agote el periodo de enfriamiento; además, se exige que las partes manifiesten verdaderas intenciones de conciliar entre ellas⁶.

Las características más comunes que presentan estos periodos de enfriamiento son:

³ BORN, Gary - SYEKIY, “Requisitos procesales previos al arbitraje: Un pantano lúgubre” En: TRIANTAFILOU, Epaminontas E. y COHEN, Abby. *Practicing Virtue: Inside International Arbitration*. Oxford, pp. 227-262.

⁴ FERNÁNDEZ PÉREZ, Ana, “Cláusulas escalonadas multifunción en el Arreglo de Controversias Comerciales Internacionales”. *Cuadernos de Derecho Transaccional*, pp. 99-124.

⁵ Por ejemplo, la presentación de una solicitud de arbitraje ante el CIADI tiene una tarifa de USD 25,000, con un cargo administrativo de USD 42,000. Asimismo, las partes deben costear los gastos de reuniones de los árbitros o el trabajo durante el proceso arbitral que cuesta aproximadamente un USD 3,000. Lo anterior, claro está, varía de acuerdo a la complejidad, cuantía y duración del procedimiento arbitral. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Acuerdos Relativos a Inversiones. *Costo del Procedimiento CIADI*.

<https://icsid.worldbank.org/es/servicios/contenido/costo-del-procedimiento> [fecha de visita 19 de abril de 2024].

⁶ Las tratativas durante el periodo de enfriamiento pueden incluir la participación de un tercero. Tratado de Libre Comercio Bilateral China-Nueva Zelanda, suscrito el 07 de abril de 2008 y vigente desde el 01 de octubre de 2008. Artículo 152; Acuerdo de Libre Comercio Perú-Australia, suscrito el 12 de febrero de 2018 y vigente desde el 11 de febrero de 2020. Artículo 18.9.

- (i) La duración oscila entre los 3, 6 y 9 meses, aunque existen algunos Tratados de Inversión que han estipulado un plazo mayor a un año⁷;
- (ii) La invocación del inicio del trato directo se materializa a través de una comunicación remitida por la parte interesada (Estado o Inversor) que solicite la activación de la cláusula y detalle las materias controvertidas que se buscan resolver⁸; y
- (iii) Las partes deben mantener un contexto idóneo que permita emprender una dirección correcta para llevar a cabo estas negociaciones pre-arbitrales.

Por último, y lo que ha sustentado las discusiones entorno a la naturaleza obligatoria u opcional de estos periodos, es la redacción que se emplea en el documento de inversión, lo que hace depender su aplicación en cada supuesto concreto.

III. DIVERGENCIAS EN RELACIÓN A LA APLICABILIDAD DEL PERIODO DE REFLEXIÓN

Habiendo explorado de manera breve los aspectos básicos del *cooling off period*, es necesario indicar que el mismo no está exento de polémicas que han ocasionado un mayor análisis de sus principales aplicaciones, algunas que aún se encuentra en un debate doctrinario y hasta casuístico.

Una de las discusiones más rebatidas sobre los periodos de enfriamiento es la obligatoriedad de su exhaustivo cumplimiento, el cual repercute en aquellos arbitrajes de inversiones que ya han iniciado. Solamente si estimamos lo expuesto por la doctrina, encontramos posiciones divergentes sobre la observancia de esta disposición:

- (i) En primer lugar, existe la postura que el no cumplimiento de esta disposición no tendría por qué afectar al arbitraje que ya ha sido iniciado por una de las partes.

La base de esta posición se sustenta en el “respeto” a la jurisdicción arbitral sobre la estipulación de un mecanismo alternativo de solución de controversias de menor rango en el Tratado de Inversión.

⁷ Tratado sobre Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones Alemania-Argentina, suscrito el 09 de abril de 1991 y vigente desde el 08 de noviembre de 2013. Artículo 10.2-3; Tratado sobre Promoción y Protección de Inversiones EE. UU.-Ecuador, suscrito el 27 de agosto de 1993 y vigente desde el 11 de mayo de 1997. Artículo VI.2; Tratado Bilateral de Inversión Austria-Kazajistán; suscrito el 15 de diciembre de 2010 y vigente desde el 1 de febrero de 2012. Artículo 20.1, entre otros Tratados Bilaterales de Inversión.

⁸ Por ejemplo, en *Goetz v Burundi*, el Tribunal Arbitral, en observancia de los requisitos de admisibilidad del Acuerdo de Inversión Belga-Burundi, resolvió que ciertas controversias solicitadas por los inversionistas que no fueron notificados en la carta de iniciación del periodo de enfriamiento eran inadmisibles y solo resolvería sobre las controversias que fueron detalladas en la carta que dio inicio a dicho periodo anterior al arbitraje. CIADI Nº ARB/95/3 “*Antonie Goetz et consorts c. République du Burundi*”, 1998, 90.

- (ii) En segundo lugar, existe una posición férrea que defiende la consecuencia perjudicial frente a los incumplimientos de esta disposición contractual.

Aquí se prioriza el estricto cumplimiento de las disposiciones pactadas en el Tratado de Inversión, defendiendo la soberanía estatal manifestando desde el momento de su suscripción.

Por otro lado, en lo que respecta a la práctica arbitral, se pueden encontrar casos donde los tribunales arbitrales de inversión han declinado su competencia por encontrar que no se cumplió el paso previo de acuerdo con lo pactado⁹. Por su parte, algunos tribunales arbitrales, menos radicales, declararon la inadmisibilidad de la demanda arbitral o suspendiendo el arbitraje para que las partes cumplan con el paso previo arbitral¹⁰ y, consecuentemente, en caso de que las partes no hayan resuelto la controversia, se retoma el arbitraje.

A continuación, analizaremos a fondo cada una de las posiciones expuestas en los párrafos anteriores de este acápite.

A. El período de enfriamiento como opción para resolver amigablemente una disputa

Esta posición defiende que el periodo de enfriamiento que otorga el Tratado de Inversión a las partes representa una facultad que posibilita negociar la disputa antes de derivarla a los tribunales arbitrales de inversión, pero sin ninguna coerción para cumplir con este paso.

Lo expuesto en el párrafo anterior ha sido reconocido en emblemáticas decisiones, tal es el caso “*Biwater Gauff c. Tanzania*”¹¹, donde el tribunal arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) resolvió lo siguiente:

(...) este período de seis meses es de naturaleza procesal y de directorio, en lugar de jurisdiccional y obligatorio. Su propósito subyacente es facilitar oportunidades para una solución amistosa (...) no es impedir u obstruir el procedimiento arbitral, cuando tal arreglo no sea posible.

El incumplimiento del plazo de seis meses no impide que este Tribunal Arbitral proceda. Si lo hiciera, la disposición tendría efectos curiosos, entre ellos: (i) impedir la tramitación de una reclamación y obligar al reclamante a no hacer nada hasta que hayan transcurrido seis meses, incluso cuando las negociaciones posteriores sean obviamente inútiles o el arreglo sea obviamente imposible por cualquier motivo; y, (ii) obligar al demandante a reiniciar un arbitraje iniciado demasiado pronto, incluso si el plazo de seis meses ha transcurrido en el momento en que el Tribunal Arbitral considera el asunto.

⁹ CIADI Nº ARB/13/31 “*Antin Infrastructure Services Luxembourg and Antin Energia Termosoloar v. The Kingdom Of Spain*”, Laudo Final del 15 de junio de 2018, pp. 354-358.

¹⁰ CIADI Nº ARB/01/13 “*Antonie Goetz c. Burundi*”, pp. 90; *SGS c. Pakistan*”, Laudo de Jurisdicción del 6 de agosto de 2003, p. 184; CNUDMI “*Ronald Lauder c. República Checa*” Laudo Final del 3 de septiembre de 2001.

¹¹ CIADI Nº ARB/05/22 “*Biwater Gauff Ltd Claimant v. República Unida de Tanzania*”, Laudo Final del 24 de Julio del 2008, pp. 343-344.

El criterio arbitral señalado ha sido ratificado en otros casos celebrados bajo las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI); diversos tribunales arbitrales han concluido que existen casos, dependiendo de los hechos concretos y el Tratado de Inversión invocado, que no necesitan cumplir con el *cooling off period*, especialmente si el Estado e Inversor infieren objetivamente que las tratativas para solucionar amistosamente sus diferencias no traerían utilidad alguna¹².

Hay argumentos válidos para tomar por lógica la postura descrita, exaltando la efectividad y celeridad de la justicia mediante el acude inmediato al foro jurisdiccional como el arbitraje, reduciendo el tiempo de la emisión de un laudo que resuelva definitivamente el conflicto.

No obstante, el considerar al periodo de enfriamiento como opcional, sin vinculatoriedad o efecto adverso, resta eficacia a la disposición específica del Tratado de Inversión, otorgando al Estado y al Inversor la facultad de respetar íntegramente el plazo u obviando el cumplimiento de este periodo y arbitrar inminentemente.

Por lo tanto, si bien el requisito de conducirse de buena fe y bajo intenciones marcadas de encontrar una eficiente solución no necesariamente deben concluir en un acuerdo total o parcial respecto de las controversias que surjan, es pertinente que tanto el Estado como el Inversor consideren la instrumentalización de este mecanismo y hagan uso de esta disposición con el objeto de aliviar su diferencia, respetando la investidura que otorga este derecho.

B. El periodo de enfriamiento como un requisito de admisibilidad o jurisdiccional

Contraria a la flexible postura ventilada en el acápite anterior, el radicalismo de esta segunda indica, *grosso modo*, que el incumplimiento del periodo de enfriamiento resulta en que el tribunal arbitral de inversiones carezca de jurisdicción; aunque también se ha resuelto de manera menos rígida disponiendo sólo la inadmisibilidad de la demanda arbitral¹³.

La Corte Internacional de Justicia (CIJ) se ha pronunciado sobre la naturaleza del *cooling off period*, siendo de la resolución que este paso previo a la jurisdicción no puede ser omitido o violentado por las partes¹⁴ debido a que esto podría dar pie a considerarlo como un incumplimiento grave del Tratado de Inversión. En ese sentido, al tratarse de un documento de alcance transfronterizo, cada estipulación ubicada en estos tratados debe ser cumplidos bajo diversos

¹² CNUDMI “*Ethyl Corporation v. Canada*”, Laudo de Jurisdicción del 24 de junio de 1998. p. 85; CIADI Nº ARB/07/31 “*Hochief c. Argentina*”, Laudo de Jurisdicción del 24 de octubre del 2011, p. 51; CIADI Nº ARB/09/21 “*Teinver v. Argentina*”, Laudo de Jurisdicción del 21 de diciembre de 2012, p. 126.

¹³ CRAWFORD, James. *Brownlie's Principles of International Law*, Oxford Vol 8, 2012, pp.693.

¹⁴ Corte Internacional de Justicia “*Georgia v. Federación Rusa*”, Sentencia sobre Excepciones Preliminares del 1 de abril de 2011., pp. 123-141.

principios, tales como la buena fe, la obligatoriedad de los tratados internacionales¹⁵ y la finalidad internacional del Tratado¹⁶.

Asimismo, los tribunales arbitrales del CIADI han resuelto bajo un criterio similar al CIJ. En el reconocido caso “*Murphy vs Ecuador*”, el tribunal arbitral en mayoría desestimó la demanda del Inversor debido a que advirtió que la controversia no había sido sometida al periodo de enfriamiento establecido en el Tratado Bilateral de Inversiones suscrito entre Estados Unidos y Ecuador.

La decisión de la mayoría de los magistrados que conformaban el tribunal se basó en los hechos que Murphy no había siquiera intentado conciliar con el Estado ecuatoriano, alegando que las “negociaciones habrían sido inútiles”¹⁷, ante lo cual se resolvió que “*la obligación de negociar es una obligación de medios, no de resultados (...) si hubieran tenido éxito o no, las partes debieron iniciarlo primero (...)*”¹⁸.

Si bien lo que muestra las decisiones en arbitraje de inversiones en ese sentido respecto del cumplimiento del periodo de enfriamiento por las partes, es que la misma no se presenta como una cláusula cualquiera sin fuerza imperativa, el denegar la participación de las partes en un arbitraje sin haberse cumplido este plazo puede afectar el derecho al debido proceso, a la tutela jurisdiccional y otros conexos.

No es pertinente que, en todos los casos, ante el incumplimiento de este periodo, los tribunales arbitrales de inversiones nieguen su jurisdicción para decidir sobre una materia, o determinen la inadmisión de una demanda a la vez que se exige que vuelva a presentarse la reclamación luego de haberse cumplido con el periodo de enfriamiento, sino que es preciso que se valore la productividad de esperar tal periodo para iniciar un arbitraje y las circunstancias que atañen esta inobservancia.

Aunque diversos autores han indicado que entre admisibilidad y jurisdicción se presenta una ambigüedad que muchas veces puede confundir la decisión respecto a la impugnación de la competencia del arbitraje, algunas decisiones emblemáticas han indicado que las objeciones

¹⁵ Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.

¹⁶ Uno de los principios del Derecho Internacional es el “*effet utile*”, principio que determina que todo documento internacional debe ser interpretado de acuerdo al objetivo y fin que sustentó su creación, buscando la real interpretación de cada disposición. Arbitraje Ad Hoc “*Eureko V.B. v. Polonia*”, Laudo de Jurisdicción del 19 de agosto de 2015, p. 248; CIADI No. ARB/03/13 “*Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v. Argentina*”, Decisión sobre las Objeciones Preliminares del 27 de julio de 2006, p. 132.

¹⁷ CIADI No. ARB/08/4 “*Murphy Exploration and Production Company International c. República del Ecuador*” Laudo de Jurisdicción del 13 de noviembre de 2013, pp. 132.

¹⁸ La decisión adoptada por el tribunal arbitral en mayoría fue criticada por el árbitro Grigera Naón por considerar que la misma se catapultó como un “*menoscabo al derecho de acceso a la justicia*” de Murphy. ALLEN – OVERY, “*Waiting period enforced in Investment treaty dispute*”, 2010.

<https://www.allenoverly.com/en-gb/global/news-and-insights/publications/waiting-period-enforced-in-investment-treaty-dispute> [Fecha de visita el 18 de abril de 2024].

relativas a las condiciones previas del arbitraje son cuestiones solo de admisibilidad de la demanda, mas no de jurisdicción¹⁹.

Ya sea la declaratoria de carencia de jurisdicción de un tribunal arbitral o la admisibilidad de la demanda, esto puede afectar la naturaleza del consentimiento de las partes para someter sus controversias a un arbitraje de inversiones, nacidas del mismo tratado que estipula el *cooling off period* o la oportunidad en la que se consigue este pronunciamiento jurisdiccional, puesto que no sería conveniente postergar la decisión del tribunal arbitral de inversión hasta que se cumpla con un periodo de reflexión que sería improductivo.

IV. UN ENFRIAMIENTO OBLIGATORIO ... ¿Y OTRAS NO?

Hasta este punto, se ha explorado de manera breve aquellas dos (2) posiciones recurrentes que se han seguido en la casuística de arbitrajes de inversiones con relación al *cooling off period*.

La primera postura se revela como una alternativa, quizás, demasiado flexible sobre la aplicación del periodo de enfriamiento al conflicto inter-partes, restándole importancia al cumplimiento de esta cláusula en los Tratados de Inversión.

Todo lo contrario, es la segunda perspectiva, la cual surge como una opción radical que, en su intento por respetar cada término de los tratados, podría llegar a limitar el acceso a la justicia internacional tanto para el Inversionista como el Estado.

Sin perjuicio de lo expuesto, podría decirse lo siguiente sobre la aplicación de los periodos de enfriamiento: (i) la obligatoriedad de este periodo podría depender de la redacción de la disposición, junto con (ii) las circunstancias de cada caso en particular.

Como se adelantó en algún pasaje, el periodo de enfriamiento es una inclusión casi total en los Tratados de Inversión, pero no solamente debemos enfocarnos en lo que indica el papel, sino también en la finalidad de las partes para agregar dicho contenido y de cómo esto podría afectar su relación procesal y sustancial²⁰.

¹⁹ WEHLAND, Hanno. “Jurisdicción y Admisibilidad en Procedimientos bajo el Convenio del CIADI y las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI. Convenio del CIADI después de 50 años: Cuestiones pendientes. *Kluwer Law International*, 2017, pp. 227-247.

²⁰ En otros trabajos sobre el *colling off period*, algunos han sostenido que, a veces, el “plazo de enfriamiento” termina siendo el óptimo y que esto puede considerarse como una disposición sin demasiada utilidad. Naciones Unidas, “*Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration. United Nations Conference on Trade and Development*”, 2010. Disponible en https://unctad.org/system/files/official-document/diaeia200911_en.pdf [Fecha de visita 20 de abril de 2022].

A. Cuando una palabra ¿modifica la naturaleza? del período de enfriamiento

El lenguaje que se emplea en todo tipo de disposición es el paso más importante para materializar la intención de la negociación entre las partes, ya que esto es la regirá la relación entre ellas y de cómo actúan actuando bajo el cumplimiento de lo pactado²¹ (*pacta sunt servanda*).

Sólo la redacción del periodo de enfriamiento puede inclinar la balanza, ya sea para considerarla como obligación procesal o paso previo al arbitraje²², o una facultad de las partes que podrían ejercer si lo consideran conveniente.

Las opiniones sobre lo que comprende un periodo de enfriamiento y el objetivo que persigue de finiquitar una disputa parcial o totalmente sin necesidad de un procedimiento es abundante, sobre todo en decisiones arbitrales de los principales centros de arbitraje especializados en Derecho de Inversiones, pero se puede ir incluso más atrás del inicio de este lapso, enfocando en la forma en la que se encuentra redactada esta cláusula y de cómo podríamos hallar un factor diferenciador entre un Tratado de Inversión y otro.

Para explicar lo anterior, tomemos en cuenta dos (2) ejemplos de redacción de las cláusulas de periodos de enfriamiento en Tratados de Inversión:

Ejemplo 1

Artículo X- Solución de controversias entre las partes contratantes

1. Cualquier controversia que surja entre las partes contratantes en relación con la interpretación y aplicación del presente convenio deberá, en la medida de lo posible, ser resuelta amigablemente a través de canales diplomáticos.
2. En caso que la controversia no pueda ser resuelta amigablemente dentro de un plazo de seis meses a partir de la fecha en la cual una de las partes contratantes notifique por escrito a la otra parte contratante, ésta, a solicitud de una de las partes contratantes, será elevada ante un tribunal de arbitraje ad hoc según lo estipulado en el presente artículo.

²¹ UÇARYILMAZ, Talia, “El Principio de Buena Fe en el Derecho Internacional Público” *Revista de Estudios de Deusto*, Vol. 68 (Nº 1), 2020, pp. 43-59.

²² En el Derecho Internacional Privado se ha precisado la diferencia entre los pasos previos del arbitraje internacional respecto del periodo de reflexión, catalogando a la primera de ellas como reglas propias del Derecho Internacional y a las segundas como “ideales” o “posibilidades” de aliviar la controversia a conocerse en sede arbitral. Casos: “*Elettronica Sicula S.P.A.*”, 1989, “*United States of America v. Italy*”; “*The Finnish Ships Arbitration*”, 1934; “*Finland v. United Kingdom*”; “*The Ambatielos Claim, Greece v. United Kingdom*”, 1956, pp. 12-83. DODGES, W., « *National Courts and International Arbitration: Exhaustion of Remedies and Res Judicata under Chapter 11 of NAFTA. HI&CL* », 2000, pp. 357-361.

El término “*deberá*” determina una obligación o deber de las partes a intentar negociar o conciliar sus altercados. Denota un paso preliminar obligatorio para las partes antes del arbitraje. Si se interpreta el inciso citado anteriormente, lo que busca una redacción imperativa es que las partes asuman lo pactado en el Tratado de Inversión, desarrollando sus mayores esfuerzos durante el plazo fijado, evitando cualquier conducta inactiva²³.

Lo anterior tendría sentido si analizamos la disposición del periodo de enfriamiento como parte de una cláusula escalonada de arbitraje²⁴ que fija pasos anteriores al foro jurisdiccional.

En los documentos de inversión que presenten un lenguaje obligatorio similar al citado²⁵, el cumplimiento de *cooling off period* está previsto como una obligación de las partes de buscar mejor y más eficaz solución a sus controversias. Atendiendo a este tipo de cláusulas, los suscriptores del Tratado de Inversión habrían querido estipular una “bifurcación” en la resolución de diferencias, estipulando al arbitraje de inversión como el recurso final.

Surge la duda de si existen supuestos donde el periodo de enfriamiento, constituido como un paso previo, es o será eficaz, tomando en cuenta la relación entre las partes y la actitud con la que asumen las negociaciones de buena fe. Aquí surge la pregunta de si el salto de esta disposición debe colocar al arbitraje en una cuerda floja²⁶.

Bajo la perspectiva de este artículo, no siempre la omisión de estos periodos de enfriamiento deriva en la afectación del arbitraje de inversión ya iniciado, sino que el mismo debe ser estudiado considerando las circunstancias especiales de cada relación Estado-Inversor y si será fructífero.

Ejemplo 2:

Artículo Y. - Controversias entre las partes contratantes

²³ Por ejemplo, el Tribunal de Apelaciones de Suecia denegó una solicitud de anulación de laudo arbitral dictado por el Centro de Arbitraje de Estocolmo planteada por el Estado de Kazajistán por no haberse cumplido las condiciones previas del arbitraje, ante lo cual sostuvo el Tribunal de Apelaciones, el cumplimiento de las negociaciones activas se habrían dado por parte de los demandantes, siendo que esto representó una oportunidad para el Estado de negociar la disputa. Centro de Arbitraje de Estocolmo. Caso N° 116/2020, “*Anatolie y Gabriel Stati v. Kazajistan*” Laudo de Jurisdicción del 19 de diciembre de 2013, p. 821.

²⁴ FRIEL, S., “Chapter 3: Arbitration in Context” En: LEW, Julian *et al.* “*Arbitration in England, with chapters on Scotland and Ireland*”, Kluwer Law International, 2013. pp. 31-50.

²⁵ Acuerdo sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre España y Etiopía, suscrito el 17 de marzo de 2009. Artículo 11(1); Acuerdo sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre Suiza y Hungría, suscrito el 22 de diciembre de 1998. Artículo 10(1); Tratado Bilateral de Inversiones entre India y Rumania, suscrito el 16 de febrero de 2009 y vigente desde el 21 de octubre de 2009. Artículo 9.

²⁶ En el caso, “*SGS c. Pakistán*” el tribunal compuesto bajo las reglas del CIADI consideró que el incumplimiento del requisito del periodo de enfriamiento no equivale a una suspensión de la jurisdicción. Decisión sobre las objeciones a la jurisdicción del 6 de octubre de 2013. CIADI N° ARB/01/13 (SGS v. Pakistán).

1. Las controversias entre las partes contratantes relativas a interpretación y aplicación de este convenio, debería, en la medida de lo posible, ser resueltas a través de negociaciones entre las partes contratantes.
2. Si una controversia no puede ser resuelta dentro de tres meses desde el inicio de la negociación, esta será sometida, a solicitud de cualquiera de las partes contratantes, a un tribunal de arbitraje.

A diferencia del primer ejemplo, en este segundo se emplea una expresión menos ruda cuando se refiere a la posibilidad de solucionar amistosamente un conflicto en el periodo de enfriamiento de la disputa²⁷.

Si tomamos en cuenta la naturaleza del término “debe” y “debería”, vemos que el primero indica una obligación que debe ser cumplida por las partes de desempeñar actitudes que busquen una resolución genuina al conflicto durante el plazo brindado como *cooling off period*, no pudiendo transgredir esta cláusula.

Con respecto a la segunda expresión, la palabra “debería” no estima una obligación, más pareciera que solo brinda la posibilidad que, en primer lugar, consideren resolver sus diferencias sin acudir necesariamente al fuero arbitral. En este segundo supuesto, el desacato de esta posibilidad no traería consigo algún efecto negativo para el arbitraje de inversión iniciado, ya que la instrumentalización de este lapso dependería de las valoraciones de cada parte al momento de considerar un arreglo amistoso²⁸.

Sin embargo, el hecho que la redacción de un periodo de enfriamiento catapulte a las negociaciones de buena fe solamente como una facultad u opción cuyo incumplimiento podría eludir al no existir consecuencias negativas que deriven de ella no justifica su inobservancia.

A nuestro modo de ver, si tal disposición se encuentra dentro de un Tratado de Inversión, formando parte de la cláusula de solución de disputas no puede estar exenta de efectos si se hace caso nulo a su requerimiento²⁹, puesto que de concluir esto se estaría menospreciando en cierto aspecto una disposición internacional que, en algunos casos, podría desencadenar una interpretación antojadiza cada vez que se retoce el cumplimiento del resto de cláusulas.

Por lo tanto, si bien la fuerza imperativa de un *cooling off period* depende también de la redacción que se haya empleado al momento de consignarla, independientemente de este aspecto, la misma

²⁷ Tratado sobre Fomento y Protección Recíproca de Inversiones entre Estados Unidos y Ruanda, suscrito el 19 de febrero de 2008. Artículo 23, Sección B.

²⁸ CIADI Nº ARB/06/11 “*Occidental Petroleum y Occidental Exploration c. Ecuador*” Laudo de Jurisdicción del 17 de agosto de 2007, el Tribunal Arbitral resolvió que la solicitud de arbitraje puede darse antes de la finalización del tiempo de enfriamiento si de los hechos se deduce que no se hubiera arribado a una solución amigable entre las partes.

²⁹ BALTAG, Crina, “Not Hot Enough: Cooling-Off Periods and the Recent Developments under the Energy Charter Treaty”. *Indian Journal of Arbitration Law* Vol 6 (Nº 1), 2017, pp. 190-196.

debe ser aprovechada por los Estados y los Inversores con la finalidad de salvaguardar su propia estabilidad.

B. Cuando las circunstancias impiden “enfriar” una controversia

Otro de los factores que podrían llegar a establecer cuando las negociaciones para remediar un conflicto durante el periodo en enfriamiento deben ser estrictamente o pueden ser abandonadas es lo fructífero que resultan las tratativas entre las partes durante este tiempo.

Pueden existir circunstancias en las que el incumplimiento del *cooling off period* podría justificarse si su omisión responde a una situación objetiva que determina que no se logrará arribar a una solución amistosa³⁰.

Sin perjuicio de reafirmar nuestra idea de que cada estipulación de un Tratado de Inversión reviste la misma importancia, incluida la del periodo de enfriamiento, no somos seguidores extremistas del cumplimiento riguroso de este paso previo.

Algunos autores han indicado con anterioridad que un tribunal arbitral carecería de jurisdicción si las partes no han cumplido lo dispuesto previo a un arbitraje³¹; no obstante, cabe preguntarse también si un paso previo al arbitraje como un *cooling off period* siempre resultarán aprovechables o si podrían ser vistas como escalones innecesarios antes de llegar al foro jurisdiccional.

Imaginemos un caso simple: Dos (2) Estados (*República X – República Z*) celebran un Tratado Bilateral para la Protección de Inversiones. Algunos años posteriores a la entrada en vigencia de este tratado, un *Inversionista Y*, nacional del *Estado Z*, comienza a realizar actividades de inversión en territorio del *Estado X*.

Durante el desarrollo de las actividades del *Inversionista Y*, se emite una ley que altera el contexto inicial en el cual se venía realizando la inversión, creando una serie de controversias. Consciente de su situación actual, el *Inversionista Y* decide que iniciaría un arbitraje en CIADI contra el *Estado X*, para lo cual revisa el artículo del tratado relativo a la solución de controversias que estipula lo siguiente:

³⁰ Sobre este punto, manifestamos nuestro desacuerdo con la postura asumida por el profesor Juan Pablo Hugues, el cual expresa que el consentimiento a arbitrar nacido de una oferta contenida en un tratado de inversión no existiría si las partes no cumplen con los pasos previos pactados, tales como el “*cooling off*”, ya que asumir dicha posición limitaría la jurisdicción del arbitraje en materia de inversiones y limitaría el derecho a un pronunciamiento justo y final a favor del Estado o el inversor al verse imposibilitados de acudir al foro arbitral para resolver las disputas que no habrían podido ser resueltas en los pasos previos al arbitraje.

³¹ HUGUES ARTHUR, Juan P., “El valor legal de los pasos previos al arbitraje en el derecho internacional de la inversión extranjera: dos enfoques (¿diferentes?), un resultado”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* (Nº 1), 2015, pp. 449-491.

- (...) 1. Las controversias entre las partes contratantes relativas a interpretación y aplicación de este convenio, debería, en la medida de lo posible, ser resueltas mediante activas negociaciones entre las partes contratantes.
2. Si una controversia no puede ser resuelta dentro de ocho meses desde el inicio de la negociación, esta será sometida a un tribunal de justicia del Estado sede de la Inversión.
3. Las partes sólo podrán acudir a un Tribunal Internacional para resolver sus diferencias si perdura la controversia entre las partes aún después de emitida la sentencia del tribunal de justicia del Estado sede de la Inversión.

A fin de resolver el conflicto de manera célere y eficaz, el *Inversionista Y* notifica al *Estado X* una carta donde relata la naturaleza de las controversias que deben solucionarse de manera precisa; sin embargo, el Estado contesta la comunicación indicando que, a su consideración, la emisión de la ley no afecta en ningún aspecto la actividad de inversión que venía realizando el inversionista, recalando que su posición no se modificaría, ya que los principales expertos en materia de inversiones del Estado llegaron a la conclusión que la actividad de inversión de *Y* se mantenía igual a pesar de la emisión legislativa. Atendiendo a esto, el *Inversor Y* consideró que sería inútil dilatar el tiempo en negociaciones que serían infructíferas.

Durante este mismo periodo, aparecieron múltiples noticias sobre la corrupción en los tribunales de justicia del *Estado X*, lo que derivó en constantes revocaciones de magistrados que se vieron empañados por esta onda corrupta. Lo mismo sucedió con el Poder Legislativo de dicho país y los constantes conflictos que ocasionaba la promulgación de diversas normas y leyes con empresas nacionales e internacionales que también desarrollaban actividades de inversión.

Considerando esto, el *Inversionista Y* acudió directamente al CIADI, y es en esta sede donde el tribunal de arbitraje debe responder la siguiente pregunta: ¿Tiene jurisdicción para resolver el fondo de la controversia aun habiéndose omitido el cumplimiento de los pasos previos? A nuestro entender, lo tendría. Si tomamos en cuenta cada una de las circunstancias del caso, es justificable que el inversor del caso brindado como ejemplo haya recurrido sin más tapujos al arbitraje.

En primer lugar, el hecho de haber intentado un comienzo de negociación pacífica con el Estado sobre las disputas resalta el ánimo del Inversor de cumplir con el periodo de enfriamiento; sin embargo, fue el mismo Inversor que dio cuenta que su pretensión de negociar un acuerdo de buena fe no podría haber llegado debido a buen puerto por la renuente posición estatal. En este caso, esperar 12 meses para hallar una solución amistosa sería ineficaz; ya vistas la posición del Estado, se puede inferir que la espera sería inútil.

La interrogante que surge es por qué la espera de tantos meses para buscar un auxilio a la situación controversial y no acudir a un mecanismo de resolución de conflictos sería necesaria³². No debe olvidarse que la obligación de negociar la disputa corresponde tanto al Inversor como al Estado, por lo que la renuencia a cumplirla por parte de una de ellas afectaría el cumplimiento de la otra.

De la misma manera, respecto al paso previo de acudir a un tribunal de justicia del Estado sede de la inversión, desde nuestro punto de vista, esto puede ser evadido siempre que existan razones justificables para ello.

En el ejemplo dado, el contexto legislativo y judicial del país no era el óptimo debido a los constantes problemas de corrupción y pasados conflictos que afrontaba, lo cual, indudablemente, crea un ambiente turbulento que puede generar una consciencia de poca o nula confianza en las decisiones adoptadas por este Estado.

Si consideramos que todo pronunciamiento judicial debe sustentarse bajo derechos fundamentales como el debido proceso o la correcta tutela jurisdiccional, entonces puede haber situaciones que dichos principios se vean menoscabados de alguna manera, por ejemplo, situaciones de corrupción o no idoneidad de los magistrados³³.

Por lo tanto, si bien las partes de un Tratado de Inversión deben observar y cumplir cada detalle de este instrumento internacional, lo cierto es que existen situaciones en que el cumplimiento del periodo de reflexión se vuelve improductivo, y hasta estorbo³⁴, cuya omisión justificada no puede restringir el acceso a la jurisdicción arbitral.

Recalamos con mayor énfasis que no se trata de omitir el cumplimiento de este periodo por meras motivaciones personales sin asidero jurídico, ya que debe exigirse el cumplimiento de estas disposiciones y requerir a todas las partes involucradas el máximo esfuerzo por seguir cada paso establecido en un tratado; sin embargo, si dicha exigencia no es posible y cuyo cumplimiento solo

³² Contamos con 2 ejemplos sobre casos donde se declaró la imposibilidad de cumplir con los recursos previos al acudir a un tribunal. Comunicación N° 8 de 1977 sobre decisiones del Comité de Derechos Humanos, pág. 48; y Comunicación N° 44 del 1979 sobre decisiones seleccionadas del Comité de Derechos Humanos, págs. 77 y 79.

³³ Otras de las circunstancias que podrían volver inútil el proceso judicial interno antes de acudir a un arbitraje internacional podrían ser las crisis económicas en el país sede de la inversión o el tiempo que los tribunales internos resuelven un caso. Una situación similar ocurrió en Argentina donde el Estado se vio forzado a suspender los procesos judiciales contra el país debido a una crisis en la economía nacional, la cual también provocó diversos enfrentamientos con los inversores extranjeros. Léase: ÁLVAREZ José - KHAMSI Kathrym, "La crisis argentina y los inversores extranjeros", *Institute for International Law and Justice*, 2008, Disponible en <https://www.iilj.org/publications/the-argentine-crisis-and-foreign-investors-a-glimpse-into-the-heart-of-the-investment-regime/> [Fecha de visita 21 de abril de 2023].

³⁴ Para Jan Paulsson, los recursos internos antes de acudir a una resolución de disputa internacional no pueden ser exigidos cuando dichos pasos no colaboran con la eficiencia del remedio jurídico. Véase: PAULSSON, Jan, "*Denial of Justice in International Law*", Cambridge University Press, 2005, pp. 100-103.

afectaría la jurisdicción o admisibilidad de las pretensiones, entonces, solo en estos casos, es permisible que se recurra directamente al arbitraje³⁵.

V. LA PENALIZACIÓN PECUNIARIA COMO REMEDIO ÓPTIMO ANTE EL INCUMPLIMIENTO INJUSTIFICADO DEL PERIODO DE ENFRIAMIENTO

Desde nuestra postura, una solución racional ante el incumplimiento injustificado del periodo de enfriamiento debe estar dirigida a una penalización pecuniaria: la parte que incumple el *cooling off period* debe ser penalizada económicamente manifestada en los costos y costas del arbitraje.

Un arbitraje de inversión no resulta poco oneroso para las partes, al contrario, debido a las materias que se discuten y el estándar de las cuantías, es un mecanismo de solución de controversias altamente caro, por eso mismo, si un arbitraje de inversión resulta ser un enfrentamiento que afectará los bolsillos del Inversiones y las arcas del Estado, se infiere *prima facie* que ambas procurarán evitarlo y desembolsarán sus máximos esfuerzos para negociar una solución no necesite la decisión de un tribunal arbitral sino tan solo de los protagonistas.

¿A quién le resultaría positivo gastar demasiado dinero para que un tercero solucione su conflicto en lugar de ahorrarse estos costos para arreglarlos amistosamente? Nadie en su sano juicio evitará negociar un remedio a un conflicto cuando esta opción le representa mejores opciones de cuidar, no solo su dinero, sino su prestigio y, en el caso del Estado, cuidar los fondos con los que cuenta y que son constantemente un tema sensible para la población.

Por supuesto, dependiendo del resultado de las negociaciones durante el periodo de enfriamiento otorgado, puede que las partes no consigan todo el monto que pretenden, pero *es mejor tener un poco de algo que todo de nada*.

Incluso para la parte menos favorecida con el *cooling off period*, el hecho de tener que desenvolver dinero para hacerle frente al acuerdo privado siempre será menor que el dinero a entregar en caso se pierda un arbitraje de inversión, ya que en este tendrían que asumir los costos y costas arbitrales, más los gastos legales.

Que un tribunal arbitral condene a una parte que incumplió con negociar la disputa de manera previa al arbitraje podría estar permitido. Los árbitros podrían considerar la situación descrita como uno de los hechos que formaron parte de la amplia gama de hechos que derivaron en el inicio del arbitraje para discutir la controversia.

³⁵ La demostración de inutilidad de los pasos previos al arbitraje debe ser demostrados, primeramente, por el demandante, lo que no obsta que existan casos donde ambas partes tengan la carga de probar o el deber de mostrar evidencias que conllevaron a concluir que estas exigencias preliminares eran innecesarias. Véase, AMERASINGHE, Chittharanjan, “*Evidencia en la Litigación Internacional*”, Leiden Martinus Nijhoff, 2005, pp. 232-235. Así también: CIADI Nº ARB/94/2, “*Tradex Hellas Sociedad Anónima v. Argentina*” Decisión sobre jurisdicción del 24 de diciembre de 1996, pp. 280.

Por ejemplo, el artículo 52 de las Reglas de Arbitraje del CIADI³⁶ indica lo siguiente sobre la decisión relativo a los costos del arbitraje:

Regla 52. - Decisión sobre Costos

(...)

(2) Si el Tribunal emite un laudo en virtud de la Regla 41(3), otorgará a la parte que prevalezca los costos razonables, a menos que el Tribunal decida que existen circunstancias especiales que justifiquen una distribución de costos diferente.

(3) El Tribunal podrá adoptar una decisión provisional sobre costos en cualquier momento, de oficio, o a solicitud de una de las partes.

De una interpretación de este artículo se puede arribar a la conclusión que un tribunal arbitral tendría el poder de imponer los costos y costas arbitrales a una parte si considera que existen “*circunstancias especiales*” que ameriten esta decisión³⁷. Los incumplimientos de las negociaciones durante el periodo de enfriamiento forman parte de aquellas situaciones que podrían considerarse para decidir sobre los costos y costas.

Una decisión de esta naturaleza puede ser adoptada por el tribunal arbitral al momento de emitir el laudo que resuelve la controversia o en un momento anterior, incluso al momento mismo de tomar conocimiento del hecho, procurando que la evasión de este periodo de enfriamiento no quede impune.

La penalización del incumplimiento del periodo de reflexión, desde nuestro modo de ver, se posiciona como la opción más salomónica para sancionar a la parte renuente a cumplir con esta disposición sin afectar el derecho de defensa y al debido proceso de la parte que busca una solución eficaz a la controversia.

Esta medida es la menos complicada y más fácil de aplicar en los arbitrajes de inversión, puesto que no comprende una dilatación del procedimiento ni un retroceso para las partes hasta el momento de

³⁶ Las nuevas reglas de Arbitraje del CIADI fueron aprobadas el 21 de marzo de 2022 y entraron en vigencia el 01 de julio de 2022. Léase: “*El CIADI revisa y aprueba nuevos reglamentos y reglas que modernizan el arbitraje de inversiones*”, 2022, Disponible en

<https://www.cuatrecasas.com/resources/legal-flash-nuevos-reglamentos-y-reglas-ciadi-623b03ce23612713905402.pdf?v1.1.10.202201191812> [Fecha de visita 27 de abril de 2023]

³⁷ Artículo 42 inciso 1, Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI: “*Las costas del arbitraje serán a cargo de la parte vencida o las partes vencidas. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá prorratear cada uno de los elementos de estas costas entre las partes si decide que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.*” Disponible en

<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/uncitral-arbitration-rules-2013-s.pdf> [Fecha de visita 27 de abril de 2022].

la negociación de la disputa, sino que el mismo busca compensar la falta de cumplimiento de la disposición a través de la sanción económica.

Claro que la determinación del monto que debe compensarse a favor de la parte que cumplió o intentó cumplir con el periodo de enfriamiento es una situación compleja, aunque el mismo debe estar sustentado, por ejemplo, en los gastos que asumieron las partes para abogados, peritos o expertos, así como la cantidad de dinero que gastaron para llevar adelante el arbitraje de inversión.

La determinación anterior no depende de las posibilidades que existen de arribar a un acuerdo durante las negociaciones que comprende el periodo de congelamiento porque esto sería un pilar bastante difuso y complicado de aterrizar, sino que deben sustentarse en los montos fijados como costos arbitrales o un porcentaje de estos, basado en el resultado de las pretensiones discutidas en el arbitraje.

Consideramos que la posición que defiende la incompetencia del tribunal arbitral para resolver una disputa de inversiones al no cumplirse el enfriamiento de la disputa afecta el derecho al debido proceso de la parte interesada en resolver su disputa, puesto que existen casos donde el cumplimiento de este paso previo se torne imposible o sin alguna utilidad.

Negarle un foro de resolución de conflictos a una parte es un supuesto grave que, en lugar de defender, atenta contra los derechos. No olvidemos que ambas partes han querido someter a arbitraje sus diferencias, por lo que el consentimiento al mismo existe y no podría ser revocado o menoscabado al no cumplirse un paso previo³⁸, aunque importante, no es útil a efectos de solucionar algún aspecto sustancial.

Igual de grave sería que se declare la inadmisibilidad de la demanda cuando se omite el periodo de congelamiento. Si bien el demandante al ser la parte interesada debería, inicialmente, esforzarse por cumplir con esta disposición, también es posible que durante la relación que haya mantenido con el Estado haya arribado a una conclusión lógica que cualquier negociación para solucionar un enfrentamiento no tendría productividad, por lo que decide directamente arbitrar la disputa sin demorar sus requerimientos.

Pueden existir casos donde el demandante haya incumplido con el periodo de enfriamiento en los que el tribunal suspenda el procedimiento arbitral y otorgue un tiempo a la parte interesada para cumplir con esta disposición³⁹, siempre que existan posibilidades efectivas de que la disputa sea solucionada, considerando comportamientos de las partes durante el inicio del arbitraje que

³⁸ SOLER REYES, Mario, *“El consentimiento para recurrir al CIADI como base de la jurisdicción de los Tribunales Arbitrales constituidos en conformidad al Convenio de Washington. Análisis de algunos de sus fallos”*, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2005.

³⁹ CIADI N° ARB/04/2002 *“Western Enterprise Fund v. Estado de Ucrania”*, Orden Procesal del 26 de marzo del 2006, pp. 5-9.

colaboren con esta conclusión. Sin embargo, esto no sería producente si la parte interesada intentó iniciar negociar la disputa sin conseguir resultados alentadores.

Este segundo supuesto puede ser, quizás, menos flexible que el primero, pero si se ve el terreno completo, puede que las materias que pretende resolver la demandante requieran un pronunciamiento célere o una medida provisional para mantener el *status quo*, por lo tanto, declararse inadmisibles una demanda para que necesariamente se cumpla este periodo de enfriamiento puede devenir en una alteración de la situación para la parte interesada que será obligada a negociar una disputa ante una contraparte que no tendría interés en hacerlo.

Nuestra posición se enfoca en defender la observancia y aplicación del periodo de enfriamiento en los Tratados de Inversión que estipulen tal acuerdo, pero que esta defensa no afecte los derechos de las partes que buscan una solución a sus problemas en el arbitraje, ya que muchas veces es este medio el más idóneo para la resolución de un conflicto.

El que una parte pretenda hacer caso omiso a lo dispuesto en un instrumento internacional como lo es un tratado es merecedor de una sanción. En este caso, el desviar negociar una disputa durante un periodo de enfriamiento podría ser tratado como un atentado contra el derecho de acceso a la justicia de aquella contraparte que buscaba ser escuchada y exponer su posición con los medios probatorios suficientes para otorgar veracidad a sus afirmaciones⁴⁰.

Al ser un supuesto de daño, la parte infiel de esta disposición debe asumir las consecuencias del daño generado contra este derecho, procurando posicionar a la parte que si cumplió – o tenía intenciones de cumplir – con el periodo de enfriamiento en una situación en la que el daño no habría sido generado y dicha parte habría podido negociar.

En base a todo lo expresado, concluimos que la mejor manera de hacerle frente a la omisión del *cooling off* de la disputa es que aquella parte que incumplió asuma los costos del arbitraje en su totalidad o en su mayoría, dependiendo de las circunstancias del caso en concreto, sin la necesidad de dilatar el tiempo del arbitraje innecesariamente buscando forzosamente que las partes arreglen sus diferencias de manera amistosa cuando esto no sea posible.

VI. CONCLUSIONES

Un periodo de reflexión tiene la utilidad que las partes le pretenden brindar. Así en simple. La posibilidad de solucionar su controversia de una manera veloz y ahorrándose miles de dólares o euros se encuentra materializada en este periodo de tiempo que las partes pueden utilizar para dejar sus rencillas de lado y comportarse de acuerdos a estándares de buena fe y legalidad para negociar

⁴⁰ CIADI. Laudo del 31 de mayo de 1990. Caso CIADI Nº ARB/81/1 “*Anco Asia Corporation, Pan American Development Limited and P.T. Amco Indonesia v. Indonesia*”, pp. 174.

un acuerdo que sea de provecho para ambas. Este periodo no solo es una hoja de papel con palabras vacías.

Para nosotros, el enfriamiento de la disputa no es una obligación cuyo incumplimiento desemboca en la no jurisdicción de un tribunal arbitral o en la inadmisibilidad de la demanda, y mucho menos un simple tiempo donde las partes solo deban planear su estrategia legal para hacerle frente a un arbitraje que solo está en sus manos evitar.

Una negociación durante el periodo de enfriamiento es una obligación de medios que no puede ser violentado por las partes solo porque si, sino que debe brindarse una razón suficientemente válida para evitar dicho pacto.

Claro que hay situaciones donde, a pesar de los esfuerzos, las partes se mantienen firmes en su posición de no ceder los requerimientos de la contraparte – aunque estén equivocados- y, solamente en estos casos, dicho periodo puede ser obviado para dejar la decisión en manos de un tribunal arbitral.

La violación de una disposición internacional como lo es la cláusula de un Tratado de Inversión no puede estar exenta de consecuencias para las partes, pero, en ánimos de simplificar la disputa y defender el derecho al debido proceso y acceso a la justicia de las partes, consideramos que una sanción económica para la parte incumplidora puede resarcir cualquier daño que se cometa contra dicho derecho.

Los tribunales arbitrales cuentan con el poder para ordenar que la parte que ha omitido cumplir con este periodo asuma los costos y costas del arbitraje, todo como parte de mostrar que dicho paso previo, si bien inobservado no impide el acceso a la justicia, trae consecuencias.

Lamentamos no poder abordar otros temas afines a la naturaleza y aplicación del *cooling off*, como, por ejemplo, la aplicación de la cláusula de la Nación Más Favorecida o las obligaciones internacionales de los Estados para cumplir los tratados internacionales, que nos tomarían otras hojas adicionales; no obstante, consideramos que lo expuesto en este artículo resultará de gran utilidad para seguir comprendiendo esta interesante figura.

ENERGÍA Y RENOVACIÓN HOLDING, S.A. V. GUATEMALA: UNA REFLEXIÓN SOBRE LAS AFECTACIONES A LAS LEGÍTIMAS EXPECTATIVAS DE LOS INVERSORES PROVOCADA POR LA FALTA DE REGULACIÓN RESPECTO DE LA CONSULTA POPULAR DEL CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

José Arturo Choriego Ayala¹

Resumen - El artículo examina la falta de regulación del procedimiento de consulta previa como un elemento fundamental en materia de inversiones en Guatemala, tomando como punto de partida el arbitraje de inversión promovido por Energía y Renovación Holding, S.A. en su contra. La falta de regulación respecto a dicho procedimiento afecta la certeza de los inversores y sus legítimas expectativas, lo que puede perjudicar las futuras inversiones en el país.

Abstract - *The article examines the lack of regulation of the prior consultation procedure as a fundamental element in investment matters in Guatemala, taking as a starting point the investment arbitration promoted by Energía y Renovación Holding, S.A. against it. The lack of regulation with respect to this procedure affects the certainty of investors and their legitimate expectations, which may harm future investments in the country.*

I. INTRODUCCIÓN.....	122
II. ANTECEDENTES.....	122
<i>A. De los hechos relacionados al proyecto hidroeléctrico Pojom II.....</i>	<i>122</i>
<i>B. De los eventos y hechos violentos en las aldeas de Pojom e Ixquisis.....</i>	<i>123</i>
<i>C. De las acciones constitucionales relacionadas al proyecto hidroeléctrico.....</i>	<i>124</i>
<i>D. Del arbitraje de inversión promovido por Energía y Renovación.....</i>	<i>124</i>
III. SOBRE EL DERECHO DE CONSULTA.....	124
<i>A. Fundamento legal y concepto.....</i>	<i>124</i>
a. Elementos.....	125
1. La consulta debe realizarse con carácter previo.....	126
2. La consulta no se agota con la mera información.....	126
3. La consulta debe ser de buena fe dentro de un proceso que genere confianza entre las	

¹ Estudiante de sexto año de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad Rafael Landívar de Guatemala, con especial interés en el arbitraje internacional y la resolución de controversias. Ha participado en competencias internacionales, como la Competencia de Arbitraje Internacional de Inversión (CAII) 2024, donde obtuvo el premio al Mejor Orador de la Competencia, y la Contienda de Arbitraje CIACBLP-UDEP, alcanzando estar entre los 8 mejores equipos. Tiene experiencia como asistente legal en Litigios y Resolución de Controversias, donde ha trabajado en áreas del derecho civil, mercantil, constitucional, administrativo y minería. Actualmente es asistente legal en el área de derecho bancario y financiero.

partes.....	126
4. La consulta debe ser adecuada y a través de las instituciones representativas indígenas.....	126
5. La consulta debe ser sistemática y transparente.....	126
6. El alcance de la consulta busca el entendimiento mutuo y el consenso en la toma de las decisiones.....	127
b. Estándar Interamericano.....	127
c. La susceptibilidad de afectación como un elemento fundamental en el derecho de consulta.....	129
B. El derecho de consulta en Guatemala.....	130
a. Ausencia de regulación.....	130
b. Del procedimiento de consulta respecto a proyectos hidroeléctricos determinado por la Corte de Constitucionalidad.....	131
1. La consulta debe ser previa.....	132
2. La consulta debe ser informada.....	132
3. La consulta de buena fe.....	133
IV. DE LAS LEGÍTIMAS EXPECTATIVAS DE LOS INVERSORES EN MATERIA HIDROELÉCTRICA EN GUATEMALA.....	134
A. Concepto de legítimas expectativas.....	134
B. De las violaciones a las legítimas expectativas de los inversores en materia hidroeléctrica en Guatemala.....	135
V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES: SOBRE LA NECESIDAD LATENTE DE REGULAR EL PROCESO DE CONSULTA EN GUATEMALA.....	137

I. INTRODUCCIÓN

Las legítimas expectativas de los inversores son un concepto amplio debido a su vínculo intrínseco con las inversiones y la protección de la cual estas están revestidas. Los Estados, al suscribir los tratados de inversión, adquieren la obligación de velar por el cumplimiento de las expectativas que sus acciones generan a los inversores extranjeros.

II. ANTECEDENTES

A. De los hechos relacionados al proyecto hidroeléctrico Pojom II

La entidad panameña Energía y Renovación Holding, S.A. (“Energía y Renovación”), a través de sus subsidiarias las Generadora San Mateo, Sociedad Anónima (“San Mateo”) y Generadora San Andrés, Sociedad Anónima (“San Andrés”), inició, en 2010 el desarrollo del proyecto hidroeléctrico Pojom II en el departamento de Huehuetenango ante el Ministerio de Energía y Minas (“MEM”) y el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales (“MARN”). En el mismo año, el Consejo de Desarrollo Comunitario de Desarrollo Urbano y Rural de la aldea Ixquis y la asociación Colectivo Ecologista Madre Selva, presentaron oposición al proyecto, alegando la

supuesta falta de consulta previa e informada a la población afectada, la cual fue rechazada por el MARN. El 4 de mayo de 2011, el estudio de impacto ambiental presentado por San Mateo ante el MARN fue aprobado por la Dirección General de Gestión Ambiental y Recursos Naturales, por medio de la resolución 848-2011/DIGARN/ECM/hapc.

Consecuentemente, San Mateo solicitó a la Dirección General de Energía del MEM la autorización definitiva para la utilización de bienes de dominio público durante 50 años para el desarrollo del proyecto hidroeléctrico. Por medio del Acuerdo Ministerial 252-2011 de fecha 3 de diciembre de 2011, el MEM otorgó la autorización definitiva sobre la concesión para la utilización de bienes de dominio público.

B. De los eventos y hechos violentos en las aldeas de Pojom e Ixquisis

El descontento por el otorgamiento de la autorización para la concesión otorgada por el MEM por algunos miembros de las comunidades provocó que, el 5 de mayo de 2014 una turba de más de 400 personas se presentara al lugar donde se construía la central hidroeléctrica y destruyera las instalaciones y maquinaria del proyecto, iniciando una serie de actos violentos que impedirían el avance de este. Derivado de estos hechos, el 24 de julio de 2014, el MEM emitió la resolución 2465-2014, por medio de la cual declaró la procedencia de las causas de Fuerza Mayor invocadas por San Mateo en virtud de los eventos ocurridos en Pojom II.

No obstante, el 18 de noviembre del mismo año, volvieron a suceder hechos violentos en contra del proyecto, que provocaron la muerte de 2 personas, además de múltiples heridos, lo que aumentó el temor y la incertidumbre de los comunitarios del área. Debido a los múltiples obstáculos que enfrentaba el proyecto, el MEM emitió el acuerdo Ministerial 113-2016, que modificaba el plazo para completar la construcción de Pojom II. Los actos de violencia continuaron, ya que en 2016 una organización denominada Fuerzas Armadas Campesinas (“FAC”), amenazó con tomar medidas en contra del proyecto y sus trabajadores, además de difundir un video llamando a luchas contra las empresas subsidiarias de Energía y Renovación. El 24 de marzo de ese mismo año fue colgada en el parque central de San Mateo Ixtatán una manta con amenazas a los trabajadores del proyecto, la cual se identificaba con el logotipo de FAC.

El 4 de abril de 2016 las comunidades indígenas de la región solicitaron apoyo a las autoridades municipales para frenar los actos de violencia, la cual no fue respondida. Días después fue publicado un video en el cual se ven personas utilizando máscaras y portando armas de fuego, quienes, en nombre de FAC dirigieron amenazas contra los trabajadores de San Mateo y San Andrés. Finalmente, el 17 de enero de 2017, un grupo de aproximadamente 200 personas se manifestaron en contra del proyecto hidroeléctrico, dirigiéndose al área de balsa de este para incendiar maquinaria y disparar contra las instalaciones de Pojom II, lo que provocó la reiteración de la solicitud de apoyo por parte de los pobladores a las autoridades estatales. El proyecto se encontró ante una imposibilidad material de continuar con su desarrollo debido a la creciente ola de violencia a la que enfrentaban sus trabajadores y comunitarios.

C. De las acciones constitucionales relacionadas al proyecto hidroeléctrico

El descontento de las comunidades indígenas involucradas en estos hechos derivó en el planteamiento de un amparo en contra de la emisión de la licencia ambiental identificada como 3850-2015/DIGARN, categoría A, del Proyecto denominado “Hidroeléctrica Pojom II”, por parte del Director General de Gestión Ambiental y Recursos Naturales del MARN, argumentando supuestas violaciones a sus derechos, entre los cuales enuncian el derecho a una consulta libre, previa e informada a los pueblos indígenas, así como la contravención a la preeminencia de los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos.

Dicha acción fue tramitada ante la Sala Primera del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que denegó la protección constitucional solicitada por considerar que no se configuraban las violaciones alegadas.

Asimismo, San Mateo y San Andrés interpusieron acción de amparo en contra del Presidente de la República de Guatemala, el Ministro de Gobernación y el Director General de la Policía Nacional Civil por la actitud pasiva e indiferente en cuanto a los hechos violentos ocurridos en las aldeas de Pojom e Ixquisis del municipio de San Mateo Ixtatán, Huehuetenango, en busca de salvaguardar sus derechos, los de sus trabajadores y los de los comunitarios ante la incertidumbre y falta de orden público en la zona.

El amparo fue presentado ante la Corte de Constitucionalidad (“CC”) el 17 de septiembre de 2019, y dicha corte denegó la protección solicitada, exhortando, sin embargo, a las autoridades de Guatemala a que en el ámbito de sus atribuciones de ley, promovieran una rápida resolución a la conflictividad social acaecida en San Mateo Ixtatán, departamento de Huehuetenango. Este exhorto no fue atendido por las autoridades, ya que la conflictividad social continuó e impidió el correcto desarrollo del proyecto hidroeléctrico.

D. Del arbitraje de inversión promovido por Energía y Renovación

En noviembre de 2022, y derivado de la inactividad e indiferencia del Estado de Guatemala ante los múltiples hechos respecto del proyecto hidroeléctrico, Energía y Renovación promovió un arbitraje de inversión ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones invocando el Tratado de Libre Comercio Panamá – América Central de 2002. El tribunal arbitral está conformado por los profesores Diego P. Fernández Arroyo, Guido Santiago Tawil y Raúl E. Vinuesa. Dicho proceso aún se encuentra en trámite.

III. SOBRE EL DERECHO DE CONSULTA

A. Fundamento legal y concepto

El artículo 6.1 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales (“Convenio 169 OIT”), en su inciso a), establece que al momento de que los gobiernos apliquen las disposiciones contenidas en dicho instrumento, deberán:

- a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.²

Dicha disposición impone una obligación clara a los estados, la de acudir mediante un procedimiento a los pueblos en caso exista susceptibilidad de afectación, lo que constituye en un elemento de vital importancia en alcanzar el propósito fundamental del Convenio 169 OIT, que es, en palabras de López Vyhmeister y de Mohr Aros, el “*reconocimiento de la diversidad cultural*”³. Y es que el derecho de consulta guarda una estrecha relación con los demás derechos que amparan a los pueblos indígenas y tribales, tales como el consentimiento en aquellos casos en de traslado o reubicación, las medidas tanto de reparación como aquellas que combaten la discriminación, la protección de la niñez indígena ante la explotación, el derecho a la reparación, su consentimiento en cuanto a la utilización de las tierras indígenas, la utilización de tierras para actividades militares, y, respecto a su consentimiento libre, previo e informado así como a los proyectos que puedan afectar las tierras y territorios, entre otros⁴.

El derecho de consulta es más que una facultad de hacer o exigir algo establecido a favor de los pueblos tribales indígenas, sino que es un mecanismo de defensa de los derechos consagrados no solo en el Convenio 169 OIT sino en los demás instrumentos en materia de derechos humanos que les amparan. Este representa la vía por medio de la cual se defiende la democracia y la pluralidad como un elemento fundamental de la unidad de una nación. Y es que no basta con reconocer la existencia de la diversidad, sino que se debe dar a los pueblos las herramientas necesarias para hacer valer sus derechos cuando existe un riesgo de afectación a los mismos. James Anaya hace hincapié en la obligación estatal de celebrar consultas como un mecanismo de reconocimiento a la diversidad cultural en el Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, al establecer que:

El deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas, así como los diversos componentes normativos de dicho deber, se basan en el reconocimiento generalizado, como se manifiesta en la Declaración, de las características distintivas de los pueblos indígenas y de la necesidad de medidas especiales que permitan corregir sus condiciones desfavorecidas⁵.

a. Elementos

De acuerdo con el Diagnóstico sobre la situación de los Pueblos Indígenas en América Central, elaborado por la Oficina Regional del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (“Diagnóstico ACNUDH América Central”), existen 6 elementos que permiten

² Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales, Art. 6.

³ LÓPEZ VYHMEISTER, Rodrigo – MOHR AROS, Tomás, “Susceptibilidad de afectación directa en la consulta previa del Convenio 169. Análisis de Normas Previstas y de su trato en la Jurisprudencia. ¿Una cuestión de derecho?”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXVII, No 1, 2014, pp. 105-126.

⁴ THOMPSON, José, “El derecho a la consulta previa, libre e informada: una mirada crítica desde los pueblos indígenas”, *Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, 2016.

⁵ ANAYA, James, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas James Anaya, A/HRC,12/34, 2009.

estandarizar el derecho de consulta para facilitar la vela del cumplimiento de las obligaciones estatales frente a dicha responsabilidad⁶.

1. La consulta debe realizarse con carácter previo

Esto permite que los pueblos tengan conocimiento de las medidas a tomarse con anterioridad a la ejecución de estas, facilitando, por tanto su participación en la toma de las decisiones y permitiendo que la consulta cumpla con su principal objetivo desde las primeras fases.

2. La consulta no se agota con la mera información

Atendiendo al propósito tanto del derecho de consulta, como del mismo Convenio 169 OIT, no basta con trasladar la información respecto de las medidas a los pueblos susceptibles de afectación, sino que es menester fomentar el diálogo entre las partes involucradas, así como la participación de las comunidades.

3. La consulta debe ser de buena fe dentro de un proceso que genere confianza entre las partes

La consulta celebrada no debe ser visto ni utilizado como un prerequisite formal previo únicamente, sino que se debe buscar atender a las necesidades de cada comunidad, velando por sus derechos y garantizando el reconocimiento de sus condiciones, respetando y reconociendo la diversidad. Tal y como estableció el comité a cargo de examinar la reclamación presentada por el Sindicato de Ingenieros del Distrito Federal respecto al incumplimiento del Estado de Brasil de las obligaciones contenidas en el Convenio 169 OIT, la consulta popular debe ser un “*verdadero instrumento de participación*”⁷.

4. La consulta debe ser adecuada y a través de las instituciones representativas indígenas

El objetivo del Convenio 169 OIT es velar por la defensa y promoción de la diversidad, y, conforme a esto, se debe dar participación a los pueblos a través de sus representantes y autoridades, ya que son ellos quienes pueden realmente defender los intereses de la comunidad, permitiendo que el diálogo al que se sometan las decisiones sea objetivo y atienda a todas las necesidades comunitarias.

5. La consulta debe ser sistemática y transparente

Para garantizar la cooperación de todos los involucrados, así como la participación efectiva en el procedimiento de consulta, esta debe regirse a un protocolo preestablecido, el cual delimite las condiciones en las cuales se desarrollará el ejercicio del derecho, así como garantice la transparencia total de las partes, protegiendo así el Estado de Derecho.

⁶ Instancia Consultiva Regional de Pueblos Indígenas de la Oficina Regional para América Central del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas de América Central*, 2009.

⁷ Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Brasil del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (Num. 169), Informe presentado en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Ingenieros del Distrito Federal (SENGE/DF), 2009.

6. *El alcance de la consulta busca el entendimiento mutuo y el consenso en la toma de las decisiones*

El Diagnóstico ACNUDH América Central establece que “los procesos de consulta y consentimiento no dan lugar a que los mismos pueblos indígenas impongan su voluntad sobre el resto de la sociedad cuando estos otros tengan intereses legítimos e importantes en juego”⁸. Es decir, la consulta no busca beneficiar a los pueblos tribales e indígenas ni limitar el desarrollo de proyectos o la toma de decisiones, sino que promueve el diálogo para que las mismas beneficien a la sociedad y no únicamente a un grupo limitado de individuos.

b. Estándar Interamericano

Tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“CoIDH”), como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (“CIDH”) se han pronunciado en varias ocasiones respecto del derecho de consulta que ampara a los pueblos indígenas, así como las condiciones y características que le revisten.

En la sentencia del Caso del Pueblo *Saramaka vs. Surinam* (“Saramaka v. Surinam”), la CoIDH estableció que:

Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. (...) Asimismo, la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones. La Corte considera que la diferencia entre “consulta” y “consentimiento” en este contexto requiere de mayor análisis⁹.

Dicho criterio fue reiterado en el caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador (“Pueblo Kichwa v. Ecuador”), donde, además indicó que es evidente la obligación estatal de llevar a cabo procesos de consulta diferenciados ante la futura afectación de los intereses de los pueblos, desde el respeto del sistema particular de cada comunidad, “para que pueda entenderse como un relacionamiento adecuado y efectivo con otras autoridades estatales, actores sociales o políticos y terceros interesados”¹⁰. Asimismo, delimitó los parámetros a considerar al momento de analizar el cumplimiento estatal de la garantía al derecho de consulta, siendo los siguientes: 1) el carácter

⁸ Instancia Consultiva Regional de Pueblos Indígenas de la Oficina Regional para América Central del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas de América Central*, 2009.

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28/11/2007, Serie C No. 172

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos “Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador”, Fondo y reparaciones, Sentencia de 27/06/2012, Serie C No. 245.

previo de la consulta; 2) la buena fe y la finalidad de llegar a un acuerdo; 3) la consulta adecuada y accesible; 4) el estudio de impacto ambiental, y 5) la consulta informada¹¹.

La CoIDH también ha establecido la importancia de contar un procedimiento preestablecido, que permita el avance gradual y por fases ordenadas de la consulta. Dentro del caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras (“Punta de Piedra v. Honduras”), indicó que:

Sobre la consulta previa, este Tribunal ha señalado que el Estado debe garantizar la misma, mediante la participación en todas las fases de planeación y desarrollo de un proyecto que pueda afectar el territorio sobre el cual se asienta una comunidad indígena o tribal, u otros derechos esenciales para su supervivencia como pueblo. En este sentido, estos procesos de diálogo y búsqueda de acuerdos deben realizarse desde las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta, a fin de que los pueblos indígenas o tribales puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones, de conformidad con los estándares internacionales pertinentes¹².

El tratamiento de la corrupción juega un papel fundamental en el procedimiento de consulta, ya que, si se detectara alguna irregularidad corrupta en el proceso, este carecería de legitimidad e incumpliría con los elementos necesarios para su validez. Así lo estableció la CoIDH en Pueblo Kichwa v. Ecuador, al indicar que:

[...] la misma consulta de buena fe es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales¹³.

En dicha sentencia, la CoIDH condena enérgicamente la actitud estatal de delegar a terceros la responsabilidad de dirigir y supervisar el proceso de consulta, así como la ruptura entre las reuniones y acciones practicadas con los comunitarios y el verdadero propósito de este. Asimismo, indicó que una consulta que se desenvuelve en estas condiciones no es “*un diálogo genuino como parte de un proceso de participación con miras a alcanzar un acuerdo*”¹⁴.

El estándar interamericano resulta fundamental en cualquier procedimiento de consulta que se celebre en los países miembros del sistema regional, ya que permite que los Estados garanticen no solo la participación de los pueblos, sino una comunicación efectiva y de buena fe, orientada a informar. Delimita, además, la óptica bajo la cual se debe observar y supervisar el procedimiento,

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos “Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador”, Fondo y reparaciones, Sentencia de 27/06/2012, Serie C No. 245.

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 08/10/2015, Serie C No. 304.

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos “Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador”, Fondo y reparaciones, Sentencia de 27/06/2012, Serie C No. 245.

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos “Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador”, Fondo y reparaciones, Sentencia de 27/06/2012, Serie C No. 245.

haciendo hincapié en la transparencia que debe prevalecer y en la accesibilidad de este a todos los comunitarios. Esto lo vuelve un estándar sumamente protector de los derechos de las comunidades, que impone a los Estados la responsabilidad de velar por este derecho, y no a terceros interesados en el desarrollo de los proyectos que pueden provocar afectaciones a los pueblos indígenas y tribales.

c. La susceptibilidad de afectación como un elemento fundamental en el derecho de consulta

El artículo 6.1 del Convenio 169 OIT contempla la susceptibilidad de afectación no solo como un elemento del derecho de consulta, sino también como un límite a este, ya que refiere a los pueblos al ejercicio de este cuando haya “*medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente*”¹⁵. Es decir, el ejercicio del derecho de consulta está estrechamente vinculado a la posibilidad latente de que haya un impacto negativo en las comunidades.

Cuando nos referimos a megaproyectos, como lo son las hidroeléctricas, estos conllevan implicaciones positivas y, en algunos casos, negativas para los pueblos indígenas y tribales de la región donde se ejecutará el mismo, se debe consultar previa e informadamente a estos, si y solo si existe un riesgo de afectación directa, ya que, de lo contrario, se estaría interpretando erróneamente el artículo 6.1 del Convenio 169 OIT, desvirtuando el ejercicio de dicho derecho.

Es de vital importancia que los Estados hagan la diferenciación consciente entre consulta y consentimiento, ya que estos, según los matices sociales y políticos de cada comunidad y cada proyecto, pueden derivar en impedimentos innecesarios a la ejecución de los proyectos.

Ahora bien, es de vital importancia establecer cuál es el parámetro bajo el cual se debe medir la susceptibilidad de afectación de los pueblos, ya que, de lo contrario, se está ante una situación de incertidumbre respecto a cuándo se debe o no llevar a cabo un procedimiento de consulta. La existencia de una referencia respecto a la susceptibilidad permite que los Estados y demás actores involucrados identifiquen de mejor manera los riesgos y/o beneficios que un proyecto conlleva, dándoles herramientas para el cumplimiento de sus obligaciones. James Anaya se refiere al respecto dentro del Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, al establecer que:

Sería irrealista decir que el deber de los Estados de celebrar consultas directamente con los pueblos indígenas mediante procedimientos especiales y diferenciados se aplica literalmente, en el sentido más amplio, siempre que una decisión del Estado pueda afectarlos, ya que prácticamente toda decisión legislativa y administrativa que adopte un Estado puede afectar de una u otra manera a los pueblos indígenas del Estado, al igual que al resto de la población¹⁶.

Resulta, por tanto, de vital importancia hacer la diferenciación entre una afectación “común”, a la cual es susceptible el resto de la población, de una afectación directa a los derechos de los pueblos

¹⁵ Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales, Art. 6.

¹⁶ ANAYA, James, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas James Anaya, A/HRC,12/34, 2009.

indígenas y tribales, quienes pueden ejercer su derecho de consulta cuando el deterioro o menoscabo a sus derechos deriva de su diversidad. Por afectación común, se entenderá a todo aquel impacto en los habitantes de un país, sin importar su condición. En cambio, la afectación directa supone una influencia, usualmente negativa, de la que son únicamente susceptibles grupos específicos dentro de la comunidad.

Esto presupone un límite notable al procedimiento de consulta ya que, de no existir una verdadera susceptibilidad de afectación, el procedimiento de consulta resulta innecesario. López Vyhmeister y Mohr Aros lo explican estableciendo que se debe atender a la capacidad de ser afectado, siendo ello consecuente con:

i) la especial protección que se pretende dar a los pueblos indígenas y a la diversidad cultural; ii) el plano de cierta postergación que han sufrido los pueblos indígenas, cuestión que dificultaría que acrediten en sede judicial o administrativa cómo les afecta una determinada medida; iii) que no siempre los pueblos indígenas conocerán con certeza todos los alcances y efectos de una medida que pueda afectarles, de modo que justamente se hace necesario realizar la consulta previa y desplegar los esfuerzos para la acabada comprensión del punto, tanto desde la perspectiva del Estado como de los propios pueblos indígenas; y iv) el texto del Convenio 169 y lo sostenido por el Relator en cuanto a que se trate de medidas que puedan afectar a los pueblos indígenas¹⁷.

Se puede concluir, por tanto, que el procedimiento de consulta es una herramienta que permite a los Estados proteger la diversidad y los derechos de los pueblos indígenas y tribales desde mecanismos que permitan fomentar el diálogo informado y de buena fe, a fin de preservar el entendimiento mutuo por medio de un sistema transparente y libre de corrupción. El ejercicio del derecho contenido en el Convenio 169 OIT está sujeto al carácter previo de la consulta, así como al entendimiento mutuo por medio de una consulta informada, adecuada y de fácil acceso para las comunidades, limitándose a una interpretación concreta respecto de la susceptibilidad de afectación, que obedece a la posibilidad concreta y tangible de un menoscabo a los derechos comunitarios.

B. El derecho de consulta en Guatemala

a. Ausencia de regulación

El artículo 66 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece que:

Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos¹⁸.

¹⁷ LÓPEZ VYHMEISTER, Rodrigo – MOHR AROS, Tomás, “Susceptibilidad de afectación directa en la consulta previa del Convenio 169. Análisis de Normas Previstas y de su trato en la Jurisprudencia. ¿Una cuestión de derecho?”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXVII, No 1, 2014, pp. 105-126.

¹⁸ Constitución Política de la República de Guatemala, Art 66.

El reconocimiento expreso de la diversidad, contenido en la Carta Magna, representa un compromiso del Estado al respeto y vela de los derechos de todos los grupos étnicos. Este, fue revalidado por Guatemala el 5 de junio de 1996, cuando ratificó el Convenio 169 OIT. Con la ratificación de dicho instrumento, y, para garantizar el cumplimiento de su contenido y de lo establecido en la Constitución Política de la República, el Estado adquirió obligaciones respecto a las comunidades, entre estas, la de regular el procedimiento de consulta según lo ordenado en el artículo 6.1 del Convenio 169 OIT.

Sin embargo, en Guatemala aún no existe un decreto o ley que regule el procedimiento de consulta a realizarse al momento de la toma de decisiones que pueden afectar a las comunidades indígenas del país. El desarrollo de megaproyectos en el interior del país requiere, en la mayoría de las ocasiones, acudir al procedimiento de consulta debido a que Guatemala es un país multiétnico y pluricultural, por lo que muchos de estos proyectos son susceptibles de causar afectaciones a los pueblos indígenas de la región donde se pretende expandir el proyecto. Esto consolida la necesidad de normar el procedimiento que se debe seguir, para garantizar el respeto a los derechos de todos, e incentivar el crecimiento económico del país.

b. Del procedimiento de consulta respecto a proyectos hidroeléctricos determinado por la Corte de Constitucionalidad

El 11 de diciembre de 2015, se interpuso ante la Corte Suprema de Justicia, una acción de amparo en contra de las resoluciones emitidas por el Ministro de Energía y Minas por medio de las cuales otorgó autorización para la concesión de bienes de dominio público sobre los ríos Oxec y Cahabón, que permitirían la implementación de los proyectos hidroeléctricos Oxec y Oxec II, sin consultar a la comunidad indígena q'eqchi por la alegada violación a los derechos a la vida, a la salud, al medio ambiente y equilibrio ecológico, al agua y de consulta de los pueblos indígenas, así como al principio jurídico de legalidad.

La Corte Suprema de Justicia otorgó la protección constitucional solicitada, al considerar que existían agravios según lo alegado por las partes. Consecuentemente, suspendió el otorgamiento de las licencias de los proyectos hidroeléctricos Oxec y Oxec II, restituyó a las comunidades la situación jurídica previa a dicho otorgamiento y ordenó al ministro resolver conforme a derecho, respetando los derechos y garantías de las comunidades. Dicha sentencia fue apelada por el Ministerio de Energía y Minas y las entidades titulares de las licencias, las entidades Oxec, Sociedad Anónima, y Oxec II, Sociedad Anónima, respectivamente.

Al momento de resolver dicha apelación, la CC definió los parámetros a considerar al momento de llevar a cabo el procedimiento de consulta, en concreto, desde la óptica de un proyecto hidroeléctrico susceptible de afectar a comunidades indígenas. Dicha sentencia (“sentencia Oxec”) ha servido como guía y como punto de partida para regular el procedimiento de consulta en Guatemala. Es importante, además, resaltar que en dicha sentencia, la CC ordena a los Diputados del Congreso de la República de Guatemala a que, en el plazo de un año a partir de la notificación de la sentencia, tomen las acciones necesarias para garantizar la aprobación y entrada en vigor de la normativa legal que regule el derecho de consulta, lo cual no ha sido cumplido aún.

En el fallo ya mencionado, la CC reconoce que existe el soporte normativo a la obligación estatal de Guatemala de consultar a los pueblos indígenas acerca de medidas que puedan provocarles afectaciones, Menciona el Convenio 169 OIT, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, instrumentos ratificados por Guatemala, forman parte del bloque de constitucionalidad guatemalteco y, por tanto, representan el sustento que permite la garantía de los derechos humanos en Guatemala. Además, recalca la importancia del reconocimiento de la consulta previa, indicando que *“demanda del Estado de Guatemala en general, la realización de cualesquiera modificaciones estructurales que sean necesarias, en sus instituciones y legislación interna, para darle eficaz cabida en el contexto nacional”*¹⁹. También delimita las circunstancias de procedencia de la consulta a los pueblos, al establecer que:

Es necesario que concurren dos componentes: por un lado, el encuadramiento de determinadas acciones o decisiones del poder público como medidas administrativas o legislativas, y por otro, la circunstancia de que pueda razonablemente preverse que el proyecto, operación o actividad cuya autorización se pide originará afectación directa de poblaciones indígenas²⁰.

Esta sentencia resulta de vital importancia para Guatemala, ya que sirve como la modalidad por medio de la cual la CC se permite superar omisiones constitucionales a través de un fallo atípico, una macro sentencia. Partiendo de estas omisiones en cuanto al derecho de consulta, la CC, en un amplio pero correcto uso de sus facultades de ley establece las pautas para realizar toda consulta a los pueblos indígenas de Guatemala, lo que ha permitido, desde entonces, tener una guía establecida que garantice la transparencia y la vela de sus derechos. Dichas pautas, contienen acciones específicas que deberá tomar el Estado de Guatemala respecto a su procedimiento de consulta, siendo las siguientes:

1. La consulta debe ser previa

Y para el efecto, la CC parte del estándar interamericano establecido en *Saramaka v. Surinam*, para indicar que la consulta deberá llevarse a cabo durante la fase exploratoria o de planificación, con suficiente tiempo mediando entre la consulta y el comienzo de las actividades de ejecución del proyecto.

2. La consulta debe ser informada

Para dar estricto cumplimiento a dicho criterio, el Estado de Guatemala deberá, según lo establecido por la CC:

adoptar todas las medidas necesarias, incluidos estudios científicos independientes para que las comunidades y sus miembros estén plenamente informadas de todos los impactos y beneficios que en sus vidas, cultura, espiritualidad, medio

¹⁹ Corte de Constitucionalidad (Guatemala), Expedientes Acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017, 26/05/2017.

²⁰ Corte de Constitucionalidad (Guatemala), Expedientes Acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017, 26/05/2017.

ambiente y su desarrollo puedan afectar la puesta en marcha de las hidroeléctricas de mérito; y, solo cuando este requisito esté satisfecho a plenitud las comunidades indígenas consultadas podrán dar su respuesta al Estado²¹.

3. *La consulta de buena fe*

Atendiendo a lo establecido por la CoIDH y por el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, la CC estableció, como mínimo, que cumpla con todos los estándares y criterios en materia de consulta, que establezca un clima de confianza mutua, sea transparente y se asegure que los pueblos indígenas den su consentimiento libre e informado. Asimismo, resalta la importancia de evitar presiones o engaño, así como indicar que se debe prevenir la desintegración de la cohesión social y la prohibición de negociaciones secretas con líderes individuales²². Para garantizar esto, establece las siguientes pautas²³:

1. El MARN deberá trasladar el expediente administrativo correspondiente al Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental (“EIA”) al MEM, incluyendo un informe sobre las afectaciones ambientales.
2. El MEM deberá convocar a todos los actores relevantes tanto en español como en la lengua propia de la comunidad, utilizando medios de comunicación diversos.
3. Deberá incluir en dicha convocatoria a:
 - a. Al Concejo Municipal.
 - b. A las comunidades mayas en la zona de influencia a través del Consejo Departamental de Desarrollo Urbano y Rural.
 - c. Al Ministerio de Cultura y Deportes y al Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales.
 - d. A la junta directiva de la comunidad lingüística, a través de la Academia de las Lenguas Mayas de Guatemala.
 - e. A los Consejos Comunitarios de Desarrollo.
 - f. A quienes están a cargo del desarrollo del proyecto.
4. También deberá incluir en el procedimiento a:
 - a. Un representante del Procurador de los Derechos Humanos y un suplente.
 - b. Representantes de las universidades locales y sus suplentes.
5. Un periodo de preconsulta, en el cual se acreditarán a los representantes de todos los involucrados en el proceso, así como la fase preparatoria donde se presente la información del impacto del proyecto desde una óptica objetiva.
6. Se deberán establecer los procedimientos para llegar a un consenso, mediante medios de comunicación que sean accesibles para todas las partes. Dichos procedimientos deberán sujetarse a plazos que sean razonables.

²¹ Corte de Constitucionalidad (Guatemala), Expedientes Acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017, 26/05/2017.

²² Corte de Constitucionalidad (Guatemala), Expedientes Acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017, 26/05/2017.

²³ Corte de Constitucionalidad (Guatemala), Expedientes Acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017, 26/05/2017.

7. El proceso de consulta propiamente dicho deberá iniciar en el plazo determinado, y, de ser solicitado, el Procurador de los Derechos Humanos facilitará dicho procedimiento para llegar a un consenso.
8. Las autoridades, para garantizar el cumplimiento, deberán definir y autorizar los mecanismos que sean necesarios dentro de un plazo de 12 meses, para asegurar el diálogo intercultural.

La sentencia dictada por la CC dentro de los expedientes acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017, relativa a los proyectos hidroeléctricos Oxec y Oxec II, representa un punto de referencia crucial en el ejercicio del derecho de consulta de las comunidades indígenas de Guatemala, ya que no solo establece una guía para las autoridades y actores sobre cómo proceder, sino que remarca la importancia de llevar a cabo un procedimiento adecuado para que la consulta cumpla con su fin legítimo. Asimismo, ordena a las autoridades gubernamentales a tomar las acciones necesarias para la vela de los derechos de los pueblos indígenas en Guatemala.

IV. DE LAS LEGÍTIMAS EXPECTATIVAS DE LOS INVERSORES EN MATERIA HIDROELÉCTRICA EN GUATEMALA

A. *Concepto de legítimas expectativas*

Las legítimas expectativas son un concepto que, si bien ha sido ampliamente discutido por los tribunales arbitrales en materia de inversiones, y parece haber un consenso general sobre a que se refieren y lo que abarcan, varía mucho según el caso, el tratado aplicable, las acciones del Estado y otras circunstancias que tienen injerencia directa en lo que el inversor puede o no esperar. Las legítimas expectativas son consideradas como uno de los pilares del estándar de trato justo y equitativo, definiéndose como las proyecciones o anticipaciones del inversionista que se generan a partir de actos estatales consistentes, que los conducen a realizar y ejecutar la inversión a su territorio. Las legítimas expectativas nacen de la suposición, derivada del trato que le da el Estado a las inversiones, que estas gozarán de un trato consistente, apegado a ley, transparente y sobre todo, claramente definido. Schreuer y Kriebaum explican que:

La protección de las expectativas legítimas está ahora firmemente arraigada en la práctica arbitral. El propósito de proteger las expectativas legítimas es permitir que el inversor extranjero tome decisiones comerciales racionales basadas en las representaciones hechas por el Estado anfitrión. Las expectativas legítimas están estrechamente vinculadas a los requisitos de estabilidad y previsibilidad. Sin embargo, no toda expectativa sobre la cual se toma una decisión comercial está protegida por el derecho internacional de inversiones²⁴.

Las expectativas del inversor, sin embargo, deben ser legítimas y razonables para que este pueda solicitar la protección que proporcionan los tratados de inversión. Es por esto por lo que no toda expectativa forma parte del alcance del trato justo y equitativo de los tratados. En el caso *Duke Energy Electroquil Partners y Electroquil S.A. v. República de Ecuador* (“Duke v. Ecuador”), el

²⁴ SCHEUER, Christoph – KIEBAUM, Úrsula, “At what time must legitimate expectations exist”, *A liber amicorum: Thomas Wälde, CMP Publishing Ltd*, Londres, 2009, p. 265.

tribunal, reiterando los criterios sostenidos en *Southern Pacific Properties (Middle East) y Southern Pacific Properties Ltd. v. la República Árabe de Egipto* y en *LG&E c. la República Argentina*, estableció que:

Para evaluar esa razonabilidad o legitimidad, deben tenerse en cuenta todas las circunstancias incluyendo no sólo los hechos que rodean a la inversión, sino también las condiciones políticas, socioeconómicas, culturales e históricas imperantes en el Estado receptor. Además, esas expectativas deben surgir de las condiciones que el Estado haya ofrecido al inversionista y, este último, debe haberse basado en ellas al decidir la realización de la inversión²⁵.

Asimismo, es de vital importancia considerar el momento en que se generan las legítimas expectativas, ya que esto permite la determinación de las condiciones ofrecidas por el Estado al inversor. El tribunal del caso *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erőmű Kft v. The Republic of Hungary* determinó que solo se pueden dar al momento de iniciar la inversión, reiterando además lo establecido en el caso *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. Estados Unidos Mexicanos* (“Tecmed vs. México”), indicando que el principio de buena fe que opera el derecho internacional exige que se proporcione a los inversores un trato que no cause afectaciones en las proyecciones básicas consideradas por estos al momento de realizar la inversión²⁶.

Por tanto, pese a ser un concepto flexible y sujeto a las variantes específicas de cada caso, las legítimas expectativas se pueden definir como aquellas expectativas derivadas de los actos del Estado que ofrecen al inversor la idea de un retorno razonable, que lo conduce a materializar su inversión. Para determinar la razonabilidad de dichas proyecciones se debe atender al contexto y circunstancias propias del Estado y del caso, ya que las condiciones sociales, políticas y culturales juegan un papel fundamental en estas.

B. De las violaciones a las legítimas expectativas de los inversores en materia hidroeléctrica en Guatemala

Las legítimas expectativas en Guatemala, referentes a los proyectos hidroeléctricos que se desarrollan en nuestro país, se configuran desde el momento en que el Estado admite para su trámite la solicitud administrativa de la obtención de la autorización definitiva. La Ley General de Electricidad y su Reglamento establecen claramente cuáles son los pasos que deben seguir los titulares para llegar a alcanzar la autorización solicitada, es decir, existen legítimas expectativas ya que Guatemala, por medio de su legislación ofrece a los inversores la posibilidad de desarrollar un proyecto hidroeléctrico si se cumple con los procedimientos establecidos en la ley.

Obedeciendo a lo establecido por el tribunal arbitral de *Tecmed vs. México*, que estableció que el Estado no debe alterar las condiciones que condujeron al inversor a tener una expectativa de retorno

²⁵ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Caso No. ARB/04/19, *Duke Energy Electroquil Partners y Electroquil S.A. v. República de Ecuador*, Laudo, 18/08/2008.

²⁶ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Caso No. ARB/07/22, *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erőmű Kft v. The Republic of Hungary*, Laudo, 23/09/2009.

y, consecuentemente, a realizar la inversión²⁷. El tribunal enfatiza que el Estado deberá actuar de forma coherente y transparente, permitiéndole al inversor planificar el desarrollo de su proyecto con apego a *“no sólo las normas o reglamentaciones que regirán tales actividades, sino también las políticas perseguidas por tal normativa y las prácticas o directivas administrativas que les son relevantes”*.

Es fundamental para el correcto desarrollo de los proyectos hidroeléctricos en Guatemala, por tanto, que el Estado ponga a disposición del inversor no sólo los cuerpos normativos que van a regir la evolución de este, sino las prácticas y las directrices de los procedimientos que tienen injerencia en su despliegue. El procedimiento de consulta no solo tiene un impacto directo en el desarrollo de los proyectos, sino que, además, representa una de las aristas fundamentales para el éxito de estos. La CC ha establecido claramente el interés legítimo de los titulares de los proyectos sobre estos, sino que ha remarcado la participación y el rol que estos juegan en dicho procedimiento, el cual debe ser conducido y establecido por el Estado para garantizar su éxito y la vela de los derechos comunitarios.

La no regulación del procedimiento dentro de la normativa legal aplicable a estos proyectos constituye en una violación grave a las legítimas expectativas de los inversores, ya que representa una imposibilidad material de continuar con el desarrollo de los proyectos pese a cumplir con lo que solicita la ley guatemalteca. Además, supone una amenaza a la ejecución de las actividades diarias que se desarrollan en el sitio, siendo que expone a represalias por parte de las comunidades y demás agentes que pueden oponerse al crecimiento de estos. Esto último queda expresado en el Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, donde se estableció que:

El Relator Especial ha observado que, sin la adhesión de los pueblos indígenas, conseguida mediante consultas en las primeras etapas de adhesión de los pueblos indígenas, conseguida mediante consultas en las primeras etapas de la elaboración de las iniciativas gubernamentales, la eficacia de los programas gubernamentales, incluso los que se proponen beneficiar específicamente a los pueblos indígenas, puede verse menoscabada desde el comienzo. Al parecer la falta de una consulta apropiada lleva siempre menoscabada desde el comienzo. Al parecer la falta de una consulta apropiada lleva siempre a situaciones conflictivas en que los indígenas manifiestan su cólera y su desconfianza y que, en algunos casos, han degenerado en actos de violencia²⁸.

Los actos de violencia y la imposibilidad de desarrollar adecuadamente los proyectos representan obstáculos a los retornos esperados por los inversores al momento de realizar la inversión, expectativas que, son legítimas en virtud de generarse de las condiciones que el Estado de Guatemala ofrece al titular por medio de la Ley de Electricidad y su Reglamento, así como los hechos que rodean a la inversión y las condiciones que imperan en el Estado. Esto implica una

²⁷Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Caso No. ARB (AF)/00/2, Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, Laudo, 29/05/2003.

²⁸ ANAYA, James, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas James Anaya, A/HRC,12/34, 2009.

violación a las obligaciones adquiridas por medio de los múltiples tratados de inversión y constituye en una violación a las legítimas expectativas, lo que afecta el panorama de las inversiones en Guatemala.

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES: SOBRE LA NECESIDAD LATENTE DE REGULAR EL PROCESO DE CONSULTA EN GUATEMALA

El derecho de consulta es fundamental en la defensa de la democracia de un Estado y el reconocimiento a la diversidad en el mismo, por lo que su vela y protección debe ser una prioridad para Guatemala, atendiendo a que dicho derecho se encuentra protegido por el bloque de convencionalidad y por las obligaciones estatales en materia de derechos humanos según lo ha establecido la CC.

Las obligaciones adquiridas al ratificar el Convenio 169 OIT implican que el Estado de Guatemala debe realizar las modificaciones que sean necesarias tanto en su legislación como institucionalmente, para que se garantice un procedimiento de consulta previo, informado, consensuado y sobre todo, transparente. Esto no solo representa un cumplimiento en materia de derechos humanos, sino que además, promueve el crecimiento económico guatemalteco y fomentan la inversión, al convertirse en un Estado amigable con el desarrollo de megaproyectos.

Las acciones del Estado de Guatemala invitan a los inversores a iniciar el desarrollo de proyectos hidroeléctricos, presentando una fachada atractiva que puede representar una generación de legítimas expectativa al momento de iniciar los procedimientos regulados en ley para la obtención de autorizaciones, lo cual se ve gravemente obstaculizado por las consecuencias de no poder ejecutar un procedimiento de consulta acorde a los parámetros generalmente aceptados internacionalmente y a lo indicado por la CC. Es necesario que el MEM, en conjunto con el resto de las entidades que participan en el proceso, atiendan a lo ordenado por la CC en la sentencia Oxec para disponer de un instrumento legal completo, que atienda a las necesidades de todas las partes y permita la vela y protección de los pueblos indígenas y de los elementos que configuran su diversidad.

Normar el procedimiento de consulta en Guatemala es fundamental para no solo garantizar la participación y la promoción de la voz de las comunidades indígenas, sino que permite el desarrollo por medio de proyectos que fomentan el crecimiento del área donde estas residen. Además, promueve la transparencia y la justicia en relación con las decisiones que tienen impacto en la vida de las comunidades, permitiendo el crecimiento económico y una mejora en sus condiciones de vida por medio de inversiones que atiendan al bienestar del país. Establecer normas coherentes a los estándares internacionales y la jurisprudencia sentada por la CC, la cual ya es doctrina legal por haber más de 3 fallos contestes y consecutivos, permite la defensa de un Estado de Derecho, de la democracia y a la prevención de los conflictos sociales que resultan en impedimento para el desarrollo de proyectos que favorecen tanto a Guatemala como a las comunidades.

Finalmente, es necesario que se regule el procedimiento para cumplir con las obligaciones internacionales del país, tanto en materia de derechos humanos como en materia de inversiones. El

Convenio 169 OIT representa una serie de obligaciones para el Estado de Guatemala, que, además, representa un refuerzo a la seguridad jurídica del país, lo que permite atraer y mantener las inversiones, respetando las legítimas expectativas de los inversores y cumpliendo con las obligaciones adquiridas por medio de los tratados bilaterales de inversión. El respeto a las obligaciones contraídas y la correcta regulación en la materia permite un desarrollo prometedor para el país, y, por tanto, mejores condiciones de vida para sus habitantes y un futuro mejor.

ÚLTIMA OPORTUNIDAD PARA FORMULAR NUEVAS DEMANDAS EN ARBITRAJE INTERNACIONAL

Mario Bariona ¹

Resumen: En el concepto tradicional del procedimiento contradictorio ante la justicia estatal, la parte demandante tiene un límite muy preciso en cuanto al momento procesal en el cual puede presentar nuevas alegaciones o formular nuevas demandas. Igual tratamiento recibe la parte demandada, quien encuentra su última oportunidad en la contestación a la demanda.

En el arbitraje, el tratamiento de las nuevas alegaciones y demandas es radicalmente distinto, permitiéndose la presentación de tales solicitudes hasta etapas avanzadas del proceso, inclusive, en algunos casos, hasta la audiencia de conclusiones.

Prácticamente en todas las legislaciones y reglamentos de centros de arbitraje que analizaremos, la aceptación de nuevas alegaciones y demandas se hace depender de la buena pro de los árbitros, colocando de esta manera una inmensa responsabilidad en cabeza del tribunal arbitral.

El objetivo central de nuestro trabajo será un honesto y humilde intento de proporcionar al lector ciertos parámetros confiables a la hora de enfrentar una situación procesal como la que acabamos de analizar.

Trataremos de dar respuesta a las siguientes preguntas: ¿Si hay contradicción entre las partes y una de ellas no aceptare la propuesta de nuevas demandas, o, peor aún, si se tratare de un arbitraje con multiplicidad de partes, quien puede decidir si tales alegatos novedosos serán aceptados?

O más delicado aún: ¿Cómo tratar la materia probatoria relativa a las nuevas demandas?

La amplitud con que son redactadas las normas relativas al tema tratado en nuestro artículo obliga a un análisis detallado de los principios del arbitraje que será el principal norte para los árbitros en la toma de esta decisión, usualmente de gran dificultad.

***Abstract:** In the traditional concept of adversarial proceedings before the state courts, the plaintiff has a very precise limit as to the procedural moment in which can be filed new allegations or formulate new claims. The same treatment is given to the defendant, who finds his last opportunity in the answer to the claim.*

In arbitration, the treatment of new allegations and claims is radically different, allowing the presentation of such requests until advanced stages of the process, including, in some cases, until the hearing of conclusions.

In almost all of the arbitration laws and regulations of arbitration centers that we will analyze, the acceptance of new allegations and claims is made dependent on the good will of the arbitrators, thus placing an immense responsibility at the head of the arbitral tribunal. The center of our work

¹ Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello de Caracas, 1984. Ex presidente de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil. Vicepresidente de la Asociación Venezolana de Arbitraje. Profesor de postgrado de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello.

will be constituted by the attempt to provide the reader with certain reliable parameters when facing a procedural situation such as the one we have just analyzed.

We will try to answer the following questions: If there is a contradiction between the parties and one of them does not accept the proposal of new claims, or, even worse, if it is an arbitration with multiple parties, who can decide whether such novel allegations will be accepted?

Or even more delicate: How to deal with the evidentiary matter related to the new lawsuits? The breadth with which the rules relating to the subject matter dealt with in our article are drafted requires a detailed analysis of the principles of arbitration, which will be the only guide for arbitrators in making this decision, which is usually of great difficulty.

I. ANÁLISIS DEL PROCESO CIVIL ESTATAL: NUESTRO PUNTO DE PARTIDA.....	141
A. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Argentina).....	142
B. Código General del Proceso (Colombia).....	142
C. Código de Procedimiento Civil (Venezuela).....	143
II. DE ALGUNAS LEYES DE ARBITRAJE Y REGLAMENTOS.....	143
III. REGULACIÓN DE ESTE TEMA EN NORMAS DE RANGO LEGAL.....	145
A. Comencemos nuestro estudio por la Ley Modelo UNCITRAL.....	145
B. La Ley Argentina de Arbitraje Comercial Internacional.....	145
C. Ley Española del Arbitraje.....	146
D.- Ley General de Arbitraje del Perú.....	146
E. Ley de Arbitraje de Colombia.....	146
IV. DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ÁRBITROS.....	148
V. ANÁLISIS DE ALGUNOS REGLAMENTOS DE CENTROS ARBITRALES SOBRE ESTE TEMA.....	148
A. Reglamento de Arbitraje ICC 2021.....	148
B. Reglamento de Arbitraje CEMARC (CÁMARA ARGENTINA DE COMERCIO Y SERVICIOS).....	148
C. Reglamento AMCHAM Lima.....	149
D. Reglamento CIAM CIAR.....	149
E. Reglamento CEDCA.....	150
F. Reglamento CACC.....	150
VI. DE LA PRUEBA DE LAS ALEGACIONES POSTERIORES A LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA ARBITRAL.....	151
VII. DISTINTAS POSIBILIDADES DE NUEVAS ALEGACIONES.....	151
A. Nuevas demandas basadas en hechos nuevos.....	151
B. Nuevas demandas basadas en hechos ya alegados y probados.....	151
C. Nuevas demandas basadas en mero derecho.....	152
D. Nuevas pruebas sobre hechos ya alegados.....	152
VIII. ¿POSIBLES RECUSACIONES EN EL HORIZONTE?.....	152

IX. PROPUESTA DE PARÁMETROS A SER CONSIDERADOS POR EL TRIBUNAL ARBITRAL.....152

<i>A. Atención a lo pactado por las partes.....</i>	152
<i>B. Atención a los criterios establecidos en leyes y reglamentos.....</i>	153
<i>C. Atención a los principios del arbitraje.....</i>	153
a. Buena fe procesal.....	153
b. Audiencia.....	154
c. Contradicción.....	154
d. Equilibrio Procesal.....	154
e. Economía Procesal.....	154

X. CONCLUSIONES.....155

I. ANÁLISIS DEL PROCESO CIVIL ESTATAL: NUESTRO PUNTO DE PARTIDA

Cuando pensamos en un procedimiento contradictorio ante la justicia estatal, inevitablemente acudimos al concepto de la trabazón de la litis² donde el demandante ejerce la acción a través de la demanda e inicia de esta manera el recorrido procesal. Se dice que ocurre la trabazón o traba de la litis cuando el demandante ha agotado su posibilidad de reformar la demanda y el demandado ha dado contestación a la misma o a precluido la oportunidad para darla.

El demandado tiene entonces el derecho y la carga de contestar la demanda en lo que se considera la consagración del principio del contradictorio y equilibrio procesal.

Iguales principios se aplicarán, ahora en orden inverso, en el caso que el demandado proponga contrademanda o reconvencción la cual podrá ser contradicha por el demandante.

Ocurre en este momento procesal lo que se llama la traba de la litis³.

Según se regula de manera constante en diversas leyes de procedimiento, una vez trabada la litis, en el proceso civil estatal, no será posible traer nuevas demandas ni defensas. Es un momento preclusivo para las partes de estricta y rígida observancia.

Couture establece en su obra que la preclusividad consiste en que las diversas fases del proceso se desarrollan en forma sucesiva mediante la clausura definitiva de cada una de ellas, impidiéndose el regreso a etapas y momentos procesales ya extinguidos y consumados, donde la preclusión se define generalmente como la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal⁴.

En todos los casos lo que se persigue es la aplicación del contradictorio y del equilibrio procesal entre las partes.

² Diccionario Panhispánico del Español Jurídico. Traba de la Litis Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/traba-de-la-litis>

³ CARNELUTTI, Francisco. Sistema de Derecho Procesal Civil, Tomo I (Buenos Aires: UTEHA Argentina, 1943), 44-45.

⁴ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Depalama Tercera edición, Buenos Aires, 1981, pp. 194-196.

Se entenderá por principio del contradictorio la consagración de todos aquellos recursos procesales que permitan a las partes, dentro de los límites del orden y etapas del proceso, refutar los hechos y las pretensiones de la parte contraria.

No debe confundirse el principio del contradictorio con el equilibrio entre las partes. Aunque con ciertas similitudes, pretenden amparar bienes jurídicos fundamentales diferentes siendo, en el caso del equilibrio procesal, la protección de la igualdad de oportunidades en todos los momentos de ataque o defensa, sin preponderancia o ventajas de una parte en desmedro de la otra.

Como parte inicial y esencial del presente trabajo, analizaremos de seguidas la regulación en diversos países respecto a la oportunidad para reformar la demanda, es decir, la posibilidad de traer nuevas alegaciones o peticiones al proceso, refiriéndonos siempre a la disputa ventilada ante el poder judicial en contraposición al proceso arbitral.

A. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Argentina)⁵

Art. 331. - El actor podrá modificar la demanda antes de que ésta sea notificada. Podrá, asimismo, ampliar la cuantía de lo reclamado si antes de la sentencia vencieren nuevos plazos o cuotas de la misma obligación. Se considerarán comunes a la ampliación los trámites que la hayan precedido y se sustanciará únicamente con un traslado a la otra parte.

Si la ampliación, expresa o implícitamente, se fundare en hechos nuevos, se aplicarán las reglas establecidas en el artículo 365.

B. Código General del Proceso (Colombia)⁶

Artículo 93. Corrección, aclaración y reforma de la demanda.

El demandante podrá corregir, aclarar o reformar la demanda en cualquier momento, desde su presentación y hasta antes del señalamiento de la audiencia inicial.

La reforma de la demanda procede por una sola vez, conforme a las siguientes reglas:

1. Solamente se considerará que existe reforma de la demanda cuando haya alteración de las partes en el proceso, o de las pretensiones o de los hechos en que ellas se fundamenten, o se pidan o alleguen nuevas pruebas.
2. No podrá sustituirse la totalidad de las personas demandantes o demandadas ni todas las pretensiones formuladas en la demanda, pero sí prescindir de algunas o incluir nuevas.
3. Para reformar la demanda es necesario presentarla debidamente integrada en un solo escrito.
4. En caso de reforma posterior a la notificación del demandado, el auto que la admita se notificará por estado y en él se ordenará correr traslado al demandado o su apoderado por la mitad del término inicial, que correrá pasados tres (3) días desde la notificación. Si se incluyen nuevos demandados, a estos se les notificará personalmente y se les correrá traslado en la forma y por el término señalados para la demanda inicial.
5. Dentro del nuevo traslado el demandado podrá ejercitar las mismas facultades que durante el inicial.

⁵ Ley 17.454 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. (Argentina).

⁶ Ley 1564 de 2012 Código General del Proceso. (Colombia).

C. Código de Procedimiento Civil (Venezuela)⁷

Artículo 343: El demandante podrá reformar la demanda, por una sola vez, antes que el demandado haya dado la contestación a la demanda, pero en este caso se concederán al demandado otros veinte días para la contestación, sin necesidad de nueva citación.

Artículo 364: Terminada la contestación o precluido el plazo para realizarla, no podrá ya admitirse la alegación de nuevos hechos, ni la contestación a la demanda, ni la reconvencción, ni las citas de terceros a la causa.

Cerramos este capítulo concluyendo que en el proceso civil que generalmente conocemos, aplicable a nuestro sistema procesal, la demanda y la contestación no podrán ser reformadas una vez trabada la litis.

Analizaremos de seguidas lo que ocurre en relación con el procedimiento arbitral, nuevamente refiriéndonos a la mayoría de las regulaciones existentes al respecto, sin poder asegurar que nuestro análisis sea perfecto ni omnicomprendivo siendo que lo basamos en leyes y reglamentos comúnmente tratados por el autor, pero sin que tal proceso de investigación abarque la totalidad de los cuerpos normativos.

II. DE ALGUNAS LEYES DE ARBITRAJE Y REGLAMENTOS

Antes de comenzar el presente capítulo, queremos hacer algunas precisiones que, confiamos en ello, ayudarán al lector a seguir nuestra modesta explicación.

Estableceremos, en primer lugar, algunas distinciones entre alegatos, demandas o peticiones y prueba de las mismas.

Y la distinción toma sentido por cuanto un alegato, una petición o demanda y una prueba, cuando sean presentados en un momento atípico del proceso arbitral, tendrán un tratamiento diferente.

Nos referimos como atípico a cualquier momento posterior al acta de misión o acta de términos de referencia. No podemos llamarla presentación extemporánea por cuanto, lo veremos más adelante, está dentro del lapso posible, aunque no sea lo normal.

También deberá tomarse en consideración si la presentación tardía de un argumento, prueba o demanda se debe a estrategia procesal de una de las partes o al hecho que la parte efectivamente ignoraba, hasta ese momento, el alegato o prueba y por ende su derecho a formular ciertas peticiones.

Establecidas las precisiones anteriores, pasamos a reproducir los textos de las principales leyes y reglamentos donde es normada la presentación de nuevas demandas⁸ en el arbitraje.

⁷ Gaceta Oficial No 4.209 Extraordinario del 18 de septiembre de 1990. (Venezuela).

⁸ Por ello hicimos la distinción entre nuevos alegatos, nuevas demandas o peticiones y nuevas pruebas. Es importante precisar que nuestra modesta opinión está dirigida principalmente al tratamiento de nuevas demandas, postuladas en un arbitraje con posterioridad a la solicitud de arbitraje y a la contestación de la misma.

Nuevamente, nos atrevemos a detener la continuidad de la lectura para distinguir entre dos momentos concretos a los cuales hacen referencia leyes y reglamentos que serán analizados de seguidas.

El primero, quizás el más utilizado en las diversas normas relacionadas con el punto en estudio, es el acta de misión o acta de términos de referencia.

Como señalamos anteriormente, al comparar la jurisdicción ordinaria con el arbitraje, encontramos un elemento diferenciador en cuanto a la última oportunidad, dentro del proceso, para presentar nuevas demandas.

Cuando ciertas leyes y reglamentos se refieren a que esta última oportunidad está limitada por la suscripción por las partes del acta de misión o de términos de referencia, encontramos cierto alivio, puesto que aún dentro de la sorpresa de recibir el planteamiento de nuevas demandas aún después de la presentación de la solicitud de arbitraje y de la contestación a la misma, vemos esta posibilidad contenida por un momento procesal de gran precisión cual es el acta de misión o de términos de referencia.

Normalmente este momento procesal cierra el ciclo de alegaciones y respuestas y antecede la etapa probatoria, que, necesariamente deberá estar vinculada a los hechos invocados por cada parte como originadores de la contienda arbitral.

Es el principio de la pertinencia de la prueba que implica que la actividad probatoria deberá tener conexión con lo alegado y el derecho que se pretende aplicar, puesto que, de lo contrario podría ser calificada como una prueba impertinente, es decir que, aunque sea una prueba técnica y legalmente válida no será útil para probar elementos propios de la contienda y por ende, no influirá en la convicción de los árbitros para la adjudicación del derecho contendido.

De manera que, una primera determinación sobre el momento en el cual se pueden presentar nuevas demandas consiste en limitar tal posibilidad a cualquier momento anterior a la suscripción del acta de misión o términos de referencia.

Sin embargo, entran en este punto diversas normas contenidas en leyes y reglamentos que extienden la oportunidad para presentar nuevas demandas, hasta la conclusión de la etapa de instrucción.

No entraremos en este momento del análisis a considerar los elementos que deben confluir para que las nuevas demandas puedan ser admitidas en un procedimiento arbitral, en un momento posterior al acta de misión. Más adelante podremos ver como la admisión de nuevas demandas o defensas en cualquier momento posterior al acta de misión o de términos de referencia esta condicionada al cumplimiento de ciertas condiciones y, finalmente a la decisión de los árbitros. Su estudio en esta etapa del trabajo no haría sino confundir al lector.

Concluimos sin embargo anticipando que, este primer elemento de límite y contención de nuevas demandas en el proceso arbitral se ve desdibujado por numerosas normas de rango legal y reglamentos de centros de arbitrajes que permiten -aunque de manera condicionada- la postulación de nuevas peticiones o defensas hasta la conclusión de la etapa de instrucción.

III. REGULACIÓN DE ESTE TEMA EN NORMAS DE RANGO LEGAL

A. Comencemos nuestro estudio por la Ley Modelo UNCITRAL⁹:

En la Ley Modelo UNCITRAL es tratado el tema de las nuevas demandas en forma positiva, es decir, que se permite en todo momento la alteración de la demanda y de la contestación.

Los límites a esta facultad aparentemente ilimitada son: i) Que las modificaciones se presenten dentro de las “actuaciones arbitrales”, las cuales debemos entender como aquella fase del procedimiento arbitral donde no ha existido aún un pronunciamiento del tribunal arbitral dando por concluida la fase de sustanciación; ii) Que el tribunal arbitral considere improcedente esa alteración en razón de la demora con que se ha hecho.

El artículo establece como condición fundamental que las partes no hayan pactado en contrario a la ampliación o modificación de la demanda o contestación aún después de la oportunidad procedimental prevista para ello.

Artículo 23. Demanda y contestación

1. Dentro del plazo convenido por las partes o determinado por el tribunal arbitral, el demandante deberá alegar los hechos en que se funda la demanda, los puntos controvertidos y el objeto de la demanda, y el demandado deberá responder a los extremos alegados en la demanda, a menos que las partes hayan acordado otra cosa respecto de los elementos que la demanda y la contestación deban necesariamente contener. Las partes podrán aportar, al formular sus alegaciones, todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar.
2. Salvo acuerdo en contrario de las partes, en el curso de las actuaciones arbitrales cualquiera de las partes podrá modificar o ampliar su demanda o contestación, a menos que el tribunal arbitral considere improcedente esa alteración en razón de la demora con que se ha hecho.

B. La Ley Argentina de Arbitraje Comercial Internacional¹⁰:

Continuamos el estudio del tema planteado mediante el análisis de la Ley Argentina de Arbitraje Comercial Internacional.

Es de resaltar que, al igual que la Ley Modelo UNCITRAL, la Ley Argentina de Arbitraje posee una regulación expresa sobre el tema objeto de nuestro estudio.

Es relevante señalar que la redacción es idéntica a la de la Ley Modelo UNCITRAL, por lo cual daremos por aquí reproducidos los comentarios que aportamos a la regulación contenida en esta.

Quizás sea útil al lector que recordemos que los actos procesales contemplados en estas dos leyes son la modificación o ampliación de la demanda o de la contestación.

Art. 70.- Dentro del plazo convenido por las partes o determinado por el tribunal arbitral, el demandante deberá alegar los hechos en que se funda la demanda, los puntos

⁹ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial. Disponible en: https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration

¹⁰ Ley 27.449 de Arbitraje Comercial Internacional. (Argentina).

controvertidos y el objeto de la demanda, y el demandado deberá responder a los extremos alegados en la demanda, a menos que las partes hayan acordado otra cosa respecto de los elementos que la demanda y la contestación deban necesariamente contener.

Las partes podrán aportar, al formular sus alegaciones, todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar.

Art. 71.- Salvo acuerdo en contrario de las partes, en el curso de las actuaciones arbitrales cualquiera de las partes podrá modificar o ampliar su demanda o contestación, a menos que el tribunal arbitral considere improcedente esa alteración en razón de la demora con que se ha hecho.

C. Ley Española del Arbitraje¹¹:

Continuamos nuestra exploración por las leyes más relevantes analizando de seguidas la regulación contenida en la Ley Española del Arbitraje.

Nuevamente nos encontramos con una redacción idéntica a la de la Ley Modelo UNCITRAL.

Artículo 29. Demanda y contestación.

1. Dentro del plazo convenido por las partes o determinado por los árbitros y a menos que las partes hayan acordado otra cosa respecto del contenido de la demanda y de la contestación, el demandante deberá alegar los hechos en que se funda, la naturaleza y las circunstancias de la controversia y las pretensiones que formula, y el demandado podrá responder a lo planteado en la demanda. Las partes, al formular sus alegaciones, podrán aportar todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar o proponer.
2. Salvo acuerdo en contrario de las partes, cualquiera de ellas podrá modificar o ampliar su demanda o contestación durante el curso de las actuaciones arbitrales, a menos que los árbitros lo consideren improcedente por razón de la demora con que se hubiere hecho.

D.- Ley General de Arbitraje del Perú¹²:

Artículo 39.- Demanda y contestación.

1. Dentro del plazo convenido por las partes o determinado por el tribunal arbitral y a menos que las partes hayan acordado algo distinto respecto del contenido de la demanda y de la contestación, el demandante deberá alegar los hechos en que se funda, la naturaleza y las circunstancias de la controversia y las pretensiones que formula y el demandado deberá establecer su posición respecto a lo planteado en la demanda.
2. Las partes, al plantear su demanda y contestación, deberán aportar todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar o proponer.
3. Salvo acuerdo en contrario, en el curso de las actuaciones, cualquiera de las partes podrá modificar o ampliar su demanda o contestación, a menos que el tribunal arbitral considere que no corresponde permitir esa modificación en razón de la demora con que se hubiere hecho, el perjuicio que pudiera causar a la otra parte o cualesquiera otras circunstancias.

¹¹ Ley 60/2003 de Arbitraje (España). BOE 309 del 26/12/2003. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2003/12/23/60/con>

¹² Ley 26572 General de Arbitraje (Perú). Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/osce/normas-legales/308659-1071>

El contenido de la modificación y de la ampliación de la demanda o contestación, deberán estar incluidos dentro de los alcances del convenio arbitral.

La ley peruana acoge en gran parte la redacción de la Ley Modelo UNCITRAL pero agrega algunos elementos de relevancia que deben ser analizados:

Para admitir la ampliación o modificación de las posiciones procesales, la norma en estudio obliga a los árbitros a considerar si la conducta procedimental de quien amplía o modifica su demanda o contestación, según sea el caso:

- a. Fue hecha con demora sin justificación válida.
- b. Que admitir tal reforma causaría un perjuicio a la otra parte.
- c. Cualquier otra circunstancia que, a juicio del tribunal arbitral podría impedir su admisión.
- d. Excede los límites del convenio arbitral.

*E. Ley de Arbitraje de Colombia*¹³:

Especial mención requiere la Ley de Arbitraje colombiana puesto que es una ley dualista donde el arbitraje doméstico y el arbitraje internacional reciben un tratamiento radicalmente diferente.

En efecto, el artículo 22 referido exclusivamente al arbitraje nacional que se desarrolle bajo ley colombiana restringe al máximo la posibilidad de reforma de la demanda, tal y como si estuviéramos en el ámbito de un proceso civil.

Artículo 22. Reforma de la Demanda

Notificado el demandado del auto admisorio de la demanda, esta podrá reformarse por una sola vez antes de la iniciación de la audiencia de conciliación prevista en esta ley.

En cambio, el artículo 96, referido esta vez al arbitraje internacional, reproduce casi sin alteraciones la previsión de la Ley Modelo UNCITRAL de Arbitraje.

Artículo 96. Demanda y Contestación

Dentro del plazo convenido por las partes o determinado por el tribunal arbitral, el demandante deberá presentar su demanda, indicando los hechos en que se funda, los puntos controvertidos y el objeto de ella. El demandado, al responderla, deberá referirse a los distintos elementos de aquella, a menos que las partes hayan acordado otra cosa. El demandante en su demanda y el demandado en su contestación podrán aportar los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a documentos u otras pruebas que pretendan hacer valer.

Salvo acuerdo en contrario de las partes, en el curso de las actuaciones arbitrales cualquiera de ellas podrá modificar o ampliar su demanda o contestación, a menos que el tribunal arbitral considere improcedente esa alteración en razón de la tardanza con que se haya hecho.

¹³ Ley 1563 de 2012. República de Colombia. Disponible en:
www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1563_2012.html

IV. DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ÁRBITROS

Queremos rescatar, a estas alturas de nuestro estudio que, de haber un elemento común a todos los cuerpos normativos, es la inmensa responsabilidad que colocan en cabeza del tribunal arbitral, pues serán ellos, los árbitros quienes decidirán si un nuevo alegato o una nueva demanda debe ser admitida.

Sería fatuo este análisis si nos limitáramos a un análisis exegético de las normas legales sin proponer algunos parámetros básicos de conducta para el árbitro que enfrente una situación similar.

Vemos que se coloca una gran responsabilidad sobre los hombros del tribunal arbitral que es quien, en última instancia va a decidir si es procedente la ampliación o reforma de las posiciones procesales de las partes. Pero la decisión de los árbitros en este sentido adolece de líneas de conducta precisa, de parámetros concretos para tomar una decisión.

Y no podía ser de otra manera, puesto que la solución debe ser tratada de manera absolutamente casuística siendo los principios del derecho arbitral, como veremos más adelante, los principales rectores de la decisión arbitral.

V. ANÁLISIS DE ALGUNOS REGLAMENTOS DE CENTROS ARBITRALES SOBRE ESTE TEMA

A. *Reglamento de Arbitraje ICC 2021*¹⁴

Artículo 19:

4. Una vez firmada el Acta de Misión, o aprobada por la Corte, ninguna de las partes podrá formular nuevas demandas que estén fuera de los límites fijados en ella, salvo autorización del tribunal arbitral el cual, al decidir al respecto, deberá tener en cuenta la naturaleza de las nuevas demandas, la etapa en que se encuentre el arbitraje y las demás circunstancias que sean pertinentes.

B. *Reglamento de Arbitraje CEMARC*¹⁵ (CÁMARA ARGENTINA DE COMERCIO Y SERVICIOS):

Artículo 28. Modificación o ampliación de pretensiones

Hasta la audiencia del Artículo 31, o en su defecto, hasta que los puntos en litigio sobre los que el tribunal arbitral deberá laudar hayan sido acordados por las partes y aceptados por el Tribunal Arbitral, las partes podrán en cualquier momento enmendar o ampliar las pretensiones ejercidas en la demanda o reconvención, y las defensas planteadas en las contestaciones correspondientes, siempre que: (i) la cuestión se funde en o se vincule con la misma relación jurídica; (ii) la controversia sea materia comprendida en el acuerdo arbitral; y (iii) el Tribunal Arbitral no considere inoportuna o inconveniente dicha enmienda o ampliación. En caso de ser aceptada, dará lugar al traslado durante el plazo que determine el Tribunal Arbitral.

¹⁴ Reglamento de Arbitraje Cámara Internacional de Comercio. Disponible en:

<https://www.iccspain.org/reglamento-de-arbitraje-icc-2021/>

¹⁵ Reglamento de Arbitraje del Centro de Mediación y Arbitraje Comercial de la Cámara Argentina de Comercio y Servicios. Disponible en:

https://cdn.prod.website-files.com/63b4671ba9a3410b46ee0c05/6407c40f568f5ccb80796ca0_Reglamento%20de%20Arbitraje%20v.2017.pdf

C. Reglamento AMCHAM Lima¹⁶

Artículo 35: Cierre de las actuaciones 1 Concluidas las audiencias, el tribunal arbitral puede solicitar a las partes, en el plazo y forma que determine, la presentación de los costos y gastos arbitrales.

El tribunal arbitral declara el cierre de las actuaciones cuando considere que las partes han tenido la oportunidad razonable para exponer y probar su caso. Después de esa fecha no puede presentarse ningún escrito, alegación ni prueba, salvo requerimiento o autorización del tribunal arbitral.

D. Reglamento CIAM CIAR¹⁷

27. Facultades de los árbitros

1. Con sujeción a lo dispuesto en el presente Reglamento, los árbitros dirigirán el procedimiento arbitral del modo que consideren apropiado en cada caso, evitando retrasos o gastos innecesarios, a fin de asegurar una resolución rápida y eficiente de la disputa, observando siempre el principio de igualdad de las partes y dando a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.
2. Sin carácter exhaustivo, esta potestad de los árbitros comprende las siguientes facultades:
 - a) Decidir sobre la admisibilidad, pertinencia y utilidad de las pruebas, pudiendo excluir de forma razonada las pruebas irrelevantes, inútiles, reiterativas o que por cualquier otro motivo considere improcedentes.
 - b) Decidir sobre el momento y la forma en que las pruebas deben ser presentadas, así como sobre su práctica.
 - c) Valorar las pruebas y distribuir las cargas probatorias, incluyendo la determinación de las consecuencias para el caso de que una parte no presente las pruebas admitidas por los árbitros.
 - d) Modificar motivadamente el calendario procesal y abreviar o extender cualquier plazo establecido en el presente Reglamento, concertado por las partes o fijado por los árbitros, incluso cuando el plazo haya expirado. Por lo que respecta al plazo para dictar el laudo se estará a lo dispuesto en el artículo 48.
 - e) Decidir sobre la bifurcación del procedimiento.
 - f) Resolver, como cuestión previa y, a su criterio, mediante laudo, o bien mediante orden procesal, tanto las objeciones a la competencia de los árbitros conforme al artículo 32.4 del presente Reglamento como aquellas pretensiones o excepciones que de forma manifiesta sean jurídicamente infundadas, adoptando para ello las medidas procedimentales que consideren apropiadas.
 - g) Dirigir las audiencias del modo que consideren apropiado.
 - h) Decidir sobre la admisibilidad del complemento, ampliación o modificación de las alegaciones de fondo de las partes, teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el momento procesal en que pretendan realizarse.
 - i) Determinar las normas aplicables al procedimiento, aunque no hayan sido alegadas por las partes, siempre que se les conceda la oportunidad de pronunciarse sobre la aplicabilidad de éstas.
 - j) Ordenar a cualquiera de las partes que aporte documentos o copias de los documentos que obren en su poder y que tengan relación con la causa.

¹⁶ Reglamento de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio Americana de Perú. Disponible en: <https://amcham.org.pe/wp-content/uploads/2024/07/REGLAMENTO-2024.pdf>

¹⁷ Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid. Producto de la integración del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid y del Centro Iberoamericano de Arbitraje. Disponible en: https://ciam-ciar.com/wp-content/uploads/2024/03/Reglamento_ES.pdf

- k) Tomar cualquier medida apropiada para permitir el cumplimiento de investigaciones periciales o de inspecciones in situ, incluido ordenar la puesta a disposición a una parte, un experto o un tercero de cosas muebles o inmuebles o el acceso a instalaciones u otros sitios.
- l) Adoptar medidas para proteger secretos industriales o cualquier otro tipo de información confidencial.
- m) Adoptar medidas para preservar la integridad del procedimiento, incluyendo la amonestación verbal o por escrito de los abogados.

Veremos como el reglamento CIAM CIAR recoge magistralmente en este artículo cuyo título (facultades de los árbitros) no refleja a cabalidad el inmenso contenido de esta norma.

En efecto, además de estatuir las facultades de los árbitros impone una serie importante de deberes, dictando las pautas para un correcto cumplimiento de esos deberes.

En el literal h) se regula el deber de los árbitros de pronunciarse sobre la admisibilidad del complemento ampliación o modificación de las alegaciones de fondo de las partes.

Al mismo tiempo, se dictan los parámetros esenciales para la toma de decisiones por parte de los árbitros, consistiendo en: Evitar retrasos o gastos innecesarios y garantizando siempre el principio de igualdad entre las partes.

E. Reglamento CEDCA¹⁸

En Venezuela, el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje ha dispuesto en su reglamento:

Artículo 35. Nuevas demandas Una vez que los términos de referencia hayan sido aprobados, ninguna de las partes podrá formular nuevas demandas, principales o reconconvencionales a menos que la parte interesada haya sido autorizada a ese efecto por el Tribunal Arbitral el cual, al decidir al respecto, deberá tener en cuenta la naturaleza de las nuevas demandas, la etapa en que se encuentre el procedimiento arbitral y las demás circunstancias que sean pertinentes.

F. Reglamento CACC¹⁹

De igual manera, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas ha regulado en su reglamento:

Artículo 60. Imposibilidad de formulación de nuevas peticiones. Una vez que el acta de misión haya sido firmada por los árbitros y las partes, o se haya cumplido lo dispuesto en el artículo anterior si alguna de ellas se rehusara a firmarla, ninguna de las partes podrá formular nuevas peticiones sobre el mismo asunto, salvo que el tribunal arbitral así lo autorice, tomando en cuenta las circunstancias que sean pertinentes.

¹⁸ Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje adscrito a la Cámara Venezolano Americana de Comercio. Disponible en:

<https://cedca.org.ve/wp-content/uploads/2022/08/RCEDCA-2020.-Version-14-01-2020-Con-Codigo-de-etica-Nuevo.pdf>

¹⁹ Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio, Industria y Servicios de Caracas. Disponible en: <https://arbitrajeccc.org/wp-content/uploads/2022/05/REGLAMENTO-GENERAL-DEL-CENTRO-DE-ARBITRAJE-D E-LA-CAMARA-DE-CARACAS-2022.pdf>

VI. DE LA PRUEBA DE LAS ALEGACIONES POSTERIORES A LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA ARBITRAL

Aunque nuestro análisis esté referido al procedimiento arbitral, donde, lo sabemos, la elasticidad del proceso se impone sobre la rigidez de la contención ante tribunales del estado, no podemos escapar del principio de que lo alegado debe ser probado para lograr con ello la convicción de los árbitros y la consiguiente adjudicación de derecho.

Ello implica un orden lógico de los eventos, siendo el primero de ellos la etapa de alegaciones donde las partes deben tener las mismas oportunidades de argumentar y contra argumentar en aras del principio de equilibrio e igualdad, seguido de un periodo probatorio donde las partes desplegarán los elementos de demostración de los hechos en los cuales basan sus pretensiones.

Mencionamos hace pocas líneas que tanto la fase de alegación como la fase probatoria, deben estar cobijadas por la igualdad entre las partes y el equilibrio procesal.

Pero al mismo tiempo, siguiendo los parámetros que hemos identificado en los diversos reglamentos y leyes analizadas, los árbitros deberán evitar retrasos o gastos innecesarios, lo cual requiere una gran ponderación en la toma de decisiones del tribunal arbitral.

Esta afirmación complica mayormente la labor de los árbitros al recibir nuevas demandas con posterioridad a la suscripción del acta de misión o acta de términos de referencia.

VII. DISTINTAS POSIBILIDADES DE NUEVAS ALEGACIONES

Queremos plantear al lector algunas posibilidades, al menos las principales, que puede contemplar el plantear nuevas demandas o defensas.

Para ello, seguimos la distinción planteada en capítulos anteriores donde aproximamos algunas definiciones de hechos, alegatos, pruebas y peticiones.

A. Nuevas demandas basadas en hechos nuevos

Es posible que durante el procedimiento arbitral ocurran hechos novedosos que, conservando conexión con el acuerdo arbitral y las partes del arbitraje, puedan originar nuevos pedimentos o defensas.

En aras a la economía del proceso, es probable que las partes los quieran someter al conocimiento del mismo tribunal arbitral en virtud de la posible conexión con la demanda o defensa original.

B. Nuevas demandas basadas en hechos ya alegados y probados

Sabemos que los hechos alegados y probados producen consecuencias jurídicas. Desde el momento que tales hechos encajen con el supuesto de hecho y consecuencia jurídica de una norma pueden desencadenar el pedimento de la parte actora o las defensas de la demandada. Es decir, el Tribunal Arbitral deberá tener en cuenta que ya fueron probados ciertos hechos, pero que ahora, una de las partes desea atribuir ulteriores o distintas consecuencias jurídicas a tales hechos.

Con mucha prudencia para no proporcionar elementos para una recusación, el tribunal arbitral deberá decidir si permite la entrada de nuevas peticiones al procedimiento.

C. Nuevas demandas basadas en mero derecho

Deben anticipar los árbitros la posibilidad que alguna de las partes presente nuevas demandas o defensas, pero, esta vez, basados en el mero derecho sin que medie necesidad de prueba alguna.

Esta es quizás la situación procesal más sencilla de resolver para el tribunal arbitral puesto que, si bien deberá asegurar la posibilidad de la otra parte de contradecir los argumentos, no estará obligado a abrir un nuevo lapso procedimental para pruebas.

D. Nuevas pruebas sobre hechos ya alegados

Este evento procedimental ha sido profundamente estudiado tanto para los casos judiciales que se ventilan ante la justicia estatal, como para los procedimientos arbitrales.

El punto de partida para esta posibilidad es siempre e indiscutiblemente que la prueba que se presenta y evacúa fuera del lapso previsto para ello, era totalmente desconocida hasta ese momento para la parte promovente.

La labor del tribunal arbitral consistirá en dar el pase a esta o estas pruebas garantizando el contradictorio y el control de la prueba. Los árbitros deberán sopesar el admitir la prueba presentada fuera del lapso previsto para ello, aunque no se pronuncien sobre la pertinencia de la misma difiriendo tal momento para cuando dicten el laudo²⁰.

VIII. ¿POSIBLES RECUSACIONES EN EL HORIZONTE?

Es inevitable mencionar, a este punto de nuestro estudio, la irresistible tentación de las partes de considerar la admisión de alegatos o pruebas presentados de forma tardía como una pérdida de la imparcialidad de los árbitros y solicitar en consecuencia su recusación.

Este impropio, pero previsible razonamiento, será más frecuente y probable en la mente del letrado habituado al juicio en sede jurisdiccional o estatal, puesto que atenderá a su estructura procesalista donde no es posible tal reforma, una vez dada contestación a la demanda.

Es una dificultad adicional que deberán afrontar los árbitros, quienes, allende atender los parámetros de ley y reglamentarios se verán también en la necesidad de no proporcionar argumento alguno al litigante artero que verá una posibilidad más de torpedear el proceso arbitral.

Tal peligro se conjurará con la emisión de una orden procesal debidamente motivada y estrictamente ajustada a los parámetros de cada reglamento o ley arbitral.

IX. PROPUESTA DE PARÁMETROS A SER CONSIDERADOS POR EL TRIBUNAL ARBITRAL

A. Atención a lo pactado por las partes

En párrafos anteriores vimos como el acuerdo de las partes es de primordial observancia por los árbitros. Cualquier análisis del tribunal arbitral debe comenzar por identificar los pactos de las partes.

²⁰ REDFERN Alan, *Et al. "Teoría y práctica del Arbitraje Comercial Internacional"*. Thomson Aranzadi, 4a Edición, p. 462.

Sin embargo, estos pactos pueden ser claros y precisos como pueden ser vagos e insuficientes para regular una situación futura desconocida. Deberán los árbitros en esos casos atender a la verdadera voluntad de las partes e interpretar los acuerdos oscuros imprecisos o vagos.

La labor arbitral viene a complicarse en el momento que la noción de orden público asuma un rol decisivo en el análisis del acuerdo de las partes. Si lo pactado contraviene en alguna manera el orden público, deberán entonces los árbitros dar preponderancia a lo que una determinada legislación o el ordenamiento internacional definen como insoslayable, como indisponible por las partes.

La noción de orden público posee una gran variedad de acepciones que hacen imposible aproximar un concepto único y unívoco. Tomemos pues la aproximación de orden público más cercana a nuestro trabajo y será aquella que excluya los acuerdos entre las partes, tomados en contra de alguna norma o principio inderogable por los privados.

No es difícil imaginar que si una de las partes, al limitar o excluir nuevas alegaciones en un procedimiento arbitral, sea cual sea su naturaleza, pretende imposibilitar el derecho a la defensa o al debido proceso de la otra en el futuro, estaría contraviniendo un principio de orden público internacional.

Lo anterior se resume en una pregunta: Si las partes, en un determinado momento del recorrido procedimental acuerdan que no se podrán promover ni evacuar nuevas pruebas, pero en un momento posterior surge una prueba desconocida, cabe plantearse ¿Es válido impedir que la parte promovente de la prueba la evacúe, en base al pacto previo de las partes? ¿Es legal, es procedente? ¿O será violatorio de la noción de debido proceso?

De esta manera llegamos a una ulterior conclusión de nuestro estudio: Es cierto que las estipulaciones de las partes pueden ser una valiosa guía para los árbitros al admitir nuevas demandas o defensas con posterioridad al acta de misión, dichas estipulaciones deben pasar por el esencial tamiz del orden público y, nuevamente serán los árbitros quienes decidirán si tales estipulaciones deben ser respetadas pies puntillas o, por el contrario deben ser morigeradas o inclusive eliminadas por los árbitros al contravenir el orden público.

B. Atención a los criterios establecidos en leyes y reglamentos

Después de atender y analizar los acuerdos de las partes en lo que respecta a las reformas de la demanda y contestación, el tribunal arbitral debe atender los parámetros fijados por la *lex arbitri* aplicable y por el respectivo reglamento del caso.

C. Atención a los principios del arbitraje

a. Buena fe procesal

El tribunal arbitral en su deliberación sobre la admisión de reformas a la demanda o a la contestación deberá dar especial atención a que detrás de la conducta de alguna de las partes no haya mala fe procesal en el planteamiento de la reforma.

Esta mala fe tomaría forma, a veces, en un intento de prologar el recorrido del arbitraje y retardar la toma de una decisión; otras veces podría concretarse en la presentación de una prueba tardía y así acortar los tiempos de análisis de tal prueba e impedir una acertada estrategia para su control.

b. Audiencia

Entendiendo tal principio²¹ como el derecho de cada parte de ser escuchada y la obligación del tribunal arbitral de permitir que se efectúen alegaciones sin restricciones indebidas, pero siempre dentro de los parámetros fijados en el calendario procesal y en la eventual orden procesal.

c. Contradicción

Naturalmente, ante el anuncio de una eventual reforma de la demanda o de la contestación, los árbitros deberán asegurar a las partes el principio del contradictorio, dando oportunidad a cada una de ellas de replicar los argumentos de la otra.

Este principio deberá siempre ser equilibrado por los principios de celeridad y economía procesal. La repetición indefinida de alegaciones, réplicas y contrarréplicas atentará contra la celeridad que las partes buscan en el arbitraje y obligará a la producción de escritos de las partes con el consiguiente aumento en las cargas de honorarios de los abogados de cada parte.

d. Equilibrio Procesal

El permitir la reforma de la demanda o de la contestación después de la firma del acta de misión puede alterar el equilibrio procesal y este es uno de los elementos que deben ser tomados en cuenta por los árbitros para permitir o impedir tales reformas.

Pero tal principio no puede ser analizado tan solo desde el punto de vista de que ambas partes tengan iguales oportunidades de alegar y probar. También debe abarcar, y esta quizás es la tarea más difícil para los árbitros, el análisis de si la presentación tardía de la reforma implica una desmejora en la posición de una de las partes.

Sin llegar a planteamientos absolutamente desleales, pensemos en una parte que, a sabiendas de la desaparición de alguna prueba esencial para la otra parte, plantea una reforma de la demanda que, hasta ese momento, no hubiera sido de fácil conquista por su parte, pero que en ausencia de dicha prueba concluye que se ha allanado para ella el camino procedimental.

Deberán los árbitros atender a este principio, conjugándolo con el de buena fe, para que una posibilidad tan extraordinaria como la de presentar reformas en cualquier estado y grado del procedimiento arbitral no se convierta en una disminución injusta de la capacidad de defensa de una de las partes.

e. Economía Procesal

Probablemente la reforma presentada después de la firma del acta de misión o acta de términos de referencia altere los parámetros económicos del arbitraje, por lo cual los árbitros deberán prestar especial atención a tales consecuencias.

²¹ VICTORIA-ANDREU, Francisco. "Libro Homenaje a Bernardo Cremades e Ives Derain". Coordinadores SOTO COAGUILA, Carlos - REVOREDO MARSANO DE MUR, Delia. Instituto Peruano de Arbitraje, Tomo II, Lima Perú, 2013, p. 903.

Es claro el reglamento CIAM CIAR cuando advierte que en las decisiones de los árbitros debe estar siempre presente el evitar retrasos o gastos innecesarios.

X. CONCLUSIONES

En la mayoría de las leyes de arbitraje y reglamentos de centros de arbitraje se acepta la reforma de la demanda y de la contestación a la demanda hasta etapas avanzadas del procedimiento arbitral, inclusive hasta las últimas actuaciones de la fase de instrucción.

Hay tres momentos emblemáticos que fijan la potestad de las partes de presentar sus alegaciones o reformarlas: Un primer momento es aquel designado propiamente para la presentación del memorial de demanda y el de contestación. El segundo momento es el lapso que transcurre entre la presentación de la demanda y contestación y la firma del acta de misión o acta de términos de referencia. El tercer momento es el periodo que transcurre entre la firma del acta de misión y el cierre de la instrucción del procedimiento, habiendo éste último, tenido mayor preponderancia en nuestro estudio.

Establecido como quedó, que las partes pueden aportar reformas a la demanda y contestación, aun en el lapso que transcurre entre la suscripción del acta de misión o acta de términos de referencia, analizamos si tal posibilidad es ilimitada y priva de restricciones, o si, por el contrario, al ser una posibilidad excepcional debe pasar anteriormente por algún tamiz procesal.

Concluimos en nuestro trabajo que efectivamente hay algunas limitaciones a la presentación de reformas de la demanda o contestación, si se hacen después de la suscripción del acta de términos de referencia o acta de misión.

El principal foco de nuestro estudio fue establecer que, al no tener una regulación precisa y tajante en cuanto a las limitaciones señaladas, se coloca en cabeza del tribunal arbitral una enorme responsabilidad dado que, y así quedó establecido, los árbitros tendrán la última palabra sobre la admisión o improcedencia de reformas a la demanda o a la contestación.

Establecimos igualmente que dichas limitaciones se pueden agrupar según los siguientes criterios: Deberá atenderse en primer lugar a la limitación o prohibición que hayan establecido las partes para presentar reformas; en segundo lugar, a las limitaciones establecidas por la propia ley de arbitraje aplicable según la *lex arbitri*; en tercer lugar, si los árbitros no han encontrado respuesta en las primeras dos fuentes de solución, deberán recurrir a los principios aplicables al procedimiento arbitral.

Termina nuestro estudio con una breve reseña de los principios arbitrales aplicables y la razón por la cual los consideramos aplicables al tema analizado.

Era nuestro deseo, y esperamos que el lector sea quien defina si el objetivo se logró o no, proporcionar tanto a los abogados de parte como a los árbitros, una modesta guía de análisis para cuando deban proponer o decidir, según sea el caso, reformas a la demanda o a la contestación.

EL PERITO DEL TRIBUNAL ARBITRAL EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL – CONSAGRACIÓN EN LATINOAMÉRICA Y DESAFÍOS PRÁCTICOS

Martín Álvarez¹

Resumen: La necesidad de las partes de contar con asesoría técnica en sus disputas ha dado lugar a dos grandes respuestas según la tradición jurídica que se siga: el perito designado por el tribunal y el perito designado por las partes. Este artículo analiza el uso que se le ha dado en el arbitraje internacional a la primera de ellas, especialmente enfocado desde la perspectiva latinoamericana, y los desafíos prácticos que suscita. Con dicho fin, se analiza su consagración legal y reglamentaria en diversas jurisdicciones latinoamericanas; el estándar de independencia e imparcialidad al cual se encuentra sometido el perito nombrado por el tribunal; las ventajas y desventajas respecto del perito de parte; y los criterios para determinar cuándo procede recurrir a esta particular figura.

Abstract: *The need for technical input in disputes has led to two main responses, depending on the legal tradition followed: the tribunal-appointed expert and the party-appointed expert. This article focuses on how the former of these two has been used in international arbitration, especially from a Latin American perspective, and the challenges it poses. To this end, this article analyses its establishment in laws and arbitration rules in various Latin American jurisdictions; the standard of independence and impartiality to which tribunal-appoint experts are subjected; its advantages and disadvantages over party-appointed experts; and the criteria to determine when it is necessary to resort to this particular figure.*

I. INTRODUCCIÓN.....	157
II. EL PERITO DEL TRIBUNAL ARBITRAL EN LATINOAMÉRICA.....	157
III. EL PERITO DEL TRIBUNAL EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL.....	159
IV. ¿ES EL ESTÁNDAR DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD PARA EL PERITO DE PARTE EL MISMO QUE PARA EL PERITO DEL TRIBUNAL?.....	161
V. PREFERENCIA DE PERITO EN EL ARBITRAJE.....	164
VI. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA PROCEDENCIA DEL PERITO DEL TRIBUNAL	164
VII. CONCLUSIONES.....	166

¹ Abogado y licenciado en derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor del Departamento de Derecho Internacional en la misma Universidad. Asociado del Estudio Jurídico Claro & Cía. Co-autor del capítulo chileno sobre arbitraje en “The Guide to Arbitration in Latin America” (Global Arbitration Review – Latin Lawyer).

I. INTRODUCCIÓN

La experiencia y capacitación de los árbitros suele postularse como una de las principales ventajas del arbitraje como método de resolución de disputas. En virtud del principio de la autonomía de la voluntad, las partes son libres para diseñar el tribunal arbitral que resolverá una eventual disputa, de modo tal de adecuarlo a sus necesidades y seleccionar árbitros que destaquen en diversos campos o industrias atinentes a la relación contractual subyacente. Adicionalmente, el constante desarrollo de nuevas instituciones permite que las partes recurran a instancias incluso aún más especializadas, como es el caso de los *dispute boards*.

Por lo mismo, teóricamente no sería necesario recurrir a peritos en la mayoría de los casos². La propia Cámara de Comercio Internacional recomienda “*partir de la presunción de que la prueba pericial no es requerida*”, y que las partes deberían desviarse de esta presunción únicamente si la prueba pericial es necesaria para informar al tribunal arbitral acerca de un aspecto clave en la controversia³.

Sin embargo, con independencia del nivel de *expertise* de los árbitros, las materias sometidas a arbitraje tienden a contemplar una multiplicidad de aristas técnicas subyacentes que requieren la intervención de expertos⁴.

Esta mayor complejidad de las disputas no sólo es relevante desde el punto de vista de los árbitros. Generalmente, serán las partes quienes tendrán que recurrir a la ayuda de expertos para el solo efecto de preparar su caso⁵. A modo ejemplar, esto ocurre frecuentemente en las disputas de construcción, con los análisis de retrasos y costos; o en disputas que requieren un análisis financiero detallado para el cálculo de daños e indemnización.

La necesidad de contar con ayuda experta, por cierto, no es privativa del arbitraje. El mismo problema puede divisarse en litigios ante tribunales ordinarios, e históricamente ha dado lugar a dos grandes respuestas, dependiendo de la tradición jurídica que se siga: el perito designado por el tribunal y el perito designado por las partes. Este artículo busca detenerse brevemente en el uso de la primera de estas figuras en el arbitraje internacional, especialmente enfocado desde la práctica latinoamericana.

II. EL PERITO DEL TRIBUNAL ARBITRAL EN LATINOAMÉRICA

La designación de un perito por el tribunal ya sea de oficio o a petición de parte, es típicamente contemplada en los códigos y leyes de los países que siguen la tradición continental o civilista.

² DE BERTI, Giovanni, “The Arbitrator and the Arbitration Procedure – Experts and Expert Witnesses in International Arbitration: Adviser, Advocate or Adjudicator?”, en PITKOWITZ *et al* (Eds.), *Austrian Yearbook in International Arbitration*, 2011, p. 54.

³ Cámara de Comercio Internacional, “Informe - Control del tiempo y de los costos en arbitraje”, 2da ed., párr. 62.

⁴ DUSHYANT, Dave, “Should Experts be Neutrals or Advocates”, en VAN DEN BERG, *ICCA Congress Series N° 15 (Rio 2010): Arbitration Advocacy in Changing Times*, Vol. 15, ICAA & Kluwer Law International, 2011, p. 150.

⁵ HAUGANEDER, Florian, “The Arbitration Agreement and Arbitrability, Party-Appointed and Tribunal-Appointed Experts in International Arbitration”, en KALUSEGGER *et al* (Eds.), *Austrian Yearbook on International Arbitration*, 2020, p. 178.

La doctrina suele señalar que las tradiciones continentales enfatizan el control que ejerce el juez sobre el proceso, con un rol inquisitorial respecto de la producción de la prueba⁶. En consecuencia, el juez tiende a poseer mayores facultades investigativas, y la designación de un perito por el tribunal pasa a ser la regla general⁷.

La figura del perito del tribunal se encuentra plenamente consagrada a nivel latinoamericano, por la notoria influencia que tuvo el *civil law* en el desarrollo de las legislaciones de estos países. Así, se puede encontrar en los códigos y leyes arbitrales de Argentina⁸, Brasil⁹, Colombia¹⁰, Ecuador¹¹, México¹², Perú¹³ y Venezuela¹⁴, entre otros.

De forma aún más ejemplificadora, podemos ver las normas arbitrales de Chile, que únicamente consagran –al menos de manera expresa– al perito del tribunal, sin mención a la posibilidad de que las partes designen a su propio perito ya sea en el arbitraje doméstico¹⁵ o internacional¹⁶. Lo mismo ocurre en el caso de Costa Rica, donde la Ley N° 7727 (aplicable a arbitrajes domésticos)¹⁷ y la Ley N° 8937 (aplicable a arbitraje comercial internacional)¹⁸ únicamente se refieren a la posibilidad de que el tribunal arbitral designe a un perito.

La respuesta del *civil law* a la necesidad de contar con ayuda experta contrasta con la aproximación del *common law* a la misma problemática. Los sistemas del *common law* tradicionalmente enfatizan el carácter adversarial del proceso¹⁹ y acentúan el deber de cada parte de presentar las pruebas

⁶ LIM, Jonathan, “Tribunal-Appointed Experts in International Arbitration”, en FERRARI, Franco – JAKOB, Friedrich (Eds.), *Handbook of Evidence in International Commercial Arbitration: Key Concepts and Issues*, Kluwer Law International, 2022, p. 208.

⁷ LIM, “Tribunal-Appointed Experts in International Arbitration”, p. 208.

⁸ Ley N° 27.449 (Argentina) (aplicable a arbitraje comercial internacional), artículo 76; Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Argentina) (aplicable a arbitrajes domésticos), artículo 472.

⁹ Ley N° 13.129 (Brasil) (aplicable a arbitraje nacional e internacional), artículo 22.

¹⁰ Ley N° 1563 (Colombia) (aplicable a arbitraje nacional e internacional), artículos 31 y 99.

¹¹ Ley de Arbitraje y Mediación (Ecuador) (aplicable a arbitraje nacional e internacional), artículo 23.

¹² Código de Comercio (México) (aplicable a arbitraje nacional e internacional), artículo 1442.

¹³ Decreto N° 1071 de 2008 (Perú) (aplicable a arbitraje nacional e internacional), artículo 44(1).

¹⁴ GUERRERO-ROCA, Gilberto – GÓMEZ, Manuel, “National Report for Venezuela (2020 through 2023)”, en BOSMAN (Ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*, Suplemento N°125, Kluwer Law International, 2023, p. 30.

¹⁵ El Código de Procedimiento Civil chileno, aplicable por regla general a arbitrajes locales (salvo en cuanto las partes acuerden someterse a otro reglamento), señala en su artículo 412: “El reconocimiento de peritos podrá decretarse de oficio en cualquier estado del juicio, pero las partes sólo podrán solicitarlo dentro del término probatorio.” Por regla general, el peritaje solo procederá en aquellos casos en que la ley lo ordene; pero de conformidad con el artículo 411, también podrá oírse el informe de peritos sobre (1) puntos de hecho para cuya apreciación se necesiten conocimientos especiales de alguna ciencia o arte, o (2) puntos de derecho referentes a alguna legislación extranjera.

¹⁶ En Chile, la Ley N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional regula la materia, y toma como base la ley modelo de 1985 de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. En particular, el artículo 26 señala: “Nombramiento de peritos por el tribunal arbitral. 1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral: a) Podrá nombrar uno o más peritos para que le informen sobre materias concretas que determinará el tribunal arbitral. b) Podrá solicitar a cualquiera de las partes que suministre al perito toda la información pertinente o que le presente para su inspección todos los documentos, mercancías u otros bienes pertinentes, o le proporcione acceso a ellos.”

¹⁷ Ley N° 7727 (Costa Rica), artículo 53.

¹⁸ Ley N° 8937 (Costa Rica), artículo 26.

¹⁹ ABDEL, Mohammed, “Party-Appointed Experts in International Commercial Arbitration: A Necessity or a Nuisance?”, en FERRARI, Franco – JAKOB, Friedrich (Eds.), *Handbook of Evidence in International Commercial Arbitration: Key Concepts and Issues*, Kluwer Law International, 2022, p. 182.

necesarias para sustentar su respectiva posición²⁰. Así surge la figura del perito de parte o testigo experto, designado por cada parte para informar sobre los aspectos técnicos que se le han encargado y que luego será sometido a contrainterrogatorio²¹.

Con todo, no ha de pensarse que esta división entre tradiciones jurídicas es impermeable. Si bien las jurisdicciones latinoamericanas siguen una tendencia civilista, la influencia del *common law* a nivel global es evidente, y se refleja en el desarrollo de la institucionalidad jurídica de la región.

Por ejemplo, la Ley N°1563 de 2012 de Colombia –que regula tanto el arbitraje doméstico como el arbitraje internacional– faculta a las partes en arbitrajes domésticos a acompañar informes de expertos, o bien solicitar que el tribunal arbitral designe al perito²². Lo mismo ocurre en el Decreto Ley N° 1071 de Perú, que contempla expresamente la procedencia de ambas figuras²³. De manera similar, la práctica de acompañar informes periciales de parte se encuentra plenamente aceptada en jurisdicciones como Chile²⁴, Venezuela²⁵, Costa Rica²⁶, Ecuador²⁷, y México²⁸.

III. EL PERITO DEL TRIBUNAL EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

El arbitraje internacional se caracteriza por su flexibilidad y por recoger las prácticas tanto de la tradición continental como del *common law*²⁹. Entre otras materias, esto se puede ver reflejado en la consagración de la facultad del tribunal arbitral de designar a un perito directamente, reconocida en diversos reglamentos internacionales.

²⁰ DE BERTI, “The Arbitrator and the Arbitration Procedure – Experts and Expert Witnesses in International Arbitration: Adviser, Advocate or Adjudicator?”, p. 54.

²¹ LIM, “Tribunal-Appointed Experts in International Arbitration”, p. 207.

²² Ley 1563 de 2012 (Colombia), artículo 31: “El tribunal y las partes tendrán, respecto de las pruebas, las mismas facultades y deberes previstos en el Código de Procedimiento Civil y las normas que lo modifiquen o complementen.”, en relación con la Ley 1564 de 2012, que establece el Código General del Proceso, artículo 227: “Dictamen aportado por una de las partes. La parte que pretenda valerse de un dictamen pericial deberá aportarlo en la respectiva oportunidad para pedir pruebas. Cuando el término previsto sea insuficiente para aportar el dictamen, la parte interesada podrá anunciarlo en el escrito respectivo y deberá aportarlo dentro del término que el juez conceda, que en ningún caso podrá ser inferior a diez (10) días. En este evento el juez hará los requerimientos pertinentes a las partes y terceros que deban colaborar con la práctica de la prueba. El dictamen deberá ser emitido por institución o profesional especializado.” Ver también ZULETA, Eduardo, “National Report for Colombia (2020 through 2023)”, en BOSMAN (Ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*, Suplemento N° 125, Kluwer Law International, 2020, p. 31.

²³ Decreto Ley N° 1071 (Perú), artículo 44: “1. El tribunal arbitral podrá nombrar, por iniciativa propia o a solicitud de alguna de las partes, uno o más peritos para que dictaminen sobre materias concretas. [...] 3. Las partes pueden aportar dictámenes periciales por peritos libremente designados, salvo acuerdo en contrario.”

²⁴ JANA, Andrés, “National Report for Chile (2018 through 2022)”, en BOSMAN (Ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*, Suplemento N° 121, Kluwer Law International, 2022, p. 42.

²⁵ GUERRERO-ROCA – GÓMEZ, “National Report for Venezuela (2020 through 2023)”, p. 30.

²⁶ FILLOY, Marcella, “National Report for Costa Rica (2018 through 2023)”, en BOSMAN (Ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*, Suplemento N° 125 Kluwer Law International, 2023, p. 36.

²⁷ En el caso de Ecuador, si bien la Ley de Arbitraje y Mediación no consagra la figura del perito de parte, las disposiciones supletorias del Código Orgánico General del Proceso sí la contemplan (ROBALINO, *et al*, “National Report for Ecuador (2019 through 2023)”, en BOSMAN (Ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*, Suplemento N° 126, Kluwer Law International, 2023, p. 16.

²⁸ GONZÁLEZ, Francisco, “National Report for Mexico”, en BOSMAN (Ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*, Suplemento N° 125, Kluwer Law International, 2023, p. 23.

²⁹ LIM, “Tribunal-Appointed Experts in International Arbitration”, p. 209.

Por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de 2021 señala que:

El tribunal arbitral, previa consulta con las partes, podrá nombrar uno o varios peritos, definir su misión y recibir sus dictámenes. A petición de cualquiera de ellas, las partes tendrán la oportunidad de interrogar en audiencia a cualquier perito así nombrado.³⁰

Lo mismo ocurre en el caso de los reglamentos de arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres³¹, la Corte Permanente de Arbitraje³², el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong³³ y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones³⁴.

En el caso de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional (la “*Ley Modelo*”)³⁵, se optó derechamente en favor del sistema civil y solo contempla (al menos expresamente) al perito del tribunal³⁶. A pesar de lo anterior, ha sido mayoritariamente adoptada en el mundo, incluyendo países del *common law* como Irlanda, Australia, Nueva Zelandia, Escocia y algunos estados de Estados Unidos y Canadá³⁷. La Ley Modelo también ha sido adoptada en distintas jurisdicciones latinoamericanas, como es el caso de Argentina (2018), Chile (2004), Costa Rica (2011), Guatemala (1995), Honduras (2000), México (2008), Nicaragua (2005), Paraguay (2002), Perú (2008), República Dominicana (2008), Uruguay (2018) y Venezuela (1998)³⁸.

Con todo, cabe destacar que, si bien la Ley Modelo ha sido adoptada en diversas jurisdicciones latinoamericanas, curiosamente en algunas de ellas los propios estados de la región la han modificado para contemplar la procedencia del perito de parte³⁹.

A nivel transnacional, la figura de perito del tribunal arbitral también se puede ver claramente consagrada en las Reglas sobre Práctica de Prueba de la *International Bar Association* (las “Reglas

³⁰ Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, vigente a partir del 1º de enero de 2021, artículo 25(3).

³¹ Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres, vigente a partir del 1º de octubre de 2020, artículo 21.1.

³² Reglamento de Arbitraje de la Corte Permanente de Arbitraje, artículo 29.

³³ Reglamento de Arbitraje del *Hong Kong International Arbitration Centre*, artículo 25.

³⁴ Reglas de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, regla 39.

³⁵ Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006, artículo 26: “1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral a) podrá nombrar uno o más peritos para que le informen sobre materias concretas que determinará el tribunal arbitral; b) podrá solicitar a cualquiera de las partes que suministre al perito toda la información pertinente o que le presente para su inspección todos los documentos, mercancías u otros bienes pertinentes, o le proporcione acceso a ellos. 2) Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando una parte lo solicite o cuando el tribunal arbitral lo considere necesario, el perito, después de la presentación de su dictamen escrito u oral, deberá participar en una audiencia en la que las partes tendrán oportunidad de hacerle preguntas y de presentar peritos para que informen sobre los puntos controvertidos.”

³⁶ DE BERTI, “The Arbitrator and the Arbitration Procedure – Experts and Expert Witnesses in International Arbitration: Adviser, Advocate or Adjudicator?”, p. 55.

³⁷ Ver “Situación actual Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con enmiendas adoptadas en 2006”, disponible en: https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status.

³⁸ Ver “Situación actual Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con enmiendas adoptadas en 2006”, disponible en: https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status.

³⁹ Tal es el caso de Perú, según se vio *supra*.

de la IBA”)⁴⁰, que reflejan las prácticas más frecuentes en arbitraje comercial internacional y buscan conciliar las distintas culturas legales que pueden confluír en un mismo arbitraje internacional⁴¹. Sin embargo, y a pesar de su intención de unir las dos principales tradiciones jurídicas, dichas reglas han sido cuestionadas por, supuestamente, privilegiar prácticas y supuestos del *common law* en relación con las diligencias probatorias que redundan en un aumento de costos y duración de los arbitrajes⁴².

En respuesta a dicha crítica, un grupo de trabajo compuesto fundamentalmente por abogados de tradiciones civilistas preparó las “Reglas de Praga”, que buscan resguardar la eficiencia del procedimiento y controlar sus costos y duración⁴³. Eso sí, las Reglas de Praga contemplan tanto al perito del tribunal como el perito de parte⁴⁴.

A pesar de la notoria influencia del sistema civil en el arbitraje internacional, en la práctica, el perito de parte es utilizado con mucha mayor frecuencia que el perito del tribunal⁴⁵, incluyendo jurisdicciones civilistas⁴⁶. En términos gráficos, se ha señalado que los peritos de parte son utilizados en un 90% de los arbitrajes internacionales, mientras el perito del tribunal solo es utilizado en un 10% de los casos⁴⁷.

IV. ¿ES EL ESTÁNDAR DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD PARA EL PERITO DE PARTE EL MISMO QUE PARA EL PERITO DEL TRIBUNAL?

Es mayoritariamente pacífico en la doctrina que el perito designado por el tribunal generalmente se encuentra sometido a un estándar similar de independencia e imparcialidad que los árbitros⁴⁸. En consecuencia, el perito del tribunal tiene un deber de revelación continuo de cualquier circunstancia que podría generar dudas acerca de su independencia e imparcialidad, y puede ser recusado por las partes⁴⁹.

⁴⁰ Reglas sobre Práctica de Prueba en Arbitraje Internacional de la International Bar Association, en vigor desde el 17 de diciembre de 2020, artículo 6.

⁴¹ Reglas sobre Práctica de Prueba en Arbitraje Internacional de la *International Bar Association*, en vigor desde el 17 de diciembre de 2020, preámbulo.

⁴² RANGACHARI, Rekha – DUGGAL, Kabir, “One Size Fits All? Comparing Civil Law and Common Law Approaches to Evidence and its Application in International Arbitration”, en KOCHANSKY (Ed.), *Dispute Resolution Journal*, Vol. 76, Nº1, Kluwer Law International, AAA-ICDR, 2022, p. 61; ROSEN, Howard, “How Useful Are Party-Appointed Experts in International Arbitration?”, en VAN DEN BERG, ICCA Congress Series Nº 18 (Miami 2014): Legitimacy, Myths, Realities, Challenges, ICAA & Kluwer Law International, 2015, p. 382.

⁴³ RANGACHARI– DUGGAL, “One Size Fits All? Comparing Civil Law and Common Law Approaches to Evidence and its Application in International Arbitration”, p. 61.

⁴⁴ Reglas sobre la tramitación eficiente de los procedimientos en el arbitraje internacional (Reglas de Praga), artículo 6.

⁴⁵ ABDEL, “Party-Appointed Experts in International Commercial Arbitration: A Necessity or a Nuisance?”, p. 181; HAUGANEDER, “The Arbitration Agreement and Arbitrability, Party-Appointed and Tribunal-Appointed Experts in International Arbitration”, p. 177; ROSEN, “How Useful Are Party-Appointed Experts in International Arbitration?”, p. 381.

⁴⁶ SMILEY, Antoine, “An Unwanted Intrusion: Challenging the Appointment of Experts in International Arbitration”, en BREKOULAKIS (Ed.), *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Vol. 85, Nº 4, p. 361.

⁴⁷ LIM, JONATHAN W. “Tribunal-Appointed Experts in International Arbitration”, p. 210.

⁴⁸ SMILEY, “An Unwanted Intrusion: Challenging the Appointment of Experts in International Arbitration”, p. 365.

⁴⁹ LIM, “Tribunal-Appointed Experts in International Arbitration”, p. 212. Con todo, cabe destacar que el contenido del deber de independencia e imparcialidad del perito del tribunal, y las causales que justifiquen su recusación, dependerán en definitiva del reglamento arbitral aplicable.

No ocurre lo mismo en el caso del perito de parte. Una de las principales críticas que se le ha formulado a esta figura guarda relación justamente con el nivel de independencia que tiene el perito de parte, en contraposición con el perito del tribunal⁵⁰.

El perito de parte es remunerado directamente por la parte que lo contrata; se encuentra en constante contacto con sus representantes y abogados; y su encargo, en los hechos, consiste en defender la posición de una parte en desmedro de la otra. Y en ocasiones, el perito de parte accederá a la información relevante por medio de los documentos que la parte le entregue, a diferencia del perito del tribunal, que tendrá acceso a todos los antecedentes del arbitraje para elaborar su informe⁵¹.

Así, y a pesar de que es frecuente que los peritos de parte incluyan sendas declaraciones de independencia e imparcialidad en sus dictámenes, la figura ha sido objeto de fuertes críticas que describen a estos peritos como *hired guns*⁵². Por ejemplo, las Reglas de la IBA solo contemplan la recusación del perito del tribunal⁵³, mas no del perito de parte; omisión que, según algunos, no sería casual⁵⁴.

En contraposición, el perito del tribunal arbitral ciertamente goza de una apariencia de imparcialidad mayor, toda vez que es designado ya sea directamente por el tribunal arbitral, o por acuerdo de las partes; su remuneración es financiada conjuntamente por las partes (sin perjuicio de la decisión final sobre costas); y su labor es informar, no a una parte sino que directamente al tribunal arbitral. Para eso, los peritos designados por el tribunal arbitral tienen acceso a todos los antecedentes del proceso y, de hecho, en muchos casos están facultados para solicitar documentos u otros antecedentes en caso de que lo consideren necesario⁵⁵.

Las deficiencias aparentes del perito de parte en contraposición con el perito del tribunal han llevado a que algunos autores cuestionen si, de hecho, siquiera se le puede exigir un deber de independencia e imparcialidad⁵⁶.

Sin embargo, dicha tesis tiene el riesgo de desvirtuar la institución del perito de parte. En efecto, si se acepta, sin más, que el perito de parte no es independiente ni tiene el deber de serlo, un tribunal arbitral tendría serias dificultades para apoyarse en sus dictámenes para arribar a tal o cual conclusión.

⁵⁰ ABDEL, “Party-Appointed Experts in International Commercial Arbitration: A Necessity or a Nuisance?”, p. 190; DE BERTI, “The Arbitrator and the Arbitration Procedure – Experts and Expert Witnesses in International Arbitration: Adviser, Advocate or Adjudicator?”, p. 55.

⁵¹ LIM, “Tribunal-Appointed Experts in International Arbitration”, p. 212.

⁵² Ver JAGTIANI, Havin, “Party-Appointed Experts in International Arbitration: Possible Solutions to “Hired Guns”, *Daily Jus*, 20/01/2022, disponible en:

<https://blog.jusmundi.com/party-appointed-experts-in-international-arbitration-possible-solutions-to-hired-guns/>.

⁵³ Reglas sobre Práctica de Prueba en Arbitraje Internacional de la *International Bar Association*, en vigor desde el 17 de diciembre de 2020, artículos 5 y 6.

⁵⁴ ABDEL, “Party-Appointed Experts in International Commercial Arbitration: A Necessity or a Nuisance?”, p. 197.

⁵⁵ HAUGANEDER, “The Arbitration Agreement and Arbitrability, Party-Appointed and Tribunal-Appointed Experts in International Arbitration”, p. 191.

⁵⁶ GAFFNEY, John – O’LEARY, Gillian, “Tilting at Windmills? The Quest for Independence of Party-Appointed Expert Witnesses in International Arbitration”, *Asian Dispute Review* Vol. 13, Nº 3, 2011, 82-85, p. 82; LIM, “Tribunal-Appointed Experts in International Arbitration”, p. 213.

La aproximación correcta debería ser que los peritos de parte deben cumplir con el mismo estándar de independencia e imparcialidad que los peritos designados por el tribunal arbitral. Así lo refrendan las mejores prácticas internacionales, reflejadas por ejemplo en las Reglas de la IBA⁵⁷, el protocolo del *Chartered Institute of Arbitrators*⁵⁸, y el Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español del Arbitraje⁵⁹.

Con todo, esto no quita que el deber de independencia e imparcialidad del perito de parte pueda “relativizarse” en relación con el perito del tribunal⁶⁰. El perito de parte no se encuentra en la misma posición que el perito del tribunal o los árbitros y, en consecuencia, sus circunstancias particulares deben ser tomadas en consideración.

Por ejemplo, mientras que el perito del tribunal no debería sostener comunicaciones *ex parte*, el perito de parte por definición se comunicará con una parte. De la misma manera, mientras que la remuneración del perito del tribunal no depende de una sola parte, el caso del perito de parte será justamente el opuesto.

Bajo este estándar ‘relativo’ –que no exime al experto de comportarse de manera independiente e imparcial en su análisis–, la sanción en caso de que se infrinja este deber debería diferir del caso del perito del tribunal. De esta manera, mientras el perito del tribunal podría ser recusado por falta de independencia e imparcialidad, la sanción en el caso del perito de parte se traduciría en el menor o nulo mérito probatorio que tendrá su dictamen⁶¹. Esta fue la forma en que se falló, por ejemplo, en un arbitraje de inversión seguido en contra de Panamá⁶². Con todo, este análisis necesariamente dependerá del caso concreto.

En definitiva, tanto el perito del tribunal como el perito de parte se deben, en última instancia, al tribunal arbitral y su deber ético-profesional es asistirle de la mejor manera. Así se puede ver reflejado en el Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español del Arbitraje, que dispone que el perito debe “*desempeñar su función ajustándose a la verdad y recogiendo en su informe tanto los aspectos que favorecen como aquéllos que perjudican a la parte que lo designó*”⁶³.

⁵⁷ Reglas sobre Práctica de Prueba en Arbitraje Internacional de la *International Bar Association*, en vigor desde el 17 de diciembre de 2020, artículo 5.

⁵⁸ *Chartered Institute of Arbitrators*, “Protocol for the Use of Party-Appointed Expert Witnesses in International Arbitration”, artículo 4.

⁵⁹ Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español del Arbitraje (2019), sección V.

⁶⁰ ABDEL, “Party-Appointed Experts in International Commercial Arbitration: A Necessity or a Nuisance?”, p. 193.

⁶¹ HOWELL, David, “Use of Experts in International Arbitration”, *Asian Dispute Review*, Vol. 7, Nº 1, 2005, 29-31, p. 29; LIM, “Tribunal-Appointed Experts in International Arbitration”, p. 213.

⁶² *Bridgestone Licensing Services Inc and Bridgestone Americas Inc v Republic of Panama*, caso CIADI Nº ARB/16/34, Decisión del Tribunal Arbitral sobre la Solicitud del Demandante para Remover al Perito del Demandado conforme con la Ley de Panamá, 13 de diciembre de 2018, párr. 16: “*A party-appointed expert witness will normally be, and be expected to be, independent of the party calling him. The best expert witnesses will also be impartial. They will give their evidence honestly and objectively in accordance with their sincere beliefs and experience. Judges and arbitrators are familiar; however, with the expert witness whose evidence manifestly lacks objectivity and favours the party paying his fees. An appearance of partiality does not result in the disqualification of an expert witness. It detracts from the weight that the Tribunal will accord to his evidence.*”

⁶³ Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español del Arbitraje (2019), sección V, párr. 134.

V. PREFERENCIA DE PERITO EN EL ARBITRAJE

Un problema al que frecuentemente se enfrentan los tribunales arbitrales se da cuando dos peritajes de parte, igualmente creíbles, son perfectamente contradictorios. Esta problemática lleva a la legítima pregunta de si, acaso, debería optarse en favor del uso del perito del tribunal, en reemplazo del perito de parte⁶⁴.

A priori, ciertamente existen ventajas derivadas del uso del perito del tribunal. Por ejemplo, disminuiría la cantidad de peritos que participan del proceso; el perito del tribunal buscaría presentar conclusiones respecto de cada punto en disputa con una mayor apariencia de imparcialidad; los costos del arbitraje podrían ser menores; entre otras.

Sin embargo, estas ventajas en realidad son aparentes. De partida, una de las mayores críticas que se le formula al perito del tribunal se refiere al riesgo de que el tribunal arbitral caiga en la tentación de apoyarse demasiado en el dictamen pericial y, en los hechos, delegue su actividad jurisdiccional en el perito ('el cuarto árbitro')⁶⁵. Una forma de mitigar este riesgo consiste justamente en reservar la designación de un perito por parte del tribunal para casos puntuales, con el fin de que se informe sobre temas determinados (a contraposición de todas las diferencias técnicas entre las partes), y permitiendo siempre que las partes pueden pronunciarse sobre el dictamen pericial⁶⁶.

Por otro lado, por consideraciones de igualdad de armas las partes legítimamente deberían tener la oportunidad de poder presentar toda la prueba que consideren necesaria, incluyendo por cierto la prueba pericial, en la medida que se justifique por las circunstancias puntuales del caso. Es más, según se dijo al comienzo de este artículo, en muchos casos las partes requerirán de apoyo experto para el solo efecto de preparar sus presentaciones escritas. Luego, no parece ser procedente que, como regla general, se excluya el peritaje de parte en pos del perito del tribunal.

Por último, determinar cuándo es necesario designar un perito puede ser una tarea compleja –según se expone en la sección que sigue–. En muchos casos, para el tribunal arbitral no será posible determinarlo sino hasta después de que las partes han concluido la fase de discusión. En consecuencia, pareciera ser preferible dar a las partes la oportunidad de presentar sus propios dictámenes periciales, con el fin de que el tribunal arbitral pueda evaluar, con toda la evidencia a su disposición, si es necesario recurrir a un perito adicional⁶⁷.

VI. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA PROCEDENCIA DEL PERITO DEL TRIBUNAL

A lo largo de este breve artículo se ha señalado que la designación del perito del tribunal puede ser un mecanismo útil para resolver una controversia, sin perjuicio de los problemas prácticos que

⁶⁴ Ver CLARK, Victoria – MATLAK, Elena, "Walking the line: independence and the party-appointed expert", *Thomson Reuters Arbitration Blog*, 11/06/2020, disponible en:

arbitrationblog.practicallaw.com/walking-the-line-independence-and-the-party-appointed-expert/; ver también, Dushyant, "Should Experts be Neutrals or Advocates", p. 157.

⁶⁵ CLARK – MATLAK, "Walking the line: independence and the party-appointed expert"; HOWELL, "Use of Experts in International Arbitration", p. 30; DE BERTI, "The Arbitrator and the Arbitration Procedure – Experts and Expert Witnesses in International Arbitration: Adviser, Advocate or Adjudicator?", p. 61.

⁶⁶ Así se puede ver reflejado en diversos reglamentos arbitrales. Ver DE BERTI, "The Arbitrator and the Arbitration Procedure – Experts and Expert Witnesses in International Arbitration: Adviser, Advocate or Adjudicator?", p. 61.

⁶⁷ HAUGANEDER, "The Arbitration Agreement and Arbitrability, Party-Appointed and Tribunal-Appointed Experts in International Arbitration", p. 180.

dicha figura también suscitar. Uno de esos problemas, y quizás el más evidente, consiste justamente en determinar cuándo se hace necesaria la intervención de un experto. Para estos efectos, la doctrina internacional ha dado ciertas directrices relevantes a considerar.

Así, se ha señalado que el tribunal arbitral debería tomar en consideración la existencia de un acuerdo de las partes para que el tribunal designe un perito, y la eventual asimetría en el acceso a la evidencia y pruebas para cada parte (por ejemplo, que el dueño de la obra impida el acceso al sitio de obra al contratista para efectos de grabar videos o tomar fotografías)⁶⁸. Asimismo, se ha postulado que el tribunal arbitral podría recurrir a la designación de un perito en aquellos casos en que las conclusiones de los expertos de cada parte sean irreconciliables, y el tribunal arbitral necesita la opinión de otro experto⁶⁹. Por ejemplo, en el caso *Perenco con Ecuador*, el tribunal arbitral recurrió al análisis de un experto en materia medioambiental, atendida la contradicción entre los peritajes de cada parte⁷⁰.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante destacar que, a la hora de decidir si designar un perito o no, el tribunal arbitral igualmente deberá tomar en consideración las normas sobre la carga de la prueba: la designación de un perito del tribunal no debería suplir la deficiencia probatoria de una de las partes, cuando ésta tenía la carga de acreditar determinado hecho⁷¹.

A su vez, en aquellos casos en que el tribunal arbitral opte por designar a un perito, existen ciertos resguardos recomendables para privilegiar la correcta resolución de la disputa. Estos resguardos pueden verse reflejados en la práctica y regulación arbitral latinoamericana, y van en línea con las mejores prácticas internacionales⁷²⁻⁷³.

Primero, diversos reglamentos procesales latinoamericanos prevén la posibilidad de que el tribunal arbitral designe a un perito, pero previa consulta con las partes⁷⁴. Esto permite que las partes tengan

⁶⁸ HAUGANEDER, "The Arbitration Agreement and Arbitrability, Party-Appointed and Tribunal-Appointed Experts in International Arbitration", p. 180 y ss.; LIM, "Tribunal-Appointed Experts in International Arbitration", p. 213 y ss.

⁶⁹ LIM, "Tribunal-Appointed Experts in International Arbitration", p. 213.

⁷⁰ *Perenco c. Ecuador*, caso CIADI N° ARB/08/6, Decisión Provisional sobre la Reconvencción Ambiental, 12 de septiembre de 2014, párrs. 586-587: "Concordantemente, el Tribunal ha concluido que se requiere una etapa adicional para el esclarecimiento de los hechos a fin de arribar a una conclusión apropiada y justa. El Tribunal no se conforma con emitir una determinación final sobre el grado de responsabilidad de Perenco sobre la base de los informes periciales actuales. Como ya se ha dado a entender, el Tribunal pretende designar su propio perito ambiental independiente, quien recibirá instrucciones para aplicar las determinaciones del Tribunal explicadas precedentemente y trabajará con el Tribunal y las Partes para permitirle al Tribunal evaluar la extensión de la contaminación en los Bloques por la cual se adeuda una indemnización".

⁷¹ LIM, "Tribunal-Appointed Experts in International Arbitration", p. 26.

⁷² DE BERTI, "The Arbitrator and the Arbitration Procedure – Experts and Expert Witnesses in International Arbitration: Adviser, Advocate or Adjudicator?", p. 61.

⁷³ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, Notas sobre la organización del proceso arbitral (2016), párrs. 102-103: "Antes de designar a un perito, el tribunal arbitral normal mente se cerciorará de que este tenga la debida idoneidad y obtendrá una declaración de su imparcialidad e independencia. El tribunal arbitral brinda habitualmente a las partes la oportunidad de formular observaciones sobre el mandato que se propone impartir al perito, así como sobre su idoneidad, imparcialidad e independencia. Podría ser aconsejable que el tribunal arbitral consultara a los peritos tras su designación para aclarar el alcance del dictamen y las cuestiones que han de tratarse en él. Asimismo, el tribunal tal vez desee consultar con el perito antes de que finalice el dictamen, a fin de cerciorarse de que responde al mandato propuesto."

⁷⁴ Ver, por ejemplo, reglamento general del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, artículo 63; reglas de arbitraje del Centro de Arbitraje de México, artículo 26; reglamento de arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio y Servicios del Uruguay, artículo 30(1).

la oportunidad de objetar la designación en caso de existir conflictos de interés, y contribuye a la credibilidad del perito. Con todo, cabe notar que, a diferencia de los reglamentos, distintas legislaciones arbitrales latinoamericanas prevén la procedencia del perito del tribunal sin necesidad que el tribunal arbitral consulte previamente a las partes⁷⁵.

En segundo lugar, y en línea con el punto anterior, es aconsejable que el tribunal arbitral consulte con las partes respecto de la determinación del encargo al perito, lo cual permite controlar la pertinencia del dictamen, como ocurre en la práctica de Argentina⁷⁶, Brasil⁷⁷, y Perú⁷⁸.

Finalmente, es igualmente recomendable que se les dé a las partes la posibilidad de referirse al dictamen pericial, y que tengan la oportunidad de interrogar al perito, observar el dictamen y/o presentar su propia evidencia experta en respuesta.

Así, por ejemplo, en el caso de Colombia la ley señala que:

Cuando una de ellas lo solicite o cuando el tribunal arbitral lo considere necesario, el perito o los peritos, después de la presentación de sus dictámenes escritos u orales, deberán participar en una audiencia en la que las partes tendrán oportunidad de interrogarlos y de presentar peritos para que opinen sobre los puntos controvertidos⁷⁹.

De manera similar, en Chile⁸⁰, México⁸¹, Perú⁸² y Uruguay⁸³ se acostumbra a que las partes puedan pronunciarse sobre el dictamen pericial; mientras que en Brasil⁸⁴ y Argentina⁸⁵ incluso se contempla la posibilidad de que las partes designen a ‘asistentes técnicos’ que colaboren en la actividad del perito del tribunal.

VII. CONCLUSIONES

La figura del perito del tribunal, derivada del *civil law*, se ha consagrado en la región Latinoamericana, y ha permeado a su vez en el desarrollo del arbitraje internacional, tanto en nuestra región como en el resto del mundo.

Esta figura ciertamente tiene ventajas, pero su uso igualmente representa diversos desafíos prácticos que deben ser considerados por el tribunal arbitral; especialmente teniendo en cuenta el uso

⁷⁵ Ver, por ejemplo, Ley 1563 de 2012 (Colombia); Decreto Ley N° 1071 (Perú); Ley N° 27.449 (Argentina); Ley N° 13.129 (Brasil), entre otras. Hace excepción a esto la Ley N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional de Chile.

⁷⁶ TAWIL, Guido – CAMPOLIETI, Federico, “National Report for Argentina (2019 through 2023)”, en BOSMAN (Ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*, Suplemento N° 125, Kluwer Law International, 2023, p. 27.

⁷⁷ NEHRING, Carlos “National Report for Brasil (2019 through 2023)”, en BOSMAN (Ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*, Suplemento N° 125, Kluwer Law International, 2023, p. 32.

⁷⁸ CANTUARIAS, Fernando, “National Report for Perú (2018 through 2023)”, en BOSMAN (Ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*, Suplemento N° 125, Kluwer Law International, 2023, p. 19.

⁷⁹ Ley 1563 de 2012 (Colombia), artículo 99(2).

⁸⁰ Ver Ley N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional (Chile), artículo 26(2): “Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando una parte lo solicite o cuando el tribunal arbitral lo considere necesario, el perito, después de la presentación de su dictamen escrito u oral, deberá participar en una audiencia en la que las partes tendrán oportunidad de hacerle preguntas y de presentar peritos para que informen sobre los puntos controvertidos.”

⁸¹ GONZÁLEZ, “National Report for Mexico”, p. 23

⁸² CANTUARIAS, “National Report for Perú (2018 through 2023)”, p. 19.

⁸³ Reglamento de arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio y Servicios del Uruguay, artículo 30(3) y (4).

⁸⁴ NEHRING, “National Report for Brasil (2019 through 2023)”, p. 32.

⁸⁵ TAWIL – CAMPOLIETI, “National Report for Argentina (2019 through 2023)”, p. 27.

generalizado del perito de parte. Entre estos desafíos, destaca el mayor gravamen que representará para el arbitraje, tanto en cuanto a su costo y su duración. Sin perjuicio de la importancia de analizar cada caso en particular, pareciera ser aconsejable que se recurra esta institución solo cuando las presentaciones de las partes no le entregan al tribunal arbitral todos los antecedentes necesarios para fallar adecuadamente; en la medida que esto no signifique suplir la carga probatoria de una de las partes.

Vemos que las jurisdicciones latinoamericanas han avanzado en la regulación del perito del tribunal para incorporar las tendencias y usos globales, precisamente en respuesta a estos desafíos prácticos. Así, los países latinoamericanos han aceptado la confluencia de tanto el perito del tribunal como el perito de parte en el arbitraje tanto doméstico como internacional, ya sea a nivel regulatorio o en la práctica arbitral; y han incorporado los mejores usos internacionales a la hora de designar a un perito.

EL MEGAPUERTO DE CHANCAY Y SUS CONSECUENCIAS EN EL ARBITRAJE Y EL DERECHO MARÍTIMO NACIONAL

Nataly Maraví Chipana¹ & Joaquín Mendocilla Segura²

Resumen: El Megapuerto de Chancay en Perú se perfila como un ambicioso proyecto, cuyo impacto económico en el comercio marítimo internacional es inminente. Sin embargo, este impulso no solo se verá reflejado en el transporte marítimo, sino que también pondrá en mayor uso y relevancia a una rama del derecho de la que no se suele hablar mucho como lo es el derecho marítimo y, como no, los arbitrajes marítimos. El presente artículo busca poner en vitrina las principales características del arbitraje marítimo, así como del derecho marítimo que será aplicado, en atención al inminente cambio que representa el megapuerto.

Abstract: The Megaport of Chancay in Peru is emerging as an ambitious project, whose economic impact on international maritime trade is imminent. However, this impulse will not only be reflected in maritime transport, but will also put into greater use and relevance a branch of law that is not often talked about much, such as maritime law and maritime arbitration. This article aims to showcase the main characteristics of maritime arbitration as well as the maritime law that will be applied, in view of the imminent change represented by the megaport.

I. INTRODUCCIÓN.....	169
II. EL ROL DEL PERÚ Y LA IMPORTANCIA DEL MEGA-PUERTO.....	169
III. ¿CUÁLES SON LOS PRINCIPALES CONTRATOS MARÍTIMOS?.....	170
A. Contratos de fletamento.....	170
B. Contrato de fletamento a casco desnudo.....	170
C. Contrato de fletamento por tiempo.....	171
D. Contrato de fletamento por viaje.....	171
E. Contrato de seguro en el transporte marítimo.....	171
IV. EL ARBITRAJE MARÍTIMO.....	172
V. EL ARBITRAJE MARÍTIMO Y SU REGULACIÓN.....	173
A. Normativa internacional del arbitraje marítimo.....	173
B. Normativa nacional del arbitraje marítimo.....	176
VI. MODELOS INTERNACIONALES DE LOS CONTRATOS MARÍTIMOS.....	177
VII. PRINCIPALES CENTROS DE ARBITRAJE MARÍTIMO.....	178
VIII. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	178

¹ Estudiante de 4to año de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Miembro principal del Grupo de Estudios Sociedades. nataly.maravi@unmsm.edu.pe

² Estudiante de 5to año de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Miembro Principal del Grupo de Estudios Sociedades. joaquin.mendocilla@unmsm.edu.pe

I. INTRODUCCIÓN

El derecho marítimo por la particularidad de sus instituciones se configura como un derecho especial; identificándose principal y tradicionalmente con el transporte marítimo comercial. Sin embargo, el ámbito de aplicación del derecho marítimo es más amplio, considerando a la navegación marítima y los contratos que derivan de estos como los seguros y fletamentos, así como las herramientas que facilitan estos contratos como los *bill of lading* o su mecanismo para solucionar controversias.³

Pese a ello no se ha escrito mucho si se contrasta con otras ramas o campos de estudio en el derecho. Por lo que, ya sea por un fin académico o práctico ante los últimos sucesos, resulta necesario comenzar a adentrarnos en dicha materia, ya que el derecho marítimo va a tomar una posición sumamente importante en las actividades de la región. Todo esto en atención a la próxima inauguración del primer mega-puerto de Sudamérica en Chancay, Perú.

Salvando las distancias y dejando al tiempo el veredicto sobre la siguiente afirmación, el Megapuerto de Chancay (“el megapuerto”) puede tener el impacto para la región que en su momento ocasionó el Canal de Panamá. El cual permitió establecer una conexión directa entre el océano Pacífico y el Atlántico, acortando las rutas marítimas al ya no tener que rodear Sudamérica. De la misma manera, el megapuerto será la conexión entre Asia y nuestra región, especialmente con Brasil, una economía en constante crecimiento y cuyo comercio se conectará con Chancay a través de la carretera Transoceánica.

II. EL ROL DEL PERÚ Y LA IMPORTANCIA DEL MEGA-PUERTO

La importancia de la posición geográfica del Perú para el desarrollo de la actividad comercial a nivel internacional es evidente. Nuestro país se encuentra ubicado en el centro occidental de la costa del Pacífico de Sudamérica, lo que le permite tener una conexión geográfica entre Sudamérica y Asia; propiciando un intercambio comercial a gran escala con diversos países. Es así que, con el objeto de multiplicar las ganancias y generar una mayor dinamización económica a través de las exportaciones; *Cosco Shipping Ports*, compañía naviera China, se convierte en el mayor inversionista de la construcción del megapuerto, ubicado en Huaral; cuyo impacto promete ser positivo y significativo para la economía internacional, pero sobre todo para la economía peruana.

Este megapuerto constituye uno de los principales cambios a nivel nacional, regional y local; toda vez que estimula la creación de nuevos empleos y negocios, lo que promueve un impacto positivo en nuestra comunidad. Además, la economía peruana también se verá beneficiada debido al aumento del turismo, pues recordemos que Chancay, de por sí, es un lugar turístico; y, por tanto, con la construcción del megapuerto tendrá mayor acogida.

Pero sus bondades no solo se reducen al plano nacional, sino que también se reflejan a nivel internacional considerando sus modernas e innovadoras instalaciones que recibirán a los barcos más grandes del mundo, así como el gran impulso que generará a la inversión y al comercio

³ RUEDA LÓPEZ, Francisco C., “Concepto y caracteres del derecho marítimo”. Vol. Nº 52. *Vniversitas*, 2005, 229-268, p. 233.

internacional. Según una nota de prensa publicada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, “la construcción del nuevo Terminal Portuario Multipropósito de Chancay permitirá que el Perú se convierta en una potencia a nivel comercial, debido a que será el primer centro logístico del Pacífico sudamericano”⁴.

En efecto, si bien en el Perú existe otro puerto que reviste especial relevancia a nivel internacional como lo es el Puerto de Callao; debemos precisar que éste se encuentra congestionado, por lo que el megapuerto busca descongestionar sus vías de acceso, incrementando la competitividad comercial.

III. ¿CUÁLES SON LOS PRINCIPALES CONTRATOS MARÍTIMOS?

Como producto del gran intercambio comercial a nivel internacional, que se avecina a raíz de la construcción del megapuerto; las relaciones jurídico-comerciales que se desarrollan en el mar y en los puertos se incrementarán exponencialmente. Ahora los protagonistas de la escena serán el propietario del buque, el armador, el naviero, el capitán, entre otros; quienes participarán activamente en el sector de transporte marítimo. Asimismo, los contratos de fletamento por viaje, por tiempo, a casco desnudo; los contratos de seguros marítimos, entre los más conocidos, serán el nuevo centro de atención gracias a este proyecto. En ese sentido, pasamos a desarrollarlos en los siguientes apartados.

A. *Contratos de fletamento*

Si se trata de agilizar el comercio marítimo de mercancías, se suele optar por los contratos de fletamento que, en líneas generales, son contratos de arrendamiento de un barco para el transporte marítimo de mercancías. Estos se caracterizan por ser consensuales y carecer de formalidades, con el fin de no entorpecer el comercio. Además, constan en pólizas de fletamentos o *charter parties*, en los cuales se establecen los pormenores de la operación, tales como los datos personales de las partes, detalles de la ruta y el tiempo de plancha. En este tipo de contratos participan dos partes importantes: el fletante y el fletador. El primero es el naviero que pone el buque en alquiler; mientras que el segundo es el que lo alquila a efectos de transportar su carga. Flete se le denomina al precio por el cual se alquila el buque. Ahora bien, este contrato de transporte marítimo puede, a su vez, subdividirse en tres tipos: fletamento a casco desnudo, por tiempo y por viaje.

B. *Contrato de fletamento a casco desnudo*

El contrato de fletamento a casco desnudo o *bareboat charter* es aquel por el cual el fletante cede al fletador el uso y disfrute del buque, de manera que el fletador es quien contrata al capitán y a la tripulación, y ejerce la gestión náutica del buque por su cuenta y en su nombre, convirtiéndose en armador. Sin perjuicio de ello, el fletador también puede ejercer la gestión comercial del buque, pero es el ejercicio de la gestión náutica lo que permite calificarlo como armador, ya que puede desprenderse temporalmente de la gestión comercial cuando celebre un contrato de fletamento por

⁴ “Puerto multipropósito de Chancay impulsará la economía y su construcción generará 7500 empleos directos e indirectos”, *Plataforma del Estado peruano*, 10/09/2022, disponible en <https://www.gob.pe/institucion/mtc/noticias/648926-puerto-multiproposito-de-chancay-impulsara-la-economia-y-su-construccion-generara-7500-empleos-directos-e-indirectos>

tiempo⁵. Bajo esta figura contractual, el arrendador o fletante debe recibir un pago en concepto de alquiler del buque y no responderá por las mercancías o transacciones que se efectúen durante el tiempo de contrato. A nivel doctrinario, existe una comparación entre los fletamentos a casco desnudo y los contratos de arrendamiento, puesto que poseen la misma naturaleza jurídica.

C. *Contrato de fletamento por tiempo*

El fletamento por tiempo o *time charter* es una figura particular, por la cual el fletante pone a disposición del fletador el buque por un determinado plazo. Así, el fletante continúa siendo responsable de la gestión náutica, debiendo responder por los gastos relacionados con la operación del buque. Por otro lado, el fletador mantiene la gestión comercial con relación a los viajes que se deban realizar o la carga que se deba transportar, y tiene la obligación de indemnizar al fletante por los daños y perjuicios sufridos como producto de la gestión comercial a su cargo. En la práctica internacional prevalece la necesidad de protección del fletante contra un pago tardío, resistencia del pago del flete o insolvencia del fletador, pues la regla general consiste en que el fletante estará facultado para resolver el contrato y retirar el buque del servicio del fletador, en caso este último no realice el pago oportuno. La excepción a la regla general se encuentra en las cláusulas *Off hire*, las cuales facultan al fletador para suspender el pago en caso de existir problemas con el buque.

D. *Contrato de fletamento por viaje*

Por el contrato de fletamento por viaje o *voyage charter*, el fletante mantiene el control de la gestión náutica y comercial del buque, siendo responsable de transportar las mercancías encargadas por el fletador en el lugar designado por este último, a cambio del pago de una suma de dinero denominada flete. En ese sentido, el fletante se verá obligado a responder por los costos de la operación; mientras que, el fletador asumirá aquellos gastos e impuestos que se deriven de la carga, incluyendo los gastos de embarque y descarga, según los límites establecidos en el contrato⁶. Es en este contrato donde aparece la figura del conocimiento de embarque o *bill of lading*, un recibo que acredita la colocación de la carga, incluyendo información sobre nombre y matrícula del buque, origen y destino, clase de mercancía y valor del flete.

E. *Contrato de seguro en el transporte marítimo*

El contrato de seguro marítimo se define como aquel por el cual el asegurador se obliga, a cambio de una prima, a indemnizar al asegurado por los perjuicios patrimoniales que éste sufra en sus intereses, como consecuencia de la realización del riesgo asegurado y con ocasión de la navegación marítima⁷. Las partes intervinientes son cuatro: el asegurador, el asegurado, el tomador y los beneficiarios. El asegurador es quien tiene la obligación de indemnizar al asegurado, en caso de que ocurra un siniestro. El asegurado es aquel que tiene interés sobre los bienes o propiedades (buques, mercancías) que son objeto de cobertura. El tomador es la parte contratante que actúa por cuenta de otro y que contrae las principales obligaciones respecto del asegurador; no obstante, hay casos en

⁵ URDAY BERENGUEL, Percy, *Manual de Derecho Marítimo*, 1a ed, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2017, p.67.

⁶ URDAY BERENGUEL, Percy, *Manual de Derecho Marítimo*, 1a ed, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2017, p.67.

⁷ GABALDÓN GARCÍA, José Luis, *Curso de Derecho Marítimo Internacional: derecho marítimo internacional público y privado y contratos marítimos internacionales*. Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 808

los que el tomador y el asegurado son la misma persona. Los beneficiarios son aquellos que poseen el derecho a ser indemnizados, pese a que no se encuentran como asegurados en el contrato. Por su parte, el objeto del contrato será la mercancía o carga, cuyo valor está establecido en la póliza con el fin de que el asegurador pueda calcular el monto de la indemnización.

IV. EL ARBITRAJE MARÍTIMO

Hasta aquí se evidencia la diversidad de contratos marítimos, cuya celebración será promovida por la construcción del megapuerto. No obstante, recordemos que no todo es color de rosa ¿a qué nos referimos con esta afirmación? Pues bien, aunque cada contrato representa una oportunidad de negocio en beneficio de la economía, debemos señalar que también es una posibilidad de conflicto. Conflictos que pueden ir desde disputas generadas por las relaciones jurídicas entre operadores y administradores portuarios hasta responsabilidad contractual por incumplimiento de la entrega de mercancías. En cualquiera de los casos, estos buscarán resolverse de la manera más óptima posible.

Es así que surge una disyuntiva meramente doctrinal entre acudir a la jurisdicción ordinaria o a la arbitral para la resolución de estas disputas, toda vez que la práctica y la costumbre internacional reconocen al arbitraje como el único medio idóneo para dirimir estas controversias. Ello en atención a sus múltiples virtudes, entre las que se encuentran la especialización y la posibilidad que poseen las partes para designar a los árbitros.

La facultad de elección de árbitros es de suma importancia en el derecho marítimo, teniendo en cuenta su complejidad y la constante actualización que requiere su tratamiento⁸, por lo que será oportuno designar a un juzgador especialista en la materia controvertida, lo cual solo es posible en el arbitraje, mas no en los juzgados ordinarios.

En el Perú, no existen juzgados y tribunales especializados en Derecho Marítimo. Esta carencia conlleva a que muchas veces procesos complejos y también elementales, sean resueltos sin el conocimiento legal y doctrinario apropiado. Naturalmente, el Estado no puede renunciar a resolver una controversia marítima, pero lamentablemente no se ha preocupado en institucionalizar una jurisdicción marítima ni en dotar a los jueces y magistrados de los conocimientos especiales que integran el Derecho Marítimo⁹.

La celeridad es otra de las ventajas que posee la vía arbitral, la cual es más que necesaria en las transacciones marítimas comerciales, toda vez que constituiría un grave perjuicio para la economía el que las controversias marítimas y portuarias que derivan del intercambio comercial, tomen años en resolverse. Tal como sucede con los procesos llevados al Poder Judicial, cuyos plazos se prolongan por años, sumado a la excesiva carga procesal de los juzgados.

⁸ PEJOVÉS MACEDO, José A., *El arbitraje marítimo y su desarrollo en el Perú*, Advocatus, Vol. N° 33, 2016, 223-233, p. 230.

⁹ PEJOVÉS MACEDO, José A., *El arbitraje marítimo y su desarrollo en el Perú*, Advocatus, Vol. N° 33, 2016, 223-233, p. 230.

Otros beneficios son la confidencialidad, la elección del derecho aplicable, entre otros. En razón de lo expuesto es que el arbitraje se presenta como la vía idónea para atender los conflictos marítimos y portuarios que se deriven a partir de las operaciones de transporte marítimo internacional, surgiendo así lo que conocemos como arbitraje marítimo, y cuya regulación en el ámbito internacional tendrá tratamiento más adelante.

V. EL ARBITRAJE MARÍTIMO Y SU REGULACIÓN

Haciendo un breve recuento, nos queda claro que el megapuerto representa un hito para las actividades marítimas en la región y sobre todo para el Perú. Anteriormente, se han tratado sus posibles consecuencias y el impacto que tendrá en el panorama de las actividades marítimas. Asimismo, un efecto directo de lo anterior será el aumento de los casos y controversias en torno a los contratos marítimos, las cuales precisamente serán resueltas por tribunales arbitrales en arbitrajes marítimos.

Es innegable que el transporte marítimo es la actividad más relevante dentro de las comprendidas por el derecho marítimo, por lo que es desde los contratos de transporte marítimo que se establece el punto de partida para comprender cómo se resuelven sus controversias y para qué debemos estar preparados los abogados de la región en el futuro. En esa línea, como primer peldaño es importante conocer las normas internacionales relevantes, las cuales serán base para alegatos, defensas y laudos.

A. Normativa internacional del arbitraje marítimo

Si hablamos de transporte marítimo, no podemos dejar de mencionar a las Reglas de La Haya del año 1924, las cuales fueron desplazadas a un segundo plano desde la promulgación de las Reglas de Hamburgo. Sin perjuicio de ello, algunos países aún se rigen bajo estas reglas que regulan aspectos del derecho marítimo y, especialmente, del transporte marítimo; pero no propiamente del arbitraje. No obstante, ello no ha constituido una limitante para que las partes puedan arbitrar, ello a la luz del principio de la autonomía de la voluntad.

Así también, es menester citar y revisar el Convenio de las Naciones Unidas para el Transporte Marítimo de Mercancías de 1978, más conocido como Reglas de Hamburgo, que regulan al transporte marítimo, sus procesos e instituciones. La nota explicativa de la secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI”) las define de la siguiente manera: *“Las Reglas de Hamburgo establecen un régimen jurídico uniforme que regula los derechos y obligaciones de cargadores, portadores y consignatarios en virtud de un contrato de transporte marítimo”*.

Asimismo, sobre su ámbito de aplicación menciona que:

Las Reglas de Hamburgo se aplican a todos los contratos de transporte marítimo de mercancías concertados entre dos Estados diferentes si, de acuerdo con el contrato, el puerto de carga o el puerto de descarga están situados en un Estado contratante, si las mercancías se descargan en uno de los puertos facultativos de descarga previstos en el

contrato y dicho puerto está situado en un Estado contratante, o si el conocimiento de embarque u otro documento que haga prueba del contrato se emite en un Estado contratante. Además de estos casos, las Reglas de Hamburgo se aplican también si el conocimiento de embarque u otro documento que haga prueba del contrato estipulan su aplicación.

Las Reglas de Hamburgo son el cuerpo normativo para revisar a la hora de enfrentar un caso de transporte marítimo o cuando se utilicen conocimientos de embarque o *bill of lading*, como se les conoce internacionalmente; los cuales son títulos valores que sirven de herramienta a la hora de realizar contratos de transporte marítimo.

El conocimiento de embarque marítimo es un documento expedido por el porteador, el representante o el buque mercante, por el cual reconocen haber recibido determinadas mercancías para su transporte y restituirlas a su legítimo tenedor después de haberlo efectuado. También se comprende como la obligación mediante la cual los porteadores, armadores o el capitán del buque se comprometen con el comerciante a entregar las mercancías cargadas a la persona que se exprese en el conocimiento¹⁰. Estos conocimientos de embarque también podrán ser objeto de arbitraje.

Asimismo, la doctrina desarrolla tres funciones de los conocimientos de embarque: (i) como constancia de la entrega de las mercancías o de que han sido cargadas; (ii) como prueba de la existencia de un contrato de transporte marítimo; (iii) como título de crédito.

Por lo que volviendo al tema del presente artículo, ¿qué dicen las Reglas de Hamburgo respecto a la solución de controversias en los contratos marítimos?

Para responder a esta pregunta hay que dirigirse a los artículos 21 y 22 del referido cuerpo normativo, los cuales prevén tanto la solución de controversias en la vía judicial, así como la posibilidad de pactar arbitraje.

Artículo 22. Arbitraje:

“1. Con sujeción a lo dispuesto en este artículo, las partes podrán pactar por escrito que toda controversia relativa al transporte de mercancías en virtud del presente Convenio sea sometida a arbitraje.

2. Cuando el contrato de fletamento comprenda una estipulación según la cual las controversias que surjan en relación con ese contrato serán sometidas a arbitraje y un conocimiento de embarque emitido en cumplimiento del contrato de fletamento contenga cláusula expresa por la que se establezca que esa estipulación será obligatoria para el tenedor del conocimiento, el porteador no podrá invocar la estipulación contra el tenedor que haya adquirido el conocimiento de embarque de buena fe.

3. El procedimiento arbitral se incoará, a elección del demandante, en uno de los lugares siguientes: a) Un lugar situado en un Estado en cuyo territorio se encuentre: i) El establecimiento principal o, a falta de éste, la residencia habitual del demandado; o ii) El

¹⁰ SALGADO SALGADO, José E., *El arbitraje y el conocimiento de embarque marítimo*, en IMCE. - ADACI.- UNAM. (Eds.). Panorama del arbitraje comercial internacional, México, 1983, pp. 1-2.

lugar de celebración del contrato, siempre que el demandado tenga en él un establecimiento, sucursal o agencia por medio de los cuales se haya celebrado el contrato; o iii) El puerto de carga o el puerto de descarga; o b) Cualquier lugar designado al efecto en la cláusula compromisoria o el compromiso de arbitraje.

4. El árbitro o el tribunal arbitral aplicará las normas del presente Convenio.

5. Las disposiciones de los párrafos 3 y 4 de este artículo se considerarán incluidas en toda cláusula compromisoria compromiso de arbitraje y cualquier estipulación de tal cláusula compromiso que sea incompatible con ellas será nula y sin efecto.

6. Ninguna de las disposiciones del presente artículo afectará a la validez del compromiso de arbitraje celebrado por las partes después de presentada la reclamación basada en el contrato de transporte marítimo”.

Las Reglas de Hamburgo establecen las características de los arbitrajes que resuelvan controversias marítimas: (i) se podrá arbitrar tanto transportes marítimos como conocimientos de embarque; (ii) el lugar del arbitraje en atención al establecimiento principal del demandado, el lugar de la celebración del contrato siempre y cuando haya un establecimiento del demandado ahí, o en los puertos que contemple el contrato. Esto último, resulta muy interesante ya que se relaciona con una de las características del arbitraje marítimo en la práctica: la preferencia por optar por arbitrajes *ad hoc*.

En palabras de la Dra. Eva Latina, la intención de las partes de preferir confidencialidad, eficiencia y flexibilidad en la industria marítima las lleva a preferir el arbitraje *ad hoc*, sin tener que someterse a la supervisión de una institución arbitral. Sin embargo, sí se someten a los reglamentos de instituciones arbitrales para sus arbitrajes; siendo los principales en arbitraje marítimo: *London Maritime Arbitrators Association* (“LMAA”), *New York Society of Maritime Arbitrators* (“SMA”) y *Singapore Chamber of Maritime Arbitration* (“SCMA”)¹¹.

Esta preferencia por arbitrar de manera *ad hoc* es uno de los motivos por los cuales es complicado tener información precisa sobre la cantidad de arbitrajes marítimos, sin embargo, también evidencia la forma en la que funciona la actividad comercial marítima. ya que no se tienen lugares fijos de ejecución, por lo que la sede del arbitraje es toda una cuestión a tratar sobre todo al estar frente a partes internacionales. Las partes podrán fijar en su convenio arbitral de forma previa cuál será la sede, sin embargo, en ausencia de este pacto deberá definirse ya sea con el lugar de celebración del contrato, en alguno de los puertos involucrados e incluso en caso de accidentes en el caso de seguros podrá ser el lugar de ocurrencia del siniestro.

Finalmente, en un afán de uniformar la normativa internacional en materia de derecho marítimo es que surge el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo (2008), o mejor conocidas como Reglas de Rotterdam. Al respecto, UNCITRAL¹² sostiene que estas ofrecen un marco jurídico innovador que toma en

¹¹ LATINA, Eva, *Theory, Law and Practice of Maritime Arbitration: The Case of International Contracts for the Carriage of Goods by Sea*, Kluwer Law International, 2020, p.1.

¹² “United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea (New York, 2008) (the “Rotterdam Rules”)”, United Nations Commission On International Trade Law, disponible en https://uncitral.un.org/en/texts/transportgoods/conventions/rotterdam_rules

cuenta diversos cambios y novedades tecnológicas y comerciales que se han producido en los transportes marítimos a lo largo de todo este tiempo. En efecto, quizás uno de los mayores aportes de las Reglas de Rotterdam consiste en incorporar los documentos electrónicos, lo cual es un intento por modernizar el derecho marítimo.

Pese a lo expuesto, debemos señalar que este cuerpo normativo ha generado numerosos debates, puesto que cuenta con defensores que afirman que las Reglas de Rotterdam representan un avance significativo en la modernización del derecho marítimo; así como, detractores, tales como aquel grupo de abogados que publicó la Declaración de Montevideo.

En la actualidad, la mayoría de países, incluyendo al Perú, han ratificado las Reglas de Hamburgo, sustituyendo las Reglas de La Haya. Y, respecto a las Reglas de Rotterdam, pese a ser la más actual, estas no han sido ratificadas por ningún país latinoamericano o europeo (con excepción de España), lo cual obedece a su excesiva extensión (93 artículos) y la oscuridad de algunas de sus normas.

B. Normativa nacional del arbitraje marítimo

Todo arbitraje que se suscite en el Perú se rige por el Decreto Legislativo N° 1071. Además, forma parte de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional auspiciada por la Organización de los Estados Americanos (“OEA”); así como de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, y del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, entre las más relevantes.

En lo concerniente al derecho marítimo, el Perú, por Decreto Supremo N° 687, incorporó a su ordenamiento las Reglas de la Haya, las cuales entraron en vigor en 1965. Posteriormente, se adhirió, mediante Decreto Supremo N° 006-2021, al Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías de 1978, conocido como las Reglas de Hamburgo que entraron en vigor en 2022, dejando en el pasado las primeras. En ese sentido, actualmente, las Reglas de Hamburgo son aplicadas en conjunto con las normas derivadas del Código de Comercio (1902) que, aunque ciertamente desfasado, regula aspectos concernientes al comercio marítimo en su libro tercero.

Sobre el particular, el Código de Comercio peruano posee un apartado en el cual se establecen los contratos especiales del comercio marítimo, tales como el contrato de fletamento, incluyendo las obligaciones del fletador y fletante; el denominado contrato a la gruesa o préstamo a riesgo marítimo, que no es muy conocido a nivel internacional; y el contrato de seguros marítimos, cuya validez está condicionada a la formalidad escrita en póliza firmada por los contratantes y a los requisitos consignados en su artículo 751.

En atención a lo expuesto y volviendo al tema del megapuerto, surge una situación sumamente preocupante. Y es que si, tal como afirmamos en la primera parte de este artículo, se avecinan numerosos contratos como producto de la construcción del megapuerto, ¿cómo se van a solucionar los conflictos derivados de esos contratos cuando el arbitraje marítimo en Perú se regula por una norma internacional que no es muy conocida por la comunidad jurídica (Reglas de Hamburgo) y por

un Código de Comercio vetusto?, ¿estamos preparados para afrontar ello? A nivel normativo, definitivamente, no. Por lo cual, consideramos que la creación de una legislación nacional en cuanto al arbitraje marítimo es lo más conveniente y, a su vez, una modificación del libro tercero del Código de Comercio de 1902, en atención a las actuales necesidades que surgen con la instalación del megapuerto.

VI. MODELOS INTERNACIONALES DE LOS CONTRATOS MARÍTIMOS

Como primer punto a tratar, nos enfocamos en un gran grupo de contratos marítimos como son los fletamentos, los cuales, si bien son consensuales y no requieren de formalidad alguna, generalmente constan en pólizas de fletamento o *charter parties*, como se les denomina en el mercado internacional¹³.

Todos estos contratos funcionan mediante pólizas, las cuales pese a ser de libre disposición y regulación por las partes, las mismas prefieren ceñirse a modelos internacionales como lo son los contratos modelo BIMCO de la *Baltic and International Maritime Conference* (“BIMCO”).

A nivel internacional, dadas las particularidades de los contratos de fletamento y el uso habitual de los mismos por sus múltiples virtudes, se han elaborado pólizas de fletamento tipo con el fin de facilitar la contratación y otorgar una base a las partes sobre la cual guiar sus negociaciones. BIMCO formuló las pólizas BARECON 2001, BALTIME y GENCON 2022, ello en atención a las figuras del contrato de fletamento a casco desnudo, por tiempo y por viaje, respectivamente. Otros modelos de contrato BIMCO son los SYNACOMEX para el fletamento por viaje; CONVERSIONCOIN para los casos en que los buques requieren convertirse a un nuevo propósito o el SHIPSALE 22. Por su parte, la Asociación de Corredores y Agentes de Buques de Estados Unidos elaboró la póliza *New York Produce Exchange* respecto al fletamento por tiempo.

BIMCO publica formularios normalizados y cláusulas especiales que pueden ser incorporadas por el parte en cualquier contrato marítimo. Una de las cláusulas tipo más importantes es la cláusula de arbitraje, la cual se revisa y actualiza periódicamente¹⁴. En conclusión, los contratos de fletamento internacionales optan por el arbitraje para la solución de controversias, considerando incluso establecer cláusulas escalonadas, las cuales podrán elegir o no los contratantes.

Respecto a los contratos de seguros marítimos, también se ha optado por establecer una serie de cláusulas modelos, que unifican los términos y condiciones de cobertura que se llevan a cabo en la actualidad. Entre las cláusulas más conocidas se encuentran las *Institute Cargo Clauses* (“ICC”) publicadas por el *Institute of London Underwriters* (“ILU”). Las ICC son tres cláusulas de cobertura de aplicación multinacional que se clasifican de la A a la C, de mayor a menor cobertura, siendo la primera la que cubre todo riesgo, mientras que la tercera cubre las pérdidas o demoras en la entrega de mercancías.

¹³ URDAY BERENGUEL, Percy, *Manual de Derecho Marítimo*, 1a ed, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2017, p. 63

¹⁴ LATINA, Eva, *Theory, Law and Practice of Maritime Arbitration: The Case of International Contracts for the Carriage of Goods by Sea*, Kluwer Law International, 2020, p.1.

Por su parte, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (“UNCTAD”), en un intento de crear modelos que hicieran la contratación de seguros mucho más comprensible y contribuir a la estandarización del mercado, publicó las MMCI. Sin embargo, estas cláusulas no obtuvieron la aceptación de los armadores y, mucho menos, del mercado internacional de seguros marítimos.

VII. PRINCIPALES CENTROS DE ARBITRAJE MARÍTIMO

Por último y de manera enumerativa mencionar los 3 centros de arbitraje más importantes en lo que arbitraje marítimo refiere, ya que pese a la mayoría *ad hoc* existente, las partes optan por someterse al reglamento de arbitraje de las siguientes instituciones: LMAA, SMA y SCMA.

Cifras estadísticas estiman que el 80 % de los arbitrajes marítimos del mundo suceden en Londres, mientras que Nueva York representa el segundo lugar, dejando como los terceros más relevantes a Singapur y Hong Kong, como los centros de arbitraje predilectos para arbitrajes marítimos ya sea para administrarlos o para someterse a sus reglamentos¹⁵.

En el Perú no existen centros de arbitraje marítimo especializados, no obstante, instituciones arbitrales como el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (“CCL”), el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (“CARC PUCP”), el Centro Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú (“Amcham”), han administrado procesos arbitrales en los que se han resuelto controversias marítimas, sobre ventas marítimas o contratos de fletamento¹⁶.

VIII. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

En esa línea, pese a que nos encontramos desactualizados en cuanto a la regulación del arbitraje marítimo, ya sea por falta de difusión en la especialización de las Reglas de Hamburgo o por la carente modernidad del Código de Comercio; debemos señalar que las instituciones arbitrales peruanas pueden hacer frente a las controversias marítimas o portuarias, como en algunas ocasiones lo han venido haciendo. No obstante, ello no significa que ya todo esté perfecto en cuanto a los centros arbitrales, aún hay mucho por mejorar: la especialización de los árbitros en derecho marítimo y la adecuación de los reglamentos arbitrales a los cambios que surgen como producto de las relaciones comerciales marítimas.

Es claro que la construcción del megapuerto trae consigo grandes oportunidades para la economía peruana, pero también nuevos retos en el campo del derecho marítimo y el arbitraje marítimo. Es así que proponemos la creación de una legislación nacional y la actualización del Código de Comercio de 1902, de manera que se armonice con las Reglas de Hamburgo ya ratificadas por el Estado peruano.

¹⁵ LATINA, *Theory, Law and Practice of Maritime Arbitration: The Case of International Contracts for the Carriage of Goods by Sea*, p.2.

¹⁶ *Petrop Peru S.A. v. Empresa Petrolera Transoceanica S.A.* Centro de Arbitraje de la CCL. Caso Arbitral N° 2271-2012-CCL, Laudo Final, 15 de abril de 2013.

Asimismo, litigantes y árbitros deben tener en cuenta que el derecho marítimo es una rama del derecho especial ya que sus instituciones son muy particulares por lo que al ser el derecho de fondo a la hora de resolver y atender casos relacionados con transporte marítimo, fletamentos o seguros marítimos, resulta relevante que se le de una especial importancia y nuevos enfoques.

¿QUIÉN RESPONDE? MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Pedro Lacasa¹

Resumen: Las medidas cautelares en un proceso arbitral levanta numerosos puntos grises. Hay un tema que ha sido ignorado por demasiado tiempo por los esfuerzos internacionales (como lo es la Convención de Nueva York de 1958) o regionales (como el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR) en materia legislativa acerca del arbitraje comercial internacional.

Las medidas cautelares han sido en parte reguladas en las leyes domésticas de cada Estado Soberano (influenciadas en gran parte por la Ley Modelo CNUDMI) y en los reglamentos institucionales de arbitraje comercial internacional, entre los cuales los principales son el de CNUDMI, CCI, LCIA y SCC.

Sin embargo, lo que estas leyes domésticas o reglamentos institucionales no regulan en absoluto es la responsabilidad que deriva del otorgamiento (injusto o indebido) de dichas medidas cautelares.

Este trabajo comparará algunas de las principales leyes domésticas del arbitraje comercial internacional, para luego comparar también algunos reglamentos institucionales, para así revelar la gran faltante en estas regulaciones: la responsabilidad derivada del otorgamiento de medidas cautelares por parte de un tribunal arbitral.

Abstract: *Interim measures in arbitration proceedings raise numerous issues. One has been ignored for too long by international (such as the 1958 New York Convention) or even regional (such as the MERCOSUR Agreement on International Commercial Arbitration) legislation on international commercial arbitration.*

Interim measures have been partially regulated in the domestic laws of each Sovereign State (largely influenced by the UNCITRAL Model Law) and in the institutional rules of international commercial arbitration, among which the main ones are those of UNCITRAL, ICC, LCIA and SCC.

However, what these domestic laws or institutional rules do not regulate at all is the liability arising from granting (unfairly or irregularly) such interim measures.

¹ Abogado (Universidad Nacional de Asunción, 2013) Máster en Derecho Internacional Privado (Université Paris II Panthéon-Assas, 2016). Máster en Derecho de la Empresa (Universidad Católica, 2020). Summer school of Civil Law (Fondation pour le droit continental, 2016). Diploma internacional en Derecho de la Energía e Inversiones (CCI-Heidelberg, 2017). Pasantía en Project Finance y Estructuración de PPPs (Corporación Nacional de Desarrollo, Montevideo, 2018). Especialización en Derivados Financieros de la Bolsa de Valores de Asunción (2019). Curso de Futuros de Tipo de Cambio de la BVPASA (2019). Course on International Investment Law and Dispute Resolution (British Institute of International and Comparative Law, 2020). Summer School en Derecho Internacional Privado (Academia de Derecho Internacional de La Haya, 2021).

This paper will compare some of the main domestic laws of international commercial arbitration, and then also compare some institutional rules, in order to reveal what is missing in these regulations: the liability arising from the granting of interim measures by an arbitral tribunal.

I. INTRODUCCIÓN.....	181
II. LA PARADOJA DE LA UNIFORMIDAD EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL Y LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	182
III. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL: ¿UN ARMA DE DOBLE FILO?.....	183
IV. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL JUEZ ESTATAL EN EL DICTADO DE MEDIDAS CAUTELARES: ALGO NO DISCUTIDO. ¿LO MISMO APLICA A LOS ÁRBITROS INTERNACIONALES?.....	185
V. LA RESPONSABILIDAD DEL ÁRBITRO INTERNACIONAL EN EL DICTADO DE MEDIDAS CAUTELARES.....	186
<i>A. Leyes estatales sobre arbitraje comercial internacional.....</i>	<i>187</i>
<i>B. Las reglas de arbitraje comercial internacional.....</i>	<i>188</i>
VI. COLOFÓN.....	189

I. INTRODUCCIÓN

La eficacia de los laudos arbitrales internacionales depende de la relación entre (i) la ley aplicable al fondo y (ii) la competencia del adjudicador (árbitro único o tribunal arbitral) el cual deberá aplicar dicha ley de fondo al litigio que le fue sometido.

Sin embargo, el dictado de medidas cautelares no constituye un laudo final. Por lo que la relación binaria descrita *supra* no es exigida de forma unánime por la comunidad internacional para la circulación de medidas cautelares dictadas en otra jurisdicción ajena a la de *la lex arbitri*.

Independientemente de lo anterior, una reciente encuesta llevada a cabo en 16 países de Latinoamérica encarada por el *task force* de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje (“ALARB”) reveló que existe un panorama bastante diverso en el tratamiento de estos institutos en los distintos países de la región Latinoamericana. Si en Latinoamérica, donde las familias jurídicas prácticamente coinciden, hay significativa divergencia en este punto, es normal que en continentes donde familias jurídicas con *pedigree* muy diferente se encuentran (como Europa o África) esta divergencia de tratamiento en las medidas cautelares en el arbitraje internacional aumente.

Cada jurisdicción tiene su concepción propia de lo que es una medida cautelar. Estas concepciones son, por supuesto, un tanto diferentes. Entonces, no es sorpresa que las concepciones de lo que es una medida cautelar en el arbitraje comercial internacional varíe incluso más.

Aunque el concepto general sea *in abstracto* coincidente, lo cierto es que las concepciones internas reflejadas en la práctica arbitral pueden llevar a debates y diferencias. Como bien lo evidenció Julio César Rivera, hasta en la nomenclatura (i.e. forma de denominar a lo que se conoce como medidas cautelares o terminología) varía de jurisdicción en jurisdicción, y hasta genera un pequeño desacuerdo entre comentaristas y doctrinarios².

En derecho inglés y americano se conocen como *Interim Measures* o *Provisional Measures*. Estos términos pueden ser traducidos directamente como el caso de las Medidas Provisionales o Medidas Precautorias, pero también se conocen como Medidas Cautelares. En derecho francés, suizo y belga (y parte del derecho canadiense) se conocen como *Mesures Provisoires* o *Mesures Conservatoires*.

Sin embargo, la divergencia en la terminología legal de esta clase de medidas preventivas en un procedimiento de arbitraje comercial internacional es la menor fuente de divergencia. Pero la más mínima diferencia en la terminología o concepto de una figura legal puede impactar en su *alcance*.

II. LA PARADOJA DE LA UNIFORMIDAD EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL Y LAS MEDIDAS CAUTELARES

El arbitraje comercial internacional supone una uniformidad de criterios básicos y una previsibilidad que lo diferencia de las jurisdicciones estatales. Y es precisamente esa previsibilidad la que es elegida por los operadores del comercio internacional (bancos de inversión, empresas de energía, ensambladoras de autopartes, constructoras, etc.). Esa previsibilidad se sustenta enteramente en un “criterio homogéneo” del derecho, esto es, que las reglas que subyacen a cada litigio internacional son siempre las mismas, como los Principios Generales del Derecho y la *Lex Mercatoria*. Pero en el caso de las medidas cautelares, las distintas jurisdicciones del derecho comparado no se ponen de acuerdo ni con qué terminología usar para denominarlas.

Se trae a colación el desacuerdo terminológico pues en el derecho comparado del arbitraje comercial internacional también hay confusión acerca de los tipos de laudos o sentencias arbitrales: mientras que algunos sostienen que un laudo debe ser final y definitivo, otros reconocen la existencia de laudos parciales o interlocutorios.

Como bien lo expresó Van Den Berg:

El problema con varias de estas categorías de laudos es que las leyes de arbitraje difieren acerca de la cuestión de cuál categoría puede o no ser usada. Además, los mismos términos parecieran ser utilizados, pero con diferentes significados. Por ejemplo, lo que es referido como un laudo parcial en algunos países de Derecho Civil es llamado *Interim Award* en algunos países de Common Law. Pero la Ley Modelo de CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 (artículo 32 (1))³

² RIVERA, Julio C., *Arbitraje Comercial, Internacional y Doméstico*, 2da Edición, Abeledo-Perrot, 2014, p. 546.

³ VAN DEN BERG, Albert J. "New York Convention of 1958: Refusals of Enforcement" (2007) 18 ICC International Court of Arbitration Bulletin 25. Traducción libre.

La Ley Modelo CNUDMI ha sido enmendada en el año 2006. Las enmiendas encararon dos temas principales: (i) el requerimiento “por escrito” para los convenios arbitrales y (ii) las condiciones para la emisión de medidas cautelares⁴.

Por esta razón, algunas leyes domésticas de arbitraje comercial internacional basadas en la Ley Modelo CNUDMI *antes* de su enmienda del año 2006 son algo diferentes que las leyes sancionadas *después*. Las leyes de Paraguay⁵, Brasil⁶, Chile⁷ y España⁸ (todas ellas basadas en la Ley Modelo) fueron sancionadas *antes*; las leyes de Argentina⁹, Colombia¹⁰, Perú¹¹ y Uruguay¹², *después*.

III. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL: ¿UN ARMA DE DOBLE FILO?

Sin perjuicio de todo lo anterior, lo cierto es que algunos consideran que, en la práctica, las medidas cautelares en los procesos de arbitraje comercial internacional pues son utilizadas como una manera “legal” de meter presión a la contraparte. Como bien lo expresa Astrid Westphalen en su comentario:

Normalmente utilizadas como un medio para proteger los legítimos intereses de las partes durante el procedimiento arbitral, las medidas cautelares se han ido desviando de su propósito original y hasta son recurridas como una táctica procesal para que una parte ejerza presión sobre la otra.¹³

A esta opinión cada vez más en aumento acerca del abuso del derecho en lo concerniente a las medidas cautelares, se suma el “mercado negro” en el dictado de medidas cautelares en los

⁴ HOWARD M HOLTZMANN AND OTHERS, ‘Foreword’, *A Guide to the 2006 Amendments to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration* (Wolters Kluwer 2015).

⁵ Ley No. 1879 de 2002

⁶ La ley No. 9307 de 1996 se ha basado parcialmente en la Ley Modelo CNUDMI y en la ley 36/1998 de Arbitraje de España. Ver MONTEIRO, Andre L., *et al.*, ‘Is Brazil an Arbitration-Friendly Jurisdiction?’ (*Kluwer Arbitration Blog*, de enero 2019).

⁷ Ley No. 19.971 de 2004.

⁸ Ley No. 60 de 2003.

⁹ Ley No. 27.449 de 2018.

¹⁰ Ley No. 1563 de 2012. Como bien lo ilustra autorizada doctrina de dicho país en virtud del art. 80 de dicha ley, el cual está basado en el art. 17 de la Ley Modelo CNUDMI, el tribunal arbitral está autorizado para ordenar medidas cautelares a menos que las partes hayan estipulado lo contrario. Pero el art. 89 de esa misma ley (también basado en el art. 17 de la Ley Modelo CNUDMI) establece que una de las causales que pueden dar lugar a la negativa del juez colombiano de la ejecución de una medida cautelar es que dicha medida sea contraria al orden público colombiano. Ergo, una interpretación amplia de orden público podría llevar a los jueces a rechazar la ejecución de algunas medidas cautelares dictadas por un tribunal arbitral. Ver JUAN ANTONIO GAVIRIA GIL, ‘Comentarios sobre las nuevas normas colombianas en materia de arbitraje internacional’ [2013] *Revista de Derecho Privado* 259.

¹¹ Decreto Legislativo No. 1071 de 2008. Se sostiene que, si bien la legislación peruana adoptó como modelo directo a la ley de arbitraje española 60 de 2003, lo cual implica que adoptó como modelo indirecto a la Ley Modelo CNUDMI. Ver MATHEUS LÓPEZ, Carlos A., ‘La nueva Ley de Arbitraje peruana’ [2009] *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*

<https://revistas.juridicas.unam.mx/> accessed 25 March 2024.

¹² Ley No. 19.636 de 2018.

¹³ WESTPHALEN, Astrid, ‘Les mesures provisoires et conservatoires en arbitrage international - Etat des lieux/ Provisional and Conservatory Measures in International Arbitration - Overview’ [2018] *Revue de Droit des Affaires Internationales/ International Business Law Journal* 19–20. Traducción libre.

procedimientos jurisdiccionales transnacionales, como lo explica Petreli (comentario sobre los procesos judiciales europeos transnacionales bajo Bruselas I BIS):

(...) no es difícil, considerando a la jurisprudencia, observar una suerte de “estrategia procesal” que explota las debilidades o fallas del sistema. Así como en el caso del Forum Shopping, un deudor puede verse beneficiado de las ventajas procesales de un ordenamiento jurídico que conoce bien y que está incentivado a utilizar (y hasta abusar) con el fin de frustrar la ejecución de decisiones adjudicadas en procesos extranjeros. Las medidas cautelares pueden llegar a desempeñar un rol importante en las estrategias procesales transnacionales debido a su “efecto sorpresa” (...) Por otro lado, se ha observado que el régimen de medidas cautelares estaría generando un “mercado” de medidas cautelares.¹⁴

No se puede negar que existe un abuso en el uso de medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional. Pero dicho abuso no se configura solamente con la petición (abusiva) de la parte solicitante de la medida; sino que se termina de configurar con el dictado (a veces imprudente) de dicha medida solicitada (en abuso del derecho) por parte del tribunal arbitral.

Por supuesto, el poder adjudicador de la *iurisdictio* que poseen los árbitros implica una *discrecionalidad* en el uso de dicho poder adjudicador¹⁵. Pero si dicha *discrecionalidad* se encuentra con un abuso del derecho... ¿Se genera aquí una responsabilidad del decisor en el caso de medidas cautelares concedidas a peticiones (manifiestamente) abusivas?¹⁶

Además, *parte de la doctrina considera que el dictado de medidas cautelares como una decisión anterior al laudo no sería (por razones obvias) luego modificada o “corregida” por el mismo decisor que la dictó* (i.e. el tribunal arbitral), como bien lo expresa un comentario sobre las *Mareva Injunctions*, un tipo popular de medida cautelar en cortes inglesas que se ha expandido al arbitraje comercial internacional, que si bien son dictadas en general por el juez de la sede, también son susceptibles de dictado por el tribunal arbitral si así ha sido acordado por las partes en el convenio arbitral¹⁷:

¹⁴ PRETELLI, Ilaria, ‘Provisional and Protective Measures in the European Civil Procedure of the Brussels I System’ in Vesna Lazić and Steven Stuij (eds), *Brussels Ibis Regulation* (TMC Asser Press 2017) http://link.springer.com/10.1007/978-94-6265-147-0_5 accessed 26 March 2024. Traducción Libre

¹⁵ El ejercicio de la discrecionalidad en la actividad adjudicadora del árbitro internacional puede adoptar, *mutati mutandis*, el contexto de la discrecionalidad judicial (que se torna como algo inevitable, debido a lagunas, antinomias, textura abierta del lenguaje, etc.). Ver Juan B. ETCHEVERRY, ‘Discrecionalidad judicial. Causas, naturaleza y límites’ [2014] *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico* <https://teoriayderecho.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/article/view/123>.

¹⁶ Sobre la *discrecionalidad* en el dictado de medidas cautelares, se ha manifestado que “[la equidad] está generalmente aceptada en las cortes americanas e inglesas. La equidad está enraizada en la *discrecionalidad*. Sin embargo, la *discrecionalidad* puede ser excesiva, creando situaciones injustas, rígidas o nocivas. Dicho poder discrecional debe entonces ser ejercido con extrema cautela ante la posibilidad de lesionar el Estado de Derecho (*Rule of Law*). WILSON Jeffrey, ‘Three If by Equity: Mareva Orders & the New British Invasion’ (2012) 19 *Journal of Civil Rights and Economic Development* <https://scholarship.law.stjohns.edu/jcred/vol19/iss3/5>>. Traducción libre.

¹⁷ Mahasweta MUTHUSUBBARAYAN, ‘The Mareva Injunction and Its Story of Expanding Horizons’ (*Kluwer Arbitration Blog*, 20 May 2019) <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/05/20/the-mareva-injunction-and-its-story-of-expanding-horizons/>> accessed 27 March 2024.

El dictado de una “decisión preliminar” [en la forma de medidas cautelares] indica en sí mismo que el juez [o árbitro internacional], con sustento proveído sólo por una de las partes, ha determinado que era necesario impedir que el demandado esconda sus bienes. Cualquier futura modificación en esa orden necesariamente implicaría que el dictado inicial ha sido incorrecto, injusto o carente de base legal. El pensar que los jueces [o árbitros internacionales] no están dictando verdaderas sentencias, es un error.¹⁸

Algunos comentaristas han sostenido que “sin querer queriendo” el dictado de una medida cautelar puede colocar al solicitante (de dicha medida) en mejor posición litigiosa que la del requerido y a expensas de este último¹⁹.

IV. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL JUEZ ESTATAL EN EL DICTADO DE MEDIDAS CAUTELARES: ALGO NO DISCUTIDO. ¿LO MISMO APLICA A LOS ÁRBITROS INTERNACIONALES?

Ahora bien, ya se trate de un litigio puramente doméstico o de una disputa en medio de intereses que pueden afectar el orden transnacional, el juez doméstico generalmente asume una responsabilidad civil en sus decisiones. Este reenvío a las reglas de la responsabilidad civil está fundado en la doctrina o en ocasiones existe expresamente en un ordenamiento jurídico. Tal es el caso de lo dispuesto en el artículo 16 del Código Procesal Civil de Paraguay²⁰.

Pero esto parece no extenderse *expressis verbis* a los árbitros, ya sean en litigios puramente domésticos o litigios que afecten al comercio internacional²¹. Sin embargo, el aforismo jurídico de *alterum non laedere* es considerado un Principio General del Derecho compartido por casi toda la comunidad internacional²².

¹⁸ WILSON (n 16). Traducción libre. El texto dentro de los [] pertenecen al autor.

¹⁹ “[...] Similarly, judges maintain that they have equitable discretion to grant injunctive relief that gives the plaintiff more than the rightful position. Such use of equitable discretion enforces the plaintiff’s rights granted by the rules of liability but takes away the defendant’s right to engage in perfectly legal conduct. As a result, the judge puts the plaintiff in a better than rightful position and does so at the defendant’s expense”. Ver SCHOENBROD, David ‘The Measure of an Injunction: A Principle to Replace Balancing the Equities and Tailoring the Remedy’ [1988] Minnesota Law Review <https://scholarship.law.umn.edu/mlr/1118>>.

²⁰ “El incumplimiento de los deberes en el ejercicio irregular de las facultades que las leyes imponen u otorgan a los jueces, los hará incurrir en responsabilidad civil”.

²¹ Ver por ejemplo el art. 1504 del *Code de procédure civile* francés; ver también el art. 62 de la ley 1563 de 2012 de Colombia “Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”.

²² Algunos ejemplos en la doctrina jurídica de Perú en ESTEBAN, Edilberto C. ‘El principio alterum non laedere: Determinación del alterum en el artículo 142.2 de la Ley 28611 - Ley General del Ambiente’ (Pontificia Universidad Católica del Perú 2019). En fallos judiciales de Argentina, ver CSJN en “Morea, Mariana Marcela c. E.N. – Min. De Justicia y D.D.H.H. – SPF s/ daños y perjuicios”, sentencia del 30 de marzo de 2004. En desarrollos doctrinarios de Ecuador en FLORES LARREA, Ana P. - IZQUIERDO IZQUIERDO Iván A. - GUZMÁN BURBANO Felipe N., ‘La vigencia del alterum non laedere en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, ¿un principio general o un deber jurídico?’ (2021) 8 *USFQ Law Review* 147. En cuanto a España, ver PAPAYANNIS, Diego M., ‘LA PRÁCTICA DEL ALTERUM NON LAEDERE’ [2014] *Isonomía - Revista de teoría y filosofía del derecho* 19. Asimismo, el propio Diccionario panhispánico del español jurídico de la Real Academia Española sostiene que “[...] la segunda regla, alterum non laedere, identificada con la obligación de no dañar a otro, constituye un auténtico principio general del derecho en virtud del cual la actuación tanto dolosa como culpable o negligente origina una obligación de reparar el daño causado” RAE, ‘Definición de iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere - Diccionario panhispánico del español jurídico - RAE’ (*Diccionario panhispánico del español jurídico - Real Academia Española*)

Hay mucha doctrina en el Derecho Comparado acerca de la responsabilidad civil judicial²³. Nadie niega que los jueces estatales deben responder sobre sus decisiones en caso de que éstas generen un daño injusto o ilícito que no esté previsto, contemplado o supuesto por la ley aplicable al fondo.

Citando a Nava Rodríguez:

(...) es evidente que para lograr una adecuada administración de justicia se requiere que el juzgador actúe con absoluta imparcialidad, evitando causar daño en la realización de su actividad jurisdiccional. La reparación del daño injustamente causado ha sido una preocupación presente en la mayoría de los sistemas jurídicos²⁴.

V. LA RESPONSABILIDAD DEL ÁRBITRO INTERNACIONAL EN EL DICTADO DE MEDIDAS CAUTELARES

Mucha tinta fue dedicada, también, a la responsabilidad (civil) de los árbitros²⁵; pero no se ha abordado con suficiente interés la responsabilidad en el otorgamiento de medidas cautelares.

Tal como fue adelantado por Jeffrey WILSON al comentar sobre las *Mareva Injunctions* (o *freezing orders*): si una medida cautelar dictada por un tribunal arbitral previamente al laudo final será difícilmente corregida o ajustada por el mismo tribunal que la dictó (pues eso forzosamente equivaldría a confesar el dictado de una medida cautelar de forma manifiestamente injusta o irregular) ... ¿cómo se puede hablar de absoluta imparcialidad²⁶ en la actividad jurisdiccional?

En este orden de ideas, en el caso del dictado (manifiestamente) incorrecto o injusto de una medida cautelar por un tribunal arbitral... ¿Quién se hace cargo de las consecuencias? ¿Quién es el responsable?

<https://dpej.rae.es/lema/iuris-praecepta-sunt-haec-honeste-vivere-alterum-non-laedere-suum-cuique-tribuere>> accessed 28 March 2024. En la Unión Europea, ver la sentencia del caso C-666/18 del 12 de septiembre de 2019 *IT Development SAS v Free Mobile SAS* (originario de la *Cour d'appel de Paris*)

²³ Ver, entre otros, Martín REBOLLO, *Jueces y Responsabilidad Del Estado (El Artículo 121 de La Constitución)* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales 1983).; ARRARTE ARISNABARRETA, Ana M. 'Aspectos procesales de la responsabilidad civil de los jueces' [1998] *Advocatus* 109.; Guido Santiago Tawil, *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia* (Depalma 1989).; LOVÓN SÁNCHEZ, José A. *La responsabilidad civil de los jueces* (Universidad Católica de Santa María, Adrus D&L Editors 2015).; OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco 'Responsabilidad civil de los Jueces y Magistrados por ignorancia inexcusable' [2024] *InDret*.; MARTÍNEZ, Patricia F. 'La responsabilidad civil de los jueces: Procedencia y régimen aplicable' [2016] *Revista de Derecho de la UDD*.

²⁴ NAVA RODRÍGUEZ, María A., 'La responsabilidad del Estado en la función judicial' (2012) 1 *Ciencia jurídica* 143.

²⁵ Ver, entre otros, MOREAU-CUCCHI, Matthieu 'La responsabilité civile de l'arbitre' (phdthesis, Université Paris-Saclay 2021) Commission Ad Hoc, 'La Responsabilité de l'arbitre' (Club des juristes 2017) 'CIVIL LIABILITY OF ARBITRATORS | EU and Comparative Law Issues and Challenges Series (ECLIC)' McCarthy Tétrault LLP-Aidan L CAMERON, 'Understanding the Liability of Arbitrators' (*Lexology*, 2 February 2017) Jus Mundi, 'Wiki Note: Arbitrator Responsibility' 'The Liability of International Arbitrators: When and Where to Sue?'

²⁶ Se recuerda que el Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española define a imparcialidad como "falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud" RAE- ASALE and RAE, 'imparcialidad | Diccionario de la lengua española' («*Diccionario de la lengua española*» - Edición del Tricentenario).

La solicitud de una medida cautelar en claro abuso de derecho por parte del solicitante no transforma mágicamente ese pedido en una realidad material. Para ello, es necesario el dictado de una decisión por parte del tribunal arbitral, otorgando o rechazando el pedido de medida cautelar.

Por ende, no tiene mucho sentido trasladar toda la culpa a la parte solicitante, que, si bien abusó del sistema para lograr obtener un fin distinto al fin protegido por las reglas de derecho de ese mismo sistema, la medida cautelar nunca pasó de una mera solicitud. Es la decisión del tribunal arbitral la que concede autoridad suficiente a ese pedido de medida cautelar para llevarse a cabo y existir materialmente.

Pero no hay regulación sobre este tema, salvo casos excepcionales que serán mencionados en esta investigación. Esta falta de regulación en la responsabilidad de los árbitros al dictar medidas cautelares se observa en el Derecho Comparado del arbitraje comercial internacional, tanto en las leyes estatales sobre arbitraje comercial internacional (A) como en los principales reglamentos (B)

A. Leyes estatales sobre arbitraje comercial internacional

La *default rule* ha sido no regular *expressis verbis* este tema en las diferentes provisiones de las leyes estatales de arbitraje internacional, salvo la excepción que se expone en la presente investigación.

En esta investigación se analizó detalladamente algunas leyes nacionales de arbitraje internacional, entre ellas las más populares ((i) ley francesa, (ii) ley suiza, (iii) ley estadounidense, (iv) ley inglesa y (v) ley española) y algunas latinoamericanas como (vi) la ley paraguaya, (vii) la ley argentina, (viii) la ley peruana, (ix) la ley uruguaya y (x) la ley colombiana.

De esas leyes, se diferencian, por un lado, las que no fueron inspiradas por la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI”) (i.e. la ley francesa, ley suiza, ley estadounidense y ley inglesa). Por otro lado, las leyes inspiradas en la Ley Modelo CNUDMI se dividen a su vez en dos grupos: a) las leyes sancionadas antes de la reforma de 2006 (leyes española y paraguaya) y (b) las leyes sancionadas después (leyes argentina, peruana, uruguaya y colombiana²⁷).

De entre todas estas leyes nacionales, no se encuentra una sola disposición sobre la responsabilidad del tribunal arbitral en el dictado de una medida cautelar. De hecho, el art. 17 G de la Ley Modelo (después de la enmienda de 2006) traslada toda la responsabilidad de los daños generados por una medida cautelar mal dictada a la parte solicitante, ignorando el hecho de que la persona que la dictó mal fue efectivamente el tribunal arbitral. La parte solicitante se limitó a eso, a solicitar. Esto no obsta a que la parte solicitante haya incurrido en un abuso del derecho; sino más bien, no es lógico trasladar toda la responsabilidad sobre una medida cautelar dictada sobre quien no la ha dictado.

²⁷ ‘La Ley Modelo de UNCITRAL Sobre Arbitraje Internacional Como Guía y Referencia Del Capítulo Sobre Arbitraje Internacional de La Ley 1563 de 2012’
<https://repository.urosario.edu.co/items/16978268-7302-49f0-9004-354d3be4545e>> accessed 29 March 2024.

En consecuencia, las leyes nacionales inspiradas en la Ley Modelo (especialmente aquellas sancionadas luego de la enmienda de 2006) también trasladarían toda la responsabilidad sobre los efectos de una medida dictada a la parte solicitante, que fue precisamente la parte que no dictó dicha medida en un primer lugar.

El *iura novit curia* reza “el tribunal conoce el derecho”²⁸, no “las partes conocen el derecho”. El *iura novit curia* fue traspelado al arbitraje internacional bajo el adagio *iura novit arbiter*. Es el árbitro el que conoce, interpreta y dicta el derecho. No las partes. Por tanto, es cuestionable (por decir lo menos) la postura de la Ley Modelo.

Además, es curioso que el art. 17 G de la Ley Modelo exprese sin lugar a dudas que “el solicitante de una medida cautelar o el peticionario de una orden preliminar *será* responsable de las costas y de los daños y perjuicios que dicha medida u orden ocasione a cualquier parte, siempre que el tribunal arbitral determine ulteriormente que, en las circunstancias del caso, no debería haberse otorgado la medida o la orden.”, así como textualmente lo imitaron las leyes peruana, argentina y uruguay (la ley paraguaya guarda silencio al respecto) mientras que la ley colombiana habla de que “[...] *El tribunal arbitral podrá condenar en cualquier momento al peticionario de una medida cautelar o de una orden preliminar a pagar las costas e indemnizar los daños y perjuicios que por su culpa hubiere sufrido cualquier otra parte*” (art. 87 ley colombiana).

Esta disposición colombiana se aleja del estándar impuesto por la Ley Modelo en 2 puntos:

- Aliviana la exigencia de que *ipso jure* sea el peticionante responsable (“podrá”).
- Prescinde del requisito de que la medida cautelar dañosa sea ulteriormente corregida o notada por el tribunal arbitral.

Sin embargo, la excepción a esta regla es sin dudas, el art. 21 de la ley española de arbitraje, que aparte de disponer expresamente la responsabilidad de los árbitros en caso de mala fe, temeridad o dolo.

No se ven motivos suficientes para que esta disposición no sea aplicable al dictado de medidas cautelares; es más, el art. 23 habla de “cumplir fielmente el encargo”, lo que incluye, instrucciones y medidas cautelares.

B. Las reglas de arbitraje comercial internacional

En este apartado, se analizarán las disposiciones de algunos reglamentos relevantes de arbitraje comercial internacional, como (i) el reglamento de la CNUDMI, (ii) el reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (“CCI”), (iii) el reglamento de la *London Court of International Arbitration* (“LCIA”) y (iv) el reglamento de la *Stockholm Chamber of Commerce* (“SCC”).

²⁸ RAE, ‘Definición de principio iura novit curia - Diccionario panhispánico del español jurídico - RAE’ (*Diccionario panhispánico del español jurídico - Real Academia Española*)
<https://dpej.rae.es/lema/principio-iura-novit-curia>> accessed 29 March 2024.

Resulta relevante analizar los reglamentos de arbitraje comercial internacional en este respecto, pues en el caso de que la *lex arbitri* guarde silencio sobre este tema, si las reglas de arbitraje internacional aplicables al litigio disponen algo sobre el punto, será aplicable la solución proveída por dichas reglas. Si el reglamento guarda silencio al igual que la *lex arbitri* (o incluso la *lex causae*), se estaría a merced de lo que decida el tribunal arbitral, el que tal como dijo JEFFREY WILSON, tendría que cambiar de opinión luego que su opinión ya fue dada.

Una situación práctica ejemplificadora de esto no es difícil de imaginar: una disputa sometida a arbitraje comercial internacional entre una parte de derecho peruano y una parte de derecho paraguayo. La sede del arbitraje está en Francia. El arbitraje se desarrollará bajo el reglamento de la CNUDMI. La ley de fondo aplicable es la ley paraguaya. Ni la ley peruana, ni la paraguaya, ni la francesa, contienen una disposición acerca de la responsabilidad en caso de mal otorgamiento de medidas cautelares. Pero el reglamento de arbitraje de la CNUDMI sí lo tiene.

Como resultado de esto, y en virtud de la *autonomía de la voluntad*, las leyes nacionales y los reglamentos de arbitraje (la mayoría, de instituciones privadas) se ponen en pie de igualdad. Sin embargo, se entiende que las leyes nacionales de arbitraje internacional son el fruto de un debate parlamentario y ulteriormente debatidas públicamente y sancionadas conforme a la constitución del país en que se adoptan. Las reglas institucionales, en cambio, son provisiones creadas por una institución privada. Este dato tal vez sea de relevancia para los arbitrajes comerciales internacionales contra Estados Soberanos.

Ni las reglas de la CCI, de la LCIA ni de la SCC contienen disposiciones acerca de la responsabilidad en caso de mal concedidas medidas cautelares. Sin embargo, las reglas CNUDMI sí, en su art. 26 (8), siguiendo la línea de la Ley Modelo:

El solicitante de una medida cautelar será responsable de las costas y de los daños y perjuicios que dicha medida ocasione a cualquier parte, siempre que el tribunal arbitral determine ulteriormente que, a la vista de las circunstancias del caso, la medida no debió haberse otorgado. El tribunal arbitral podrá condenarle en cualquier momento de las actuaciones al pago de las costas y de los daños y perjuicios.

VI. COLOFÓN

Dado que no hay uniformidad en la materia de medidas cautelares en las diferentes leyes nacionales o reglamentos de arbitraje (si son adoptadas como órdenes, instrucciones o laudos parciales, condiciones para la ejecución de las medidas cautelares dictadas en un arbitraje internacional, etc.), la jurisprudencia siempre va a variar, sea de las cortes estatales en tanto que sedes de arbitraje o de las instituciones privadas de arbitraje internacional.

Pero queda sin responder una pregunta crucial: ¿cómo se va a pretender la efectividad de las medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional si ni las partes ni las autoridades judiciales de la sede o del país de origen de una de las partes, sabe con precisión quién responde en caso de que dichas medidas sean mal concedidas?

Un punto muy sensible es la validez de una medida cautelar dictada en contra de un Estado Soberano. La jurisprudencia tampoco es pacífica en este respecto.

Existen disposiciones en algunas leyes nacionales para evitar solicitudes temerarias de medidas cautelares, como es el caso del Perú, que en su Decreto de Urgencia 20/2020, dispuso que:

En los casos en los que el Estado peruano es la parte afectada con la medida cautelar, se exige como contracautela la presentación de una fianza bancaria y/o patrimonial solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la entidad pública afectada, por el tiempo que dure el proceso arbitral. El monto de la contracautela lo establece el/la juez/a o el tribunal arbitral ante quien se solicita la medida cautelar, dicho monto no debe ser menor a la garantía de fiel cumplimiento. La ejecución de la carta fianza se establece conforme a lo resuelto por el/la juez/a o el tribunal arbitral, según corresponda.

También existen disposiciones como la contemplada en el art. 89 de la ley 1563/2012 colombiana de arbitraje que establece expresamente lo siguiente:

Motivos para denegar la ejecución de medidas cautelares decretadas por el tribunal arbitral. Para la denegación de la ejecución de medidas cautelares decretadas por el tribunal, se aplicarán las siguientes reglas:

La autoridad judicial solo podrá denegar la ejecución de una medida cautelar en los siguientes casos y por las siguientes causales:

[...] b. De oficio, cuando:

Según la ley colombiana el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o

ii. La ejecución de la medida sería contraria al orden público internacional colombiano

Estas disposiciones apuntan a situaciones donde una parte en un arbitraje comercial internacional busca el dictado de una medida cautelar contra la otra parte, que resulta ser un Estado Soberano. Si bien no dicen nada expresamente sobre la responsabilidad del tribunal arbitral sobre las medidas cautelares que dictó, en el caso peruano se exige una garantía apropiada cuando la medida afectaría al Estado peruano y en el caso colombiano se podría denegar la ejecución judicial de toda medida cautelar que contraría disposiciones de orden público (internacional) colombiano y así indirectamente trasladan de a poco la responsabilidad, que a inicio estaba enteramente sobre la parte solicitante, al verdadero emisor de la decisión.

CLÁUSULAS ESCALONADAS: ANÁLISIS ECONÓMICO DE SU FUNCIONAMIENTO Y CONFLICTOS CON EL ÁRBITRO DE EMERGENCIA

Rafael Gutiérrez Castillo¹

Resumen: En diversos casos las cláusulas escalonadas han servido como método eficiente para resolver los conflictos, métodos tales como la negociación, mediación o conciliación, en muchos casos logran que el conflicto se resuelva de una forma menos adversarial.

Este artículo busca realizar un análisis de las cláusulas escalonadas desde un enfoque económico. Además, busca proponer una solución a un problema latente como es el conflicto entre estas y las medidas cautelares llevadas a cabo por un árbitro de emergencia.

Abstract: *In several cases, multi-tiered dispute resolution clauses have served as an efficient method to resolve conflicts; methods such as negotiation, mediation or conciliation in many cases ensure that the conflict is resolved in a less adversarial way.*

This article seeks to carry out an analysis of multi-tiered dispute resolution clauses from a law and economic approach. Furthermore, it seeks to propose a solution to a latent problem such as the conflict between these and the interim measures carried out by an emergency arbitrator.

I. INTRODUCCIÓN.....	192
II. CLÁUSULAS ESCALONADAS.....	192
<i>A. Criterios establecidos para su cumplimiento.....</i>	<i>196</i>
<i>B. Análisis económico de las cláusulas escalonadas.....</i>	<i>196</i>
III. ÁRBITRO DE EMERGENCIA.....	197
<i>A. Naturaleza del árbitro de emergencia y de su decisión.....</i>	<i>198</i>
<i>B. Medidas cautelares que puede adoptar el árbitro de emergencia.....</i>	<i>199</i>
<i>C. Criterios para el dictado de medidas cautelares.....</i>	<i>200</i>
IV. CONFLICTO ENTRE LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS Y MEDIDAS CAUTELARES.....	200
<i>A. Soluciones propuestas.....</i>	<i>201</i>
V. POSIBLES RESPUESTAS DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO.....	203
VI. CONCLUSIONES.....	204

¹ Abogado por la Universidad ESAN. Curso de derecho de la construcción en la Universidad Austral.
rafaelgutierrez078@gmail.com

I. INTRODUCCIÓN

El arbitraje se fundamenta en la autonomía privada, es decir que las partes deben ser libres para poder organizar sus propios acuerdos siempre y cuando no vayan en contra de las leyes ni del orden público².

En ese sentido, el arbitraje forma parte de lo que se conoce como las instituciones informales, es decir acuerdos que surgen de forma inconsciente y que resuelven problemas de coordinación³.

En ese sentido, algunas de las figuras o instituciones que surgieron de forma espontánea dentro del arbitraje son las cláusulas escalonadas y el arbitraje de emergencia.

Las cláusulas escalonadas son mecanismos que han sido diseñados con la finalidad de que las partes en una controversia lleguen a una solución sobre la misma sin que se dé lugar a un proceso adversarial como es el arbitraje.

Por otra parte, el árbitro de emergencia es una figura que se estableció con la finalidad de otorgar medidas cautelares de forma eficiente antes de la constitución de un tribunal arbitral con la finalidad de proteger los intereses de la parte que la interpone.

Ahora bien, en muchos casos se produce un conflicto entre ambas figuras, específicamente al momento de iniciar un arbitraje, debido a que existe la posibilidad de que la parte que desea interponer una medida cautelar sufra inconvenientes al no haber cumplido con la fase previa al arbitraje.

Este artículo busca realizar un análisis de ambas figuras, asimismo se busca detallar los posibles conflictos que se suscitan para luego esbozar las posibles soluciones propuestas.

II. CLÁUSULAS ESCALONADAS

Las cláusulas escalonadas son un tipo de cláusula de solución de controversias que prevé la solución de una disputa mediante diversas fases o niveles antes de llegar al arbitraje⁴.

Este mecanismo puede proponer diversas formas de resolver el conflicto tales como la negociación, conciliación, sometimiento de la disputa ante un ingeniero, arquitecto, etc⁵.

La finalidad de las cláusulas escalonadas es coadyuvar al desarrollo de un procedimiento más eficiente, alentando la solución amigable de la controversia y evitando procedimientos que pueden resultar innecesarios y costosos⁶.

² PAULSSON, Jan. *The idea of arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 2.

³ NORTH, Douglas, *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, México D.F: Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 59.

⁴ REDFERN, Alan - HUNTER, Martin, *International arbitration*, Oxford, Oxford University Press 2018, p. 99.

⁵ BORN, Gary, *International commercial arbitration: Cases and materials*, Kluwer Law International, 2021, p. 1191.

⁶ BORN, *International commercial arbitration: Cases and materials*, p. 1191.

En esa misma línea, Redfern y Hunter señalan que algunas ventajas de las cláusulas escalonadas son la búsqueda de que las partes resuelvan sus controversias de forma amigable, evitando procedimientos más largos y costosos como el arbitraje. Sin embargo, las desventajas principales radican en que en diversos casos las cláusulas en sí representan una obstrucción al proceso⁷.

En palabras de Gary Born, una de las mayores desventajas que suscitan las cláusulas escalonadas son las disputas que generan diversos aspectos de las mismas tales como su obligatoriedad, las consecuencias de su incumplimiento o su validez, dichas controversias han traído consigo una serie de decisiones inconsistentes por parte de los tribunales arbitrales y judiciales, lo cual ha generado mayor gasto de recursos tanto en tiempo como en dinero por parte de los litigantes lo cual resulta paradójico respecto a la finalidad del arbitraje⁸.

Cada una de estas controversias ha sido desarrollada ampliamente por la doctrina y la jurisprudencia. No obstante, para la finalidad de este trabajo es necesario hacer énfasis en las distintas posturas respecto de las consecuencias del incumplimiento de las cláusulas escalonadas para luego poder evaluar su relación con el árbitro de emergencia y las medidas cautelares.

En ese sentido, las principales posturas acerca de las consecuencias del incumplimiento de las cláusulas escalonadas son la falta de competencia del tribunal arbitral, inadmisibilidad e incumplimiento contractual, cada una de ellas con diversas consecuencias para el desarrollo del arbitraje.

En el primer supuesto, en caso de que se determine que la falta de cumplimiento de una cláusula escalonada genera la falta de competencia del tribunal arbitral se deberá poner fin a todo lo actuado durante el procedimiento arbitral y se deberá iniciar un nuevo arbitraje, además, la decisión de jurisdicción del tribunal podrá ser sometida a control posterior mediante el proceso de anulación de laudo. Por otra parte, en caso se determine que el incumplimiento de una cláusula genera la inadmisibilidad, el tribunal suspenderá el arbitraje hasta que las partes cumplan con el mecanismo pactado⁹.

Por último, existe una postura que señala que el incumplimiento de una cláusula escalonada es un incumplimiento contractual el cual genera una indemnización por daños y perjuicios¹⁰.

Algunas posiciones doctrinarias que podemos resaltar son la de los autores Born y Šćekić quienes señalan que las consecuencias del incumplimiento de una cláusula escalonada dependen de la naturaleza jurídica de la misma¹¹.

⁷ REDFERN - HUNTER, *International arbitration*, p. 100.

⁸ BORN, *International commercial arbitration: Cases and materials*, p. 1192.

⁹ RODRÍGUEZ ARIAS ARANGUREN, Ana. “Análisis del tratamiento de las cláusulas multinivel ante un incumplimiento de los escalones previos en el ámbito nacional e internacional”, *Universidad Pontificia Comillas*, 2022, p. 25-27.

¹⁰ RODRÍGUEZ ARIAS ARANGUREN, “Análisis del tratamiento de las cláusulas multinivel ante un incumplimiento de los escalones previos en el ámbito nacional e internacional”, p. 28

¹¹ BORN, Gary - ŠĆEKIĆ, Marija. “Pre- arbitration procedural requirements: ‘a dismal swamp’” En CARON, David D. *et al. Practicing virtue: Inside international arbitration*, Oxford University Press, 2015, p. 242.

Así, en caso la cláusula sea considerada como una cuestión previa al arbitraje su incumplimiento puede traer como consecuencia la incompetencia o inadmisibilidad, el primer supuesto se producirá en caso se considere que el tribunal arbitral carece de autoridad hasta que se cumpla con los escalones previos. Por el contrario, se señalará que el incumplimiento genera inadmisibilidad en caso se considere que el tribunal sí tiene jurisdicción, pero que es necesario el cumplimiento de la fase previa para que se puedan revisar los méritos de la controversia.

Siguiendo con el planteamiento de los autores antes mencionados, en caso se considere que la naturaleza jurídica de las cláusulas es contractual, la determinación de las consecuencias del incumplimiento deberá hacerse en función de los términos acordados y solo se concluirá que el tribunal carece de autoridad cuando las partes así lo indiquen de manera expresa¹².

Por su parte, Roque Caivano señala que el incumplimiento de una cláusula escalonada no es un cuestionamiento a la jurisdicción debido a que esta proviene del convenio arbitral celebrado entre las partes, en consecuencia, el tribunal puede decidir acerca de su propia competencia y por ende sobre el cumplimiento del escalón previo. Además, señala que en caso se determine que no se ha cumplido la cláusula pactada, el tribunal deberá suspender el procedimiento, es decir declarar inadmisibile la demanda, dicha solución, que va en concordancia con el principio *kompetenz - kompetenz* también tiene implicaciones prácticas respecto a los costos del procedimiento, pues en caso se adopte la tesis jurisdiccional se plantean diversas interrogantes respecto a si se puede nombrar a los mismos árbitros o si se puede replantear la demanda, adicionalmente el mecanismo de las cláusulas escalonadas podría utilizarse de mala fe para obstaculizar el desarrollo del procedimiento e incluso podría producirse la prescripción de la acción¹³.

En la jurisprudencia tampoco existe una opinión uniforme respecto a cuáles deben ser las consecuencias del incumplimiento de las cláusulas escalonadas, algunos ejemplos que podemos dar a conocer son los casos en donde se decidió que mientras las partes no cumplan con la cláusula escalonada, estas no podrán iniciar el arbitraje debido a que el tribunal carece de jurisdicción¹⁴, contrariamente, existen otros casos en donde se decidió que el cumplimiento de una cláusula escalonada no es una condición para activar la jurisdicción arbitral sino que esta constituye un mecanismo procedimental cuyo incumplimiento genera la suspensión del procedimiento¹⁵.

En ese orden de ideas, estamos de acuerdo con la posición que señala que el incumplimiento de una cláusula escalonada genera que el tribunal no pueda decidir sobre el fondo de la controversia hasta

¹² BORN – ŠČEKIĆ, “Pre- arbitration procedural requirements: ‘a dismal swamp’” En CARON, *et al. Practicing virtue: Inside international arbitration*, p. 245.

¹³ CAIVANO, Roque, “Las cláusulas ‘escalonadas’ de resolución de conflictos (Negociación, mediación o conciliación previas al arbitraje)” En: SOTO COAGUILA, Carlos A. *Tratado de derecho arbitral: El convenio arbitral Tomo I*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2011, pp. 82-84.

¹⁴ Judgment of the High Court of Justice of England and Wales, “Emirates Trading Agency LLC v. Prime Mineral Exports Private Limited” 01/07/2014; United States Court of Appeals, Eleventh Circuit “Kemiron Atlantic Inc v. Aguakem International Inc”, 08/05/2002; Court Appeal – Civil Appeal Nº 12 “International Research Corp PLC v. Lufthansa Systems Asia Pacific Pte Ltd and another”, 18/10/2013.

¹⁵ English Commercial Court, “Republic of Sierra Leone v. SL Mining Ltd.”, 15/02/2021; American Arbitration Association, “George Weis v. America 9 Construction”, 22/08/2022; Court of appeal of the Republic of Singapore - Civil Appeal No 178, “BTN v. BTP”, 2022.

que las partes cumplan con el mecanismo pactado, es decir que se produce un problema de admisibilidad de la demanda y no uno de falta de jurisdicción ya que esta fue otorgada al tribunal al momento en que las partes celebraron el convenio arbitral y decidieron someter sus controversias por este medio.

Ahora bien, existe una postura que señala que en caso el arbitraje sea considerado de naturaleza jurisdiccional, las cláusulas escalonadas carecerían de validez pues configurarían un límite al debido proceso¹⁶, los autores señalan que dicha invalidez se fundamenta en que al tener el arbitraje el carácter de jurisdicción, deberían aplicarse las mismas reglas que se aplican a la jurisdicción natural.

Así las cosas, el derecho de acceso a la jurisdicción es definido como el derecho que tienen los individuos de buscar protección ante los órganos jurisdiccionales en caso sus intereses se vean lesionados. Asimismo, para lograr que dicho derecho se materialice es necesario que se eliminen ciertos límites o barreras que impiden la consecución del mismo, límites que pueden ser económicos (exceso de costos), sociológicos (cuestiones culturales) o jurídicos (formalismos innecesarios¹⁷).

En ese sentido, una cláusula escalonada no calza dentro de ninguna de las tres limitaciones a la tutela jurisdiccional que fueron descritas en el párrafo precedente. Sin embargo, podríamos decir que una fase previa al arbitraje podría ser considerada por algunos como una barrera económica al ser considerada un costo excesivo pues el valor de los bienes y el costo de oportunidad es subjetivo, es decir que es inherente a la valorización que cada individuo le otorgue.

Aun así, consideramos que una cláusula escalonada no puede ser considerada como un límite al debido proceso o a la tutela jurisdiccional debido a que el debido proceso, si bien es un derecho fundamental a todos los mecanismos que brindan jurisdicción, tiene diversas formas de ser aplicado y se caracteriza por tener un contenido distinto en función a las características y naturaleza de cada proceso o procedimiento¹⁸, por esta razón, el debido proceso en sede arbitral no puede ir en contra de las características del arbitraje tales como la flexibilidad y la autonomía que tienen las partes para poder fijar las reglas del procedimiento que llevan a cabo.

En ese aspecto, una cláusula escalonada no constituye un impedimento a la jurisdicción ni una vulneración al debido proceso arbitral debido a que esta se fundamenta en la flexibilidad que otorga el arbitraje y en la autonomía de la voluntad que estas poseen para fijar los términos del convenio arbitral y del procedimiento ante el tribunal arbitral.

¹⁶ SERVÁN, Nicolás - YANO, Nicolás, “El gran dilema: El problema de las cláusulas escalonadas en el Perú”, *Revista Themis* N° 79, 2020, p. 103.

¹⁷ PRIORI POSADA, Giovanni, F. *El proceso y la tutela de los derechos*, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2019, pp. 83-89.

¹⁸ SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge, “Arbitraje y proceso civil ¿Vecinos distantes? El debido proceso en sede arbitral”, *IUS ET VERITAS*, N° 37, p. 46.

Aunado a ello, una cláusula escalonada de solución de controversias no solo no puede ser considerada como una obstrucción a la jurisdicción, sino que es por sí misma un medio de obtención de justicia que buscan los individuos mediante mecanismos autocompositivos¹⁹.

A. Criterios establecidos para su cumplimiento

Sobre el cumplimiento de las cláusulas escalonadas hemos visto cuáles son las consecuencias de incumplirlas. Sin embargo, existen diversos criterios para determinar si estas deberán cumplirse o no.

En primer lugar, se debe revisar el lenguaje que han establecido las partes en la cláusula y si estas han decidido que la etapa previa al arbitraje será obligatoria o facultativa²⁰.

Ahora, en caso la etapa previa sea obligatoria, esto significa que las partes deberán cumplirla en función del principio de buena fe y respeto al pacto estipulado²¹. Sin embargo, surgen problemas respecto al momento en que la etapa previa se ha cumplido, además de la forma de probar dicho cumplimiento²².

En ese sentido, uno de los criterios establecidos para el cumplimiento de una cláusula escalonada es el de *definiteness*, el cual señala que las cláusulas escalonadas deberán estar redactadas con criterios precisos y objetivos²³.

B. Análisis económico de las cláusulas escalonadas

Ahora bien, para poder entender el beneficio de las cláusulas escalonadas respecto al incentivo que tienen las partes de evitar un litigio, es necesario explicar los conceptos de optimismo relativo y pesimismo relativo.

En ese sentido, las partes generalmente tienen diferentes expectativas respecto a lo que sucederá en un litigio por lo que se dice que estas pueden tener optimismo o pesimismo relativos. Se dice que las partes son relativamente optimistas cuando el demandante espera una gran condena hacia el demandado y este último espera no ser condenado o la obtención de una condena pequeña, por el contrario, se dice que las partes son relativamente pesimistas cuando es el demandado quien considera que deberá soportar una gran condena y el demandante piensa que no podrá ganar el juicio o la condena será pequeña²⁴.

¹⁹ RIVAS CASO, Gino, “El rol de la justicia en el procedimiento y conclusión de los MARCS y el proceso judicial”, *Revista Themis*, N°71, 2017, pp. 101-103.

²⁰ CAIVANO, “Las cláusulas ‘escalonadas’ de resolución de conflictos (Negociación, mediación o conciliación previas al arbitraje)” En: SOTO COAGUILA, *Tratado de derecho arbitral: El convenio arbitral Tomo I*, p. 78.

²¹ CAIVANO, “Las cláusulas ‘escalonadas’ de resolución de conflictos (Negociación, mediación o conciliación previas al arbitraje)” En: SOTO COAGUILA, *Tratado de derecho arbitral: El convenio arbitral Tomo I*, p. 79.

²² CAIVANO, “Las cláusulas ‘escalonadas’ de resolución de conflictos (Negociación, mediación o conciliación previas al arbitraje)” En: SOTO COAGUILA, *Tratado de derecho arbitral: El convenio arbitral Tomo I*, p. 87.

²³ FILE, Jason, “United States: Multistep Dispute Resolution Clauses” en IBA Legal Practice Division, *Mediation Committee Newsletter*, London, 2007, p.3.

²⁴ COOTER, Robert - ULEN, Thomas, *Derecho y economía*, Fondo de Cultura Económica, México, 2016, p. 457.

Las cláusulas escalonadas son importantes desde un punto de vista de reducción de costos en la medida que, debido a la naturaleza no adversarial de dicho mecanismo, las partes intercambian información de forma voluntaria, lo cual ayuda a reducir su optimismo relativo y facilita que estas lleguen a un acuerdo antes que se produzca el litigio. Por otra parte, cuando las partes son relativamente pesimistas respecto al litigio estas buscarán ocultar información, lo cual también promoverá los acuerdos²⁵.

Este fenómeno también puede explicarse en términos de aversión al riesgo y aversión a la pérdida, debido a que si una parte considera que tiene probabilidades de ganar el juicio, ésta preferirá la seguridad que le otorga un arreglo extrajudicial. Por el contrario, en caso una parte considere que va a perder, al tener aversión a las pérdidas, preferirá continuar con el litigio²⁶.

Adicionalmente, la celebración de un arreglo previo al proceso reduce los costos sociales del mismo, los cuales consisten en los costos administrativos y los costos de los errores, es decir el costo social que conlleva un resultado equivocado al finalizar el proceso. Esto es así debido a que al utilizar un método autocompositivo las partes no incurrir en los costos que se deben utilizar para hacer funcionar el aparato jurisdiccional. Además, se reducen los costos del error debido a que las partes llegan a un acuerdo que satisface a ambos²⁷.

III. ÁRBITRO DE EMERGENCIA

La figura del árbitro de emergencia tiene relevancia respecto de la interposición de medidas cautelares antes del inicio del procedimiento arbitral, medidas que tienen carácter de urgencia.

En el caso de los arbitrajes institucionales, cuando una de las partes solicita el árbitro de emergencia, este decidirá sobre la aplicación de una medida cautelar en un periodo de tiempo corto que puede ser de 2 días²⁸.

Esto se produce debido a que existen casos en donde las partes necesitan que se preserven evidencias o se protejan activos de forma eficiente por lo que la aplicación del árbitro de emergencia se vuelve necesaria para que dicte esta medida, medida que luego podrá ser revisada por el tribunal arbitral una vez constituido²⁹.

Si bien es posible que un juez pueda asistir a las partes frente a la interposición de una medida cautelar, la figura del árbitro de emergencia genera ciertas ventajas tales como la confidencialidad del procedimiento, la especialización del árbitro y la facilidad del idioma en caso se trate de medidas que deben ser ejecutadas en países con idiomas distintos³⁰.

²⁵ COOTER, Robert - ULEN, Thomas, *Derecho y economía*, Fondo de Cultura Económica, México, 2016, p. 460.

²⁶ COOTER, Robert - ULEN, Thomas, *Derecho y economía*, Fondo de Cultura Económica, México, 2016, p. 461.

²⁷ COOTER, Robert - ULEN, Thomas, *Derecho y economía*, Fondo de Cultura Económica, México, 2016, p. 463.

²⁸ MARKERT, Lars – RAWAL, Raeesa, “Emergency arbitration in investment and construction disputes: An uneasy fit?”, *Journal of international arbitration*, Volumen N° 37, 2020, p. 132.

²⁹ REDFERN - HUNTER, *International arbitration*, p. 313.

³⁰ MARKERT, Lars – RAWAL, Raeesa, “Emergency arbitration in investment and construction disputes: An uneasy fit?”, *Journal of international arbitration*, Volumen N° 37, 2020, p. 132.

A. Naturaleza del árbitro de emergencia y de su decisión

En este acápite haremos una breve descripción de las posturas adoptadas respecto a la naturaleza jurídica del árbitro de emergencia y de la decisión que emite, cabe señalar que dicha discusión, aunque parezca relevante sólo a nivel teórico, será de mucha importancia a nivel práctico tal como veremos en los siguientes párrafos cuando abordemos la problemática de la ejecución de medidas cautelares emitidas por los árbitros de emergencia.

Respecto a la naturaleza del árbitro de emergencia, existen ordenamientos jurídicos que han decidido poner fin a esta discusión señalando que el árbitro de emergencia sí debe ser considerado un árbitro, tal es el caso de la ley de arbitraje de Singapur.

Sobre el particular, la sección 2 de dicha norma señala qué es lo que se entiende por tribunal arbitral, especificando que dentro de dicho término se considera al árbitro de emergencia.

Ahora bien, es preciso señalar que existen posturas que señalan las razones por las que el árbitro de emergencia no podría ser considerado un Árbitro como tal.

En ese sentido Cárdenas³¹ señala los argumentos de quienes consideran dicho punto de vista, dichos argumentos se resumen en que el árbitro de emergencia no es un verdadero árbitro pues no emite una decisión final sobre la controversia, adicionalmente se señala que el árbitro de emergencia no puede ser considerado un árbitro pues el tribunal aún no se ha constituido y su decisión cautelar puede ser revisada por el mismo.

Siguiendo con lo anterior, el autor antes mencionado³² afirma que dicha postura carece de sustento pues el hecho que el árbitro de emergencia no emita la decisión final sobre la controversia no hace que este deje de ser un árbitro ya que de la misma forma existen jueces que solo se encargan de decidir sobre medidas cautelares, además el hecho que la medida pueda ser revisada por el tribunal tampoco desacredita al árbitro de emergencia pues lo mismo sucede con las decisiones de otros tribunales arbitrales y judiciales.

Ahora, respecto a la naturaleza de la decisión que debe emitir el árbitro de emergencia, esta puede ser emitida en forma de orden procesal o laudo.

En ese sentido, Born³³ señala que las ventajas de que la medida sea emitida mediante una orden son que dicha orden requiere de menor formalidad que un laudo y su contenido es menos extenso. Sin embargo, la desventaja de este documento radica en la dificultad de su ejecución por los órganos jurisdiccionales.

Ahora bien, algunos cuerpos normativos han decidido terminar con esta discusión señalando que las medidas cautelares emitidas por un árbitro de emergencia son ejecutables, tal es el caso de la sección 2 de la ley de arbitraje de Singapur y el literal b del artículo 22 de la ley de arbitraje de Hong Kong.

³¹ CÁRDENAS, Juan P., “El árbitro de emergencia”, *Revista ALARB*, 2024, p. 160.

³² CÁRDENAS, Juan P., “El árbitro de emergencia”, *Revista ALARB*, 2024, p. 161.

³³ BORN, *International commercial arbitration: Cases and materials*, pp. 3666-3667.

Así las cosas, no existe una posición unánime en la jurisprudencia respecto a la naturaleza de la decisión del árbitro de emergencia ya que mientras algunas decisiones sostienen que esta tiene carácter de laudo (*Giedo van der Garde B.V. & another v. Sauber Motorsport, Pacific Reinsurance Management Corp. v. Ohio Reinsurance Corp*)^{34 35} existen otros casos en donde se ha determinado que dicha decisión no es final por lo que no puede ser considerada como un laudo (*Al Raha Grp. For Tech. Servs Servs. v. PKL Servs. Inc*)³⁶.

Sin embargo, un inconveniente presentado respecto a considerar la decisión del árbitro de emergencia como un laudo es que este puede ser susceptible de control posterior mediante el recurso de anulación de laudo arbitral, tal fue el caso en *Yahoo Inc v Microsoft Corporation*³⁷ en donde una de las partes solicitó la anulación de la decisión, no obstante, el juez decidió no aplicar dicha medida.

Con una fundamentación distinta, en el caso *Chinmax Medical Systems Inc. c. Alere San Diego, Inc*³⁸, el juez decidió no anular la decisión del árbitro de emergencia bajo la premisa de que esta no tiene carácter definitivo, en consecuencia, puede ser revisada por el tribunal arbitral.

Compartimos dicha postura debido a que el recurso de anulación de laudo arbitral se fundamenta en el control posterior que tienen las cortes sobre ciertas cuestiones del laudo, las cuales están establecidas de forma taxativa en función de la ley aplicable. Sin embargo, dicho control se produce luego que se haya cuestionado dichas causales a través del tribunal arbitral en base al principio *kompetenz – kompetenz*.

Por estos motivos, debido a que una vez se constituya el tribunal arbitral, éste podrá revisar la medida cautelar y concluimos que el recurso de anulación no sería aplicable.

B. Medidas cautelares que puede adoptar el árbitro de emergencia

De acuerdo con Born³⁹, las medidas cautelares que pueden adoptarse pueden clasificarse en órdenes que preservan el *status quo*, órdenes que impidan el agravamiento de la disputa, órdenes que requieren el cumplimiento de una obligación, órdenes que garantizan los costos procesales, órdenes que busquen preservar activos, medidas antiproceso, entre otros.

En esa misma línea, cada una de las medidas antes mencionadas puede ser tomada por el tribunal arbitral dependiendo del caso y de la conveniencia de la parte que lo solicita, dichas medidas pueden clasificarse principalmente en medidas de no innovar, es decir aquellas que buscan

³⁴ Supreme Court of Victoria, “Giedo Van Der Garde BV & Giedo Gijsbertus Gerrit Van Der Garde v. Sauber Motorsport AG”, SCAI Case No. 300315ER, 2014.

³⁵ U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit, “Pacific Reinsurance Management Corp. v. Ohio Reinsurance Corp.”, 1991.

³⁶ ICDR, “Al Raha Group for Technical Services v. PKL Services INC. ”, Case No. 01-18-0003-0632.

³⁷ United State District Court, S.D. New York, “Yahoo Inc v Microsoft Corporation”, 2013.

³⁸ ICDR, “Chinmax Medical Systems Inc. c. Alere San Diego, Inc”, Award No. 657-10.

³⁹ BORN, *International commercial arbitration: Cases and materials*, pp. 3650-3662.

mantener el estatus quo y las medidas innovativas que buscan que se realice alguna acción con la finalidad de impedir daños futuros⁴⁰.

C. Criterios para el dictado de medidas cautelares

Siguiendo con este acápite, es preciso señalar los requisitos que debe tomar en cuenta un tribunal para poder dictar medidas cautelares, tal como lo señala Born⁴¹, los requisitos que deben tomarse en cuenta son los siguientes:

Riesgo de daño irreparable. La parte que solicita la medida cautelar deberá probar que en caso aplique la medida cautelar sus intereses se verán perjudicados.

Ahora, lo que hará el tribunal en estos casos es hacer un balance entre el daño provocado a la contraparte y el daño que se produciría a quien solicita la medida cautelar en caso esta no sea aplicada.

Urgencia. Se refiere al perjuicio que puede provocar el paso del tiempo en caso no se lleve a cabo la medida, es decir que se necesita que esta se produzca lo más rápido posible debido a que esperar a la decisión final puede ser perjudicial.

Probabilidad de éxito. No se trata de que se decida sobre el fondo de la controversia al momento de emitir la medida cautelar, sino que la evaluación debe realizarse en base a la fortaleza del reclamo del demandante y las probabilidades de éxito que tiene.

Por otra parte, Richard Posner ha establecido una fórmula para poder decidir respecto al otorgamiento de medidas cautelares la cual señala que estas deberán otorgarse sólo si el daño sufrido por el que solicita la medida multiplicado por la probabilidad de éxito es mayor que el daño de la contraparte multiplicado por la probabilidad de obtener una decisión a su favor⁴².

Hemos señalado líneas arriba que una de las finalidades del proceso es la reducción de los costos de error los cuales pueden producirse en caso se decida de forma incorrecta frente a una medida cautelar.

IV. CONFLICTO ENTRE LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS Y MEDIDAS CAUTELARES

Una de las mayores problemáticas que existen frente a los arbitrajes de emergencia es cuando el convenio arbitral celebrado contiene fases previas o escalonadas teniendo como escalón final al arbitraje⁴³, esta figura se produce principalmente en los contratos de construcción en donde se producen fases previas tales como negociación o mediación y luego una fase vinculante tal como un *dispute board*.

⁴⁰ COLLANTES ROJAS, Christian, M., “No utilizar en caso de emergencia: 5 patologías latentes en el procedimiento de árbitro de emergencia peruano”, *Revista Themis*, N° 77, 2020, p. 267.

⁴¹ BORN, *International arbitration: Cases and materials*, pp. 3645.

⁴² POSNER, Richard, *Economic analysis of law*, Wolters Kluwer, New York, 2014, p. 880.

⁴³ MARKERT, Lars – RAWAL, Raesa, “Emergency arbitration in investment and construction disputes: An uneasy fit?”, *Journal of international arbitration*, Volumen N° 37, 2020, p. 138.

Claro ejemplo de ello se produce en los contratos estandarizados FIDIC en donde antes de iniciar el arbitraje primero las partes deben someter su controversia a un ingeniero, posteriormente deberán someterla ante el *dispute board* para luego al final poder acudir al arbitraje en caso ésta no sea resuelta.

En ese sentido, Caivano⁴⁴ afirma que sí es posible interponer medidas cautelares sin que se haya cumplido con las fases previas al arbitraje. Sin embargo, la problemática surge debido a que los plazos para iniciar el arbitraje o constituir el tribunal arbitral son demasiado cortos.

Así, el reglamento arbitral de la CCI del año 2021 establece en el inciso 6 del artículo 1 de su apéndice para el arbitraje de emergencia que el procedimiento terminará en caso no se recibe la solicitud de arbitraje en un plazo de 10 días.

Por otra parte, las reglas del centro de arbitraje SIAC establecen que la solicitud de una medida cautelar deberá hacerse junto con la solicitud de arbitraje. Sin embargo, el borrador de las reglas de dicho centro, emitidas en 2024 señalan que el procedimiento de árbitro de emergencia podrá realizarse antes del inicio del procedimiento arbitral siempre y cuando la solicitud de arbitraje se envíe en un plazo de 5 días.

El ordenamiento jurídico peruano no es ajeno a esta realidad ya que si bien en la ley de arbitraje no se hace mención al árbitro de emergencia, el inciso 4 del artículo 47 establece que en caso se interpongan medidas cautelares antes del arbitraje, la solicitud de arbitraje deberá interponerse en un plazo de 10 días o en todo caso el tribunal deberá constituirse en un plazo de 90 días, señala además que en caso no se cumplan dichos plazos la medida cautelar caduca de pleno derecho.

Otro problema que surge respecto del conflicto que estamos tratando es cuando tanto el árbitro de emergencia como el mecanismo pre arbitral tienen la facultad de emitir medidas cautelares⁴⁵, dicho supuesto puede producirse cuando se pacta un *dispute board* el cual, de acuerdo con la ley aplicable y lo estipulado por las partes, podrá emitir medidas cautelares, es decir que estamos frente a un conflicto de competencia entre ambos mecanismos.

A. Soluciones propuestas

En la doctrina se han propuesto soluciones para poder lidiar con el conflicto existente entre los medios escalonados y el árbitro de emergencia.

Una de estas propuestas consiste en que el árbitro de emergencia emita la medida cautelar y dicte una orden para que el plazo se suspenda mientras las partes cumplen con el mecanismo previo.⁴⁶

⁴⁴ CAIVANO, “Las cláusulas ‘escalonadas’ de resolución de conflictos (Negociación, mediación o conciliación previas al arbitraje)” En: SOTO COAGUILA, *Tratado de derecho arbitral: El convenio arbitral Tomo I*, p. 85.

⁴⁵ CÁRDENAS, Juan P., “El árbitro de emergencia”, *Revista ALARB*, 2024, p. 182.

⁴⁶ SCHEFFER, Gustavo, “El árbitro de emergencia y el dispute board coexistencia y compatibilidad”, *Revista ALARB*, 2024, p. 124.

Otra alternativa consiste en que se emita la medida cautelar por el árbitro de emergencia y que en un plazo de 10 días se envíe la solicitud de arbitraje además de una solicitud en donde se busque la suspensión del arbitraje mientras las partes cumplen con la fase previa⁴⁷).

Somos de la opinión que la medida idónea a aplicar debería ser esta última en vista que tal como hemos visto líneas arriba, el incumplimiento de una fase previa genera la suspensión del procedimiento arbitral. En ese sentido, solicitar la suspensión del arbitraje al mismo tiempo que se interpone la demanda no solo es acorde con la teoría esbozada respecto del incumplimiento de cláusulas escalonadas, sino que permite que las partes puedan cumplir con el mecanismo previo y respetar los términos estipulados en su cláusula de solución de controversias además de respetar el derecho a la tutela cautelar, el cual forma parte del derecho al debido proceso.

Ahora, respecto al segundo problema descrito el cual versa sobre el conflicto de competencia para emitir medidas cautelares entre el árbitro de emergencia y un mecanismo previo tal como un *dispute board*, es preciso señalar que el reglamento de arbitraje de la CCI del año 2012 en el literal c del inciso 6 de su artículo 29 contempla que el árbitro de emergencia no será aplicable en caso las partes hayan acordado otro procedimiento prearbitral, es decir que dicho reglamento tiene como premisa la renuncia implícita al árbitro de emergencia cuando las partes escogen un mecanismo pre arbitral que puede emitir medidas cautelares como podría ser un *dispute board*. Sin embargo, dicha renuncia implícita ya no se encuentra en el reglamento del año 2021, lo cual dificulta en gran medida la determinación de competencia entre ambos mecanismos.

Sobre el particular, el reporte sobre los procedimientos de arbitraje de emergencia publicado por la secretaría de la CCI⁴⁸ señala que en caso de conflicto de competencia entre un árbitro de emergencia y un *dispute board*, será este último quien adopte la medida siempre y cuando se encuentre constituido y que la protección cautelar que pueda ofrecer sea similar a la del árbitro de emergencia.

Aplicando esto al ordenamiento jurídico peruano, tenemos que los principales centros de arbitraje del país han decidido no aplicar la figura del árbitro de emergencia en la contratación pública, tal es el caso del reglamento de la Cámara de Comercio Americana (AMCHAM) que excluye la posibilidad de utilizar dicho mecanismo cuando el estado sea parte o el reglamento del 2024 del centro de arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú que eliminó dicha figura.

Respecto a los *dispute boards*, en el Perú se tiene la figura de la junta de resolución de disputas JRD y en los contratos de obra que tienen financiamiento de entidades extranjeras o multilaterales generalmente se aplican contratos estandarizados tales como FIDIC o NEC, cabe resaltar que la nueva ley de contratación pública, que aún no entra en vigencia, contempla el uso de contratos estandarizados a los proyectos de obra pública.

En ese orden de ideas, para poder determinar quién tendría la competencia para emitir medidas cautelares habría que determinar cuál de los dos mecanismos genera mayor protección cautelar.

⁴⁷ SCHEFFER, Gustavo, “El árbitro de emergencia y el dispute board coexistencia y compatibilidad”, *Revista ALARB*, 2024, p. 125.

⁴⁸ ICC, Commission on emergency arbitration proceedings, 2019, p.13.

En primer lugar, hay que destacar la naturaleza contractual de un *dispute board*, en palabras de Beisteiner citada por Paredes⁴⁹, el *dispute board* es de naturaleza contractual por lo que una decisión emitida por este no puede calificar como una decisión arbitral por ende carece de jurisdicción, en consecuencia, el incumplimiento de una medida cautelar dará lugar a un reclamo de incumplimiento contractual.

Por otra parte, hemos visto que en el caso del arbitraje de emergencia este sí es considerado como un árbitro por lo que la medida cautelar tiene mayor posibilidad de ser ejecutada en caso de incumplimiento.

En conclusión, en el ámbito nacional un árbitro de emergencia otorgará mayor protección cautelar que una JRD o un *dispute board* debido a que el primero es considerado como un árbitro y su decisión tiene carácter jurisdiccional, lo cual facilita la asistencia judicial en caso dicha medida necesite ser ejecutada forzosamente.

V. POSIBLES RESPUESTAS DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO

La problemática en la que estamos enfocados puede ser abordada desde el análisis económico del derecho, específicamente desde lo que se conoce como incumplimiento eficiente.

Hemos visto que las cláusulas escalonadas tienen naturaleza contractual por lo que estas se encuentran sujetas al principio de *pacta sunt servanda* y la buena fe, principios esenciales para el derecho de los contratos. Sin embargo, existen casos en donde los sujetos se ven incentivados al incumplimiento debido a que las ganancias del mismo exceden a las ganancias derivadas del cumplimiento contractual⁵⁰

Aplicado al caso en concreto, puede ser que el tribunal arbitral al percatarse que se ha interpuesto una medida cautelar sin haberse cumplido con la fase previa al arbitraje decida no suspender las actuaciones, sino que por el contrario decida pasar por alto dicho cumplimiento al considerar que el incumplimiento generará un mayor beneficio para el procedimiento arbitral en su totalidad.

En ese sentido, puede existir un supuesto en donde el demandante tenga una alta probabilidad de ganar y el tribunal decida que es ineficiente que las partes incurran en un procedimiento previo innecesario incurriendo en mayores costos, de esta forma se reducen los costos administrativos del procedimiento. Además, se reducen los costos de error en el sentido que el procedimiento arbitral se vuelve más célere y eficiente, haciendo que la sociedad tenga mayor confianza en dicho medio.

Por último, en el supuesto de jurisdicciones en donde se considere que el incumplimiento de una cláusula escalonada genera una cuestión de falta de jurisdicción, el tribunal puede decidir pasar por alto la fase previa con la finalidad que este no pierda su jurisdicción y se produzca la caducidad de la medida cautelar al no encontrarse constituido el tribunal.

⁴⁹ PAREDES CARBAJAL, Gustavo, “Jugando a las vencidas: Dispute boards vs árbitro de emergencia”, *Derecho & sociedad*, Nº 55, 2020, p. 263.

⁵⁰ POSNER, Richard, *Economic analysis of law*, Wolters Kluwer, New York, 2014, p. 168.

VI. CONCLUSIONES

Las cláusulas escalonadas son mecanismos que tienen las partes para resolver sus controversias mediante diversos pasos antes de llegar al arbitraje, dichas cláusulas se fundamentan en la autonomía que tienen las partes y al igual que cualquier contrato éstas deberán ser cumplidas. Sin embargo, existen algunos supuestos en donde es más eficiente el incumplimiento de dicho mecanismo con la finalidad de que el procedimiento sea más célere.

En caso de que se interponga una medida cautelar antes de iniciar el procedimiento arbitral, la mejor alternativa para evitar que esta caduque es presentar la solicitud de arbitraje dentro del plazo junto con una solicitud para que se suspendan las actuaciones del tribunal mientras las partes cumplen con la fase previa.

El árbitro de emergencia debe ser considerado como un árbitro y su decisión respecto de una medida cautelar es ejecutable por lo que dicho mecanismo otorga mayor seguridad a la tutela cautelar de quien lo solicita en comparación de otros mecanismos como un *dispute board*.

Si bien se concluye que el incumplimiento de una cláusula escalonada genera la inadmisibilidad de la demanda y la suspensión del arbitraje, existen opiniones distintas a lo largo de la casuística por lo que un árbitro podría argumentar mediante la teoría del incumplimiento eficiente en casos que se considere que este carece de jurisdicción debido a que las partes no han cumplido con la etapa previa.

MÁS ALLÁ DEL SOMBRERO, ¿CÓMO RECUSAR A UN ÁRBITRO POR MULTIPLICIDAD DE ROLES Y REPETIDAS DESIGNACIONES? ESTÁNDAR INTERNACIONAL EN LA PRÁCTICA COMERCIAL Y DE INVERSIONES

Rodrigo Hesse Martínez¹ & Santiago Adriazola Bayá²

Resumen - Esta investigación recoge el estándar aplicado en la práctica internacional para combatir la falta de apariencia de imparcialidad en árbitros ocasionada por la duplicidad de roles (*double-hatting*, *role confusion* y *back scratching*) y multiplicidad de designaciones. Se demuestra que la aversión del mercado en asumir riesgos por elegir nuevas opciones ha debilitado la legitimidad del arbitraje y, como reacción, el estándar comenzó a mutar hacia uno basado en la diversidad meritocrática antes que prestigio (capital simbólico hacia capital moral). En este contexto, se propone un argumento económico para modular la intensidad del estándar de recusación en mercados arbitrales pequeños como el de inversiones, en contraste con uno más grande como el comercial. Para ello se utiliza un fuerte componente estadístico para medir el tamaño de ambos mercados y establecer una relación directamente proporcional con su intensidad (mientras más grande el mercado, más estricto el estándar).

Abstract - This research reflects the standard applied in international practice to combat the lack of appearance of impartiality in arbitrators caused by the duplicity of roles (*double-hatting*, *role confusion* and *back scratching*) and multiple designations. It is proven that the reluctance of the market to assume risk for new options has weakened the legitimacy of arbitration and, as a reaction, the standard started to shift towards one based on meritocratic diversity rather than prestige (symbolic capital towards moral capital). In this context, an economic argument is argued to modulate the intensity of the challenge standard in small arbitration markets such as the investment market in contrast to a larger one such as the commercial one. To do so, a strong statistical component is used to measure the size of both markets and establish a directly proportional relationship with the intensity of the standard (the larger the market, the stricter the standard).

I. ¿DE QUÉ TRATA ESTE TRABAJO?.....	206
II. LA DUPLICIDAD DE ROLES Y LAS REPETIDAS DESIGNACIONES.....	207

¹ Bachiller en Derecho (LL.B) por la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima (Perú) con Diploma de Especialidad en Soluciones de Controversias. Asistente Legal del Área de Arbitraje Internacional del Estudio Muñiz. Ex pasante de la Secretaría Permanente de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Contacto: rhessem@outlook.com; LinkedIn: Rodrigo Hesse Martínez.

² Licenciado en Derecho, Universidad Católica Boliviana “San Pablo”, Regional La Paz “UCB”. Ex Orador del Equipo de Arbitraje de Societatis Arbitrium. Asociado en el equipo de resolución de controversias del Estudio Jurídico Moreno Baldivieso. Contacto: sadriazola@emba.com.bo; LinkedIn: Santiago Adriazola Baya.

III. PRÁCTICA RECHAZADA A NIVEL INTERNACIONAL: REACCIONES.....	211
IV. LA DUPLICIDAD DE ROLES Y MÚLTIPLES DESIGNACIONES COMO FENÓMENOS ECONÓMICOS.....	215
V. SACANDO LA CABEZA DE LA ARENA: MERCADOS ARBITRALES CON POCAS OPCIONES.....	217
<i>A. Demanda.....</i>	218
<i>B. Oferta.....</i>	219
VI. EL EFECTO NEGATIVO DEL CAPITAL SIMBÓLICO EN MERCADOS ARBITRALES GRANDES: CUANDO EL “SIMBOLISMO” CREA ESCASEZ ARTIFICIAL.....	222

I. ¿DE QUÉ TRATA ESTE TRABAJO?

Este artículo demuestra que el estándar de recusación por falta de apariencia de imparcialidad, duplicidad de roles y repetidas designaciones debe ser aplicado según el tamaño del mercado relevante. En este sentido, será más estricto en mercados donde auténticamente hayan varias opciones (como suele ser el caso en arbitrajes comerciales) y más leve en mercados pequeños como, por ejemplo, el de inversiones o deportivo.

Lo especial de este trabajo es que propone un argumento económico para demostrar que la mayor o menor intensidad elegida debe ser en función del tamaño del mercado arbitral donde se aplique. En este sentido, este trabajo no teoriza sobre la conveniencia o validez de estas situaciones en el arbitraje (tampoco si realmente afectan la imparcialidad). Este ha sido materia de múltiples estudios. Cuando se aborde el estándar será de manera descriptiva y compilatoria.

Existen otras investigaciones que han estudiado estos fenómenos sin adoptar una postura sobre su validez. Langford, Behn & Lie y Dezalay & Garth han medido estadísticamente el tamaño del mercado arbitral, así como la frecuencia con la que estos fenómenos se han manifestado en el tiempo (aunque en diferentes momentos y usando diferentes métricas)³. Puig adoptó una metodología sociológica para explicar los criterios bajo los cuales un árbitro resultaba más valioso que otro para ser designado⁴ (preferencias por género, clase social, educación, nacionalidad, edad, entre otros). Los resultados de esta investigación sirvieron de base para que Langford, Behn & Lie

³ LANGFORD, Malcom, “The changing sociology of the investment arbitration market: The case of Double-Hatting”, en BULL, Cavinde, et al., *Arbitration's Age of Enlightenment?*, ICCA Congress Series Nº 21, 2022; DEZALAY, Yves. - GARTH, Bryan G., *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, Chicago University Press, 1996.

⁴ PUIG, Sergio, “Social Capital in the Arbitration Market”, *European Journal of International Law*, Volumen 25, 2014, p. 387.

expliquen los datos estadísticos que reunieron sobre el mercado arbitral y el grado de influencia que tenían los llamados *power brokers*⁵.

El artículo utiliza los resultados de estas investigaciones para proponer una modulación razonable del estándar de recusación vigente por duplicidad de roles y repetidas designaciones.

II. LA DUPLICIDAD DE ROLES Y LAS REPETIDAS DESIGNACIONES

El arbitraje no se rige -formalmente- bajo un sistema de precedentes (*stare decisis*) y cada árbitro es libre de ignorar la decisión de otro árbitro o juez, pero las leyes de arbitraje les permite integrar silencios procedimentales con los principios y costumbres arbitrales.

Para integrar costumbres las partes argumentan la existencia de un estándar en cada caso concreto tomando como referencia otros casos donde se hayan resuelto materias similares y, de esta forma, se genera un efecto dominó en la práctica arbitral hasta que se crean tendencias sobre diversos temas⁶. De hecho, como plantea Hamilton, uno de los principales dilemas del árbitro radica en cómo balancear la teoría y práctica pues el rol del árbitro no solo es decidir una disputa legal sino contribuir a la formación del derecho⁷.

Sin embargo, cuando no hay un estándar construido (por lo menos no uno uniforme) lo que queda es acudir a los principios arbitrales y aspectos primales del derecho arbitral. En el mejor de los casos, hay diferentes estándares propuestos por diferentes sectores y alguno de estos podría resultar más apropiado para el caso concreto.

La duplicidad de roles y múltiples designaciones son práctica común para el abogado arbitral pues lo común es tener algún tipo de experiencia antes de volverse árbitros. Los impactos de esta práctica

⁵ LANGFORD, Malcolm, *et al.* "The Revolving Door in International Investment Arbitration", *Journal of International Economic Law*, Volumen 20, Issue 2, 2017, p. 304. ("However, the extent of double hatting has never been measured. It remains the subject of anecdote and casual observation. Furthermore, it is not uncommon to hear claims that the practice is decreasing over time with the implication that the ethical concerns are less sharp today – but no evidence is offered for such assertions").

⁶ El artículo 19 de la Ley Modelo UNCITRAL permite al tribunal arbitral dirigir el procedimiento como considere apropiado cuando la ley ni el pacto entre las partes regulen alguna actuación en específico. En el párrafo 35 de los comentarios de la secretaria, se explica lo siguiente: "La facultad discrecional supletoria del tribunal arbitral es igualmente importante pues permite que éste sustancie las actuaciones según las características especiales de cada caso, sin las limitaciones impuestas por la legislación interna que suele aplicarse, incluso la que rige la práctica de la prueba. Además, proporciona la base para dar muestras de iniciativa a fin de solucionar toda cuestión procesal no contemplada en el acuerdo de arbitraje ni en la Ley Modelo".

⁷ HAMILTON BYRNE, William, "The influence of legal scholars on the development of international investment law", *Journal of International Economic Law*, Vol 27, 2024, p. 279.

en la imparcialidad de los árbitros son inciertos y ha sido duramente criticada en los últimos años⁸ y hasta prohibida.

Esta incertidumbre ha impedido que la práctica internacional uniformice el estándar porque el problema subyacente enfrente dos aspectos esenciales del arbitraje: especialidad vs imparcialidad. En efecto, uno de los principales atributos de arbitrar es poder elegir a un profesional cuya experiencia y especialidad técnica, calcen con lo que necesita el caso. Sin embargo, esto también implica tener un número más reducido de especialistas que será más chico en función de que tan exigente es el perfil del árbitro que se busque.

En algún punto, conforme una misma empresa o estudio de abogados tengan casos provenientes de la misma industria o contrato, comenzará a repetir árbitros porque auténticamente los considera como la mejor opción para resolver su caso. Del mismo modo, esos mismos abogados podrían ser buscados por clientes como litigantes o expertos para representarlos en ese mismo tipo de casos donde la discusión puede que sea similar.

Para un sector de la práctica internacional, cuando cualquiera de estas situaciones comienza a suceder, existen dudas razonables sobre la imparcialidad del árbitro. Desde este punto comienzan los problemas porque no hay un conjunto de reglas éticas comunes que regulen la conducta del árbitro y, si bien existen el deber de ser imparcial e independiente, no hay una definición unánime de qué significa eso⁹.

Entrando a detalle, la duplicidad de roles o *double hatting* es una situación de hecho¹⁰ donde un mismo profesional ocupa dos o más roles en procedimientos diferentes. Esta coincidencia puede ser simultánea o pasada. Asimismo, puede que la coincidencia sea subjetiva (en razón de las partes o sus abogados) u objetiva (en razón de la materia discutida).

En la práctica, esta coincidencia genera dudas sobre la imparcialidad e independencia de los árbitros por ocupar otros cargos como árbitro, experto, litigante, *in-house counsel*, juez, miembro de un consejo o corte de arbitraje, entre otros. Sin embargo, la respuesta de los centros de arbitraje,

⁸ SANDS, Phillipe, "Conflict and Conflicts in Investment Treaty Arbitration: Ethical Standards for Counsel", en ROVINE, Arthur (ed.), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers* (New York: Brill, 2012), pp. 28–49; SANDS, Phillipe, "Developments in Geopolitics – The End(s) of Judicialization?", 2015 ESIL Conference Closing Speech, 2015; LEVINE, Judith, "Dealing with Arbitrator "Issue Conflicts" in International Arbitration", *Dispute Resolution Journal* 60, 2006; MACKENZIE, Ruth - SANDS, Phillipe, "International Courts and Tribunals and the Independence of the International Judge", *Harvard International Law Journal*, Volumen 47, 2003, p. 271; BRUBAKER, Joseph, "The Judge Who Knew Too Much: Issue Conflicts in International Adjudication", *Berkeley Journal of International Law*, Vol 26, 2008, p. 111.

⁹ GIORGETTI, Chiara, "The Transformation of International Organizations-Specialization, New Initiatives, and Working Methods-Some Observations on the Work of UNCITRAL Working Group III", *Journal of International Economic Law*, Vol. 26, 2023, p. 48.

¹⁰ Se destaca la expresión "situación de hecho" para acentuar la naturaleza fenomenológica de la duplicidad de roles. Como es simplemente un hecho es un dato neutral sin un valor positivo o negativo inherente.

comités de anulación y cortes estatales ha sido variada. El debate es igual de variado entre los autores¹¹, pero la postura mayoritaria reconoce que existen casos donde la duplicidad afecta la imparcialidad del árbitro o, por lo menos, genera dudas razonables¹².

Por un lado, llama la atención el posible conflicto de intereses generado por las repetidas designaciones (árbitro hincha). En general, la sola existencia del “árbitro de parte” o “*wing arbitrator*” ha planteado dudas sobre la real imparcialidad del árbitro por el interés económico que podría tener en seguir siendo designado (especialmente si su práctica se limita a ser árbitro o experto)¹³, con mayor razón hay dudas cuando se sigue designando a la misma persona.

Un tercero también podría pensar que está adoptando ciertas posturas en el laudo para alinearse a cierto tipo de perfil buscado por un tipo de cliente (ejemplo: Estados, empresas o inversionistas¹⁴) cuando el laudo será público. Conflicto similar tienen los expertos legales presentados por una parte que deben balancear las necesidades de su “cliente” -o lo esperado por el mercado- con su real opinión¹⁵.¹⁶

¹¹ SUCHARITKUL, VANINA, “The Ban on Double Hatting in Investment Arbitration: A Double Edged Sword?”, *National Law School Business Law Review*, Vol. 7, 2021.

¹² FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., “Investment Arbitration in the New Era: Engine or Obstacle in the Fight Against Climate Change”, *Jus Mundi Arbitration Review*, Vol 1, Issue 1, 2024, p. 73; BORN, Gary, “*International Commercial Arbitration*”, tercera edición, 2024, Capítulo 12.5, Sección [k].

¹³ Pellet considera que uno podría pensar que repetidas designaciones podría contribuir a una mayor consistencia jurisprudencial en el arbitraje de inversiones, pero la reputación y el interés por ser nuevamente designado (por la parte o entidad) podría influir en la decisión del árbitro. En PELLET, Alain, “Seven Cardinal Sins of Investment Dispute Settlement”, *Jus Mundi Arbitration Review*, Vol 1, Issue 1, 2024, p. 53. Por otro lado, el Comisionado de Comercio de la Unión Europea ha expresado que el sistema de designación de árbitros no es apto para el siglo XXI, MUSAU, Benjamin M, “Balancing Private Rights and Public Order in Investor-State Arbitration: the PCA Experience”, *The American Review of International Arbitration*, Vol 30, No. 1, 2019, p. 51.

¹⁴ HAMILTON BYRNE, William, “The influence of legal scholars on the development of international investment law”, *Journal of International Economic Law*, Vol 27, 2024, pp. 290-291. Para el autor, esto puede suceder para asegurar: “...which raises the spectre of this form of ‘double hatting’ as a kind of normative enterprise conducted by the arbitrator/academic to secure appointments. Further insight into this dynamic can be drawn taking a closer look at the scholarship produced by arbitrators”.

¹⁵ PELLET, Alain, “Seven Cardinal Sins of Investment Dispute Settlement”, *Jus Mundi Arbitration Review*, Vol 1, Issue 1, 2024, p. 42: (“If they are off the record, this does not pose any particular problem: the client (generally the law firm of the party requesting the opinion) may or may not use the opinion requested, produce it or not, quote it or not. Things are more complicated when the report is intended to be annexed to the pleadings: in this case, it is often necessary to ‘negotiate’ foot by foot, or even comma by comma, to maintain one’s own point of view and not give in to pressure from the client”). WARREN, Elizabeth, “no emplearía jueces independientes. En su lugar, abogados corporativos muy bien remunerados pasarían de representar a corporaciones un día a tomar decisiones al día siguiente. Puede que eso tenga sentido en un arbitraje entre dos corporaciones, pero no en casos entre corporaciones y gobiernos. Si eres un abogado que busca mantener o atraer clientes corporativos bien remunerados, ¿qué tan probable es que decidas en contra de esas corporaciones cuando te toque ocupar el asiento del juez?”

¹⁶ La senadora estadounidense y ex candidata presidencial Elizabeth Warren escribió en un artículo de opinión que el sistema de solución de disputas de inversiones internacionales (ISDS)

En la práctica, también llaman la atención designaciones entre abogados como favores (*back scratching*) o, una vez en el cargo, la posibilidad de que el árbitro adopte cierta postura en el laudo para volverse famoso o citarse a sí mismo en otro caso donde es litigante (*role confusion*)¹⁷.

Por el otro lado, existe preocupación por la influencia intelectual que un rol pueda tener sobre la capacidad del árbitro de conocer la disputa con “mente abierta”. Esta influencia se conoce como *issue conflict* y consiste en un sesgo académico que un árbitro pueda arrastrar por su experiencia previa o simultánea como litigante, académico, experto o miembro de una corte de arbitraje (entre otros roles).

Como precisa Menon, cuando un árbitro conoce un caso sobre una materia particular que también conoce como litigante, cabe la duda razonable sobre la influencia que pueda tener una experiencia sobre la otra¹⁸. Ziadé explica que el *intellectual predilection* cruza la línea cuando el árbitro se vuelve incapaz de resolver un caso concreto únicamente en función de los hechos y la ley¹⁹.

Sin embargo, como en el arbitraje cada caso toma como referencia la “práctica internacional” para crear derecho cuando la ley o la voluntad de las partes es silenciosa o imprecisa, los árbitros deben tener alguna posición básica pre-definida sobre cuestiones abstractas que les permita resolver el caso concreto²⁰. Esto choca fuertemente con la idea de que un árbitro no puede tener conceptos preconcebidos por ser una forma de sesgo²¹.

Ambos lados expresan preocupaciones válidas, especialmente porque la duplicidad de roles es destacada como una experiencia valiosa y contribuye al perfil profesional de cualquier abogado; pero, al mismo tiempo, el acaparamiento del mercado arbitral por la misma gente debilita la legitimidad del arbitraje (con lo que ello implica para su imparcialidad).

¹⁷ PARK, William, “Arbitrator Integrity: The Transient and the Permanent”, *San Diego Law Review*, Vol 46, p. 648.

¹⁸ MENON, Sundaresh, “A Tale of Two Systems: The Public and Private Faces of Investor-State Dispute Settlement” *ICSID Review*, Vol 37, No. 3, 2022, p. 632. Ver también: PELLET, Alain, “Seven Cardinal Sins of Investment Dispute Settlement”, *Jus Mundi Arbitration Review*, Vol 1, Issue 1, 2024, p. 54: (“Even if the same person were sufficiently schizophrenic to be able to disregard his or her current cases as counsel when sitting as an arbitrator, the fact remains that, if the legal problems posed (and, even more so, the facts) are similar, an impartial observer could have at least a reasonable doubt about his or her objectivity. Moreover, the practice of double-hatting may encourage – or at least allow – ‘back-channeling’”). En contraste, ZARBIYEV reporta que algunos académicos occidentales han incluso adoptado dos posturas teóricas opuestas al representar a inversionistas extranjeros en un caso y luego publicando *papers* sosteniendo lo contrario. ZARBIYEV, Fuad, “These are my principles. If you don’t like them I have others. On justifications of foreign investment protection under international law”, *Journal of International Economic Law*, Vol 26, 2026, p. 540.

¹⁹ ZIADÉ, Nassib G., “How Many Hats can a Player Wear: Arbitrator, Counsel and Expert? ”, *ICSID Review*, Vol 24, Issue 1, 2009, p. 50.

²⁰ HAMILTON BYRNE, “The influence of legal scholars on the development of international investment law”, p. 290.

²¹ Esto también podría involucrar el grado de influencia que tiene la formación jurídica de una persona (desde la universidad hasta la tradición legal) en la existencia de un sesgo. Ver también: VAN HAERSOLTE-VAN HOF, JACOMIJN J., “Impartiality and independence: fundamental and fluid”, *Arbitration International*, Vol 37, 2021, p. 606.

Si la ética del árbitro por sí sola es complicada, aplicarla para limitar una práctica comúnmente aceptada por décadas es incluso más difícil. Langford, Behn & Lie advierten que “*Double hatting as an expert witness while at the same time acting as arbitrator or legal counsel in another case may also be problematic, but that requires a more nuanced ethical discussion*”²².

La ética ha adquirido cada vez más atención en el debate académico conforme se ha perdido confianza en el “sistema”, al ser percibida como un grupo de *older white men*²³, con ausencia de transparencia en la selección de árbitros²⁴, *third party funders*²⁵, *law firm-driven litigation*²⁶, *excessive collegiality*²⁷ y un alto nivel de gastos arbitrales²⁸. Esta percepción de que el arbitraje es un círculo cerrado alimenta las críticas hacia el *double hatting*.

Como se puede advertir, estamos ante una discusión llena de grises que impactan directamente en el funcionamiento del mercado de árbitros, expertos legales y litigantes. La ausencia de una solución que satisfaga ambos intereses (imparcialidad y especialidad) hace muy difícil encontrar un estándar uniforme para recusar a un árbitro por cualquiera de las situaciones antes descritas.

III. PRÁCTICA RECHAZADA A NIVEL INTERNACIONAL: REACCIONES

Existe una fuerte discusión sobre cuál es la mejor manera de abordar la duplicidad de roles y la falta de consenso se ve reflejada en la diversidad de propuestas. Mientras un sector argumenta por

²² LANGFORD, “The Revolving Door in International Investment Arbitration”, p. 304, pie de página 20.

²³ Ver también: GREENWOOD, Lucy - BAKER, C. Mark, “Getting a Better Balance on International Arbitration Tribunals”, *Arbitration International*, Vol. 28, 2012, p. 653; FRANCK, Susan *et al*, “The Diversity Challenge: Exploring the “Invisible College” of International Arbitration”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 43, 2015, p. 429; VAN HARTEN, Gus, “The (Lack of) Women Arbitrators in Investment Treaty Arbitration”, *Columbia FDI Perspectives*, No. 59, 2012.

²⁴ Ver también, GIORGETTI, Chiara, “Who Decides Who in International Investment Arbitration”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol. 32, 2014, 431; PUIG, Sergio, “Blinding International Justice”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 56, 2017.

²⁵ Ver: ROGERS, Catherine, “*Gamblers, Loan Sharks and Third-Party Funders*”, en ROGERS, Catherine, “*Ethics in International Arbitration*”, Oxford University Press, 2014.

²⁶ Ver: EBERHARDT, Pia – OLIVET, Cecilia, “*Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators, and Financiers are Fueling an Investment Arbitration Boom*”, *Corporate Europe Observatory*”, 2012.

²⁷ Ver: PUIG, Sergio, “Blinding International Justice”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 56, 2017.

²⁸ Ver: FRANCK, Susan, “Rationalizing Costs in Investment Treaty Arbitration”, *Washington University Law Review*, Vol. 88, 2011, p. 769.

soluciones orgánicas (mediante recusaciones)²⁹, la otra apuesta por adicionalmente dictar de códigos de conducta³⁰ o lineamientos que sugieran su revelación. Esta última opción toma especial relevancia ante la ausencia de un estándar uniforme de recusación.

En este contexto, la ausencia de una real reforma progresiva desesperó a los actores del arbitraje y, como precisa Verhoosel, la ausencia de consenso sobre la respuesta adecuada ante el *double hatting* y designaciones de parte ha generado reformas invasivas (aquellas que prohíben de plano la duplicidad de roles)³¹.

Una de las formas más eficientes de canalizar cualquiera de estas reacciones (progresiva o invasiva) hacia la adopción de un capital moral como nuevo criterio asignador de valor es la promulgación de códigos de conducta. Si bien Born, considera que la emisión de múltiples códigos sólo fragmentaría el estándar³², Reed & Sim sostienen que existen diversas opiniones sobre los deberes éticos del árbitro, incluyendo el *double-hatting* y un código de ética sería una necesidad básica³³. El esfuerzo mayoritario ha preferido la segunda opción.

Como primer gran ejemplo destaca el Código de Conducta para árbitros elaborado conjuntamente por la secretaría de Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL en inglés) y del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI o ICSID en inglés) (en adelante, “Código de Conducta de la CNUDMI”) aprobado a inicios del 2024 como respuesta a la inconformidad de los Estados involucrados en arbitrajes de inversión ante la falta de diversidad y transparencia en la designación de árbitros

²⁹ De Brabandore informa que se han propuesto ideas para una solución “orgánica” en lugar regulaciones para evitar la prohibición del *double hatting* lo que podría ser una barrera para una mayor diversidad en: De BRABANDERE, Eric, “The 2019 Duth Model Bileateral Investment Treaty: Navigating the Turbulent Ocean of Investment Treaty Reform”, *ICSID Review*, Vol 36, No. 2, 2021, P. 335. Ver también, GARCÍA DE CORTÁZAR, Elena, “*Diversity and inclusion: the long road ahead*”, Leadership, Legitimacy, Legacy: A Tribute to Alexis Mourre, 24 de octubre de 2022, p. 9: (“Some argue this measure will be good for diversity, as it is precisely the individuals that are already overrepresented in ISDS that primarily benefit from double hatting. So, a ban in this respect will make them choose between acting as counsel and acting as an arbitrator. As it is generally much more profitable to act as a counsel than to act as an arbitrator, there is hope that this measure will leave space for others and make parties broaden the search for potential arbitrators”)

³⁰ LAHLOU, Yasmine, “*Will the controversy over double-hatting ruin arbitration*”, Leadership, Legitimacy, Legacy: A Tribute to Alexis Mourre, 24 de octubre de 2022, p. 11: (“the ISDS system as we know it has effective mechanisms of addressing the risks flagged by the proponents of a partial or complete limits on double hatting. The system can always be improved and ex ante prohibition rules on double hatting may seem easier to apply and enhance predictability as well as efficiency (in those few cases in which arbitrators do not voluntarily resign after being challenged). Yet, there is a broader complex ecosystem, in which the honest application of timeless principles to specific situations should remain the rule”)

³¹ VERHOOSSEL, Gaëtan, “Keynote Address-Uncanny: Investment Arbitration’s Three Tales of Trouble”, *The American Review of International Arbitration*, Vol. 30, No. 3, 2019, p. 9.

³² BORN, *International Commercial Arbitration*, p. 101.

³³ REED, Lucy - SIM Christine, “Potential Investment Treaty Appellate Bodies: Open Questions”, NUS Centre for International Law Collection of Articles on an Appellate Body in ISDS”, *ICSID Review*, Vol 32, No. 3, 2017, p. 694.

(donde se tomaron como insumos diversos tratados en materias de inversión que incluyeron como anexo códigos de conducta³⁴).

El Artículo 4 del Código de Conducta de la CNUDMI establece que:

A menos que las partes litigantes acuerden otra cosa, el árbitro no actuará concurrentemente como representante legal o perito en ningún otro proceso que se refiera a: a) la misma medida o medidas; (...) o c) la misma disposición o disposiciones del mismo instrumento de consentimiento³⁵.

Esta limitación refleja el interés de la comunidad arbitral por evitar que el mercado se concentre en las mismas manos, pues tiene un impacto negativo en la confianza. Si bien conocer dos casos vinculados no implica necesariamente una “contaminación cruzada”, este instrumento refleja una preocupación que quiebra la apariencia de neutralidad necesaria para cumplir la función de árbitro.

Los centros de arbitraje también han publicado códigos de ética³⁶. *El Singapore International Arbitration Centre* (SIAC) posee el *Code of Ethics for Arbitrators* donde destaca un reconocimiento expreso al *issue conflict* como supuesto de parcialidad del árbitro. El *Hong Kong International Arbitration Centre* (HKIAC) no posee una estipulación tan expresa, pero establece que el árbitro deberá actuar libre de cualquier sesgo y deberá revelar cualquier interés o relación con las partes que afecte su imparcialidad (o afecte su apariencia).

El literal c, apartado S18, del Código de Arbitraje Deportivo del Tribunal Arbitral del Deporte (TAS) establece que “*Los árbitros y mediadores/as del TAS no podrán actuar como abogados o expertos de una parte ante el TAS*”. Para Schiappa-Pietra & Mejía, esto demuestra que la regulación de este fenómeno no acarrea consecuencias contra la especialidad del arbitraje y ejecutar esta restricción no afecta la correcta y equitativa designación de árbitros³⁷.

La *China Maritime Arbitration Commission* (CMAC) posee un *Code of Conduct for Arbitrators* cuyo artículo II prohíbe al árbitro representar a una de las partes sin distinguir entre el caso concreto o cualquier otro caso (aunque resulta obvio que aplica para ambos). El artículo III prohíbe que un árbitro asuma un caso si ha discutido previamente sobre él con cualquier de las partes o haber presentado opiniones técnicas como asesor anteriormente.

³⁴ Ver Anexo B del *Draft Code of Conduct for Adjudicators in Investor-State Dispute Settlement* (NAFTA, Unión Europea-Singapur IPA, Australia-Japon EPA, CETA, CTPP Unión Europea-Vietnam FTA e IPA; e Indonesia-Australia CEPA)

³⁵ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional & Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, “Código de Conducta de la CNUDMI para Árbitros en la Solución de Controversias Relativas a Inversiones”, 2024.

³⁶ Ver También Código Ético para Árbitros Internacionales de la IBA de 1987; el Código Ético de la AAA de 2004; las Directrices del *Chartered Institute of Arbitrators* (CI Arb) sobre Entrevistas de Candidatos a Árbitros de 2007 y su revisión de 2016; Nota orientativa sobre revelación que la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI; Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español del Arbitraje del 2019.

³⁷ SCHIAPPA, Pietra, *et al*, *Pasando el sombrero: una revisión del double-hatting desde la experiencia internacional y su influencia en la concentración de funciones dentro del circuito arbitral peruano*, *Advocatus* No. 43, 2023, p. 338.

La *International Bar Association* (IBA) incorporó en 2014 diecinueve (19) situaciones donde podrían existir conflictos derivados de la duplicidad de roles: siete (7) en Listado rojo renunciante; doce (12) en el Listado Naranja y otros adicionales en el Listado Verde³⁸. En su nueva versión del 2024, un (1) supuesto fue eliminado de la lista roja y uno (1) del Listado Naranja. En este último Listado ocho (8) nuevos supuestos fueron agregados incluyendo duplicidad de roles entre la asunción como árbitro y su participación como miembro del centro de arbitraje, así como en *mock trials* relacionados al caso³⁹.

A nivel de controversias de inversiones, existe una nueva generación de tratados que ha incorporado regulaciones sobre la duplicidad de roles en la forma de códigos de conducta o provisiones expresas⁴⁰. El Código de Conducta del Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica establece expresamente que:

Una vez seleccionado, un árbitro se abstendrá, mientras dure el procedimiento, de actuar como asesor o experto o testigo designado por las partes en cualquier controversia pendiente o nueva sobre inversiones en virtud del Acuerdo global y progresivo de asociación transpacífica o cualquier otro acuerdo internacional⁴¹.

Igualmente, el Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre Canadá y la Unión Europea establece que: “*una vez designados, se abstendrán de actuar como asesores o expertos o testigos designados por las partes en cualquier controversia pendiente o nueva controversia sobre inversiones en virtud de este o cualquier otro acuerdo internacional*”. Esta prohibición se replica en el Modelo de Tratado Bilateral de Inversiones de los Países Bajos. Ambos casos son la respuesta más radical que ha tenido la comunidad frente a la pérdida de legitimidad (abandonar el arbitraje) y otros ejemplos (como la prohibición al *double hatting* en procesos ante la Corte Internacional de Justicia) son planteados como una respuesta sistémica al problema⁴². Lo particular es que no se

³⁸ IBA Council, “IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration”, 23 de octubre de 2014.

³⁹ IBA Council, “IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration” 25 de mayo de 2024.

⁴⁰ THOMAS, Christopher J. - DHILLON, Harpreet, “The Foundations of Investment Treaty Arbitration: The ICSID Convention, Investment Treaties and the Review of Arbitration Awards”, *NUS Centre for International Law Collection of Articles on an Appellate Body in ISDS, ICSID Review*, Vol 32, No. 3, 2017, p. 467: “*The Convention’s rather terse treatment of arbitrator qualifications and conduct stands in sharp contrast to recent attempts to deal with such issues as conflicts of interest, the unanticipated phenomenon of ‘double-hatting’ (a person acting simultaneously as counsel and arbitrator in different investment treaty cases) and so on. These issues have been addressed by the inclusion of provisions in treaties that either contemplate the State parties formulating codes of conduct after the treaty enters into force, or actually setting out in detail in the treaty what additional duties arbitrators must comply with*”)

⁴¹ Para mayor análisis, se recomienda CÁMARA CHUMBES, Angela - YANO TSUHA, Nicolas D., “¿Uno o dos sombreros?: Lineamientos para una regulación del double-hatting en arbitrajes de inversión”, *Forseti. Revista de Derecho*, Volumen 9, No. 13, 2021, p. 73, pie de página 35.

⁴² Aunque no es arbitraje, es relevante apreciar de forma referencial la prohibición al double-hatting que existe en la Corte Internacional de Justicia de las Naciones Unidas (ICJ por sus siglas en inglés). Para mayor información ver LAHLOU, Yasmine, “*Will the controversy over double-hatting ruin arbitration*”, *Leadership, Legitimacy, Legacy: A Tribute to Alexis Mourre*, 24 de octubre de 2022, p. 11

tratan de tratados que regulen la designación de árbitros sino la creación de un tribunal permanente de inversiones de dos niveles⁴³.

Estas preocupaciones también se han visto reflejadas en la agenda del Grupo de Trabajo III de UNCITRAL que exhibe como elementos de reforma del *Investor-State Dispute Settlement* (ISDS) la promulgación de un código de conducta (cumplido), un tribunal permanente multilateral de inversiones, y mecanismos de apelación (ver documentos de trabajo).

IV. LA DUPLICIDAD DE ROLES Y MÚLTIPLES DESIGNACIONES COMO FENÓMENOS ECONÓMICOS

Una de las principales preocupaciones de limitar de cualquier manera la duplicidad de roles y múltiples designaciones es su impacto en la cantidad de árbitros disponibles en mercados donde la cantidad de árbitros es bastante reducida frente a la cantidad de casos. Es decir, restringir el acceso a un recurso escaso.

En la designación de árbitros, no todos los profesionales pueden ser designados, sea por especialidad o imparcialidad. Ambas son cualidades para un arbitraje justo y eficaz⁴⁴, pero la cantidad de veces que una parte designa a una misma persona impacta cómo compite para ocupar otros roles donde su perfil sea necesario. Como se anticipó, dado que el camino a volverse árbitro comúnmente conlleva una experiencia previa como litigante por exigencia del mercado, separar roles no es tan fácil como suena ni tampoco es común:

*(...) many legal counsel seeking to become full time arbitrators cannot justify giving up their counsel practice when there is no guarantee that arbitral appointments will come in the future. Therefore, under this scenario, it is inevitable that some double hatting will occur during the transitionary period between the time an individual acts primarily as counsel to the time that they become a full-time arbitrator.*⁴⁵

Esta experiencia previa implica que la vasta mayoría de abogados deberá primero ocupar otros roles antes de poder limitarse al de árbitro. En este sentido, la propia línea de carrera del abogado especializado en arbitraje limita el *pool* de árbitros a un grupo selecto de personas.

Mankiw define la escasez como la existencia de recursos limitados y que, por tanto, no puede producir todos los bienes y servicios que las personas desearían tener⁴⁶. En el arbitraje, la concentración de casos en pocas manos ocurre cuando, realmente, no hay suficiente gente con capacidad y experiencia para la cantidad creciente de casos en mercados pequeños, o cuando quienes distribuyen estos recursos crean escasez por no administrar los recursos eficientemente

⁴³ CÁMARA CHUMBES - YANO TSUHA “¿Uno o dos sombreros?: Lineamientos para una regulación del double-hatting en arbitrajes de inversión, p. 74.

⁴⁴ BLACKABY, Nigel, *et al*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, 2015, p. 21

⁴⁵ BUERGENTHAL, THOMAS, “The Proliferation of Disputes, Dispute Settlement Procedures and Respect for the Rule of Law”, *Transnational Dispute Management*, 2006, disponible en : <https://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=820> .

⁴⁶ MANKIW, Gregory, *Principios de Economía*, Harvard University, sexta edición, p. 4

(designaciones negligentes o prácticas “anticompetitivas” como el *role confusion*, *back scratching* o árbitro hincha).

Especialmente en mercados grandes, se asigna mayor valor a quienes exhiban la mayor capacidad o especialidad posible sin que eso necesariamente implique ser el mejor. Es decir, el criterio de designación se basa en la reputación por los altos costos de transacción involucrados en “encontrar talentos ocultos” (sin información, el riesgo de designar a un *outsider* o desconocido es mayor). Como consecuencia de un “sistema” regido por apariencias, habrá una escasez de árbitros porque será muy caro identificar el *pool* total de opciones y será más responsable limitarse a los grandes nombres o designaciones previas⁴⁷.

En este sentido, la finitud del recurso principal del mercado arbitral (servicio de árbitro) es el límite de veces o circunstancias donde un especialista puede asumir el rol de árbitro sin perjudicar su apariencia de imparcialidad y, colateralmente, la legitimidad del arbitraje.

En efecto, la concentración de casos en pocas manos debilita la confianza en el arbitraje como método de solución de controversias. Como bien precisan Cámara & Yano, citando a Lew, Mistelis & Kroll, reconocer y evitar los conflictos de intereses es la base de la credibilidad y la legitimidad del sistema⁴⁸. Sin embargo, el acceso a la información ha crecido abismalmente durante los últimos años (lo que continuará sucediendo) y, por ende, ampliar el pool de árbitros es cada vez menos riesgoso.

En *Moneyball*, Michael Lewis explora cómo la sabermetría o *sabrmetrics* transformó la selección de jugadores de béisbol, permitiendo que equipos con recursos limitados compitieran de manera efectiva al identificar y aprovechar talento subestimado. Este enfoque no sólo es relevante en el mundo del deporte, sino que también encuentra paralelismos en el mercado arbitral, donde se ha advertido que la dependencia de “grandes nombres” por el temor a asumir riesgos ante nuevas opciones han debilitado la legitimidad del arbitraje.

Promulgar un pool más diverso de árbitros no solo permitiría aprovechar talento infravalorado sino revitalizar la confianza en el sistema. El auge del capital simbólico como moneda de cambio (donde el valor de un sujeto recae en su reputación) permitió al mercado arbitral explotar los servicios de quienes consideró ideales porque reunió a las partes litigantes con sus “árbitros ideales” sin asumir

⁴⁷ Al respecto, es curioso lo que afirma Gaillard: “*being an arbitrator has become a social professional category of its own, the socio-professional category is broader in that it includes all the small world that interacts in international arbitration litigation: arbitrators, of course, but also lawyers (and their associates) – and that is not necessarily healthy*”. GAILLARD, Emmanuel, *Sociology of International Arbitration*, Arbitration International, Vol. 31, 2015, pp. 1-17.

⁴⁸ CÁMARA CHUMBES, Angela - YANO TSUHA, Nicolas D., “¿Uno o dos sombreros?: Lineamientos para una regulación del double-hatting en arbitrajes de inversión”, p. 65.

un alto costo de transacción para encontrarlo e incluso con expertos donde el argumento de autoridad es más fuerte⁴⁹.

Igualmente, esta tendencia por favorecer la reputación se refleja en la argumentación focalizada en citar casos extranjeros y grandes nombres en los memoriales sin preocuparse por aterrizarlo adecuadamente al caso concreto (como si invocar autoridades legales y casos exóticos fuese suficiente). En filosofía, esto sería considerado como un argumento de autoridad (falacia *ad verecundiam*) pero en arbitraje se llama “respaldo de la práctica y academia”. En cualquier caso, argumentación o designación, la tendencia en la práctica es privilegiar apariencias exóticas y grandes nombres antes que realmente analizar la fortaleza del argumento. Parecería que la validez de un argumento sí depende de quién lo diga.

Sin embargo, este modelo de negocio resultó insostenible porque la designación de las mismas personas generó un acaparamiento del mercado que, además de limitar la competencia, ocasionó graves problemas de legitimidad por conflictos de intereses e *issue conflicts*. Similar a un modelo extractivo insostenible, el motor del mercado arbitral se sobrecalentó.

No fue hasta la evolución del mercado del *Legaltech* (buscadores de casos, doctrina y perfiles de árbitros), publicación de laudos y la compilación estadística de los principales centros de arbitrajes que el acceso a la información dejó de ser una brecha para expandir el *pool* de árbitros. Precisamente, *Moneyball* nos enseña cómo el acceso a la información puede igualar las condiciones de *outsiders* con *insiders* (en el arbitraje conocidos como *power brokers*) a pesar de la resistencia en favor de una eficiencia descontrolada⁵⁰, ignorando que el *conflict check* es parte de una designación eficiente porque nada es más caro que un árbitro recusado o un laudo anulado por falta imparcialidad o cualquier motivo⁵¹.

Estos elementos permitieron reducir los costos de transacción involucrados en investigar el perfil de un árbitro. Así, el mercado comenzó el abandono de un sistema regido bajo un capital simbólico⁵² (donde una opción será mejor que otra en función de su reputación) hacia uno donde una designación ética es igual de importante (capital moral).

V. SACANDO LA CABEZA DE LA ARENA: MERCADOS ARBITRALES CON POCAS OPCIONES

⁴⁹ LANGFORD, Malcolm, *et al.* “The Revolving Door in International Investment Arbitration”, p. 316: (“*Our suspicion was that parties were also using leading figures (often other arbitrators) as part of a symbolic strategy, something that Dezalay and Garth also found in their interviews. To be sure, expert witnesses possess more than symbolic power, particularly if they are the only expert witness on a particular point or they are providing valuations for the damages/quantum phase of the arbitration. The material and legal power of these expert witnesses in the system should not be undervalued*”).

⁵⁰ ROGERS, Catherine, “Moneyball for Arbitrators”, *Kluwer Arbitration Blog*, 02 de julio de 2018.

⁵¹ En la práctica es más probable que una corte anule un laudo por falta de apariencia de imparcialidad del árbitro antes que falta de capacidades técnicas.

⁵² LANGFORD, Malcolm, *et al.* “The Revolving Door in International Investment Arbitration”, p. 303.

Se ha repetido una y otra vez que hay escasez de árbitros para advertir que una postura muy estricta contra la concentración del mercado podría matarlo. Sin embargo, bajo una filosofía similar a la de Moneyball, invocamos la famosa frase del Dr. Edwards Deming: “*In God we trust. All others must bring data*”.

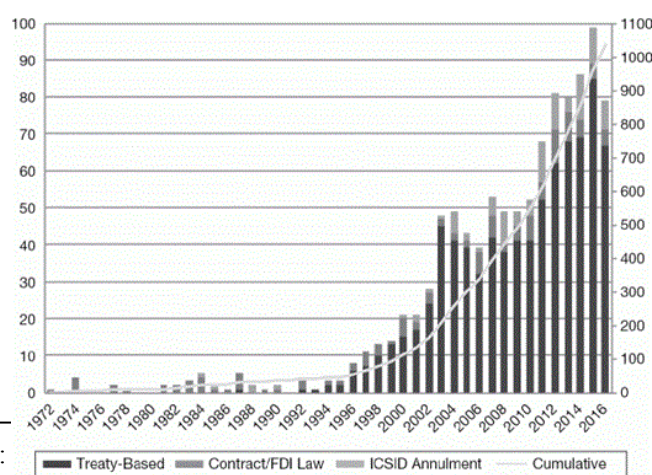
Esta sección medirá el tamaño de un mercado arbitral pequeño (inversiones) y el grado de duplicidad de roles, así como repetidas designaciones.

A. Demanda

El sistema de protección de inversiones está constituido por más de 3500 tratados bilaterales de inversión (“TBIs” o “BITs” en inglés), acuerdos regionales de libre comercio (“TLCs” o “FTAs” en inglés) y un puñado de tratados plurilaterales. Este sistema se originó inmediatamente después de la SEGUNDA GUERRA MUNDIAL PERO NO FUE HASTA LA DÉCADA DE 1990 QUE EL NÚMERO DE TRATADOS DE INVERSIÓN explotó⁵³.

Si bien el campo del ISDS comprendía un nicho pequeño en la década de 1990, Langford informó en 2017 que existían más de mil árbitros conocidos en arbitrajes de inversión (todos incorporados en los últimos 15-20 años)⁵⁴ altamente prestigiosos que ejercen en el derecho internacional y/o arbitraje comercial.

Este aumento de “jugadores” responde al aumento de demanda ocasionado por el incremento de arbitrajes de inversión invocados por tratado (*Investment-Treaty Arbitration* o ITA) desde el 2006, aunque resultan insuficientes⁵⁵. Como puede apreciarse de la siguiente figura, hasta el 2016 este tipo de arbitraje de inversión dominaba la demanda del mercado por lejos:



⁵³ Para mayor información: *ational Investment Arbitration*”, pp. 301–332. Esta última investigación también fue publicada en LANGFORD, Malcolm, *et al.* “The Revolving Door in International Investment Arbitration”, en FOLLESDAL, Andreas - ULFSTEIN, Geir (eds), *The Judicialization of International Law: A Mixed Blessing?* Oxford Academic, 24 de mayo de 2018.

⁵⁴ LANGFORD, Malcom, “The changing sociology of the investment arbitration market: The case of Double-Hatting”, en CAVINDER Bull *et al.* (eds), *ICCA Congress Series N° 21: Arbitration’s Age of Enlightenment?* 2022, p. 594.

⁵⁵ LANGFORD, Malcolm, *et al.* “The Revolving Door in International Investment Arbitration”, p. 307.

Figura 1. Fuente: Langford, Malcolm; Behn, Daniel; Hilleren Lie, Runar, “*The Revolving Door in International Investment Arbitration*”, *Journal of International Economic Law*, Volume 20, Issue 2, Junio 2017, P. 307

De acuerdo con Langford, Behn & Lie, antes del 2000 solo había un pequeño número de ITAs registrado que pasaban desapercibidos por la comunidad internacional. Sin embargo, a inicios del 2000s, se reportaron 40 casos registrados anualmente y luego 50 en la década del 2010. De los 831 ITAs registrados hasta el 2020, 111 Estados han actuado como demandados y sólo 67 como demandantes⁵⁶.

De acuerdo con la última actualización del *Investment Dispute Settlement Navigator* de la *United Nations Conferences on Trade and Development* (UNCTAD) existen un total de 1332 arbitrajes de inversiones al 31 de diciembre de 2023 desde 1987. Esto incluye 354 casos pendientes, 958 concluidos y otros 20 con resultado desconocido administrado por las siguientes instituciones: 835 ante el CIADI; 247 ante la Corte Permanente de Arbitraje (CPA o PCA en inglés), 56 ante la *Stockholm Chamber of Commerce* (SCC) y 40 en otras instituciones. Asimismo, se han registrado 154 arbitrajes *ad-hoc*⁵⁷.

Como se puede apreciar, la demanda en el mercado de inversiones ha tenido una tendencia creciente, especialmente por la adopción de cláusulas arbitrales en los tratados de inversión desde la década de los 2000s, y promete mantenerse al alza. Dentro del conjunto total de casos, la vasta mayoría es administrada por el CIADI⁵⁸.

B. Oferta

Por otro lado, la oferta del mercado arbitral de inversiones consiste en aquellos especialistas que participan de alguna manera (sustantiva y no-sustantiva) en la solución de la controversia. Existen más de 600 árbitros y casi 4000 litigantes, expertos y secretarios disponibles para atender los más de 1000 arbitrajes. Sin embargo, de acuerdo con Langford, la realidad demuestra una asimetría y división por género, nacionalidad, edad y geografía.

Existen diferentes métodos de selección o designación de miembros de un tribunal arbitral, pero existe un común denominador: todos los árbitros (o miembros de un comité de anulación) son seleccionados para una disputa en especial. Esta estructura implica que habrá individuos que

⁵⁶ LANGFORD, Malcolm, *et al.* “The Revolving Door in International Investment Arbitration”, p. 308.

⁵⁷ United Nations Trade and Development Commission. “Investor Dispute Settlement Navigator”. *Investment Policy Hub*. Actualizado al 31 de diciembre de 2023.

⁵⁸ Como dato adicional, el primer arbitraje CIADI registrado fue *Holiday Inns SA and others v Kingdom of Morocco*, Caso CIADI No ARB/72/1 en 1987. Asimismo, el número de arbitrajes CIADI iniciados por contratos de inversión (*contract-based arbitration* o *FDI*) era 118 en total con una tasa de registro anual de 5 casos desde 1972. A pesar de ello, estos casos solo representan menos del 10% de la carga administrada por el CIADI y solo ha habido 90 casos de anulación registrados durante los últimos 20 años.

designen a diferentes actores para participar en cada uno de los 1342 arbitrajes (litigantes, árbitros, expertos, e instituciones).

En la práctica, esta elección ha desembocado en la repetición de los mismos especialistas para ocupar el puesto de árbitro en gran parte de los casos existentes. Por ejemplo, Stern ha ejercido la función de árbitro en 126 casos, Alexandrov en 76, Kaufmann-Kohler en 74, Van Den Berg en 60 y Hanotiau en 60⁵⁹. Esto significa que cinco personas han sido árbitros de casi la tercera parte del total de arbitrajes de inversiones que han existido en la historia (29.51% o 396 de 1342).

Esta repetición de individuos fue detectada por la *PluriCourts Investment Treaty Database* (PITAD)⁶⁰ en enero 2017 e identificó que un grupo pequeño de 25 “*powerbrokers*” dominaban designaciones a nivel global (en este grupo se encuentran los cinco especialistas antes mencionados). Los resultados de esta investigación no sólo revelaron la concentración de casos sino la baja tasa de árbitros que eran designados por primera vez (5%).

Asimismo, décadas antes, Dezalay & Grant condujeron una serie de entrevistas para estudiar este fenómeno e informaron que el arbitraje internacional estaba dominado por un grupo pequeño de hombres, cercanos y mayoritariamente europeos que incluso se referían a sí mismos como un “club” o “mafia” (*coterie* de “*grand old men*”⁶¹)⁶². Esta situación no ha cambiado mucho pues el PITAD identificó que solo un 11% de tribunales están conformados por mujeres⁶³ y Langford reporta un “*generational warfare*” que se ha juntado y complementado con tecnócratas angloamericanos y estudios de derecho.

Otro aspecto relevante es la nacionalidad de los árbitros. Solo un 26% provenían del hemisferio sur a pesar de que la mayoría de los casos eran iniciados contra países sureños (como Sudamérica y África)⁶⁴.

⁵⁹ United Nations Commission for Trade and Development. “*Investment Dispute Settlement Navigator*”. Investment Policy Hub. Resultados al 31 de diciembre de 2023.

⁶⁰ BEHN, Daniel, *et al.* “PITAD Investment Law and Arbitration Database: Version 1.0”, Pluricourts Centre of Excellence, University of Oslo, 31 de enero de 2019. El PITAD es una base de datos elaborada por investigadores de la Universidad de Oslo (Noruega) que ofrece una “*compresiva y regularmente actualizada red interconectada de casos de arbitrajes de inversión*” que registra, entre otros elementos, múltiples datos relacionados con la designación de árbitros, expertos, secretarios y litigantes.

⁶¹ De acuerdo con el diccionario de la Universidad de Cambridge, esta expresión hace referencia a un hombre involucrado en una actividad particular por un largo tiempo, donde es conocido y respetado por bastante gente. <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/grand-old-man-of>

⁶² Ver también: DEZALAY, Yvez - GARTH, Bryant, *Dealing in virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational legal order*, Chicago University Press, 1996.

⁶³ LANGFORD, Malcom, *et al.*, “The Revolving Door in International Investment Arbitration”, p. 301.

⁶⁴ Ver también: ST JOHN, Taylor, *et al.* “Glass Ceilings and Arbitral Dealings: Gender and Investment Arbitration”, *Pluricourts research paper*, 2018; y, LANGFORD Malcom - BEHN Daniel - USYNIN Maksim, “Does Nationality Matter? Arbitrator Background and Arbitral Outcomes” en BEHN Daniel - FAUCHALD Ole K. - LANGFORD Malcom eds, *The Legitimacy of Investment Arbitration: Empirical Perspectives*, Cambridge University Press, 2021, p. 285.

Por otro lado, el mundo del abogado litigante, aunque más numeroso, revela una absorción de casos en pocas manos. Langford, Behn & Lie describen esta situación como una paradoja por dos motivos. Los autores identificaron 2699 abogados distintos que han patrocinado reclamos y defensas (lo que aparenta diversidad). Sin embargo, solo el 14% (382 abogados) han litigado más de dos casos y solo el 1% (los top 25) han litigado más de 13 casos⁶⁵. Incluso, los autores resaltan que uno de los abogados de este 1% ha aparecido en más de la mitad de los casos analizados bajo diferentes roles (530 de 1039).

De acuerdo con Langford, los cinco abogados con más casos de arbitraje de inversión como litigante al 2017 (pertenecientes a ese 1%) son: Alexandrov con 31 casos (quien al mismo tiempo es el segundo árbitro más designado del mundo con 76 casos⁶⁶); Blackaby con 30; Guglielmino con 25 (quien sirve de árbitro en 2 casos); Gaillard con 21 casos (quien sirvió como árbitro en su momento un total de 18 veces); y, Weiler con 20 casos (quien ha servido de árbitro en dos ocasiones).

Considerando también anulaciones, nacionales y estudios de abogados de países occidentales dominan este rubro. Asimismo, casi sin excepción, los abogados de países no-occidentales sólo representan al Estado como *in-house counsel* o patrocinan a Estados de países de la región.

En materia de expertos, Langford, Behn & Lie⁶⁷ reportan que la diversidad en la oferta de expertos legales no ha sido un enfoque en otros estudios que analizan la comunidad internacional de arbitraje de inversión. Sin embargo, al elaborar la base de datos del PITAD, advierten la apariencia regular de “nombres familiares” entre los expertos.

Los autores congregaron los resultados de su investigación en una tabla de top 25 expertos legales según el número de apariciones en casos. Los resultados revelaron que solo cinco expertos habían aparecido más de 5 veces y que este grupo acumula 82 casos (11% del total de apariciones conocidas de expertos y más de la mitad del top 25).

Dentro de este grupo de cinco expertos, dos son *industry experts* (Kaczmarek y Abdala) y los otros tres son académicos de derecho internacional (pero también árbitros: Reisman, Dolzer y Shreuer). Estos últimos tres también han aparecido regularmente como litigantes de la parte demandante y demandada.

El rol del secretario arbitral es uno comúnmente asociado a labores no-sustantivas en la elaboración del laudo y la administración del procedimiento. Sin embargo, Langford, Behn & Lie sostienen que,

⁶⁵ LANGFORD, Malcom, *et al*, “The Revolving Door in International Investment Arbitration”, p. 314.

⁶⁶ Este número considera todos los arbitrajes de inversión conocidos por el UNCTAD al 31 de diciembre de 2023 (no solo aquellos administrados por el CIADI).

⁶⁷ DRAHOZAL Christopher hace una observación similar en *Empirical Findings on International Arbitration: An Overview* publicado en SCHULTZ Thomas - ORTINO Federico (eds), *Oxford Handbook on International Arbitration* (OUP 2017).

si bien son usualmente “invisibles” para el mundo exterior, su influencia en el litigio internacional ha capturado la atención política y académica⁶⁸.

Mientras estudios anteriores confirmaban la naturaleza no-sustantiva de sus labores, otros más recientes revelan que son mucho más influyentes. En particular, los autores revelaron que el top 25 de secretarios concentran la administración del 68% de casos⁶⁹.

Sin embargo, no se ha identificado una duplicidad de roles en sus funciones (secretarios que al mismo tiempo sean árbitros, miembros de consejos superiores, litigantes, o expertos en otros casos vinculados).

VI. EL EFECTO NEGATIVO DEL CAPITAL SIMBÓLICO EN MERCADOS ARBITRALES GRANDES: CUANDO EL “SIMBOLISMO” CREA ESCASEZ ARTIFICIAL

El mercado comercial comparte la misma estructura que el de inversiones, pero se distingue abismalmente por el tamaño y la diversidad de discusiones⁷⁰. Como bien precisan Redfern & Hunter, el *double-hatting* es más común en materia de inversiones por el número limitado de materias discutibles, la publicidad de los laudos y la repetida participación de las mismas personas. Lo que no ocurre en materia comercial o, por lo menos no de manera tan común⁷¹.

La diferencia de tamaño existe en ambas caras de la moneda: (i) el pool de casos del mercado es mucho más grande por la cantidad de instrumentos contractuales existentes (número de contratos vs tratados)⁷²; y, (ii) el pool de especialistas disponibles es más grande para satisfacer la demanda de casos.

La práctica demuestra un umbral más alto de exigencia en los árbitros de inversiones frente a los comerciales (menos exigencia, más opciones). Este último punto no exhibe una jerarquía objetiva sino una descripción de la conducta del mercado. Así, Brown & Koumadoraki explican que el ISDS

⁶⁸ LANGFORD, Malcom, *et al*, “The Revolving Door in International Investment Arbitration”, p. 318.

⁶⁹ LANGFORD, Malcom, *et al*, “The Revolving Door in International Investment Arbitration”, p. 319.

⁷⁰ BLACKABY, Nigel - PARTASIDES, Constantine - REDFERN, Alan, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, séptima edición, Oxford University Press, 2023, pie de página 243 (“*International investment law applied as the substantive law in these arbitrations is largely focused on specific legal concepts of expropriation, fair and equitable treatment, and unreasonable or discriminatory measures*”). También hay normas de aplicación generalizada como la CISG, Convención de Nueva York o códigos civiles; cláusulas contractuales estandarizadas (FIDIC, NEC o Incoterms), *soft law* (Reglas IBA, Reglas Praga, o UNIDROIT) o normas relacionadas al funcionamiento del arbitraje (ley aplicable al arbitraje, y cualquier reglamento arbitral), incluyendo la Ley Modelo UNCITRAL.

⁷¹ BLACKABY – PARTASIDES - REDFERN, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, párr. 4.151.

⁷² Solo tomando en cuenta los arbitrajes administrados por la Cámara de Comercio Internacional, se han registrado 28,000 casos hasta el 2023 en 100 años. Si bien este número responde al triple de años que han pasado entre el primer caso de arbitraje de inversión registrado (1987) hasta hoy, lo cierto es que la CCI administra más arbitrajes en dos años que el número total de arbitrajes de inversión que han existido en la historia.

es diferente al arbitraje comercial porque los Estados exigen requisitos adicionales para garantizar independencia e imparcialidad⁷³.

En este sentido, cabe preguntarse, ¿qué daño hace el capital simbólico en este caso? Anteriormente se estableció que la escasez de especialistas no es en función de cuántas personas literalmente pueden ser árbitros sino en cuantos son, razonablemente, una opción para las partes en función de las cualidades que uno generalmente espera de un adjudicador (principalmente experiencia y especialidad).

Esto incluye cualidades creadas por el mercado o, mejor dicho, por los estudios de abogados que buscan designar al mejor árbitro de parte posible para su cliente. Como se expuso anteriormente, la práctica demuestra una preferencia por profesionales reconocidos y principalmente con experiencia previa (además de otros datos). Este punto será explorado con mayor detalle a continuación.

Por otro lado, es relevante anotar que la confidencialidad del arbitraje y la abundancia de casos impide llevar un registro detallado como el que existe en materia de inversiones. Este hecho implica que la comunidad arbitral sólo puede conocer casos cuando las partes consientan su publicación o los centros de arbitraje lo compartan de forma anónima.

Asimismo, la publicación de estadísticas resulta útil para identificar fenómenos macroeconómicos como el estudiado en la presente investigación, aunque ello sea una muestra que no necesariamente refleja toda la realidad. Las estadísticas disponibles solo reflejan datos sobre los arbitrajes administrados por los centros que realicen la publicación en un lapso determinado de tiempo. El resto es territorio desconocido (procedimientos *ad-hocs* e institucionales no reportados).

⁷³ BROWN, Colin M. - KOUMADORAKI, Niki, “Ethical Concerns in Investor-State Dispute Settlement: Seeking a Permanent Solution”, *BCDR International Arbitration Review*, Volume 7, Issue 2, 2020, pp. 429 – 452. (“However, ISDS is different from commercial arbitration and the nature of one party as a state vests it with additional requirements to guarantee independence and impartiality”).

MÁS ALLÁ DEL SOMBRERO, ¿CÓMO RECUSAR A UN ÁRBITRO POR MULTIPLICIDAD DE ROLES Y REPETIDAS DESIGNACIONES? ESTÁNDAR INTERNACIONAL EN LA PRÁCTICA COMERCIAL Y DE INVERSIONES PARTE II

Rodrigo Hesse Martínez & Santiago Adriazola Bayá

I. ¿CÓMO RECUSAR A UN ÁRBITRO POR MULTIPLICIDAD DE ROLES Y REPETIDAS DESIGNACIONES? ESTÁNDAR INTERNACIONAL EN LA PRÁCTICA COMERCIAL Y DE INVERSIONES.....	224
<i>A. Demanda.....</i>	<i>224</i>
<i>B. Oferta.....</i>	<i>226</i>
II. BREVEMENTE, ¿QUÉ NOS DICEN LOS NÚMEROS?.....	227
III. EL CAPITAL MORAL COMO ESTÁNDAR: NUEVAS PRÁCTICAS ARBITRALES	227
<i>A. Conflict check como práctica común.....</i>	<i>228</i>
<i>B. La diversidad como política institucional.....</i>	<i>228</i>
IV. ESTÁNDAR DE RECUSACIÓN POR DUPLICIDAD DE ROLES (DOUBLE-HATTING).....	232
<i>A. Sesgo intelectual o Issue conflict.....</i>	<i>232</i>
<i>B. Conflicto de intereses (role confusion y back scratching).....</i>	<i>238</i>
V. ESTÁNDAR DE RECUSACIÓN POR REPETIDAS DESIGNACIONES: EL ÁRBITRO HINCHA.....	239
VI. INTENSIDAD DEL ESTÁNDAR: NECESIDAD DE PRIVILEGIAR EL CAPITAL MORAL.....	240
VII. CONCLUSIONES.....	242

I. ¿CÓMO RECUSAR A UN ÁRBITRO POR MULTIPLICIDAD DE ROLES Y REPETIDAS DESIGNACIONES? ESTÁNDAR INTERNACIONAL EN LA PRÁCTICA COMERCIAL Y DE INVERSIONES

A. Demanda

La muestra principal de casos comerciales es aquella publicada por los centros de arbitrajes a través de reportes estadísticos anuales donde se exhibe la cantidad de casos registrados y, en algunos casos, la cantidad global de casos administrados desde su creación.

De acuerdo con el *2021 International Arbitration Survey*, los centros más preferidos son la Cámara de Comercio de Internacional (CCI) (57%), SIAC (49%), HKIAC (44%), *London International Court of Arbitration* (LCIA) (39%) y *China International Economic and Trade European Arbitration Centre* (CIETAC) (17%)¹.

Solo en 2023, los primeros cuatro² centros acumularon un total de 2211 nuevos arbitrajes según los reportes anuales publicados por cada uno de ellos: 890 (CCI)³, 663 (SIAC)⁴, 377 (LCIA)⁵ y 281 (HKIAC)⁶. Entre otros 8 centros con estadísticas públicas sobre el 2023, encontramos otros 12,183 arbitrajes:

Centro	Nº
<i>American Arbitration Association</i> conjuntamente con el <i>International Centre for Dispute Resolution</i> (AAA-ICDR)	11,553 ⁷
<i>Asian International Arbitration Centre</i> (AIAC)	178 ⁸
<i>Stockholm Chamber of Commerce</i> (SCC)	175 ⁹
Corte de Arbitraje de Madrid (CAM)	118 ¹⁰
Corte Permanente de Arbitraje de La Haya (CPA)	110 ¹¹
<i>Mumbai Centre for International Arbitration</i> (MCIA)	23 ¹²

¹ White & Case; & Queen Mary University of London, “2021 International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world”.

² En el caso de la European Arbitration Centre de la CIETAC, este reportó un total de 3333 casos aceptados en su historia hasta el 2019. No se han publicado estadísticas anuales ni globales posteriores a este año.

³ International Chamber of Commerce Dispute Resolution Services, “ICC Dispute Resolution 2023 Statistics”, p. 4, párr. 2.

⁴ Singapore International Arbitration Centre, “Annual Report 2023”, p.4, parr. 1

⁵ London Court of International Arbitration, “Annual Casework Report 2023”, p. 5.

⁶ Hong Kong International Arbitration Centre, “2023 Statistics”, publicado en su página web institucional.

⁷ American Arbitration Association & International Centre for Dispute Resolution, “2023 B2B Dispute Resolution Infographic”. La sorprendente estadística suma casos domésticos e internacionales. Del total, 848 son casos internacionales administrados por el ICDR.

⁸ Asian International Arbitration Centre, “Annual Report 2023”, p. 13.

⁹ Stockholm Chamber of Commerce Arbitration Institute, “Statistics 2023”, publicado en su página web institucional.

¹⁰ Corte de Arbitraje de Madrid, “Resultados 2023”, infografía publicada en su página web institucional.

¹¹ Permanent Court of Arbitration, “Annual Report 2023”, p. 24. Estos son casos comerciales contra entidades gubernamentales (110 de un total de 246 incluyendo aquellos de inversiones).

¹² Mumbai Centre for International Arbitration, “Annual Report 2023”, p. 2, párr 1.

Centro de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio Americana en Perú (AMCHAM)	17 ¹³
<i>The Japan Commercial Arbitration Association (JCAA)</i>	9 ¹⁴
Total: 12,183	

Fuente: elaboración propia.

Por otro lado, se identificaron otras tres instituciones relevantes cuya última actualización estadísticas fue en 2022. Estas acumularon 255 casos: 131 de la *Milan Chamber of Arbitration* (MCA); 83 del *Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration* (CRCICA); y, 41 del *Vienna International Arbitration Centre* (VIAC).

Sumando los casos admitidos en el lapso de un año antes citados (2022 y 2023) obtenemos que 14,649 arbitrajes comerciales nuevos se han registrado en el lapso de un año. Este número no toma en consideración todos los casos comerciales pendientes de resolución (registrados en periodos anteriores) o cuyo método de solución de controversias fue distinto al arbitraje, como la mediación, *dispute board* o conciliación.

Asimismo, no todas las instituciones consignan en su reporte el número total de casos registrados en su historia. De considerarlo, el número antes descrito sería mayor. Por ejemplo, tomando los 3333 casos administrados por el CIETAC hasta el 2019¹⁵, los 1618 del CRCICA hasta el 2022¹⁶, y los -por lo menos- 7000 del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL) hasta el 2022¹⁷ estaríamos ante un pool de arbitrajes comerciales ascendente a 26,600 (sumando el conteo acumulado de los cuadros anteriores).

Solo tomando en cuenta el ritmo anual de los centros citados, el mercado comercial es casi 20 veces más grande al de inversiones en función de la cantidad acumulada de casos en toda su historia (36 años). La data exhibe una abismal diferencia de tamaño entre ambos (14, 649 en un año vs 1342 en 36).

B. Oferta

La confidencialidad de los arbitrajes comerciales impide conocer quiénes fueron sus árbitros, partes litigantes, expertos, testigos, y representantes de los centros involucrados.

¹³ Cámara de Comercio Americana en Perú, “Memoria Anual 2022”, p. 30, sección 5, párr 1.

¹⁴ The Japan Commercial Arbitration Association, “Statistics” publicado en su página web institucional.

¹⁵ CIETAC European Arbitration Centre, “Statistics”, publicado en su página web institucional. Actualizado con datos recogidos hasta el periodo 2019.

¹⁶ Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration, “2022 CRCICA Annual Caseload Report”, publicado en su página web institucional.

¹⁷ Cámara de Comercio de Lima, “Memoria Institucional 2023-2024”, p. 70, párr 2.

Sin embargo, algunos de los reportes anuales antes citados comparten el número de designaciones de árbitro y sus nacionalidades. Dichos reportes brindan una muestra relevante, aunque pequeña, sobre la cantidad de árbitros disponibles para atender la demanda. Si bien esto impide cruzar información para identificar casos notorios de duplicidad de roles, por lo menos permite identificar si el tamaño de la oferta satisface a la demanda (es decir, si hay escasez).

En 2023, la CCI reportó un total de 1342 designaciones de 935 árbitros provenientes de 89 nacionalidades para atender la demanda de los 890 casos registrados¹⁸. Por otro lado, el SIAC reporta 359 designaciones de 412 árbitros para atender la demanda de los 663 registrados en 2023¹⁹. Del mismo modo, la LCIA reporta 187 designaciones para atender 377²⁰ y el HKIAC reporta 112 designaciones para atender 281²¹.

II. BREVEMENTE, ¿QUÉ NOS DICEN LOS NÚMEROS?

Conocer el tamaño real del mercado arbitral de inversiones y comercial permite derivar importantes conclusiones. Comenzando por lo obvio, el mercado del arbitraje comercial es mucho más grande que el de inversiones según la cantidad de casos y de especialistas disponibles para asumir roles neutrales como árbitro o experto.

No solo eso, sino que los números apuntan a que solamente el mercado de inversiones enfrenta una escasez real de árbitros calificados y disponibles. Por el contrario, la demanda parece estar satisfecha en el ámbito de los arbitrajes comerciales. La ausencia de especialistas no debería ser un argumento que se traslada en el contexto de un arbitraje especial (léase, inversiones, deportivo, marítimo o cualquier otro que comparta el *pool* restringido de árbitros) hacia uno comercial regular.

En este sentido, se concluye que es más razonable observar duplicidad de roles y múltiples designaciones en mercados pequeños. Estos fenómenos no se producen naturalmente en el mercado comercial donde realmente hay muchos más casos, pero también muchos más árbitros. Es decir, los mercados arbitrales pequeños demuestran una escasez real y el comercial (grande) no lo presenta. De existir, sería uno artificial.

III. EL CAPITAL MORAL COMO ESTÁNDAR: NUEVAS PRÁCTICAS ARBITRALES

Las reacciones del mercado (o sus “autoridades”) refleja una insatisfacción contra la concentración de casos en pocas personas. Vimos que los códigos de conducta tienden a prohibirlo y la IBA sugiere revelarlo. En este sentido, hay un rechazo hacia la asignación de valor de acuerdo con la

¹⁸ International Chamber of Commerce, “ICC Dispute Resolution 2023 Statistics”, p. 6, párr. 10

¹⁹ Singapore International Arbitration Centre, “Annual Report 2023”, p.41.

²⁰ London Court of International Arbitration, “Annual Casework Report 2023”, p. 18.

²¹ Hong Kong International Arbitration Centre, “2023 Statistics”, publicado en su página web institucional.

reputación o mera habilidad (capital simbólico). Este criterio resulta especialmente útil en mercados pequeños donde, como indica la estadística, hay menos casos y especialistas.

Los usos y costumbres revelan una preferencia hacia un capital moral donde prima, con especial atención, la designación ética. A continuación, se detallan algunos instrumentos que podrían potenciar este tipo de designaciones.

A. Conflict check como práctica común

El *conflict check* es el acto de investigar que un árbitro o experto no tenga conflictos de intereses o *issue conflict* en un caso concreto para cumplir con el estándar de apariencia de imparcialidad e independencia requerido para conocer el caso.

Una vez que ser “hábil” dejó de ser suficiente para adoptar roles “neutrales”, el *conflict check* se volvió una práctica común. No solo para verificar posibles conflictos por duplicidad de roles y repetidas designaciones, sino también por conflictos en general. Recientemente, esta práctica no solo se limitó a revisiones personales, sino que existen programas hechos especialmente para ello.

Por ejemplo, *Jus Connect* es un programa diseñado para identificar las “*relaciones entre individuos de estudios de abogados y Estados*” que puedan o no significar un problema de imparcialidad. Lo particular de este sistema es que identifica relaciones directas o indirectas en función de los casos vinculados donde un abogado ha participado actual o previamente como árbitro, experto o litigante²².

Igualmente, el programa *Arbitrator Intelligence* (AI) tiene como objeto identificar la habilidad de un árbitro de dirigir un procedimiento y la tendencia de resolver en cierta manera. Incluso ha sido reconocido por UNCITRAL como una herramienta importante para promover transparencia y *accountability* en la designación de árbitros.

Otro ejemplo es el servicio que brinda la ICDR al plantear una lista de potenciales árbitros para un caso concreto. En general, el rol de los centros de arbitraje ha resultado vital para diversificar el pool de árbitros, pues son quienes poseen la mayor cantidad de información sobre el pool de casos donde participen abogados, aunque está limitado a aquellos que estén administrados bajo el mismo techo.

B. La diversidad como política institucional

En materia de género, el siguiente cuadro resume el porcentaje global de designaciones de mujeres como árbitras que suma las designaciones de las partes, co-árbitros y la corte:

²² Conflict Checker de Jus Connect, <https://jusconnect.com/en/conflict-checker>

Centro	CCI	SIAC	MCA	LCIA	VIAC	SCC	AIAC	CRCICA
<i>Total</i>	29.7% ²³	37% ²⁴	43.5% ²⁵	33% ²⁶	44% ²⁷	39% ²⁸	27% ²⁹	2.5% ³⁰

El siguiente cuadro expresa el porcentaje de designaciones según quién lo realiza. Es decir, cuando las mujeres son designadas ¿quién suele hacerlo?:

<i>Centro</i>	CCI ³¹	MCA ³²	LCIA ³³	VIAC ³⁴	SCC ³⁵	CAM ³⁶
<i>Corte</i>	37%	50%	48%	57%	55%	51%
<i>Partes</i>	47%	8.6%	21%	33%	31%	15%
<i>Co-árbitros</i>	16%	41.4% ³⁷	39%	10% ³⁸	10%	12%

Estos resultados expresan una tendencia del mercado a elegir hombres como árbitros en la mayoría de los casos y, cuando mujeres son elegidas, lo son principalmente por iniciativa de las Cortes de arbitraje en su calidad de entidad nominadora. El único centro donde esta tendencia no se repite es la CCI, con un 37% de designaciones en manos de la corte y un 47% en manos de las partes. Asimismo, en la MCC la variación se da con un 41.4% y en la LCIA con un 39% en manos de los co-árbitros.

En materia de edad, no hay un repertorio tan extenso de datos que revelen cuál es la preferencia del mercado, salvo por una muestra pequeña del CRCICA donde solo 15 de 163 árbitros designados en

²³ International Chamber of Commerce Dispute Resolution Services, “ICC Dispute Resolution 2023 Statistics”, p. 25, Tabla 7. La tendencia ha tenido un aumento considerable comparándolo con el 9% del 2013.

²⁴ Singapore International Arbitration Centre, “Annual Report 2023”, p.42, párr. 1

²⁵ Milan Chamber of Arbitration, “Annual Report, Arbitration 2023”, p. 13.

²⁶ London Court of International Arbitration, “Annual Casework Report 2023”, p. 4.

²⁷ Vienna International Arbitration Centre, “VIAC Statistics 2022 (as per 31 December 2022)”, publicado en su página web institucional.

²⁸ Stockholm Chamber of Commerce Arbitration Institute, “Statistics 2023”, publicado en su página web institucional.

²⁹ Asian International Arbitration Centre, “Annual Report 2023”, p. 27.

³⁰ Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration, “2022 CRCICA Annual Caseload Report”, publicado en su página web institucional.

³¹ International Chamber of Commerce Dispute Resolution Services, “ICC Dispute Resolution 2023 Statistics”, p.9.

³² Milan Chamber of Arbitration, “Annual Report, Arbitration 2023”, p. 13.

³³ London Court of International Arbitration, “Annual Casework Report 2023”, p. 4.

³⁴ Vienna International Arbitration Centre, “VIAC Statistics 2022 (as per 31 December 2022)”, publicado en su página web institucional.

³⁵ Stockholm Chamber of Commerce Arbitration Institute, “Statistics 2023”, publicado en su página web institucional.

³⁶ Corte de Arbitraje de Madrid, “Resultados 2023”, infografía publicada en su página web institucional.

³⁷ Este porcentaje ha sido calculado por deducción por los autores en función de la estadística disponible.

³⁸ Este porcentaje ha sido calculado por deducción por los autores en función de la estadística disponible.

el 2023 tenían menos de 40 años de edad³⁹. Asimismo, la CCI reportó que en 2023 la edad promedio de los árbitros designados fue de 55 años y solo el 38% tuvieron menos de 50⁴⁰.

En la edición *2018 del International Arbitration Survey*, se reportó que un sector de los entrevistados sostuvo que la diversidad por edad no siempre mejora la calidad de las decisiones. Este grupo estuvo conformado por litigantes y árbitros quienes consideraron que la naturaleza de la disputa (especialmente en arbitrajes de inversión) requiere árbitros con un bagaje de experiencia relevante que no siempre es encontrado en la generación de árbitros jóvenes. Así, agregaron que el problema no es la edad, sino específicamente la experiencia relevante que solo puede ser adquirida luego de un periodo largo de tiempo⁴¹.

Lo relevante de este punto, a efectos de la investigación, no es el rol de la diversidad para combatir la concentración de designaciones sino en reconocer la existencia de un círculo vicioso presente en casi todos los campos laborales: se requiere experiencia para ser designado, pero nadie quiere asumir el riesgo de ser el primer caso. Esta característica representa el criterio adoptado por los Estados en la práctica, pero no es una superioridad técnica en el perfil del árbitro de inversiones ante los comerciales. En este caso, la práctica comercial exhibe esta falla de mercado por una auténtica escasez de opciones, pero también por conveniencia (este es el caso de los “árbitros hincha” o devolución de favores conocida como “*back scratching*”).

En efecto, el pool de especialistas es mucho más grande y diverso. Como precisan, Fry & Stampalija, el pool de árbitros internacionales es “*mucho más pequeño en el reino del arbitraje internacional de inversiones en comparación al arbitraje comercial internacional, lo que hace más probable la ocurrencia de conflictos de interés especialmente cuando concierne a las situaciones de ‘double-hat’*”⁴².

En materia de nacionalidad, cada centro ha reportado la nacionalidad de los árbitros de distintas formas. Mientras algunos han distinguido los porcentajes entre árbitros domésticos e internacionales, otros han indicado directamente el porcentaje por países.

³⁹ Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration, “2022 CRCICA Annual Caseload Report”, publicado en su página web institucional.

⁴⁰ International Chamber of Commerce Dispute Resolution Services, “ICC Dispute Resolution 2023 Statistics”, p.10

⁴¹ White & Case; & Queen Mary University of London, “2018 International Arbitration Survey: The evolution of international arbitration”.

⁴² FRY, James D. - STAMPALIJA, Juan I., “Forged Independence and Impartiality: Conflicts of Interest of International Arbitrators in Investment Disputes”, *Arbitration International*, Volume 30, Issue 2, junio 2014, pp. 189–264. (“Moreover, the pool of international arbitrators and practitioner is far smaller in the realm of international investment arbitration, compared to international commercial arbitration, which makes some potential conflicts of interest more likely to occur, especially when it comes to ‘double-hat’ situations”)

Del primer grupo, el SIAC reporta que el 35% de árbitros extranjeros fueron designados por el centro, 25% nominados por las partes, y 10% por co-árbitros. Asimismo, 10% de árbitros singapurenses fueron designados por el SIAC, 16% por las partes y 4% por los co-árbitros. Del *pool* de árbitros extranjeros, advertimos que estas corresponden a sistemas principalmente del *Common Law* con especial incidencia en el Reino Unido⁴³. La LCIA reporta que el 42% de los árbitros fueron de nacionalidades distintas a la británica a pesar de que el 82% se regían bajo ley inglesa⁴⁴.

Dentro del segundo grupo encontramos al HKIAC donde el 29.7% de árbitros eran nacionales de china (Hong Kong), 16.9% tenían doble nacionalidad, 15.1% eran de Australia, 12.8% del Reino Unido y 6.4% del resto de *mainland china*⁴⁵. En el caso de la CCI, poco más de la mitad provinieron del norte y oeste de Europa (53.8%) y el resto se reparte principalmente entre Latinoamérica (13.3%) y Norteamérica (10.6%)⁴⁶.

Por otro lado, en materia de número de designaciones, la CCI reportó que la designación de árbitros en manos de la Corte generalmente no se repite por los siguientes 12 meses y se promueve la designación de candidatos con menos experiencia como árbitro y/o árbitros jóvenes para casos menos complejos o de menor cuantía para permitir el crecimiento del *pool* de árbitros⁴⁷.

De esta manera, de 935 individuos 70% son considerados “*single confirmation*” y el otro 30% fueron designados de forma repetida. En años anteriores se mantuvo una distribución similar: (i) 2022 (1274 individuos): 29% repetidos⁴⁸; (ii) 2021 (1060 individuos): 30% repetidos⁴⁹; y, (iii) 2020: 34% repetidos⁵⁰.

Acomb & Jones, recalcan la labor del centro en desconcentrar el poder de designación y recusación entre un número más grande personas e incluso prohibir que dicha persona pueda simultáneamente

⁴³ Singapore International Arbitration Centre, “Annual Report 2023”, p.41. Las top nacionalidades fueron de Singapur (34.54%), Reino Unido (25.63%), Australia (6.69%), India (6.69%) EEUU (6.41%), Francia (5.29%), Irlanda, Malasia, Nueva Zelanda y Austria

⁴⁴ London Court of International Arbitration, “Annual Casework Report 2023”, p. 18. Las top tres nacionalidades con mayores designaciones fueron la inglesa (258), francesa (12), y alemana (11).

⁴⁵ Hong Kong International Arbitration Centre, “2023 Statistics”, publicado en su página web institucional.

⁴⁶ International Chamber of Commerce Dispute Resolution Services, “ICC Dispute Resolution 2023 Statistics”, p. 8.

⁴⁷ International Chamber of Commerce, “ICC Dispute Resolution 2023 Statistics”, p. 10, párr. 6.

⁴⁸ International Chamber of Commerce, “ICC Dispute Resolution 2022 Statistics”, p. 10, párr. 7.

⁴⁹ International Chamber of Commerce, “ICC Dispute Resolution 2021 Statistics”, p. 10, párr. 6.

⁵⁰ International Chamber of Commerce, “ICC Dispute Resolution 2020 Statistics”, p. 10, párr. 6.

cumplir el rol de árbitro y miembro del consejo⁵¹. Este podría marcar un estándar de apariencia de imparcialidad relevante al momento de cuestionar este tipo de duplicidad de roles (habría que preguntarse por qué la CCI prohíbe este tipo de duplicidad).

Asimismo, Hascher informa que la práctica de la Corte de Arbitraje de la CCI demuestra renuencia a confirmar la designación de co-árbitros que hayan brindado opiniones o asesoría en conexión con la disputa o las partes⁵².

Por otro lado, en el caso de la LCIA, solo el 18% de los árbitros fueron designados dos veces en el mismo año y el 6% tres veces en 2023. En 2022 la distribución fue 18% y 4% respectivamente. Asimismo, el 13% fue designado por primera vez en 2023 y 17% en 2022⁵³. En el caso de la HKIAC, el 15% de los designados en 2023 no habían sido previamente designados en los últimos 3 años⁵⁴.

IV. ESTÁNDAR DE RECUSACIÓN POR DUPLICIDAD DE ROLES (DOUBLE-HATTING)

A. *Sesgo intelectual o Issue conflict*

Cuando se debate sobre duplicidad de roles, no debe faltar *SGS c. Pakistán*⁵⁵ y *SGS c. Filipinas*⁵⁶. En estos casos, el Prof. Gaillard argumentó como litigante que las cláusulas paraguas elevaban las discusiones contractuales a incumplimiento del tratado. Este argumento fue rechazado en ambos casos. Bajo el gorro de académico, Gaillard publicó un artículo criticando fuertemente estas decisiones.

Luego, en *Conzorcio c. Algeria*, adoptó nuevamente su posición bajo el gorro de árbitro. Para Khalid, su convicción viajó desde un memorial presentado como litigante, hacia un *paper* como

⁵¹ ACOMB, Frederick A. - JONES, Nicholas J., "The Insider Adversary in International Arbitration", *The American Review of International Arbitration*, Vol 27, No. 1, 2016, p. 65: ("However, an underdeveloped system of ethical regulation represents an Achilles heel that threatens to undermine the very properties that have contributed to the popularity of international arbitration. In particular, the weak regulation of counsel and the generally non-existent regulation of institutional conflicts have created opportunities for double-hatting by institutional officials who possess unilateral or substantial control over future appointments, thereby creating the appearance that one party's counsel has inappropriately placed their finger on the scales of justice. Additionally, absent explicit regulation, the lack of advance notice that a potentially biased tribunal can be created simply by a party's choice of counsel can blindside parties agreeing to and entering institutional arbitration").

⁵² HASCHER, Dominique T., "ICC Practice in Relation to the Appointment, Confirmation, Challenge and Replacement of Arbitrators", *Boletín de la CCI*, Vol. 6 No. 2, p. 4.

⁵³ London Court of International Arbitration, "Annual Casework Report 2023", p. 19.

⁵⁴ Hong Kong International Arbitration Centre, "2023 Statistics", publicado en su página web institucional.

⁵⁵ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*. Caso CIADI Nº ARB/01/13.

⁵⁶ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*. Caso CIADI Nº ARB/02/06.

académico y luego aterrizó en un laudo como árbitro. A lo que agrega, “*This illustrates the possibility of an arbitrator getting influenced by his counsel role in other cases*”⁵⁷.

En, *Cánepa c. España*, existieron dos solicitudes de recusación contra uno de los árbitros generada por la duplicidad de roles. La primera de ellas se deduce, entre otros puntos, porque el árbitro fue asesor de un *third party funder* que financió otro arbitraje donde la discusión jurisdiccional era idéntica⁵⁸. Sostuvo que la decisión de financiar ese caso implicó que el árbitro, en su rol de asesor, no consideró que la objeción jurisdiccional de dicho caso sería exitosa. En este sentido, no podría resolver con imparcialidad la misma objeción jurisdiccional en este caso. El tribunal rechazó la recusación porque consideró que solo podría existir dudas razonables sobre la imparcialidad del árbitro si es que hubiese aconsejado financiar un arbitraje donde él mismo participe como árbitro⁵⁹.

La segunda recusación se presentó debido a que el árbitro también fue árbitro en otro caso donde la discusión versaba sobre la misma materia. El Tribunal se limitó a sustraer la materia porque había renunciado con anterioridad al cargo en el otro procedimiento⁶⁰.

En *Participaciones Inversiones Portuarias v. Gabón* se intentó recusar a un árbitro porque presidió otro tribunal en un caso también relacionado con Gabón donde había adoptado una posición sobre cuestiones legales que debían resolverse en el presente caso (concepto de expropiación). Sin embargo, se consideró que la exposición a circunstancias conectadas no fue ni probada ni constituye motivo de recusación, pues la expropiación suele ser un concepto recurrentemente debatido en el arbitraje de inversión⁶¹.

Esta idea fue explorada más a fondo por otro tribunal que razonó que el arbitraje de inversiones e incluso el comercial: “*se volverían inviables si un árbitro fuera automáticamente descalificado únicamente por haber estado expuesto a cuestiones legales o fácticas similares en arbitrajes concurrentes o consecutivos*”⁶².

En *Eiser v. España*, la Demandada solicitó la anulación del laudo arbitral tras conocer que el Dr. Stanimir Alexandrov, como litigante, trabajaba con Brattle Group (los mismos expertos que

⁵⁷ KHALID, Khan .A “The Double Hatting Paradox in Investment Arbitration: Justification for Abolition?”, Kluwer Arbitration Blog, 29/12/2023.

⁵⁸ *Rockhopper Italia S.p.A., Rockhopper Mediterranean Ltd, and Rockhopper Exploration Plc v. Italian Republic*, Caso CIADI N°ARB/17/14

⁵⁹ *Canepa Green Energy Opportunities I, S.á r.l. y Canepa Green Energy Opportunities II, S.á r.l. v. Reino de España*, Caso CIADI N° ARB/19/4, Decisión sobre la Recusación del Árbitro Peter Rees, 19 de noviembre de 2019.

⁶⁰ *Canepa Green Energy Opportunities I, S.á r.l. y Canepa Green Energy Opportunities II, S.á r.l. v. Reino de España*, Caso CIADI N° ARB/19/4, Decisión sobre la Recusación del Árbitro Peter Rees, 10 de febrero de 2020.

⁶¹ *Participaciones Inversiones Portuarias SARL v. Gabonese Republic*, ICSID Case No. ARB/08/17, Decisión sobre la Recusación del Árbitro Ibrahim Fadlallah, 12 de noviembre de 2009.

⁶² Decisión no publicada, citada en ZIADE, Nassib G., “How Many Hats can a Player Wear: Arbitrator, Counsel and Expert?” *ICSID Review*, Vol 24, Issue 1, 2009, p. 55.

presentó Eiser). Existían ocho casos en los que Alexandrov fue contratado como abogado por la parte que contrató a Brattle Group como su experto. Dos de estos casos se solapaba con el arbitraje de Eiser y en uno de estos dos casos, el experto testigo del Brattle Group era el Sr. Lapuerta, quien también era el experto en el arbitraje de Eiser⁶³. En otras palabras, el Dr. Alexandrov estaba evaluando el informe presentado por el Sr. Lapuerta de Brattle Group en *Eiser v España* mientras simultáneamente trabajaba con el Brattle Group como abogado en otras disputas.

El Comité de Anulación discutió dos decisiones anteriores en las que los Estados habían intentado descalificar al Dr. Alexandrov debido a sus asociaciones con el Brattle Group⁶⁴. Aunque estas dos decisiones sobre descalificación no están disponibles públicamente, parece que fueron proporcionadas al Comité por las partes en disputa. El Comité sostuvo que los hechos en los otros casos eran distintos en el arbitraje de Eiser, ya que no estaba actuando simultáneamente, como abogado, con el Sr. Lapuerta, como experto en daños.

En *Telekom Malaysia c. Ghana*, se intentó recusar al árbitro Gaillard por su participación como litigante en otro arbitraje de inversión (*Consortium RFCC c. Marruecos*⁶⁵). En este caso, el demandado se basaba en el laudo de RFCC y Gaillard, como abogado de RFCC, pretendía anular ese laudo. Es decir, con el gorro de árbitro apoyó el razonamiento del laudo y luego, con el gorro de litigante, lo buscó anular⁶⁶.

Se solicitó que Gaillard dimitiera como abogado en RFCC o árbitro en *Telekom Malaysia* porque era incompatible cumplir con ambos roles. La recusación fue rechazada porque la duplicidad de roles es práctica común en arbitrajes internacionales y, por ende, podría fácilmente suceder que se deba defender posturas contradictorias. Así, salvo excepciones, no hay motivos para pensar que un árbitro resolvería un caso con una mente menos abierta por haber llevado previamente un caso donde defendió lo contrario como litigante⁶⁷.

⁶³ *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Reino de España*, Caso CIADI N° ARB/13/36, Decisión sobre la Solicitud de Anulación presentada por el Reino de España, 11 de junio de 2020.

⁶⁴ *Tethyan Copper Company Pty Limited v. Islamic Republic of Pakistan*, Caso CIADI N° ARB/12/1; y, *SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain*, Caso CIADI N° ARB/15/38. En otra recusación contra Alexandrov por duplicidad de roles, se estableció que (“There must be an additional—significant—overlap of facts that are specific to the merits and the parties involved”) *Raiffeisen Bank Int'l AG v. Croatia*, Caso CIADI N° ARB/17/34, Decisión sobre la propuesta para descalificar al árbitro Stanimir Alexandrov, 17 de mayo de 2018, párr. 91.

⁶⁵ *Consortium R.F.C.C. v. Kingdom of Morocco*, Caso CIADI N° ARB/00/6, Laudo, 22 de diciembre de 2003.

⁶⁶ *Telekom Malaysia Berhad v. Republic of Ghana*, Caso CPA N° 20023-03, Decisión sobre la Propuesta de la Demandante para Descalificar al Árbitro, 18 de octubre de 2004.

⁶⁷ District Court of The Hague, “The Republic of Ghana v. Telekom Malaysia Berhad”, Recusación contra el Prof. E. Gaillard, 5/11/2004, Sentencia N° 17/2004.

En *Exeteco International v Perú*,⁶⁸ se recusó con éxito al árbitro Mario Castillo Freyre, porque asesoraba a entidades públicas peruanas en una serie de asuntos no relacionados. El Tribunal consideró que, aunque el árbitro aún no había adquirido ningún conocimiento fáctico a través de su papel como asesor que pudiera influir en su juicio como árbitro, era imposible predecir todas las ramificaciones futuras en esa fase del procedimiento. Concluyó que las circunstancias no daban lugar a dudas justificadas respecto a su independencia, pero sí respecto a su imparcialidad.

Los casos antes comentados son tan solo una muestra de la práctica arbitral en el mercado de inversiones (también llamado control orgánico), existen otros casos que también reflejan esta práctica y demuestran la diversidad de decisiones. Por ejemplo, en *RSE Holdings AG c. Latvia II*, un árbitro fue recusado por haber pertenecido a otros trece tribunales donde se discutían materias derivadas del *Energy Charter Treaty* (ETC)⁶⁹. En tres casos, la República de Argentina solicitó la recusación de un árbitro (sin éxito)⁷⁰ porque laudó en su contra semanas antes. Asimismo, existen otros casos donde hubo duplicidad árbitro-litigante⁷¹; árbitro en dos procedimientos⁷²;

⁶⁸ *Exeteco International Company S.L. v. República de Perú*, Caso CPA N° AA535, Decisión sobre la Recusación del Dr. Mario Castillo Freyre, 28 de octubre de 2014.

⁶⁹ *RSE Holdings AG v. Latvia II*, Caso CPA N° 2922-41 Decisión sobre la Recusación del árbitro Amy Frey, 24 de junio de 2022, párr. 41-9.

⁷⁰ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic*, Caso CIADI N° ARB/03/17, Decisión sobre la propuesta de Descalificación de un miembro del tribunal; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic*, Caso CIADI N° ARB/03/19, Decisión sobre la propuesta de Descalificación de un miembro del tribunal; y, *AWG Group Limited v. The Argentine Republic* (UNCITRAL), Decisión sobre la propuesta de Descalificación de un miembro del tribunal, 22 de octubre de 2007.

⁷¹ *ICS Inspection & Control Servs. Ltd v. Argentina*, Caso CPA N° 2010-9, Decisión sobre recusación, 17 de diciembre de 2009, párr. 22.1-7; *Caso SCC 2014/169*, citado en IPP.A & BUROVA.E “*SCC Practice Note: SCC Board Decisions on Challenges to Arbitrators 2013-2015*”, 9, 2016; *Saint-Gobain Performances Plastics Euro. v. Venezuela*, Decisión sobre la Propuesta para Descalificar al árbitro Gabriel Bottiniin, Caso CIADI N° ARB/12/13, 27 de febrero 2013; y, *Klöckner v. Cameroon*, Caso CIADI N° ARB/81/2, Decisión sobre Anulación, 17 de mayo de 1990, párr. 6.45-53: (“no violation of secrecy of deliberations of first tribunal; party had not gained advantage from information available to its counsel as former arbitrator that was not available to other side”, párr.167-168).

⁷² *KS Invest GmbH v. Spain*, Caso CIADI N° ARB/15/25 Decisión sobre la Propuesta para Descalificar al Prof. Kaj Hobér, 15 de mayo de 2020, párr. 86-94; *Sumrain v. Kuwait*, Caso CIADI N° ARB/19/20 Decisión sobre la Propuesta para Descalificar al Prof. Zachary Douglas y Mr. V. V. Veeder, 2 de enero de 2020, párr. 112-22; *Vattenfall AB v. Germany*, Caso CIADI N° ARB/12/12, Recomendación solicitada por el CIADI sobre la propuesta de descalficacion de todo el Tribunal, 8 de mayo de 2020, párr. 101-18; *Compare Liberty Seguros v. Venezuela (II)*, Caso CPA N° 2021-35, Decisión a solicitud de recusación contra el árbitro Stephen Drymer, 1 de julio de 2021, párr. 45; *Caso SCC 060/2017*, citado en MAGNUSSON & HEDBERG “*SCC Decisions on Challenges*”, 6 BCDR International Arbitration Review, Vol 175, 2019.

árbitro-académico⁷³, árbitro-experto⁷⁴, y donde se estableció que la simultaneidad es requisito de la duplicidad⁷⁵.

Los casos comerciales son menos conocidos porque implica la divulgación de las decisiones de las cortes de arbitraje. Por este motivo, la fuente principal son los casos reportados por los mismos centros o autores.

En un caso administrado por la LCIA, la Corte rechazó una recusación porque consideró que la producción de material académico no siempre conduce a la remoción del árbitro⁷⁶. En los casos SCC Nº 2018/112 y 2018/113, se consideró que haber tomado decisiones en otros arbitrajes en materias similares a las discutidas no afectaba la imparcialidad ni independencia de los árbitros⁷⁷. En el caso SCC Nº 2016/159 se rechazó un pedido de recusación donde un árbitro había sido designado en otro arbitraje entre las mismas partes y el mismo contrato⁷⁸. Igualmente, en el caso SCC Nº 148/2003 se rechazó una solicitud de recusación por haber actuado como árbitro en procedimientos pasados donde se discutieron materias vinculadas⁷⁹, pero el caso SCC Nº 046/2007⁸⁰, se recusó a un árbitro que habría sido experto legal en otro caso argumentando una posición contraria a la del demandado. Lo que demuestra una respuesta distinta cuando el *issue conflict* es directo.

Aunque menos común, Acomb & Jones informan de un caso no reportado donde se intentó cuestionar sin éxito la pertenencia de una litigante al consejo de un centro⁸¹ donde se administraba el arbitraje (lo mismo puede suceder cuando un árbitro sirve de miembro del consejo).

⁷³ *CC/Devas (Mauritius) Ltd v. India*, Caso CPA Nº 2013/09, Decisión sobre la Propuesta para Descalificar a dos árbitros, 30 de septiembre de 2013. En este caso, los árbitros habían expresado opiniones en textos académicos (y laudos) que, para los solicitantes, generaría *in issue conflict*.

⁷⁴ *Merck Sharpe & Dohme (IA) Corp. v. Ecuador*, Caso CPA Nº 2012-10, Decisión sobre recusación contra el Juez Stephen M. Schwebel, 8 de Agosto de 2012, párr. 85.

⁷⁵ *EDF Int'l SA v. Argentina*, Caso CIADI Nº ARB/03/23, Decisión sobre Anulación, 5 de febrero de 2016, párr. 167-8. (Se estableció que las dudas razonables sobre la imparcialidad solo ocurre ante arbitrajes paralelos).

⁷⁶ Caso LCIA No. 5660, Decisión sobre Recusación, 05 de agosto de 2005, *Arbitration International*, Vol. 44, Issue 2, 2011.

⁷⁷ BORN, *International Commercial Arbitration*, pie de página 1512.

⁷⁸ BORN, *International Commercial Arbitration*, pie de página 1517.

⁷⁹ BORN, *International Commercial Arbitration*, pie de página 1518.

⁸⁰ BORN, *International Commercial Arbitration*, pie de página 1461.

⁸¹ ACOMB - JONES, "The Insider Adversary in International Arbitration", p. 65: ("However, an underdeveloped system of ethical regulation represents an Achilles heel that threatens to undermine the very properties that have contributed to the popularity of international arbitration. In particular, the weak regulation of counsel and the generally non-existent regulation of institutional conflicts have created opportunities for double-hatting by institutional officials who possess unilateral or substantial control over future appointments, thereby creating the appearance that one party's counsel has inappropriately placed their finger on the scales of justice. Additionally, absent explicit regulation, the lack of advance notice that a potentially biased tribunal can be created simply by a party's choice of counsel can blindside parties agreeing to and entering institutional arbitration").

Los jueces han adoptado una postura diversa sobre la duplicidad de roles en el arbitraje como generador de dudas razonables sobre la imparcialidad del árbitro.

En Francia, la Corte de Casación confirmó el rechazo al reconocimiento de un laudo porque consideró que la participación paralela de un mismo árbitro en dos procedimientos afectó el orden público porque había filtrado información errónea de un procedimiento al otro (contaminando a uno de los tribunales) y probablemente haya influenciado su decisión jurisdiccional⁸². En otra oportunidad, un árbitro fue designado en tres arbitrajes conexos y la Corte consideró que nada prohíbe que un árbitro laude sobre una materia relacionada a otros procedimientos pues su conocimiento de los otros casos no afecta su imparcialidad salvo que se pronuncie sobre la responsabilidad de un tercero⁸³. Igualmente, la Corte de Apelación de París consideró que la participación en dos procedimientos como árbitro no afecta el debido proceso salvo que un procedimiento afecte al otro⁸⁴.

En Estados Unidos, se destaca *Scandinavian Reins. Co. v. St. Paul Fire & Marine Ins. Co* donde la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito confirmó un laudo donde el árbitro no reveló que había participado en otro arbitraje que involucró hechos similares, partes vinculadas y donde se presentaron testigos que también participaron del último procedimiento⁸⁵.

En Reino Unido, la Corte de Apelación de Inglaterra y Gales estableció que un árbitro puede aceptar designaciones en procedimientos similares donde se discuta la misma materia⁸⁶. En otro caso, la Corte Superior consideró que la designación de un árbitro en arbitrajes vinculados no justifica su recusación⁸⁷.

En Suiza, el Tribunal Federal confirmó un laudo porque consideró que la participación de uno de los árbitros en otro arbitraje entre las mismas partes no generaba dudas razonables sobre su imparcialidad porque no había conexión entre las materias discutidas⁸⁸. Igualmente, consideró que la participación de un juez en otro caso solo es justificada siempre que no adopte posición previamente frente a ciertas materias sobre las cuales ya no parece estar libre de sesgo. Para definir esta situación, estableció que debe considerarse la materia, hechos, particularidades

⁸² Corte de Casación (Francia) “Société Excelsior Film v. société UGC-PH”, 24 de marzo de 1998, *Revue de l’Arbitrage*, Vol 1999, Issue 2.

⁸³ Corte de Casación (Francia) “Etat du Qatar v. société Creighton Ltd”, 16 de marzo de 1999, *Revue de l’Arbitrage*, Vol 1999, Issue 2.

⁸⁴ Corte de Apelación de París (Francia) “Ben Nasser et autre v. BNP et Crédit Lyonnais”, 14 de octubre de 1993, *Revue de l’Arbitrage*, Vol 1994, Issue 2.

⁸⁵ Corte de Apelación del Segundo Circuito (Estados Unidos) “Scandinavian Reins. Co. v. St. Paul Fire & Marine Ins. Co”, Caso 10-0910-cv, Sentencia, 28 de junio de 2011

⁸⁶ EWHC 1373, “B v. J”, 28/05/2020.

⁸⁷ EWHC 140, “Sierra Fishing Co. & Ors v. Farran & Ors”, 30/01/2015.

⁸⁸ Tribunal Federal (Suiza) “Mutu v. Chelsea Football Club Ltd”, Sentencia, 10/06/2010, *ASA Bulletin*, Vol 28, Issue 3.

procedimentales y las materias específicas invocadas en las diferentes etapas del proceso. A lo que agregó: “*The same applies to the field of arbitration*”⁸⁹.

En Alemania, una corte rechazó una solicitud de recusación contra dos co-árbitros que simultáneamente actuaron como testigos a favor de un árbitro recusado en un proceso judicial iniciado para la devolución de honorarios. Otra corte recusó a un árbitro porque previamente había actuado como experto legal (designado por una corte) en la toma de evidencia entre las partes relacionada al proyecto de construcción objeto del arbitraje. En otro caso, una corte recusó a un árbitro porque había brindado una opinión experta a una de las partes sobre materias que fueron ventiladas en el arbitraje⁹⁰.

En Singapur ocurrió un caso bastante peculiar. La Corte de Apelación anuló parcialmente un laudo y les permitió a las partes constituir un nuevo tribunal para que vuelva a resolver, siendo posible designar nuevamente a los miembros del tribunal original si así lo pactan. Ante la ausencia de este pacto, consideró posible que una de las partes se oponga a esta re-designación por dudas razonables sobre la imparcialidad de los árbitros por su previo involucramiento con la materia⁹¹.

En Egipto, la Corte de Casación anuló un laudo porque un árbitro había brindado opinión legal sobre la disputa⁹². En China, la Corte de Apelación de Hong Kong reconoció un laudo donde el árbitro también había actuado previamente como mediador en la misma disputa⁹³.

B. Conflicto de intereses (role confusion y back scratching)

En *Deutsche Lufthansa Ag c. La República Bolivariana de Venezuela*, se recusó al árbitro Peter Wolfgang porque existieron dudas razonables de su imparcialidad. Se consideró que podía verse influenciado por las decisiones del Prof. Tercier en otro caso fáctica y jurídicamente idéntico. Tercier fue árbitro en el único otro precedente sobre la misma materia y existió la apariencia de que su relación cercana de colegas podría evitar que Wolfgang resuelva distinto⁹⁴.

En otro caso similar, la Corte Superior de Ontario recusó a un árbitro porque se le pedía decidir sobre efectos colaterales de un laudo elaborado por un colega para un arbitraje vinculado (socio del estudio de abogados donde trabajaba)⁹⁵.

⁸⁹ BORN, *International Commercial Arbitration*, pie de página 1520.

⁹⁰ BORN, *International Commercial Arbitration*, pie de página 1520.

⁹¹ SGCA 63, “AKN v. ALC”, 27 de septiembre de 2015.

⁹² Corte de Casación (Egipto) Caso Nº 18116/88, Sentencia, 11/06/2019.

⁹³ HKCA 459, “Gao v. Keeneye Holdings Ltd”, 02 de diciembre de 2011.

⁹⁴ *Deutsche Lufthansa Ag c. La República Bolivariana de Venezuela*, Caso CPA Nº 2022-03, Decisión sobre la recusación del Dr. Wolfgang, 10 de octubre de 2022, párr 40.

⁹⁵ Corte de Apelación de Ontario (Canadá) “Telesat Canada v. Boeing Satellite Sys. Int’l, Inc”, *ONSC 4023, Sentencia*, 16/07/2010.

Adicionalmente, la duplicidad podría permitir problemas de enemistad creadas como litigantes que luego pudiesen trasladarse como árbitros. En los casos LCIA N° 101689 y 101691 (consolidados), se recusó a uno de los árbitros porque actuó como litigante en otro procedimiento donde se enfrentó al abogado que ahora defendía a la contraparte. El punto determinante fue que, en el otro caso, este abogado acusó al otro de cometer actos fraudulentos y por ende existían dudas sobre su imparcialidad⁹⁶.

V. ESTÁNDAR DE RECUSACIÓN POR REPETIDAS DESIGNACIONES: EL ÁRBITRO HINCHA

En el caso SCC 014/2004, se recusó a un árbitro que había sido designado ocho veces en el lapso de 5 años por el mismo estudio de abogados⁹⁷. En *Cofely Ltd c. Bingham*, la Corte Superior de Inglaterra y Gales recusó a un árbitro porque el 18% de sus designaciones y el 25% de sus ingresos como árbitro o adjudicador durante los últimos tres años provenía de casos que involucraron a una de las partes⁹⁸.

En otra oportunidad, la Corte de Casación Francesa confirmó la anulación de un laudo porque un árbitro había sido designado un total de 51 veces⁹⁹. La Corte de Apelación de París rechazó una recusación cuando el árbitro había sido designado 3 veces por la misma parte¹⁰⁰.

La Corte Distrital de Estocolmo rechazó una recusación donde el árbitro había sido designado 10 veces en 10 años (con 5 de esos arbitrajes todavía en marcha)¹⁰¹. En otro caso, la Corte de Apelación de California anuló un laudo porque el “árbitro neutral” (presidente) había omitido revelar que había sido designado cinco veces por una de las partes¹⁰².

Aunque el issue conflict es un argumento menos utilizado que el conflicto de intereses, existen algunas decisiones que reflejan su uso.

En los casos SCC 2017/012 y 2017/06 se rechazó una recusación donde el árbitro había sido designado en otros cinco casos donde se discutieron materias superpuestas o idénticas¹⁰³. En *OPIC Karimum Corp. v. Venezuela*, se intentó recusar al árbitro Phillipe Sands por: ser árbitro en tres casos donde fue designado por el estudio de abogados de una de las partes; haber sido árbitro en

⁹⁶ CÁMARA CHUMBES - YANO TSUHA, “¿Uno o dos sombreros?: Lineamientos para una regulación del double-hatting en arbitrajes de inversión p. 71.

⁹⁷ BORN, *International Commercial Arbitration*, pie de página 1507.

⁹⁸ EWHC, “Cofely Limited v. Mr Anthony Bingham, Knowles Limited”, 17/02/2016.

⁹⁹ Corte de Casación (Francia), Caso N° 09-68997, Casación, 20 de octubre de 2010.

¹⁰⁰ Corte de Apelación de París (Francia) “SA Fretal v. SA ITM Enterprises”, 28/10/99, *Revue de l’Arbitrage*, París, pp. 299-312.

¹⁰¹ Corte Distrital de Estocolmo (Suecia), Caso N° A 7145-04, Sentencia, 21 de junio de 2004.

¹⁰² Corte de Apelación de California (Estados Unidos) “Neaman v. Kaiser Found. Hosp” 11 Cal.Rptr.2d 879, 22 de septiembre de 1992.

¹⁰³ BORN, GARY, *International Commercial Arbitration*, pie de página 1517.

otros ocho casos en los últimos tres años donde cinco designaciones fue hecha por el mismo estudio; y, de los nueve arbitrajes revelados, fue designado en cinco por el estudio. Además de rechazar la solicitud, se consideraron los siguientes cuatro elementos: (i) *proximity*; (ii) *intensity*; (iii) *dependence*; y, (iv) *materiality*¹⁰⁴.

En *Sathianathan v. Smith Barney*, la Corte de Apelación de California consideró que, cuando las partes pactan arbitrar ante personas desinteresadas con experiencia en un negocio o problema especializado, es probable que los mismos árbitros se comiencen a repetir:

*When the parties agree to arbitration before disinterested persons who have experience in a specialized business or type of problem, the relatively small number of qualified arbitrators may make it common, if not inevitable, that parties will nominate the same arbitrators repeatedly*¹⁰⁵.

En Bélgica, una corte de primera instancia recusó a un árbitro porque había sido designado once veces en arbitrajes similares donde todos fallaron contra el demandado. En este caso, la corte consideró que había serias dudas sobre la ausencia de sesgo y capacidad de conocer una nueva disputa contra el banco sin estar afectado por sus opiniones previas¹⁰⁶.

VI. INTENSIDAD DEL ESTÁNDAR: NECESIDAD DE PRIVILEGIAR EL CAPITAL MORAL

Existen dos maneras de “controlar” los *issue e interests conflicts* derivados de la duplicidad de roles y repetidas designaciones: control orgánico (recusaciones) y normativamente (códigos de conducta). Del mismo modo que prohibir de plano estas prácticas destruiría a largo plazo mercados arbitrales pequeños, el mismo efecto tendría un estándar de recusación o revelación demasiado estricto.

En efecto, una de las principales preocupaciones de limitar la duplicidad de roles y múltiples designaciones es el impacto en la cantidad de árbitros disponibles en mercados donde son escasos. Legum & Motin advierten que, no siempre hay alguien que cumpla “perfectamente” con el perfil deseado, pero esta lista sigue siendo muy pequeña. Prohibir la duplicidad de roles haría muy difícil identificar candidatos para un caso concreto¹⁰⁷.

En este sentido, el tamaño del mercado debe tener un impacto directo en el estándar de recusación y revelación. Pero ¿cuál?

¹⁰⁴ *OPIC Karimum Corp. v. Venezuela*, Caso CIADI Nº ARB/10/14, Decisión sobre pedido de recusación contra Prof. Philippe Sands, 5 de mayo de 2011, párr. 21.

¹⁰⁵ Corte de Apelación de California (Estados Unidos) 2009 WL 537158, 11 de junio de 2010.

¹⁰⁶ BORN, “*International Commercial Arbitration*”, pie de página 1520.

¹⁰⁷ LEGUM, Barton - MOTIN, Clara, “The Essential Qualities for an Arbitrator”, *ICSID Review*, Vol 38, No. 2, 2023, p. 448.

En mercados pequeños el estándar de revelación y recusación debe ser flexible (umbral alto para tolerar la duplicidad o repetidas designaciones salvo casos excepcionales). Es decir, revelar cuando la confidencialidad lo permita y recusar cuando el tamaño del mercado no sea suficiente para evitar dudas razonables sobre la imparcialidad.

Bajo una posición que compartimos, el consejo de la IBA consideró que, cuando el *pool* de árbitros es pequeño o especializado, la nominación frecuente del mismo árbitro en diferentes casos no es una materia que requiera revelación porque es un uso y costumbre arbitral con los que las partes deben estar familiarizadas¹⁰⁸. Igualmente, en el contexto de un *pool* especializado o lista obligatoria, es probable que esos mismos especialistas dupliquen roles.

Bajo un estándar de aparente imparcialidad, no puede haber duda razonable cuando algo es explicado directamente por una costumbre del mercado. Igualmente, el estándar de revelación debe consistir en revelar aquello que no pueda explicarse por dicha costumbre o que, pudiendo ser explicada, revele dudas razonables por la incompatibilidad entre roles.

Al revelar, deberá considerarse qué tan amplia puede ser la revelación del árbitro sin que incumpla su deber de confidencialidad. Si bien podría revelarse la materia académica discutida en otros procedimientos, compartir la identidad de las partes y hechos es problemático porque entra en conflicto con su naturaleza confidencial. Puede que esto no sea tan grave en arbitrajes de inversión donde el nivel de transparencia es mayor, pero sí en arbitrajes donde la discusión sea reservada.

En suma, en mercados pequeños la “regla” es no revelar salvo que la duplicidad de roles o repetidas designaciones no se explique con el tamaño del mercado. Salvo que la transparencia del tipo de arbitraje permita entrar a detalle, la identidad de las partes y los hechos de otros casos no deben ser revelados. El incumplimiento de este deber no debe derivar en una recusación salvo que se demuestre *role confusión*, *back scratching* o multiplicidad de designaciones.

Por otro lado, mientras no se viole la confidencialidad de otros arbitrajes, revelar es regla en arbitrajes comerciales porque se presume que el mercado es diverso. Para romper esta presunción,

¹⁰⁸ IBA Council, “*IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*”, 23 de octubre de 2014, pie de página 5: (“*It may be the practice in certain types of arbitration, such as maritime, sports or commodities arbitration, to draw arbitrators from a smaller or specialized pool of individuals. If in such fields it is the custom and practice for parties to frequently appoint the same arbitrator in different cases, no disclosure of this fact is required, where all parties in the arbitration should be familiar with such custom and practice*”). Así, en la versión 2024 de los lineamientos para conflictos de intereses, se estableció que en ciertos tipos de arbitraje -como el marítimo, deportivo, *commodities*- los árbitros suelen provenir de un *pool* especializado o incluso de una lista obligatoria.

se debe acreditar escasez por materia¹⁰⁹ o industria¹¹⁰ (submercados comerciales pequeños). Es decir, se debe revelar cuando la costumbre no explique por qué se elige al mismo árbitro a pesar de un *pool* tan grande. Como señaló una corte estadounidense al pronunciarse sobre la designación de un árbitro comercial: “*the relatively small number of qualified arbitrators may make it common, if not inevitable, that parties will nominate the same arbitrators repeatedly*”¹¹¹. Es en este contexto que debe entenderse la siguiente cita del tribunal en *SGS c. Pakistán* analizó sobre la imparcialidad del Prof. Christopher Thomas:

(...) en el universo del arbitraje comercial internacional, la comunidad de árbitros activos y la comunidad de litigantes activos son ambas pequeñas y que, no pocas veces, las dos comunidades pueden solaparse, secuencialmente si no simultáneamente. Está ampliamente aceptado que tal solapamiento no es, por sí mismo, motivo suficiente para descalificar a un árbitro. Debe demostrarse algo más para que prospere una recusación¹¹².

En el resto casos, debe acreditarse una duda razonable sobre sesgo, pero la incompatibilidad entre roles no debe ser ni manifiesta ni grave porque no hay una pequeñez del mercado que amerite atenuar el estándar. No revelar un caso vinculado o conexo en un contexto donde se presume la diversidad genera dudas razonables y, por ende, el incumplimiento al deber de revelación genera recusación salvo que la omisión se explique por la confidencialidad (cuando la confidencialidad recaiga sobre detalles necesarios para detectar *issue conflict* o de intereses).

Una vez conocida la información, el estándar de recusación debe ser leve o estricto (umbral bajo para no tolerar la duplicidad salvo casos excepcionales): recusar cuando los roles sean incompatibles (*issue conflict*) o no garantizan imparcialidad (sospechas de *role confusion* o *back scratching*).

VII. CONCLUSIONES

Sobre la base del análisis y datos procesados, concluimos lo siguiente:

- (i) La legitimidad del arbitraje descansa en dos grandes rasgos que lo hacen atractivo para quienes deseen pactarlo como método de solución de controversias: especialidad e imparcialidad del árbitro. Sin embargo, las necesidades de cada industria han requerido

¹⁰⁹ Por ejemplo, derecho arbitral, derecho médico, derecho genético, análisis económico o derecho internacional. Cuando se deben resolver controversias técnicas y el árbitro no es abogado, el tamaño de mercado debe analizarse según, por ejemplo, la rareza de cierta especialidad dentro del mercado de ingenieros.

¹¹⁰ Por ejemplo, minería, petróleo, gas, energías renovables, construcción, corporativo, entre otros arbitrajes donde la discusión no es meramente sobre derecho civil patrimonial.

¹¹¹ Corte de Apelación de California (Estados Unidos) 2009 WL 537158, 11 de junio de 2010.

¹¹² *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*. Caso CIADI Nº ARB/01/13, Decisión sobre la propuesta del demandante de descalificar al árbitro Thomas, 19 de diciembre de 2002, párr 25.

árbitros cada vez más especializados y, en esa búsqueda, muchas veces la opción más capacitada era la misma que litigaba en otros casos o se había designado antes. Este fenómeno se manifiesta principalmente en mercados arbitrales pequeños como el de inversiones.

- (ii) Se ha demostrado que el criterio de asignación de valor vigente es el capital simbólico. Sin embargo, conforme la reputación o capacidad comprobada no ha sido suficiente para cumplir los estándares éticos necesarios para mantener la apariencia de imparcialidad, la asignación de valor está comenzando a ser el capital moral. Este cambio se refleja en la práctica internacional
- (iii) Se demostró que se han emitido códigos de conducta e incluso simplemente han renunciado al arbitraje como método de solución de disputas como reacción a la falta de control orgánico sobre estos fenómenos.
- (iv) En la práctica, las cortes han mostrado cierta flexibilidad al momento de evaluar la validez de los laudos y determinar si existió una apariencia razonable de imparcialidad en casos donde el árbitro servía otros roles previa o simultáneamente, así como repetidas designaciones. Igualmente, los centros han mantenido una reacción similar en materia de inversiones y comercial.
- (v) El tamaño del mercado arbitral comercial no presenta signos de escasez real y, por ende, la duplicidad de roles no debería ser común ni tolerada con facilidad. En contraste con mercados más pequeños, un árbitro comercial designado deberá revelar su participación en otros arbitrajes bajo cualquier rol (miembro de la corte de arbitraje, experto, litigante, entre otros) y anteriores designaciones cuando las materias estén vinculadas jurídica o fácticamente.
- (vi) El estándar de revelación y recusación son distintos, pero en ambos casos necesita aplicarse de forma flexible para evitar serios daños al mercado arbitral donde se aplique. Si la duplicidad y repetidas designaciones afecta la imparcialidad del árbitro, un estándar muy estricto en circuitos pequeños impedirá la selección de árbitros especializados.
- (vii) En el mercado comercial, por el contrario, la regla debería ser limitarlo fuertemente y permitirlo como excepción. Por ejemplo, cuando existan pocos especialistas de la industria (corporativo, minero, agrario, entre otros) o, en la materia (derecho arbitral o internacional). Asimismo, existen materias que podrían repetirse entre arbitrajes como contratos estandarizados, leyes modelo, o *hard-law*.

LA PROTECCIÓN DE LOS ECOSISTEMAS ACUÍFEROS EN LOS ARBITRAJES DE INVERSIÓN CONTRA COLOMBIA

Sebastián Acevedo Iceda¹, Alex Ariza Felizzola² & Carolina Castillo³

Resumen - En la segunda década del 2000 Colombia adoptó diferentes regulaciones para prohibir y delimitar las actividades mineras cerca de los páramos, ecosistemas acuíferos únicos en el mundo de los cuales la mayoría está en el país andino. De dicha regulación surgieron controversias principalmente entre mineras canadienses y el Estado colombiano alrededor de las concesiones mineras adyacentes al Páramo de Santurbán, en el departamento de Santander.

Este artículo estudia los criterios empleados por los tribunales de inversión que han adoptado los tres laudos publicados hasta el momento sobre las controversias de Santurban: Eco Oro Minerals Corp. vs. República de Colombia, Red Eagle Exploration Limited vs. República de Colombia y Montauk Minerals vs. República de Colombia. A través de este análisis se busca examinar la forma en que los tribunales de inversión han ponderado los derechos de los inversionistas extranjeros con los deberes de los Estados de proteger el medioambiente, así como identificar los retos futuros en materia de litigiosidad de inversionistas contra la regulación ambiental de los Estados.

Abstract - In the 2010's Colombia adopted different regulations aiming towards the prohibition and delimitation of mining activities near the páramos, unique watery ecosystems in the world, many of which are located in this andine country. Such regulations gave place to many controversies between canadian mining companies and the Colombian State relating to mining concessions granted in the Páramo de Santurbán, in the department of Santander.

This article studies the criteria used by the investment tribunals which adjudicated the first two cases of the Santurbán saga: Eco Oro v. Colombia, and Red Eagle v. Colombia. This analysis seeks to examine the way the Tribunals have pondered the investors rights with the States' duties regarding environmental protection, as well as identifying the future challenges in the controversies relating environmental measures adopted by the States.

I. LA PROTECCIÓN DE LOS ECOSISTEMAS ACUÍFEROS EN LOS ARBITRAJES DE INVERSIÓN CONTRA COLOMBIA.....	245
II. PÁRAMOS: PARAÍDOS ACUÍFEROS EN LOS ANDES.....	246
III. LA SAGA DE SANTURBÁN: EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN Y ACCIÓN CLIMÁTICA.....	248

¹ Abogado de la Universidad de los Andes (Colombia). Tiene experiencia en arbitraje internacional y resolución de conflictos. Es miembro fundador del Semillero de Arbitraje y MASC de la Universidad de los Andes (SAMASC). Actualmente se desempeña como asociado de la firma de abogados Ibarra Rimon en Bogotá en las áreas de litigios y Derecho de la Competencia.

² Estudiante de la Universidad de Antioquia (Colombia), miembro del Semillero de Investigación en Arbitraje de la misma institución.

³ Abogada de la Universidad de las Américas (Ecuador) con habilidades destacadas en resolución de disputas y litigio, particularmente en arbitraje comercial local e internacional. Provee asesoría legal a compañías nacionales y extranjeras en cumplimiento corporativo, regulatorio, políticas internacionales de trabajo e incorporación de capital extranjero. Especialista en derecho corporativo, mercantil y laboral.

<i>A. La expropiación indirecta.....</i>	248
<i>B. El trato justo y equitativo.....</i>	249
a. La buena fe en la adopción de regulaciones.....	250
b. Las expectativas legítimas.....	251
<i>C. ¿Excepciones ambientales?.....</i>	251
IV. CONCLUSIONES.....	253

I. LA PROTECCIÓN DE LOS ECOSISTEMAS ACUÍFEROS EN LOS ARBITRAJES DE INVERSIÓN CONTRA COLOMBIA

La acción climática y la transición energética constituyen unas de las mayores preocupaciones actuales para la comunidad internacional. Sin embargo, el cumplimiento de los compromisos ambientales de los Estados puede oponerse muchas veces a los inversionistas de determinadas industrias contaminantes, especialmente extranjeros, que pueden acudir al arbitraje de inversión para reclamar compensación por la afectación a sus inversiones. El costo estimado de estas reclamaciones en el marco de la transición energética se estima en hasta 240 mil millones de dólares⁴ y se ha visto como un obstáculo para la protección del medio ambiente⁵.

En la década anterior, Colombia adoptó una serie de regulaciones tendientes a delimitar las áreas de páramos y excluir las actividades mineras de ellas. Con ocasión de ellas, Eco Oro, Red Eagle Limited y Galway Gold (hoy Montauk Minerals), tres compañías mineras que operaban en el Páramo de Santurbán demandaron la responsabilidad internacional de Colombia por violar el Acuerdo de Libre Comercio Colombia-Canadá (el “Tratado”). Dos de estas controversias, Red Eagle v. Colombia y Montauk Minerals v. Colombia, concluyeron con la exoneración de responsabilidad de Colombia⁶; en otra, Eco Oro v. Colombia, si bien se declaró que el Estado no había expropiado a la inversionista, se concluyó que si había incumplido su obligación de brindarle un trato justo y equitativo⁷.

Este artículo parte de una caracterización de los páramos y las medidas adoptadas por el Estado colombiano para su protección para luego estudiar los criterios adoptados por los tribunales arbitrales que resolvieron las controversias surgidas con las mineras que operaban en el área del Páramo de Santurbán.

⁴ TIENHAARA, Kyla *et al.*, “Investor-state disputes threaten the global green energy transition”, *Science*, Vol. 376, Nº 6594, 2022, p. 701.

⁵ BOYD, David R., *Paying pollutioners: the catastrophic consequences of investor-State dispute settlement for climate and environment action and human rights*, Naciones Unidas, 2023.

⁶ *Red Eagle Exploration Limited v. República de Colombia*, ICSID ARB/18/12, Laudo, 28 de febrero de 2024; *Montauk Metals Inc. (anteriormente Galway Gold Inc.) v. República de Colombia*, ICSID ARB/18/13, Laudo, 7 de junio de 2024.

⁷ *Eco Oro Minerals Corp. v. República de Colombia*, ICSID ARB/16/41, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, 9 de septiembre de 2021.

II. PÁRAMOS: PARAÍSO ACUÍFEROS EN LOS ANDES

Los páramos son ecosistemas fríos, húmedos y únicos en el mundo, ubicados a partir de los 3.000 msnm desde el norte del Perú hasta la Sierra Nevada de Santa Marta en el noroccidente colombiano y, aisladamente, en Panamá y Costa Rica⁸. En Colombia los páramos se encuentran repartidos por las tres cordilleras andinas y el macizo de la Sierra Nevada de Santa Marta, son la fuente de aproximadamente el 70% de los recursos hídricos del país.

En la cordillera oriental se encuentra el sistema de páramos Jurisdicciones-Santurbán, entre los departamentos de Santander y Norte de Santander, que para el 2005 albergaba 253 especies de flora y 42 de fauna, de las cuales cinco eran especialmente vulnerables a la pérdida de su hábitat⁹. La hidrografía del páramo es particularmente favorable con la presencia de 57 lagunas, además es una estrella fluvial donde nacen afluentes de las áreas hidrográficas Caribe, Magdalena-Cauca y Orinoco¹⁰.

Los asentamientos humanos en Santurbán datan del año 1.000 a.C., en él se asentaron culturas precolombinas como los guanes, chitareros, yariguíes y laches, quienes consideraron los páramos como sitios sagrados, dándole un uso preminentemente ritual¹¹. Durante la conquista Santurbán ya era designado como páramo, en el siglo XVI es mencionado en la Recopilación Historial de Fray Pedro Aguado, apareciendo nuevamente como “páramo de San Turbán” en una cédula real de 1781¹².

Desde la era colonial la zona de páramo ha sido epicentro del desarrollo regional con el asentamiento de comunidades dedicadas a la minería y la agricultura. En el caso de la minería, esta ha atravesado diversos ciclos de actividad, teniendo por hitos el establecimiento de la Colombian Mining Association a inicios de la República¹³, paralelo a la promulgación de la primera regulación minera nacional con el Decreto del Libertador de 1829¹⁴.

A finales del siglo XIX se reunifica el territorio nacional que había estado federado por varias décadas y se adopta como Código Minero nacional el del antes Estado de Antioquia¹⁵. El Código

⁸ VAN DER HAMMEN, Thomas, “Los páramos: archipiélagos terrestres en el norte de los Andes”, en VAN DER HAMMEN, Thomas *et al.*, *Atlas de páramos de Colombia*, Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander von Humboldt, Bogotá, D. C., 2007, pp. 24 y ss.

⁹ VAN DER HAMMEN *et al.*, *Atlas de páramos de Colombia*.

¹⁰ VAN DER HAMMEN *et al.*, *Atlas de páramos de Colombia*.

¹¹ VAN DER HAMMEN *et al.*, *Atlas de páramos de Colombia*, p. 31; UNGAR, Paula *et al.*, “Consideraciones generales para la delimitación”, en SARMIENTO, Carlos – UNGAR, Paula (Eds.), *Aportes a la delimitación del páramo mediante la identificación de los límites inferiores del ecosistema a escala 1:25.000 y análisis del sistema social asociado al territorio: Complejo de Páramos Jurisdicciones – Santurbán – Berlín Departamentos de Santander y Norte de Santander*, Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander von Humboldt, Bogotá, 2014, p. 18.

¹² BERMÚDEZ LIÉVANO, Andrés, “El tal páramo de Santurbán sí existe”, *La Silla Vacía*, 08/09/2014, disponible en <https://www.lasillavacia.com/silla-nacional/el-tal-paramo-de-santurban-si-existe/>

¹³ UNGAR, *et al.* “Consideraciones generales para la delimitación”, p. 19.

¹⁴ RETTBERG, Angelika – ORTIZ, Juan – YAÑEZ QUINTERO, Sandra. *Legislando minas. Breve recuento de la legislación minera en Colombia (1829 - 2001)*. Universidad de los Andes – Facultad de Economía – CEDE, Bogotá D. C., 2014, p. 13.

¹⁵ Ley 38 de 1887 por la cual se adopta el Código de Minas del extinguido Estado de Antioquia (Colombia), Art. 1.

supondrá una tensión entre la liberalización contenida en él y el régimen de nacionalización de los recursos naturales de la Constitución de 1886¹⁶. Esta derogación del proteccionismo sobre las minas impulsó una nueva ola de explotación en la zona de páramo por empresas como la Francia Gold and Silver Ltd., lo que significó un aumento también en la población del lugar¹⁷. En la segunda mitad del siglo XX se viviría un nuevo auge minero por pobladores locales que con el tiempo darían paso a la llegada de multinacionales extranjeras que tenían particular interés en las reservas nacionales¹⁸.

En el 2001 se adoptó el nuevo Código Minero que simplificó el régimen de títulos y concesiones en el país, integrando la licencia ambiental vigente desde 1993¹⁹. Con la expedición del Nuevo Código Minero, Greystar Resources Limited (después Eco Oro) se hizo concesionaria de 250 hectáreas de títulos que había adquirido desde los años 90²⁰. Al tiempo, en 2009 se estableció Galway Resources Ltd. (Montauk Minerals) quien inició la adquisición de los proyectos auríferos Vetas y Californias²¹.

En febrero de 2010 la Ley 1382 subrogó el artículo 34 del Nuevo Código Minero prohibiendo el desarrollo de minería en áreas de páramo²². Fue después de la promulgación de esta ley que Red Eagle Exploration Limited inició la adquisición de títulos mineros en el área del proyecto aurífero Vetas²³. Con la promulgación de la Ley 1382 sería el inicio de un complejo de regulaciones tendientes a prohibir la actividad minera en los páramos.

En el 2011 la Corte Constitucional declaró inconstitucional la Ley 1382, difiriendo los efectos de su sentencia a dos años para que el Congreso adoptara la regulación correspondiente²⁴. En mayo de ese mismo año el Ministerio de Ambiente adoptaría la Resolución 937 por la cual se delimitaban las áreas de páramo conforme al Atlas de Páramos de Colombia del Instituto Von Humboldt²⁵. El 16 de junio de 2011 entra en vigor la Ley 1450 que prohibió las actividades mineras y agropecuarias en los páramos, se fijaron los criterios para su delimitación y se adoptó en forma transitoria la delimitación del Atlas de Páramos²⁶. El 19 de diciembre de 2014 el Ministerio de Ambiente adoptó la regulación definitiva requerida en la Ley 1450 a través de la Resolución 2090²⁷.

Finalmente, la Ley 1753 de 2015 ratificó la prohibición de la minería en el área de páramos²⁸,

¹⁶ RETTBERG – ORTIZ – YAÑEZ QUINTERO, *Legislando minas. Breve recuento de la legislación minera en Colombia (1829-2001)*, pp. 16-18.

¹⁷ UNGAR, "Consideraciones generales para la delimitación", p. 19.

¹⁸ UNGAR, "Consideraciones generales para la delimitación", pp. 19-20.

¹⁹ RETTBERG – ORTIZ – YAÑEZ QUINTERO, *Legislando minas. Breve recuento de la legislación minera en Colombia (1829-2001)*, pp. 29-31.

²⁰ *Eco Oro*, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, párrs. 96-104. ²¹ *Montauk*, Laudo, párrs. 150-162.

²¹ *Montauk*, Laudo, párrs. 150-162.

²² Ley 1382 de 2010 por el cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas (Colombia), Art. 3.

²³ *Red Eagle*, Laudo, párr. 63.

²⁴ Corte Constitucional (Colombia), sentencia C-366, 13/05/2011.

²⁵ *Eco Oro*, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, párr. 126.

²⁶ Ley 1450 de 2011 por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014 (Colombia), Art. 202.

²⁷ Resolución 2090 de 2014 por medio de la cual se delimita el Páramo Jurisdicciones – Santurbán – Berlín, y se adoptan otras determinaciones (Colombia), Art. 1.

²⁸ Ley 1753 de 2010 por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "Todos por un nuevo país" (Colombia), Art. 20.

introduciendo una cláusula de transitoriedad por la cual se protegían los derechos adquiridos otorgados por concesiones anteriores al 2010, en el caso de actividades mineras, y 2011, en el caso de hidrocarburos²⁹. Esta disposición fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional³⁰. Para la Corte no resultaba proporcional la relación entre los eventuales perjuicios al páramo y los réditos de permitir la continuación de concesiones garantizadas a privados³¹.

Estas medidas son el origen de las controversias de la saga de Santurbán. Cada caso, con sus matices, termina retornado a estas regulaciones que el Estado colombiano adoptó para la protección de estos frágiles ecosistemas andinos.

III. LA SAGA DE SANTURBÁN: EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN Y ACCIÓN CLIMÁTICA

Con ocasión de la adopción de distintas leyes, resoluciones y sentencias que prohibieron la actividad minera en el área de páramo, tres compañías mineras canadienses presentaron demandas ante el CIADI alegando que Colombia había violado sus obligaciones de no expropiación; brindar un el Trato Justo y Equitativo; y la aplicabilidad o no de la excepción ambiental contenida en el Tratado.

A. La expropiación indirecta

El fenómeno de la expropiación es considerado una de las principales interferencias que pueden sufrir los inversionistas y, aunque no cuenta con una definición unificada, se le ha equiparado a la privación de la propiedad ya sea despojando el bien de su propiedad o destruyendo su valor o utilidad³². El artículo 811 del Tratado, interpretado conforme al anexo 811, protegen a los inversionistas de la expropiación directa o indirecta de sus activos así:

Artículo 811: Expropiación

Ninguna de las Partes podrá nacionalizar o expropiar una inversión cubierta, ya sea de manera directa o indirecta, a través de medidas que tengan un efecto equivalente a la nacionalización o expropiación (en adelante, "expropiación"), excepto:

- (a) por un interés público;
- (b) de manera no discriminatoria;
- (c) con compensación pronta, adecuada y efectiva de acuerdo con los párrafos 2 a 4; y
- (d) de conformidad con el debido proceso legal³³.

Entendiendo por expropiación indirecta aquella que: *“resulta de una medida o de una serie de medidas de una Parte que tienen un efecto equivalente a una expropiación directa sin que medie*

²⁹ Ley 1753 de 2010 por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país” (Colombia), Art. 173.

³⁰ Corte Constitucional, sentencia C-035, 08/02/2016.

³¹ Corte Constitucional, sentencia C-035, 08/02/2016, párrs. 174-175.

³² LÓPEZ ESCÁRCENA, Sebastián, “La expropiación condicionada en los tratados de inversión”, en ÁLVAREZ ZÁRATE, José M. – ZENKIEWICS, Maciej. (Eds.), *El derecho internacional de las inversiones: desarrollo actual de normas y principios*, Primera Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2021, p. 375.

³³ Acuerdo de libre comercio entre la República de Colombia y Canadá, Art. 811.

una transferencia formal del título o derecho de dominio”³⁴. En los tres casos estudiados se han desestimado las pretensiones de indemnización por expropiación indirecta conforme al Tratado.

Primero, en *Eco Oro* el tribunal sostuvo que, si bien el inversionista había sufrido una privación sustancial del valor de su inversión, su protección era un fin legítimo del Estado por el indudable el valor ambiental de los páramos y que las medidas adoptadas para ello no eran discriminatorias toda vez que estas no impactaban únicamente a la demandante sino a todas las compañías cuyos proyectos mineros pudieran afectar al páramo³⁵.

En *Red Eagle* el tribunal consideró que el inversionista no tenía derechos adquiridos conforme al derecho interno que fueran susceptibles de expropiación por parte del Estado³⁶. En todo caso, afirmó que Colombia había actuado en el marco de sus poderes de policía y que no se evidenciaban circunstancias extraordinarias como la violación de compromisos asumidos directamente con el inversionista³⁷.

Un criterio similar fue adoptado por el tribunal del caso *Montauk* al señalar que al demandante le corresponde satisfacer un estándar muy alto para probar la existencia de circunstancias extraordinarias, debiendo acreditar objetivos ocultos del Estado con su regulación³⁸, que las medidas sean excesivamente desproporcionadas o que solo un Estado que no actué de buena fe habría adoptado medidas similares³⁹. El demandante no acreditó tales requisitos y, por tanto, sus pretensiones fueron desestimadas.

En las tres decisiones se afirmó que Colombia actuó de buena fe en el marco de sus poderes de policía al adoptar regulaciones para alcanzar un fin legítimo, no discriminatorias y proporcionales, criterios aplicables a las políticas que se adopten para alcanzar la neutralidad de emisiones y la transición energética.

B. El trato justo y equitativo

El estándar de Trato Justo y Equitativo (“TJE”) es aquel que obliga a un Estado a otorgar un cierto trato a las inversiones extranjeras. La obligación de brindar un “trato justo y equitativo” ha sido replicada en casi todos los Tratados Bilaterales de Inversión y es una de las más discutidas en las disputas entre inversionistas y Estados⁴⁰.

En lo que respecta a estas disputas, el artículo que regula el estándar del TJE es el 805 del Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Colombia que dispone lo siguiente:

Artículo 805: Estándar Mínimo de Trato

³⁴ Acuerdo de libre comercio entre la República de Colombia y Canadá, Anexo 811.

³⁵ *Eco Oro*, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, párrs. 634-642.

³⁶ *Red Eagle*, Laudo, párr. 399.

³⁷ *Red Eagle*, Laudo, párr. 400-401.

³⁸ *Montauk*, Laudo, párr. 793.

³⁹ *Montauk*, Laudo, párr. 795.

⁴⁰ XAVIER JUNIOR, Ely C, “El estándar de Trato justo y Equitativo”, en ÁLVAREZ ZÁRATE, José M. – ZENKIEWICS, Maciej. (Eds.), *El derecho internacional de las inversiones: desarrollo actual de normas y principios*, Primera Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2021, pp. 417-421.

1. Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato de acuerdo con el estándar mínimo de trato a extranjeros bajo el derecho internacional consuetudinario, incluyendo trato justo y equitativo, y plena protección y seguridad. Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “plena protección y seguridad” no requieren un trato adicional o más allá de lo que exige el estándar mínimo de trato a extranjeros bajo el derecho internacional consuetudinario.
2. La obligación en el párrafo 1 de proporcionar “trato justo y equitativo” incluye la obligación de no negar justicia en procedimientos judiciales penales, civiles o administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso.
3. Una determinación de que ha habido una violación de otra disposición de este Acuerdo, o de un acuerdo internacional separado, no establece que ha habido una violación de este Artículo⁴¹.

La anterior corresponde a una cláusula de estándar de TJE calificado por el Nivel Mínimo de Trato (NMT) pues se vincula expresamente el estándar mínimo internacional de protección a los extranjeros, consagrado por la costumbre internacional. El propósito de esta vinculación es limitar su interpretación a: *“aquellos que –de acuerdo con la costumbre internacional o con el derecho internacional– constituye el estándar mínimo internacional de protección a los extranjeros, eliminando el carácter de estándar autónomo del estándar de TJE”*⁴².

Esto quiere decir que, para efectos de determinar si hubo una violación de las obligaciones del Tratado, debe entenderse que el estándar de TJE no difiere del NMT. En ese sentido, el tribunal del caso *S.D Myers* estableció que se incumple el NMT cuando *“se demuestra que un inversor fue tratado de manera tan injusta o arbitraria que este trato alcanzó un nivel inaceptable desde la perspectiva internacional”*⁴³.

Frente a las pretensiones fundadas en la violación al NMT contenido en el artículo 805 del Tratado los tribunales han llegado a conclusiones diferentes. Mientras en *Red Eagle* y *Montauk* estas fueron desestimadas, en *Eco Oro* el tribunal consideró que Colombia efectivamente había incumplido sus obligaciones frente al inversionista. Este análisis puede dividirse en el relativo a las expectativas legítimas y el relativo a la buena fe en la adopción de las regulaciones.

a. La buena fe en la adopción de regulaciones

Primero, en *Eco Oro* el tribunal encontró que la desidia del Estado en la adopción de una delimitación definitiva del páramo de Santurbán y el incumplimiento de sus propias obligaciones ambientales conforme a la Constitución, los tratados internacionales y la ley interna violaban el NMT⁴⁴. Para el tribunal, Colombia no dio razones de peso para justificar dicha conducta con lo que su actuar se tornaba arbitrario, sin que el derecho internacional exigiese probar que actuó de mala fe.

En contraste, la posibilidad de participar en la adopción de los actos administrativos y resoluciones judiciales que causaron controversias fue considerada en *Red Eagle* como una muestra de transparencia del Estado⁴⁵. Tal criterio fue también reiterado frente a las sentencias de

⁴¹ Acuerdo de libre comercio entre la República de Colombia y Canadá, Art. 805.

⁴² XAVIER JUNIOR, “El estándar de Trato justo y Equitativo”, p. 424.

⁴³ *S.D Myers Inc, c. Canadá*, UNCITRAL, Laudo parcial, 13 de noviembre de 2000, párr. 263.

⁴⁴ *Eco Oro*, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, párrs. 743-821.

⁴⁵ *Red Eagle*, Laudo, párr. 304.

constitucionalidad y tutela de la Corte Constitucional sobre las leyes y resoluciones que delimitaron el páramo de Santurbán al sostener que “*se trata de sentencias a disposición del público que sirven para confirmar la transparencia del ordenamiento jurídico*”⁴⁶. En opinión del Tribunal, al inversor de sectores complejos de la economía le asiste una alta carga de cuidado y diligencia en el estudio de la regulación vigente al colocar su inversión⁴⁷.

En *Montauk* el tribunal decidió apartarse explícitamente del razonamiento de *Eco Oro* y acoger los motivos de la opinión disidente del profesor Philippe Sands entendiendo que la poca eficiencia en la adopción de regulaciones no compromete la responsabilidad del Estado, salvo que se pruebe no actuó de buena fe, lo que la demandante no pudo acreditar⁴⁸.

b. Las expectativas legítimas

Respecto a las expectativas legítimas, el razonamiento de *Red Eagle* criticó abiertamente tutelas amplias dadas en casos como *Tecmed*⁴⁹. Para el tribunal el demandante no logró acreditar una relación cuasicontractual con compromisos específicos del Estado⁵⁰. Un razonamiento similar fue el del tribunal de *Red Eagle* que requirió del demandante probar un compromiso particular del Estado y una repudiación posterior⁵¹. En el análisis del tribunal, Montauk no consiguió acreditar una declaración clara y específica del Estado en el sentido de permitirle desarrollar actividades mineras en páramos sin imponer otras limitaciones⁵².

C. ¿Excepciones ambientales?

La tercera cuestión propuesta en las controversias de Santurbán era si podía aplicarse la excepción ambiental contenida en el artículo 2201(3) a una eventual violación al Tratado por parte de Colombia. El artículo en cuestión establece:

Artículo 2201:

(...)

3. Para efectos del Capítulo Ocho (Inversión); sujeto al requisito de que tales medidas no sean aplicadas de una manera que constituya discriminación arbitraria o injustificada entre inversiones o entre inversionistas, o sea una restricción encubierta al comercio internacional o la inversión, nada en este Acuerdo se interpretará de manera que impida a una Parte adoptar o aplicar medidas necesarias:

(a) para proteger la vida o salud humana, animal o vegetal;

(b) para asegurar el cumplimiento de leyes y reglamentos que no sean incompatibles con este Acuerdo;

⁴⁶ *Red Eagle*, Laudo, párr. 304.

⁴⁷ *Red Eagle*, Laudo, párr. 304.

⁴⁸ *Montauk*, Laudo, párrs. 937-940.

⁴⁹ *Red Eagle*, Laudo, párr. 293-295.

⁵⁰ *Red Eagle*, Laudo, párr. 297-301.

⁵¹ *Montauk*, Laudo, párr. 924.

⁵² *Montauk*, Laudo, párr. 928.

o (c) para la conservación de recursos naturales agotables vivos o no vivos⁵³.

Esta cláusula corresponde a una tendencia de recalibración de los tratados de inversión que han incorporado excepciones para blindar el poder de policía de los Estados contra interpretaciones amplias de los tribunales de las garantías contenidas en ellos⁵⁴. Sin embargo, la interpretación de los tribunales no ha sido la más consistente con esa finalidad.

En el caso de otros tratados suscritos por Canadá, cuatro años antes de *Eco Oro*, un tribunal había resuelto las controversias entre Bear Creek, una minera de plata, y Perú⁵⁵. La disputa surgió con la adopción del Decreto Supremo 032-2011-EM, por el cual se revocaba el Decreto 083-2007 que había otorgado el estatus de "interés nacional" a un proyecto minero y se había autorizado a Bear Creek adquirirla y operarla, conforme exigían la Constitución y las leyes⁵⁶.

Al momento de examinar el ejercicio de poderes de policía por el Perú, el tribunal consideró que el Estado nunca invocó motivos de interés público al momento de adoptar el Decreto 032 sino que hizo alusión a "nuevas circunstancias" que no eran suficientes para revocar los derechos de la demandante⁵⁷. Para el tribunal, el Estado tampoco logró justificar por qué un objetivo de utilidad pública habría permitido ignorar el debido proceso de la demandante, ni por qué esto excluía el pago de compensación al inversionista que no estaba excluido por la redacción del tratado⁵⁸.

Un razonamiento similar fue el seguido por el tribunal del caso *Eco Oro*. Para la mayoría del tribunal, el derecho internacional de las inversiones y el derecho internacional ambiental debían coexistir sin subordinarse el uno al otro⁵⁹. En tal sentido, el artículo 2201(3) del Tratado permitía adoptar medidas para la consecución de los fines legítimos enunciados en él, excluyendo las medidas de restitución de la propiedad del artículo 834(2)(b), pero no la de pagar compensación al inversionista⁶⁰.

Apoyándose en el laudo *Bear Creek*, el tribunal de *Eco Oro* echó de menos una justificación del porqué pagar compensación al inversionista y perseguir un fin de utilidad pública eran excluyentes⁶¹. A diferencia del tribunal del caso *Bear Creek*, el laudo *Eco Oro* sí recurrió a otras fuentes relevantes del derecho internacional para interpretar el artículo 2201, concluyendo que la obligación de pagar compensación no era excluida por las circunstancias excluyentes de responsabilidad del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos

⁵³ Acuerdo de libre comercio entre la República de Colombia y Canadá, Art. 2201.

⁵⁴ LORENZONI ESCOBAR, Lina, "Protección del medio ambiente y derecho internacional de las inversiones" en ÁLVAREZ ZARATE, José M - ZENKIEWICZ, Maciej (Eds.) *El derecho internacional de las inversiones. Desarrollo actual de normas y principios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D. C. 2021, p. 651.

⁵⁵ *Bear Creek Mining Corporation v. Perú*, Caso CIADI No. ARB/14/21, Laudo, 30 de noviembre de 2017.

⁵⁶ *Bear Creek*, Laudo, párrs. 124, 149 y 202.

⁵⁷ *Bear Creek v. Perú*, Laudo, párr. 475.

⁵⁸ *Bear Creek*, Laudo, párr. 477.

⁵⁹ *Eco Oro*, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, párr. 828.

⁶⁰ *Eco Oro*, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, párr. 829.

⁶¹ *Eco Oro*, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, párrs. 832-834.

Internacionalmente Ilícitos⁶².

Finalmente, el tribunal señaló que la interpretación de Canadá en su memorial como parte del Tratado no Contendiente no podía ir en contra de la interpretación ordinaria de las palabras del Tratado⁶³. Para el tribunal, si la voluntad de las partes hubiese sido la de excluir el pago de compensación, habrían redactado el artículo 2201 en forma similar al Anexo 811(2)(b) sobre expropiación indirecta, haciendo explícito que tales medidas no constituyen violación del Tratado y no dan derecho a compensación⁶⁴.

El análisis del tribunal del caso *Eco Oro* atrajo un criticismo no menor y justificado. Primero, el tribunal realizó una interpretación del Tratado que raya en lo arbitrario. Al invocar una interpretación literal del Tratado conforme a la Convención de Viena sobre del Derecho de los Tratados, el tribunal dejó de lado la posición común de Colombia y Canadá sobre el significado y alcance del artículo 2201, interpretación que es parte integral del contexto del Tratado⁶⁵.

El otro punto de controversia ha sido la interpretación poco razonable del artículo 2201. Al margen de la anotada contradicción con la voluntad de los Estados, la posición del tribunal sobre el pago de compensación “*ha dejado más dudas que respuestas*”⁶⁶. En efecto, el sentido dado a la disposición contraría el que se da a disposiciones similares, como el artículo XX del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio⁶⁷. Esto ha llevado a considerar la posibilidad de incluir redacciones más agresivas de cláusulas de excepción e interpretaciones vinculantes que sean explícitas en que dichas excepciones excluyen el pago de compensación⁶⁸.

Toda vez que en *Red Eagle* y *Montauk* los tribunales no hallaron a Colombia responsable, ninguno de ellos abordó la aplicabilidad de la excepción ambiental del Tratado, por lo que *Eco Oro* es la única decisión que se refiere a la materia. Ello deja un halo de incertidumbre que se esperaba fuera despejado por estos dos casos que referían a un contexto y tratado similar al de *Eco Oro*⁶⁹.

IV. CONCLUSIONES

La saga de Santurbán culminó con un resultado general favorable para Colombia reconociendo, en la mayoría de los casos, la legitimidad de las acciones tomadas por el Estado para la protección de los páramos y librándolo del pago de indemnizaciones. Sin embargo, leer la letra menuda de los laudos deja inquietudes importantes para el futuro.

⁶² *Eco Oro*, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, párrs. 835. En contra, *Bear Creek*, Laudo, párrs. 473-474.

⁶³ *Eco Oro*, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, párrs. 836.

⁶⁴ *Eco Oro*, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, párrs. 829.

⁶⁵ MATHEWS, Roopa – DEVITRE, Dilver, “New generation investment treaties and environmental exceptions: a case study of treaty interpretation in *Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia*”, *Kluwer Arbitration Blog*, 11/04/2022; GARDEN, Robert, “*Eco Oro v. Colombia*: the brave new world of environmental exceptions”, *ICSID Review*, Vol. 38, No. 1, 17-24, p. 22.

⁶⁶ GARDEN, “*Eco Oro v. Colombia*...”, p. 23.

⁶⁷ MATHEW – DEVITRE, “New generation investment treaties and environmental exceptions”.

⁶⁸ MATHEW – DEVITRE, “New generation investment treaties and environmental exceptions”; GARDEN, “*Eco Oro v. Colombia*...”, pp. 23-24.

⁶⁹ GARDEN, “*Eco Oro v. Colombia*...”, p. 24.

En lo que respecta al cargo de expropiación, se evidencia una tendencia de los tribunales a no declarar responsable al Estado a pesar de su actuar inconsistente y confuso. Esto porque las medidas que privaron a los inversionistas de su inversión se tomaron de buena fe y de manera no discriminatoria. Esto sin mencionar el criterio más importante, que es que buscaban un fin legítimo de interés público que era proteger a un ecosistema vital para el suministro de agua potable de las municipalidades aledañas.

Frente al TJE, además de la clara contradicción entre los casos *Eco Oro*, *Red Eagle* y *Montauk*, surge la incógnita de hasta qué punto debe el inversionista soportar el actuar ineficiente del Estado Receptor. Desde el punto de vista del tribunal de *Eco Oro*, claramente un actuar permeado por la incompetencia que, además, perjudique al inversionista es configurador de una responsabilidad internacional en cabeza del Estado, aun cuando este busque un fin de interés público como la protección del medioambiente.

Muy diferente sucede con los otros dos tribunales. Bajo esta visión, la mala fe es indispensable para concluir que existió una violación al TJE. Los tribunales consideraron que los demandantes pudieron intervenir en los procedimientos que dieron origen a las regulaciones que originaron sus reclamaciones. Especialmente *Red Eagle* se mostró deferente a la complejidad que supone el Estado que justifica cierta ineficiencia en la adopción de regulaciones en asuntos complejos como los ambientales.

Esta es una visión claramente favorable al Estado, pues probar la mala fe puede ser un ejercicio retador, más aún cuando existe un interés legítimo como la protección de los ecosistemas y, específicamente, de aquellos que contribuyen al suministro de agua potable, pues involucra no solo los intereses de las entidades estatales sino también de otros grupos de interés como las comunidades locales u organizaciones sin ánimo de lucro que ejercen el activismo ambiental.

Ahora bien, cabe resaltar que existe una diferencia entre el caso *Eco Oro* con *Red Eagle* y *Montauk*. *Eco Oro* era titular del Contrato de Concesión 3452, mientras que los otros dos inversionistas carecían de uno. Esto influyó de manera importante pues a raíz del contrato el tribunal definió que se habían frustrado unas legítimas expectativas de explotar la concesión y, en consecuencia, se había violado el TJE. Por el contrario, frente a los otros dos casos, el tribunal consideró que no había una frustración de legítimas expectativas ya que no existió una relación ni siquiera cuasicontractual con el Estado y, por tal razón, no podía declararse un incumplimiento del TJE bajo el derecho internacional consuetudinario.

En cuanto a las excepciones ambientales, *Eco Oro*, sin duda derrota o, en el mejor de los casos, cuestiona la eficacia de los esfuerzos de los Estados por adoptar tratados compatibles con un poder de policía fuerte para cumplir sus obligaciones ambientales. No haber podido convertir esta decisión en una indemnización⁷⁰ no puede hacer perder de vista este problema. A futuro los Estados se enfrentan a deber adoptar interpretaciones vinculantes en los tratados que permitan esta solución y, en los que se adopten posteriormente, el implementar redacciones más inequívocas en el sentido de proteger el poder de policía de los Estados.

⁷⁰ *Eco Oro*, Award on damages, 15 de julio de 2024.

MÁS DE UN CONTRATO, UN SOLO ARBITRAJE: CRITERIOS PARA LA APLICACIÓN DEL ARBITRAJE MULTICONTRATO

Thais Arroyo Campos¹ & Bernardeth Quijano Rodríguez²

Resumen - Ante el significativo crecimiento de los arbitrajes que involucran a múltiples contratos, resulta más eficiente que un mismo tribunal sea competente para pronunciarse sobre los múltiples contratos. En el presente artículo, se abordarán los beneficios del arbitraje multicontrato para posteriormente identificar los riesgos de no seguirlo en controversias vinculadas a múltiples contratos. Asimismo, se detalla la regulación del arbitraje multicontrato. Finalmente, se analizan los requisitos comúnmente exigidos para admitir a trámite un arbitraje multicontrato con el objetivo de establecer recomendaciones prácticas para su aplicación.

Abstract - With the significant growth of arbitrations involving multiple contracts, it is more efficient for a single tribunal to have jurisdiction over multiple contracts. This article discusses the benefits of multi-contract arbitration and then identifies the risks of not following it in disputes involving multiple contracts. It also details the regulation of multi-contract arbitration. Finally, the requirements commonly required to admit a multi-contract arbitration are analyzed in order to establish practical recommendations for its application.

I. INTRODUCCIÓN.....	256
II. EL ARBITRAJE MULTICONTRATO Y SUS BENEFICIOS.....	257
III. LOS PELIGROS DE NO SEGUIR UN ARBITRAJE MULTICONTRATO EN CONTROVERSIA DE CONTRATOS INTERRELACIONADOS.....	259
A. Existencia de laudos contradictorios.....	259
B. Pretensiones contradictorias y conducta estratégica.....	261
C. Mayores costos y duplicidad de pruebas, argumentos y audiencias.....	262
IV. REGULACIÓN DEL ARBITRAJE MULTICONTRATO.....	264
A. Ley aplicable al arbitraje.....	264
B. Reglamentos de Arbitraje.....	265
V. APLICACIÓN DE LOS REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DEL ARBITRAJE MULTICONTRATO.....	268
A. Primer requisito: Consentimiento para arbitrar.....	268
B. Segundo requisito: Cláusulas compatibles.....	270
C. Tercer requisito: Contratos referidos a una misma relación económica.....	272
VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES PRÁCTICAS PARA EL TRÁMITE DEL ARBITRAJE MULTICONTRATO.....	273

¹ Asociada del área de Solución de Controversias del Estudio Bullard Falla Ezcurra +. Contacto: tarroyo@bullardfallaezcurra.com

² Asistente legal del área de Solución de Controversias del Estudio Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados. Contacto: bqr@prep.com.pe

I. INTRODUCCIÓN

A medida que la complejidad de las operaciones comerciales se ha incrementado, se requieren instrumentos más sofisticados y complejos que las regulen. En la actualidad, un negocio puede requerir la celebración de múltiples contratos entre las mismas partes para una única transacción. Este es el caso de los grandes proyectos de construcción, los cuales suelen requerir la gestión de recursos en el largo plazo, generando retos a las partes involucradas para hallar la fórmula más eficiente de administrar y ejecutar una determinada obra. Asimismo, las transacciones para la implementación de sistemas tecnológicos o redes de telecomunicaciones que requieren múltiples acuerdos entre los distintos proveedores, empresas de servicios y clientes que intervienen.

Este aumento en la complejidad de las operaciones comerciales y múltiples contratos interrelacionados en cada una de ellas, da lugar a disputas más difíciles de analizar y decidir. Estas disputas en torno a múltiples acuerdos requieren soluciones especializadas y técnicas con el fin de responder a la totalidad de cuestiones legales y operacionales en juego.

Debido a ello, el arbitraje aparece como la alternativa idónea para solucionar disputas vinculadas a múltiples contratos por tratarse de un mecanismo de resolución de controversias que se caracteriza por ser flexible. En efecto, la flexibilidad del procedimiento arbitral permite que en un solo arbitraje se discutan dos o más contratos, lo que se denomina como “arbitraje multicontrato”.

Por esa razón, las instituciones arbitrales han venido implementando en sus reglas procesales la posibilidad del trámite de un arbitraje multicontrato. Así, el arbitraje multicontrato ha probado ser sumamente beneficioso; ya que principalmente permite: (i) reducir costos y tiempos, lo que permite alcanzar eficiencia en el arbitraje³; y, (ii) evitar decisiones contradictorias, pues acumula en un solo proceso arbitral discusiones sobre contratos interrelacionados.⁴

En ese sentido, el Informe Anual de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (“LCIA”) del 2023 reportó que tras la introducción de disposiciones en el Reglamento de Arbitraje de la LCIA de 2020 que permiten las solicitudes compuestas de arbitraje (i.e. arbitrajes multicontrato) y facultades más amplias de la Corte y los tribunales de la LCIA para consolidar arbitrajes ha habido un incremento de ese tipo de arbitrajes.⁵

Lo anterior, sin duda, ilustra los esfuerzos de los centros arbitrales para promover una resolución más eficiente de las controversias que incluyen a múltiples contratos y, por ende, múltiples acuerdos

³ *International Consultants Inc. (Islas Caimán) v. Reynolds Construction Company (Nigeria) Limited*, Caso CCI No. 15612/FM/JEM/MLK, Laudo, 24 de junio de 2010, párr. 97.

⁴ *Voestalpine Texas LLC v. PHB Weserhütte S.A., Bilfinger Westcon Inc. (Additional Party 1) and Performance Energy Services, LLC (A Quanta Services Company) (Additional Party 2)*, Caso CCI No. 21950/RD/MK, Laudo Parcial, párr. 13.75.

⁵ Informe Anual de 2023 de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA). Disponible en <https://www.lcia.org/media/download.aspx?MediaId=988> (“In 2023, 2% of LCIA arbitrations involved disputes arising out of more than one agreement, compared with 7% in 2022. This percentage continues to decrease following the introduction of provisions in the 2020 LCIA Rules allowing composite requests for arbitration and broader powers for the LCIA Court and tribunals to consolidate arbitrations. In 2023, 24% of LCIA arbitrations involved more than two parties, and 2% of arbitrations involved ten or more parties. In 2022, 20% of LCIA arbitrations involved more than two parties and less than one percent involved ten or more parties.”).

arbitrales. Sin embargo, en la práctica arbitral internacional existe falta de certeza sobre la aplicación de sus requisitos y/o criterios que deben tomarse en cuenta al analizar una solicitud para el trámite de un arbitraje multicontrato bajo las reglas que resulten aplicables.

Así, la ausencia de claridad sobre el análisis idóneo para determinar la admisión de un arbitraje multicontrato puede dar lugar al rechazo injustificado de su trámite, convirtiendo al arbitraje en un medio menos eficiente y eficaz para la solución de controversias. Principalmente, esta crea un espacio para (i) la emisión de decisiones de tribunales arbitrales contradictorias e inejecutables, lo que evita la solución más justa de la disputa; (ii) una conducta estratégica de mala fe de la parte que se opone al arbitraje multicontrato; y (iii) mayores costos.

En este contexto, el presente artículo tiene como objetivo identificar los aspectos claves que deben tomarse en cuenta para la admisión de un arbitraje multicontrato. Esto se abordará en base a un análisis de la figura del arbitraje multicontrato en la jurisprudencia arbitral, a fin de proponer criterios interpretativos de los requisitos asociados tradicionalmente al arbitraje multicontrato, que respondan a las necesidades de los agentes económicos y, permitan la resolución eficiente de las disputas complejas asociadas a operaciones comerciales sofisticadas.

A continuación, se abordará (i) el concepto de arbitraje multicontrato y sus beneficios, (ii) los peligros de no seguir un arbitraje multicontrato en controversias de contratos interrelacionados que lo requieran, (iii) la regulación del arbitraje multicontrato, (iv) la aplicación de los requisitos de admisibilidad del arbitraje multicontrato. Todo ello permitirá finalmente concluir sobre la interpretación correcta de los requisitos del arbitraje multicontrato e identificar recomendaciones prácticas para su trámite.

II. EL ARBITRAJE MULTICONTRATO Y SUS BENEFICIOS

La figura del arbitraje multicontrato tiene lugar cuando dos o más partes han suscrito una serie de contratos, los cuales se encuentran vinculados por su objeto, y las controversias derivadas de estos múltiples contratos son resueltas bajo un mismo procedimiento⁶. Es decir, el arbitraje multicontrato consiste en las reclamaciones que surjan de dos o más contratos, que pueden presentarse en un solo arbitraje, incluso si contienen dos o más cláusulas arbitrales separadas⁷.

En efecto, la doctrina define esta figura bajo la premisa de una situación de múltiples contratos, cuyas controversias se basan en los mismos hechos, por lo que es conveniente que se resuelvan en un solo procedimiento de arbitraje. En particular, a fin de ilustrar la figura, algunos autores proponen como ejemplo la situación contractual típica en el sector de construcción e ingeniería. En efecto, en las operaciones asociadas a proyectos de construcción e ingeniería, usualmente existen contratos diferentes e independientes entre (i) el empleador y el contratista principal, (ii) el contratista principal y el subcontratista, (iii) el empleador y el proveedor, y, (ii) el proveedor y el

⁶ LEBOULANGER, P. "Multi-Contract Arbitration", *Journal of International Arbitration*, Vol. 13, 1996, No. 13, 43-97, p. 43.

⁷ SECOMB, Mark, "Capítulo 31: Reglas multipartistas y multicontractuales y el papel de los árbitros en la obtención del consentimiento", en SHAUGHNESSY Peter L.- TUNG Simon (Eds.), *Los poderes y deberes de un árbitro: Liber Amicorum Pierre A. Karrer*, Kluwer Law International, 2017, pp. 327-338.

subcontratista. Así, se entiende como arbitraje multicontrato cuando en un mismo procedimiento arbitral se resuelven las disputas de estos contratos, aun cuando cada contrato tiene su propia cláusula arbitral⁸.

Ahora bien, para comprender la función del arbitraje multicontrato, es necesario conocer su origen. El arbitraje multicontrato surge como respuesta a las necesidades de las partes de resolver las controversias de forma más eficiente⁹. De hecho, antes de 1990, las reglas de arbitraje no eran muy flexibles desde el punto de vista procesal a la hora de identificar las partes y los contratos que podrían ser objeto de un arbitraje determinado. Recién, a partir de inicios del año 2000, los centros de arbitraje empezaron a incluir en sus reglamentos disposiciones referidas a la posibilidad de arbitrajes multipartes y multicontratos, con un matiz conservador¹⁰.

En ese sentido, se introdujeron disposiciones multicontrato y multipartidistas para satisfacer una necesidad: permitir que las disputas de los múltiples contratos se resuelvan acorde a la naturaleza de los tratos comerciales y respetando la voluntad de las partes¹¹.

Entonces, si bien los empresarios o personas que realizan las operaciones económicas no prevén expresamente cómo resolver las disputas en una situación de múltiples contratos, en el acuerdo que celebran sí es clara la transacción que intentan crear¹². En base a ello, el sistema de resolución de disputas que elijan debe respetar y hacer cumplir su acuerdo.

Por ende, fue principalmente el deseo de cumplir con las intenciones de las partes, lo que motivó a los centros de arbitraje a incluir disposiciones de multicontrato¹³. Así, la importancia de que existan reglas del arbitraje que respeten el acuerdo de las partes y la naturaleza de la transacción queda ilustrada a través del siguiente ejemplo clásico propuesto por la doctrina¹⁴: una operación de fusiones y adquisiciones implementada mediante un acuerdo de venta de acciones y un acuerdo de accionistas, y ambos celebrados entre las mismas partes e incluyen cláusulas arbitrales idénticas.

En el contexto de dicha operación económica, un comprador descontento puede desear iniciar un arbitraje para hacer cumplir tanto el acuerdo de venta de acciones como el acuerdo de accionistas en el mismo arbitraje. Asimismo, puede ocurrir que el comprador interponga un arbitraje en virtud del acuerdo de venta de acciones, pero que el vendedor desee interponer una reconvencción en virtud del

⁸ LEW, Julian - MISTELIS, Loukas - KROLL, Stefan, "Chapter 16: Multiparty and multicontract arbitration", en LEW, Julian - MISTELIS, Loukas - KROLL, Stefan (Eds.), *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Boston, 2003, 377-409, p. 388.

⁹ SECOMB, Mark, "Capítulo 31: Reglas multipartidistas y multicontractuales y el papel de los árbitros en la obtención del consentimiento", p. 329.

¹⁰ SECOMB, Mark, "Capítulo 31: Reglas multipartidistas y multicontractuales y el papel de los árbitros en la obtención del consentimiento", pp. 330-331.

¹¹ HANOTIAU, Bernard, "Problems raised by complex arbitrations involving multiple contracts-parties-issues - An analysis", *Journal of International Arbitration*, 2001/18, Nº 3, 253-360, p. 260.

¹² HANOTIAU, Bernard, "Problems raised by complex arbitrations involving multiple contracts-parties-issues - An analysis", p. 265.

¹³ SECOMB, Mark, "Capítulo 31: Reglas multipartidistas y multicontractuales y el papel de los árbitros en la obtención del consentimiento", p. 328.

¹⁴ SECOMB, Mark, "Capítulo 31: Reglas multipartidistas y multicontractuales y el papel de los árbitros en la obtención del consentimiento", pp. 328-329.

acuerdo de accionistas. Si bien es poco probable que los contratos aborden expresamente esas situaciones, parece obvio que las partes hubieran querido que cualquier disputa derivada de los dos acuerdos se resolviera en un único foro. En consecuencia, si un conjunto de reglas no permitiera, por ejemplo, que el vendedor presentara una reconvencción en virtud del acuerdo de accionistas, esto podría frustrar las intenciones de las partes¹⁵.

De todo lo anterior, se desprende que el arbitraje multicontrato es la resolución de controversias que involucran múltiples contratos bajo un solo proceso arbitral, y sus aplicaciones prácticas incluyen casos relativos a operaciones corporativas, proyectos de construcción, y cualquier transacción internacional compleja. En consecuencia, el arbitraje multicontrato ofrece una serie de ventajas para resolver disputas asociadas a varios contratos en relaciones comerciales complejas y sofisticadas. Debido a ello, en ausencia de un arbitraje multicontrato, la resolución de disputas de contratos interrelacionados en diferentes procesos se vuelve problemática.

III. LOS PELIGROS DE NO SEGUIR UN ARBITRAJE MULTICONTRATO EN CONTROVERSIAS DE CONTRATOS INTERRELACIONADOS

Como desarrollaremos a continuación, conducir arbitrajes distintos para resolver una controversia que involucra necesariamente dos o más contratos coligados da lugar a: (i) la existencia de laudos contradictorios, (ii) pretensiones contradictorias y conducta estratégica, y, (iii) mayores costos y duplicidad de pruebas, argumentos y audiencias.

A. Existencia de laudos contradictorios

Si no se aplica la figura del arbitraje multicontrato correctamente, las controversias derivadas de múltiples contratos se resolverían ante tribunales arbitrales diferentes en dos o más arbitrajes separados por cada uno de los contratos celebrados entre las partes.

Al analizar solo un contrato, los tribunales arbitrales solo podrían evaluar una parte de la historia, lo que genera el riesgo de decisiones contradictorias e inejecutables.¹⁶ En un caso en el que las partes celebren dos contratos para desarrollar una obra, si las controversias derivadas de dichos contratos se resuelven en arbitrajes desagregados, se podría dar lugar a laudos contradictorios.¹⁷

Por ejemplo, en la construcción de una planta de minería, si se llevan a cabo de manera independiente arbitrajes sobre (i) el diseño e ingeniería de la obra, (ii) la construcción de las estructuras y, (iii) la supervisión y administración del proyecto, podrían surgir pronunciamientos inconsistentes. En un arbitraje en base al primer contrato, el tribunal arbitral podría determinar que el diseño fue adecuado para los fines de la obra, pero la ejecución de la obra sí es defectuosa e imputable al contratista. Sin embargo, en paralelo, en el otro arbitraje en base al segundo contrato,

¹⁵ SECOMB, Mark, "Capítulo 31: Reglas multipartidistas y multicontractuales y el papel de los árbitros en la obtención del consentimiento", pp. 328-329.

¹⁶ BLANCO, Andrés, *Árbitro y partes: los peligros y entresijos de la práctica del arbitraje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 159.

¹⁷ DE LA FLOR, Nicolás, "Consolidación y suspensión: mecanismos procesales ante los arbitrajes de partes y contratos múltiples", *THEMIS Revista De Derecho*, Nº 71, 2017, 47-56, pp. 49-50.

el tribunal arbitral podría determinar que los defectos imputados por el propietario de la obra al contratista no son de su responsabilidad, porque son defectos de diseño.

Como se observa, en este ejemplo los tribunales arbitrales han emitido decisiones que se contraponen, en un laudo se le imputa responsabilidad al contratista y en el otro no. En ese sentido, no existe una decisión unívoca que pueda traducir a la realidad lo resuelto en el proceso. Estas decisiones contradictorias no se obtendría la fuerza necesaria de una decisión con calidad de cosa juzgada, ya que en las partes no podrían ejecutar los laudos, ya que su controversia no se encuentra resuelta. Los laudos emitidos por los tribunales arbitrales son impracticables en la realidad.

Sobre este respecto, en la experiencia peruana, la Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima en 2019 atendió un caso en el que el recurrente solicitaba la inejecutabilidad de un laudo, aduciendo la existencia de dos laudos arbitrales contradictorios. La Sala razonó que los laudos versaban sobre materias distintas, por lo que era posible su ejecución.¹⁸ Ello, bajo una interpretación *a contrario sensu*, sugiere que la existencia de laudos contradictorios puede ser una razón para que un juez declare inejecutables determinados laudos.

Las consecuencias de ello son sumamente graves, pues genera una falta de seguridad jurídica y una vulneración al derecho de las partes a una tutela jurisdiccional efectiva, el cual comprende el derecho a obtener una resolución fundada en derecho que ponga fin al proceso¹⁹.

Es por ello por lo que la figura del arbitraje multicontrato toma gran relevancia. De hecho, no solo la figura del arbitraje multicontrato es una herramienta que busca evitar la existencia de decisiones contradictorias, también está la figura de la “consolidación”. Dicha figura se encuentra expresamente regulada en reglamentos arbitrales de centros nacionales e internacionales. Por ejemplo, en los siguientes reglamentos de arbitraje:²⁰

Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima

Artículo 9

Consolidación

1. El Consejo puede consolidar dos o más arbitrajes pendientes bajo el Reglamento en un solo arbitraje cuando las partes lo acuerden o cuando alguna de ellas así lo solicite (la “Solicitud de Consolidación”) en los siguientes casos:

a) Cuando todas las reclamaciones en los distintos arbitrajes hayan sido formuladas bajo el mismo convenio arbitral, o; [...].

Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional

Artículo 10

¹⁸ Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima (Perú), “Instituto Nacional Penitenciario INPE c. Consorcio B&G y otro”, 15/08/2019, Exp. 02050-2015-36-1817-JR-CO-13.

¹⁹ LOZA, Juan Manuel, “La motivación de la prueba en el arbitraje local: Énfasis en arbitrajes de construcción y la aplicación del artículo 1332 del Código Civil”, *Forseti Revista de Derecho*, 2020/8, Nº 12, 20-43, p. 28.

²⁰ Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, Art. 9; Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, Art. 10.

Consolidación de arbitrajes

La Corte podrá, a solicitud de una parte, consolidar dos o más arbitrajes pendientes bajo el Reglamento en un solo arbitraje, cuando: a) las partes hayan acordado la consolidación; o b) todas las demandas en los arbitrajes sean formuladas bajo el mismo o los mismos acuerdos de arbitraje; o, [...].

Ello refuerza nuestra hipótesis respecto a que es necesario la regulación y uniformización de la figura del arbitraje multicontrato, pues posee la misma relevancia que la figura de la consolidación al ser herramientas al servicio de la eficiencia, la justicia y evitar pronunciamientos contradictorios²¹.

La controversia derivada del Caso CCI No. 21950/RD/MK es una prueba del riesgo de la existencia de laudos contradictorios. Este caso estuvo referido a la construcción de una instalación industrial en Corpus Christi, Texas; un proyecto que fue dividido en varios paquetes de trabajo adjudicados a diferentes contratistas principales, y para los cuales se firmaron distintos contratos²².

La demandante voestalpine Texas LLC ("voest"), propietaria del proyecto solicitó al tribunal arbitral que se declare competente para resolver las controversias sobre distintos contratos. Al respecto, el tribunal arbitral estableció que las controversias debían resolverse en un único arbitraje por tratarse de un mismo proyecto, lo que aumentaría la eficiencia procedimental y evitaría decisiones diferentes e incompatibles²³.

Por lo expuesto, la jurisprudencia arbitral ha evidenciado que llevar en distintos arbitrajes controversias derivadas de contratos relacionados da lugar a la existencia de laudos contradictorios. Esto se debe a que los tribunales no pueden tener la historia completa, pues solo son competentes para pronunciarse sobre uno de los contratos, y ello los limita a realizar una interpretación contractual integral.

B. Pretensiones contradictorias y conducta estratégica

La conducción de arbitrajes distintos podría ser utilizado por la parte que presenta la objeción al arbitraje multicontrato de forma estratégica para presentar pretensiones contradictorias, para evitar que los tribunales arbitrales resuelvan controversias analizando ambos contratos en su conjunto, y de tal forma, existan laudos inejecutables²⁴.

En efecto, al mantener los arbitrajes separados, una parte podría presentar argumentos o reclamaciones que sean inconsistentes entre los diferentes procedimientos. Asimismo, al evitar que los tribunales arbitrales analicen los contratos en su conjunto, una parte podría intentar limitar el

²¹ PAIR, Lara. - FRANKENSTEIN, Paul, "The New ICC Rule on Consolidation: Progress or Change", *Emory International Law Review*, Nº 25, 2011, p. 1062.

²² *Voestalpine Texas LLC v. PHB Weserhütte S.A., Bilfinger Westcon Inc. (Additional Party 1) and Performance Energy Services, LLC (A Quanta Services Company) (Additional Party 2)*, Caso CCI No. 21950/RD/MK, Laudo Parcial, 19 de agosto de 2017.

²³ *Voestalpine Texas LLC v. PHB Weserhütte S.A., Bilfinger Westcon Inc. (Additional Party 1) and Performance Energy Services, LLC (A Quanta Services Company) (Additional Party 2)*, Caso CCI No. 21950/RD/MK, Laudo Parcial, 19 de agosto de 2017.

²⁴ LEW, Julian - MISTELIS, Loukas - KROLL, Stefan, "Chapter 16: Multiparty and multicontract arbitration", p. 388.

contexto y los hechos que cada tribunal puede considerar, esto podría llevar a decisiones que no tengan en cuenta todas las interrelaciones y matices de los contratos involucrados²⁵. Como consecuencia, la parte quien solicitó la admisión del arbitraje multicontrato (y se le denegó) se encuentre en un estado de indefensión.

Por ejemplo, puede que la empresa A esté reclamando pagos en base al Contrato 1 y Contrato 2, pues los incumplimientos de la empresa B fueron en base a las obligaciones de ambos contratos y no sea posible separar los montos. Al estar estrechamente relacionados, no se pueden cuantificar los montos de dicho incumplimiento de forma independiente. En específico, la fragmentación de los arbitrajes puede dificultar la presentación de pruebas relevantes que abarquen todos los contratos y las circunstancias asociadas. También, rechazar el arbitraje multicontrato vulneraría la igualdad de trato y la oportunidad razonable de presentar el caso de la parte demandante.

En ese sentido, la práctica arbitral identifica como un criterio de evaluación al momento de decidir sobre el arbitraje multicontrato al riesgo de decisiones contradictorias, las cuales eventualmente podrían generar la conducta estratégica de la parte que se opone al arbitraje multicontrato.²⁶ Ello, a su vez, pondría en una situación de desventaja significativa a la contraparte y, por ende, en indefensión.

C. Mayores costos y duplicidad de pruebas, argumentos y audiencias

Llevar a trámite dos o más arbitrajes para resolver controversias relacionadas se traduce en mayores costos para las partes, pues implicarían que las partes incurran en mayores costos por gastos administrativos del centro de arbitraje, honorarios del tribunal arbitral, gastos logísticos de audiencias, gastos de representación legal, costos de participación de testigos, costos de participación de expertos técnicos y legales, entre otros.²⁷

Esto ha sido reconocido por múltiples tribunales arbitrales. En el caso CCI No. 15612/FM/JEM/MLK, la empresa International Consultants Inc., domiciliada en las Islas Caimán reclamó a Reynolds Construction Company Limited, empresa constructora con sede en Nigeria, unas comisiones sobre la base de cuatro contratos de servicios celebrados en los años noventa, por los que se había comprometido a ayudarlo a obtener la adjudicación de las obras de sistemas de abastecimiento de agua y de una autopista en Nigeria.²⁸

La demandante International Consultants Inc. solicitó al tribunal arbitral que se declarase competente para pronunciarse sobre los cuatro contratos de servicio. Al respecto, el tribunal se declaró competente y concluyó que no tendría sentido obligar a la demandante a presentar varios

²⁵ HANOTIAU, Bernard, "Problems raised by complex arbitrations involving multiple contracts-parties-issues - An analysis", pp. 286-290.

²⁶ *Canfor Corporation, Terminal Forest Products Ltd., Tembec et al. v. United States of America*, UNCITRAL, Orden del Tribunal de Consolidación, 7 de septiembre de 2005, párr. 126. Disponible en Jus Mundi.

²⁷ GREENBERG, Simon - FERIS, José Ricardo - ALBANESI, Christian, "Consolidation, joinder, cross-claims, multiparty and multicontract arbitrations: Recent ICC experience", en HANOTIAU - SCHWARTZ (Eds.), *ICC Dossier No. 7: Multiparty Arbitration, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, Kluwer Law International, 2010, p. 165.

²⁸ *International Consultants Inc. v. Reynolds Construction Company (Nigeria) Limited*, Caso CCI No. 15612/FM/JEM/MLK, Laudo, 10 de mayo de 2018.

arbitrajes relativamente pequeños contra la misma demandada, basados en cláusulas arbitrales esencialmente idénticas, alegaciones similares y ante la misma institución, simplemente porque las partes optaron por redactar sus contratos para los distintos proyectos de una relación en curso en varios trozos de papel, en lugar de celebrar un contrato marco con anexos para cada proyecto.²⁹

Asimismo, estableció que, desde el punto de vista fáctico y económico, las partes habrían pretendido que sus controversias fueran examinadas por un mismo tribunal en un único arbitraje. Esto pues sería mucho más costoso para ambas partes que la demandante se viera obligada a presentar distintas demandas ante distintos paneles arbitrales.³⁰

Por otro lado, cabe destacar que las tarifas de un arbitraje institucional se verían incrementadas ante la ausencia del arbitraje multicontrato. Esto puede verificarse a través de la calculadora de costos de los centros de arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (“CCL”), la Cámara de Comercio Americana del Perú (“AmCham Perú”), y la Cámara de Comercio Internacional (“CCI”).

Para efectos del cálculo correspondiente, se considera el supuesto de dos contratos relacionados, en el que una de las partes ha solicitado que se resuelvan en un solo arbitraje. Respecto al primer contrato, la cuantía de la pretensión asciende a USD 100,000; y, respecto al segundo contrato, a USD 100,000 igualmente.

En este ejemplo, en caso se admita a trámite el arbitraje multicontrato, un solo tribunal resolvería las controversias derivadas de los dos contratos, y la cuantía de la pretensión total sería de USD 200,000. Por otro lado, en caso no se admita a trámite el arbitraje multicontrato, serían dos procesos arbitrales los que se tendrían que pagar con una cuantía de USD 100,000 cada uno.

Como refleja el siguiente cuadro, en tanto los gastos administrativos del centro arbitral y los honorarios del tribunal arbitral se cuantifican en base a la cuantía de la pretensión de la controversia, las partes tendrían que incurrir en mayores costos por estos conceptos si es que llevasen a trámite dos arbitrajes distintos, en lugar de un solo proceso arbitral.

	Cámara de Comercio de Lima (CCL)³¹	Cámara de Comercio Americana del Perú (AmCham Perú)³²	Cámara de Comercio Internacional (CCI)³³
Dos arbitrajes			
Gastos Administrativos	\$ 3,546.49 x 2 = \$ 7,092.99	\$ 8,200 x 2 = \$ 16,400	\$ 5,765 x 2 = \$ 11,530
Honorarios del Tribunal	\$ 10,284.83 x 2 = \$ 20,569.66	\$ 23,000 x 2 = \$ 46,000	\$ 30,180 x 2 = \$ 60,360
Un arbitraje			

²⁹ *International Consultants Inc. v. Reynolds Construction Company (Nigeria) Limited*, Caso CCI N° 15612/FM/JEM/MLK, Laudo, 10 de mayo de 2018, párr. 97.

³⁰ *International Consultants Inc. v. Reynolds Construction Company (Nigeria) Limited*, Caso CCI N° 15612/FM/JEM/MLK, Laudo, 10 de mayo de 2018, párr. 97.

³¹ CCL, *Calculadora de Gastos Arbitrales*, disponible en <https://www.arbitrajecccl.com.pe/aao/calc/calc>.

³² AmCham Perú, *Tarifas*, disponible en <https://amcham.org.pe/arbitraje/tarifas/>.

³³ CCI, *Calculadora de Costos*, disponible en <https://iccwbo.org/dispute-resolution/dispute-resolution-services/arbitration/costs-and-payment/costs-calculator/>.

Gastos Administrativos	\$ 4,728.66	\$ 4,000	\$8,485
Honorarios del Tribunal	\$ 13,122.03	\$ 12,000	\$43,854

De lo anterior se desprende que el costo de un arbitraje, por más que la cuantía de la pretensión sea mayor (porque sería la suma de las pretensiones de ambos contratos), es menor que el costo de dos arbitrajes independiente, solo considerando los gastos administrativos del centro de arbitraje y honorarios del tribunal arbitral. No obstante, las partes incurrirán también mayores costos en los gastos logísticos de audiencias, gastos de representación legal, costos de participación de testigos, costos de participación de expertos técnicos y legales, entre otros.

Por lo expuesto, el arbitraje multicontrato optimiza el proceso arbitral al reducir costos y tiempos, y también asegura una resolución más justa y coherente de las disputas, promoviendo así la confianza en el sistema arbitral como un método efectivo para resolver conflictos comerciales complejos. Por lo tanto, es de suma relevancia tener certeza y claridad de los criterios que deben ser tomados en cuenta para su aplicación.

IV. REGULACIÓN DEL ARBITRAJE MULTICONTRATO

A. *Ley aplicable al arbitraje*

La ley aplicable al arbitraje no suele contener una disposición especial para regular el arbitraje multicontrato. no contemplan una disposición particular para regular esta figura. Sin embargo, sí suelen hacer referencia a la facultad de los árbitros de aplicar los principios, usos y costumbres en materia arbitral.³⁴ Precisamente uno de los “usos y costumbres en materia arbitral” más ampliamente difundido es el trámite de arbitraje multicontrato.

Por ejemplo, la ley de arbitraje peruana no contempla una regulación específica para arbitrajes multicontrato, ni cuenta con disposiciones sobre consolidación de arbitrajes. En ese sentido la ley de arbitraje peruana no ha regulado el supuesto de arbitrajes multicontrato. Sin embargo, de esta falta de regulación no se podría entender que la ley de arbitraje peruana no permite arbitrajes multicontrato. Por el contrario, esta falta de regulación solo significa que para que se pueda iniciar un arbitraje multicontrato bajo la ley peruana se deberá atender al pacto de las partes y al reglamento de la institución que administra el arbitraje, en caso sea un arbitraje institucional.

De hecho, existen diversas instituciones arbitrales nacionales e internacionales que recogen expresamente este procedimiento. Ello en la medida que la práctica arbitral ha visto incrementada la cantidad de casos en los que se discuten contratos relacionados entre sí.³⁵ De esa forma, en un arbitraje institucional, serán las reglas aplicables al arbitraje las que determinen los requisitos de procedencia o no de un arbitraje multicontrato.

³⁴ Decreto Legislativo 1071 que norma el arbitraje (Perú), Art. 57(4).

³⁵ LEBOULANGER, P. “Multi-Contract Arbitration”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 13, 1996, No. 13, 43-97, p. 43.

B. Reglamentos de Arbitraje

Los reglamentos de los centros de arbitraje contienen una regulación similar respecto al arbitraje multicontrato. En la siguiente tabla, se consolidan las disposiciones de instituciones arbitrales que permiten evidenciar el estado actual de la regulación de esta cuestión:

Centro de Arbitraje	Reglas aplicables al arbitraje multicontrato
CCL ³⁶	Artículo 7 1. Si el demandado presenta excepciones u objeciones a la competencia del Tribunal Arbitral, el arbitraje continúa y las excepciones u objeciones son decididas directamente por el Tribunal Arbitral. 2. Si el demandado presenta excepciones u objeciones que guardan relación con la existencia del convenio arbitral conforme al Reglamento, el Consejo decide que el arbitraje debe continuar administrado por el Centro, solo si aprecia, prima facie, la posible existencia de un convenio arbitral entre las partes que haga referencia al Reglamento o a la administración del Centro. 3. En la determinación prima facie del Consejo bajo el artículo 7(2) se toma en consideración lo siguiente: (...) b) En arbitrajes que involucren múltiples reclamaciones bajo más de un convenio arbitral, el Consejo decide que continúe el arbitraje respecto de todas ellas cuando aprecia, prima facie: i) la posible compatibilidad de los convenios arbitrales bajo los cuales se formulan las reclamaciones, y; ii) la posible existencia de un acuerdo entre las partes del arbitraje para que las reclamaciones derivadas de distintos convenios arbitrales puedan ser resueltas conjuntamente en un solo arbitraje, o si dicho acuerdo puede inferirse por el hecho de que los distintos convenios arbitrales guardan relación con una misma relación jurídica.

³⁶ Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

AmCham Perú³⁷	Artículo 16: Multiplicidad de contratos 1. Las reclamaciones que surjan respecto de uno o más documentos derivados de una relación jurídica o de relaciones jurídicas ligadas entre sí pueden ser formuladas en un solo arbitraje, independientemente de si ellas se formulan bajo los alcances de uno o más convenios arbitrales. 2. La Corte, luego de conocer la opinión de todas las partes, podrá decidir sobre la compatibilidad de los convenios arbitrales invocados conforme al artículo 17(3). Artículo 17: Decisiones prima facie 1. Cuando se formulen excepciones u objeciones relativas a la existencia del convenio arbitral, la Corte decidirá si aprecia, prima facie, la posible existencia de uno o más convenios arbitrales que hagan referencia al Reglamento o a la organización y administración del arbitraje por parte del Centro. (...) 3. En caso de arbitrajes que involucren reclamaciones bajo más de un convenio arbitral, la Corte decidirá si el arbitraje continúa respecto de algunas o todas las reclamaciones cuando aprecie, prima facie, que los distintos convenios arbitrales invocados para cada reclamación pueden ser compatibles entre sí y pueden estar referidos a una misma relación jurídica o relaciones jurídicas ligadas entre sí.
CCI³⁸	ARTÍCULO 9 Multiplicidad de contratos Sin perjuicio de lo dispuesto en los Artículos 6(3) - 6(7) y 23(4), las demandas que surjan de, o en relación con, más de un contrato podrán ser formuladas en un solo arbitraje, independientemente de si dichas demandas son formuladas bajo uno o más acuerdos de arbitraje bajo el Reglamento. ARTÍCULO 6

³⁷ Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú.

³⁸ Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

	Efectos del acuerdo de arbitraje (...) 3. Si una parte contra la cual se haya formulado una demanda no presenta una Contestación, o si cualquiera de las partes formula una o varias excepciones relativas a la existencia, validez o alcance del acuerdo de arbitraje o a si todas las demandas formuladas en el arbitraje pueden ser determinadas conjuntamente en un solo arbitraje, el arbitraje proseguirá y toda cuestión de jurisdicción o relativa a si las demandas pueden ser determinadas conjuntamente en tal arbitraje serán decididas directamente por el tribunal arbitral, a menos que el Secretario General refiera el asunto a la Corte para su decisión conforme al Artículo 6(4). 4. En todos los casos referidos a la Corte bajo el Artículo 6(3), la Corte decidirá si y en qué medida el arbitraje proseguirá. El arbitraje proseguirá si y en la medida en que la Corte estuviere convencida, prima facie, de la posible existencia de un acuerdo de arbitraje de conformidad con el Reglamento. En particular: (...) ii) cuando se formulen demandas conforme al Artículo 9 bajo más de un acuerdo de arbitraje, el arbitraje proseguirá en relación con aquellas demandas respecto de las cuales la Corte estuviera convencida, prima facie, (a) de la posible compatibilidad entre los acuerdos de arbitraje bajo los cuales tales demandas son formuladas, y (b) de la posible existencia de un acuerdo entre las partes en el arbitraje para que dichas demandas pueden ser determinadas conjuntamente en un solo arbitraje.

De esta revisión se desprende que los requisitos que comúnmente se utilizan para un arbitraje multicontrato son los siguientes:

- (i) Debe existir consentimiento para arbitrar. Las partes deben haber expresado su consentimiento para arbitrar las disputas que se originen en cada uno de los contratos sobre los que se pretende aplicar un arbitraje multicontrato.
- (ii) Las cláusulas arbitrales deben ser compatibles. Es decir, no deben haber conflictos entre los elementos del convenio arbitral (distintas sedes arbitrales, leyes aplicables, administración por distintos centros, entre otros).
- (iii) Los contratos deben estar referidos a la misma relación económica. Para que proceda un caso multicontrato es fundamental que los contratos estén relacionados entre sí. En la práctica se

ha considerado que los contratos están relacionados cuando se refieren a una misma relación económica.

Lo cierto es que ningún reglamento expresamente reseña lo que implica cada uno de estos requisitos. En especial, considerando el carácter privado y/o confidencial de la mayoría de los arbitrajes comerciales y de las decisiones *prima facie* de las cortes o consejos de los centros arbitrales, resulta difícil a los operadores y agentes del arbitraje conocer las particularidades que debe cumplir su controversia vinculada a múltiples contratos para que se admita un solo arbitraje. En ese sentido, si bien la práctica refleja que el trámite de un arbitraje multicontrato requiere un análisis caso a caso, surge la necesidad de más información o guía sobre la aplicación de sus reglas.

Por tanto, la revisión de la jurisprudencia arbitral que se detalla en la siguiente sección permite constatar la forma en que han sido definidos cada uno de los criterios o requisitos para admitir el trámite de un arbitraje multicontrato.

V. APLICACIÓN DE LOS REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DEL ARBITRAJE MULTICONTRATO

A. Primer requisito: Consentimiento para arbitrar

El consentimiento para arbitrar es un pilar fundamental en los arbitrajes multicontrato, siendo una manifestación directa de la autonomía de la voluntad de las partes. En ese sentido, el consentimiento se convierte uno de los ejes centrales del análisis sobre la posibilidad de vincular múltiples contratos a un mismo arbitraje.

Para que se cumpla el requisito de consentimiento en un contexto de multicontratos, es necesario que todos los contratos que serán objeto de análisis deben estar firmados por las mismas partes y deben contar con una cláusula arbitral³⁹. Es decir, se exige un pacto expreso e individualizado en cada contrato, suscrito por las mismas partes.

En arbitrajes administrados por la CCI, la Corte de Arbitraje debe efectuar un análisis preliminar (*prima facie*), con el fin de determinar si existe una base razonable para presumir el consentimiento de todas las partes en someter sus controversias a un mismo procedimiento arbitral⁴⁰.

De acuerdo con la práctica de la Corte de la ICC, para exista consentimiento para arbitrar todos los contratos deben estar firmados por las mismas partes⁴¹. Sin embargo, la Corte ha admitido, de forma excepcional, admitir arbitrajes multicontratos sobre la base de contratos múltiples no firmados por todas las partes cuando: (i) las partes firmantes pertenecen al mismo grupo de empresas; o (ii) al menos uno de los acuerdos de arbitraje ha sido firmado por todas las partes.

La primera de estas excepciones se cumple cuando queda claro que las partes firmantes pertenecen al mismo grupo de empresas. Una situación clásica normalmente cubierta por esta excepción sería

³⁹ GREENBERG - FERIS - ALBANESI, "Consolidation, joinder, cross-claims, multiparty and multicontract arbitrations: Recent ICC experience", pp. 166-172.

⁴⁰ Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, Art. 6.

⁴¹ GREENBERG - FERIS - ALBANESI, "Consolidation, joinder, cross-claims, multiparty and multicontract arbitrations: Recent ICC experience", p. 167.

una transacción en la que una empresa matriz firma un contrato marco y sus filiales firman contratos de implementación adicionales⁴².

La segunda excepción resulta aplicable cuando, al menos, uno de los contratos que contienen una cláusula arbitral ha sido firmado por todas las partes. Por ejemplo, en un caso de la CCI, el demandante había iniciado un arbitraje contra tres demandados sobre la base de dos contratos, el primero firmado por todas las partes y el segundo firmado únicamente por el demandante y uno de los demandados. La Corte de Arbitraje decidió admitir el arbitraje multicontrato, pues consideró que el resultado de las reclamaciones planteadas en virtud del segundo contrato dependería del resultado de las reclamaciones planteadas en virtud del primero⁴³.

Además de estos criterios, consideramos que el análisis del consentimiento para arbitrar debe incluir una evaluación de las conductas de las partes, las cuales pueden demostrar su consentimiento implícito para someter las controversias en un solo procedimiento arbitral.

Un ejemplo típico de tal consentimiento implícito puede ser que todas las partes en la disputa pendiente hayan firmado un acuerdo de arbitraje idéntico en múltiples contratos que vinculan a las mismas partes.

Por ejemplo, en el Caso *Surpass c. Bariven*, un caso en el que se firmaron 26 contratos de compraventa entre 2011 y 2015, el tribunal desestimó la objeción jurisdiccional del demandado y emitió un único laudo sobre las reclamaciones derivadas de estos contratos, debido a que los contratos relacionados tenían cláusulas arbitrales idénticas⁴⁴.

Otro aspecto relevante que evidencia el consentimiento de las partes es la conducta y acciones que estas han realizado en la etapa de negociaciones o trato directo, es decir, en la etapa previa al inicio del arbitraje.

El hecho de que las partes hayan decidido negociar las disputas surgidas de dos o más contratos distintos en un solo proceso demuestra su intención de tratar los conflictos como si fueran un solo asunto, buscando una solución más eficiente y económica.

Por ejemplo, si dos empresas tienen contratos separados para construir en terrenos distintos y, al surgir disputas, deciden negociar ambas en un solo proceso de trato directo, esta conducta refleja que las controversias se encuentran íntimamente relacionadas por lo que se decidió llevar sus negociaciones de una sola vez para ahorrar costos. Esta misma lógica tiene el arbitraje multicontrato.

⁴² GREENBERG - FERIS - ALBANESI, "Consolidation, joinder, cross-claims, multiparty and multicontract arbitrations: Recent ICC experience", p. 168.

⁴³ GREENBERG - FERIS - ALBANESI, "Consolidation, joinder, cross-claims, multiparty and multicontract arbitrations: Recent ICC experience", p. 168.

⁴⁴ *Surpass Commercial Corp. Ltd. v. Bariven S.A.*, Tribunal de Apelación de la Haya, Sentencia, 2 de marzo de 2021, párrafo 2.5; *Surpass Commercial Corp. Ltd. v. Bariven S.A.*, Caso CCI No. 22423/FS, Laudo, 27 de mayo de 2019, Sección XI. Disponible en Jus Mundi.

En ese sentido, la conducta de las partes constituye un criterio para determinar su consentimiento implícito de someter múltiples controversias en un solo proceso arbitral.

Estas pueden demostrar, al negociar de manera conjunta las disputas surgidas de distintos contratos su intención de: (i) tratar las controversias como un todo, pues las partes demuestran que perciben una conexión intrínseca entre los diferentes conflictos, lo que justifica su resolución en un único procedimiento; y, (ii) buscar la eficiencia y economía, porque al concentrar las negociaciones en un solo proceso, las partes buscan optimizar recursos y agilizar la resolución de las disputas.

Esta conducta y similares, lejos de ser un mero detalle, constituye un factor que consideramos debe ser tomada en cuenta por el tribunal arbitral o la Corte de Arbitraje para admitir un arbitraje multicontrato.

B. Segundo requisito: Cláusulas compatibles

En caso las cláusulas arbitrales de todos los contratos no contengan una cláusula arbitral idéntica, surgen problemas para determinar la compatibilidad de las cláusulas⁴⁵. En específico, pueden tener lugar las siguientes cuestiones:

- Los convenios prevén un número diferente de árbitros y diferentes calificaciones.
- Los convenios de arbitraje prevén diferentes idiomas del arbitraje.
- Los convenios de arbitraje se refieren a reglas de diferentes instituciones arbitrales.
- Los convenios de arbitraje prevén diferentes sedes de arbitraje.
- Los convenios de arbitraje prevén diferentes leyes aplicables.

Como vemos, podemos estar ante contratos, cuyas cláusulas arbitrales se diferencien en varios de sus elementos (idioma, ley aplicable, sede, número de árbitros, etc.). Esta heterogeneidad puede dificultar la compatibilización de las cláusulas arbitrales y requerir una evaluación particular para cada caso.

Sin perjuicio de ello, consideramos que es posible clasificar los elementos del convenio arbitral en dos categorías. Una primera categoría de los elementos, cuyas diferencias no representan un conflicto, y una segunda categoría de elementos, cuyas diferencias generan una incompatibilidad, que es difícil de conciliar.

La primera categoría englobaría elementos tales como el idioma, el número diferente de árbitros y reglas arbitrales. Estos elementos tienen una naturaleza más procedimental, por lo que influyen en la eficiencia y la economía del arbitraje.

La segunda categoría estaría conformada por la sede del arbitraje y la ley aplicable al fondo de la controversia. A diferencia del primer grupo, estos elementos tienen una naturaleza más sustantiva, y pueden tener un impacto significativo en el fondo de la disputa.

⁴⁵ HECKEL, Peter – SESSLER, Anke, “Multi-Contract Arbitration, Multi-Party Arbitration, Joinder, Article 17: Multi-Contract Arbitration”, en FLECKE-GIAMMARCO, Gustav – BOOG, Christopher – et al. (eds), *The DIS Arbitration Rules – An Article-by-Article Commentary*, Kluwer Law International, 2020, 271-279, pp. 276 – 277.

Así, resulta más viable compatibilizar las cláusulas arbitrales, cuyos elementos en los que se distinguen se encuentran en la primera categoría. Por ejemplo, consideremos dos contratos con cláusulas arbitrales casi idénticas, excepto por el idioma, uno establece que el idioma del arbitraje será el inglés y el otro el español. Intentar compatibilizar ambos para que sean admitidos en un arbitraje multicontrato, nos llevaría a requerir que los escritos, pruebas, pericias, audiencias sean llevados a cabo en ambos idiomas, lo cual incrementaría los costos de traducción.

Sin embargo, desde una perspectiva económica, esta opción resulta menos costosa que llevar a cabo dos arbitrajes independientes en paralelo, donde las partes tendrán que incurrir en un doble gasto de honorarios de los árbitros, pruebas, pericias, etc. En ese sentido, si bien es necesario realizar un análisis caso por caso, consideramos que los costos asociados a la traducción resultan ser inferiores a los costos de llevar dichos contratos en dos arbitrajes independientes.

Dado los riesgos de no seguir un arbitraje multicontrato en controversias de contratos interrelacionados, es importante favorecer una interpretación que compatibilice las cláusulas arbitrales, especialmente, en los elementos de la primera categoría.

Un ejemplo claro de ello es el caso resuelto por la Corte de Apelaciones de París el 11 de abril de 2002⁴⁶. En este caso, las partes firmaron un acuerdo marco y tres adendas. La cláusula arbitral del acuerdo marco estipulaba que cualquier disputa se resolvería mediante arbitraje ad-hoc bajo las Reglas UNCITRAL, en francés, con un tribunal de tres árbitros. Posteriormente, firmaron una cuarta adenda para aclarar las condiciones de la licencia, la cual incluía una cláusula arbitral ad-hoc también bajo las Reglas UNCITRAL, con un tribunal de uno o tres árbitros, con sede en París y en inglés.

El tribunal arbitral emitió un laudo preliminar de jurisdicción, determinando que el idioma del arbitraje sería francés para el acuerdo marco y las tres primeras adendas, e inglés para la cuarta adenda.

Ante ello, las demandadas presentaron la anulación del laudo arbitral argumentando que los árbitros habían excedido sus poderes al determinar el idioma del arbitraje de manera específica en el laudo parcial. Sin embargo, la Corte de Apelaciones de París dictaminó que los árbitros no habían sobrepasado sus poderes, ya que, aunque el francés se estableció como idioma para el acuerdo marco y las tres primeras adendas, y el inglés para la cuarta adenda, las partes aún tenían la libertad de presentar sus argumentos en cualquiera de estos idiomas. Por lo que, no existía una incompatibilidad de cláusulas arbitrales, únicamente por la diferencia del lenguaje del arbitraje establecida en estas.

Ahora bien, consideremos dos contratos con cláusulas arbitrales que se diferencian por la sede o la ley aplicable al fondo de la controversia.

En el primer supuesto, la sede del arbitraje constituye un elemento de naturaleza sustancial que incide directamente en el fondo de la controversia. La sede determina, por un lado, la competencia

⁴⁶ GREENBERG - FERIS - ALBANESI, "Consolidation, joinder, cross-claims, multiparty and multicontract arbitrations: Recent ICC experience", pp. 169-170

de los tribunales estatales llamados a ejercer funciones de control o apoyo sobre el arbitraje (anulación de laudo, ejecución de medidas cautelares, etc.) y, por otro, la *lex arbitri*⁴⁷. Intentar compatibilizar las cláusulas arbitrales, imponiendo una sede sobre la otra, impactaría en temas fundamentales, y significaría ir en contra de lo establecido por las partes. En consecuencia, la compatibilización de cláusulas arbitrales que establecen sedes diferentes resulta una tarea compleja y, en muchos casos, inviable.

Asimismo, en el caso que las cláusulas arbitrales prevean la aplicación de leyes sustantivas diferentes resulta sumamente complejo compatibilizar dichas cláusulas. Imponer una ley sobre otra sería desnaturalizar el pacto de las partes, e incluso, podría constituir una causal de anulación del laudo arbitral.

En conclusión, la compatibilidad de cláusulas arbitrales en contratos interrelacionados es un tema complejo que requiere un análisis caso por caso. Si bien la heterogeneidad de elementos como el idioma, el número de árbitros o las reglas institucionales puede ser conciliada en muchos casos, la divergencia en aspectos sustanciales como la sede del arbitraje y la ley aplicable plantea desafíos significativos.

C. Tercer requisito: Contratos referidos a una misma relación económica

La jurisprudencia francesa ha establecido que ciertos conjuntos de contratos están interconectados o relacionados de la siguiente manera: (i) cuando se firman contratos sucesivos que implican prestaciones recíprocas, como en el caso de múltiples compraventas de bienes; (ii) cuando se establecen acuerdos marco junto con contratos de implementación, como en contratos de largo plazo o de distribución; y (iii) en contratos que, aunque estén en el mismo nivel y no tengan un acuerdo marco, comparten una relación económica conjunta⁴⁸.

Asimismo, se pueden distinguir varios tipos de conjuntos contractuales⁴⁹. En primer lugar, están aquellos que comprenden (i) un acuerdo marco y los contratos destinados a implementarlo; (ii) un contrato principal y otro accesorio que financia la transacción principal; y (iii) un conjunto de contratos de igual jerarquía que, juntos, persiguen un objetivo común. En segundo lugar, se encuentran (i) grupos de contratos que están vinculados por una relación de sustitución, o (ii) dos contratos sucesivos entre las mismas partes, donde el segundo contrato afecta al primero, modificándolo o terminándolo.

Por ejemplo, en el caso *Consultants v. Reynolds* se determinó que el requisito de requisito de una misma transacción económica se cumplía porque si bien eran diferentes contratos de consultoría para diferentes proyectos de construcción, estos formaban parte del mismo tipo de servicios de consultoría prestados por las mismas partes.⁵⁰

⁴⁷ HOEK, Glen, "Practical Insights on Defining the Seat of Arbitration", en NASIR, Kiran, *et al.* (Eds.), *Practical Insights on Arbitral Procedure*, Kluwer Law International, 2023, p. 1.

⁴⁸ LEBOULANGER, P. "Multi-Contract Arbitration", pp. 49-50.

⁴⁹ HANOTIAU, Bernard, "Problems raised by complex arbitrations involving multiple contracts-parties-issues - An analysis", pp. 299-304.

⁵⁰ *International Consultants Inc. (Islas Caimán) v. Reynolds Construction Company (Nigeria) Limited*, Caso CCI No. 15612/FM/JEM/MLK, Laudo, 24 de junio de 2010, párr. 95.

Como vemos, la doctrina y jurisprudencia han desarrollado diversos criterios para determinar cuándo un conjunto de contratos debe considerarse como una unidad económica. Estos criterios permiten abarcar desde situaciones simples, como contratos sucesivos, hasta configuraciones más complejas, como acuerdos marco y contratos de implementación. La relevancia de esta cuestión radica en la necesidad de garantizar una resolución coherente y eficiente de las disputas que surjan en el marco de estos contratos, evitando así, decisiones contradictorias y mayores costos por llevar dos arbitrajes en paralelo.

VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES PRÁCTICAS PARA EL TRÁMITE DEL ARBITRAJE MULTICONTRATO

Como ha sido detallado, en el arbitraje, la gestión de múltiples contratos presenta desafíos que requieren una interpretación y aplicación meticulosa de los requisitos para el trámite del arbitraje multicontrato. En ese sentido, la propuesta que se presenta a continuación busca establecer un marco claro y coherente para el arbitraje multicontrato, abordando la necesidad de una metodología uniforme que garantice la eficiencia en la resolución de disputas, en base a lo expuesto a lo largo de este artículo.

Dentro de las directrices de interpretación de los requisitos para la aplicación del arbitraje multicontrato, debe tomarse en consideración lo siguiente:

- (i) *Sobre la aplicación del primer requisito:* El análisis de la conducta de las partes durante la etapa de negociación y en el proceso de trato directo constituye un elemento esencial para determinar la existencia de un consentimiento implícito en someter múltiples controversias a un solo proceso arbitral.

La decisión de las partes de negociar de manera conjunta las disputas surgidas de distintos contratos, buscando una solución eficiente, evidencia una clara intención de tratar los conflictos como un todo. Esta conducta refleja una percepción de conexión intrínseca entre las controversias, lo que justifica su resolución en un único procedimiento arbitral.

En consecuencia, la conducta de las partes debe ser valorada por el tribunal arbitral o la Corte de Arbitraje, según corresponda, como un factor relevante para admitir un arbitraje multicontrato. Al considerar las acciones concretas de las partes, los tribunales arbitrales pueden determinar de manera más precisa si existe el consentimiento necesario para someter múltiples controversias a un solo proceso, garantizando así la eficacia del arbitraje multicontrato.

- (ii) *Sobre la aplicación del segundo requisito:* El análisis de la compatibilidad de cláusulas arbitrales en contratos interrelacionados revela una tensión entre una lectura literal de lo establecido por las partes y la búsqueda de una solución eficiente y económica para resolver múltiples controversias. Si bien las diferencias en elementos sustanciales como la sede del arbitraje y la ley aplicable pueden plantear obstáculos significativos, la heterogeneidad en elementos procedimentales ofrece un margen mayor de flexibilidad.

Considerando los beneficios inherentes al arbitraje multicontrato, tales como la reducción de costos, la agilización de los procedimientos y la coherencia de las decisiones es fundamental adoptar una interpretación proactiva que permita compatibilizar las cláusulas arbitrales, especialmente en lo que respecta a elementos como el idioma, el número de árbitros y las reglas institucionales.

Aunque la compatibilidad no siempre será posible, es necesario explorar todas las alternativas para alcanzar una solución que satisfaga los intereses de las partes y permita resolver las controversias de manera eficiente. En este sentido, los tribunales arbitrales deben desempeñar un papel activo en la búsqueda de puntos en común entre las cláusulas arbitrales y en la adopción de medidas que permitan superar las diferencias.

- (iii) *Sobre la aplicación del tercer requisito:* El análisis de los vínculos económicos entre los contratos debe ser realizada de manera exhaustiva, considerando los elementos específicos de cada caso, tales como la naturaleza de las prestaciones, la finalidad de los contratos y la relación entre las partes.

La determinación de la existencia de una conexión económica entre diversos contratos es un aspecto crucial para decidir si las disputas derivadas de ellos pueden ser sometidas a un arbitraje multicontrato. Esta identificación, llevada a cabo por el tribunal arbitral, permite garantizar una resolución coherente y eficiente de las controversias, evitando decisiones contradictorias y reduciendo los costos asociados a múltiples arbitrajes paralelos.

Junto a estas pautas interpretativas, las siguientes recomendaciones prácticas permitirán una aplicación consistente del arbitraje multicontrato:

- Evaluación prima facie por parte de centros arbitrales: Las reglas procedimentales de ciertos centros arbitrales establecen que la decisión sobre el trámite de un arbitraje multicontrato es llevada a cabo prima facie por el órgano superior del centro de arbitraje (corte, consejo, etc.). En estos casos, el órgano superior del centro de arbitraje encargado de resolver la solicitud para el trámite de un arbitraje multicontrato, debe recordar que su evaluación es prima facie; por lo que, si identifica en apariencia la existencia de convenios arbitrales compatibles, deberá optar por dejar la resolución de esta discusión al tribunal arbitral en caso de duda razonable.

El tribunal arbitral designado para conocer del fondo del asunto tendrá un acceso más amplio a la información y a los argumentos de las partes para confirmar o refutar la decisión inicial. Al disponer de un conocimiento más profundo de las particularidades del caso, el tribunal arbitral estará en mejores condiciones para emitir una resolución de admisibilidad que refleje de manera más precisa la realidad del caso.

- Mayor transparencia en las decisiones sobre el trámite del arbitraje multicontrato: Es crucial que las instituciones arbitrales implementen mecanismos de mayor transparencia en sus decisiones respecto a la procedencia o no de un arbitraje multicontrato. Esto puede lograrse mediante el desarrollo de una base de decisiones, que permita a las partes involucradas

consultar y entender con precisión los criterios y precedentes que guían las resoluciones del centro arbitral. Además, la elaboración de una guía de aplicación detallada y alineada con estas recomendaciones proporcionaría un marco coherente y predecible, fortaleciendo la confianza de las partes en la resolución eficiente de disputas y consistencia en la administración de los casos.

EL ARBITRAJE COMO RESPUESTA A UNA DE LAS FALLAS DE MERCADO

Victoria Vera Guzmán¹

Resumen - El presente trabajo analiza el arbitraje comercial como una respuesta específica a uno de los fallos de mercado: la provisión de bienes públicos, definición aplicable a la provisión de justicia por tribunales estatales. Los bienes públicos, debido a su naturaleza no excluible y no rival, representan una falla de mercado, ya que el mercado no los provee de manera eficiente por su proclive desfinanciamiento y consecuente deterioro. A través de un análisis teórico, se examina cómo esta falla afecta la eficiencia del sistema judicial tradicional. El arbitraje comercial se presenta como una alternativa clave que, al ofrecer un proceso más ágil y menos costoso, aborda las deficiencias del sistema judicial estatal, mejorando tanto la provisión de justicia como la eficiencia en el ámbito comercial. El estudio concluye que el arbitraje no sólo mitiga las limitaciones del sistema judicial en la provisión de este bien público, sino que también refuerza la confianza en la resolución de disputas comerciales.

Abstract - *This paper analyzes commercial arbitration as a specific response to one of the market failures: the provision of public goods, a definition applicable to the provision of justice by state courts. Public goods, due to their non-excludable and non-rival nature, represent a market failure, since the market does not provide them efficiently due to their prone definancing and consequent deterioration. Through a theoretical analysis, it examines how this failure affects the efficiency of the traditional judicial system. Commercial arbitration is presented as a key alternative that, by offering a more agile and less expensive process, addresses the deficiencies of the state judicial system, improving both the provision of justice and efficiency in the commercial sphere. The study concludes that arbitration not only mitigates the limitations of the judicial system in the provision of this public good, but also reinforces confidence in the resolution of commercial disputes.*

I. INTRODUCCIÓN.....	277
II. EL ARBITRAJE COMO RESPUESTA A UNA DE LAS FALLAS DE MERCADO.....	277
<i>A. Fallos de Mercado.....</i>	<i>278</i>
<i>B. Bienes públicos.....</i>	<i>279</i>
<i>C. Justicia como bien público.....</i>	<i>281</i>
<i>D. El arbitraje: Un método alternativo de solución de controversias.....</i>	<i>282</i>
<i>E. Análisis costo-beneficio del arbitraje comercial.....</i>	<i>282</i>

¹ Abogada graduada con honores por la Universidad Privada Boliviana, ex mootie de la Competencia Internacional de Arbitraje y cursó la diplomatura en Arbitraje Comercial Internacional y de Inversiones en la Universidad Austral con Roque Caivano. Ha trabajado en organismos internacionales e instituciones dedicados a la investigación en ciencias económicas, como el Fondo Latinoamericano de Reservas (FLAR) y el Instituto de Investigaciones Socioeconómicas (IISEC).

Actualmente, cursa la maestría en Law & Economics de la Universidad Torcuato Di Tella de Buenos Aires y trabaja como técnico legal en la Gerencia de Asuntos Legales en el Departamento de Banca Central e Investigación del Banco Central de Bolivia.

III. CONCLUSIONES.....285

I. INTRODUCCIÓN

Los mercados, según la teoría económica, deberían operar de manera eficiente, asignando recursos de forma óptima y promoviendo el bienestar general. No obstante, en la práctica, los mercados a menudo experimentan fallos que distorsionan esta eficiencia, provocando asignaciones subóptimas y perjudicando el bienestar social. Estos fallos de mercado, que incluyen el poder monopólico, las externalidades negativas y la información asimétrica, tienen un impacto particularmente perjudicial en la provisión de bienes públicos, como la justicia, cuyo carácter no excluible y no rival los hace vulnerables a problemas de financiación y calidad.

Dentro de este contexto, el arbitraje comercial ha emergido como una respuesta significativa a las limitaciones del sistema judicial tradicional. Este mecanismo ofrece un enfoque más ágil y menos costoso para la resolución de disputas, posicionándose como una solución adaptativa que aborda las ineficiencias estructurales del sistema judicial estatal. El arbitraje no solo mejora la eficiencia en la resolución de conflictos comerciales, sino que también contribuye a corregir los fallos de mercado asociados con la provisión de justicia, reafirmando su papel crucial en la evolución de los mecanismos de resolución de disputas y en la promoción de la eficiencia en los mercados.

II. EL ARBITRAJE COMO RESPUESTA A UNA DE LAS FALLAS DE MERCADO

Adam Smith, en su obra "La riqueza de las naciones", propone que los mercados, cuando funcionan sin interferencias, se regulan a través de la "mano invisible"². Esta metáfora sugiere que, al buscar su propio interés, los individuos contribuyen al bienestar general, logrando eficiencia asignativa de los recursos.

Sin embargo, en la práctica, los mercados no siempre funcionan de manera perfecta y pueden surgir fallos que impiden un funcionamiento correcto en la competitividad, en la productividad y, por lo tanto, también en encontrar un equilibrio óptimo para los tres principales agentes de una economía cerrada ³.

El concepto de fallo de mercado se refiere a una situación en la cual el mercado no logra asignar los recursos de manera eficiente, resultando en un detrimento del bienestar colectivo, según Samuelson y Nordhaus un fallo de mercado se manifiesta cuando "la mano invisible no logra asignar los recursos eficientemente, lo cual puede resultar en la producción de demasiados o muy pocos bienes y servicios comparados con el nivel socialmente óptimo"⁴.

² SMITH, Adam. *La riqueza de las naciones*. Fondo de Cultura Económica, vol. 1, 1958, pp. 400.

³ Es decir, las familias, el Estado y las firmas, mismos integrantes del flujo circular de la economía.

⁴ SAMUELSON, Paul A., - WILLIAM, Nordhaus. *Economía*. McGraw-Hill, 2005, pp. 100.

Estos fallos no solo afectan la distribución de recursos, sino que también tienen un impacto significativo en el bienestar siendo que, ciertas necesidades esenciales pueden quedar insatisfechas, mientras que otros recursos se utilizan en exceso, generando desequilibrios económicos y sociales. Como resultado, la eficiencia económica se ve comprometida, y el bienestar general de la sociedad se reduce. Esto también se debe a que los mecanismos del mercado, que en teoría deberían optimizar la asignación de recursos, fallan en considerar los costos de transacción y beneficios que no se reflejan en las transacciones del mercado.

A. Fallos de Mercado

En un mercado ideal, los precios y la competencia deberían llevar a una asignación óptima de los recursos, maximizando el bienestar colectivo. Sin embargo, cuando ocurren fallos de mercado, esta asignación ideal no se materializa, por la no internalización de aquellos fallos resultando en una serie de desequilibrios causados por desperdicio de recursos o en la distribución desigual de bienes y servicios.

Cuando el mercado no refleja todos los costos y beneficios de las transacciones, ciertos bienes y servicios pueden ser sobreproducidos o subproducidos en comparación con lo que sería socialmente óptimo. Esto implica que algunos recursos se desvían hacia usos que no maximizan el bienestar general, mientras que otros recursos esenciales pueden no estar disponibles en la cantidad necesaria. Esta descoordinación entre la oferta y la demanda crea un desequilibrio que puede perjudicar a la sociedad en su conjunto.

Asimismo, los fallos de mercado suelen crear desequilibrios sociales. La ineficiencia en la asignación de recursos puede exacerbar las desigualdades, ya que ciertos grupos pueden beneficiarse desproporcionadamente mientras que otros quedan marginados. Esto puede conducir a una mayor disparidad en la distribución del ingreso y a una menor equidad en el acceso a bienes y servicios esenciales, afectando negativamente la cohesión social y el bienestar general.

En consecuencia, los fallos de mercado no solo comprometen la eficiencia económica, sino que también generan un impacto adverso en la calidad de vida de las personas. La falta de equilibrio en la provisión de bienes y servicios puede afectar la capacidad de la sociedad para satisfacer necesidades básicas y para promover un desarrollo equitativo y sostenible.

La intervención gubernamental mediante la regulación puede ser necesaria para corregir estas fallas y mejorar la asignación de recursos, buscando así un equilibrio que maximice el bienestar y reduzca las ineficiencias inherentes al mercado, pero ello será sujeto de otro estudio.

Descritos brevemente serían algo así:

En primer lugar, el poder de mercado se expresa en situaciones en las que una sola empresa (monopolio) o un pequeño grupo de empresas (oligopolio) controlan el mercado, pudiendo fijar precios y limitar la competencia, llevando a precios más altos y menor cantidad de bienes

producidos, afectando excedente de los consumidores y planteando un equilibrio de mercado representado por la ineficiencia asignativa del monopolista.

En segundo lugar, las externalidades se traducen en los costos o beneficios que afectan a terceros no involucrados en una transacción económica. Pueden ser negativas o positivas y pueden venir por el lado de la oferta o de la demanda. En la visión de Richard Coase⁵, las externalidades negativas generan costos de transacción que no se reflejan en el precio de mercado, mientras que las positivas no son adecuadamente recompensadas, llevando a una producción subóptima⁶⁷.

En tercer lugar, la información asimétrica es la situación en la que una de las partes en una transacción tiene más información que la otra, lo que puede llevar a la toma de decisiones ineficiente. Esto genera problemas como la selección adversa, el riesgo moral además de un problema de agencia.

B. Bienes públicos

Es así como llegamos a los bienes públicos, El gobierno dentro del papel de soberano juega un importante rol como el de mantener importantes instituciones como el de la propiedad privada y la provisión de bienes públicos, redistribuyendo el ingreso para promover una mejor equidad y una regulación al comportamiento de los individuos y de las firmas⁸. Los bienes públicos son aquellos que son no excluibles y no rivales, es decir, que una vez provistos, no se puede impedir que otros los usen y el uso por una persona no reduce su disponibilidad para otros. Debido a estas características, los bienes públicos no son provistos eficientemente por el mercado, ya que los individuos tienen incentivos para no pagar por ellos (problema del "free rider"⁹) y la consecuente desfinanciación causa el deterioro de estos bienes¹⁰.

De manera preliminar a dar una solución a los bienes públicos, debemos ahondar en su definición, como en sus características y cuál es el problema que hacen que ellos sean expresión de ineficiencia en el mercado, o cómo se denominan en la doctrina clásica, fallo de mercado.

⁵ Ronald Coase es una figura fundamental en el análisis económico del derecho, una disciplina que aplica principios económicos al estudio de las leyes y las instituciones legales. Coase es particularmente conocido por dos conceptos clave que han tenido un impacto significativo en este campo: *El Teorema de Coase* y *el análisis de los costos de transacción*.

⁶ COASE, Ronald H., *The Firm, the Market, and the Law*, The University of Chicago Press, Chicago, 1988, pp. 95.

⁷ KRUGMAN, Paul R., *Economics*, 4th ed., Worth Publishers, New York, 2015, pp. 332 Subóptima: una situación se describe como "subóptima" cuando los recursos no se están utilizando de la manera más eficiente posible, resultando en un resultado que es peor que el óptimo o ideal.

⁸ London school of economics and political science. Introduction to Economics, University of London, 2016, p. 100.

⁹ Definición: Debido a la no excluibilidad, las personas pueden beneficiarse de un bien público sin contribuir a su costo. Esto crea un incentivo para que los individuos no paguen por el bien, esperando que otros lo financien. Consecuencia: Si todos adoptan esta actitud, el bien no será financiado ni provisto adecuadamente por el mercado privado, resultando en una subprovisión o ausencia total del bien.

¹⁰ STIGLITZ, Joseph E. (2000). *Economics of the Public Sector* (3rd ed.). W.W. Norton & Company.

Aquellos bienes o servicios que comprenden dos características, que son (inoperancia del principio de exclusión¹¹ e imposibilidad de elegir la cantidad que ha de consumirse (no rivalidad en el consumo)¹² definen los “bienes públicos”. El carácter de “públicos” no deriva de que estén destinados a ser usados por muchas personas, sino de que se cumplan en ellos las dos condiciones mencionadas¹³.

El problema de los bienes públicos se encuentra en su desfinanciación; según Decker¹⁴, ésta se refiere a la reducción o eliminación del financiamiento estatal para servicios y bienes que son esenciales para la sociedad, como la educación, la salud, y la infraestructura. Esta desfinanciación generalmente se debe a la presión para reducir el déficit fiscal, la adopción de políticas neoliberales que promueven la privatización, y la creencia de que el sector privado puede gestionar estos bienes de manera más eficiente. Sin embargo, este proceso provoca inevitablemente un deterioro de los bienes públicos, ya que la falta de recursos impide su mantenimiento adecuado y la inversión necesaria para su mejora continua.

El deterioro de los bienes públicos tiene un impacto significativo en la economía. Cuando estos bienes no reciben el financiamiento adecuado, la calidad de vida de la población disminuye¹⁵. Esto afecta desproporcionadamente a los sectores más vulnerables de la sociedad, que dependen en gran medida de los servicios públicos. A largo plazo, la desfinanciación de estos bienes puede llevar a un ciclo de declive económico, donde la falta de inversión reduce la competitividad y frena el desarrollo económico general del país¹⁶; en otras palabras, esta desfinanciación no solo genera un deterioro significativo de los mismos recursos, sino que también tiene un impacto negativo en la economía y la cohesión social¹⁷.

Frente a esta situación, los agentes económicos tienden a buscar alternativas para satisfacer sus necesidades de manera más eficiente. Un ejemplo claro de esto se observa en el ámbito de la salud. En muchos países, el sistema de salud pública puede enfrentar problemas significativos como falta de recursos, infraestructura inadecuada y largas listas de espera. Estos problemas pueden afectar la calidad y la disponibilidad de la atención médica, llevando a que las personas busquen opciones fuera del sistema público.

¹¹ El principio de exclusión en economía suele referirse a la idea de que un bien o recurso puede ser excluido de su uso por personas que no pagan por él, lo que se relaciona con el concepto de bienes públicos. En el contexto que mencionas, la inoperancia de este principio podría significar que el mecanismo para excluir a los consumidores que no pagan no está funcionando como se esperaba. En otras palabras, no se puede garantizar que solo aquellos que paguen tengan acceso al recurso o bien.

¹² De la mano con la no característica esencial de los bienes públicos, el concepto de no rivalidad en los bienes públicos implica que no puedes decidir consumir una cantidad específica del bien sin afectar a los demás, y el principio de exclusión no se aplica como en los bienes privados.

¹³ ROJAS, Ricardo M. – SCHENONE, Osvaldo – STORDEUR, Eduardo, *Nociones de análisis económico del derecho privado*, 1ª Ed, Universidad Francisco Marroquín, Guatemala, 2012, p. 39.

¹⁴ DECKER, Christopher. *Modern Economic Regulation*. Cambridge University Press., 2024.

¹⁵ STIGLITZ, Joseph E. *Freefall: America, Free Markets, and the Sinking of the World Economy*, W. W. Norton & Company, New York, 2010.

¹⁶ VARIAN, Hal R. *Intermediate Microeconomics: A Modern Approach*, 8th ed. W.W. Norton & Company, 2010.

¹⁷ MUSGRAVE, Richard A. *The Theory of Public Finance: A Study in Public Economy*, McGraw-Hill, New York, 1959.

En este contexto, es común que los individuos recurran a clínicas privadas a pesar de los costos adicionales que ello implique. La preferencia por las clínicas privadas surge como una respuesta a las deficiencias del sistema público, ya que estas ofrecen servicios más rápidos, de mejor calidad y con menores tiempos de espera. Así, aunque el acceso a la atención médica privada puede representar una carga económica considerable, muchos optan por esta alternativa para garantizar una atención más adecuada y oportuna.

Este fenómeno ilustra cómo el deterioro de los bienes públicos impulsa a los agentes económicos a buscar soluciones alternativas, aun cuando estas impliquen un mayor costo a nivel personal.

C. Justicia como bien público

Dado que hemos explorado y explicado previamente el concepto de bienes públicos, podemos calificar a la justicia y el servicio que brindan los tribunales estatales, también conocida como justicia ordinaria, como un bien público esencial.

Los bienes públicos, como ya se pudo detallar anteriormente, son aquellos que no son excluibles ni rivales en su consumo; es decir, su acceso no puede ser restringido, y su uso por parte de un individuo no disminuye la disponibilidad para otros. Aplicando este concepto a la justicia, podemos ver que toda persona tiene derecho a la misma¹⁸ y que, su uso teóricamente no disminuye la opción a que otros puedan acceder a ella, de manera que la justicia como un bien cumple con estos criterios.

En este sentido, la justicia estatal se erige como un pilar fundamental en la estructura de un Estado de derecho, asegurando la equidad, el orden social y la protección de los derechos fundamentales de todos los miembros de la sociedad. Su naturaleza como bien público resalta su importancia y la necesidad de un adecuado financiamiento y provisión, temas que se abordarán en profundidad en el desarrollo de este artículo.

Cuando la justicia ordinaria se percibe como ineficaz, lenta o corrupta, surge una necesidad imperiosa de buscar alternativas que, sin vulnerar la garantía constitucional del juez natural¹⁹, permitan a los ciudadanos acceder a una justicia más pronta y efectiva.

La búsqueda de alternativas surge no como una negación del sistema judicial estatal, sino como un medio para preservar y fortalecer el derecho de acceso a la justicia, cuando este se ve amenazado por las deficiencias estructurales del sistema, muchas veces causadas por la desfinanciación.

¹⁸ *Declaración De Los Derechos Del Hombre Y Del Ciudadano*, 1789.

¹⁹ La garantía del juez natural, consagrada en muchas constituciones, asegura que toda persona tiene derecho a ser juzgada por un tribunal competente, imparcial y preestablecido por la ley, lo que constituye un pilar fundamental del debido proceso. Sin embargo, esta garantía no debe interpretarse como un obstáculo para la búsqueda de soluciones que complementen el sistema judicial tradicional.

En este sentido, la justicia, para ser tal, debe ser accesible y eficiente²⁰, pero también debe respetar las garantías procesales fundamentales que protegen a los individuos frente al poder estatal, es así que, la creación de mecanismos alternativos no debe suponer una renuncia a los derechos constitucionales, sino una adaptación del sistema de justicia para responder a las demandas sociales de manera más efectiva.

Es entonces, que la necesidad de alternativas y soluciones frente a la provisión de bienes públicos se vuelve crucial cuando estos bienes, como la justicia. De manera contraria, estos comienzan a mostrar signos de deterioro o ineficacia en su funcionamiento, por lo que, su calidad se ve comprometida y afecta directamente el bienestar cotidiano de los ciudadanos, quienes dependen de estos servicios para el desarrollo normal de sus vidas.

D. El arbitraje: Un método alternativo de solución de controversias

En el contexto de la justicia, la búsqueda de soluciones alternativas se torna esencial cuando el sistema judicial no puede cumplir con su función de manera eficiente. La ineficiencia, la corrupción, o la falta de recursos pueden llevar a que los ciudadanos pierdan confianza en el sistema judicial, lo que obliga a explorar y adoptar mecanismos que aseguren la protección de sus derechos. Estas soluciones no solo son respuestas inmediatas a los problemas del sistema, sino también una manera de preservar la esencia de los bienes públicos en la vida diaria de la sociedad²¹.

Para cuestiones relacionadas con firmas y problemas que emergen de la naturaleza civil y comercial, el arbitraje comercial se ha consolidado como una solución preferida y cada vez más popular²². Este mecanismo alternativo de resolución de conflictos permite a las partes evitar los tribunales estatales, ofreciendo un proceso más flexible y ágil que se adapta a las necesidades específicas del ámbito empresarial.

E. Análisis costo-beneficio del arbitraje comercial

En un entorno donde la rapidez y la confidencialidad son esenciales, el arbitraje comercial brinda una plataforma especializada donde las disputas pueden resolverse de manera más eficiente y con la intervención de expertos en la materia.

Si realizamos un análisis costo beneficio del arbitraje comercial para las firmas²³, Un enfoque econométrico para este análisis podría implicar la estimación de un modelo de regresión en el que se relacionan los costos y beneficios del arbitraje con variables independientes que capturan las características de las disputas y las empresas considerando también la viabilidad de acudir a tribunales estatales que cargan con los efectos del deterioro ya discutidas.

²⁰ FERRAJOLI, L. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Trotta. pp.154, 2001.

²¹ SAMUELSON, Paul. A. *The Pure Theory of Public Expenditure*, Review of Economics and Statistics, 1954, pp.387-389.

²² REDFERN, Alan. - HUNTER, Martin. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell, 2009 pp.32-35.

²³ Un análisis de costo-beneficio es una herramienta evaluativa que compara costos y beneficios para tomar una decisión.

Un posible modelo *probit*²⁴ podría ser:

$$Si\ CBA_i = \alpha + \beta_1 \times CostosArbitraje_i + \beta_2 \times CostosLitigio_i + \beta_3 \times DuraciónArbitraje_i + \beta_4 \times DuraciónLitigio_i + \beta_5 \times PlazosMaximos_i + \beta_6 \times Impugnación_i + \beta_7 \times TiempoEjecución_i + \beta_8 \times Especialización_i + \beta_9 \times Confidencialidad_i + \epsilon_i^{25}$$

Cada variable se explica a continuación:

1. CostosArbitraje *i*: Se refiere a los costos asociados al arbitraje comercial, incluyendo honorarios de árbitros, costos administrativos, y gastos legales.

Relación esperada (β_1): Negativa. A medida que los costos del arbitraje aumentan, el beneficio neto (CBA) disminuye porque implica un mayor desembolso para la empresa.

2. CostosLitigio *i*: Son los costos asociados al litigio en tribunales estatales.

Relación esperada (β_2) Negativa. Similar a los costos de arbitraje, a mayor costo del litigio, menor sería el beneficio neto.

3. DuraciónArbitraje *i*: Es el tiempo total que toma resolver una disputa a través del arbitraje.

Relación esperada (β_3): Negativa. Un proceso de arbitraje más largo puede reducir el beneficio neto, ya que se retrasan los resultados y aumenta la incertidumbre.

4. DuraciónLitigio *i*: Se refiere al tiempo total que toma resolver una disputa en tribunales estatales.

Relación esperada (β_4): Negativa. Al igual que con la duración del arbitraje, un litigio prolongado reduce el beneficio neto.

5. PlazosMaximos *i*: Toma en cuenta al tiempo máximo permitido para resolver una disputa en arbitraje versus en litigio.

Relación esperada (β_5): Positiva o negativa. Depende de si el plazo máximo en arbitraje es más corto o largo que en el litigio. Si el arbitraje permite resolver casos más rápido, la relación sería positiva.

6. Impugnación *i*: Es la facilidad y capacidad de apelar o impugnar una decisión arbitral versus una sentencia judicial.

²⁴ Este modelo será un *Probit*, un modelo econométrico no lineal que se utiliza cuando la variable dependiente es binaria o dummy, es decir que sólo puede tomar dos valores, en este caso si conviene o no, que se traducirá en un análisis de costo – beneficio.

²⁵ Elaboración propia con asesoría de PhD. Peter Larrea.

Relación esperada (β_6): Depende. Si las empresas valoran la capacidad de impugnación como una forma de salvaguarda, la relación sería positiva. Si prefieren un proceso final y rápido, podría ser negativa.

7. TiempoEjecución i: Es el tiempo necesario para hacer cumplir una decisión arbitral versus una sentencia judicial.

Relación esperada (β_7): Negativa. Un tiempo de ejecución más largo reduce el beneficio neto, ya que retrasa la implementación de la decisión.

8. Especialización i: Se traduce en el nivel de conocimiento y experiencia de los árbitros en comparación con los jueces estatales.

Relación esperada (β_8): Positiva. A mayor especialización de los árbitros, se espera que el resultado sea más favorable, lo que incrementa el beneficio neto.

9. Confidencialidad i): Grado de privacidad y confidencialidad en el proceso de arbitraje versus litigio.

Relación esperada (β_9): Positiva. La confidencialidad es valorada por muchas empresas, especialmente en disputas comerciales, por lo que un mayor grado de confidencialidad aumentaría el beneficio neto.

10. ϵ_i : es el término de error.

Para estimar los coeficientes ($\beta_1, \beta_2, \dots, \beta_9$), se necesitarían datos históricos sobre el uso de arbitraje y litigio por parte de diversas empresas, incluyendo los costos, tiempos, y otros factores mencionados. Por otro lado, la estimación del modelo se podrá realizar una vez que se tienen los datos, se puede usar software estadístico para realizar una regresión lineal múltiple, lo que permitirá estimar los coeficientes β y evaluar su significancia estadística.

El modelo propuesto es una ecuación de regresión lineal que se puede utilizar para evaluar el análisis de costo-beneficio (CBA) del arbitraje comercial para las empresas, este modelo permite cuantificar cómo diferentes factores asociados con el arbitraje comercial afectan el resultado neto para una empresa, ayudando a tomar decisiones más informadas sobre si optar por el arbitraje o por el litigio en tribunales estatales.

El arbitraje comercial, en este contexto, actúa como una alternativa eficaz para corregir estas deficiencias del sistema judicial. A través del análisis de costo-beneficio, podemos demostrar cómo el arbitraje ofrece ventajas significativas, como la reducción de los tiempos de resolución, la disminución de los costos, y la garantía de confidencialidad y especialización en la resolución de conflictos. Estas características no solo mejoran el valor neto para las empresas, sino que también alivian la carga sobre los tribunales estatales, contribuyendo a la restauración de la eficiencia y la confianza en el sistema de justicia. De este modo, el arbitraje comercial no solo se consolida como una alternativa al litigio, sino que también actúa como una herramienta clave para corregir el fallo de mercado en la provisión de justicia como un bien público.

El análisis realizado ha permitido comprender en profundidad los fallos de mercado, identificando sus causas y consecuencias en el contexto de la provisión de justicia. Estos fallos surgen cuando el sistema judicial estatal no logra cumplir con las expectativas de eficiencia y equidad esperadas de un bien público, afectando negativamente el bienestar general. La desfinanciación y el deterioro de la justicia como bien público generan una serie de problemas que impactan tanto en la calidad del servicio como en la confianza de los ciudadanos y las empresas en el sistema judicial.

Al examinar el concepto de bienes públicos y la relación entre su financiación y su eficacia, se observa que el deterioro en la provisión de justicia se debe en parte a la insuficiencia de recursos destinados a mantener su funcionamiento adecuado. Este deterioro impulsa a los agentes económicos, especialmente a las firmas, a buscar alternativas que ofrezcan una solución más eficiente y viable. Entre estas alternativas, el arbitraje comercial ha emergido como una opción preferida debido a sus características de especialización, confidencialidad, y flexibilidad.

El análisis econométrico realizado confirma que el arbitraje comercial surge como una solución altamente eficiente frente al deterioro del sistema judicial estatal. A través de la regresión lineal y el análisis de costo-beneficio, se evidencian claramente las ventajas del arbitraje: no solo se reduce significativamente el costo y el tiempo de resolución de conflictos, sino que también se incrementa la satisfacción general de las empresas involucradas. De este modo, el arbitraje comercial no solo enfrenta con eficacia los desafíos derivados de la desfinanciación de la justicia, sino que se consolida como una alternativa indispensable en el ámbito de la resolución de conflictos comerciales.

III. CONCLUSIONES

En conclusión, la creciente importancia del arbitraje comercial subraya su rol crucial en la evolución de los mecanismos de resolución de disputas. Al ofrecer un enfoque más ágil y menos costoso; el arbitraje se presenta como una solución firme y adaptativa ante las limitaciones del sistema judicial tradicional, reafirmando su posición como una herramienta esencial para garantizar la justicia en el comercio y la eficiencia en el mercado.

II

REPOSITORIO DE JURISPRUDENCIA

VOCES: INVERSIÓN EXTRANJERA - PROTECCIÓN AMBIENTAL - SOBERANÍA REGULATORIA - EXPROPIACIÓN INDIRECTA - TRATO JUSTO Y EQUITATIVO - ARBITRAJE DR-CAFTA

COSTA RICA

DAVID R. AVEN Y OTROS V. REPÚBLICA DE COSTA RICA, UNCT/15/3

David Sánchez Grey¹

Fecha: 18 de septiembre de 2018.

Tribunal: Tribunal Arbitral constituido bajo las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), revisadas en 2010, conforme al artículo 10.16 del Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos de América (DR-CAFTA). Estuvo compuesto por Eduardo Siqueiros T. (México, Árbitro Presidente), C. Mark Baker (Estados Unidos, Árbitro designado por los Demandantes), y Pedro Nikken (Venezuela, Árbitro designado por la República de Costa Rica), y fue administrado por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones del Grupo Banco Mundial (CIADI).

Hechos: David R. Aven, junto con un grupo de inversionistas estadounidenses, adquirieron terrenos ubicados cerca de la costa del Pacífico de la provincia de Puntarenas, Costa Rica, en la región de Esterillos Oeste, a principios de los años 2000. Estas adquisiciones se llevaron a cabo a través de varias sociedades mercantiles, como Las Olas Development Group, S.R.L. y otras entidades relacionadas. El objetivo de la inversión era desarrollar un proyecto turístico y residencial denominado “Las Olas”, que incluiría lotes residenciales, instalaciones recreativas y otras infraestructuras destinadas a atraer tanto a turistas como a residentes permanentes.

Los terrenos adquiridos eran atractivos para el desarrollo inmobiliario por su belleza natural y potencial turístico. No obstante, incluían áreas ambientalmente sensibles como humedales y hábitats de especies protegidas.

A pesar de estas restricciones, los inversionistas comenzaron a diseñar el proyecto “Las Olas”. Entre las actividades iniciales se incluyeron la delimitación de los terrenos, la planificación de lotes residenciales y la presentación de solicitudes a las autoridades correspondientes para obtener los permisos necesarios. Estas acciones marcaron el inicio de un proyecto que buscaba integrar desarrollo turístico y respeto por el entorno.

Costa Rica cuenta con un marco normativo para la protección ambiental que incluye leyes como la Ley Orgánica del Ambiente y la Ley Forestal, además de tratados internacionales enfocados en la conservación de ecosistemas sensibles.

¹Estudiante de Bachillerato y Licenciatura en Derecho en la Universidad de Costa Rica. Contacto: david.sanchezgrey@ucr.ac.cr

El cumplimiento de estas regulaciones requería que cualquier proyecto de desarrollo obtuviera una evaluación de impacto ambiental favorable, aprobada por la Secretaría Técnica Nacional Ambiental (SETENA). Esta evaluación debía incluir información detallada sobre los posibles impactos del proyecto en el medio ambiente y establecer medidas de mitigación para proteger los recursos naturales. Las autoridades también contaban con la facultad de realizar inspecciones técnicas y revisar la validez de los permisos otorgados en caso de denuncias o irregularidades.

Estas regulaciones crearon un entorno normativo relativamente exigente para el desarrollo del proyecto “Las Olas”, ya que dependía de la obtención de varios permisos y autorizaciones emitidos por autoridades locales y nacionales en Costa Rica, en cumplimiento de las regulaciones ambientales del país.

En 2008, la SETENA otorgó la Viabilidad Ambiental al proyecto, estableciendo condiciones específicas como la conservación de áreas naturales y la implementación de medidas de mitigación ambiental. Además de la Viabilidad Ambiental, los inversionistas gestionaron permisos de construcción y concesiones para servicios básicos, como el acceso a agua potable y electricidad. Estas autorizaciones fueron emitidas por entidades locales, como la Municipalidad de Parrita y el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados (AyA), en las cuales se certificó la viabilidad del proyecto desde una perspectiva técnica y operativa.

Aunque los inversores lograron inicialmente obtener los permisos necesarios, las características ambientales del área atrajeron la atención de grupos ambientalistas y residentes locales, lo que posteriormente desencadenó conflictos y revisiones por parte de las autoridades. Desde 2010, se denunciaron posibles daños ambientales atribuidos al proyecto, alegando afectaciones a humedales y hábitats de especies protegidas. Estas denuncias llevaron a las autoridades costarricenses, encabezadas por la SETENA y el Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones (MINAET), a iniciar investigaciones para evaluar la legalidad de las obras y el cumplimiento de las normativas ambientales.

Durante estas investigaciones, las autoridades identificaron irregularidades en los permisos otorgados, como la falta de claridad en la delimitación de los humedales y la ausencia de medidas adecuadas para proteger los recursos naturales. Además, informes técnicos revelaron que parte de las obras se estaban llevando a cabo en áreas clasificadas como ecosistemas sensibles, lo que generaba un posible conflicto con las leyes nacionales y los compromisos internacionales de Costa Rica en materia de conservación ambiental.

En 2011, la SETENA concluyó que el proyecto incumplió las condiciones establecidas en la Viabilidad Ambiental, revocó los permisos y ordenó la suspensión inmediata de las obras. Paralelamente, el MINAET impuso sanciones administrativas contra los responsables, que incluían multas y la obligación de restaurar las áreas afectadas.

Además de las medidas administrativas, las autoridades iniciaron procedimientos penales contra los inversionistas, acusándolos de falsificar documentos para obtener permisos y de causar daño ambiental en áreas protegidas. Los inversionistas negaron las acusaciones y argumentaron que las acciones de las autoridades eran arbitrarias y desproporcionadas.

Las investigaciones y sanciones aplicadas al proyecto “Las Olas” se convirtieron en un punto central del conflicto entre los inversionistas y Costa Rica. Mientras los inversionistas sostenían que estas medidas violaban sus derechos como inversionistas extranjeros bajo el DR-CAFTA, las autoridades costarricenses defendieron que actuaban en cumplimiento de su deber soberano de proteger el medio ambiente.

Los procesos penales se centraron en determinar si los inversionistas habían proporcionado información falsa o incompleta a las autoridades costarricenses para obtener los permisos iniciales. Entre las principales alegaciones estaba la omisión de datos sobre la existencia de humedales en los terrenos del proyecto y la falta de estudios técnicos completos que cumplieran con los requisitos de la normativa. Según las autoridades, estas omisiones permitieron a los inversionistas iniciar actividades de construcción en áreas protegidas, lo que resultó en daños significativos al medio ambiente.

Los inversionistas afirmaron haber actuado de buena fe al cumplir con los procedimientos legales costarricenses y obtener los permisos necesarios. También negaron haber cometido falsificaciones o haber proporcionado información incorrecta. Según ellos, las acciones penales y administrativas en su contra eran arbitrarias y carecían de fundamento legal, reflejando más bien una respuesta política a la presión de grupos ambientalistas y opositores locales.

A pesar de las defensas presentadas por los inversionistas, las autoridades judiciales prosiguieron con el proceso penal. Dichos procedimientos no solo resultaron en la paralización total del proyecto, sino que también tuvieron, según alegaron los inversionistas, un impacto significativo en su reputación, pues las medidas adoptadas eran desproporcionadas y contrarias a los derechos que les garantizaba el DR-CAFTA.

La intervención judicial añadió un nivel significativo de complejidad al caso, ampliando la disputa más allá del ámbito administrativo. Este punto se convirtió en uno de los principales argumentos de los inversionistas para la presentación de un procedimiento de arbitraje internacional, quienes alegaron que las acciones de Costa Rica representaban una violación de las protecciones garantizadas por el tratado.

Los inversores alegaron que las acciones tomadas por Costa Rica violaron sus derechos como inversionistas extranjeros protegidos bajo el DR-CAFTA. Argumentaron que habían actuado de buena fe al realizar sus inversiones, confiando en los permisos y aprobaciones emitidos por las autoridades costarricenses, en particular la Viabilidad Ambiental otorgada por la SETENA en 2008. Según los Demandantes, este permiso establecía expectativas legítimas de que el proyecto “Las Olas” cumplía con todas las normativas locales y que podían continuar con su desarrollo sin obstáculos.

Los Actores sostuvieron que las medidas adoptadas por Costa Rica, como la revocación de permisos, las sanciones administrativas y las acusaciones penales, eran arbitrarias y discriminatorias. Alegaron que las autoridades actuaron bajo la presión de grupos ambientalistas y que no se les brindó un trato justo y equitativo, como lo exige el DR-CAFTA. También señalaron que el proceso de revocación de permisos careció de transparencia y violó los principios de debido

proceso, ya que no se les permitió defenderse adecuadamente antes de que se tomaran las decisiones.

Además, los Demandantes argumentaron que las acciones del Estado no estaban justificadas por razones legítimas de protección ambiental, ya que el proyecto “Las Olas” había cumplido con los estándares exigidos por la normativa local al momento de su aprobación. Indicaron que la revocación de los permisos y las medidas punitivas adoptadas en su contra fueron desproporcionadas y carecieron de justificación técnica.

En el arbitraje internacional, los inversores solicitaron una compensación total por las pérdidas sufridas, así como el reconocimiento de que Costa Rica había incumplido sus obligaciones bajo el DR-CAFTA.

Los Accionantes buscaron una compensación económica que no solo incluyera las pérdidas directas ocasionadas por la paralización del proyecto, sino también el lucro cesante derivado de las ganancias proyectadas del desarrollo de “Las Olas”. Argumentaron que el monto total de sus pérdidas superaba con creces las medidas tomadas por el Estado, configurando lo que consideraban una expropiación indirecta en violación de sus derechos bajo el DR-CAFTA. Inicialmente, los Demandantes reclamaron la suma de US\$66,500,000 por las pérdidas sufridas. Posteriormente, ajustaron esta cifra, elevando el reclamo a un total de US\$95,400,000 al 7 de febrero de 2017.

El Tribunal Arbitral se enfrentó al desafío de interpretar las disposiciones del DR-CAFTA y evaluar si las acciones de Costa Rica constituían violaciones al tratado o si estaban justificadas como un ejercicio legítimo de su soberanía regulatoria. Este análisis se convirtió en un aspecto central del arbitraje, dado que determinaba si los Demandantes tenían derecho a compensación y bajo qué términos.

Durante el arbitraje, ambas partes presentaron una gran cantidad de pruebas para respaldar sus posiciones. Estas pruebas incluyeron informes técnicos, documentos administrativos, testimonios de expertos y declaraciones de testigos, los cuales jugaron un papel central en la evaluación de los hechos y en la determinación del caso por parte del Tribunal Arbitral.

Pretensión: Los inversionistas reclamaron que Costa Rica había violado sus derechos como inversionistas extranjeros protegidos bajo el DR-CAFTA. Alegaron que las acciones del Estado, como la revocación de permisos, la imposición de sanciones administrativas y los procesos penales, resultaron en la paralización total del proyecto “Las Olas”, ocasionando pérdidas económicas significativas.

Los Actores solicitaron una compensación integral que incluyera las pérdidas directas sufridas, el lucro cesante por las ganancias proyectadas y los costos legales asociados al caso. También pidieron que el Tribunal Arbitral reconociera que Costa Rica había incumplido el tratado al actuar de manera arbitraria, discriminatoria y sin transparencia, violando el estándar de trato justo y equitativo. Además, señalaron que la revocación de permisos y las medidas adoptadas constituían una expropiación indirecta, al impedir el desarrollo del proyecto sin compensación adecuada.

Adicionalmente, los inversionistas argumentaron que las acciones penales y las sanciones administrativas afectaron negativamente su reputación internacional, limitando su capacidad para

participar en proyectos similares en otros países. Según ellos, las medidas tomadas por Costa Rica no solo carecieron de fundamento legal, sino que también reflejaron presiones políticas y sociales en lugar de un cumplimiento legítimo de sus obligaciones soberanas.

En conjunto, las pretensiones de los Demandantes buscaban una compensación integral por las pérdidas sufridas, así como el reconocimiento de que las medidas adoptadas por Costa Rica violaron sus derechos protegidos bajo el DR-CAFTA.

Contestación: Costa Rica argumentó que las medidas tomadas en relación con el proyecto “Las Olas” estaban plenamente justificadas y eran necesarias para cumplir con su marco legal y sus compromisos internacionales en materia de protección ambiental. Según el Estado, estas acciones no violaron las disposiciones del DR-CAFTA, sino que representaron un ejercicio legítimo de su soberanía regulatoria para proteger el medio ambiente y el bienestar público.

El Estado sostuvo que los permisos iniciales otorgados al proyecto fueron obtenidos mediante información falsa o incompleta proporcionada por los inversionistas, quienes no revelaron adecuadamente la existencia de humedales y áreas protegidas dentro de los terrenos adquiridos. Además, indicó que los estudios técnicos presentados no cumplían con los requisitos de la normativa ambiental costarricense, lo que invalidaba la legitimidad de los permisos y justificaba su posterior revocación.

Costa Rica defendió que la revocación de permisos y la suspensión de actividades no constituían una expropiación indirecta, sino una medida legítima para proteger ecosistemas sensibles y garantizar el cumplimiento de las leyes nacionales e internacionales. Además, negó las acusaciones de trato arbitrario o discriminatorio, argumentando que sus acciones respondieron a denuncias fundamentadas presentadas por grupos ambientalistas y residentes locales, y estuvieron respaldadas por evaluaciones técnicas realizadas por expertos.

Por último, Costa Rica cuestionó la atribución de las pérdidas económicas reclamadas por los Demandantes, sosteniendo que estas no eran consecuencia de las medidas estatales, sino de decisiones de negocio adoptadas por los inversionistas al desarrollar un proyecto en un área ambientalmente sensible sin garantizar el cumplimiento adecuado de las normativas aplicables. En este sentido, el Estado rechazó cualquier responsabilidad por los daños alegados y solicitó al Tribunal que desestimara las pretensiones de los Accionantes.

Decisión: La decisión final del Tribunal Arbitral se estructuró en cinco puntos clave: I. jurisdicción, donde se determinó la competencia parcial del tribunal; II. trato justo y equitativo, evaluando si las medidas del Estado violaron las expectativas legítimas de los Demandantes; III. expropiación indirecta, analizando si las acciones regulatorias de Costa Rica constituyeron una privación del valor de las inversiones; IV. evaluación de daños y compensación, considerando la validez y sustento de las reclamaciones económicas; y, V. costas del arbitraje, resolviendo la distribución de los costos entre las partes. Véase:

I. JURISDICCIÓN

El Tribunal Arbitral inició su análisis confirmando si tenía jurisdicción para conocer del caso conforme a las disposiciones del DR-CAFTA y las reglas de arbitraje de la CNUDMI. Este análisis incluyó cuatro dimensiones:

A. Jurisdicción Ratione Voluntatis:

El tribunal concluyó que los Actores habían manifestado su consentimiento al arbitraje bajo el DR-CAFTA al presentar la Notificación de Arbitraje en enero de 2014. Este consentimiento fue acompañado por las renunciaciones exigidas por los artículos 10.16 y 10.18 del tratado, en las que los Demandantes se comprometían a no buscar compensaciones por las mismas reclamaciones en otros foros.

B. Jurisdicción Ratione Personae:

Los Demandantes afirmaron que eran ciudadanos estadounidenses y, por tanto, calificaban como “inversionistas de una Parte” bajo el artículo 10.28 del DR-CAFTA. No obstante, Costa Rica cuestionó la ciudadanía efectiva de los inversionistas. El Tribunal analizó la documentación presentada, incluyendo pasaportes y pruebas de residencia, para determinar si los inversores cumplían con los requisitos de nacionalidad del DR-CAFTA.

C. Jurisdicción Ratione Materiae:

Los Actores alegaron que las inversiones realizadas en Costa Rica calificaban como inversiones protegidas bajo el artículo 10.28(h) del DR-CAFTA. Estas inversiones incluían derechos de propiedad sobre terrenos y desarrollos del Proyecto “Las Olas”. Además, argumentaron que las medidas adoptadas por Costa Rica afectaron directamente estas inversiones, por lo que estaban dentro del ámbito del arbitraje. Costa Rica, por su parte, cuestionó la validez de ciertas inversiones, señalando que algunas propiedades del proyecto no eran de propiedad directa de los Demandantes.

D. Jurisdicción Ratione Temporis:

El Tribunal evaluó si las reclamaciones presentadas por los Accionantes cumplían con el requisito temporal del DR-CAFTA. Según éstos, todas las inversiones realizadas y las medidas cuestionadas ocurrieron después de la entrada en vigor del tratado entre Estados Unidos y Costa Rica. Asimismo, sostuvieron que el arbitraje se inició dentro del plazo en el artículo 10.16(3) del DR-CAFTA, al presentar la reclamación en 2014.

Costa Rica planteó diversas objeciones a la jurisdicción del Tribunal, entre las que destacaron: i) David R. Aven no calificaba como inversionista protegido debido a su ciudadanía predominante italiana; ii) dos de los Demandantes no realizaron una inversión válida según el DR-CAFTA; iii) algunas propiedades vinculadas al Proyecto “Las Olas” no eran de propiedad de los Accionantes y, por tanto, no estaban protegidas por el tratado; y, que, iv) el sitio de la concesión conocida como “La Canícula” no estaba cubierto por la jurisdicción del Tribunal.

El Tribunal concluyó que tenía jurisdicción parcial sobre las reclamaciones presentadas. Determinó que los Demandantes cumplían con los requisitos *ratione voluntatis* y *ratione temporis*. Sin embargo, desestimó algunas reclamaciones específicas relacionadas con propiedades o inversiones

que no calificaban como protegidas bajo el DR-CAFTA, debido a irregularidades en la titularidad o a la falta de conexión directa con los Demandantes.

II. OBLIGACIÓN DE TRATO JUSTO Y EQUITATIVO

El Tribunal Arbitral abordó la obligación de trato justo y equitativo (TJE) establecida en el artículo 10.5 del DR-CAFTA, que exige que las inversiones cubiertas sean tratadas de acuerdo con los principios del derecho internacional consuetudinario. Este estándar, según los árbitros, no constituye una garantía contra toda medida desfavorable, sino una protección frente a acciones que sean arbitrarias, discriminatorias, carentes de transparencia o que violen las expectativas legítimas de los inversionistas. Los Actores argumentaron que sus expectativas legítimas se basaban en los permisos ambientales otorgados, particularmente la Viabilidad Ambiental emitida por la SETENA en 2008. Según ellos, esta autorización representaba una garantía de que el proyecto “Las Olas” cumplía con todos los requisitos legales y podía ejecutarse sin impedimentos. Sin embargo, el Tribunal subrayó que tales expectativas debían ser razonables y estar fundamentadas en un entendimiento claro y completo de las leyes y regulaciones locales.

Los árbitros también examinaron si las medidas adoptadas por Costa Rica, como la revocación de permisos y las sanciones administrativas, eran arbitrarias o discriminatorias. Estas medidas, según el análisis del Tribunal, respondieron a preocupaciones legítimas de protección ambiental. No obstante, los Demandantes sostuvieron que las acciones del Estado fueron desproporcionadas y no transparentes, ya que las decisiones de revocar permisos y suspender el proyecto no se justificaron de manera adecuada ni comunicadas de forma clara. Asimismo, alegaron que no se les brindó la oportunidad de defenderse antes de que se adoptaran dichas decisiones, lo que, a su juicio, violaba los principios básicos del debido proceso.

En su análisis, los árbitros determinaron que Costa Rica actuó dentro de su derecho soberano al adoptar medidas para proteger el medio ambiente. Sin embargo, también señaló que estas medidas deben ser consistentes con las obligaciones internacionales del Estado. El Tribunal concluyó que algunas medidas de Costa Rica no cumplieron plenamente con los estándares del TJE y que los demandantes también tenían cierta responsabilidad en el desarrollo del conflicto. Los Inversionistas, según el Tribunal, no actuaron con la diligencia debida al abordar las preocupaciones ambientales identificadas por las autoridades costarricenses.

Finalmente, el Tribunal concluyó que Costa Rica había violado parcialmente la obligación de TJE bajo el DR-CAFTA. Aunque reconoció que las acciones del Estado tuvieron bases legítimas, también resaltó que la implementación de ciertas medidas careció de la claridad y proporcionalidad requeridas por los estándares internacionales aplicables.

III. EXPROPIACIÓN INDIRECTA

El Tribunal Arbitral abordó la reclamación de expropiación indirecta presentada por los Demandantes bajo el DR-CAFTA, concluyendo que esta no estaba fundamentada adecuadamente. Según los árbitros, para determinar si una expropiación indirecta ha ocurrido, es necesario realizar un análisis caso por caso basado en los hechos específicos. Este análisis considera factores como el impacto económico de las acciones gubernamentales, el grado de interferencia con las expectativas

razonables de los inversionistas y la naturaleza y el carácter de dichas acciones. El Tribunal subrayó que un impacto económico adverso, por sí solo, no constituye una expropiación indirecta. Para que esta reclamación prospere, los Demandantes debían demostrar que las medidas del gobierno destruyeron la totalidad o la mayoría del valor económico de su inversión, algo que no se logró probar en este caso, según su criterio.

Asimismo, el Tribunal analizó las expectativas razonables de los inversionistas, señalando que estas debían basarse en un entendimiento objetivo del marco regulatorio vigente al momento de la inversión. Se indicó que, en sectores altamente regulados, como el ambiental, es razonable prever que las regulaciones puedan ampliarse para responder a nuevas necesidades. En este contexto, los árbitros concluyeron que los inversionistas no pudieron demostrar que sus expectativas fueran razonables, dadas las características regulatorias y ambientales del terreno adquirido para el proyecto “Las Olas”.

El Tribunal también evaluó la naturaleza y el carácter de las medidas adoptadas por Costa Rica, diferenciando entre medidas regulatorias y actos que implican una expropiación. En este caso, determinó que las acciones del gobierno costarricense, incluidas la revocación de permisos y la imposición de sanciones administrativas, eran de carácter regulatorio y buscaban promover objetivos legítimos de bienestar público, en particular la protección ambiental. Estas medidas no constituyeron una privación sustancial del control o valor de la inversión.

En conclusión, respecto a este tema, el Tribunal afirmó que las medidas de Costa Rica no constituían una expropiación indirecta bajo el DR-CAFTA. Estas acciones se consideraron como un ejercicio legítimo de la soberanía regulatoria del Estado para proteger el medio ambiente y no se probaron circunstancias excepcionales que justificaran lo contrario.

IV. EVALUACIÓN DE DAÑOS Y COMPENSACIÓN

El Tribunal Arbitral analizó las reclamaciones de compensación de los Actores, quienes solicitaron un monto final de US\$95,400,000 en concepto de daños, incluyendo pérdidas directas, lucro cesante y costos relacionados con el proyecto “Las Olas”.

Los Demandantes argumentaron que el monto solicitado reflejaba el valor justo de mercado del proyecto al momento de la supuesta expropiación indirecta. Respaldaron su reclamo con un informe pericial que utilizaba un modelo híbrido basado en proyecciones de flujo de caja descontado (DCF) y una valoración de mercado comparativa. Sin embargo, Costa Rica cuestionó tanto las bases fácticas como las metodologías empleadas en el cálculo de los daños. El Estado argumentó que el proyecto “Las Olas” nunca había estado operativo ni había generado ingresos, lo que hacía inaplicable el modelo de DCF. Además, destacó la falta de documentación adecuada y la naturaleza especulativa de las proyecciones presentadas por los Demandantes.

El Tribunal concluyó que el proyecto no podía ser considerado una empresa en funcionamiento (“*going concern*”), ya que no existían ventas significativas ni datos históricos que sustentaran las proyecciones de ingresos. En su lugar, aceptó el enfoque alternativo propuesto por el experto de Costa Rica, quien utilizó un método basado en costos históricos ajustados para reflejar la realidad del mercado en 2011, fecha clave para la valoración. Este método identificó un valor total de

US\$2,720,160, correspondiente a los costos legítimos relacionados con el proyecto y la compra de terrenos. Sin embargo, los árbitros también señalaron que los Actores no eran propietarios de todos los lotes asociados al proyecto, lo que requería un ajuste adicional en el cálculo.

En cuanto a los intereses, el Tribunal evaluó las tasas propuestas por ambas partes y concluyó que los intereses previos al laudo debían calcularse utilizando tasas comerciales razonables. Sin embargo, dado que las reclamaciones de los Demandantes se desestimaron, esta cuestión no tuvo impacto práctico.

Finalmente, el Tribunal rechazó la reclamación total de daños presentada por los Accionantes. Determinó que estos no lograron demostrar de manera suficiente el vínculo directo entre las medidas adoptadas por Costa Rica y las pérdidas alegadas. Además, destacó la falta de evidencia sólida para sustentar las cifras reclamadas, señalando que las proyecciones eran en gran medida especulativas y carecían de respaldo en la realidad del mercado.

El Tribunal resolvió que no había base para otorgar la compensación económica solicitada por los Demandantes, justificándose en que las medidas adoptadas por Costa Rica constituían un ejercicio legítimo de su soberanía regulatoria y no resultaron en un daño compensable bajo el DR-CAFTA.

V. DECISIÓN SOBRE COSTAS

El Tribunal Arbitral, al resolver sobre las costas del procedimiento, aplicó las disposiciones relevantes del artículo 10.26 del DR-CAFTA y las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI.

Los Demandantes solicitaron que Costa Rica asumiera la totalidad de las costas y honorarios legales del procedimiento arbitral. Argumentaron que las acciones de Costa Rica, al destruir su inversión, los obligaron a iniciar el arbitraje bajo el DR-CAFTA para recuperar sus pérdidas. En su argumentación, este costo debía ser asumido por Costa Rica, ya que había incumplido sus obligaciones bajo el tratado.

Por su parte, Costa Rica sostuvo que los Accionantes debían asumir todas las costas del procedimiento, incluidos los honorarios legales del Estado. El argumento principal fue que los demandantes presentaron un caso infundado, lo que incrementó innecesariamente la complejidad y duración del arbitraje.

El Tribunal reconoció que, según las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, el principio general es que la parte perdedora debe asumir las costas del arbitraje. Sin embargo, estas reglas también otorgan discreción al tribunal para asignar las costas de manera diferente si las circunstancias lo justifican. En este caso, los árbitros consideraron varios factores: 1. complejidad del caso: aunque el caso presentaba ciertos elementos técnicos, el Tribunal observó que gran parte de la complejidad se debía a las acciones y omisiones de ambas partes, incluidas las inconsistencias en los documentos y las contradicciones en las posiciones de las autoridades costarricenses. 2. conducta de los Demandantes: los árbitros señalaron que los Actores actuaron con falta de transparencia durante el desarrollo del proyecto “Las Olas”. Omitieron divulgar información clave, como el informe Protti, y fragmentaron las propiedades para eludir requisitos regulatorios. Y, 3. capacidad económica: considerando que los Demandantes no eran grandes inversionistas institucionales, el

Tribunal evaluó la equidad de imponerles la carga total de las costas, dado que ya habían arriesgado una parte significativa de su patrimonio en el proyecto.

Con base en este análisis, el Tribunal resolvió que cada parte debía asumir sus propios costos legales y de representación, y que los Demandantes debían asumir su parte y la parte correspondiente de Costa Rica en los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral, así como los costos administrativos del procedimiento.

Conclusión: El Tribunal concluyó que las medidas adoptadas por Costa Rica para proteger el medio ambiente eran un ejercicio legítimo de su soberanía regulatoria. Si bien reconoció que algunas acciones no cumplieron plenamente con los estándares internacionales de trato justo y equitativo bajo el DR-CAFTA, determinó que estas no configuraban una expropiación indirecta. Asimismo, rechazó las reclamaciones de compensación económica de los Demandantes al considerar que no lograron probar un vínculo directo entre las medidas del Estado y las pérdidas alegadas.

Disidencia: No hubo disidencia.

Ubicación del precedente: Disponible en:

https://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C4866/DS11491_En.pdf

Consultado el 15/12/2024.

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

FÁBRICA DE VIDRIOS LOS ANDES, C.A. Y
OWENS-ILLINOIS DE VENEZUELA, C.A. vs. REPÚBLICA
BOLIVARIANA DE VENEZUELA, EXPEDIENTE CIADI No.
ARB/12/21

Yarubith Escobar Bastidas¹

Fecha: 13 de noviembre de 2017

Tribunal: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).
Miembros del Tribunal Arbitral: Profesor Hi-Taek Shin (Presidente), L. Yves Fortier, Q.C.
(Árbitro), Profesor Zachary Douglas, Q.C. (Árbitro).

Hechos: Fábrica de Vidrios Los Andes, C.A. (Favianca) y Owens-Illinois de Venezuela, C.A. (OIdV) (en adelante las Demandantes) son dos sociedades constituidas en Venezuela, pero controladas por la empresa OI European Group B.V. (OIEG), una persona jurídica establecida en el Reino de los Países Bajos, la cual poseía más del 70% de las acciones de las Demandantes.

Las Demandantes se dedicaban al negocio de la fabricación de envases de vidrio en Venezuela, con notable éxito². La controversia surgió a raíz de la expropiación de las dos plantas más grandes de producción de estos envases, ubicadas en el país, las cuales eran estratégicamente relevantes para la industria de alimentos y bebidas, tanto para el mercado nacional como internacional.

En octubre del 2010, y en el contexto de una política de nacionalización de sectores económicos claves, el gobierno de Hugo Chávez, ordenó la expropiación de las mencionadas plantas de producción bajo la justificación de que las mismas eran de “utilidad pública y social”³.

¹ Cursante del LL.M en Resolución de Disputas en la University of Missouri-Columbia. MBA (International Business) por la San Ignacio University de Miami, mención Cum Laude. Certificada por el Programa Avanzado de Estudios en Arbitraje de la Universidad Monteávila. Abogada y Licenciada en Estudios Internacionales por la Universidad Central de Venezuela.

² GONZÁLEZ, Elvins H., “Favianca: creada como motor económico e industrial para el fortalecimiento y desarrollo de Valera”. Diario de Los Andes. 2019.

<https://diariodelosandes.com/favianca-creada-como-motor-economico-e-industrial-para-el-fortalecimiento-y-desarrollo-de-valera/>

³ El concepto de “utilidad pública y social” fue muy esgrimido durante el gobierno de Hugo Chávez como cimiento para justificar políticas de expropiación masivas en numerosos sectores de la economía venezolana. Aunque el término tiene base jurídica en el marco constitucional y legal venezolano, su aplicación durante esta etapa se desvió de sus propósitos originales, llevándolo a ser objeto de abuso político y económico.

En otras palabras, este caso se produjo como consecuencia de una expropiación realizada por parte del Estado venezolano, que incluyó la toma de la fábrica de vidrios por parte del antiguo Instituto para la Defensa de las Personas en la Adquisición de Bienes y Servicios (INDEPABIS)⁴.

En este orden de ideas, las Demandantes iniciaron un arbitraje ante el CIADI contra la República Bolivariana de Venezuela (en adelante la Demandada) basándose en las estipulaciones del Tratado Bilateral de Inversiones (TBI) suscrito entre Venezuela y los Países Bajos⁵.

En casos de medidas expropiatorias, tanto el derecho internacional como el propio TBI invocado en este caso, estipulaban que las Demandantes recibieran de manera adecuada e inmediata una justa compensación, lo cual no ocurrió.

En este sentido, las Demandantes argumentaron que la expropiación fue ejecutada de manera ilegal, sin previo aviso y sin la debida indemnización. Además, señalaron que el comportamiento general de la Demandada con respecto a las inversiones de las Demandantes en territorio venezolano violaba múltiples obligaciones estipuladas en el TBI.

La controversia fue presentada ante el CIADI el 20 de julio de 2012 y fue registrada por la secretaría general el 10 de agosto de 2012.

Otro hecho importante a la luz de este caso, es que el 24 de enero de 2012, Venezuela denunció el Convenio CIADI, y dicha denuncia se hizo efectiva 6 meses después, es decir, el 25 de julio de 2012, de conformidad con el artículo 71 del Convenio CIADI⁶.

Del mismo modo, se hace necesario mencionar que el 30 de abril de 2008, la Demandada proporcionó a los Países Bajos el aviso de terminación del TBI. Dicha terminación tuvo efecto una vez transcurridos 6 meses desde la fecha del aviso, por lo que el TBI concluyó efectivamente el 1 de noviembre de 2008.

Otro dato importante para este caso, es que el accionista mayoritario de las Demandantes, OIEG, inició un procedimiento de arbitraje paralelo, cuyas partes eran OI European Group B.V. contra la República Bolivariana de Venezuela (Caso CIADI No. ARB/11/25), en virtud de este TBI (entre Venezuela y Países Bajos). El Tribunal de este arbitraje paralelo dictó su laudo el 10 de marzo de 2015 mediante el cual se otorgó por unanimidad una indemnización por daños y perjuicios a OIEG.

Este caso representa no solamente un conflicto económico, sino que también plantea grandes interrogantes sobre hasta dónde llega el alcance y los límites de las políticas expropiatorias en el marco del derecho internacional. Asimismo, cuestiona la efectividad de los TBI para proteger las inversiones extranjeras contra medidas unilaterales de los Estados, y examina las restricciones de los derechos de los inversionistas tras la denuncia del Convenio CIADI, entre otros asuntos.

⁴ TORREALBA, José G. “Una aproximación a los criterios jurisprudenciales sobre los efectos de la denuncia de la Convención CIADI: Con especial referencia al caso Favianca”, *Revista MARC*, 1era Edición, 2018.

⁵ Tratado de fecha 22 de octubre de 1991, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1993.

⁶ Artículo 71 del Convenio CIADI: *Todo Estado Contratante podrá denunciar este Convenio mediante notificación escrita dirigida al depositario del mismo. La denuncia producirá efecto seis meses después del recibo de dicha notificación.*

Pretensión: En términos generales, las Demandantes solicitaron que el Tribunal declarara que Venezuela había violado el TBI al decretar y ejecutar expropiaciones ilegales, así como al no cumplir con su obligación de otorgarles un trato justo y equitativo⁷. Adicionalmente, incluyeron entre sus alegaciones que no se efectuó un procedimiento transparente para establecer el valor de las dos plantas expropiadas.

En esencia, lo que se buscaba era el reconocimiento de las violaciones cometidas por el Estado receptor de la inversión y el otorgamiento de una indemnización sustancial que reflejara el valor real de los activos de los cuales habían sido despojados de manera forzosa, sumado a las pérdidas económicas generadas por dicha medida.

Veamos otras pretensiones solicitadas por los Demandantes:

1. Ordenar a la República Bolivariana de Venezuela pagar daños y perjuicios por un monto no inferior a USD 1.033.052.912,00.
2. Estipular el pago de intereses compuestos sobre la indemnización, calculados a una tasa de LIBOR + 4% desde la fecha de la expropiación hasta el momento del pago⁸.
3. Cubrir los costos del arbitraje, incluyendo los honorarios legales.

Contestación: La Demandada objetó la jurisdicción del Tribunal Arbitral bajo el CIADI y sostuvo que no hubo incumplimiento del TBI por parte de la República Bolivariana de Venezuela. Asimismo, la Demandada alegó que la expropiación fue decretada y ejecutada en concordancia con Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social⁹, lo que de acuerdo con su criterio revestía la medida de legalidad de conformidad con la normativa interna.

Venezuela negó cualquier violación al TBI y sostuvo que el procedimiento expropiatorio respetó todas las garantías plasmadas en dicho instrumento jurídico.

En cuanto al cuestionamiento de la jurisdicción del Tribunal, la Demandada afirmó que la denuncia al Convenio CIADI en el 2012, anulaba la obligación de someterse a procedimientos arbitrales iniciados con posterioridad a la denuncia. En otras palabras, la Demandada planteó una excepción a la jurisdicción *ratione voluntatis* fundamentando que no hubo consentimiento mutuo de las Partes para someter la disputa ante el CIADI, previo a que Venezuela denunciara el Convenio. Adicionalmente, la Demandada planteó una excepción a la jurisdicción *ratione temporis*, en virtud que las inversiones realizadas por las Demandantes se hicieron con posterioridad a la terminación del TBI (2008).

⁷ En violación de los Artículos 3(1), 3(2), 3(4) y 6 del TBI entre Venezuela y los Países Bajos.

⁸ LIBOR + 4% es una fórmula para calcular una tasa de interés que combina la LIBOR (London Interbank Offered Rate), una referencia global del costo de préstamos entre bancos, con un margen adicional del 4%. En el mundo del arbitraje, esta fórmula se utiliza para determinar los intereses aplicables a la indemnización, asegurando que las Demandantes sean compensadas por la pérdida del valor del dinero durante el tiempo transcurrido entre la expropiación y el pago efectivo.

⁹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nro. 37.475 de fecha 1 de Julio de 2002.

La Demandada alegó que la jurisdicción del CIADI dependía de la existencia del consentimiento mutuo del Estado receptor y del inversionista, y para que los derechos y obligaciones de las partes que surgen del consentimiento a la jurisdicción del CIADI pudieran hacerse efectivos, dicho consentimiento mutuo debía establecerse previamente a la denuncia del Convenio CIADI.

Lo interesante del presente caso, es que la Demandada ya se había retirado del Convenio CIADI (24 de enero de 2012) cuando las Demandantes dieron su consentimiento de iniciar un arbitraje ante dicho Centro en fecha 20 de julio de 2012 (pero durante los 6 meses). Por lo que Venezuela alegó que el Tribunal Arbitral no tenía jurisdicción para entrar a conocer los méritos de esta disputa.

Y finalmente, en cuanto a la compensación solicitada por las Demandantes, la Demandada sostuvo que la misma era injustificada y desproporcionada, en virtud del valor real de los activos sobre los que recayó la expropiación.

Decisión: Las decisiones tomadas por el Tribunal Arbitral se centraron en los temas de jurisdicción, costos y en las implicaciones y el alcance de la denuncia del Convenio CIADI, y se leen de la siguiente forma en el laudo:

- I. El Tribunal carece de jurisdicción respecto de la controversia que le fuera presentada.
- II. Cada Parte se hará cargo de sus propios costos y gastos legales.
- III. Las Demandantes se harán cargo de las costas del arbitraje

A continuación, se analizan con más detalle estos aspectos:

I. JURISDICCIÓN

El Tribunal llegó a la conclusión que no poseía jurisdicción para entrar a analizar el fondo de la disputa, en virtud de lo que, dado que Venezuela denunció el Convenio CIADI en fecha 24 de enero de 2012, aunado a la interpretación realizada del artículo 72 de dicho Convenio¹⁰, el consentimiento necesario para iniciar el arbitraje no estaba vigente al momento en que las Demandantes presentaron la solicitud del arbitraje.

Asimismo, teniendo en cuenta que el artículo 71 de Convenio CIADI establece un período de 6 meses antes de que la denuncia surta efecto, sumado al análisis del artículo 72, cuyos derechos solo aplicaban en caso de que el consentimiento para arbitrar se hubiera perfeccionado en un momento previo a la denuncia, lo cual no ocurre en este caso.

II. COSTOS DEL ARBITRAJE

En cuanto a los costos del arbitraje, el Tribunal ordenó que cada parte asumiera sus propios costos legales y que las Demandantes asumieran las costas del arbitraje.

¹⁰ Artículo 72 del Convenio CIADI: *Las notificaciones de un Estado Contratante hechas al amparo de los Artículos 70 y 71 no afectarán a los derechos y obligaciones, conforme a este Convenio, de dicho Estado, sus subdivisiones políticas u organismos públicos, o de los nacionales de dicho Estado nacidos del consentimiento a la jurisdicción del Centro dado por alguno de ellos con anterioridad al recibo de dicha notificación por el depositario.*

Dada la incertidumbre en torno a la interpretación de las disposiciones sobre la denuncia del Convenio CIADI, este laudo reflejó un enfoque equilibrado, al menos en cuanto a la decisión sobre los costos del arbitraje, ya que se tomaron en cuenta las acciones de ambas partes durante el proceso, por ejemplo, se tomaron en cuenta las múltiples recusaciones planteadas por Venezuela, que incrementaron los costos del procedimiento.

III. DENUNCIA DEL CONVENIO CIADI

El tema de la denuncia del Convenio CIADI realizada por Venezuela el 24 de enero de 2012 fue un tema medular dentro del análisis del Tribunal para determinar la jurisdicción sobre el caso. En este orden de ideas, el Tribunal analizó las implicaciones legales de la denuncia y el impacto de esta en el consentimiento para arbitrar bajo el TBI.

El Tribunal observó el consentimiento dentro del CIADI tiene un carácter jurídico distinto al consentimiento que se otorga para otras formas de arbitraje, debido a que el arbitraje CIADI está normado mediante un tratado multilateral, es decir; el Convenio CIADI tiene una existencia jurídica separada del TBI, y además posee sus propias disposiciones sobre cómo y cuándo un Estado contratante puede retirarse de dicho tratado y ya no estaría vinculado por los deberes y obligaciones allí estipulados.

A. Artículo 71 del Convenio CIADI:

Este artículo establece que la denuncia del Convenio CIADI entra en vigor 6 meses después de la notificación oficial al Centro, y en el caso de marras esto ocurrió el 25 de julio de 2012 (y 5 días antes de que se cumplieran estos 6 meses, las Demandantes presentaron su solicitud de arbitraje). Sobre esto, el Tribunal se pronunció enfatizando que el período de 6 meses cuenta para la membresía de Venezuela en el CIADI, mas no garantiza el consentimiento para arbitrajes presentados durante ese tiempo.

B. Artículo 72 del Convenio CIADI:

Este artículo estipula que los derechos y obligaciones que fueron adquiridos en un momento previo a la denuncia se mantienen válidos, si y solo si, el consentimiento para arbitrar estaba ya materializado con anterioridad a la denuncia. Concretamente sobre este punto, el Tribunal concluyó que en el presente caso no se había perfeccionado el consentimiento necesario y requerido entre las partes antes de la fecha de la denuncia, es decir antes del 24 de enero de 2012, esto en virtud que la solicitud de arbitraje no había sido presentada ante el Centro antes de ese momento. En otras palabras, el Tribunal decidió que no había base legal para que este caso avanzara bajo el marco del CIADI.

C. Impacto en el consentimiento al arbitraje:

El Tribunal concluyó que con la denuncia, Venezuela retiró su consentimiento para arbitrar ante el CIADI, salvo para aquellas disputas cuyo consentimiento hubiese sido consolidado con

anterioridad. En este sentido, el Tribunal hizo una interpretación restrictiva del ya mencionado artículo 72, limitando los derechos de los inversionistas si estos no han iniciado el procedimiento antes de la denuncia.

Conclusiones¹¹: El laudo Favianca es un ejemplo de las demandas arbitrales internacionales que se presentan después de que un Estado parte denuncie un tratado, pero antes de que la denuncia se haga efectiva.

Este laudo resalta la importancia de que los inversionistas extranjeros actúen con prontitud a la hora de presentar sus disputas, sobre todo cuando un Estado receptor de la inversión anuncia su intención de denunciar el Convenio CIADI. Por otro lado, este laudo refuerza la premisa de que el consentimiento para arbitrar no es automático. En este orden de ideas, se puede decir que el Tribunal Arbitral hizo un análisis restrictivo sobre los derechos de los inversionistas frente a los Estados, creando un quiebre en cuanto a criterios anteriores sostenidos por otros tribunales arbitrales en casos de Venezuela¹².

Este caso es particularmente relevante debido a la interpretación de los artículos 71 y 72 del Convenio CIADI que versan sobre los efectos de la denuncia y el alcance de la jurisdicción sobre disputas posteriores. En este sentido, también resulta curioso como el Tribunal en su análisis tuvo que determinar cómo estos dos artículos interactúan con el contexto de la expropiación.

Sin embargo, hay que recordar que Bolivia fue el primer país que denunció el Convenio CIADI, y desde entonces el criterio doctrinal había sido que los inversionistas aprovecharan los 6 meses que otorga el artículo 71 para presentar sus solicitudes de arbitraje, basados en las ofertas unilaterales de los TBI. Este criterio fue el sostenido por los tribunales de Blue Bank y Venoklim, más el caso Favianca rompe con dicho criterio y abre una línea de interpretación completamente diferente que podría constituir una vía de escape para los Estados. Algunos autores consideran que el laudo de Favianca creó una fisura en el sistema arbitral¹³.

No obstante, es necesario mencionar que a pesar de que Venezuela denunció el Convenio en el 2012, el país actualmente continúa enfrentando casos en el CIADI interpuestos antes, durante y después de la denuncia; y esto se debe, entre muchos elementos, al hecho de que Venezuela dio consentimiento para arbitrar en numerosos TBI, y a que en arbitraje de inversiones ante el CIADI los árbitros no están atados por criterios de otros laudos.

Disidencia: No hubo disidencia.

Ubicación del precedente: Disponible en:

https://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsidblobs/onlineawards/C2381/DS10810_Sp.pdf

¹¹ De la autora.

¹² Blue Bank y Venoklim.

¹³ TORREALBA, “Una aproximación a los criterios jurisprudenciales”.

VOCES: TRATO JUSTO Y EQUITATIVO – EXPROPIACIÓN – CLÁUSULA DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, WASHINGTON, D.C

MTD EQUITY SDN. BHD. AND MTD CHILE S.A v. REPUBLIC OF CHILE, CASE N° ARB/01/7

Juan Ignacio Goya¹ & María Celina Ubellart²

Fecha: 25 de mayo de 2004

Tribunal: Andrés Rigo Sureda (Presidente), Marc Lalonde y Rodrigo Oreamuno Blanco.

TBI aplicable: Chile-Malasia, 2012³.

Hechos: En 1997, MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. (“las Demandantes” o “los Inversores”), luego de que sus representantes participen de una serie de reuniones organizadas por el Gobierno de Chile para atraer inversiones extranjeras, decidieron embarcarse en un proyecto inmobiliario denominado “El Principal” en Pirque, Chile. Este proyecto consistía en construir, a escasos kilómetros de Santiago de Chile, una ciudad satélite autónoma con viviendas, servicios y comercios en un terreno originalmente zonificado para uso agrícola (el “Proyecto”). Es así que, la ejecución del proyecto dependía de un cambio en la normativa de uso de suelo.

La inversión fue “aprobada” por la Comisión de Inversiones Extranjeras de Chile (“la Comisión”), mediante una serie de contratos que autorizaban el ingreso de capital extranjero y formalizaban una serie de beneficios fiscales y cambiarios a favor de las Demandantes para su inversión en el proyecto inmobiliario en Chile. De estos contratos surgía explícitamente de que las Demandantes iba a desarrollar “*un proyecto inmobiliario en el terreno El Principal de Pirque. Dicho proyecto consiste en la construcción de una ciudad satélite autosuficiente, con casas, departamentos, colegios, hospitales, comercio, servicios, etc.*” (§54, traducción propia). Sin embargo, los contratos de inversión también aclaraban que no sustituían a los permisos de zonificación específicos ni otras autorizaciones necesarias.

Los Inversores confiaron en este apoyo formal de la Comisión y creyeron que existía una actitud favorable al Proyecto en todo el gobierno. Sin embargo, los Inversores desconocían que había otras autoridades gubernamentales chilenas que estaban en contra del Proyecto.

¹ Asociado en el área de Derecho Tributario en Marval O’Farrel Mairal. Abogado egresado con honores en la Universidad de Buenos Aires, con especialización en Derecho Tributario. Entrenador de la Universidad de Buenos Aires en la Competencia Internacional de Arbitraje de Inversión (CAII).

² Asociada en las áreas de Litigios y Arbitrajes en Brons y Salas. Abogada egresada con honores de la Universidad de Buenos Aires, con especialización en Derecho Privado. Docente de la materia de CPO “Arbitraje Comercial” en la cátedra de Roque J. Caivano. Entrenadora de la Universidad de Buenos Aires en la Competencia Internacional de Arbitraje de Inversión (CAII). Miembro del Comité Organizador de la Competencia Internacional de Arbitraje (CIA).

³ Convenio entre el Gobierno de Malasia y el Gobierno de la República de Chile sobre la promoción y protección de las inversiones. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw6060.pdf>

A medida que avanzaron los trámites, las autoridades chilenas contrarias al proyecto empezaron a mostrar resistencia. El Ministerio de Vivienda y Urbanismo (“el Ministerio”) indicó que la ubicación del Proyecto en Pirque no se alineaba con las políticas de desarrollo urbanístico del país, las cuales priorizaban la expansión hacia el norte de Santiago, no hacia el sur. Las solicitudes de modificación de zonificación, que en un principio parecía que iban a ser aprobadas, fueron rechazadas sistemáticamente, con fundamento en estudios y planes regulatorios que impedían la rezonificación.

Finalmente, en 1998, el Ministerio, luego de varias reuniones, rechazó formalmente el Proyecto, dejando a las Demandantes sin posibilidades de avanzar con el desarrollo inmobiliario. Para entonces, la empresa ya había realizado inversiones significativas y adquiridos compromisos financieros que no pudieron recuperarse.

Ante esta situación, las Demandantes alegaron que Chile (“la Demandada”) había violado el TBI al generar expectativas legítimas y razonables sobre la viabilidad del Proyecto y luego frustrarlas mediante medidas regulatorias.

En respuesta, la Demandada sostuvo que las decisiones tomadas estaban dentro de su soberanía regulatoria y que la Comisión solo estaba autorizada para aprobar la importación de fondos al país y, por el contrario, no tenía autoridad real para aprobar inversiones.

Pretensión: Las Demandantes solicitaron al Tribunal Arbitral que condenara a la Demandada a pagar una compensación integral por los daños sufridos. Sus principales reclamaciones se basaron en la violación de obligaciones internacionales bajo el TBI, incluyendo el incumplimiento del trato justo y equitativo (“TJE”), debido a la frustración de expectativas legítimas sumado a la aplicación de medidas discriminatorias y arbitrarias, y una expropiación indirecta que afectó la viabilidad y el valor de su inversión. La compensación pretendida incluía tanto los costos ya incurridos como una indemnización por la pérdida de oportunidades y expectativas razonables generadas por las acciones del Estado chileno.

Decisión:

I. JURISDICCIÓN Y ADMISIBILIDAD

El Tribunal Arbitral confirmó su jurisdicción bajo el Convenio CIADI y el TBI Chile-Malasia. Los demandantes demostraron que su inversión cumplía con los requisitos establecidos por el TBI y que era un “inversor” según el artículo 1(c)(ii). También se acreditó el cumplimiento de las disposiciones procesales, incluido el período de negociación previa, durante el cual intentaron resolver la disputa de manera amistosa antes de recurrir al arbitraje. La Demandada no presentó objeciones a la jurisdicción, lo que facilitó la aceptación de la competencia del tribunal.

II. MÉRITOS

A. *Trato Justo y Equitativo*

El Tribunal concluyó que la Demandada había violado su obligación de otorgar TJE a los inversores, consagrada en el artículo 2(2) del TBI Chile-Malasia. En su análisis, el Tribunal adoptó una visión proactiva del TJE, exigiendo al Estado no solo evitar acciones perjudiciales, sino también garantizar la coherencia y transparencia, de sus distintas reparticiones gubernamentales, frente a un mismo inversor. Este enfoque se deriva de precedentes como *Tecmed v. México*⁴, en los que se establece que el TJE incluye proteger las expectativas legítimas de los inversores y actuar sin ambigüedades ni contradicciones.

En este sentido, lo decisivo para el Tribunal y el holding de este caso fue que:

Chile también tiene la obligación de actuar de forma coherente y aplicar sus políticas de forma consistente, independientemente de lo diligente que sea el inversor. En virtud del derecho internacional (el derecho que este Tribunal debe aplicar a una controversia en virtud del TBI), el Estado de Chile debe ser considerado por el Tribunal como una unidad. El Tribunal está convencido, basándose en las pruebas que se le han presentado, de que la aprobación de una inversión por parte del FIC para un proyecto que va en contra de la política urbanística del Gobierno constituye un incumplimiento de la obligación de tratar a un inversor de forma justa y equitativa. (§§165, 166, traducción propia).

Consideramos que es importante destacar que el Tribunal dejó en claro que la sola aprobación de la Comisión no le otorgaba a las Demandantes el derecho a desarrollar el proyecto, sino que, el incumplimiento surgía el actuar incoherente de las distintas ramas del mismo gobierno. Asimismo, el Tribunal, como se explicará en mayor profundidad en el apartado de daños de esta ficha, tomó en cuenta la conducta poco diligente del inversor:

La conclusión del Tribunal no significa que Chile sea responsable de las consecuencias de decisiones empresariales imprudentes o de la falta de diligencia del inversor. Su responsabilidad se limita a las consecuencias de sus propias acciones en la medida en que violaron la obligación de tratar a los Demandantes de manera justa y equitativa. (§167, traducción propia).

En conclusión, la falta de coordinación entre las autoridades estatales fue incompatible con el estándar de TJE.

Esta decisión, introdujo como elemento novedoso que para la evaluación de las expectativas legítimas, en palabras de López Escarcena, existe un estándar exigente para los estados, al reconocer que el TJE implica no solo un comportamiento pasivo, sino un compromiso activo con la promoción y facilitación de la inversión⁵. En la misma línea, autoras como Alexandra Diehl, consideran que la decisión apoya la opinión de que incluso si las garantías del Gobierno son

⁴ *Técnicas Medioambientales Tecmed SA c. Estados Unidos Mexicanos*, CIADI ARB/00/2, 29/05/2003, Laudo §122.; Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/1087>

⁵ LÓPEZ ESCARENA, Sebastián, “La aplicación de la cláusula de la nación más favorecida y del trato justo y equitativo en la jurisprudencia internacional en materia de inversión extranjera. El caso MTD”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 2, Nro. 1, 2005, pp. 79-88.

ambiguas, y un inversor diligente y cuidadoso se hubiera dado cuenta de esta ambigüedad, el estado sigue teniendo un deber de coherencia y protección de las expectativas legítimas del inversor⁶. Sin perjuicio de que esto luego impacte en la cuantificación del daño.

Es así como este deber “activo” se materializa en garantizar que no se engaña a los inversores y que se les pone en situación de darse cuenta de cuáles son las verdaderas direcciones y motivos de la política gubernamental para el asunto en cuestión.

B. Expropiación Indirecta

El Tribunal subrayó que una expropiación indirecta requiere que haya una privación sustancial de los derechos o del valor económico de la inversión, lo que no ocurrió en este caso. La Demandada no se apropió del valor del proyecto ni transfirió beneficios económicos a terceros. En lugar de ello, las dificultades enfrentadas por MTD se derivaron de la imposibilidad de adaptar el uso del suelo del área destinada al proyecto inmobiliario, una decisión basada en políticas públicas legítimas y no en la intención de expropiar.

Asimismo, el Tribunal destacó el derecho soberano de los Estados a establecer y modificar políticas públicas, en este caso, políticas urbanas que priorizaban el desarrollo hacia el norte de Santiago y no hacia el sur, donde se encontraba el terreno en cuestión. Este tipo de decisiones se consideran una expresión de la potestad regulatoria del Estado y no constituyen una expropiación, salvo que se demuestre que las medidas son arbitrarias, discriminatorias o desproporcionadas, lo cual no fue el caso aquí.

Por otro lado, el Tribunal sostuvo que los obstáculos enfrentados por las Demandantes formaban parte de los riesgos comerciales asumidos por los inversores. La política urbana de la Demandada, así como las restricciones, eran conocidas o podrían haber sido anticipadas por los Demandantes durante la etapa de *due diligence* previa a la inversión. Además, el Tribunal señaló que los contratos de inversión suscritos con el Comité no garantizaban la aprobación automática de todos los permisos necesarios, lo que era un riesgo inherente al proyecto.

Por último, el Tribunal también analizó casos previos como *Tecmed v. México*, donde se establecen parámetros sobre expropiación indirecta. En ambos precedentes, se enfatiza la necesidad de demostrar un impacto grave y sustancial sobre los derechos económicos del inversor. En el caso de MTD, si bien la negativa de la Demandada afectó la viabilidad del proyecto, no alcanzó el nivel de privación sustancial necesario para constituir una expropiación bajo el estándar internacional.

C. Cláusula de Nación más Favorecida

El Tribunal reconoció que la Cláusula de Nación Más Favorecida (“CNMF”), podía ser invocada por los inversionistas para ampliar las protecciones obtenidas bajo el TBI Chile-Malasia. En el presente caso, las Demandantes utilizaron esta cláusula para invocar disposiciones más favorables contenidas en los tratados de la Demandada con Dinamarca y Croacia, que ofrecían términos más

⁶ DIEHL, Alexandra, *The Core Standard of International Investment Protection*, International Arbitration Law Library, Vol. 26, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2012, pp. 374-375.

beneficiosos para los inversionistas, especialmente en aspectos clave como la emisión de permisos y el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

La CNMF establece que cualquier tratamiento favorable otorgado a los inversionistas de un tercer Estado debe ser extendido a los inversionistas de otro Estado contratante, en este caso, Malasia. Esto permitió a los demandantes comparar las protecciones previstas en el TBI Chile-Malasia con las disposiciones más favorables contenidas en los tratados de la Demandada con Dinamarca y Croacia.

En este contexto, las Demandantes argumentaron que el incumplimiento por parte de la Demandada en relación con la emisión de permisos y el incumplimiento de sus obligaciones contractuales no solo constituía una violación del TJE bajo el TBI Chile-Malasia, sino que también debía evaluarse a la luz de los términos más favorables de los tratados con Dinamarca y Croacia, que contenían normas de protección favorables para los inversionistas.

El Tribunal concluyó que la CNMF permitía extender las protecciones ofrecidas en el TBI Chile-Dinamarca y el TBI Chile-Croacia a los inversionistas malayos. Esto implicaba que, de conformidad con estos tratados, la Demandada no sólo estaba obligada a garantizar la protección básica de las inversiones, sino también a cumplir con las expectativas razonables de los inversionistas, incluyendo la obligación de proporcionar los permisos necesarios para llevar a cabo las inversiones aprobadas.

No obstante, el Tribunal también reconoció los límites inherentes a la CNMF. Aunque esta cláusula permite a los inversionistas de un Estado reclamar el beneficio de disposiciones más favorables de otros tratados, su aplicación no es absoluta. En particular, cuando un tratado establece mecanismos de resolución de disputas más restrictivos o dispone que se debe recurrir a un sistema judicial nacional en lugar del arbitraje internacional, la CNMF no puede prevalecer para permitir el uso de un sistema de arbitraje distinto.

D. Compensación

El Tribunal determinó que la compensación debía reflejar el monto invertido por los demandantes en la adquisición del terreno y en otros costos directamente relacionados con el proyecto fallido. Esto incluyó los costos financieros y administrativos, así como otros gastos necesarios para ejecutar la inversión.

Sin embargo, a la hora de cuantificar el daño, el Tribunal consideró que *“El TBI no es una póliza de seguro en contra del riesgo empresarial, y el tribunal considera que los Demandantes deben asumir las consecuencias de sus propias acciones como empresarios experimentados. Su elección de socio, la aceptación de la valoración del terreno basada en supuestos futuros sin protegerse contractualmente en caso de que los supuestos no se materializaran, incluida la emisión de los permisos de desarrollo requeridos, son riesgos que las Demandantes asumieron independientemente de las acciones de Chile”* (§§178, traducción propia). En este sentido resolvió que debía reducir los daños en un 50% en concepto de “riesgo empresarial”. Asimismo, las Demandantes incluyeron en sus pretensiones la compensación del valor de las ganancias futuras que

habrían obtenido si el proyecto se hubiera completado. Sin embargo, el Tribunal rechazó esta solicitud al considerar que tales proyecciones eran demasiado especulativas. Señaló que el proyecto no había alcanzado un punto de avance significativo y que las ganancias dependían de una serie de factores demasiado inciertos, como la aprobación de permisos y la demanda del mercado inmobiliario.

El Tribunal otorgó intereses sobre el monto de la compensación desde la fecha de la violación (es decir, cuando se bloqueó el proyecto) hasta el momento del pago efectivo. Esto se hizo para garantizar que los demandantes fueran completamente indemnizados por el tiempo transcurrido. Los intereses se calcularon utilizando una tasa razonable, alineada con precedentes internacionales.

El monto final otorgado a las Demandantes fue de USD 5.871.322,42, más intereses. Este total reflejaba una estimación de los costos en los que incurrieron los demandantes debido a la conducta de la Demandada que violó el TJE, junto con los intereses acumulados.

Disidencia: No hubo disidencia.

Anulación: Pese a que el 20 de septiembre de 2004, la Demandada interpuso ante la Secretaría General del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones una Solicitud de anulación, esta fue desistida.

Ubicación del precedente: Disponible en: <https://www.italaw.com/>

VOCES: ACUERDO ARBITRAL – COSA JUZGADA – CONTRATO DE CONCESIÓN – TRATO JUSTO Y EQUITATIVO

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

TELEFÓNICA, S.A. v. REPUBLIC OF COLOMBIA, ICSID CASE No. ARB/18/3

Bryan Daniel Tapia¹

Fecha: 12 de noviembre de 2024

Tribunal: Tribunal Arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) constituido por el Sr. José Emilio Nunes Pinto, el Prof. Horacio A. Grigera Naón, y el Sr. Yves Derains.

Hechos: El caso se refiere a una controversia sometida al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, en virtud del Acuerdo entre la República de Colombia y el Reino de España para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, suscrito el 31 de marzo de 2005, así como del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, que entró en vigor el 14 de octubre de 1966.

La parte Demandante es Telefónica S.A. (en adelante "Telefónica"), una sociedad constituida conforme a la legislación del Reino de España, la parte Demandada es la República de Colombia (en adelante "Colombia").

La disputa surge a partir de una serie de medidas de Colombia que, según Telefónica, habrían afectado sus inversiones en el sector de telecomunicaciones, estas medidas están relacionadas con la aplicación e interpretación del régimen jurídico de los Contratos de Concesión No. 000001, 000002 y 000003, suscritos el 28 de marzo de 1994, para la prestación de servicios de telefonía móvil celular.

Con el objetivo de atraer inversiones en este sector, Colombia impulsó la modificación de normas para que al término de la concesión solo el espectro radioeléctrico revertiría al Estado, de este modo la Ley 422 de 1998 y la Ley 1341 de 2009 limitaron la reversión exclusivamente al espectro radioeléctrico para los contratos celebrados tras su entrada en vigencia, sin embargo, la Contraloría General de la Nación cuestionó la constitucionalidad de los artículos 4 de la Ley 422 y 68(4) de la Ley 1341, este cuestionamiento dio lugar a la Sentencia C-555 del 2013, que anuló la aplicación de la disposición de reversión establecida en los Contratos de Concesión, dejando sin efecto la Aclaración Legal de Reversión prevista en tales disposiciones.

¹ Estudiante de sexto año de la carrera de Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, ha participado en la XVI Competencia Internacional de Arbitraje – Moot UBA y la XVI edición del Moot Madrid. Asistente legal en Dac Beachcroft LLP, oficina de Lima.

En el 2017 el Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones de Colombia (en adelante "MinTIC"), bajo las reglas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá inició el procedimiento arbitral contra Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P (ColTel) y Comunicación Celular S.A. (COMCEL S.A.) al amparo de la cláusula compromisoria de los Contratos de Concesión. El objeto del arbitraje fue determinar la interpretación y aplicación de la reversión de los Contratos de Concesión bajo la Sentencia C-555, condenando finalmente a ColTel a pagar el monto de COL \$ 1.651.012.000.000 calculados desde 1994 hasta 2013, de los cuales Telefónica debía sufragar la parte de correspondiente de su tenencia accionaria en ColTel (67,5%), equivalente a US\$ 379.804.275.55. (en adelante "arbitraje doméstico")

Pretensión: El Tribunal debe determinar si las medidas adoptadas por el Estado, la anulación de la aplicación de los artículos 4 de la Ley 422 de 1998 y 68(4) de la Ley 1341 de 2009 respecto a los Contratos de Concesión luego de que se realizó la inversión, vulneraron las expectativas legítimas de Telefónica y, en consecuencia, si constituyen una violación del Tratado.

Contestación: Colombia argumenta que la jurisdicción del Tribunal se limita a controversias reguladas por el Tratado, excluyendo asuntos relacionados con la interpretación y ejecución de la obligación de reversión en los Contratos de Concesión, además, señala que el MinTIC actuó dentro de sus derechos contractuales al iniciar el arbitraje doméstico, lo cual no constituye una violación del Tratado. Asimismo, el arbitraje doméstico fue resuelto con fuerza de cosa juzgada por el Tribunal Doméstico, impidiendo así su revisión bajo el derecho internacional.

Decisión:

I. JURISDICCIÓN Y ADMISIBILIDAD

La controversia central no radica en la interpretación de la Cláusula 33 de los Contratos de Concesión, ya resuelta mediante el arbitraje doméstico y confirmada por la Sentencia C-555 de la Corte Constitucional respecto a las Leyes 422 y 1341.

Telefónica cuestiona las acciones del Estado colombiano, argumentando que las medidas adoptadas en torno a esa interpretación configuran violaciones al Tratado, siendo este el aspecto que el Tribunal analizó, y sin que la cosa juzgada del arbitraje doméstico pueda afectar las decisiones del tribunal arbitral.

II. TRATO JUSTO Y EQUITATIVO

Telefónica no podía anticipar que, pese a la inclusión de los equipos en la reversión según la Cláusula 33 del Contrato de Concesión, no se le aplicarían las disposiciones de las nuevas leyes, dado que el contrato de concesión es a largo plazo, la empresa esperaba que pudiera adaptarse o modificarse conforme a un marco legal más favorable, como el establecido para los nuevos inversionistas en el mercado de telecomunicaciones en Colombia.

El Tribunal Arbitral concluye que Telefónica fue tratada de manera inequitativa por el Estado en comparación con otros operadores en una situación similar, además, determina que la cuestión planteada ante la Corte Constitucional estaba fundada y no ponía en riesgo lo dispuesto por el

Artículo 75 de la Constitución en relación con el uso del espectro radioeléctrico. Colombia ignora que, como resultado de la decisión de la Corte Constitucional, el trato desigual efectivamente causó daño a Telefónica.

Telefónica tenía razones sólidas para concebir que la reversión se limitaría al espectro radioeléctrico y, por tanto, que la Sentencia C-555 operó una drástica modificación del marco normativo que razonablemente debía entenderse aplicable y, que al no ser así, hizo que Telefónica viese frustradas sus expectativas las cuales el Tribunal Arbitral considera razonables, justificadas y legítimas bajo el Trato Justo y Equitativo previsto en el Tratado.

Además, el tribunal arbitral señala que las expectativas legítimas comprenden la obligación del Estado de abstenerse de actos que impliquen alteración drástica del marco regulatorio que contribuyó a que el inversor hiciera su inversión, en este caso, el efecto aclaratorio de la reversión de las Leyes 422 y 1341 era parte relevante y fundamental del marco normativo existente al momento en el cual Telefónica hizo sus inversiones.

III. ESTÁNDAR DE REPARACIÓN Y CUANTIFICACIÓN

Al no tratarse de una expropiación y tampoco del pago pronto y efectivo en caso de expropiación, el Tribunal Arbitral entiende que debe aplicarse el estándar de reparación integral, lo que se ve confirmado por el texto del Artículo 10 (4) del Tratado, que define perjuicio como “*todo daño, tanto material como moral*”.

Telefónica planteó el reembolso del monto de la condena impuesta en el arbitraje doméstico, que ascendió a COP 1.651.012.000.000, o aproximadamente US\$546 millones, de los cuales Telefónica debió sufragar la parte correspondiente a su tenencia accionaria en ColTel (67,5%), equivalente a US\$379.804.275,55.

Hasta que la Corte Constitucional dictó la Sentencia C-555, tanto Telefónica como las autoridades del Ejecutivo y del Legislativo de Colombia estaban convencidas de que el efecto aclaratorio de la reversión de las Leyes 422 y 1341 había modificado los Contratos de Concesión para limitarla al espectro radioeléctrico, y así transcurrieron 15 años sin que nadie hubiese propuesto entendimiento distinto al mantenimiento de la reversión ilimitada.

Por ello, el Tribunal Arbitral condenó a Colombia a pagar a Telefónica el monto de US\$379.804.275,55 más intereses, según se establece a continuación:

- El Tribunal Arbitral decidió aplicar los intereses a una tasa del 5%, basada en la rentabilidad media de los bonos soberanos emitidos por Colombia en dólares americanos en el período 2017-2019, con madurez de 8-30 años.
- Los intereses deberán ser calculados y capitalizados anualmente a partir de la fecha en que se efectuó el pago de la condena impuesta en el arbitraje doméstico –es decir, a partir del 29 de agosto del 2017– fecha en que se materializa el daño sufrido por Telefónica, y hasta la fecha en el que el monto de la compensación otorgada a Telefónica en el presente Laudo haya sido pagada en su totalidad.

Disidencia: No hubo disidencia.

Ubicación del precedente: Disponible en:

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw182444.pdf> .

Consultado el 15 de noviembre de 2024.

VOCES: RECURSO DE NULIDAD TOTAL Y PARCIAL, ORDEN PÚBLICO, ANATOCISMO, VALIDEZ DEL LAUDO ARBITRAL EN ETAPA DE EJECUCIÓN DEL LAUDO

PARAGUAY

MOTA ENGIL INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN S.A. c/ REPÚBLICA DEL PARAGUAY - MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS Y COMUNICACIONES¹

Nicolas Eduardo Cabrera Ramírez² & Bianca Magalí Peralta Rojas³

Fecha: 22 de octubre de 2024

Tribunal: Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, Tercera Sala.

Hechos: Mota Engil Ingeniería y Construcción S.A. (“Mota Engil”) es una empresa multinacional con actividad centrada en la construcción y gestión de infraestructuras. En 2016, fue adjudicado de una licitación pública para que se encargará de construir en la República del Paraguay la infraestructura de un sistema de transporte que conectaría las ciudades de Asunción, Fernando de la Mora y San Lorenzo denominado “Metrobús”.

Tras diversos desentendimientos entre el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones (“MOPC” o “Estado Paraguayo”) y Mota Engil, se generaron varios retrasos en la ejecución y avances del Metrobús, el MOPC rescindió el contrato entre ambas partes.

Eventualmente esto conllevó a una demanda por parte de Mota Engil contra el Estado Paraguayo - MOPC en sede arbitral. En el cual demandó al MOPC por los perjuicios generados en concepto de daño emergente, lucro cesante, daño a la imagen y reputación, entre otros conceptos.

Finalmente, el Tribunal Arbitral resolvió mediante Laudo Final del 08 de diciembre de 2023 (“Laudo”) las pretensiones realizadas por ambas partes. Ordenado al resarcimiento de diversos conceptos, a favor tanto del demandado como la demandante, más intereses e intereses compuestos. Aunque, si bien a ambas partes se les hizo lugar de mayor o menor medida sus pretensiones, Mota Engil tuvo un mayor premio que el MOPC en el decisorio del Laudo.

Dentro de este contexto, el Estado Paraguayo, en representación del Ministerio de Obras Públicas, interpuso recurso de nulidad (tanto parcial como total) en contra del citado Laudo.

¹ Recurso de Nulidad c/ El Laudo Arbitral del 08 de diciembre de 2023.

² Relator del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, Sexta Sala; Asunción, Paraguay. Abogado en proceso de titulación por la Universidad Nacional de Asunción.

³ Relatora del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la Capital; Décimo Turno; Asunción, Paraguay. Estudiante de cuarto año de la carrera de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción.

Pretensión: El Estado Paraguay recurre mediante la interposición del recurso de nulidad el Laudo. Con esto pretenden:

I. NULIDAD TOTAL DEL LAUDO

Debido a que el mismo se dictó fuera del plazo acordado por las partes, que fuera de 9 meses, siendo dictado el Laudo 1 año, 2 meses y 20 días después. Señalaron que la inobservancia de los plazos perjudica la seguridad jurídica del arbitraje y coloca a las partes en una situación de grave incertidumbre y debido a esto, afectó la tutela de los derechos del Estado Paraguay. Con ello, se afecta el orden público, el cual, es una causal de nulidad del laudo, de conformidad a la Ley de Arbitraje. Así también la extemporaneidad del dictado perjudicó al nulidicente al abultar considerablemente el rubro de los intereses moratorios, existiendo así un perjuicio certero con la extemporaneidad citada.

II. NULIDAD PARCIAL DEL LAUDO

Interpuesto de manera subsidiaria, debido a que la condena indemnizatoria es violatoria al orden público, puesto a que se reconoció que el daño alegado no fue probado adecuadamente y que el lucro cesante no es indemnizable. Así, la condena de daños no se compadece con ninguno de los tipos de daños reconocidos por el derecho paraguayo. Así también la condena accesoria de intereses es violatoria del orden público, puesto que los intereses compuestos se refieren a un rubro que capitaliza intereses, lo cual, está prohibido de conformidad al artículo 44 de la Ley Orgánica del Banco Central del Paraguay, concordante con el artículo 475 del Código Civil Paraguayo. Y la condena accesoria de costas, no se ajusta al procedimiento arbitral, debido a que se omitió el prorrateo proporcional de costas en favor del Estado Paraguay, apartándose así de lo dispuesto en el artículo 42 del Reglamento de la CNUDMI, ya que Mota Engil resultó perdedora respecto del 70% de sus pretensiones, y por ende, debió soportar estos gastos.

Contestación: Mota Engil contestó el traslado indicando:

I. RESPECTO A LA NULIDAD TOTAL PLANTEADA

El procedimiento arbitral se ha ajustado a los acuerdos celebrados entre las partes, debido a que no existía un plazo concreto y absoluto para que el Tribunal Arbitral emitiera el Laudo. Y que el plazo de 9 meses señalado por el Estado Paraguay era meramente orientativo ni se condicionó la validez de este Laudo al cumplimiento de dicho plazo. Así tampoco el Estado Paraguay no realizó ningún reclamo respecto al plazo ante el Tribunal Arbitral en su momento, renunciando de esta forma al derecho a objetar este supuesto; y,

II. RESPECTO A LA NULIDAD PARCIAL PLANTEADA

Señalaron que no hubo un perjuicio para el Estado Paraguay, ya que incluso se ejecutaron las garantías en controversia a diversas órdenes procesales dictadas por el Tribunal Arbitral. Así también, que los intereses constituyen una consecuencia asociada a la demora del Estado Paraguay. Y que, al igual que la condena accesoria de intereses como también la condena

indemnizatoria se encuentra conforme al acuerdo entre las partes y respeta el orden público. Indicaron que tampoco se pueden analizar los criterios jurídicos adoptados por los árbitros, puesto que esto no es acorde a la finalidad del recurso de nulidad. Acotaron que el daño emergente fue probado y que este rubro se encuentra previsto en el ordenamiento positivo paraguayo, y que la distribución de las costas del arbitraje fueron determinadas conforme al acuerdo entre las partes. Así, el artículo 42 del Reglamento de la CNUDMI, refiere a una potestad del Tribunal Arbitral y conlleva una ponderación que han caracterizado al procedimiento arbitral. En este sentido, el Tribunal Arbitral tomó en cuenta la conducta del MOPC a la hora de la distribución de las costas

Decisión:

I. SOBRE LA NULIDAD TOTAL

El Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, Tercera Sala, señaló en primer lugar, que la nulidad del Laudo debido a la extemporaneidad del dictado del mismo no se encuentra previsto en la Ley de Arbitraje Paraguayo.

En segundo lugar, el preopinante señaló que bien es posible que surja la perentoriedad del laudo dependiendo del acuerdo de las partes. Sin embargo, en el presente caso, dado a su extensa complejidad, tanto documental, probatoria y alegatoria e incluso por las reglas del procedimiento acordado por las mismas partes y el Tribunal Arbitral, en donde no tuvieron objeciones a las mismas, no se puede concluir que el plazo en el que se dictó finalmente el Laudo sea una causal de nulidad total de aquel. E incluso, dentro del Acta de Constitución Arbitral, donde se estableció expresamente el procedimiento que debía seguirse en caso de retardos del Tribunal Arbitral en el dictado del Laudo Final. En el cual, la solución no era la sanción de nulidad del Laudo, sino que únicamente establecía que las Partes podrían solicitar actualizaciones, a las cuales el Tribunal Arbitral debería de comunicarlas.

Dentro de este contexto, no se visualizaron de las constancias del proceso arbitral que el Estado Paraguayo siquiera haya activado este mecanismo. Tampoco se vió, que las Partes dentro del proceso hayan objetado estas reglas, con lo cual, las disposiciones establecidas en el Acta de Constitución Arbitral tienen plena fuerza y eficacia y las partes se ven indefectiblemente impedidas de ir en contra de sus propios actos. Por lo cual, el Tribunal no dió cabida a la nulidad total reclamada por el Estado Paraguayo.

II. SOBRE LA NULIDAD PARCIAL

El Tribunal analizó los agravios señalados por el Estado Paraguayo, agrupándolos en los siguientes tópicos:

A. Nulidad de la Condena por daño emergente y por ejecución de la garantía

Este punto contiene una condena de resarcimiento de la suma de EUR 4.905.260,57 por la ejecución indebida de la garantía de incumplimiento y de EUR 121.000 en concepto de gastos incurridos por Mota Engil.

Así el Tribunal afirma que este punto condenatorio del Laudo, admite de manera confiesa, que se está indemnizando el daño a un sujeto tercero, que no fue el que sufrió el daño, y que, por lo mismo, se está obligando al pago de una suma de dinero en concepto de reembolso de la Garantía de Cumplimiento, al mismo tiempo que se afirma, en forma abierta y declarada, que la reclamante no fue la que pagó dicha suma.

Así también que, frente a cualquier lesión de un derecho de crédito, el sujeto frente a quien se podrá obtener la tutela resarcitoria es, naturalmente, el sujeto pasivo de dicho crédito.

Va dicho con ello que, en vía normal, el incumplimiento es impugnabile solamente al deudor, porque solamente él está obligado a prestar al acreedor la propia cooperación para satisfacer la expectativa de éste mientras que los terceros extraños no están obligados a desarrollar una actividad positiva para satisfacer tal expectativa.

Lo cual, no es coherente a lo dispuesto a lo largo y ancho del Código Civil Paraguayo, ya que se aduce de la lectura de varios artículos de dicho código normativo que, en línea con la tutela típica de los intereses se encuentra la tipicidad en las conductas que pueden ser causantes de daños antijurídicos, donde se sigue que la definición de daño en nuestro ordenamiento jurídico, así como la definición de los sujetos tutelados y legitimados a reclamarlos, conforman la esencia misma de nuestro sistema de responsabilidad civil. Y que, por estos motivos, componen el orden público nacional. Entonces, queda claro que el régimen de responsabilidad en nuestro derecho se basa en que el deudor queda obligado solo frente a su acreedor, por cualquiera de las circunstancias previstas en la ley.

En efecto, el Tribunal señaló que aunque el pago haya sido hecho por una empresa relacionada con Mota Engil, en toda probabilidad dicha empresa relacionada tendría derecho a reclamar a Mota Engil dichos montos. Para posteriormente concluir que (a pesar de que el pago a la reaseguradora Swiss Re fue realizado por una empresa relacionada, el Tribunal reconoce el daño sufrido por Mota-Engil bajo este concepto.

Establece que, de forma palmaria, que, si bien el Tribunal Arbitral reconoció el daño en un sujeto, mismo que no formó parte del proceso arbitral, terminó, de alguna forma, reconociendo el mismo daño en favor de la demandante, Mota-Engil, por lo que, expresamente atribuyó a la demandante un supuesto perjuicio que, confesamente, concluyó fue sufrido por un tercero.

Por lo que, en el presente caso se enmarca dentro de los estándares aceptados por la doctrina y jurisprudencia jurídica como causal de nulidad por violación del orden público. Conforme a lo mismo, se impone la nulidad del literal “e”. Asimismo, puesto que el literal “f” es accesorio al “e”, corresponde también su consecuente nulidad conforme el axioma *accessorium sequitur principales*; y, asimismo, sin perjuicio de que los demás apartados que se ocupen específicamente de la condena de intereses se encuentren, también, afectados por vicios autónomos que enfrentan contra el orden público.

El Tribunal sostiene que, las consecuencias de este Laudo, y su razonamiento, son contrarios al orden público, pues permiten la condena al pago de una suma de dinero que no ha sido probada en

juicio, simplemente alegada, y que tal extremo choca contra los valores e ideas fundamentales del derecho paraguayo, contra su orden público, por lo que, en estas condiciones, el literal “i” configura plenamente las causales previstas en el art. 40 inc. b), por los efectos y consecuencias que ello tiene para el orden público, desde que permiten entender que el derecho paraguayo admite un fallo que se basa en las afirmaciones unilaterales de una de las partes, en su “metodología”, prescindiendo completamente de la obligación de probar y, de hecho, del concepto mismo de prueba, que es una idea o noción fundamental de justicia del sistema. La nulidad del literal “i” implica, nuevamente en aplicación de que lo accesorio sigue a lo principal, automáticamente la nulidad del apartado “j” por que es accesorio a éste, sin perjuicio de que, como se verá más abajo, estas condenas también son nulas en sí mismas, por ser contrarias al orden público la forma de condena de intereses que ha utilizado el Laudo.

B. Nulidad de los accesorios de la condena sustancial (intereses)

El laudo impugnado contiene apartados que imponen intereses sobre condenas sustanciales y de costas.

En este pronunciamiento, en el sentido de haber sido anulados por tratarse de accesorios de condenas sustanciales sobre las que también recayó una declaración de nulidad, sin embargo mencionan a su vez que, también le son aplicables las consideraciones sobre intereses compuestos, ya que se le condenó al Estado paraguayo a abonar sumas de dinero bajo ese título, y considerando que el derecho aplicable para la resolución del caso es el paraguayo, fue preciso que se traiga a colación lo dispuesto en el Código Civil Paraguayo, que dispone que no podrán estipularse intereses moratorios o compensatorios ni comisiones superiores a las tasas máximas establecidas por el Banco Central del Paraguay, bajo pena de nulidad de la cláusula respectiva.

Por lo que en estos se establece que, los intereses compuestos, al calcularse sobre intereses devengados, constituye anatocismo, lo que se encuentra expresamente prohibido en el derecho paraguayo.

El Tribunal señaló que no se pretende perder de vista que el principio de la autonomía de la voluntad; es protagonista en las relaciones de derecho privado nacional o internacional, pero esa autonomía se encuentra limitada por las normas de carácter imperativo que, precisamente, lo que persiguen es la protección al orden público y a la sociedad en general. Que, es evidente que las partes no pueden pactar sobre situaciones que escapan a su ámbito de disponibilidad, es decir, no están facultadas a establecer el pacto de anatocismo o referir, en general, a situaciones que se encuentren expresamente reprobadas por nuestra normativa positiva vigente.

Conforme con lo expuesto, es claro que la condena a abonar intereses compuestos deviene nula, por expresa disposición legal, por lo que corresponde declarar la nulidad de estos puntos. En cuanto a los demás apartados que condenaron a abonar intereses compuestos su nulidad ya se estableció como lógica consecuencia de la nulidad del decisorio principal, pero devienen igualmente nulos por los motivos expuestos recientemente.

C. Nulidad de las Costas

En el fallo se señaló que el Tribunal Arbitral, no analizó la proporcionalidad de las costas y omitió completamente la parte que corresponde abonar al Estado por la proporción de su ganancia. Es claro que el laudo transgrede el principio de congruencia y causa indefensión a la parte. Con lo cual declaró la nulidad sobre este punto.

Disidencia: Solo hubo disidencia sobre la condena por el daño emergente. En el que un miembro del Tribunal señaló sobre este punto que, la condena por la ejecución indebida de la garantía de cumplimiento no contraviene el orden público del Estado Paraguayo. ni altera el sistema de responsabilidad contractual previsto en su ordenamiento. En efecto, el tratamiento de este punto fue debidamente fundado y motivado por el Tribunal Arbitral, al considerar que fue reclamado y cuantificado en el escrito post audiencia de Mota Engil y haber sido objetado por el Estado paraguayo, en su momento respectivo. Entonces al ser propuesto y discutido por las partes, no hubo afectación de sus derechos de defensa.

Ubicación del precedente: Disponible en:

<https://www.csj.gov.py/ResolucionesWeb/Formularios/inicio.aspx>

Acuerdo y Sentencia N° 65 del 22 de octubre de 2024, emanado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, Tercera Sala.

Consultado el 11/12/2024

VOCES: RECONOCIMIENTO DE LAUDO ARBITRAL - LAUDO PARCIAL - ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL - CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 1958 - DISOLUCIÓN SOCIETARIA - PRINCIPIO DE MÁXIMA EFICACIA - MEDIDA DE EJECUCIÓN

PERÚ

PLUSPETROL NORTE S.A. EN LIQUIDACIÓN VS. PERUPETRO S.A. RESOLUCIÓN N° 10 – EXPEDIENTE N° 00415-2023-0-1817-SP-CO-02

Rony Josue Linarez Campos¹

Fecha: 29 de abril de 2024

Tribunal: Segunda Sala Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Hechos: PlusPetrol Norte S.A. en Liquidación (en adelante, “PPN” y anteriormente, “PlusPetrol Norte S.A.”) es una empresa petrolera con sede en Holanda que ha operado en lotes petroleros en territorio peruano (Amazonía, específicamente en el departamento de Loreto) desde mediados de los años noventa; suscribiendo esta con PERUPETRO S.A. (en adelante, “PERUPETRO”) el Contrato de Licencia del Lote 8 (1996).

Así pues, en el marco de la legislación peruana, según el artículo 15° de la Ley Orgánica de Hidrocarburos de 1993 (en adelante LOH) se exige a las empresas extranjeras que establezcan sucursales o constituyan sociedades conforme a la Ley General de Sociedades (1997) para celebrar contratos al amparo de dicha norma. En ese contexto, el 09 de junio de 1996, PERUPETRO certificó que Pluspetrol Perú Corporation poseía la capacidad para asumir el 60% de la participación en el Contrato de Licencia del Lote 8, a través de su sucursal Pluspetrol Perú Corporation Sucursal del Perú. El 28 de enero de 2001 se le comunicó a PERUPETRO que Pluspetrol Perú Corporation (la matriz) había trasladado su domicilio a Lima (Perú), convirtiéndose en una sociedad anónima: Pluspetrol Perú Corporation S.A. En tal sentido, se le indicó a Perupetro que, no habiendo un cambio de personalidad jurídica, todas las obligaciones y derechos que contrajo la (antigua) sucursal continuaban en plena vigencia, y que Pluspetrol Perú Corporation S.A. continuaría con las actividades de la sucursal. Esta, posteriormente, segregó un bloque patrimonial correspondiente a los activos, pasivos y cuentas patrimoniales vinculadas a las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos en los Contratos de Licencia para transferirlo a la nueva sociedad Pluspetrol Norte S.A.

El 02 de junio de 2002, Pluspetrol Perú Corporation S.A. comunicó a PERUPETRO la escisión realizada y en virtud de la cual los activos y pasivos se transfieren a Pluspetrol Norte S.A.

¹ Bachiller en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM – Perú). Sub Encargado del Área de Cobranzas de Sociedad Anónima FAUSTO PIAGGIO y Asistente de Cátedra del curso de Derecho Procesal Civil en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM (desde 2017).

Posteriormente, el 30 de junio de 2010 se modificó la Escritura Pública del Contrato de Licencia, incorporándose Pluspetrol Norte S.A. (PPN) en lugar de Pluspetrol Perú Corporation S.A., con el 60% de participación en el Contratista. Esta acción, según PERUPETRO consideró inocente en el marco de la buena fe contractual, teniendo en realidad un propósito que dista mucho de la misma.

En el concurso se calificó a Pluspetrol Perú Corporation (matriz) para que asuma el 60% de la participación en el Contrato de Licencia del Lote 8, a través de su Sucursal Pluspetrol Perú Corporation Sucursal del Perú. En tal sentido, la primera era solidariamente responsable con la segunda, para efectos del artículo 15° de la LOH. Con el cambio de domicilio de Pluspetrol Perú Corporation de Islas Cayman a Lima, la sucursal desapareció y la primera se convirtió en Pluspetrol Perú Corporation S.A.

Posteriormente, PlusPetrol Norte S.A en diciembre de 2020 había iniciado su proceso de liquidación [renombrándose como PlusPetrol Norte S.A. en Liquidación], resolviendo el contrato del Lote 8 de manera unilateral, lo cual desencadenó el arbitraje tramitado ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

Así pues, se emitió el Laudo Parcial de 02 de febrero de 2023 (notificado a las partes con fecha 07 de febrero de 2023), complementado por el Laudo Parcial Adicional y Addendum de 20 de abril de 2023 (notificado a las partes con fecha 26 de abril de 2023) [expedidos en el procedimiento arbitral² administrado por la Cámara de Comercio Internacional (CCI), bajo el Caso CCI 26197/JPA/AJP].

Al ser un procedimiento bifurcado el arbitraje, el Tribunal arbitral (en adelante, “TA”) primero se pronunció sobre la validez del acuerdo de disolución y liquidación adoptado por PPN y sus efectos resolutorios sobre el Contrato. Pronunciándose también en el primer laudo, sobre el levantamiento de la medida cautelar (que había ordenado la suspensión del procedimiento de liquidación). Y como segundo punto, el TA se pronunció sobre la pretensión de indemnización de daños y perjuicios ocasionados a PPN (por parte de Perupetro) debido a las consecuencias de la referida medida cautelar judicial.

Así pues, el TA expidió el laudo parcial (objeto de solicitud de reconocimiento), de fecha 02 de febrero de 2023 declarando: a) incompetente para determinar la ineficacia de la disolución por la Junta General de Accionistas de PPN; b) dispuso que el Contrato quedo válidamente resuelto (conforme a su clausula 2.23); c) dispuso que la medida cautelar inscrita en la partida registral N° 11396308 del Registro de Personas Jurídicas de Lima, había quedado levantada y con ello, con la continuación de la liquidación de PPN; y d) tal laudo fue objeto de corrección e integración por el Laudo Parcial Adicional y Adendum (de fecha 20 de abril de 2023). En virtud de ello, el laudo arbitral finalizó las cuestiones suscitadas respecto a la resolución del Contrato de Licencia para la Explotación del Lote 8 efectuada por PPN, ello con el fin de proseguir su procedimiento liquidatorio.

² Procedimiento que estaba constituido por el Tribunal arbitral conformado por Deva VILLANÚA (presidenta), Franz X. STIRNIMANN FUENTES y Andrés Jana LINETZKY (estos dos, en su calidad de coárbitros),

Con tales pronunciamientos, PPN es que inicia su proceso (no contencioso) de reconocimiento laudo arbitral, indicando que para tal efecto es aplicable la Convención de Nueva York (1958) y la Ley de Arbitraje Peruana (DL 1071, 2008) en lo que sea más favorable, por el principio de máxima eficacia.

Pretensión: PPN, en su solicitud de reconocimiento (de fecha 20 de julio de 2023), peticiono lo siguiente:

I. PRETENSIÓN PRINCIPAL

Solicitan a la Sala Superior que reconozca el Laudo Parcial de 02 de febrero de 2023 (notificado a las partes con fecha 07 de febrero de 2023), complementado por el Laudo Parcial Adicional y Addendum de 20 de abril de 2023 (notificado a las partes con fecha 26 de abril de 2023).

II. PRETENSIÓN ACCESORIA

Conforme a lo establecido en el artículo 762° del Código Procesal Civil, solicitan que, declarado el reconocimiento del Laudo Parcial, se cursen los partes respectivos para que sea inscrito en la Partida Registral No. 11396308, del Registro de Personas Jurídicas de Lima.

Contestación: PERUPETRO haciendo un recuento de los hechos contractuales ya mencionados, precisa que la escisión de Pluspetrol Perú de un bloque patrimonial para transferirlo a Pluspetrol Norte S.A. (fue una acción no previsible para PERUPETRO y que no pudo ser evitada), con lo cual se habría alterado la estructura buscada por la LOH. Evidentemente, se dejó a PPN como titular de los derechos y obligaciones como operador del Contrato, pero sin tener la espalda financiera que en su día tenía Pluspetrol Perú.

El fin de estos cambios, según PERUPETRO, se advierte cuando PPN: (i) se disuelve, señalando también de que no existiría obligación legal de que sus accionistas realicen aportes de capital; y, (ii) en la forma es una empresa independiente de Pluspetrol Perú Corporation, a diferencia de los otros miembros que son sucursales y, por tanto, responden sus matrices; del cual la mala fe de PPN es evidente. Con ello, Pluspetrol Perú Corporation ha buscado eximirse por completo de las obligaciones oportunamente asumidas en el Contrato de Licencia (Lote 8), así como las previstas en la normatividad aplicable en materia ambiental.

Siendo que PPN no habría sido forzada a disolverse por factores externos a ella, sino que su descapitalización se debió a los propios pasivos que se dedicó a acumular y al reparto de dividendos entre sus accionistas, sin tener ninguna previsión para afrontar las obligaciones relativas al último tramo del Contrato de Licencia y Plan de Abandono del Lote 8, la política de distribución de dividendos de PPN ha permitido a sus accionistas recibir beneficios muy sustanciales, en los

periodos más altos e inclusive en los más bajos (no previéndose la alta volatilidad de los precios del crudo).

Además, señala que la pretensión accesorio, de cursar partes para la inscripción del laudo parcial obedecen a una medida de ejecución, lo cual no es objeto en un proceso de reconocimiento.

Decisión: La Segunda Sala Comercial de la Corte de Lima (Perú) reconoció el Laudo Parcial extranjero, de fecha 02 de febrero de 2023 [así como también el Laudo parcial adicional y adendum, de fecha 20 de abril de 2023], que fuera solicitado por PLUS PETROL NORTE S.A. en Liquidación (en adelante, PPN), dirigiéndola contra PERU PETRO S.A. (en adelante, Perupetro) [tales pronunciamientos fueron expedidos en el procedimiento arbitral³ administrado por la Cámara de Comercio Internacional (CCI), bajo el Caso CCI 26197/JPA/AJP].

Si bien la Sala declara fundada el reconocimiento, declaro improcedente el extremo que solicitaba de PPN de cursar partes a Registros públicos para la inscripción del laudo parcial. Su razonamiento se basó en los siguientes argumentos:

I. SOBRE LA COMPETENCIA DE LA SALA COMERCIAL PARA RESOLVER LA SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO

Inicia que de la dinámica de las relaciones jurídicas y económicas, ello en pleno reconocimiento de la soberanía y jurisdicción de los Estados, conlleva a una adecuada regulación de las sentencias y laudos arbitrales expedidos en el extranjero, mediante el exequatur, con el fin de que aquellos sean reconocidos para su validez y eficacia (conforme a lo establecido en el art. 2104° del Código Civil), teniendo tales resoluciones la misma fuerza ejecutoria que las sentencias nacionales (arts. 2106° y 2108° del Código Civil). Precisándose que, según el art. 2111° del Código Civil, el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros es aplicable el artículo 74° y siguientes del Decreto Legislativo N°1071 (también llamada, “Ley de Arbitraje”).

Del cual, concluye preliminarmente que el reconocimiento es paso previo para la ejecución del laudo extranjero, como se desprende del artículo 77 de la Ley de Arbitraje. Asimismo, no habría controversia en la aplicación de la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras Nueva York (conforme al art. 55° de la Constitución peruana), ello también conforme al principio de máxima eficacia (art. VII.15 de dicho instrumento internacional)..

II. CON RELACIÓN A LA COSA JUZGADA DE LOS LAUDOS

Así pues, aplicando el art. I de la Convención de Nueva York y teniendo en cuenta el estándar de la cosa juzgada (requisito mínimo que se exige para efectos de reconocer un laudo extranjero), es que Perupetro no ha alegado ni probado que los referidos laudos hayan sido suspendidos o anulados.

III. SOBRE LA CAUSAL DE ORDEN PÚBLICO

³ Procedimiento que estaba constituido por el Tribunal arbitral conformado por Deva VILLANÚA (presidenta), Franz X. STIRNIMANN FUENTES y Andrés Jana LINETZKY (estos dos, en su calidad de coárbitros)

Frente a las causales de denegación planteadas por Perupetro (*orden público nacional y orden público internacional*; causal de denegación prevista en el literal b) del numeral V de la Convención de Nueva York, y lo dispuesto en el literal b) del artículo 75 de la Ley de Arbitraje; respectivamente).

Del cual la Sala señala que el *orden público internacional* es un subconjunto del grupo de normas que conforman el orden público interno, existiendo entre ambas una relación de género-especie, en virtud de la cual el orden público internacional cumple una función diferente específicamente limitada al ámbito conflictual, de la aplicación de la ley extranjera en el ámbito doméstico.

Agregando (tomando lo acordado en la Resolución 2/2002⁴, Dehi) que son tres las categorías que lo conforman: (1) *los principios fundamentales relativos a la justicia y moralidad que el Estado desea proteger aun cuando no se vincule directamente* (y que puedan ser tanto a nivel sustantivo y procesal); (2) *las normas diseñadas para servir a los intereses políticos, sociales o económicos fundamentales del Estado* [que comprenden las leyes de policía, tales como las leyes de protección ambiental, antimonopolio, entre otras]; y (3), *las obligaciones internacionales contraídas por el Estado donde se solicita el reconocimiento del laudo*⁵.

Complementado también sobre la institución del *orden público internacional sustantivo*, el cual se vincula a que el laudo internacional no contenga declaraciones que vulneren principios fundamentales del ordenamiento jurídico sustantivo (no procesal) del Estado donde se solicita el reconocimiento⁶; así como también del *orden público internacional procesal*, vinculado a las garantías fundamentales procesales que aseguren una razonable posibilidad de defensa y un juicio imparcial⁷.

Finalizando en este punto que la Sala refiere que serán las Cortes Nacionales que definirán el orden público internacional, apreciando los *principios de excepcionalidad* [por el cual debe respetarse el principio de cosa juzgada de los laudos dictados en el contexto del arbitraje comercial internacional, a menos que exista una circunstancia muy excepcional que lo impida⁸, no siendo una de ellas que el

⁴ Resolución adoptada por la LXX Conferencia Bienal de la Asociación de Derecho Internacional (Nueva Delhi, abril 2002).

⁵ Con relación a las normas que prohíben la corrupción, la Sala tomando el informe citado por MEZGRAVIS, pertenecerían a más de una categoría.

⁶ En él se incluyen los principios del no abuso de los derechos, de la buena fe, de la fuerza obligatoria del contrato y de la prohibición de discriminación y expropiación sin indemnización, así como la prohibición de actividades contrarias a las buenas costumbres, como la proscripción de la piratería, el terrorismo, entre otros.

⁷ Relacionado a los principios fundamentales de la justicia natural, que incluye el derecho a recibir una notificación debida y adecuada, una oportunidad razonable de defensa, de igualdad entre las partes y un juicio justo ante un tribunal imparcial; asimismo, el respeto a la cosa juzgada en la jurisdicción de ejecución

⁸ Y es que, si uno de los principales objetivos del arbitraje es la mayor celeridad posible de la resolución de controversias, la emisión de una resolución que ponga fin de forma definitiva a una disputa entre las partes, desemboca por un lado en la *cosa juzgada*, y por el otro, en el *principio de irrevisabilidad judicial*, es lógico y es fundamental que la causal de nulidad por violación del orden público, sea utilizada, por los tribunales, únicamente en situaciones excepcionales.

juzgador se encuentra en desacuerdo con la decisión sustantiva del tribunal arbitral], *interpretación extensiva* [por el cual se busca enervar los riesgos del concepto de orden público, que, como categoría jurídica indeterminada, invita a los juzgadores a ampliar el alcance de esta causal de denegatoria de reconocimiento, que atentaría contra la finalidad misma del arbitraje internacional y constituirá un incentivo negativo para quienes buscan sustraerse al cumplimiento de sus obligaciones, derivadas de la contratación internacional] y *carácter evidente* [refiriéndose al nivel de revisión del laudo, que es necesario para determinar que éste es contrario al orden público, el cual por parte del juzgador debe ser mínimo].

Del cual la Sala señala que en lo que realidad ha planteado Perupetro es su disconformidad con el criterio del TA, puesto que no ha evidenciado la vulneración del orden público por los laudos (objeto de reconocimiento).

IV. CON RELACIÓN AL TEMA AMBIENTAL

Son cuestiones que deberán ser resueltas por el próximo laudo en el seno del referido arbitraje en curso ante la CCI (tal como se acordó en el proceso de bifurcación).

V. CON RELACIÓN A SU PEDIDO DE CURSAR PARA QUE SEA INSCRITO EN LA PARTIDA REGISTRAL NO. 11396308, DEL REGISTRO DE PERSONAS JURÍDICAS DE LIMA

La Sala declara que tal pedido es improcedente, ya que, si el objeto del proceso de reconocimiento es que se otorgue eficacia a las decisiones arbitrales, puesto que el acto solicitado, obedece a una medida de ejecución, debiendo tramitarse en la vía correspondiente (esto es, en la vía de ejecución de laudo arbitral, conforme al art. 77° del DL 1071).

Siendo que por tales razones se declara fundado la pretensión de reconocimiento de ambos laudos e improcedente la pretensión accesoria, relacionada a la petición de que cursen los partes respectivos para que sea inscrito en la Partida Registral No. 11396308 del Registro de Personas Jurídicas de Lima (PlusPetrol Norte S.A. en liquidación), dejando a salvo su derecho de hacerlo valer conforme a ley.

Disidencia: No hubo disidencia, ni votos singulares o particulares.

Ubicación del precedente:

<https://cej.pj.gob.pe/cej/forms/busquedaform.html>

<https://drive.google.com/file/d/1qdyFKmgB2yemKJJs2Hv0Av5wTziwmptp/view?usp=sharing>

PERÚ

**RODRIGO ALONSO LUNA GUERRERO V. ANA
JACQUELINE ROJAS RODRÍGUEZ Y EDUARDO
GUILLERMO GÓMEZ HERRERA**

Diego Alonso Velásquez Huaman¹

Fecha: 26 de julio de 2021

Tribunal: Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima

Hechos: El 25 de enero de 2020, el Árbitro Único Iván F. Morantes Vince (“Árbitro Único”) emitió un Laudo Arbitral en el que declaraba fundada la Demanda de Desalojo presentada por la señora Ana Jacqueline Rojas Rodríguez contra Eduardo Guillermo Gómez Herrera (“Demanda”); cabe precisar, que en este proceso arbitral se integró como tercero no signatario a Rodrigo Alonso Luna Guerrero.

El desalojo solicitado por la Señora Rojas Rodríguez se sustentó en la causal de falta de pago de renta, dispuesto en inciso 1) del artículo 1697° del Código Civil Peruano; sin embargo, la cuestión surge debido que el Árbitro Único centró su decisión en un análisis diferente. Este análisis se basó en la valoración de la conducta de las partes y la aplicación del artículo 1700° del Código Civil, que regula la continuación tácita del contrato de arrendamiento una vez vencido el plazo contractual.

En ese sentido, el señor Rodrigo Alonso Luna Guerrero interpuso un recurso de anulación de laudo arbitral, en el cual sostuvo que el Árbitro Único había resuelto el caso fuera del marco jurídico establecido por la demanda inicial, incurriendo en un pronunciamiento *extra petita* y violando el principio de congruencia procesal. Asimismo, cuestionó el uso indebido del principio *iura novit curia*, señalando que este no autoriza modificar o exceder la pretensión de las partes.

Pretensión: El señor Rodrigo Alonso Luna Guerrero solicitó la anulación del laudo arbitral emitido el 25 de enero de 2020 por el Árbitro Único, en el extremo que declara fundada la demanda de desalojo y la consecuencia accesorio de desocupación del inmueble, bajo apercibimiento de desalojo. El Recurso de Anulación se basó en las causales establecidas en el inciso d) del artículo 63.1 de la Ley de Arbitraje, y en la Duodécima Disposición Complementaria del mismo cuerpo normativo.

¹ Estudiante de 5to año de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Coordinador de Imagen Institucional del Taller de Análisis del Derecho Civil-TADECI, y comisionado de ARBITRI, Asociación Académica de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Contestación: El codemandado Eduardo Guillermo Gómez Herrera no contestó el traslado del Recurso de Anulación de Laudo Arbitral, pese a encontrarse debidamente notificado.

Por su lado, la codemandada Ana Jacqueline Rojas Rodríguez sostuvo que el principio *iura novit curia* permitía al árbitro fundamentar su decisión en una causal diferente a la invocada en la demanda si surgían pruebas que justificaran su aplicación.

En ese sentido, la codemandada sostuvo que en la Demanda se señaló que la falta de pago de la renta no constituía la pretensión principal, sino una causal sustentadora de dicha demanda, por lo que, si durante el proceso arbitral se llegaba a configurar otra causal para declarar fundado el desalojo, resultaba válido que el Árbitro Único resuelva en base a esa nueva causal, siempre y cuando estuviera sustentada en los hechos probados y las pruebas actuadas.

En esa línea, expuso que árbitro había actuado correctamente al aplicar el principio *iura novit curia*, basándose en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, que autoriza a los juzgadores a aplicar de oficio las normas jurídicas pertinentes para resolver el caso, incluso si no han sido expresamente invocadas por las partes. Según su interpretación, esta norma podía extenderse de manera análoga al ámbito arbitral.

Decisión: En el análisis realizado, la Primera Sala Civil de Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima precisó que, desde un inicio del desarrollo de la parte decisoria del Laudo Arbitral, el Árbitro Único señaló que la falta de pago había sido planteada como causal de la pretensión de desalojo de la demanda, mas no como un requerimiento de pago. Sin embargo, el Árbitro Único no abordó ni analizó esta cuestión de manera adecuada en el Laudo, sino que centró su argumentación en el abuso de derecho y la aplicación del artículo 1700 del Código Civil Peruano, el cual no había sido invocado por las partes.

La Sala señaló que esto era una evidente desvió del debate suscitado entre las partes y de la *causa petendi* de la Demanda al resolver la controversia aplicando una norma no invocada por las Partes. Es decir, que esta decisión no sólo prescindió de lo alegado por la parte demandante, sino que también adoptó un enfoque jurídico distinto al planteado, sin una justificación adecuada, por lo que dicho desvío resulta en una motivación incongruente, que afecta gravemente el derecho de defensa.

En cuanto al principio *iura novit curia* invocado por la codemandada, se tiene que mediante este se permite a los jueces y árbitros a aplicar el derecho independientemente de la invocación realizada por las partes; no obstante, esta no es una prerrogativa ilimitada.

Ahora bien, en el caso concreto, la controversia se centraba en una demanda de desalojo sustentada en la falta de pago de la renta, conforme el inciso 1 del artículo 1697° del Código Civil. Sin embargo, el árbitro resolvió el caso aplicando el artículo 1700° del mismo Código, un supuesto normativo no alegado ni debatido durante el proceso arbitral.

En esa línea, la Sala advirtió que este principio no resultaba aplicable al presente caso, ya que el árbitro o tribunal arbitral no se encuentra facultado para modificar a *causa petendi* de la demanda y resolver sobre un aspecto distinto al que las partes han planteado.

Por estas razones, la Sala declaró fundado el Recurso de Anulación y determinó la nulidad del Laudo Arbitral por adolecer de vicio de motivación sustancialmente incongruente que lesiona la garantía constitucional del debido proceso, ordenando el reenvío de la causa a sede arbitral para que se emita un nuevo pronunciamiento que respete los principios procesales y las pretensiones planteadas originalmente.

Disidencia: No hubo disidencia.

Ubicación del precedente: Disponible en: <https://cej.pj.gob.pe/cej/forms/busquedaform.html>

Consultado el 13/12/2024.

ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA

ACHMEA BV v. REPÚBLICA ESLOVACA

Caso C- 284/16

Alex Ariza Felizzola¹, David Sanchez Grey² & Sofía Ramírez Correa³

Fecha: 6 de marzo de 2018

Tribunal: Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala)

Hechos: En 1991, el Reino de los Países Bajos y la República Federal Checa y Eslovaca firmaron un Tratado Bilateral de Inversión (TBI) con el propósito de fomentar y proteger las inversiones entre ambas partes contratantes. Tras la disolución de Checoslovaquia en 1993, la República Eslovaca heredó los derechos y obligaciones del TBI, incluyendo el acuerdo arbitral.

En 2004, Eslovaquia liberalizó su mercado de seguros de salud, permitiendo la entrada de empresas nacionales y extranjeras. Achmea BV, una compañía neerlandesa, estableció una filial en Eslovaquia para ofrecer seguros de salud privados. Sin embargo, en 2006, Eslovaquia revirtió parcialmente esta liberalización mediante una reforma legislativa que incluyó la prohibición de la distribución de beneficios derivados de seguros de salud privados.

Achmea BV alegó que estas medidas legislativas le causaron perjuicios significativos y, en 2008, inició un procedimiento arbitral contra Eslovaquia bajo el artículo 8 del TBI. El tribunal arbitral, con sede en Fráncfort del Meno, dictó un laudo en 2012 a favor de Achmea BV, ordenando a Eslovaquia pagar una indemnización de 22,1 millones de euros.

Eslovaquia impugnó el laudo ante los tribunales alemanes, argumentando que la cláusula arbitral del TBI es incompatible con los principios fundamentales del Derecho de la Unión Europea, especialmente los establecidos en los artículos 18, 267 y 344 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). La controversia escaló hasta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) mediante una petición de decisión prejudicial.

Pretensión: La República Eslovaca impugnó el laudo arbitral dictado a favor de Achmea BV, con los siguientes argumentos principales:

¹ Estudiante de Derecho en la Universidad de Antioquia. Contacto: alex.arizaf@udea.edu.co

² Estudiante de Bachillerato y Licenciatura en Derecho en la Universidad de Costa Rica. Contacto: david.sanchezgrey@ucr.ac.cr

³ Estudiante de Derecho en la Universidad de Antioquia. Contacto: sofia.ramirez@udea.edu.co

Primero, que la cláusula arbitral contenida en el Tratado Bilateral de Inversión (TBI) es incompatible con los artículos 18, 267 y 344 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Sostuvo que, tras su adhesión a la Unión Europea en 2004, cualquier mecanismo que permita la resolución de disputas fuera del marco jurisdiccional de la Unión socava la autonomía del Derecho de la Unión.

Segundo, que el TBI, al ser un tratado bilateral entre Estados miembros de la Unión, debe estar subordinado a las disposiciones del Derecho de la Unión. Según Eslovaquia, el mecanismo de arbitraje previsto en el TBI vulnera la obligación de los Estados miembros de respetar las competencias exclusivas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la interpretación y aplicación de los Tratados.

Y, tercero, que permitir a inversores privados iniciar procedimientos arbitrales contra un Estado miembro, en lugar de acudir a los tribunales nacionales o al sistema jurisdiccional de la Unión, pone en peligro el principio de confianza mutua y la coherencia del ordenamiento jurídico de la Unión.

En consecuencia, Eslovaquia solicitó la anulación del laudo arbitral y la declaración de la incompatibilidad de la cláusula arbitral del TBI con el Derecho de la Unión.

Contestación: Achmea BV presentó su defensa argumentando que la cláusula arbitral contenida en el TBI es plenamente válida y aplicable, ya que se consensuó entre las partes contratantes y no vulnera ningún principio fundamental del Derecho de la Unión.

Según Achmea BV, el tribunal arbitral respetó las disposiciones del Derecho de la Unión en su interpretación del TBI, garantizando así la primacía y los principios generales de este ordenamiento jurídico. Además, Achmea BV destacó que el mecanismo de arbitraje es esencial para brindar una vía neutral y efectiva de resolución de controversias entre inversores y Estados, especialmente en contextos donde los inversores necesitan protección frente a posibles acciones arbitrarias de los Estados contratantes.

También subrayó que el arbitraje internacional opera como un sistema independiente, ajeno al marco jurisdiccional de los Estados miembros, por lo que no compromete la autonomía del Derecho de la Unión. Achmea BV solicitó que se mantuviera el laudo arbitral dictado a su favor y que se desestimaran los argumentos planteados por la República Eslovaca en su impugnación.

Decisión:

I. INCOMPATIBILIDAD DE LAS DISPOSICIONES DEL TBI CON EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

El TJUE analizó si la cláusula arbitral contenida en el artículo 8 del Tratado Bilateral de Inversión (TBI) entre los Países Bajos y la República Checa y Eslovaca es compatible con los artículos 267 y 344 del TFUE. El tribunal concluyó que estas disposiciones son incompatibles, fundamentando su decisión en la vulneración de la autonomía del Derecho de la Unión y el orden jurisdiccional establecido por los Tratados.

II. ANÁLISIS DE LAS BASES LEGALES

A. Base Legal: Artículo 344 del TFUE:

El TJUE destacó que el artículo 344 del TFUE impone a los Estados miembros la obligación de no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a mecanismos distintos de los previstos en el marco de la Unión. En este contexto, el tribunal arbitral establecido en el TBI opera fuera del sistema jurisdiccional de la Unión Europea, lo que compromete la primacía y aplicación uniforme del Derecho de la Unión. El tribunal también enfatizó que la existencia de dicho tribunal puede poner en peligro el principio de confianza mutua entre los Estados miembros.

B. Base Legal: Artículo 267 TFUE:

El TJUE también se pronunció sobre la falta de compatibilidad del tribunal arbitral con el artículo 267 del TFUE. Este artículo establece el procedimiento prejudicial como un instrumento esencial para garantizar la interpretación uniforme del Derecho de la Unión. Sin embargo, el tribunal arbitral previsto en el TBI no puede ser considerado un "órgano jurisdiccional" en el sentido del artículo 267 del TFUE, ya que no forma parte del sistema jurisdiccional de ninguno de los Estados miembros. Como resultado, dicho tribunal no tiene la capacidad de plantear cuestiones prejudiciales al TJUE, socavando así la coherencia del ordenamiento jurídico de la Unión.

III. EVALUACIÓN DE LOS EFECTOS DEL TBI

El TJUE reconoció que el tribunal arbitral, al aplicar el artículo 8 del TBI, puede estar obligado a interpretar y aplicar el Derecho de la Unión, en particular las disposiciones relacionadas con las libertades fundamentales, como la libre circulación de capitales. Sin embargo, el TJUE determinó que la creación de un mecanismo de resolución de controversias independiente, ajeno al sistema jurisdiccional de la Unión, vulnera la autonomía del Derecho de la Unión y no garantiza su plena eficacia.

IV. INCOMPATIBILIDAD ESTRUCTURAL DEL TRIBUNAL ARBITRAL CON EL DERECHO DE LA UNIÓN

El TJUE señaló que los laudos emitidos por el Tribunal Arbitral no están sujetos al control efectivo de los órganos jurisdiccionales nacionales en relación con la interpretación del Derecho de la Unión. Aunque algunos aspectos del arbitraje comercial pueden ser supervisados por tribunales nacionales, el TJUE estableció que un tribunal arbitral establecido en virtud de un tratado internacional entre Estados miembros no puede operar de manera independiente respecto al sistema jurisdiccional de la Unión.

Conclusión: El TJUE concluyó que las disposiciones del artículo 8 del TBI resultan incompatibles con el Derecho de la Unión. En consecuencia, los artículos 267 y 344 del TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la aplicación de cláusulas arbitrales en

tratados internacionales celebrados entre Estados miembros cuando dichos mecanismos no garantizan la autonomía del Derecho de la Unión.

Disidencia: No hubo disidencia.

Ubicación del precedente: Disponible en

https://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?mode=lst&docid=199968&part=1&doclang=ES

Consultado el 12/12/2024.

ARGENTINA¹

SISTEMA	ANTECEDENTES	NORMATIVA	COMENTARIOS
Dualista	Los antecedentes de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional se remontan al 2016 en el cual se crean el Programa “Justicia 2020”, impulsado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación con el fin de lograr una transformación integral de las instituciones del sistema de justicia. El acuerdo arbitral es un verdadero contrato, por lo que se encuentra regido por los principios propios del derecho de las obligaciones y los contratos. La naturaleza convencional del arbitraje ha sido reconocida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El primer proyecto de ley fue remitido por primera vez al Congreso Nacional en 1991 para su aprobación, éste restringía su ámbito de aplicación a los arbitrajes internacionales y conflictos cuyo juzgamiento correspondería a los jueces nacionales en caso de ausencia de una cláusula arbitral. El segundo proyecto se presentó a debate en 1998, que pretendía sustituir las disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. El tercer proyecto se presentó en 2002, el cual recepta las disposiciones de la Ley Modelo. Este proyecto recibió media sanción. En 2018 fue publicada la Ley de	ARTÍCULO 14 El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente (Ley 27.449). ARTICULO 1650 El acuerdo de arbitraje debe ser escrito y puede constar en una cláusula compromisoria incluida en un contrato o en un acuerdo independiente o en un estatuto o reglamento. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye contrato de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato (CCCN).	El sistema legal a través del cual se regula el arbitraje en la Argentina parte de la noción de considerarlo un procedimiento especial y por ello se lo legisla en cada uno de los códigos procesales locales. Actualmente, Argentina posee, en su derecho interno, un sistema dualista que diferencia y regula de distinta manera al arbitraje doméstico y al arbitraje internacional. De este modo, en el CCCN encontramos lo referido a arbitraje doméstico y en la Ley 27.449 para los internacionales. Argentina forma parte del Convenio sobre Arreglo de Diferencias e Inversiones (CIADI); también ratificó la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá). La legislación procesal en materia de arbitraje no es de las más adecuadas ya que no incorpora reglas modernas sobre arbitraje. Uno de los aspectos novedosos del Código Civil y Comercial ha sido legislar sobre el contrato de arbitraje, que parece haber dejado zanjada la discusión vinculada con la naturaleza jurídica de la institución, ya que algunos comentaristas han abogado por considerar que el arbitraje es un mecanismo de tipo procesal y no estrictamente

¹ Nicole Elizabeth Teren. Estudiante de Derecho Universidad Nacional de Córdoba. Correo electrónico: nicoleteren94@gmail.com.

	Arbitraje Comercial Internacional (N° 27449), culminando un largo proceso durante el cual se presentaron varios proyectos de ley tendientes a regular el arbitraje doméstico y/o internacional. El proyecto de ley fue acompañado por un proyecto de reformas del capítulo “Contrato de arbitraje” del Código Civil y Comercial.		un contrato. Asimismo, el Código Civil y Comercial de la Nación establece la autonomía de la cláusula arbitral respecto del contrato en el cual está inserta. En consecuencia, la nulidad del contrato no debería implicar necesariamente la nulidad del acuerdo arbitral. El principal avance en el CCCN es haber consagrado que la existencia del acuerdo de arbitraje para solucionar en forma pacífica conflictos sobre derechos disponibles y que, además, es frecuentemente utilizado en las transacciones con elementos internacionales y en conflictos patrimoniales domésticos.²

²AGUILAR, Facundo, “Arbitraje y el nuevo Código Civil y Comercial argentino”, *Revista del Notariado* 918, Buenos Aires, 2015, p. 37, disponible en <https://biblioteca.colegio-escribanos.org.ar/pdfs/64891.pdf>.

Código Civil y Comercial de la Nación, (Argentina), 1 de agosto de 2015, Art. 1650.

HERMIDA, Roberto C. *El contrato de arbitraje en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina: Ley 26.994*. <http://hdl.handle.net/10637/12687>, 2015, p. 766.

Ley 27.944, Ley de Arbitraje Comercial Internacional, (Argentina), del 26 de julio de 2018, Art. 14.

RIVERA, Julio C. “La Ley Argentina de Arbitraje Comercial Internacional”, *Derecho & Sociedad Asociación Civil*, 18/04/2019.

BOLIVIA¹

SISTEMA	ANTECEDENTES	NORMATIVA	COMENTARIOS
Dualista	La actual Constitución Política del Estado boliviano, bajo el ideal del vivir bien, establece que Bolivia es un Estado pacifista, que promueve la cultura de paz y contribuye al derecho a la paz para la solución de controversias. Bajo estos lineamientos, en fecha 25 de junio de 2015, se promulgó la Ley No 708 de Conciliación y Arbitraje. Ley que fue proyectada por la Procuraduría General del Estado y el Ministerio de justicia sobre los ideales constitucionales de cultura de paz y vivir bien, principios que han sido recogidos en el artículo 3, inc.3 de la citada norma, tomando en cuenta varias propuestas de la Ley Modelo de la CNUDMI en su versión 2006. (Vucsanovich, 2017, pág 30). De este modo, el Tribunal Constitucional Plurinacional determinó que el arbitraje al ser instituido por una ley cuenta con jurisdicción formal por ser consagrada como vía jurisdiccional delegada por el Órgano Judicial. (Tribunal Constitucional Plurinacional SCP No. 2472, 28 de noviembre de 2012). En relación a lo dispuesto en la Ley Modelo de la CNUDMI, esta ha indicado que: El arbitraje es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica,	ARTÍCULO 42 Cláusula Arbitral La cláusula arbitral es el acuerdo escrito establecido en una cláusula de un contrato, en la cual las partes se obligan a someter sus controversias derivadas del indicado contrato, a arbitraje. ARTÍCULO 43 Convenio Arbitral I. El Convenio Arbitral es el acuerdo que se instrumenta por escrito en otro documento posterior diferente al contrato, en el cual las partes se obligan a someter las controversias a arbitraje. II. El Convenio Arbitral debe constar en un soporte físico, electrónico o cualquier otro que deje constancia de la expresión de voluntad de las partes, manifestada en conjunto o en forma sucesiva. III. El Convenio Arbitral hará referencia a una relación contractual o extracontractual.” (Ley de Conciliación y Arbitraje, Ley 708 de 25 de junio de 2015).	En virtud de los artículos transcritos anteriormente, se puede evidenciar que el requisito fundamental para acudir a la vía arbitral es la celebración de un acuerdo escrito, es decir una voluntad declarada de aquellos que desean resolver sus controversias en Tribunales Arbitrales. En ese contexto, la “Ley 708 ha previsto dos formas en las cuales se puede suscribir el acuerdo arbitral: la primera, en una cláusula arbitral inmersa en un contrato y; la segunda, en un convenio arbitral, es decir en un documento posterior o diferente al contrato. Ambas, en pleno ejercicio de su autonomía de la voluntad, razón por la cual, existe la exigencia que dicho acuerdo conste por escrito. Dicha autonomía de la voluntad de las partes da nacimiento a la competencia del Tribunal Arbitral, y le faculta para pronunciarse respecto a su competencia frente a excepciones de las partes referidas a la existencia, validez o alcances del acuerdo arbitral, bajo el

¹ María Fernanda Rojas Sangüesa. Árbitro internacional especializada en derecho comercial, civil y deportivo. Brinda asesoramiento a distintas empresas y cuenta con su propia marca digital denominada Warmi Attorney|MFRS. Actual secretaria arbitral del Centro de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de Bolivia y fundadora de Warmi Arbitration Bolivia.

	contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. (Ley Modelo de la CNUDMI, 2006, art. 7). ³		principio, competence-competence.” ²

² Constitución Política del Estado, 7 de febrero de 2019, Gaceta Oficial de Bolivia. La Paz, Bolivia. Recuperada en 15 de septiembre de 2017 de <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/>.

Ley de Conciliación y Arbitraje, 25 de junio de 2025, Gaceta Oficial de Bolivia. La Paz, Bolivia. Disponible en <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/buscar/708>.

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional de 1985 con enmiendas de 2006 disponible en https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf

VUCSANOVICH, Igor (2017). La importancia de la voluntad de las partes en el nuevo régimen Arbitral Boliviano. La Paz, Bolivia: Omikron. Sentencia Constitucional Plurinacional, 2472/2012, 28/11/2012, disponible en [file:///C:/Users/Eduardo/Downloads/SCP%202472_2012%20Arbitraje%20es%20jurisdiccional%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Eduardo/Downloads/SCP%202472_2012%20Arbitraje%20es%20jurisdiccional%20(2).pdf)

CHILE¹

SISTEMA	ANTECEDENTES	NORMATIVA	COMENTARIOS
Dualista	La iniciativa de la Ley 19.971 responde al impulso conjunto del Colegio de Abogados de Chile, el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago y el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara Chileno- Norteamericana de Comercio, quienes sometieron a la consideración del Gobierno un anteproyecto de ley sobre la materia fundado en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Se tuvieron en cuenta tres tipos de consideraciones que denotaban la urgente adopción de una Ley de Arbitraje Comercial Internacional: - Multiplicación de transacciones con cláusula arbitral: una parte importante de las transacciones comerciales toma la forma de contratos internacionales con cláusulas de arbitraje. - Incentivo al juicio en Chile: resulta conveniente a los intereses de las partes nacionales en las transacciones internacionales que ellas cuenten con los mecanismos legales adecuados para estimular que las diferencias comerciales sean resueltas en Chile. - Chile como Centro de Arbitraje: es un objetivo	Acuerdo de arbitraje ARTÍCULO 7 Definición y forma del acuerdo de arbitraje. 1) El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. 2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un	En relación con la validez de fórmulas genéricas de atribución de competencia que no expresan detalladamente cada una de las materias que se someten a arbitraje, la jurisprudencia chilena las ha aceptado al reconocer y ejecutar laudos dictados por árbitros cuya competencia deriva de una cláusula arbitral amplia. La Corte Suprema en el caso “Kreditanstalt für Wiederaufbau”, ordenó la ejecución de un laudo que se refería a “todas las disputas derivadas de este contrato base o de cualquier contrato de préstamo individual (...). Los tribunales nacionales se han inclinado por una interpretación extensiva de la cláusula arbitral, en armonía con el artículo 2 de la Convención de Nueva York. En cuanto a la forma del acuerdo arbitral y en virtud de la mayoría de los fallos dictados por los tribunales chilenos, se colige que se han aceptado variadas posibilidades de redacción. En relación con la exigencia de la forma escrita del acuerdo arbitral de acuerdo con el Art. 7 de la Ley 19.971 y en concordancia de lo dispuesto en el Art. 3 de la Ley 19.799 (sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma) debe entenderse que tal exigencia se cumple si el acuerdo se contiene en un documento electrónico. La Ley 19.971 prevé un mayor grado

¹ Nicole Elizabeth Teren. Estudiante de Derecho Universidad Nacional de Córdoba. Correo electrónico: nicoleteren94@gmail.com.

	deseable que Chile ocupe un lugar destacado como centro de arbitraje en el comercio internacional, especialmente, a nivel latinoamericano. Con anterioridad a la Ley 19.971, las disputas arbitrales comerciales se debían regir por la normativa local existente contenida principalmente en el Código Orgánico de Tribunales y el Código de Procedimiento Civil, o bien, acudir a los Centros Internacionales de Arbitraje con los consecuentes gastos que irrogaban tales gestiones.	acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato (Ley 19.971).	de flexibilidad en el procedimiento, por cuanto permite que sean las mismas partes las que decidan una serie de cuestiones tales como legislación de fondo, idiomas, plazo, etc. Además, no se establecen requisitos de forma y contenido de los escritos. La ley adoptada tiene como ámbito de aplicación los arbitrajes “comerciales” “internacionales”, de esta forma, se deja vigente la ordenación interna existente establecida en el Código Orgánico de Tribunales y el Código de Procedimiento Civil, dándose la coexistencia de dos regímenes jurídicos arbitrales muy diversos entre sí: uno para el derecho interno y otro para el derecho internacional.²

² Corte Suprema, “Caso Kreditanstalt für Wiederaufbau”, 15/12/2009, Rol N° 5228-2008.

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, "Historia de la Ley N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional", 29 de septiembre de 2004.

Ley 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional (Chile), 29 de septiembre de 2004, Art. 7.

VÁZQUEZ PALMA, María F., "Ley chilena de arbitraje comercial internacional: Análisis de las doctrinas jurisprudenciales, a diez años de su vigencia", *Ius et Praxis*, vol. 21 no. 2, 2015.

VÁZQUEZ PALMA, María F., "La nueva ley de arbitraje internacional de Chile y su análisis comparativo con la ley española", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile*, 2005, pp. 533 - 558.

COLOMBIA¹

SISTEMA	ANTECEDENTES	NORMATIVA	COMENTARIOS
Dualista	El Decreto 2279 de 1989, por medio del cual se implementaron sistemas de solución de conflictos entre particulares, fue el primer paso importante hacia la modernización del sistema arbitral en Colombia. En otros antecedentes se pueden mencionar: las constituciones de Popayán de 1814; de Cundinamarca de 1815; de Antioquia de 1815; la Constitución de la República de Colombia de 1830; y la Constitución de la Nueva Granada de 1832. Todas estas consagraron la posibilidad de acudir al arbitraje. También encontramos la Ley 315 de 1996, por medio de la cual se reguló el arbitraje internacional, y el Decreto 1818 de 1998, conocido como el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos.	LEY 1563 DE 2012 ARTÍCULO 3 Pacto arbitral El pacto arbitral es un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas. El pacto arbitral implica la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El pacto arbitral puede consistir en un compromiso o en una cláusula compromisoria. En el pacto arbitral las partes indicarán la naturaleza del laudo. Si nada se estipula al respecto, éste se proferirá en derecho. Parágrafo. Si en el término de traslado de la demanda, o de su contestación, o de las excepciones previas, una parte invoca la existencia de pacto arbitral y la otra no la niega expresamente, ante los jueces o el tribunal de arbitraje, se entiende válidamente probada la existencia de pacto arbitral.”	La Ley 1563 de 2012, conocida como Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, se basa en gran parte en la Ley Modelo UNCITRAL de 1985. Adicionalmente, Colombia es Estado Parte del Convenio de Nueva York de 1958. Arbitraje Nacional e Internacional: La Ley 1563 de 2012, establece un sistema dualista, ya que distingue entre el arbitraje nacional y el arbitraje internacional, estableciendo diferentes reglas para cada uno de ellos. Autonomía de las Partes: La ley colombiana destaca la autonomía de la voluntad de las partes para definir aspectos como el procedimiento, el derecho aplicable, la designación de árbitros y la sede del arbitraje. Forma del Convenio: el pacto arbitral también podrá formar parte de un contrato o constar en un documento separado siempre que inequívocamente se refiera a él.²

¹ Isabel López Pito. abogada de la Universidad del Cauca, Colombia, y actualmente se desempeña como asociada junior en Botero, Salazar, Tobón & Abogados. Su práctica profesional se centra en la resolución de disputas a través de mecanismos alternativos y litigios; cuenta con conocimiento de los procedimientos legales nacionales y las normativas comerciales que rigen las transacciones y disputas internacionales. Además de su labor en el ámbito práctico, Isabel es investigadora y coautora de artículos académicos. Su trabajo se enfoca en analizar y proponer soluciones a problemáticas emergentes en este ámbito, así como en explorar la regulación y las mejores prácticas en el comercio internacional.

Sofia Ramírez. Estudiante de Derecho en la Universidad de Antioquia. Contacto: sofia.ramirez@udea.edu.co

² Ley 1563/2012, de 12 de julio de 2012, Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional (Colombia).

Convención de Nueva York. Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, 1958. CNUDMI, Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional, 1985.

CÁRDENAS, Juan P., Módulo de arbitraje nacional e internacional, 2019, pp. 34, 143.

ECUADOR¹

SISTEMA	ANTECEDENTES	NORMATIVA	COMENTARIOS
Dualista	La primera Ley de Arbitraje y Mediación en Ecuador se publicó en el Registro Oficial el 4 de septiembre de 1997. Esta ley se basó en la Ley Modelo de la CNUDMI recogiendo varios principios respecto al arbitraje y adoptándolos tanto en el carácter nacional como internacional. Esta necesidad de adaptación surge a raíz de una falta de normativa expresa en el arbitraje en el Ecuador; ya que, previo a su promulgación, el arbitraje era regulado solo por el Código de Procedimientos Civiles, bajo el capítulo de “Juicio por Arbitraje”. Si bien se incorporaron varios principios de la Ley Modelo a la Ley de Arbitraje y Mediación en Ecuador como la autonomía del proceso arbitral, la separabilidad del convenio arbitral, entre otros. En el año 2006 se incorporarían reformas a la Ley de Arbitraje y Mediación que mejorarían la práctica arbitral, como clarificar las disposiciones del arbitraje internacional y la ejecución de laudos arbitrales, alineándose	Ley de Arbitraje y Mediación ARTICULO 5 El convenio arbitral es el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El convenio arbitral deberá constar por escrito y, si se refiere a un negocio jurídico al que no se incorpore el convenio en su texto, deberá constar en un documento que exprese el nombre de las partes y la determinación inequívoca del negocio jurídico a que se refiere. En los demás casos, es decir, de convenios arbitrales sobre las indemnizaciones civiles por delitos o cuasidelitos, el convenio arbitral deberá referirse a los hechos sobre los que versará el arbitraje. La nulidad de un contrato no afectará la vigencia del convenio arbitral. No obstante haber un juicio pendiente ante la justicia ordinaria en materia susceptible de transacción, las partes podrán recurrir al arbitraje, en este caso, conjuntamente solicitarán al Juez competente el archivo de la causa, acompañando a la solicitud una copia del convenio arbitral y, de hallarse pendiente un recurso, deberán, además, desistir de él. ARTÍCULO 6 Se entenderá que existe un convenio arbitral no sólo cuando el acuerdo	Con los antecedentes mencionados, respecto al acuerdo arbitral existen algunos vacíos que afectan a la práctica del arbitraje ecuatoriano a comparación de otras jurisdicciones. Siendo así que, la propia amplitud de la forma de pactar el acuerdo arbitral, reconocida en la Ley de Arbitraje y Mediación, ha conllevado que en los distintos negocios jurídicos se busque este método alternativo de solución de conflicto, aunque esto pueda afectar a alguna de las partes. Es así que, en la práctica se pueden encontrar Acuerdos Arbitrales en Contratos de Adhesión, que afectan los derechos de consumidores; en Contratos de Trabajo, que afectan derechos de trabajadores; en Acuerdos Transaccionales, que afectarían la eficacia de cosa juzgada de los mismos, entre otras cuestiones. Si bien en algunos casos, la forma del acuerdo en distintos negocios jurídicos es regulada por otro tipo de normas fuera de la Ley de Arbitraje y Mediación, en otros casos, estos quedan en un vacío que causan estas afectaciones. Es ante estos puntos que se debe plantear si la Ley de Arbitraje

¹ Martín Zambrano. Profesional en Libre Ejercicio, Abogado por la Universidad Hemisferios (Ecuador), Maestrante del LL.M. en Arbitraje, Litigios y Contratos Internacionales con concentración en Propiedad Intelectual por la Universidad Austral (Argentina).

	más a lo dispuesto en la Convención de Nueva York de 1958. Sin embargo, todavía existen puntos que deben desarrollarse dentro del arbitraje ecuatoriano.	figure en un único documento firmado por las partes, sino también cuando resulte de intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación escrito que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje.	y Mediación regula correctamente el Acuerdo Arbitral en el Ecuador. ²²

² Ley de Arbitraje y Mediación, Registro Oficial No. 417 (Ecuador), 14 de diciembre de 2006.

Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, Registro Oficial No. 116 (Ecuador), 10 de julio de 2000. Código de Trabajo, Suplemento Registro Oficial No. 167 (Ecuador), 16 de diciembre de 2005.

Código Orgánico General de Procesos, Suplemento Registro Oficial No. 506 (Ecuador) 22 de mayo de 2015.

REINA VANEGAS, Gabriel., “Breves notas sobre la interpretación del convenio arbitral”, Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, 31/07/2023.

JARA VÁSQUEZ, María E., Tutela arbitral efectiva en Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, Serie, Derecho y Sociedad, 2017, pp. 23 – 30.

CARMIGIANI, Eduardo - CEPEDA, Carla, Implementación (parcial) en Ecuador de principios de la Ley Modelo CNUDMI, “Sobre arbitraje comercial retrospectiva histórica y necesidades”, Revista Ecuatoriana de Arbitraje, no. 8, 2016.

GUATEMALA¹

SISTEMA	ANTECEDENTES	NORMATIVA	COMENTARIOS
MONISTA	El Decreto Número 67-95, LEY DE ARBITRAJE, es una adaptación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. El Decreto 67-95 del Congreso de la República se publicó el 16 de noviembre de 1995 y entró en vigencia 8 días después de su publicación, es decir el 24 de noviembre del mismo año. El régimen legal aplicable al arbitraje previo a la entrada en vigencia del Decreto 67-95 estaba contenido en el Decreto Ley Número 107 Código Procesal Civil y Mercantil de 1963. Con la Ley de Arbitraje se modernizaron las normas pertinentes con la finalidad de alinear la normativa con la tendencia moderna de los tratados y convenciones internacionales en materia de arbitraje que la República de Guatemala ha suscrito y ratificado. La Ley de Arbitraje hace referencia a la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias	ARTÍCULO 4 Definiciones. A los efectos de la presente ley: 1) "Acuerdo de Arbitraje", o simplemente "Acuerdo", es aquél por virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. (...) ARTÍCULO 10 Forma del acuerdo de arbitraje. 1) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito y podrá adoptar la fórmula de un "compromiso" o de una "cláusula compromisoria", sin que dicha distinción tenga consecuencia alguna con respecto a los efectos jurídicos del acuerdo de arbitraje. Se entenderá que el acuerdo consta por escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telex, telegramas, telefax, u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. La referencia hecha en un contrato a un	En Guatemala el acuerdo arbitral se define de acuerdo a una serie de pasos bien definidos que la ley contempla: 1.Consenso de las partes: La ley de arbitraje en Guatemala, contempla el acuerdo arbitral como aquel por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que surjan entre ellas, este acuerdo puede manifestarse de dos formas: cláusula compromisoria adherida a un contrato o como un acuerdo arbitral independiente. El acuerdo arbitral sostiene la consensualidad como una de sus particularidades, siendo que ambas partes están de acuerdo en someterse a arbitraje. 2.Selección de Árbitros: Las partes eligen a los árbitros que resolverán la disputa. Si no hay acuerdo sobre los árbitros, la ley establece mecanismos para su elección. 3.Formalización del Acuerdo: El acuerdo arbitral debe ser por escrito y puede ser parte de un contrato más amplio o un acuerdo

¹ Marybi Caballero. Estudiante de la carrera de Derecho y ha destacado en el ámbito del arbitraje, su rama favorita dentro de la profesión. Ha participado en múltiples Moot Courts tanto nacionales como internacionales, obteniendo reconocimientos en categorías como mejor oradora y excelencia en redacción de memoriales. Además, ha perfeccionado su habilidad en la escritura, lo que le ha permitido desarrollar proyectos fuera del ámbito académico, como la creación de libros de poesía en formato digital y físico.

Cristian Poroj. Futuro abogado guatemalteco amante del café y con pasión por el Derecho Internacional, tanto en el ámbito privado como el público. Trabajó durante seis meses en la Dirección de Tratados Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores de Guatemala. Actualmente, se desempeña como asesor administrativo en el Centro de Arbitraje IBT. Ha participado en el Willem C. Vis Moot desde la 30ª edición como Mootie y en las ediciones 31ª y 32ª como coach del equipo de la Universidad Rafael Landívar.

	Arbitrales Extranjeras (Nueva York) del 10 de junio de 1958 y la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional (Panamá) de 1975 como los dos instrumentos internacionales de arbitraje relevantes para efectos del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en Guatemala. Como parte de los antecedentes del arbitraje en Guatemala también podemos mencionar: la Constitución de Cádiz de 1812 y ya en el siglo XX, la Constitución Política de la República de 1985 vigente hasta la fecha. En ella se encuentra la base jurídica para la implementación del arbitraje en el ámbito guatemalteco ya que a través del artículo 5 y el 203 se habilita el funcionamiento de este método de resolución de conflictos.	documento que contiene una cláusula arbitral constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato. 2) El acuerdo arbitral podrá constar tanto en una cláusula incluida en un contrato, o en la forma de un acuerdo independiente. Si el acuerdo de arbitraje ha sido incorporado a contratos mediante formularios o mediante pólizas, dichos contratos deberán incorporar en caracteres destacados, claros y precisos, la siguiente advertencia: "ESTE CONTRATO INCLUYE UN ACUERDO DE ARBITRAJE". ARTÍCULO 54. Fusión de los conceptos de “cláusula compromisoria y compromiso”. Por virtud de lo dispuesto en la presente ley se reconoce el acuerdo de arbitraje como la forma para obligarse recíprocamente a resolver conflictos mediante la utilización del arbitraje. A partir de la fecha en que cobre vigencia la presente ley, todas las referencias que pudieren encontrarse en diversas disposiciones legales, tanto a la "cláusula compromisoria" o al "compromiso", deberá entenderse que se refieren al acuerdo de arbitraje reconocido y definido en la presente ley.	separado. 4. Procedimiento Arbitral: Se lleva a cabo el procedimiento arbitral, que incluye la presentación de pruebas y argumentos por ambas partes. Hay que tomar en cuenta que parte de las particularidades que contempla el acuerdo arbitral en Guatemala es la Separabilidad: La cláusula arbitral es la separabilidad de la cláusula arbitral del contrato principal, lo que significa que la validez del acuerdo arbitral no depende de la validez del contrato en el que se encuentra. Cabe mencionar el acuerdo arbitral no contempla la confidencialidad, al menos no en Guatemala, las partes no pueden pactar confidencialidad en el acuerdo arbitral, ya que este principio no se encuentra regulado en la ley de arbitraje, la falta de regulación específica sobre la confidencialidad en la Ley de Arbitraje de Guatemala refleja tanto influencias internacionales como una preferencia por la flexibilidad. Sin embargo, esta omisión puede llevar a desafíos prácticos que las partes deben abordar cuidadosamente al redactar sus acuerdos arbitrales.²

² Decreto Número 67-95, Ley de Arbitraje, (Guatemala). El Arbitraje en Guatemala, Apoyo a la Justicia.

SÁNDOVAL CALDERÓN, María J., “Estudio Jurídico y Doctrinario del Arbitraje y su Función en la Aplicación de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales”, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2010.

MILIAN, Arnoldo, Análisis Comparativo de la Normativa Arbitral en el Proceso Arbitral Guatemalteco, Estadounidense e Inglés. Universidad Rafael Landívar, 2016.

MÉXICO¹

SISTEMA	ANTECEDENTES	NORMATIVA	COMENTARIOS
MONISTA	El arbitraje en México data de la época de la conquista en donde el Tribunal del Consulado Español es el antecedente directo del arbitraje comercial internacional en este país. Pues los propios comerciantes eran los encargados de dirimir las controversias. Así la Constitución de Cádiz, establecía que no se podría prohibir a los españoles usar el arbitraje como método de resolución de controversias. Luego del proceso de independencia y la expedición de ciertas normas, el arbitraje quedó reglado por una norma federal. Esto es el Código de Comercio del 1 de enero de 1890. Sin embargo, no fue hasta las reformas de 1989 y 1993 que en verdad se reglamentó al arbitraje de manera íntegra. Así se tomó casi en su totalidad las disposiciones de la Ley Modelo CNUDMI en conjunto con la Convención de Nueva York adaptándola a la realidad mexicana. Entre otros antecedentes, el proyecto de Convención	ARTÍCULO 1416.- Para los efectos del presente título se entenderá por: I.- Acuerdo de arbitraje, el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente; II.- Arbitraje, cualquier procedimiento arbitral de carácter comercial, con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente ante la que se lleve a cabo; III.- Arbitraje internacional, aquél en el que: a) Las partes al momento de la celebración del acuerdo de arbitraje, tengan sus establecimientos en países diferentes; o b) El lugar de arbitraje, determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al mismo, el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del país en el que las partes tienen su establecimiento. Para los efectos de esta fracción, si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje; y si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual. [...] CAPITULO II ACUERDO DE ARBITRAJE ARTÍCULO 1423.- El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito, y consignarse en documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas, facsímil u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de	Es importante que cuando se elabore un acuerdo arbitral se debe ver a futuro en donde se piensa ejecutar el eventual laudo que se dicte para que el acuerdo se ajuste a la ley donde el laudo se llegue a dictar y evitar posibles nulidades. El Código de Comercio establece un sistema dualista ya que se distingue entre las normas aplicables al arbitraje internacional y el arbitraje nacional. Se toma casi en su totalidad a la Ley Modelo como norma que regula al arbitraje. Respecto de la voluntad de las partes, esta puede ser dada por simultaneo a someterse a arbitraje o puede nacer por la oferta de una de ellas. Respecto del requisito a que conste por escrito el acuerdo arbitral,

¹ Steven Vásconez. Asociado de la firma ECIJA GPA. Abogado graduado con honores por la Universidad San Francisco de Quito. Subespecialización en Derecho Empresarial. Certificaciones en el campo del arbitraje internacional y de inversiones. Correo electrónico: smvasconez@ecija.com.

	de Panamá originalmente hacía referencia a cláusula compromisoria. No obstante, durante las discusiones hubo oposiciones al uso de esas voces y se terminó convirtiendo en “acuerdo”. Esto en atención a la proposición de la delegación mexicana.	escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria, constituirá acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato. Artículo 1424.- El juez al que se someta un litigio sobre un asunto que sea objeto de un acuerdo de arbitraje, remitirá a las partes al arbitraje en el momento en que lo solicite cualquiera de ellas, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible. Si se ha entablado la acción a que se refiere el párrafo anterior, se podrá, no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el juez. Sin menoscabo de lo que establece el primer párrafo de este artículo, cuando un residente en el extranjero se hubiese sometido expresamente al arbitraje e intentara un litigio individual o colectivo, el juez remitirá a las partes al arbitraje. Si el juez negase el reconocimiento del laudo arbitral en los términos del artículo 1462 de este Código, quedarán a salvo los derechos de la parte actora para promover la acción procedente. ARTÍCULO 1425.- Aun cuando exista un acuerdo de arbitraje las partes podrán, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicitar al juez la adopción de medidas cautelares provisionales.	este no sería un requisito de validez. Solo probaría la intención de las partes de someterse a arbitraje.²

² GARZA MAGDALENO, Fernanda, “El arbitraje en México”, documentos de trabajo del Centro de Derecho Económico Internacional, 06/06/2009.

CNUDMI, Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional, 1985.

Código de Comercio Última Reforma publicada DOF, de 28 de marzo de 2023 (México). Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (México).

SILVA, Jorge A., “Arbitraje Comercial Internacional Mexicano”, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, junio de 2025.

PARAGUAY¹

SISTEMA	ANTECEDENTES	NORMATIVA	COMENTARIOS
Monista	La Ley 1879/2002 “De arbitraje y mediación”, fue inspirada por la Ley Modelo de la CNUDMI. En este sentido, adopta una concepción monista para la regulación del arbitraje (es decir, aplican las mismas normas tanto para el arbitraje nacional como para el internacional), estableciendo criterios quasi-objetivos para la arbitrabilidad de las disputas (y por lo tanto criterios para la validez de los convenios arbitrales). Esta ley consagra el principio kompetenz - kompetenz, protegiendo al convenio arbitral de interferencias irregulares del Poder Judicial y confiere a las partes a resolver sus disputas con base en las normas de derecho que ellas mismas elijan. El marco legal del arbitraje en Paraguay, además de la ley 1879/2002, también incluye a la Convención de Nueva York de 1958, al Convenio de Washington de 1965, el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del	ARTÍCULO 10.- Forma del acuerdo de arbitraje. El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas o telegramas colacionados, en los que conste dicho acuerdo; o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo y sus términos, sea afirmada por una parte sin ser negada por otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato. ARTÍCULO 11.- Acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un juez. El Juez al cual se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, al presentarse el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible. Si se ha entablado la acción judicial a que se refiere el párrafo anterior, se podrá, no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo	La Ley 1879/2002 define al acuerdo arbitral no en su Capítulo II dedicado exclusivamente a regular al acuerdo de arbitraje, sino en las Definiciones del artículo 3. La jurisprudencia de las Cortes judiciales paraguayas han reconocido expresamente los efectos positivo y negativo del acuerdo arbitral y también ha consagrado el Principio de autonomía jurídica del convenio arbitral. Cabe resaltar que la validez y licitud del arbitraje nacional o internacional, en tanto que método de resolución de disputas, respecto a litigios que involucren al Estado o una de sus emanaciones, está expresamente previsto en la ley 1879/2002 además de su reconocimiento en otras leyes especiales.

¹ Pedro Lacasa. Abogado (Universidad Nacional de Asunción, 2013) Master en Derecho Internacional Privado (Université Paris II Panthéon-Assas, 2016). Master en Derecho de la Empresa (Universidad Católica, 2020). Summer school of Civil Law (Fondation pour le droit continental, 2016). Diploma internacional en Derecho de la Energía e Inversiones (CCI-Heidelberg, 2017). Pasantía en Project Finance y Estructuración de PPPs (Corporación Nacional de Desarrollo. Montevideo, 2018). Especialización en Derivados Financieros de la Bolsa de Valores de Asunción (2019). Curso de Futuros de Tipo de Cambio de la BVPASA (2019). Course on International Investment Law and Dispute Resolution (British Institute of International and Comparative Law, 2020). Summer School en Derecho Internacional Privado (Academia de Derecho Internacional de La Haya, 2021).

	MERCOSUR de 1998, el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual, entre otros.	mientras la cuestión esté pendiente ante el juez, siempre que las partes antes de dictarse el laudo desistan de la instancia. ²	

² Ley 1879 de 24 de abril de 2002, De arbitraje y mediación (Paraguay).

BOGARIN AZUAGA, Jorge, *Compendio Jurisprudencial Nacional en materia de arbitraje*, 2023, pp. 1 -71.

MORENO RODRIGUEZ, José A., *Arbitraje Comercial y de Inversiones. Marco normativo paraguayo y precedentes jurisprudenciales*, ed. Intercontinental, 2019, pp. 11 – 15.

LACASA, Pedro, “State Contracts y el Convenio Arbitral”, *Revista Jurídica La Ley Paraguaya*, Año 2019, pp. 9 – 15.

PEREIRA FLEURY, Raúl; Estándar de revisión de cláusulas arbitrales. La experiencia paraguaya, *Revista Jurídica UC*, Año 2019, p. 1.

PERÚ¹

SISTEMA	ANTECEDENTES	NORMATIVA	COMENTARIOS
Monista	En el Perú existió una distinción entre el Convenio Arbitral y la Clausula Compromisoria la cual fue tratada de manera explícita en el Código Civil de 1984 (arts. 1906 y 1909). El Código de Procedimientos Civiles de 1912 se refirió de manera indirecta a la cláusula compromisoria en el artículo 556. Asimismo, la regulación del acuerdo arbitral se inspiró en la Ley Modelo UNCITRAL 1985. Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje 1) El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. 2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra. La referencia hecha en un contrato a un	Actualmente se encuentra vigente el Decreto Legislativo 1071, Ley de Arbitraje peruana. ARTÍCULO 13 Contenido y forma del convenio arbitral. 1. El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza. 2. El convenio arbitral deberá constar por escrito. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. 3. Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la	En el marco de la regulación actual referida al Convenio Arbitral, se prevé la forma escrita; sin embargo, a diferencia de normativas anteriores, no se señala la sanción de nulidad, ergo, nos encontramos ante una formalidad <i>ad probationem</i>, conforme sostiene Guzmán-Barrón. Asimismo, como consecuencia de la ineficiencia observada en los antecedentes, se optó por abandonar la distinción entre la cláusula compromisoria y el Convenio Arbitral, ya que ello conllevaba a contar con un arbitraje inoperante que tenía que recurrir al Poder Judicial para el otorgamiento del Convenio Arbitral. Sobre el particular, se puede apreciar que Cantuarias criticó este sistema por su ineficiencia y señala cómo estas reglas desalentaban el uso del arbitraje como método alternativo de resolución

¹ Lisbeth Verónica Araujo Muñoa. Ha sido secretaria arbitral ad hoc y pasante en el área de arbitraje internacional de ECIA. Cuenta con una especialización en Derecho de la Construcción por la UPC y otra en Infraestructura, APP's y Arbitraje por la PUCP. Actualmente, se desempeña en Zegarra & Schipper Abogados y es entrenadora del Equipo de Arbitraje de la UNFV.

Renato Cjahuá. Asistente legal del Área de Arbitraje de la Procuraduría Pública de la Autoridad Nacional de Infraestructura. Bachiller por la UNMSM, con experiencia en Contrataciones con el Estado, Arbitraje Nacional e Internacional y en Asociaciones Público Privadas. Primer puesto en Derecho del Segundo CEU de Proinversión y con estudios en Arbitraje Comercial por la Universidad del Rosario de Colombia. Miembro de CIAC Jóvenes, Arbitraje Alumni, Taller de Derecho Empresarial y Financiero - TADEF UNMSM y CAE.

	documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato. Posteriormente entró en vigencia la Ley General 26572 Artículo 9.- Definición de convenio arbitral.- El convenio arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial. El convenio arbitral obliga a las partes y a sus sucesores a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle, pueda tener plenitud de efectos y sea cumplido el laudo arbitral. El convenio arbitral puede estipular sanciones para la parte que incumpla cualquier acto indispensable para la eficacia del mismo, establecer garantías para asegurar el cumplimiento del laudo arbitral, así como otorgar facultades especiales a los árbitros para la ejecución del laudo en rebeldía de la parte obligada. Independientemente de lo dispuesto en el párrafo anterior, los árbitros se encuentran facultados para imponer multas hasta por un máximo de dos (2) Unidades Impositivas Tributarias a la parte que no cumpla sus mandatos. Estas multas que serán en favor de la otra parte, constarán en el laudo arbitral y se ejecutarán conjuntamente con este último. Artículo 10.- Forma del convenio arbitral. - El convenio arbitral se celebra por escrito, bajo sanción de nulidad. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. Se entiende que el convenio arbitral se ha formalizado por escrito no solamente cuando está contenido en documento	ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio. Se entenderá que el convenio arbitral consta por escrito cuando se cursa una comunicación electrónica y la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por “comunicación electrónica” se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax. 4. Se entenderá además que el convenio arbitral es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada, por una parte, sin ser negada por la otra. 5. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula de arbitraje constituye un convenio arbitral por escrito, siempre que dicha	de disputas. Este tipo de dificultades motivaron, más adelante, reformas legales en el Perú que simplificaron y fortalecieron la autonomía del arbitraje, eliminando la necesidad de un compromiso arbitral cuando ya existía una cláusula compromisoria. Por otro lado, respecto a la Ley de Arbitraje actual, Bullard nos comenta que la redacción de la Ley anterior a la nueva ley se refiere expresamente a la ineficacia del convenio como una forma de oponerse al arbitraje, al decir que “El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral”. En síntesis, el Convenio Arbitral en el Ordenamiento Jurídico Peruano actualmente recoge el consentimiento de las partes, su alcance material y temporal, así como una formalidad <i>ad probationem</i>, derivando en un efecto positivo y negativo que faculta a los árbitros a conocer la controversia y excluye a

	único suscrito por las partes, sino también cuando resulta del intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación o correspondencia que inequívocamente deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje. Se entiende además que el convenio arbitral se ha formalizado por escrito cuando a pesar de no existir acuerdo previo, por iniciativa de una de las partes involucradas se somete una controversia a la decisión de uno o más árbitros que aceptan resolver el conflicto, mediando asentimiento posterior de la otra u otras partes a dicho sometimiento. Se entenderá que hay asentimiento cuando, notificada la parte contraria de la iniciativa de quien promovió la intervención de el o los árbitros, se apersona al procedimiento arbitral sin objetar dicha intervención.	referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato. Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje, si cumplen 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 peruano.	jueces de ello, respectivamente.²

² Código de Procedimientos Civiles de 1912 (Perú), Art. 556. Código Civil de 1984 (Perú), Arts. 1906 y 1909.

Decreto Legislativo 1071, Ley de Arbitraje de Perú. Ley Modelo UNCITRAL 1985.

Ley General 26572, Ley General de Arbitraje.

BULLARD, Alfredo, *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje IPA*, Instituto Peruano de Arbitraje, t. I, 2011, p.110.

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *Arbitraje comercial y de las inversiones*. Lima: UPC, 2007.

GUZMÁN BARRÓN SOBREVILLA, César, *Arbitraje comercial nacional e internacional* (Vol. 16). Fondo Editorial de la PUCP, 2019.

URUGUAY¹

SISTEMA	ANTECEDENTES	NORMATIVA	COMENTARIOS
Dualista	El legislador se basó en la redacción original del artículo 7 de la Ley Modelo UNCITRAL de 1985, descartando las revisiones que se le realizaron a ésta en 2006, que eliminaron el requisito formal de que el acuerdo arbitral conste por escrito. La Constitución de Uruguay menciona, en su artículo 6 y 57, la opción del arbitraje como medio de solución alternativa de disputas, al igual que el Código General del Proceso (arts. 472 a 507). Para analizar la Ley 19.636 de Arbitraje, es necesario señalar que Uruguay es parte de las siguientes convenciones: Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958); Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional (Panamá, 1975); Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a	ARTÍCULO 7 Definición y forma del acuerdo de arbitraje 1) El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. 2) El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, facsímil, telegramas u otros medios de comunicación electrónica que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre	La Ley de Arbitraje optó por estructurar su contenido en 3 numerales: el primer numeral define el acuerdo arbitral; el segundo establece la posibilidad de que el acuerdo de arbitraje esté contenido en un contrato celebrado entre las partes o en un acuerdo por separado; y el tercero establece las formalidades que deben revestir el acuerdo arbitral. Tal artículo dispone que el acuerdo arbitral podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato, o de compromiso arbitral. La primera alternativa es la más frecuente: las partes incluyen una cláusula arbitral en su contrato, consagrando la forma en que resolverán sus futuras disputas. Sin embargo, si las partes no han incluido una cláusula arbitral en el respectivo contrato, de todos modos, pueden celebrar un compromiso arbitral luego de que ha surgido una disputa entre ellas, acordando someterla a arbitraje. Es interesante destacar que tanto la UNCITRAL como la Ley 19.636 solo han definido la cláusula compromisoria, sea en el contrato que relaciona a las partes, como aquella celebrada en un acuerdo separado (acuerdo arbitral), pero no han determinado el contenido del compromiso arbitral como sí lo ha hecho el Código General del Proceso. Por otro lado, cabe mencionar que la cláusula arbitral inmersa en un

¹ Nicole Elizabeth Teren. Estudiante de Derecho Universidad Nacional de Córdoba. Correo electrónico: nicoleteren94@gmail.com.

	Contratos Internacionales (1994); Acuerdo de Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR (1998); entre otras.	que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato (Ley 19.636).	contrato o tratado establece que la jurisdicción que las partes han elegido no es doméstica sino internacional dado que se acuerda litigar en un foro distinto al asiento de los negocios, el domicilio de las partes, el derecho aplicable conocido, etc. ²

² Código General del Proceso, aprobada por Ley N° 15.982 del 18 de octubre de 1988.

Ley 19.636, Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional, Publicada el 26 de julio de 2018.

RIVERO, Juan M., "Situación del Arbitraje en Uruguay a raíz de la nueva ley de arbitraje comercial internacional. Análisis a la luz de los modelos de UNCITRAL y otras instituciones", *Revista Misión Jurídica*, 2019.

VERDÍAS MEZZERA, Mateo - GARINO PODESTÁ, Joaquín, "Ley 19.636: la nueva ley de arbitraje comercial internacional en Uruguay. Diferencias respecto a la ley modelo UNCITRAL", 2018, p. 71.

VENEZUELA¹

SISTEMA	ANTECEDENTES	NORMATIVA	COMENTARIOS
Dualista	Entre los antecedentes de nuestra legislación en materia del arbitraje, se encuentran las Ordenanzas de Bilbao (legislación colonial), en las que el arbitraje societario revestía un carácter obligatorio. En Venezuela constitucionalmente hablando, el Arbitraje tuvo su primera mención en la Constitución del 24 de septiembre de 1830, en la cual en su artículo 190, establecía lo siguiente: Los venezolanos tienen la libertad de terminar sus diferencias por árbitros, aunque estén iniciados los pleitos, mudar de domicilio, ausentarse del Estado, llevando consigo sus bienes, y volver a él, con tal que se observen las formalidades legales: y de hacer todo lo que no está prohibido por la ley. (Constitución del Estado de Venezuela del 24 de septiembre de 1830. Pág. 24). Con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 en adelante C.R.B.V., se incluyó en el sistema de administración de justicia a los medios alternativos de resolución de conflictos, como lo	ARTÍCULO 1 Esta Ley se aplicará al arbitraje comercial, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente. ARTÍCULO 5 El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una relación jurídica contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje puede consistir en una cláusula incluida en un contrato, o en un acuerdo independiente. En virtud del acuerdo de arbitraje las partes se obligan a someter sus controversias a la decisión de árbitros y renuncian a hacer	La sentencia N° 1541 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, dictada el 17 de octubre de 2008 que fuera publicada en la gaceta oficial venezolana, N° 39055, el día 10 de noviembre de 2008, la cual versó sobre la interpretación del artículo 258 de la Constitución Nacional, estableció lo siguiente: Tanto a nivel legal como doctrinario, se reconoce como elemento esencial a la existencia del arbitraje la manifestación de las partes para someter una controversia a arbitraje (...). Respecto Comentario al artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana del principio de voluntariedad o de autonomía de la voluntad, se debe tener en consideración que su incidencia sobre el arbitraje se concreta en la necesidad de una manifestación libre, inequívoca y expresa de voluntad que evidencie el sometimiento de las partes al arbitraje, las cuales varían en sus formalidades de acuerdo a (sic) la naturaleza o características propias de cada arbitraje -vgr. Arbitrajes internacionales o nacionales-. A este respecto ha establecido la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en las sentencias números 1121 y 198 de

¹ Abogado Consultor. Litigante con 30 años de experiencia. Árbitro y Mediador Comercial Internacional. CEO del Escritorio Jurídico Gerardo Nieto Quintero. Doctor en Derecho. Magíster en Derecho de Empresas. Profesor Universitario de Pregrado, Postgrado y Maestría de varias Universidades de Venezuela. Profesor Universidad Latinoamericana de Ciencias Jurídicas (Miami USA). Director Académico del Instituto de Altos Estudios Jurídicos y de Capacitación Gerardo Nieto Quintero (IALJURCGNQ). Director Ejecutivo del Centro de Arbitraje y Mediación de San Cristóbal DISPUTE BOARDS (CARCSAC). Director Académico de la Escuela de Altos Estudios en Medios Alternativos de Solución de Conflictos de IALJURCGNQ. Maestrante de la Maestría en Derecho Internacional Público de la Universidad Bolivariana de Venezuela. Diplomado en Introducción al Arbitraje de la Universidad Latinoamericana de Ciencias Jurídicas (Miami, EEUU). Email: nietoquinterogerardo@gmail.com.

	son: el arbitraje, la conciliación, la mediación y demás medios alternativos de solución de conflictos. Sobre este particular, el artículo 253 de la Constitución establece lo siguiente: Artículo 253. (...) “El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley”, (...), los medios alternativos de justicia, (...). En este orden de ideas el artículo 258 ejusdem establece: (...) “La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos” (Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. 2000. Pág. 34). Además, el ordenamiento, cuenta con el Convenio de Nueva York de 1958. Se hace necesario en este momento destacar que Venezuela tiene una posición monista en cuanto al ordenamiento aplicable tanto para el arbitraje nacional como internacional. A este respecto establece la Ley de Promoción y Protección de Inversiones dictada mediante Decreto N° 356 de 3 de octubre de 1999 (Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.390 del 22 de octubre de 1999), en su artículo 22 correspondiente a la resolución de controversias lo siguiente: Las controversias que surjan entre un inversionista internacional, cuyo país de origen tenga vigente con Venezuela un tratado, o acuerdo sobre promoción y protección de	valer sus pretensiones ante los jueces. El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria. ARTÍCULO 6 El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito en cualquier documento o conjunto de documentos que dejen constancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula arbitral, constituirá un acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato. En los contratos de adhesión y en los contratos normalizados, la manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje deberá hacerse en forma expresa e independiente.	fechas 20 de junio del 2007 y el 28 de febrero de 2008, respectivamente estableció lo siguiente: Sentencia 1121: En este sentido, la doctrina comparada y nacional es conteste, en considerar al arbitraje como un medio de autocomposición extrajudicial entre las partes, quienes, mediante una voluntad expresa, convienen de forma anticipada en sustraer del conocimiento del Poder Judicial (acuerdo éste que también podría ser posterior, para el único caso en que, aun cuando ya iniciada una causa judicial, acuerden someterse al arbitraje) las diferencias, controversias o desavenencias que por la ejecución, desarrollo, interpretación o terminación de un negocio jurídico puedan sobrevenir entre ellas. Sentencia 198: Recuérdese que el arbitraje, como medio alternativo de solución de conflictos, descansa sobre un pilar fundamental que es condición de fondo para la validez del acuerdo de arbitraje: el principio de autonomía de la voluntad. Así, no es posible que un sujeto de derecho sea sometido a un proceso arbitral si no ha expresado su consentimiento para ello, por lo que es siempre indispensable la previa manifestación expresa y por escrito de la voluntad de sometimiento a arbitraje, como lo exige el artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial, que antes se invocó. Por otra parte, la Sala Constitucional de este Supremo Tribunal mediante sentencia Nro. 1.067 publicada el 3 de noviembre de 2010 (caso: Astilleros de Venezuela), estableció con carácter vinculante, el criterio

	inversiones, o las controversias respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI-MIGA) o del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI), serán sometidas al arbitraje internacional en los términos del respectivo tratado o acuerdo, si así éste lo establece, sin perjuicio de la posibilidad de hacer uso, cuando proceda, de las vías contenciosas contempladas en la legislación venezolana vigente (...)."		siguiente: En aplicación del criterio parcialmente transcrito, esta Sala Político- Administrativa ha establecido que ‘...el examen que realice el Poder Judicial a los efectos de determinar la validez, eficacia y aplicabilidad de las cláusulas arbitrales, debe limitarse a la constatación de la existencia por escrito del acuerdo de arbitraje sin analizar la configuración de los vicios del consentimiento que puedan afectar a dicho acuerdo.’²

² Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 24 de marzo de 1999 N° 5.453 Ext.

Ley de Arbitraje Comercial de 7 de abril de 1998. Publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 36.430 (Venezuela).

COLLANTES GONZÁLES, Jorge, “Enciclopedia del Arbitraje, Spain Arbitration Review”, *Revista del Club Español de Arbitraje*, Lima Perú, junio 2018.

JORDAN PROCOPIO, Caterina – SANQUÍRICO PITTEVIL, Fernando, *Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana*, 2022, pp.404-405

Sentencia Nro. 00003 del 30/01/2019, Expediente Nro. 2018-0405.

Constitución de la República de Venezuela, 1830.

CASTAGNINO, Diego, T., “El acuerdo de arbitraje societario”, *Anavi*, Nro. 2, 2022.

CASTAGNINO, Diego, T., “Arbitraje societario: Aprendizajes del derecho comparado y formulación de propuestas para su aplicación en el foro venezolano”, 2022.

CRUZ SUÁREZ, Andrea – SIRA SANTANA, Gabriel, “El arbitraje según la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”, 5/12/2020. Ley 60/2003, de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje (Venezuela).

FERNÁNDEZ LÓPEZ, María., “La Ley Aplicable al Arbitraje Internacional: Convenio Arbitral, Controversia, y Procedimiento”, *Universidad Pontificia Comillas*, 2020, pág. 2.

MAGNA ALONSO, María, T., “Pasado, presente y futuro del arbitraje estatutario”, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, N° 3, 2013, pp. 14-18.

CERVANTES-BRAVO, Irina G., “Comentarios a la ley de arbitraje española (Ley 60/2003, 23 de diciembre)”, *Revistas Científicas Pontificia Universidad Javeriana*, Universitas, núm. 115, enero-junio 2008, pp. 21, 28.

IV

NUESTROS ASOCIADOS

NUESTROS ASOCIADOS 2024

María Eugenia Piacquadio

Solana Beserman

Carolina Galindez

Jazmin Casandra Escalante

Luis Tamborini

Fernando Ayala

Clara Leban Vazquez

Facundo Marcone

Magdalena Bulit Goñi

Ignacio Arroyo

Miguel Colquicocha

Facundo Martín Gimenez

Milena Rocío Combina

Maria Vicari

Brian Burstein

Valentina Celesti

Juan Ignacio Amado Aranda

Luz Atala

Tomas Geuna

Maria Lourdes Lecich Basualdo

María Antonella Savina Lo Castro

Matias Agustin Molina

Ignacio González Padin

María Eugenia Ferreyra

Alfredo Leonardo Eube Madussi

Milagros Velazco

Camila Segura

Marcos Maciel
María Cecilia Azar
Sofia Phileas
Melissa Victoria Diaz
Nicole Teren
Floencia Luz Marquez Bonino
Benjamin Valdez
Paula Floencia Alvarez Sanchez
Emiliano Cernaz
Mauricio Ariel Ventre
Mauro Cesar Malnatti
Ismael Franco
Javier Loza Vargas
Mauricio Zárate González
Miriam Sofía Sanjines Jorge
Pablo Arrien Oporto
Boris Farfan Lastra
María Victoria Rosales Pelleschi
Fernanda Veremeenco
Scarlett Jacqueline Loayza Orellana
Christian Gabriel Angles Salazar
Raquel Molina Arraya
Francisco F. Zenteno Santivañez
Maria Fernanda Rojas Sangüesa
Philipp Gabriel Schmidt Gonzalez
Luisa Quintao
Sebastian Coulon

Dione Meruane
Paloma Silva
Ramon Andres Rojas
Victoria Elgueta
Vicente Hernán Guíñez Reyes
Josefina Silva
Francisco Sepulveda
Luis Francisco Rodriguez Rebolledo
Salvador Smith Lagos
Camilo Duarte Duran
Felipe Ignacio Montero Rafols
Antonia Ananias Salas
Alexander Herrera Cerda
Julian Avila
Daniela Palma
Alvaro Ramirez
German Florez
Nicolas Rosero
Jimmy Antony Perez Solano
Carlos Miranda
Nicolas Hernandez
Maria Alejandra Piedrahita Gutierrez
Andrea Aragon Salcedo
Camilo E. Fernandez
Alejandro Sandino Lalinde
Valentina Salazar de Greiff
Daniela Ayala Estupiñan

Alejandro de Paz Martinez
Valentina Salinas Prieto
Juan Felipe Marin Duero
Isabel López Pito
Mauricio Rapso
Dominique Andre Vargas
Juan Carlos Darquea
Natalia Ordoñez
Bernarda Muriel
Ana Karina Parra
Juan Martin Alarcon
Ricardo Montalvo Lara
Alejandra Chauvin
Camila Boriz
Bernarda Alegria Haro Aillon
María Emilia Flores Suasnavas
Stefanny Barona Baez
Felipe Mateo Duran Larrea
Oscar Andrés Obando Chavez
Henry Jiménez Herrera
Lennart Vazzoler
Victor Lopez
Ivan Francisco Oliva Avila
Jorge Rolando Barrientos Schoenfeld
Romar Miguelangel Tahay Batz
Hugo Adalberto Perez Linares
Christopher Aristides Laines Pablo

Pablo de Jose Leon Marroquin
Samuel Francisco Rodríguez Izaguirre
Jose Antonio Casas Chavana
Ana Sofia Vargas Hernandez
Luis A. Chavez Fragoso
Nataly Fernanda Tellez Tirado
Jorge Martinez Bonifatti
Jazmin Sapienza
Regina Moreno
Lucas Corrales
Mauricio Marengo
Valeria Cazal
Gabriela Rodriguez Gonzalez
Luis Serrano
Jorge Enrique Bogarin
Brenda Copani
Adrian Caballero
Johnnatan Palomino
Lucero Garcia
Sonia Quejia
Julio Olortegui
Jorge Lopez Fung
Mitzy Longa
Thalia Jimenez Vilcayauri
Paulo Cesar Castañeda Moltanvan
Lorena Gamarra Casas
Gonzalo Salvador Carreño

Evelyn Silva Escobar
Lucia Cordova Heredia
Helmuth Aaron Andia Espinoza
Omar Mestanza Garcia
Christian Collantes Rojas
Angie Estela Andrade Lopez
Renato Armando A. Cjahuia Alvites
Jack Zapata
Sergio Alberto Tafur Scaglia
Alvaro Estrada Rosas
Marcial G. Gutierrez Lucar
Ivan Bendezu Elescano
Cesar Quiñones Costa
Carmela Ayllon
Melisa Linares Paz Soldan
Joel Alberto Santillán Dulanto
Kevin Alarcon Chunga
Sebastian Farias Tapia
Luis Fernando Corzo Lumbreras
Nicolas Jorge Servan Eyzaguirre
Valeria Moreno Machin
Cesar Augusto Yupari Chaccha
María Milene Jayme Mosquera
Natali Juliana Pulido del Pino
Jesus Roberto Hernandez Peña
Akemi Munemura Gonzalez
Uber Lopez Montreuil

Alejandra Carolina Huamán Cabrera

Lidia María Balarezo Contreras

Santos Urtecho Navarro

Emily Horna Rodriguez

Lisbeth Veronica Araujo Muñoa

Nicole del Aguila

Alberto Vittorio Camargo Riega

Nicole Claribel Rapozo Mejia

Marianne Gizeth Castro Coste

Alba Palomera Fort

Mateo Nosedá

Thomas Biscomb

Juan Pablo Trelles

Ignacio Tasende

Mariana Arena

Diego Dal Monte

Maria Paz Abril Umpierrez Blengio

Emiliano Lencina Pailos

Joaquin Garino Podesta

Federico Achard Brito del Pino

Michelle Bernier Zavala



www.arbitrajealumni.org